Kapitel 1: Eine Methode der Präjudizieninterpretation

Der folgende Hauptteil der Untersuchung untergliedert sich in drei Abschnitte: Zunächst wird untersucht, auf welche Vorarbeiten eine Methode der Präjudizieninterpretation zurückgreifen kann. Dabei werden sowohl Ansätze des Civil Law als auch die des Common Law herangezogen und näher analysiert (I.). Aus diesen Erkenntnissen wird dann die Struktur eines Stufenmodells der Präjudizieninterpretation entwickelt. Die Stufen werden jeweils im Einzelnen erläutert (II.). Schließlich wird untersucht, was für Besonderheiten sich jeweils für die Interpretation von Entscheidungen des BVerfG, des EuGH und des EGMR ergeben (III.).

I. Grundlagen einer Methode der Präjudizieninterpretation

Im Folgenden wird zunächst der Forschungsstand in Bezug auf eine deutsche Präjudizienmethode dargestellt. Dazu wird zunächst gezeigt, unter welchen Gesichtspunkten Präjudizien bisher im deutschen Recht diskutiert werden (1.). Daran anknüpfend werden spezifische Anforderungen an eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation herausgearbeitet (2.). Schließlich wird untersucht, inwiefern sich Ansätze aus dem Common Law für eine deutsche Präjudizienmethode heranziehen lassen (3.).

1. Facetten der deutschen Präjudiziendiskussion

Zunächst wird das Verhältnis der entwickelten Präjudizienmethode zur klassischen Methodenlehre erörtert (a). Dann werden einzelne dogmatische Anknüpfungen an Präjudizien in den Blick genommen, die belegen, dass auch das positive Recht verschiedentlich an Präjudizien und die darin enthaltenen Entscheidungsregeln anknüpft (b). Schließlich wird gezeigt, inwiefern die Diskussion um die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts das Bedürfnis nach einer Präjudizienmethode prägt (c).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Präjudizien als „blinder Fleck" der Methodenlehre

Schon vor fast 40 Jahren wurde es als „das praktisch wichtigste Problem der heutigen juristischen Methodenlehre"[61] beschrieben, die genaue Bedeutung der Präjudizien zu erfassen.[62] Heute unterstreichen der wachsende Einfluss des europäischen Unionsrechts und des Völkerrechts diesen Befund.[63] Über die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung rückt die höchstgerichtliche Regelbildung besonders in den Blick.[64] Immer stärker wird das nationale Recht durch die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR geprägt.[65] Die beste Antwort auf diese Entwicklung ist es, die Arbeit mit Präjudizien in die klassische Methode einzubeziehen.[66]

Die Methodenlehre erhebt den Anspruch, die „maximale Diskutierbarkeit"[67] juristischer Erwägungen zu sichern. Nach ihrem Selbstverständnis leitet sie Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in gleicher Weise an.[68] Methodenfreie Räume sind mit diesem Selbstverständnis unvereinbar. Der

61 *Bydlinski*, JZ 1985, 149, 150.

62 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 515; vgl. auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 137 f.

63 Vgl. *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 254 ff.; *Faber*, Juristische Blätter 139 (2017), 697, 698 ff.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 78 ff.; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 796 f.; *Michl*, EuR 2018, 456, 456 f.

64 *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 279 f.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 2; *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 1 ff., 115 ff.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 112.

65 Vgl. zum EuGH mit Blick auf das Arbeitsrecht *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 13 ff.

66 Sehr klar bereits *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 49; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 282 f.; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 44 ff. und § 14 zu den Anforderungen an eine „moderne Methodenlehre"; *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 137; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 132 ff. und Fn. 100 mwN; *Jestaedt*, JöR 72 (2024), 517, 520; vgl. auch *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 560; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 467 ff.; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 640.

67 Zum Konzept *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, 22 Rn. 730b; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5; *P. Schneider*, VVDStRL 20 (1963), 1, 35; *Hassold*, in: FS Larenz II, 1983, S. 211, 213.

68 Statt vieler *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 124; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 675; anders *Braun*, Deduktion und Invention, 2016, S. 185 ff.; *Strauch*, Methodenlehre des

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

praktische Stellenwert höchstgerichtlichlicher Präjudizien ist unbestritten. Solange die Methodenlehre diese Lücke nicht schließt, wird man ihr weiter vorwerfen, dass sie „dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet“[69].[70] Richtig daran ist, dass eine praxisgerechte Methode dringender denn je gebraucht wird.[71] Die Einbeziehung von Präjudizien ist ein Schritt auf diesem Weg.[72] Doch nicht nur die Bedürfnisse der Rechtspraxis fordern einen methodischen Umgang mit Präjudizien. Die gelebte Rechtslage, das „*law in action*“, lässt sich ohne die Analyse der Rechtsprechung nicht erkennen.[73] Die höchstgerichtliche Rechtsprechung außer Acht zu lassen, wird auch aus wissenschaftlicher Sicht als Kunstfehler verstanden.[74] Für die Rechtswissenschaft gilt das Prinzip des „*default and challenge*“[75]: Wer von einer etablierten Auffassung abweicht, trägt die Argumentationslast.[76] Für den Umgang mit Präjudizien bedeutet das: Zunächst ist zu ermitteln, ob

gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 68 f.; vgl. auch *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 114.

69 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 7; nicht ohne Polemik *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 55; kritisch dazu *Grünberger*, in: Hähnchen, Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020, S. 79, 81.

70 Zur methodischen Brache in Bezug auf Präjudizien vgl. *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 69; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 2 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 31; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521; *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28, 29; *Michl*, EuR 2018, 456, 472; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 300 f.; ähnlich zur Rechtsquellendiskussion *Kruse*, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971, S. 20.

71 Zur praktischen Aufgabe der Methodenlehre bereits *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 18 f.

72 *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 26: „Die Phänomene der Grundsatzrechtsprechung und der modernen Formen von Präjudizienbildung und Leitsatzredaktion verlangen nicht Rechtfertigung, sondern Lenkung und Hilfestellung.“

73 *Gielen*, Die normsetzende Funktion der Rechtsprechung, 1972, S. 3 f.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 60; *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 336; *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 178; *Jansen*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 431, 434; *Sendler*, DVBl 1988, 828, 832; *Wank*, NZA-Beil. 2011, 126, 127.

74 Vgl. *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 95; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 21; *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 69 f.

75 Dazu aus juristischer Perspektive *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 14; ähnlich *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 14.

76 *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 279 f.; vgl. *Rüthers*, JöR 64 (2016), 309, 334; siehe auch *Esser*, JZ 1962, 513, 515.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es bereits einschlägige Präjudizien gibt.[77] Ist das der Fall, muss der Rechtsanwender ihnen entweder folgen oder begründen, warum die besseren Gründe gegen die alte und für seine neue Interpretation sprechen.[78] Dafür muss zunächst geklärt werden, welche verallgemeinerbare Aussage einem bestimmten Präjudiz zugrundeliegt.[79] Solche Interpretationsfragen sind im Arbeitsrecht bekannt.[80] Sie anzuerkennen, bedeutet auch keine Machtverschiebung zugunsten eines weitergehenden Richterrechts. Vielmehr verschiebt gerade die methodische Sprachlosigkeit in Bezug auf Präjudizien die „reale Normsetzungsmacht"[81] zugunsten der Judikative.[82] Dass die Methodenlehre Präjudizien ausklammert, führt bisher offenbar nicht dazu, dass sie in der Rechtswirklichkeit eine geringere Rolle spielen. Vielmehr entfernt sich die gelebte Rechtslage nur von der Rechtslage „in der Theorie".

Gleichwohl existiert auch kein Alternativmodell, das der klassischen Methodenlehre insgesamt vorzuziehen wäre.[83] Kein Gegenentwurf hat die tradierte Methodenlehre ablösen können.[84] Es genügt aber auch nicht, auf eine „intuitiv richtige Präjudizieninterpretation" durch die Instanzgerichte zu vertrauen.[85]

---

77 Vgl. *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 132 f.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 5 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 164; siehe auch *Zimmermann/Jansen*, in: Cane/Stapleton, The law of obligations, 1998, S. 285, 298.

78 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 506 f.; *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 93 f.; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 162; *Orrù*, ZRP 1989, 441, 443; zustimmend *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 174.

79 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 460 ff.; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 502 Fn. 252 betont immerhin, dass dieser Prozess nicht trivial sei, übergeht das Problem aber im Übrigen.

80 *Richardi*, NZA 2008, 1, 2.

81 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 236 ff.

82 Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 49 f.; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 202 f.; *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147, 163, 171.

83 Vgl. zu Alternativmodellen bei → Fn. 500.

84 Stellvertretend für die Gegenauffassungen *U. Neumann*, Rechtstheorie 32 (2001), 239: „[D]ie klassische juristische Methodenlehre ist tot."

85 Dazu *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 270; vgl. dagegen kritisch *Bydlinski*, in: FG BGH, Bd. I, 2000, S. 3, 4. Dieser Ansatz entspricht dem verschiedenen Autoren zugeschriebenen Zitat, dass ein guter Jurist „nicht über Methode rede, sondern sie

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Normative Anknüpfungen an Präjudizien

Besondere Bedeutung erlangen Präjudizien, wenn das positive Recht tatbestandlich an sie anknüpft. Solche normativen Anknüpfungspunkte für eine präjudizielle Bedeutung von Gerichtsentscheidungen enthält zunächst das Prozessrecht. Im Folgenden werden ausgewählte Normen des GG, des RsprEinhG, der ZPO und des ArbGG näher untersucht.[86] Wie sich zeigt, erfordert es das positive Recht in vielen Fällen, die einer Revisionsentscheidung zugrundeliegenden Entscheidungsregeln zu ermitteln. Insgesamt erkennt der Gesetzgeber eine höchstgerichtliche Regelbildungsfunktion an.[87] Die hieraus folgenden Erkenntnisse beschränken sich auf die deutschen Revisionsgerichte. Zu den Besonderheiten der Entscheidungstätigkeit des BVerfG, des EuGH und des EGMR wird unten ausführlich Stellung genommen.[88]

aa) Grundgesetz und RsprEinhG

Das Grundgesetz sieht in Art. 95 Abs. 3 GG vor, dass zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ein Gemeinsamer Senat zu bilden ist. Die Vorschrift ist zwar relativ abstrakt gefasst, lässt aber Rückschlüsse auf den Willen des Verfassunggebers zu. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass die obersten Bundesgerichte losgelöst vom Einzelfall von der Rechtsprechung eines anderen obersten Gerichts „abweichen" können.[89] § 2 Abs. 1 RsprEinhG konkretisiert die Abweichung einfachrechtlich[90] dahin, dass es auf die unterschiedliche Beurteilung einer „Rechtsfrage" ankommt. Daraus lässt

habe", *Reimer*, in: ders., Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 11, 18.

86 Eine umfassende Untersuchung aller Prozessordnungen ist hier nicht leistbar. Entsprechend ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht werden exemplarisch die Regelungen der ZPO und des ArbGG herangezogen.

87 So unter begrifflicher Anknüpfung an „Normbildung" *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 119 und S. 185 f. zum Verfassunggeber; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 85; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 175; zur Entwicklungsgeschichte *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 95 ff.

88 Vgl. → Kap.1.III.1 – Kap.1.III.3.

89 Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 95 Rn. 160; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 186.

90 Auf der Grundlage von Art. 95 Abs. 3 S. 2 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich ableiten, dass der Verfassunggeber und der Gesetzgeber des RsprEinhG jeweils davon ausgehen, dass die obersten Gerichte Entscheidungsregeln aufstellen, die fallübergreifend Bedeutung erlangen können.[91]

bb) Zivil- und Arbeitsprozessrecht

Das Zivil- und Arbeitsprozessrecht bestätigen diesen Befund.[92] Deutlich zeigt sich der Gedanke bei der Zulassung der Revision gem. §§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.[93] Die *grundsätzliche Bedeutung* einer Rechtssache nach Nr. 1 knüpft über die Streitentscheidungsfunktion hinaus an die gerichtliche Normkonkretisierungsfunktion an.[94] Das setzt voraus, dass die Entscheidung eine Bedeutung jenseits des Einzelfalls haben kann.[95] Darüber hinaus muss die Rechtsfrage im konkreten Fall entscheidungserheblich sein.[96] Damit ist eine weitere Aufgabe einer Präjudizienmethode angesprochen. Einerseits muss sie zeigen, wie man aus einem Präjudiz eine Entscheidungsregel ermittelt. Andererseits muss sie erklären, wie eine Entscheidungsregel mit dem Ergebnis zusammenhängt – ob sie die Entscheidung *trägt*. Die *rationes decidendi* müssen von bloßen *obiter dicta* abgegrenzt werden. Diese beiden Aufgaben sind zu trennen.[97] In dieser Untersuchung geht es nur um die Vertretbarkeit von Präjudizien und um die Ermittlung und Fortbildung von Entscheidungsregeln. Prozessual tragende Erwägungen zu identifizieren, ist nicht Gegenstand der untersuchten Fragestellung.

---

91 *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 107 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 186 f.

92 Vgl. *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 339 ff.; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 259 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 289 ff.; *Thiessen*, JöR 72 (2024), 535, 544 f.; zu den einzelnen Prozessordnungen des deutschen Rechts näher *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 97.

93 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 290 ff.; *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 97 ff., 130 ff.; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 318; *Zimmermann/Jansen*, in: Cane/Stapleton, The law of obligations, 1998, S. 285, 298 f.; *L. Hartmann*, JZ 2022, 759, 766.

94 Näher dazu *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 12 und passim; vgl. *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 427. Der Gedanke findet sich im Ansatz bereits bei *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 12, der einen potenziellen Widerspruch zwischen „konkreter" und „genereller" Angemessenheit des Richterurteils erkennt.

95 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 291.

96 Wieczorek/Schütze/*Prütting/T. Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 546 Rn. 18.

97 Vgl. dazu ausführlich bei → Fn. 477.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die *Fortbildung des Rechts* gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO bleibt praktisch konturenlos. Die überwiegende Kommentarliteratur sieht die Variante als überflüssig an.[98] Aufschlussreich ist indes, dass die Gesetzesbegründung hiervon die Fälle erfasst sieht, die neue Leitsätze veranlassen.[99] Damit erkennt der Gesetzgeber an, dass es Sachverhalte gibt, deren Entscheidung auf typisierbaren richterlichen Entscheidungsregeln beruht.[100]

Die *Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung* gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO umfasst mehrere Fallgruppen, namentlich die Divergenzrevision, die Überprüfung von Rechtsanwendungsfehlern und von Verfahrensfehlern.[101] Interessant ist insofern die Divergenz, die durch den Vergleich von abstrakten Rechtssätzen des Präjudizes und der Entscheidung des Berufungsgerichts geprüft wird.[102] In Betracht kommen ausdrücklich formulierte Rechtssätze, aber auch solche, die der Entscheidung implizit zugrunde gelegt wurden.[103] Diese „Rechtssätze" entsprechen den hier untersuchten Entscheidungsregeln. Ein Zulassungsgrund entsteht nur, wenn die Divergenz bei identischen Rechtsfragen entsteht. Für die Identität der Rechtsfragen ist anerkannt, dass die Entscheidungen sich auch auf verschiedene Normen beziehen können, wenn das Tatbestandsmerkmal in beiden dieselbe Funktion erfüllt.[104] Das bestätigt, dass Entscheidungsregeln auch über die Auslegung einer bestimmten Norm hinaus prozessuale Bedeutung erlangen können. Die neue Entscheidung muss auf dieser Entscheidungsregel beruhen. Wie bei der *grundsätzlichen Bedeutung* ist entscheidend, dass die Regel der neuen Entscheidung diese trägt.

Bei der Zurückverweisung eines Rechtsstreits durch ein Revisionsgericht ist die Vorinstanz an dessen Vorgaben gebunden, § 563 Abs. 2 ZPO (i.V.m.

98 MüKo-ZPO/*Krüger,* 6. Aufl. 2020, § 543 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/*Prütting/T. Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 543 Rn. 38 f.; Stein/Jonas/*Jacobs*, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 543 Rn. 9.

99 BT-Drs. 14/4722, S. 104; dazu MüKo-ZPO/*Krüger,* 6. Aufl. 2020, § 543 Rn. 11 Fn. 28 mwN der Rechtsprechung.

100 MüKo-ZPO/*Krüger,* 6. Aufl. 2020, § 543 Rn. 11 Fn. 29 mwN der Rechtsprechung; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 291.

101 Wieczorek/Schütze/*Prütting/T. Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 543 Rn. 48.

102 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 292; Wieczorek/Schütze/*Prütting/T. Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 543 Rn. 56; *Schroth*, JR 1990, 93, 96 f.

103 So BAG 6.12.2006 – 4 AZN 529/06, NJW 2007, 1164 Leitsatz 1 für die Divergenzrevision gem. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG.

104 MüKo-ZPO/*Krüger,* 6. Aufl. 2020, § 543 Rn. 14; Wieczorek/Schütze/*Prütting/T. Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 543 Rn. 58; beispielhaft *Schroth*, JR 1990, 93, 97 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 72 Abs. 5 ArbGG).[105] Dass dabei zwischen *rationes decidendi* und *obiter dicta* getrennt wird, zeigt, dass die *rechtliche Beurteilung* iSv § 563 Abs. 2 ZPO ebenfalls auf richterliche Entscheidungsregeln abstellt.[106] Das Berufungsrecht stellt in § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO auf die gleichen Voraussetzungen ab.

Ein ähnliches Konzept liegt den Divergenz- und Grundsatzvorlagen zugrunde.[107] Gem. § 132 Abs. 2, 3 GVG und § 45 Abs. 2, 3 ArbGG ist der Große Senat anzurufen, wenn ein Senat *in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will*. Wie bei der Divergenzrevision müssen zwei abstrakte Rechtssätze verglichen werden.[108] Die Rechtsprechung verlangt weiter, dass die Auffassung die frühere Entscheidung trägt und auch die ausstehende Entscheidung tragen würde.[109]

Für die *Frage von grundsätzlicher Bedeutung* gem. § 132 Abs. 4 GVG und § 45 Abs. 4 ArbGG ergeben sich keine einschlägigen Besonderheiten im Vergleich zur Revisionszulassung. Zwar wird gefordert, an die grundsätzliche Bedeutung höhere Anforderungen zu stellen als bei der Revisionszulassung.[110] In diesem Zusammenhang spielt das jedoch keine Rolle; entscheidend ist, dass auch insofern zwei Entscheidungsregeln miteinander verglichen werden müssen.[111]

Zusammenfassend zeigt sich: Richterliche Entscheidungsregeln haben nicht nur mit Blick auf den konkreten Streitgegenstand eine Bedeutung. Das Revisionsrecht erkennt vielmehr gerade ihre präjudizielle Bedeutung an.[112] Die nähere Analyse der prozessrechtlichen Vorgaben führt zu einem deutlichen Zwischenergebnis. Nicht nur erkennt das deutsche Zivil- und Arbeitsprozessrecht die höchstgerichtliche Regelbildung an. Die Rechtsord-

105 Zum Umfang der Bindungswirkung *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 167.

106 Vgl. Wieczorek/Schütze/*Prütting/Winter*, ZPO, 5. Aufl. 2021, § 563 Rn. 9 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2019, § 146 Rn. 17 f.

107 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 30 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 293 ff.; vgl. auch *Kuhlen*, JA 1986, 589, 594.

108 So ausdrücklich Natter/Gross/*B. Zimmermann*, ArbGG, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 11; Germelmann/Matthes/Prütting/*Prütting*, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 45 Rn. 24; *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 179 f.

109 MüKo-ZPO/*Pabst,* 6. Aufl. 2022, GVG § 132 Rn. 8; ErfK/*Ahrendt*, 24. Aufl. 2024, ArbGG § 45 Rn. 3 jeweils mwN.

110 Natter/Gross/*B. Zimmermann*, ArbGG, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 18.

111 Vgl. Germelmann/Matthes/Prütting/*Prütting*, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 45 Rn. 30.

112 So auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 116; vgl. *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 108.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung gibt sogar zum Teil den Maßstab für deren Interpretation vor. Außerdem erschöpft sich die Frage nicht in der stereotypen Abgrenzung der *rationes decidendi* von *obiter dicta*. Im Rahmen der Divergenzrevision muss die präjudizielle Entscheidungsregel zunächst unabhängig davon ermittelt werden, ob sie das Präjudiz trägt.

cc) Unionsrecht

Doch nicht nur im nationalen Recht hat die Auslegung von Präjudizien prozessuale Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte nicht zur Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, wenn die aufgeworfenen Frage bereits Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist oder wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt (*acte éclairé*).[113] Nur wenn der EuGH bereits Entscheidungsregeln aufgestellt hat, die eine erneute Vorlage überflüssig erscheinen lassen, kann die Vorlage unterbleiben. Um das zu beurteilen, müssen die Präjudizien des EuGH ausgelegt werden.[114] Insbesondere ist zu unterscheiden, ob sich Zweifel bei der Rechtsanwendung auf die Reichweite der Entscheidungsregeln des EuGH oder auf deren Anwendung im Einzelfall beziehen. Der EuGH ist nur für die Auslegung und Konkretisierung des Unionsrechts zuständig, dessen Anwendung obliegt den nationalen Gerichten.[115] Auch aufgrund der Vorlagepflichten gem. Art. 267 AEUV müssen somit richterliche Entscheidungsregeln ermittelt werden.

113 Grundlegend EuGH 6.10.1982 – 283/81, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 11 (C.I.L.F.I.T); statt vieler für die neuere Rechtsprechung EuGH 6.10.2021 – C-561/19, AP AEUV § 267 Nr. 1 Rn. 36 mwN (Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi); *Höpfner*, EuZA 2011, 97, 102 f.

114 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 45 spricht insofern von einem „Interpretationsspielraum" der nationalen Gerichte.

115 BVerfG (K) 6.10.2017 – 2 BvR 987/16, NJW 2018, 606 Rn. 4; ErfK/*Schlachter*, 24. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 31; EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Materielles Recht

Auch das materielle Recht knüpft an richterliche Entscheidungsregeln an.[116] Besonders deutlich geschieht das in § 48 Abs. 2 Hs. 1 SGB X. Die Norm stellt klar, dass Verwaltungsakte aufzuheben sind, wenn ein oberstes Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung eine für den Adressaten günstigere Regel bildet als die erlassende Behörde.[117] In einer Entscheidung zu § 23 Abs. 3 BetrVG hat das BAG angenommen, wenn der Arbeitgeber es unterlasse, eine höchstgerichtliche Entscheidungsregel hinsichtlich eines bestimmten Mitbestimmungsrechts auf ein vergleichbares Mitbestimmungsrecht zu übertragen und deshalb den Betriebsrat nicht beteilige, könne darin ein grober Verstoß gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten liegen.[118] Richterliche Entscheidungsregeln können zudem eine gesetzliche Gestattung iSv § 858 Abs. 1 BGB[119] sowie „Rechtsvorschriften" iSv § 307 Abs. 3 BGB sein.[120] Eine ständige Rechtsprechung kommt als Eingriffsnorm iSv Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO in Betracht.[121] Zudem kann auch eine richterliche Rechtsprechung „gesetzlich vorgesehen" iSv Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK[122] und „gesetzlich vorgeschrieben" iSv Teil IV Art. G ESC[123] sein. Allerdings

116 Vgl. *Heusinger,* Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975 S. 187; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 247 ff.; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 176 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, 6. Kapitel; *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 225; *Bumke*, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 39 f.; Beispiele aus dem Sozialrecht bei *Wannagat*, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1972, 153, 173.

117 Dazu und zu weiteren Anknüpfungen an eine „ständige Rechtsprechung" *Fichte*, NZS 1998, 1.

118 BAG 16.7.1991 – 1 ABR 69/90, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 44 unter B.II.2.b).

119 BAG 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 188 Rn. 19 ff.; gebilligt von BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19 u.a., AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 191 Rn. 12; kritisch *Giesen/Kersten*, ZFA 2021, 125, 141; *Lobinger*, ZFA 2019, 429, 434.

120 BeckOGK-BGB/*Eckelt*, 1.1.2024, BGB § 307 Rn. 183.

121 Staudinger/*Magnus* (2021), ROM I, Art. 9 Rn. 49; Beispiel bei *Fabig*, IHR 2019, 1, 10.

122 Ständige Rechtsprechung, zB EGMR 10.11.2005 – TUR 44774/98, Rn. 88 mwN (Leyla Sahin); *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 223; *Jacobs/Holle*, in: FS Preis, 2021, S. 501, 504; *Walser*, EuZA 2022, 338, 345 f.

123 So zur Vorgängervorschrift (Art. 31 Abs. 1 ESC a.F.) *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 167 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

muss die Rechtsprechung gefestigt sein: Es geht um die Vorhersehbarkeit der „gelebten Rechtslage" für den Rechtsverkehr.[124]

ee) Zwischenergebnis

Eine umfassende Untersuchung der dogmatischen Anknüpfungen ist an dieser Stelle nicht nötig. Als Zwischenergebnis bleibt festzustellen, dass sowohl das Prozessrecht als auch das materielle Recht an verschiedenen Stellen dazu auffordern, die verallgemeinerbare Aussage aus einzelnen Präjudizien zu ermitteln. Zudem wird deutlich, dass das positive Recht diese Aussagen als (Entscheidungs-)Regeln versteht.

c) Richterrecht als Rechtsquelle

Die Diskussion darüber, ob höchstgerichtliche Rechtsprechung eine Rechtsquelle bildet, ist unüberschaubar und erscheint wenig ertragreich.[125] Zur Verwirrung trägt bei, dass mit dem Rechtsquellenbegriff in der deutschen Literatur zwei grundverschiedene und potenziell gegensätzliche Perspektiven bezeichnet werden.[126] Die erste Perspektive versucht, die rechtliche Realität theoretisch zu beschreiben (deskriptive Lesart). Die zweite will vorgeben, welche Erkenntnisquellen als verbindlich anerkannt werden sollen (präskriptive Lesart).[127] Die konträre Begriffsverwendung erklärt, dass auch Kritiker einer (über-)großen Richtermacht die (deskriptive)

124 *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 170; vgl. *Lörcher*, AuR 2019, 522, 524.

125 Mit ähnlicher Bewertung schon *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 51; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 60; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 120 f.

126 Darauf hinweisend auch *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 38 ff.; *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 51; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 113 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 217; *Canaris*, in: GS Dietz, 1973, S. 199, 202 mit Fn. 13; vgl. auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 116 ff.; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 218 ff.

127 Ähnlich unterscheidet *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 102 ff. und passim eine interne und eine externe Perspektive auf Regeln; dazu *Raz*, The authority of law: Essays on law and morality, 2. Aufl. 2009, S. 154 ff.; vgl. aus Sicht der deutschen Rechtspraxis *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 58 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsquelleneigenschaft nachdrücklich betonen. Der Rechtsquellenbegriff dient diesen Kritikern dazu, die praktische Wirkung der Rechtsprechung herauszustellen.[128] Präskriptive Aussagen lassen sich daraus nicht ableiten, sondern sind getrennt zu begründen.[129] In der Literatur werden beide Ebenen oft vermischt.[130] Zum Teil wird auch vom deskriptiven Befund auf die präskriptive Bedeutung geschlossen.[131] Schließlich bejahen manche die präskriptive Rechtsquelleneigenschaft, beziehen diese aber ausschließlich auf den entschiedenen Einzelfall.[132]

Für den Richterrechtsbegriff zeigt sich ein ähnliches Bild.[133] So wird einerseits auch unter diesem Etikett die Rechtsquellenfrage diskutiert;[134] auch insofern werden deskriptive und präskriptive Aussagen verschliffen. Andererseits werden das Applikationsproblem[135] sowie der Begriff und die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung erörtert.[136]

---

128 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 239 ff.; vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 117.

129 So ausdrücklich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 240.

130 *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 39. So zum Beispiel bei *Fischinger*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, § 6 Rn. 34 ff. unter Bezug auf *Rüthers*; ähnlich *Orrù*, ZRP 1989, 441, 442 ff.; ohne nähere Differenzierung auch *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, 2004, S. 32 ff. Wenn *Gusy*, DÖV 1992, 461 die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts als „überwiegend […] anerkannt" bezeichnet, liegt das ebenfalls an dieser Mehrdeutigkeit.

131 Dazu *Larenz*, in: FS Schima, 1969, S. 247, 249. Dass darin, wie *Larenz* meint, ein unzulässiger „naturalistischer Fehlschluss" vom Sein auf das Sollen liege, ist indes nicht ganz selbstverständlich, dazu weiterführend *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 104 ff.

132 Dazu *Gusy*, DÖV 1992, 461, 466; weiterführend *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff.

133 *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 26; *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 100; *Jabloner*, in: GS Walter, 2013, S. 185, 186; *Sendler*, DVBl 1988, 828, 829.

134 So *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 37 ff.; *Zöllner*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395, 1398.

135 *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7. Aufl. 2010, S. 313 ff., 346; in Bezug auf die Rechtsanwendung statt vieler *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 498 f.; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 284; *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, S. 8 f.; *MacCormick*, Rhetoric and the rule of law, 2005, S. 121.

136 Vgl. dazu *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 62 ff.; *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 57 f.; *Linsenmaier*, RdA 2019, 157, 157 f.; implizit auch *Giesen*, RdA 2014, 78 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgrund dieses Befunds lässt sich kaum beurteilen, ob die Begriffsdiskussionen um die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts für eine Methode der Präjudizieninterpretation relevant sind. Was aus der Diskussion für die Untersuchung folgt, wird erst durch die einzelnen unter der Chiffre der „Rechtsquellenfrage" und der des „Richterrechts" diskutierten Sachfragen deutlich.[137] Die folgenden fünf Sachfragen führen insofern weiter und bedürfen jeweils einer näheren Betrachtung:[138]

- Inwiefern ist Rechtsanwendung durch Gerichte bloßer Nachvollzug fremder Maßstäbe, inwiefern richterliche Eigenwertung (aa))?
- Welche richterlichen Wertungen sind zulässig, welche schließt die Funktionenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung aus (bb))?
- Wie beeinflussen Präjudizien die praktische Rechtsanwendung durch die Gerichte (cc))?
- Binden Entscheidungsregeln den entscheidenden Senat oder andere Senate in späteren Verfahren (dd))?
- Können sich Rechtsunterworfene gegenüber einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung auf Vertrauensschutz berufen (ee))?

aa) Nachvollzug oder Eigenwertung?

Die erste Frage, inwiefern Rechtsanwendung bloßer Nachvollzug fremder Maßstäbe ist und inwiefern richterliche Eigenwertung, steht hinter jeder Diskussion der Wirkweise von Präjudizien im deutschen Recht. Es handelt sich um eine Grundfrage eines jeden Rechtssystems.[139] Dass über Richterrecht so intensiv diskutiert wurde und wird, ist auch historisch erklärlich.[140] § 6 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht verpflichtete

137 Zum hermeneutischen Verhältnis von Frage und Antwort *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7. Aufl. 2010, S. 375 ff.; *Collingwood*, Denken. Eine Autobiografie, 1955, S. 30 ff.; *Marquard*, in: Abschied vom Prinzipiellen, 1981, S. 117, 117 ff.; aus juristischer Sicht insbesondere *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 22 Rn. 787; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 143.

138 Siehe auch *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 26.

139 *MacCormick/Summers*, in: dies., Interpreting precedents, 2016, S. 1: „[T]here is no better way for a lawyer to get at the heart of a legal system than to ask how it handles precedent."

140 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 58 ff.; näher *J. Schröder*, in: FS Horn, 2006, S. 1255 ff.; vgl. auch *Säcker*, NJW 2018, 2375, 2377 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Richter sogar noch, Präjudizien bei der Entscheidung außer Betracht zu lassen.[141] Erst nach 1900 emanzipierte sich die Diskussion um die eigenständige Bedeutung der Rechtsprechung stärker von der Diskussion über das Gewohnheitsrecht.[142] Heute ist anerkannt, dass die richterliche Rechtsanwendung unvermeidbare Elemente richterlicher Eigenwertung enthält.[143] Damit ist jedoch nur das allgemeine „Applikationsproblem" umschrieben: Jede Rechtsanwendung bedeutet zugleich die Setzung neuen Rechts.[144] In diesem Sinn kann ein Großteil der höchstgerichtlichlichen Regelbildung als gesetzesimmanente Rechtsfortbildung gedeutet werden.[145] Entscheidend ist, dass diese Rechtsetzung unter Achtung der Bindung an das geltende Recht erfolgt.[146] Wird richterliche Regelbildung mit Rechtsfortbildung im Lückenbereich gleichgesetzt, verstellt das den Blick auf die alltägliche Regelbildung der Höchstgerichte.[147] Der Inhalt richterlicher Präjudizien geht damit jedenfalls über die reine Umsetzung vorgegebener Wertungen hinaus. Das bestätigt zwar, dass Präjudizien als Interpretationsgegenstand potenziell eigene Bedeutung erlangen können. Rückschlüsse für die Frage, wie sie zu interpretieren sind, lassen sich hieraus indes nicht ziehen.

---

141 Vgl. dazu *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 293 f.; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 254; *Kodek*, in: Frese/J. Schumann, Precedents as Rules and Practice, 2021, S. 195, 198; zur weiteren historischen Entwicklung *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. I, 3. Aufl. 2020, S. 285 ff., 309.

142 Näher dazu *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. I, 3. Aufl. 2020, S. 308 ff.

143 Prägnant *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 24; *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 733.

144 *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, S. 8 f.: „Auch die abhängige Gebotsergänzung kann als rechtsschaffende Tätigkeit bezeichnet werden."; Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 43; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 86; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 71; *Jestaedt*, ZÖR 55 (2000), 133, 153; *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 791; vgl. auch *Raz*, The authority of law: Essays on law and morality, 2. Aufl. 2009, S. 182 ff.

145 *Hillgruber*, in: Oberreuter, Staatslexikon, 8. Aufl. 2020, Bd. 4, „Richterrecht"; *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 59 f.; *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 71; *Fischer*, Anm. zu EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG, 17, 28.

146 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 322; vgl. *Fischer*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 365, 367.

147 *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 40; vgl. *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 735.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Richter oder Gesetzgeber?

Die zweite Frage – Welche richterlichen Wertungen sind zulässig, welche schließt die Funktionenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung aus? – betrifft die Grenzen richterlicher Rechtsanwendung und damit das Kerngebiet der Methodenlehre. Die konventionelle Methodenlehre erklärt unter anderem, welche Argumentationen und Begründungen in der Rechtsanwendung zulässig sind.[148] Insofern weist die Frage darauf hin, was verfassungsrechtlich ausscheidet: Ein übermäßig vertrauensvoller „Richterpositivismus".[149] Eine Präjudizienmethode für das deutsche Recht muss daher verfassungsrechtliche Bindungen der jeweiligen Rechtsanwender achten und Präjudizien, die dieser Bindung zuwiderlaufen, „herausfiltern".[150]

cc) Praktische Präjudizienwirkung?

Die dritte Frage – Wie beeinflussen Präjudizien die praktische Rechtsanwendung durch die Gerichte? – nimmt die deskriptive Perspektive ein. Denen, die sie stellen, geht es vor allem um ein kritisches Bewusstsein im Umgang mit Präjudizien. Ob man richterliche Entscheidungsregeln für verbindlich hält oder nicht – die Praxis orientiert sich an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.[151] Die Rechtsprechung steuert insofern auch das (Prozess-)Verhalten anderer Normadressaten.[152] Nur diese fallübergreifende Wirkung erklärt etwa, dass das Bundesfinanzministerium „Nichtanwendungserlasse" im Umgang mit unliebsamen Gerichtsentscheidungen nutzt. In „Nichtanwendungserlassen" weist das Bundesfinanzministerium die Finanzämter an, eine bestimmte Gerichtsentscheidung „über den entschiede-

148 Dazu *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 63 ff.
149 Vgl. näher bei → Fn. 246.
150 Vgl. näher bei → Fn. 309.
151 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 111; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 259; *Kissel*, in: FS Schaub, 1998, S. 373, 382; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 247 bezeichnet diese Kategorie allgemein als „Wirkung" der Entscheidung.; zum amerikanischen Recht *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 26.
152 *Höland*, ZfRSoz 30 (2009), 23, 35 ff.; *Rieble*, in: Rieble/Junker, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 2007, S. 54, Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen Einzelfall hinaus nicht anzuwenden“[153]. Damit ist der Normalfall der „Anwendung“ höchstgerichtlicher Entscheidungsregeln implizit treffend beschrieben: Diesen Präjudizien werden fallübergreifende Regeln entnommen, denen wiederum Folgesachverhalte subsumiert werden. Den umgekehrten Fall zum „Nichtanwendungserlass“ bildet die Rezeption höchstgerichtlicher Rechtsprechung durch die Verwaltungsvorschriften der Exekutive.[154] Auch der Gesetzgeber erkennt diese Orientierungsfunktion an.[155] So hat der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 BeschFG a.F. sogar einmal eine Ausnahme zu einer nur richterlich gebildeten Regel normiert.[156] Praktisch gelten Gesetze so, wie die Höchstgerichte sie auslegen.[157] Nimmt man diese Erkenntnis ernst, führt auch für „den Praktiker“ kein Weg an einer Methode der Präjudizieninterpretation vorbei. Gerade die Bedeutung von Präjudizien im „gelebten Recht“ erfordert es, sie auf Grundlage einer ausdifferenzierten Methode zu interpretieren.

dd) Normative Bindung?

Die vierte Frage – Binden Entscheidungsregeln den entscheidenden Senat oder andere Senate in späteren Verfahren? – steht im Zentrum der Rechtsquellendiskussion. Von einer gesetzesgleichen[158] über eine lediglich subsidiäre[159] oder präsumtive[160] bis hin zur grundsätzlich nur faktischen

153 *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 15 und passim; vgl. auch *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 451.

154 *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.

155 Vgl. die Nachweise bei → Fn. 87.

156 Dazu *Feuerborn*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003, S. 2 f.

157 Statt vieler *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 480 f., 504, 514; *Fischer*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 365, 368 f.

158 So in der Tendenz *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 245 f.; vgl. *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, S. 50 f.; darstellend auch *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 44.

159 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 510 ff.; vgl. auch *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 179 f., 188 ff.

160 Grundlegend *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbindlichkeit[161] der Präjudizien wurde vieles vertreten.[162] Vertritt man die Auffassung einer normativen Wirkung der Präjudizien, ist eine Präjudizienmethode unumgänglich. Doch auch für die Vertreter einer grundsätzlich bloß faktischen Verbindlichkeit ist sie nötig. Bereits das positive Recht ordnet zum Teil eine stärkere Verbindlichkeit an.[163] Dazu kann auch nach der traditionellen Rechtsquellenlehre Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht erstarken.[164] Selbst die Ansichten, die Präjudizien grundsätzlich keine normative Wirkung zuerkennen, machen insofern eine Ausnahme.[165] Was aber erstarkt hier? Es kann nur um eine konkrete Entscheidungsregel gehen, die in einem ersten Schritt herauszuarbeiten ist.[166] Die Ermittlung einer Entscheidungsregel und deren Verbindlichkeit sind daher zunächst zu trennen.[167] Auch um die Bindungsfrage praktisch richtig stellen zu können, braucht es zunächst eine Präjudizienmethode.

ee) Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen?

Zuletzt stellt sich die Frage, ob sich Rechtsunterworfene gegenüber einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung auf Vertrauensschutz berufen können. Sie ist gleichbedeutend mit der Verbindlichkeit einer Entscheidungsregel gegenüber dem einzelnen Rechtsunterworfenen. Auch ohne eine präskriptive Verbindlichkeit der Präjudizien im rechtstheoretischen

161 Paradigmatisch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 431 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 116 Fn. 20 f. mwN. Diese Ansicht wird in praxisorientierten Stellungnahmen noch immer zugrundegelegt, vgl. *Fischinger*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, § 6 Rn. 34 ff.; *Benedict*, JZ 2012, 172, 180.

162 *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 192 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 116 Fn. 23; *Voß*, ZZP 2021, 203, 208 jeweils mwN.

163 Vgl. bei → Fn. 1238.

164 Weiterführend *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 171 ff.; *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. I, 3. Aufl. 2020, S. 308; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 98 ff.

165 Stellvertretend *Fischinger*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, Rn. 34.

166 *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 67 f.

167 *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 380; *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 25; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 120. In gleicher Stoßrichtung will *Gusy*, DÖV 1992, 461, 466 zunächst ermitteln, ob es sich um „fallbezogene" oder „normbezogene" Ausführungen handele, wobei allein letztere präjudizielle Wirkung haben könnten.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sinn ist Rechtsprechung Ausübung von Staatsgewalt.[168] Sie unterliegt daher grundsätzlich dem Vertrauensschutzgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG.[169] Anknüpfungspunkt eines Vertrauenstatbestands ist eine (verfestigte) richterliche Entscheidungsregel.[170] Auch das läuft auf die ursprüngliche Frage hinaus, welche allgemeinere Entscheidungsregel dem Präjudiz zugrundeliegt.

ff) Zwischenergebnis

Aus den verschiedenen Fragen ergibt sich zum einen, dass Präjudizien auch insofern vor allem hinsichtlich der ihnen innewohnenden Entscheidungsregeln diskutiert werden. Darüber hinaus werfen Präjudizien die Frage nach der Zuständigkeitsverteilung zwischen Richter und Gesetzgeber auf. Eine Methode der Präjudizieninterpretation muss daher einbeziehen, dass sich richterliche Entscheidungsregeln nicht von den Vorgaben des positiven Rechts lösen dürfen.

2. Präjudizien als Interpretationsgegenstand

Eine Methode der Präjudizieninterpretation muss somit an die Entscheidungsregeln anknüpfen, die Präjudizien potenziell zugrundeliegen. Dabei muss sie jedoch die Vorgaben des positiven Rechts beachten. Zugleich sollte sie nach Möglichkeit den Anschluss an die klassische deutsche Methodenlehre suchen. Diese Ziele werden im Folgenden zueinander ins Verhältnis gesetzt.

Zunächst werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesetzes- und Präjudizieninterpretation beleuchtet. Dabei wird analysiert, inwiefern beide Interpretationsgegenstände einschlägige Besonderheiten aufweisen und ob zwischen Präjudizien, die das Gesetz auslegen und solchen, die

168 *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 200 weist darauf hin, dass die Vertrauensschutzfrage von der Rechtsquelleneigenschaft der Präjudizien zu trennen ist.

169 BVerfG 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 9 Rn. 13; 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, BVerfGE 131, 20 (42); dazu *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157 ff.; richtig trennt auch *Fischinger*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, § 6 Rn. 34 ff. die Rechtsquellen- von der Vertrauensschutzfrage.

170 Vgl. *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 418; näher zu den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten bei → Fn. 1255.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Recht fortbilden, differenziert werden muss (a). Im Anschluss daran wird untersucht, ob die Interpretation von Präjudizien deren Kontext stärker in den Blick nehmen muss, als das bisher geschieht. Dabei wird insbesondere auf die Funktionsweise der deutschen Dogmatik eingegangen (b). Abschließend wird die Rolle des jeweiligen Interpreten erörtert. Abweichend von den meisten Methodenlehren schlägt die Untersuchung vor, von vornherein danach zu unterscheiden, ob der Rechtsanwender die gelebte Rechtslage zu prognostizieren hat oder ob er selbst über die Anwendung des Rechts im Einzelfall entscheiden soll (c).

a) Auslegung von Gesetzen und Präjudizien

Die Interpretation und Anwendung von Gesetzen steht traditionell im Mittelpunkt der deutschen Methodenlehre. Im Umgang mit Präjudizien bestehen dagegen, wie bereits gezeigt, „blinde Flecken".[171] Näher betrachtet, kann für die Interpretation von Gesetzen und Präjudizien keine einheitliche Interpretationsmethode herangezogen werden. Es bestehen aber gleichwohl strukturelle Gemeinsamkeiten zwischen beiden Interpretationsgegenständen.

aa) Keine einheitliche Auslegungsmethode

Auf den ersten Blick lässt sich nicht sicher unterscheiden, ob eine Entscheidungsregel aus einer Gesetzesnorm oder aus einer Gerichtsentscheidung stammt.[172] Insbesondere Entscheidungsleitsätze werden in der Praxis häufig wie Gesetzesnormen verwendet.[173] *Lundmark* und *Herrmann*[174] behaupten daher, die Auslegung von Gesetzen und von Gerichtsurteilen könne

171 *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 226 f.; *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1554 f.; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201 ff.; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521 ff.; *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157, 183; *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28 ff.; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 ff.; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 ff.; bereits früher *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 358; ausführlich bei → Fn. 61.

172 *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 14; *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28, 31; vgl. bereits *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 494.

173 *Fleischer*, ZIP 2018, 605; *Kötz*, RabelsZ 37 (1973), 245, 259 f. vgl. auch *Larenz*, in: FS Schima, 1969, S. 247, 247 f., 250.

174 *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und müsse eine einheitliche Methodik nutzen.[175] Alle anerkannten[176] Auslegungscanones der Gesetzesinterpretation seien auch zur Interpretation von Urteilen heranzuziehen.[177] Damit begünstigt es diese Auffassung jedoch, dass Leitsätze auf diese Weise gesetzesgleich übernommen und abstrahiert werden.[178] Darin liegt jedoch gerade das Problem.[179] Ein solcher „Leitsatzkult"[180] ist das Gegenteil eines methodisch aufgeklärten Umgangs mit Präjudizien.[181]

bb) Der Unterschied: Kontext der Regelbildung

Gerichtsentscheidungen sind juristische Erzeugnisse eigener Art.[182] Verstehen kann man sie nur in ihrem Kontext.[183] Die hergebrachten Regeln der Gesetzesauslegung können bei der Präjudizieninterpretation einen ersten

175 *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28, 30; zustimmend: *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 535; dagegen sehr klar *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 2; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 206; vgl. auch *Jestaedt*, JöR 72 (2024), 517, 523.

176 Man kann mit guten Gründen bezweifeln, ob es einen anerkannten Bestand von Rechtsanwendungsmethoden gibt, vgl. *Höpfner*, RdA 2018, 321, 329 f.; optimistischer *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 390 mwN. *Lundmark/S. Herrmann* dürften bei ihrem Vorschlag die gedanklich in Anknüpfung an *von Savigny* entwickelten vier Auslegungscanones (Wortlaut, Historie, Systematik und Telos) vor Augen haben.

177 So wohl *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28, 31; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 535 ff.

178 Vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 458.

179 So zu Recht *Lepsius*, JZ 2019, 793, 798; vgl. *Fleischer*, NZG 2015, 769; *Schürer*, ZBl 2013, 583; zuvor bereits *Coing*, JuS 1975, 277, 278.

180 *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 189 Fn. 26.

181 Vgl. *Herschel*, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 201, 208 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 430 f.; *Grünhut*, in: Roellecke, Zur Problematik der Höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, S. 143, 149; *Sauer*, in: Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, S. 122, 140 f.

182 *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 286; zustimmend *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 110 f.; vgl. *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 61 ff.

183 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 465 f.; *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 18; ähnlich bereits *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 358 f.; siehe auch *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 56 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anhalt bieten.[184] Sie wurden jedoch entwickelt, um dem Interpretationsgegenstand „Gesetzesnormen" gerecht zu werden.[185] Entfernt man sie aus diesem Kontext, ändert sich zugleich ihr Inhalt.[186]

Die Interpretationsgegenstände „Gesetzesnorm" und „Gerichtsentscheidung" unterscheiden sich. Gesetze sind notwendig abstrakt. Sie geben den „Rahmen"[187] vor, müssen jedoch noch mit Blick auf den Fall präzisiert werden. Hier beginnt die Arbeit des entscheidenden Gerichts:[188] Es soll vor allem einen Einzelfall entscheiden.[189] Jede begründete Entscheidung erfordert indes zugleich eine Abstraktion, also das Aufstellen einer Regel.[190] Wie bereits gezeigt, ist Rechtsanwendung insofern immer zugleich Rechtssetzung.[191] Die konkreten Entscheidungsregeln[192] werden erst durch

184 Grundlegend *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 77 ff.; ähnlich *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 117 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 468 ff.; im Einzelnen zu den Besonderheiten der Präjudizienauslegung *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 460 ff.

185 Zur „Gegenstandsadäquanz der Auslegungstheorie" *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 332 ff.; *Jestaedt*, ZÖR 55 (2000), 133, 147 ff.; allgemein zur Relativität juristischer Methoden *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26 ff.

186 Vgl. *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 270; *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 243; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 255.

187 *Germann*, Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, 1976, S. 23; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 348 f.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 58; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 81; *Jestaedt*, JöR 72 (2024), 517, 526; vgl. *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 16.

188 Zur Funktionenteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung *Bumke*, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 6 ff.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 314 ff.; insbesondere zum Arbeitsrecht *Zöllner*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395, 1397 ff.

189 Statt vieler *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 383.

190 *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, S. 31 f,; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 68; *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 11; *Schauer*, Stanford Law Review 47 (1995), 633, 635; vgl. auch *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 240 ff.; *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923, S. 264 f.; *U. Neumann*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 683, 694; *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19; stellvertretend für die Gegenauffassung *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1 ff.

191 Sog. Applikationsproblem, vgl. bei → Fn. 144.

192 Vgl. bereits *Jordan*, AcP 8 (1825), 191, 195: „Entscheidungsnormen"; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 202 ff. spricht von „Fallnormen". Sein me-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Rechtsanwender aufgestellt.[193] Er bezieht sich dabei regelmäßig auf Rechtsnormen, allerdings nicht notwendig auf formelle Gesetze.[194] Auf die Ermittlung dieser Regeln zielt die Präjudizieninterpretation ab.[195]Aus der Sicht späterer Rechtsanwender ist das Gericht also nicht nur Normanwender, sondern auch Normgeber.[196] Prinzipiell nehmen die Gerichte mit der Formulierung einer Regel gleichzeitig in Anspruch, sie solle auch zur Entscheidung vergleichbarer Fälle dienen.[197] Die Schwierigkeit liegt darin, die Vergleichbarkeit von zwei Fällen festzustellen. Ob diese Normbildung von anderen Gerichten in späteren Entscheidungen rezipiert wird, hängt maßgeblich vom Rang des Präjudiziengerichts im Instanzenzug ab.

Kein struktureller Unterschied zwischen Gesetzen und Entscheidungsregeln liegt insofern darin, dass Entscheidungsregeln mit Blick auf einen konkreten Fall entwickelt werden. Die *Universalität* von Regeln ist von ihrer *Generalität* zu unterscheiden.[198] Entscheidungsregeln sind *universelle*

---

thodischer Ansatz unterscheidet sich von dieser Untersuchung, zum Teil stark. Trotzdem bringt sein Begriff auf den Punkt, dass es eine Entscheidungsregel dieser Abstraktionsstufe geben muss, vgl. auch *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 333 f.

193 Vgl. *Sendler*, DVBl 1988, 828, 831; zur Unterscheidung von „Strategie" und „Taktik" treffend *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 421.

194 Vgl. zu Tarifnormen iSv § 4 Abs. 1 TVG: BAG 16.12.1993 – 6 AZN 346/93, AP ArbGG 1979 § 72a Grundsatz Nr. 44: „fallübergreifende abstrakte Interpretation tarifl. Rechtsbegriffe"; beispielhaft zu solchen Regeln *Höpfner/Strässer*, ZTR 2023, 376, 382 ff.

195 *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 125 spricht insofern von „präjudiziellen Erwägungen".

196 Vgl. *Jestaedt*, ZÖR 55 (2000), 133, 152; im Anschluss an *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, 1911, § 53, 3. (209 f.); siehe auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 127. Damit ist nicht gemeint, dass Gerichte hiermit zu *freier* Rechtssetzung ermächtigt wären. Manchmal wird das Applikationsproblem mit Dezisionismusvorwürfen verschliffen, so zB bei *Zöllner*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395, 1398.

197 *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2012, S. 9 Fn. 35; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 235; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 113; siehe auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 235; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 162; in Bezug auf die Rechtsfortbildung *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 20, 57.

198 So unter terminologischer Anknüpfung an „Normen" *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 16 f., 109; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 268 f.; *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 244.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regeln:[199] Auch wenn sie aus Anlass eines Einzelfalls formuliert werden, umreißen sie mittels abstrahierender Merkmale die Fälle, für die eine bestimmte Rechtsfolge gelten soll.[200] Das gilt auch, wenn es sich nur um eine eng begrenzte Zahl von Fällen handelt.[201] Gegenbegriff der *Generalität* ist die *Spezialität* von Regeln.[202] Ob eine Regel im Verhältnis zu einer anderen Regel genereller oder spezieller ist, erfordert jedoch immer eine relative Betrachtung. Ein struktureller Unterschied zwischen richterlichen Entscheidungsregeln und Gesetzen liegt hierin nicht.[203] In Rechtsgebieten, die stark durch richterliche Rechtsfortbildung geprägt sind, gibt es Gesetzesnormen, die lediglich speziellere Ausnahmen zu den generelleren richterlichen Entscheidungsregeln bilden.[204]

Der Unterschied zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Regelbildung ist ein anderer. Zwar sind die Gerichte grundsätzlich befugt, Entscheidungsregeln so allgemein zu formulieren, dass sie auch in späteren Fällen herangezogen werden können.[205] Aber bei der höchstrichterlichen Regelbildung sind stets „Streitentscheidung und Normbildung" zugleich angesprochen.[206] Das bedeutet zwar nicht, dass die Gerichte den Einzelfall mit Blick auf ihre Regelbildungsfunktion anders entscheiden müssen oder auch nur dürfen. Bei der Formulierung der Entscheidungsregeln müssen sie jedoch im Blick behalten, welche Folgerungen aus ihren Entscheidungen für anknüpfende Rechtsanwender naheliegen. Bei den Revisionsgerichten verschiebt sich zwar der Blick von der Sachverhaltsfeststellung zur

199 Vgl. zur Universalität *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 16 f., 109; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 18 ff.

200 Vgl. *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 25 f.

201 Treffend zur Unterscheidung von „Einzelfallgerechtigkeit" und „Maßstabslosigkeit" *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719, 726.

202 *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 16.

203 Vgl. *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 135.

204 So beispielhaft in § 1 Abs. 1 BeschFG a.F., dazu *Feuerborn*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003, S. 2 f.; überblicksweise zu punktuellen Gesetzesregelungen im deutschen Arbeitskampfrecht *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 229.

205 Vgl. *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 371, 393; zu „Richtlinienentscheidungen" *Hilger*, in: FS Larenz I, 1973, S. 109, 120 ff.

206 So die Antinomie nach *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010 S. 12 und passim; im Ansatz bereits *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 111 f.; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 66 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 117, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsanwendung[207] und diese Rechtsanwendung bedeutet stets die Bildung neuen Rechts.[208] Trotzdem sind die Möglichkeiten richterlicher Regelbildung begrenzt. Eine gesetzgebergleiche Regelbildung kann die Rechtsprechung nicht leisten.[209] Das folgt schon daraus, dass die Revisionsgerichte ihr Entscheidungsmaterial nicht frei wählen können.[210] Richterliche Entscheidungsregeln dürfen nicht ohne Bezug auf den Einzelsachverhalt gebildet werden.[211]

cc) Die Gemeinsamkeit: Rekonstruktion des Gemeinten

Indes haben Gerichtsentscheidungen und Gesetzesnormen auch eine wesentliche Gemeinsamkeit. In beiden Fällen ist die Auslegung des Textes ein hermeneutischer Prozess.[212] Der Rechtsanwender befragt den Text danach, ob er für seinen Fall einen tauglichen Entscheidungsmaßstab enthält.[213] Genau wie gesetzliche Regeln sind richterliche Entscheidungsregeln nicht deckungsgleich mit ihrem sprachlichen Ausdruck.[214] Jede Regelinterpretation muss den Kontext berücksichtigen.[215] Um sie zu verstehen, muss man

207 Im Grundsatz richtig, aber etwas überzeichnet *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 32. Dass eine eigene Tatsachenwürdigung ausscheidet, ändern nichts daran, dass die Regelbildung mit Blick auf die Input-Informationen des Sachverhalts erfolgt.

208 Sog. Applikationsproblem, vgl. bereits bei → Fn. 144.

209 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 88; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 165, 172.

210 *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 161; *R. Fischer*, in: Lutter/Fischer/Stimpel, Gesammelte Schriften, 1985, S. 37, 39.

211 So bereits *Esser*, JZ 1962, 513, 514 f.; *E. Picker*, JZ 1984, 153, 155: „sachliche Notwendigkeit"; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 452 f.; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, S. 29 ff.

212 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 75 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 463; *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 144 ff.

213 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 139; vgl. auch *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 34.

214 Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 329 f.; *Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, S. 32 ff.; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 102 f.; *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 152 f.

215 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 366 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Frage verstehen, die der jeweilige Text beantwortet.[216] Die Entstehungsgeschichte einer bestimmten Regel erhellt ihre Bedeutung.[217] Man muss sich in den Schöpfer hineinversetzen, um herauszufinden, was er gemeint hat.[218] Es geht darum, seinen „Willen" zu ermitteln. Was mit dem „Willen des Gerichts" gemeint ist, bedarf indes näherer Erklärung. Einerseits könnte man auf den psychologischen Willen der einzelnen Richter abstellen. Andererseits kommt eine normative Zuschreibung in Betracht – ähnlich der Heransgehensweise bei der Ermittlung des „Willens des Gesetzgebers".[219] Es kann dahinstehen, ob es in kleineren Richtergremien denklogisch möglich wäre, einen gemeinsamen psychologischen Willen zu ermitteln.[220] Ein solches Unterfangen scheidet praktisch bereits von vorneherein aus. Zudem steht ihm potenziell das Beratungsgeheimnis entgegen (vgl. § 43 DRiG). Die Rekonstruktion ist deshalb in beiden Fällen nicht darauf gerichtet, eine tatsächliche psychologische Motivation aufzudecken. Das Ziel ist, den

216 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 22 Rn. 787; *Collingwood*, Denken. Eine Autobiografie, 1955, S. 30 ff.; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 4. Aufl. 1975, S. 344 ff.; 351 ff.; *Marquard*, in: Abschied vom Prinzipiellen, 1981, S. 117 ff. Dieser Gedanke liegt verschiedenen methodischen Regeln zugrunde, zB. der sog. mischief rule und dem Grundsatz „cessante ratione legis, cessat ipsa lex", *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 114 f., 158 ff.; siehe auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 519.

217 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 517; *Holmes*, The common law, 1881, S. 37: „The history of what the law has been is necessary to the knowledge of what the law is."; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 63 f.; *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 469; beispielhaft *Schürer*, ZBl 2013, 583, 596 f.

218 *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923, S. 266: „Ein rechtliches Wollen auslegen heißt: es in seiner Besonderheit gegenüber anderem rechtlichen Wollen verstehen."; für eine „normgeberorientierte Auslegungs(ziel)theorie" auch *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 210 ff.; zur Kontextabhängigkeit richterlicher Regelbildung *Holmes*, The common law, 1881, S. 1 f.; zum Verhältnis von historischer Rekonstruktion und hermeneutischem Verständnis *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7. Aufl. 2010, S. 378 ff.

219 *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 148; *Jestaedt*, JöR 72 (2024), 517, 520; entsprechend für die Auslegung von Tarifnormen *Höpfner/Strässer*, ZTR 2023, 376, 377; vgl. *Liedmeier*, Die Auslegung und Fortbildung arbeitsrechtlicher Kollektivverträge, 1991, S. 69; siehe auch *Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, 1991, S. 212.

220 Dazu *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 148; zu „verdeckten" Urteilsgründen vgl. *Kriele*, in: Recht – Vernunft – Wirklichkeit, 1990, S. 569, 581 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Willen zu ermitteln, der dem Gericht am ehesten normativ zugerechnet werden kann.[221]

b) Kontextualisierung und Dogmatik

Die Frage nach den Unterschieden zwischen Gesetzesrecht und richterlichen Entscheidungsregeln führt zu einem Grundbegriff der Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Raum: der Rechtsdogmatik. Entgegen dem vordergründigen Eindruck ist die dogmatische Tradition des deutschen Rechts mit einer kontextsensiblen Rezeption von Präjudizien vereinbar. Je nach ihrem genauen Verständnis läuft jedoch auch die Methode der Kontextualisierung Gefahr, selbst die Effekte zu erzeugen, die sie an der dogmatischen Arbeitsweise kritisiert.

aa) Begriff und Funktionsweise der Dogmatik

Der Begriff der Dogmatik ist nicht selbsterklärend und wird mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten gebraucht.[222] Im Folgenden sind damit alle Ansätze zur Ordnung und Erläuterung des geltenden Rechts gemeint, sofern sie zu einem gewissen Grad verfestigt sind.[223] Weder die unveränderte Wiedergabe geschriebener Normen noch die Wiedergabe eines Präjudizes sind bereits Dogmatik.[224] Dogmatik entsteht vor allem aus der Rezeption gerichtlicher Entscheidungen durch die rechtswissenschaftliche

221 So auch *Jestaedt*, JöR 72 (2024), 517, 527 Fn. 33 und 532 f.

222 Im Folgenden wird nur von „Dogmatik" gesprochen.

223 Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, S. 307 f.; zur Abgrenzung der Rechtsdogmatik von verwandten Beobachtungsgegenständen *Voßkuhle*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 111, 111 f.; weiterführend zu den verschiedenen Begriffsverständnissen *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 42 ff.; *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17, 21 ff.

224 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, S. 313; *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fachöffentlichkeit.[225] Wer eine Entscheidung fällt, stellt eine Regel auf.[226] Wer eine Regel aufstellt, muss damit rechnen, dass sie in künftigen Fällen herangezogen wird.[227] Richter sind sich dieser Bedeutung ihrer Entscheidung bewusst.[228] Umgekehrt nehmen Gerichte Lösungsvorschläge der Literatur zur Kenntnis.[229] Oft orientieren sich deren dogmatische Beiträge an der „Perspektive[ ] des Quasirichters"[230]. Damit entsteht ein „Dialog"[231] zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft.[232] Die Entscheidungsregeln der Dogmatik sind konkreter als die gesetzlichen Normen, gehen jedoch über den Sachverhalt einer Einzelentscheidung hinaus.[233] Dogmatik bildet so eine Mittelstufe zwischen Einzelfall und Gesetzesnorm.[234]

225 *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 252; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 204; *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 373; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 151: „Die Kommentare erst zeigen die Wahrheit."; aus der Sicht des Rechtsvergleichers *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 499; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 449.

226 Vgl. die Nachweise bei → Fn. 190.

227 Vgl. *Thiessen*, JöR 72 (2024), 535, 552; *Wiedemann*, RdA 1999, 5, 7; aus der Sicht des Common Law *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 276; *Schauer*, Stanford Law Review 39 (1987), 571, 579.

228 Beispielhaft BAG 10.5.1962 – 5 AZR 452/61, NJW 1962, 1537 unter 4.; *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 98; *R. Fischer*, in: Lutter/Fischer/Stimpel, Gesammelte Schriften, 1985, S. 3, 4 f.; *Hilger*, in: FS Larenz I, 1973, S. 109, 113; *Treber*, in: ArbR-HdB, 19. Aufl. 2021, § 206 Rn. 18; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 178 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 175 ff.; *Moritz*, RdA 1977, 197, 198 r. Sp.; *Raiser*, ZRP 1985, 111, 113 f.; *Scholz*, DB 1972, 1771, 1771 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 459 fordert indes, sich diese Funktion noch stärker bewusst zu machen.

229 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 392; *Haferkamp*, JZ 2021, 1050, 1052.

230 *Würdinger*, JZ 2023, 397, 398.

231 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1558.

232 *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 43 f.: „Kooperationsverhältnis"; ähnlich *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 132 f.; aus der Sicht des früheren BAG-Präsidenten *Gerhard Müller*, AuR 1977, 303, 304 ff.

233 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 124; vgl. auch *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 151.

234 *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 49; *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3, 14; *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319, 345; *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 11; *Windel*, OMG – German Legal Dogmatics!, 2020, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Arbeitsweise der Dogmatik kann als Dreischritt von Induktion, Systematisierung und Deduktion beschrieben werden.[235] Dogmatische Rezeption löst richterliche Entscheidungsregeln aus ihrem Kontext, dem Sachverhalt. *Lepsius* beschreibt den Vorgang treffend als „Entkontextualisierung"[236]. Die Ablösung der Entscheidungsregeln vom konkreten Fall ermöglicht ihre Organisation in einem kohärenten System.[237] Systematisierende Dogmatik macht Recht besser diskutierbar, besser verständlich und somit auch besser lehrbar.[238] Sie sichert die Kontinuität und Berechenbarkeit des Rechts.[239] Für die praktische Rechtsanwendung ist Dogmatik eine große Arbeitserleichterung.[240]

Jenseits des deutschsprachigen Raums gilt Dogmatik jedoch als Fremdkörper.[241] Jedes Präjudiz nach dem Vorbild des Common Law auf seine Allgemeingültigkeit zu überprüfen, scheint auf den ersten Blick der dogmatischen Denkweise entgegenzulaufen. Nach *Eduard Picker* besteht ein Gegensatz zwischen Richterrecht und dogmatischer Systembildung.[242] In voller Schärfe besteht dieser Gegensatz aber nur, wenn Richterrecht – anders als hier – keiner methodischen Kontrolle unterworfen wird.[243] *Höpf-*

235 Sinngleich *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 132; *Jestaedt*, JZ 2014, 1, 6: „Dekontextualisierung, Systematisierung und (Re-) Konkretisierung"; vgl. *Lepsius*, JZ 2019, 793, 794 f.

236 *Lepsius*, JZ 2019, 793, 794 f.

237 *Jansen*, JZ 2023, 573, 574; vgl. *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3, 14.

238 *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 45 ff.; *Kötz*, RabelsZ 54 (1990), 203, 204; vgl. auch das pointierte Zitat bei *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 9.

239 Vgl. *Voßkuhle*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 111, 112; *Rüthers*, JöR 64 (2016), 309, 334.

240 *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 131; für höchstgerichtliche Entscheidungsregeln, *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 175; *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 97.

241 *T. Möllers*, ZfPW 2019, 94, 95; *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 130; *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 6 ff.; *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 46 ff.; differenzierend *Windel*, OMG – German Legal Dogmatics!, 2020, S. 14 ff.

242 So *E. Picker*, JZ 1988, 1, 9.

243 *E. Picker*, JZ 1988, 1, 9 bezieht sich vor allem auf das Richterrecht im Sinne der Vorverständnislehre Josef Essers. Damit dürfte er in der Sache nur die Art von Richterrecht kritisieren, die nicht in „denkendem Gehorsam" entwickelt wird, näher dazu bei → Fn. 583.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ner zufolge lässt eine starke richterrechtliche Prägung des Rechts das innere System „instabiler, unklarer und widersprüchlicher“[244] werden.[245] Als deskriptive Aussage zum deutschen Recht trifft das grundsätzlich zu. Die These lässt sich aber weiter präzisieren: Das innere System leidet darunter, dass Präjudizien *unreflektiert* übernommen werden. Die Gefahr geht zuvorderst von einem nicht methodisch angeleiteten „Richterpositivismus“[246], zum Teil auch als „Leitsatz-“ oder „Bundesgerichtspositivismus“[247] bezeichnet, aus.[248] Entkontextualisierung neigt dazu, wesentliche Informationen des Ausgangsfalls außer Acht zu lassen.[249] Systematisierende Abstraktion birgt immer die Gefahr, Harmonie zu erkennen, wo keine ist.[250] Im Extremfall

244 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 91; ähnlich *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157.

245 So auch *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 165.

246 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 476; *Rüthers*, ZRP 2008, 48, 50; *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1559; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 631 f.: „‚Methode Collage‘“; aus amerikanischer Sicht gleichsinnig gegen „Leimtopfwerke[ ]“, die nur richterliche Aussagen collagieren *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 30; kritisch zum sinngleichen Begriff des „Rechtsprechungspositivismus“ *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 118 f. mit Fn. 220.

247 Kritisch insofern *Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, 2024, S. 47 f.; *Heusinger,* Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 185 f.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 274; *Bottega/Reich*, in: FG Stocker, 2020, S. 273 ff.; *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 68; *Jansen*, in: Kästle-Lamparter/Jansen/Zimmermann, Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 2020, S. 25, 40 f.; ähnlich *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 202; *Zöllner*, in: Canaris/Ulmer/Fischer/Zöllner, Gedächtnisreden auf Alfred Hueck, 1976, S. 17, 29.

248 Ebenso *E. Picker*, JZ 1988, 1, 9: „Antidogmatik und Richterrechtsfavorisierung bedingen einander.“; mit Blick auf den EuGH Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 29.

249 *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 45 f.; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 795 f.; positiv formuliert bei *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 132: „von Kontingenz ‚geläutert‘“.

250 *Emge*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1955, S. 368: „ein System ist stets ein inhaltlich zu weit gehendes Unterfangen der ‚Vernunft‘“; *Richardi*, AcP 171 (1971), 179, 185: „Wer durch eine höhere Abstraktionsstufe Unterschiede überwindet, verschleiert sie in Wahrheit nur“; *E. Schneider*, DRiZ 1968, 47: „Unter dem Etikett der Dogmatik versucht manch einer gleichwohl, seine systematischen Konsequenzen als Gesetz zu verbreiten.“; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

droht ein solcher „Richterpositivismus", ein richterliches „Parallelrecht" neben der geschriebenen Rechtsordnung zu erzeugen.[251]

bb) Kontextualisierung als Gegenentwurf?

Versuche übermäßiger Verallgemeinerung[252] profitieren auch davon, dass die Rechtsprechung häufig nur nach Fundstelle zitiert wird. Gerade bei amtlichen Sammlungen gehen die Angaben des Entscheidungsjahres und des erkennenden Senats auf diese Weise verloren.[253] Einen wesentlichen Impuls zu diesem Problem hat die neuere Diskussion über die Kontextualisierung von Gerichtsentscheidungen gegeben.[254] *Lepsius* fordert zu Recht, Gerichtsentscheidungen kontextbewusst zu erfassen und die Übertragbarkeit ihrer Aussagen auf andere Fälle jeweils genau zu prüfen.[255] Er plädiert also dafür, Gerichtsentscheidungen stärker zu kontextualisieren.[256] Auf den ersten Blick scheint das zur systematisierenden Arbeitsweise der Dogmatik in einem Spannungsfeld zu stehen.[257] Systematisierung schließt es indes nicht aus, kontextbewusst zu arbeiten. Im Gegenteil: Systematisierung gelingt erst, wenn der Entscheidungszusammenhang zur Kenntnis

Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 220 f.; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 62. Vgl. auch *Mertens*, ZGR 1998, 386, 389; weiterführend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 112 ff.

251 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 166.

252 *Dieterich*, in: FS Herschel, 1982, S. 37, 40: „rechtspolitisch gezielte Überinterpretation".

253 *Lepsius*, JZ 2019, 793, 795.

254 *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319, 354; *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 16 ff.; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 797 f.; vgl. auch *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 432 ff.; *J. Schumann*, in: Frese/J. Schumann, Precedents as Rules and Practice, 2021, S. 157, 182 f.; *Wahl*, JZ 2013, 369, 375 f.; sowie allgemein *Haltern*, Europarecht, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 10 ff. Zur Rezeption von EGMR-Entscheidungen durch das BVerfG vgl. bei → Fn. 1577.

255 *Lepsius*, JZ 2019, 793, 796.

256 *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319, 354; *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 16 ff.; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 797 f.; vgl. auch *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 432 ff.; *Wahl*, JZ 2013, 369, 375 f.

257 Pointiert *Lepsius*, JZ 2015, 435, 443.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genommen wird.[258] Die Informationen des Ausgangsfalls müssen zuerst vollständig erfasst werden.[259] Geschieht das nicht, entsteht auch keine kohärente Dogmatik, denn dann steigt die Wahrscheinlichkeit, dass sich widersprechende Prämissen übersehen werden. Inkonsistenzen und Brüche aufzuzeigen, ist gerade eine Aufgabe der Dogmatik.[260] Das gilt unabhängig davon, welche Widersprüche in der Folge methodisch zu lösen, welche hingegen vom Rechtsanwender hinzunehmen sind.[261] Höchstgerichtliche Rechtsprechung wirkt auf das System ein.[262] Daher muss sie in die Dogmatik integriert werden.[263] Ein kontextbewusster Umgang mit Entscheidungsregeln stärkt die rationalisierende Wirkung der Dogmatik.[264]

Um der Entstehung von „Parallelrecht"[265] entgegenzutreten, gibt es geeignetere Mittel, als die dogmatische Rezeption richterlicher Entscheidungsregeln grundsätzlich abzulehnen. Erkennt man Entscheidungsregeln aus Präjudizien in einem stark an abstrakten Regeln orientierten Rechtssystem an, ist als Korrektiv eine „Vertretbarkeitskontrolle" nötig.[266] Sowohl die

---

258 Vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 469 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 263 f.; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 321; *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 373 f.

259 Vgl. auch *Fleischer*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 1, 17 ff.; zu den Maßstäben des BVerfG *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 196 ff.; *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 271.

260 *Jansen*, AöR 143 (2018), 623, 654.

261 Vgl. dazu die unterschiedlichen Ansätze bei *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 116 ff.; und *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 38 ff.

262 So ausdrücklich *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 72, 80, 89 ff.; vgl. auch *Bydlinski*, AcP 188 (1988), 447, 475 f.

263 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 126; vgl. auch *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 13; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 106; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 42 f.; anders dagegen *E. Picker*, JZ 1988, 1, 9.

264 *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3, 14; siehe auch: *W. Wolf*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 75, 79.

265 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 166.

266 Etwas ähnliches scheint *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 134 ff. zu meinen, wenn er von der „Normakzessorietät von Präjudizien" spricht. Allerdings führt *Payandeh* den Gedanken letztlich nicht zu Ende: Wenn die normative Wirkung von Präjudizien auf die Akzessorietät zu bestimmten Normen zurückgeht, kann sie nur für Präjudizien gelten, die diese Normen vertretbar ausformen. Dann braucht es jedoch eine Vertretbarkeitskontrolle.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichtsentscheidung selbst[267] wie auch die daraus abgeleiteten Entscheidungsregeln[268] müssen auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden. Inkohärenzen, die auf voreiliger Entkontextualisierung beruhen, lassen sich durch eine vorsichtigere Rezeption der Entscheidungsregel vermeiden. Auch dem methodischen Postulat der „Einheit der Rechtsordnung"[269] ist so besser gedient.[270]

Ob man die Strukturierung rechtlicher Regeln als Dogmatik, als System oder als etwas anderes bezeichnet – jedes Rechtssystem braucht eine Ordnung.[271] Zwar werden richterliche Entscheidungsregeln derzeit zum Teil unvorsichtig dekontextualisiert. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine zwingende Folge der dogmatischen Denkweise. Eine moderne Dogmatik erfüllt ihre Funktionen vielmehr nur vollständig, wenn sie kontextbewusst mit Entscheidungsregeln umgeht. Eine stärkere Kontextualisierung von Präjudizien ist daher mit dem deutschen Verständnis der „Dogmatik" – unter den genannten Umständen – vereinbar.[272]

cc) Synthese: Zwei Arten von Kontextualisierung

Doch auch die Kontextualisierung kann man überspitzen. Das geschieht etwa, wenn eine bestimmte Entscheidungsregel nachträglich auf Sachverhaltsumstände bezogen wird, denen das Präjudiziengericht erkennbar kei-

---

267 Vgl. bei → Fn. 547.

268 Vgl. bei → Fn. 1051.

269 Grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 69 und passim.

270 Die „Einheit" ist ihrerseits ein entscheidendes Merkmal des Rechtssystems, *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 11 ff.

271 *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 239; *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 457 f., 465; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 129; *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 181; *Windel*, OMG – German Legal Dogmatics!, 2020, S. 14 f.; *Bu*, JZ 2016, 382, 385; *Kötz*, RabelsZ 54 (1990), 203, 205; *Wahl*, in: Stürner, Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 121, 127, 133 ff.; *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17, 36 f.; für das Unionsrecht Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 131; zur Systematisierung im englischen Rechtssystem *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, 2017, S. 157 ff.; *Jansen*, AöR 143 (2018), 623, 631.

272 Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 264 f.; vorsichtiger *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17, 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne entscheidende Bedeutung beigemessen hat. Die Reichweite einer Entscheidungsregel kann sowohl über- als auch unterschätzt werden.[273] Stellt man sich den Umgang mit Gerichtsentscheidungen auf einer Skala von größtmöglicher Systematisierung zu größtmöglicher Kontextualisierung vor, steht am einen Ende ein „Richterpositivismus",[274] am anderen Ende eine reine Sammlung von Einzelfallentscheidungen.[275] Beide Extreme werden weder der Praxis noch einer Theorie der Präjudizieninterpretation gerecht. Eine Kontextualisierung, die die Entscheidung nicht auf die *für erheblich gehaltenen Umstände*, sondern auf andere Umstände bezieht, kann keine Rekonstruktion des ursprünglich Gemeinten sein.[276] Das ist nicht generell problematisch, schließlich darf von Präjudizien grundsätzlich abgewichen werden.[277] Versteht man die Kontextualisierung jedoch als einheitliches Verfahren, verdeckt sie potenziell, welcher Regelsetzer wann welche Regel gebildet hat.[278]

Die Kontextualisierung betrifft damit zwei verschiedene Ebenen, die methodisch zu trennen sind. Einerseits hilft sie, das ursprünglich Gemeinte zu ermitteln. Dazu muss sich der Rechtsanwender in das Präjudiziengericht „hineinversetzen". Andererseits kann sie eingesetzt werden, um eine ursprünglich umfassender gemeinte Aussage nachträglich zu beschränken. Dazu müssen zwischen dem Präjudizienfall und dem Anlassfall wertungsmäßige Unterschiede herausgearbeitet werden. Dadurch eröffnet die Kontextualisierung Spielräume für eine nachträgliche Differenzierung.[279] Eine Methode der Präjudizieninterpretation muss beide Ebenen einbeziehen.[280] Innerhalb der Methode sind sie jedoch auseinanderzuhalten.

273 *Karlen*, ZBl 2015, 401, 402.

274 Vgl. bei → Fn. 246.

275 Kritisch *Karlen*, ZBl 2015, 401: „blosse[ ] Kasuistik ohne präjudiziellen Charakter."

276 Vgl. dazu bei → Fn. 218.

277 Näher zu den Grenzen bei → Fn. 1236.

278 Gerade solche Zusammenhänge aufzudecken, ist jedoch vollkommen zu Recht eines der Ziele der Kontextualisierung, *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 38; *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 122; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 795 f.

279 So ausdrücklich *Lepsius*, JZ 2019, 793, 799; ebenso für die Rezeption von EGMR-Rechtsprechung *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 437.

280 Vgl. auch *Jansen*, JZ 2023, 573, 580 f.; ein anderes Verständnis zeigt *Michael*, JZ 2015, 425, 433, wenn er die Kontextualisierung auch zur Übertragung bestimmter Aussagen auf andere Fälle fruchtbar machen will.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Prognostizieren und Entscheiden

Charakteristisch für richterliche Entscheidungsregeln ist, dass sie in der Praxis wie selbstverständlich im Vordergrund stehen, die Wissenschaft dagegen noch immer mit ihnen fremdelt. Grund dafür ist, dass die Praxis sich weitgehend nur für die gelebte Rechtslage interessiert, die Wissenschaft dagegen zugleich die normativ gebotene Rechtsanwendung im Blick behält.[281] Eine Methode der Präjudizieninterpretation hat daher von vornherein zwei Perspektiven zu unterscheiden.

aa) Relativität der Methode

Bei näherer Betrachtung lässt sich für die Bedeutung der Präjudizien jedoch nicht zwischen einer einheitlichen „Praxis" und „der Wissenschaft" unterscheiden. Im Kern stehen die beiden Perspektiven für zwei verschiedene juristische Arbeitsweisen. Zum einen geht es um die *Prognose der Rechtslage*, zum anderen um die *Entscheidung eines bestimmten Falls*. Jede Methode dient einem bestimmten Zweck.[282] Dieser Zweck kann je nach Adressat ein anderer sein. Das meint etwa *Wank*, wenn er betont, dass sich die Bedürfnisse der Rechtspraxis von denen der Wissenschaft unterscheiden.[283] Doch auch innerhalb der Rechtspraxis sind beide Perspektiven vertreten. Idealtypisch lässt sich zwischen Rechtsberatung und Rechtsprechung unterscheiden.

bb) Der prognostizierende Rechtsanwender

Aus der Sicht rechtsberatender Berufe kommt es auf die „gelebte" Rechtslage an.[284] Diese wird weitgehend durch die Rechtsprechung von Revisionsgerichten, BVerfG, EuGH und EGMR geprägt.[285] Der *prognostizierende Rechtsanwender* interessiert sich für die Ermittlung des deskriptiv

281 Zu daraus entstehenden Mehrdeutigkeiten vgl. bei → Fn. 125.
282 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26; vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 4.
283 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 27, 29.
284 *Wank*, NZA-Beil. 2011, 126, 127.
285 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 293; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 83 mit Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geltenden Rechts.[286] Präskriptive Vorgaben sind nur relevant, sofern sie auch praktisch zur Geltung gebracht werden können.[287] Aus der Sicht der Beratungspraxis könnte man einwenden, dass die methodische Vertretbarkeit der Rechtsprechung für deren Orientierungswirkung keine Rolle spielt.[288] Immerhin wird auch für den Vertrauensschutz der Rechtsunterworfenen nur an die faktische Entscheidungspraxis der Rechtsprechung angeknüpft.[289] Und doch wäre es voreilig, die Vertretbarkeit bei der Prognose auszuklammern. Zwar sind die Hürden zur verfassungsgerichtlichen Verwerfung einer methodisch falschen Rechtsprechung hoch.[290] Es gibt solche Fälle indes nicht nur in der Theorie, wie die Entscheidung des BVerfG zum „Vorbeschäftigungsverbot"[291] deutlich gemacht hat. In dieser Frage erschütterten die methodischen Mängel auch schon vor der Entscheidung des BVerfG die praktische Orientierungswirkung, da sich neben dem Großteil der Literatur[292] auch einige Instanzgerichte gegen die BAG-Rechtsprechung stellten.[293] Verstößt ein bestimmtes Präjudiz auch nach dem großzügigen Maßstab des BVerfG gegen bestimmte Grenzen, wird seine Orientierungswirkung zweifelhaft.[294] In diesen Sonderfällen ist auch für den prognostizierenden Rechtsanwender die methodische Vertretbarkeit von Bedeutung. Die präskriptive und die deskriptive Perspektive decken sich insofern.

---

286 Vgl. *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 66; *Adomeit*, in: Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, 1986, S. 139, 148.

287 Vgl. bei → Fn. 549.

288 *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 71; vgl. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 462.

289 Vgl. *Henssler/Höpfner/Orlowski*, Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts und seine tarifrechtlichen Folgen, 2012, S. 77 f.; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157 ff.; *Höpfner*, NZA 2008, 91, 92; *Höpfner*, NZA 2009, 420, 421; implizit offenbar auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 220 ff.

290 Ausführlich bei → Fn. 618.

291 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126; vgl dazu bei → Fn. 600.

292 APS/*Backhaus*, 5. Aufl. 2017, TzBfG § 14 Rn. 381d mwN; Meinel/Heyn/Herms/*Meinel*, 5. Aufl. 2015, TzBfG § 14 Rn. 259; MüKo-BGB/*Hesse*, 7. Aufl. 2016, TzBfG § 14 Rn. 79; *Höpfner*, NZA 2011, 893, 896 ff.

293 LAG Baden-Württemberg 18.8.2017 – 8 Sa 21/17, BeckRS 2017, 142868 Rn. 10; 21.2.2014 – 7 Sa 64/13, BeckRS 2014, 67567; ArbG Braunschweig 3.4.2014 – 5 Ca 463/13, BeckRS 2014, 70860 unter II.2. a) aa) (3) jeweils mwN.

294 Vgl. auch *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 116.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geht es um die Bedeutung von EuGH- oder EGMR-Rechtsprechung für die nationale Rechtslage, muss der prognostizierende Rechtsanwender zusätzlich die Normwirkung der zugrundeliegenden Rechtsquellen und deren Rezeptionsgrenzen im deutschen Recht berücksichtigen. Mit Blick auf das Unionsrecht geht es um die unionsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des deutschen Rechts[295] und eine etwaige Direktwirkung des Unionsrechts[296]. Für das Völkerrecht geht es um die Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des deutschen Rechts.[297] Dabei handelt es sich jedoch jeweils um allgemeine Fragen der Normanwendung im Mehrebenensystem. Insofern sei auf das reichlich vorhandene Schrifttum verwiesen.

Die Rolle eines bestimmten Rechtsanwenders lässt sich typisierend mit seinem Beruf verknüpfen.[298] Der Rechtsanwalt ist der Prototyp eines *prognostizierenden Rechtsanwenders*. Gleichwohl ist ohne Weiteres denkbar, dass derselbe Rechtsanwender mehrere Rollen ausfüllt.[299] Bei der vorprozessualen Beratung hat der mandatierte Anwalt umfassend über die – unter Umständen ungeklärte – Rechtslage und die Risiken verschiedener Handlungsoptionen aufzuklären.[300] Dabei kann eine gute Rechtsberatung aber nicht stehenbleiben: Mandanten erwarten auch eine möglichst realistische Prognose der Entscheidung in einem etwaigen Gerichtsverfahren.[301] Die methodische Überzeugungskraft kann dafür mittelbar Bedeutung erlangen.

---

295 Zu Richtlinien EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 288 Rn 22 ff., 37 ff.; *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 115 ff.; zur unionsrechtskonformen Auslegung im Übrigen *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, 12 Rn. 16 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 646 ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 230 ff.; *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 38 ff.

296 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 1 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 16 Rn. 74 ff.; *Lorenz Lloyd Fischer*, Die Horizontalwirkung der EU-Grundrechtecharta im Arbeitsrecht, 2023, S. 22 ff.

297 BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 ua., BVerfGE 128, 326 (366 ff.) (EGMR Sicherungsverwahrung); *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 12 ff. mwN.

298 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26 ff.; näher dazu *Annuß*, in: FS Bauer, 2010, S. 19 f.

299 Zum Leitbild des Anwalts als „Organ der Rechtspflege" Henssler/Prütting/*Busse*, BRAO, 6. Aufl. 2024, BRAO § 1 Rn. 26 ff.

300 BeckOGK-BGB/*Teichmann*, 15.4.2024, BGB § 675 Rn. 1186 f. mwN aus der Rechtsprechung; zum „Gebot des sichersten Wegs" BGH 13.3.2008 – IX ZR 136/07, NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14.

301 *Adomeit*, in: Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, 1986, S. 139, 148. Im englischen Rechtssystem ist die Doppelrolle als Rechtsberater und Prozessvertreter

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wird eine methodisch abzulehnende Rechtsprechung in der Literatur kritisiert, kann im Einzelfall eine Änderung der Rechtsprechung zu erwarten sein.[302] Sofern ein Konflikt vor Gericht ausgetragen wird, muss der mandatierte Anwalt als Prozessvertreter seine Rolle wechseln. Ab diesem Zeitpunkt ist keine neutrale Prognose, sondern eine „optimistische" Interpretation der Rechtslage zugunsten seines Mandanten geboten.[303] Das muss auch für Zweifel bei der Interpretation von Präjudizien gelten.

cc) Der entscheidende Rechtsanwender

Für den *entscheidenden Rechtsanwender* gilt ein anderer Maßstab. Prototyp des entscheidenden Rechtsanwenders ist der Instanzrichter.[304] Zwar ist er grundsätzlich nicht an Entscheidungsregeln gebunden.[305] Die Kehrseite ist, dass sich der entscheidende Rechtsanwender nicht auf die Feststellung der deskriptiven Rechtslage beschränken darf.[306]

Auch Instanzrichter könnten einwenden, dass die Rechtsprechung der Höchstgerichte ihre Orientierungswirkung unabhängig von ihrer methodischen Vertretbarkeit entfaltet. Das mag zwar als Faustformel[307] stimmen, darf aber für die Perspektive des entscheidenden Rechtsanwenders keine Rolle spielen. Überschreitet die revisionsgerichtliche Interpretation einer Gesetzesnorm die Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung, liegt darin ein Verfassungsverstoß.[308] Richter sind gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG nur an Gesetz und Recht gebunden. Aufgrund dieser Kompetenzverteilung sind Instanzrichter verpflichtet, die Regelbildung der Höchstgerichte

---

auf *solicitors* und *barristers* verteilt, die daher verschiedene Perspektiven einnehmen müssen, *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 138 f.

302 Vgl. dazu bei → Fn. 1086.

303 BeckOGK-BGB/*Teichmann*, 15.4.2024, BGB § 675 Rn. 1203; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 85 mit Fn. 6; zu den Grenzen Weyland/*Brüggemann*, BRAO, 11. Aufl. 2024, BRAO § 3 Rn. 10; vgl. auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3 Rn. 62 f.

304 Vgl. zur besonderen Perspektive des Revisionsrichters bei → Fn. 455.

305 Näher zu den Grenzen der Regelfortbildung bei → Fn. 1236.

306 Vgl. *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 113.

307 Vgl. zu den Grenzen bei → Fn. 549.

308 Zur lex-lata-Grenze *Würdinger*, in: FS Herberger, 2016, S. 1061 ff.; *Würdinger*, JZ 2023, 397, 400 f.; zu richterlichen Innovationen Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf ihre Vertretbarkeit zu prüfen.[309] „Blinder Gehorsam" gegenüber den Höchstgerichten widerspricht dem Richterbild des Art. 97 Abs. 1 GG.[310] Richterliche Unabhängigkeit und Gesetzesbindung sind untrennbar miteinander verbunden.[311] Damit ist noch nicht entschieden, wo die Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung im Einzelnen verlaufen.[312] Für die weit überwiegende Zahl der Fälle dürfte die Regelbildung der Höchstgerichte die interpretierten Rechtsnormen vertretbar ausformen. Entscheidende Rechtsanwender sind dann nicht gehindert, diese Regeln anzuwenden. Ausgeschlossen ist nur eine unkritische Übernahme: Der *entscheidende Rechtsanwender* darf sich nicht auf den Pragmatismus des *prognostizierenden Rechtsanwenders* zurückziehen.[313]

Gleichwohl muss auch der Instanzrichter in verschiedene Rollen schlüpfen. Zur Entscheidung des konkreten Falls darf er sich nicht darauf beschränken, die höchstgerichtliche Rechtsprechung als gegeben hinzunehmen. Für die Zulassung der Revision muss er indes die prognostizierende Perspektive einnehmen.

Insgesamt wird deutlich, dass die Präjudizienmethode von der konkreten Rolle des Interpreten abhängen muss.[314] Diese Rolle ist nicht mit seinem Beruf gleichzusetzen. Die Untersuchung trägt diesen verschiedenen Per-

309 Ebenso unter Anknüpfung an Gleichbehandlungsgrundsatz und Rechtssicherheit *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, 2. Aufl. 2023, § 5 Rn. 75; siehe auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 37; ähnlich meint *Gielen*, Die normsetzende Funktion der Rechtsprechung, 1972, S. 129, dass richterliche „Normen" den gesetzlichen Normen nicht widersprechen dürften.

310 BVerfG 8.4.1998 – 1 BvR 1680/93 u.a., BVerfGE 98, 17 (48); 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 (278); Sachs/*Detterbeck,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 97 Rn. 15; Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 49; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 97 Rn. 41; Huber/Voßkuhle/*Classen,* Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 23; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 430; abweichend *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 409 ff., 464 f.; differenzierend *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 166 ff.; für eine konstruktive Mitarbeit der Instanzgerichte an der Regelbildung auch *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 27; näher auch *Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, 2024, S. 23 ff.

311 *Stern*, Staatsrecht II, 1980, § 43 II 1 a.E.; Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 25; *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 307.

312 Vgl. dazu bei → Fn. 564 ff.

313 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 430 f.

314 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 137 f.; vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommen-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spektiven Rechnung. Darin unterscheidet sie sich – soweit ersichtlich – von früheren Ansätzen.[315] Will man einerseits der praktischen Wirkung der Präjudizien in der Rechtsanwendung möglichst gerecht werden, andererseits jedoch keine unauflösbaren Widersprüche zwischen Entscheidungsregeln und positivem Recht hinnehmen, führt für die entscheidende Rechtsanwendung kein Weg an einer Vertretbarkeitskontrolle vorbei.[316]

3. Rückgriff auf Vorarbeiten des Common Law

Auf den ersten Blick liegt es nahe, für eine Methode der Präjudizieninterpretation die Erkenntnisse aus den „Präjudiziensystemen"[317] des Common Law[318] heranzuziehen. Dort liegt das Augenmerk der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie[319] traditionell auf Präjudizien. Theoretische Erklärungen zur Interpretation und Anwendung von Präjudizien gibt es

---

tar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 8; allgemein auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26 ff.

315 Andeutungsweise, allerdings jeweils mit Blick auf die Bindungswirkung *Kruse*, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971, S. 16; *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 70; differenzierend *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, S. 50 f.; *Less*, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S. 67 f.

316 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 507; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 21; vgl. auch *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 183 f.

317 Ein Präjudizien*system* im engeren Sinn wird nicht (nur) durch die Bedeutung der Präjudizien für die Rechtsanwendung charakterisiert. Entscheidend ist, dass es formale Regeln für Präjudizien in der praktischen Rechtsanwendung gibt; erhellend dazu *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147, 153; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 277.

318 Die Unterscheidung zwischen *Common Law* und *Civil Law* ist vergröbernd, manchen Stimmen zufolge sogar verzeichnend, vgl. *MacCormick/Summers*, in: dies., Interpreting precedents, 2016, S. 1, 2 ff. Für die Untersuchung wird unterstellt, dass Deutschland als Civil-Law-System, England und die USA als Common-Law-Systeme beschrieben werden können. Auch die Unterschiede zwischen dem englischen und dem amerikanischen System können hier nicht im Einzelnen beleuchtet werden.

319 In England und Amerika werden Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nicht scharf getrennt. Die theoretische Reflexion des Rechts wird oft unter „legal philosophy" zusammengefasst. Der Begriff der „Methodenlehre" ist ungebräuchlich; „legal methods" oder „legal methodology" sind nur Versuche, den deutschen Begriff zu übersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daher genug. Gleichwohl finden angloamerikanische Ansätze selten Eingang in die deutsche Methodenlehre.[320] Näher betrachtet, helfen einzelne Argumentationsfiguren des Common Law zwar, die Grundzüge einer deutschen Präjudizienmethode zu entwickeln. Es bestehen aber auch Unterschiede, die nicht übergangen werden dürfen. Die Besonderheiten von Unionsrecht und Völkerrecht werden hier ausgeklammert und im Zusammenhang mit den Entscheidungen von EuGH und EGMR erläutert.[321]

Die Untersuchung nimmt an dieser Stelle in Kauf, im Detail sehr verschiedene Ansätze aus dem Common Law[322] einerseits und dem Civil Law andererseits grob zu typisieren. Das Civil Law wird dabei weitgehend mit dem deutschen Recht gleichgesetzt. Etwaige Unterschiede innerhalb einzelner Rechtsordnungen des Civil Law werden außen vor gelassen. Das geschieht aus gutem Grund: Dass die traditionelle Methodenlehre sich kaum für eine Präjudizienmethode öffnet, beruht nicht zuletzt auf der „glaubenssatzartigen"[323] Unterscheidung zwischen den Rechtskreisen des Common Law und des Civil Law. Im Kontrast dazu beobachten viele Stimmen in der Literatur eine immer stärkere Annäherung beider Rechtskreise.[324] Andererseits wird auch diese „Konvergenzthese" als übertrieben kritisiert.[325] Die Untersuchung erhebt nicht den Anspruch, auch nur annähernd

320 So auch *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 269.

321 Vgl. bei → Fn. 1321; und bei → Fn. 1535.

322 Zum „appeal-Modell" des englischen Rechts im Vergleich zum „certiorari-Verfahren" des US-amerikanischen Rechts *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 313 ff. einerseits und S. 338 ff. andererseits.

323 So mit Blick auf die Rechtsquellenfrage *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 101; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 16 Fn. 68; vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 243; siehe auch *Rüthers*, JZ 2006, 53, 55 f.

324 Daher stellte der bekannte Rechtsvergleicher *Ernst Rabel* schon vor über 70 Jahren (überpointiert) fest: „Der praktische Unterschied […] [der Rechtssysteme hinsichtlich der Bindung an Richterrecht] muß mit der Lupe gesucht werden.", *Rabel*, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 16 (1951), 340, 345; zustimmend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 257; allgemein zur „Konvergenzthese" *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 7 Rn. 229 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 140 Fn. 135 f.; *Kramer*, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe, Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, 2001, S. 31 ff. jeweils mwN.

325 Statt vieler *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 7 Rn. 231; *Shecaira*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 320, 324.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abschließend über die Gleichheit oder Verschiedenheit der Rechtskreise zu befinden.[326]

Stattdessen wird im Folgenden eine Auswahl vermeintlicher Fundamentalunterschiede zwischen den Rechtskreisen näher beleuchtet. Daraus ergibt sich, auf welche Argumentationsfiguren des Common Law eine Methode der Präjudizieninterpretation zurückgreifen kann. Zunächst wird analysiert, inwiefern eine abweichende Rechtsquellentradition des Common Law gegenüber der des Civil Law einer Übertragung der Ansätze entgegensteht (a). Aus diesem Blickwinkel wird anschließend auch der Stil der Rechtsanwendung in beiden Rechtskreisen untersucht (b). Zum Schluss wird erläutert, inwiefern eine stärker an abstrakten Regeln orientierte Rechtskultur im Civil Law bestimmte Ansätze ausschließt (c).

a) Bedeutung der Rechtsquellenfrage für die Interpretationsmethode

Es wurde bereits gezeigt, dass die deutsche Rechtsquellendiskussion verschiedene Sachfragen verknüpft, die eigentlich voneinander zu trennen sind.[327] Die Diskussion wurde danach in fünf Sachfragen aufgeschlüsselt.[328] Auf dieser Grundlage lässt sich nun beurteilen, wie sich abweichende Antworten aus Common-Law-Systemen auf die Übertragbarkeit der Ansätze auswirken. Nach tradierter Auffassung unterscheiden sich Common Law und Civil Law in dieser Hinsicht fundamental.[329] Im angloamerikanischen Recht bildet das Präjudiz die zentrale Rechtsquelle. Für die deutsche Rechtsordnung sind Präjudizien zwar von großer praktischer Bedeutung. Anders als im Common Law[330] gibt es jedoch keine allgemeinen methodi-

326 Dazu weiterführend *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, passim; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 7 Rn. 229 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 140 Fn. 135 f. jeweils mwN.

327 Vgl. bei → Fn. 125.

328 Vgl. bei → Fn. 137.

329 Vgl. statt vieler *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 161 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 251 ff.

330 Die Unterscheidung zwischen Common Law und Civil Law ist vergröbernd, manchen Stimmen zufolge sogar verzeichnend, vgl. *MacCormick/Summers*, in: dies., Interpreting precedents, 2016, S. 1, 2 ff. Für die Untersuchung wird unterstellt, dass Deutschland als Civil-Law-System, England und die USA als Common-Law-Systeme beschrieben werden können. Auch die Unterschiede zwischen dem englischen und dem amerikanischen System können nicht in allen Einzelheiten beleuchtet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Regeln dafür, was ein Präjudiz ausmacht und ob es nachfolgende Gerichte bindet.[331] Die beiden Rechtskreise unterscheiden sich somit vor allem mit Blick auf die normative Bindung an richterliche Entscheidungsregeln.

aa) Trennung von Interpretation und Bindung

Selbst wenn sich die Bindung anderer Gerichte an Entscheidungsregeln im Common Law grundlegend von der im deutschen Recht unterscheiden sollte,[332] ist damit noch nicht gesagt, dass die Ansätze nicht für eine Methode der Präjudizieninterpretation fruchtbar gemacht werden können.[333] Methodenlehre erfüllt nicht nur eine Legitimations- und Kontrollfunktion, sondern auch eine Argumentations- und Begründungsfunktion.[334] Die Bindung anderer Gerichte an Präjudizien betrifft die Kompetenzverteilung innerhalb der Judikative. Insofern darf eine Methode der Präjudizieninterpretation nicht dem positiven Recht zuwiderlaufen. Hinsichtlich ihrer Legitimations- und Kontrollfunktion muss sie die Vorgaben der jeweiligen Rechtsordnung beachten. Damit steht aber noch nicht fest, dass sich auch mit Blick auf die Argumentations- und Begründungsfunktion maßgebliche Abweichungen ergeben. Sofern sich diese beiden Blickwinkel trennen lassen, bleibt der Rückgriff auf die Argumentationsfiguren des Common Law möglich.

Zwei Fragen sind hier voneinander zu trennen, eine einfache und eine schwierige. Die einfache lautet, ob man die Ermittlung einer Entscheidungsregel von ihrer Verbindlichkeit trennen kann. Man kann – und man muss.[335] Wie gezeigt, knüpft bereits das geltende deutsche Recht verschie-

331 *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147, 153: vgl. Staudinger/*Honsell*, 2018, Einleitung BGB, Rn. 117. Eine echte Ausnahme ist § 31 BVerfGG, näher *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 373 ff.

332 Differenzierend für das US-amerikanische Recht *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 7 Rn. 229.

333 Ausführlich dazu *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147 ff.

334 Vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 7 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 1 ff., 26 ff.

335 *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 380; *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 25; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 120; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 285; ähnlich *Gusy*, DÖV 1992, 461, 466.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dentlich an Präjudizien an, ohne auf die Bindung abzustellen.[336] Die Frage nach der Bindung kann sich überhaupt erst stellen, wenn die Einschlägigkeit feststeht.[337] Entscheidend ist eine Folgefrage: Beeinflusst es bereits die Formulierung einer Entscheidungsbegründung, ob sie für zukünftige Verfahren verbindliche Wirkung erzeugen *könnte*?[338] Dazu müsste zunächst davon auszugehen sein, dass Richter im Common Law ihre Entscheidungen bereits mit Blick auf die spätere Rezeption in Folgeverfahren formulieren. Außerdem müsste sich das Civil Law insofern maßgeblich vom Common Law unterscheiden. Wenn beides zuträfe, hätten die angloamerikanischen Ansätze eine strukturell andere Art von Präjuzien zum Gegenstand. Dann könnte sich aus der potenziellen Bindungswirkung mittelbar ein Hindernis ergeben, die angloamerikanischen Argumentationsfiguren heranzuziehen.[339]

bb) Common Law: Formelle Verbindlichkeit und differenzierende Rezeption

Nach dem tradierten Grundsatz der *stare decisis* sind angloamerikanische Gerichte an Präjudizien gebunden.[340] Zwar lässt sich bezweifeln, dass die richterliche Praxis im angloamerikanischen Recht heute tatsächlich noch stark durch die *stare-decisis-Doktrin* geprägt ist.[341] Entscheidend ist jedoch, dass sich die theoretischen Ansätze des Common Law unter Geltung einer Theorie der Präjudizienbindung (*doctrine of precedent*)[342] herausgebildet haben.[343] Im deutschen Recht und im Unionsrecht gibt es bereits historisch

336 Vgl bei → Fn. 87.
337 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1550; ähnlich bezeichnet *Schauer*, Stanford Law Review 39 (1987), 571, 576 es als logische Vorfrage der Bindung, wie genau Präjudizien für eine spätere Entscheidung Bedeutung erlangen können.
338 Näher dazu *Schauer*, Stanford Law Review 39 (1987), 571, 572 ff.
339 Vgl. zum Ganzen *Zimmermann/Jansen*, in: Cane/Stapleton, The law of obligations, 1998, S. 285, 298 ff.
340 Zur historischen Entwicklung *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 24 ff.
341 Statt vieler *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 302; *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1550.
342 Näher dazu *MacCormick*, Rhetoric and the rule of law, 2005, S. 143 ff.
343 *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147, 163 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine vergleichbare Tradition.[344] Die Auswirkungen der unterschiedlichen normativen Bindung lassen sich jedoch nur im Zusammenhang mit den Ansätzen zur Interpretation von Präjudizien (*theory of precedent*)[345] verstehen.[346]

Unter Bezug auf *Hart* lässt sich sagen: Das Common Law enthält *sekundäre Regeln* zum Umgang mit Präjudizien.[347] Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die sekundären Regeln sich darauf auswirken, wie Richter ihre Entscheidungsregeln formulieren. *Hart* unterscheidet weiter die *interne* von der *externen* Perspektive auf Regeln.[348] Der *interne* Aspekt beschreibt, ob sich ein Regeladressat von einer Regel leiten lässt, weil er sie anerkennt. Der *externe* Gesichtspunkt bezeichnet die Außenperspektive eines Beobachters auf Regelmäßigkeiten im beobachteten Verhalten der Regeladressaten.[349]

Zwar wird die höchstgerichtliche Regelbildungsaufgabe zum Teil auch im angloamerikanischen Diskurs hervorgehoben.[350] Traditionell beruht die Rechtsanwendung im Common Law jedoch gerade auf einer schrittweisen Fortentwicklung, die sich weniger darum bemüht, bereits im Voraus allgemeine Regeln für zukünftige Fälle herauszubilden – „*We'll cross the bridge when we come to it*".[351] Dass Richter im Common Law insofern durch die potenzielle Bindungswirkung ihrer Entscheidungen maßgeblich beeinflusst werden, liegt nicht nahe. Zwar werden ihre verallgemeinerbaren Aussagen aus der *externen* Perspektive von zukünftigen Rechtsanwendern befolgt. Die verallgemeinerbare Aussage zu erkennen, wird jedoch als Auf-

344 *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. I, 3. Aufl. 2020, S. 308 ff.; für den EuGH *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 66.

345 Vgl. *MacCormick*, Rhetoric and the rule of law, 2005, S. 146.

346 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1550; vgl. *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 23.

347 So auch *Fowkes*, JöR 68 (2020), 147, 153; zur Terminologie *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 94.

348 *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 88 ff.; dazu in Bezug auf Präjudizien *Voßkuhle*, in: FS Kirchhof, 2013, § 86 Rn. 4; *Bumke*, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 17 ff.; siehe auch *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 58 f.

349 *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 88 f.; statt vieler zur Kritik *Raz*, Practical reason and norms, 1999, S. 53 ff.

350 Vgl. *Schauer*, U. Chi. L. Rev. 62 (1995), 1455, 1466 ff.

351 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 259; *Vogenauer*, in: Grundmann/Riesenhuber, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, S. 473, 504.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gabe nachfolgender Rechtsanwender angesehen.[352] Die angloamerikanische *doctrine of precedent* wird insofern von einer *theory of precedent* flankiert.

cc) Civil Law: Keine formelle Verbindlichkeit und gesetzesähnliche Rezeption

Demgegenüber ist die regelbildende Funktion der Höchstgerichte im deutschen Recht anerkannt.[353] Wie bereits gezeigt, sind sich deutsche Bundesrichter ihrer Regelbildung bewusst.[354] Zwar gibt es im Civil Law keine *doctrine of precedent*. Praktisch besteht jedoch Einigkeit: Richter orientieren ihre Rechtsanwendung jedenfalls tatsächlich an höchstgerichtlichen Präjudizien.[355] Für die rechtsberatende Perspektive gilt das erst recht.[356] Zukünftige Rechtsanwender werden sich potenziell an die Entscheidungsregel halten.[357] Ob das auf einer *rechtlichen* Bindung beruht, ist nicht entscheidend: Aus der *externen* Perspektive gelten diese Regeln in Folgefällen. Zugleich kennt das Civil Law auch keine *theory of precedent*.[358] Im

352 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1551.

353 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 86 f.; *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 98; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 314.

354 Vgl. die Nachweise in → Fn. 228.

355 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 111; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 256 f.; *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 144; *Blankenburg*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 225, 227 bezeichnet das als „Implementation von Gerichtsentscheidungen"; kritisch statt vieler *E. Picker*, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85, 102 ff.

356 Vgl. bei → Fn. 286.

357 *Esser*, in: FS von Hippel, 1967, S. 95, 129 spricht von der „regelbildenden Kraft" höchstrichterlicher Rechtsprechung; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 173 ff.; *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 144; *Wank*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre, 1992, S. 359, 361; *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 24 ff. Aus dieser beschreibenden Perspektive ist auch *Oliver Wendell Holmes' Jr.* berühmtes Dictum zu verstehen, *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 461: „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."

358 Vgl. *Zimmermann*, RabelsZ 83 (2019), 241, 277 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Civil Law müssen Höchstgerichte damit rechnen, dass ihre Präjudizien wie Gesetzesnormen rezipiert werden.[359] Sie formulieren ihre Entscheidungen daher im Bewusstsein, dass die einzelnen Aussagen in das bestehende dogmatische System eingeordnet werden.[360] Dass sie diesen Umstand auch bei der Formulierung ihrer Begründungen berücksichtigen werden, liegt nahe.

Damit zeigt sich: Die potenzielle Wirkung einer Entscheidungsregel in zukünftigen Gerichtsverfahren mag zwar die Entscheidungsbegründung beeinflussen. Entscheidend dafür ist jedoch, ob einerseits die aufgestellten Entscheidungsregeln aus der externen Perspektive in Folgefällen gelten und ob es andererseits eine *theory of precedent* gibt. Die beiden Rechtskreise gleichen sich hinsichtlich der praktischen Geltung der Präjudizien.[361] Mit Blick darauf, ob eine *theory of precedent* als Korrektiv zur Verfügung steht, unterscheiden sie sich dagegen maßgeblich. Im Vergleich zwischen den Gerichten im Common Law und im Civil Law ist deshalb vorstellbar, dass letztere bei der Formulierung ihrer Entscheidung die spätere Rezeption sogar stärker im Blick haben.

Für eine Methode der Präjudizieninterpretation ergibt sich daraus, dass einzelnen Präjudizien im Civil Law tendenziell sogar eine größere Bedeutung beizumessen sein kann als im Common Law.[362] Insofern besteht tatsächlich ein struktureller Unterschied.

b) Induktion und Deduktion

Ein weiterer Einwand betrifft den Stil der Rechtsanwendung. So liest man oft, im Civil Law erfolge die Rechtsanwendung deduktiv, also von der abstrakten Norm aus, im Common Law dagegen induktiv, also vom Fall

359 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1552, 1554 f.; vgl. zum „Richterpositivismus" bei → Fn. 246.

360 Vgl. für das deutsche Recht *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 34.

361 Vgl. *Jansen*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 431, 434; weiterführend *Shecaira*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 320, 322 ff.

362 Tendenziell anders *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 274 f. sowie S. 374 zu den angloamerikanischen Supreme Courts, der sich insbesondere auf die Funktionen der Höchstgerichte bezieht, indes weniger auf die dogmatische Tradition des deutschen Rechts abstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus.[363] Das klingt, als handele es sich um grundverschiedene Denkweisen, die sich jeweils dem einen und dem anderen Rechtskreis zuordnen ließen. Doch gegenüber dieser stereotypen Trennung ist Vorsicht geboten.[364] Eine nähere Betrachtung zeigt, dass die Unterscheidung zwischen Induktion und Deduktion nicht zum Kern des Problems vordringt. Der strukturelle Unterschied beider Rechtskreise liegt darin, dass das Civil Law in Regeln denkt, das Common Law hingegen in Fällen.

aa) Historische Prägung des deutschen Rechts

Richtig ist, dass in den angloamerikanischen Präjudiziensystemen nicht strikt zwischen Rechtsanwendung und Interpretation getrennt wird. Im Common Law werden Lösungen traditionell am Fall entwickelt.[365] Die Argumentation mit Präjudizien lässt sich dabei nicht auf die Anwendung vorgegebener Regeln beschränken.[366] Im deutschen und europäischen Rechtssystem ist das indes nicht anders. Der EuGH lässt sich schon nicht in die Schablone eines Civil-Law- oder Common-Law-Gerichts zwängen.[367]

Doch auch für das deutsche Recht wird die Vorstellung, die Rechtsanwendung sei reine Deduktion,[368] schon lange nachdrücklich bestritten.[369]

363 Statt vieler *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 360; *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 499; *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, 7. Aufl. 2017, S. 72; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 78 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 3 ff.

364 Vgl. *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 191 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 253, 262 f.; *McGrath/Koziol*, RabelsZ 78 (2014), 709, 729 f.; deutlich, allerdings im Einzelnen zu weitgehend *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 253 ff. und passim; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Mayer-Maly*, RdA 1970, 289, 293 l. Sp.

365 Vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 183 ff.; den Unterschied betont auch *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 20.

366 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 27; *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 17.

367 Vgl. bei → Fn. 1350.

368 Wiedergebend *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 3; *Coing*, Juristische Methodenlehre, 1972, S. 38 ff.; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 83 ff.; näher zu dieser Beschreibung der „wissenschaftlichen Rechtsfindung" *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. I, 3. Aufl. 2020, S. 251 ff.

369 Paradigmatisch die Kritik von *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 9 ff. und passim.; zustimmend *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 33. Die Überlegun-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Bild des Richters als eines „Subsumtionsautomaten“[370] avancierte zum Feindbild der Gegenströmungen. Nur stichwortartig benannt seien insofern die Freirechtsbewegung und die Interessen- und Wertungsjurisprudenz.[371] Heute gilt das Bild allgemein als überwunden,[372] die „Inversionsmethode“[373] als Ausdruck von – negativ konnotierter – „Begriffsjurisprudenz“.[374]

Interpretation und Anwendung lassen sich zwar idealtypisch trennen, nicht aber in der praktischen Rechtsanwendung.[375] Rechtsanwendung ist immer zugleich die Erzeugung konkreteren Rechts.[376] Die Charakterisie-

---

gen *Bülows* waren indes nicht so revolutionär wie häufig angenommen, *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 258 und Fn. 4 mwN; vgl. *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 362 f.; siehe auch *Rüthers*, AöR 113 (1988), 268, 272 f. Zur Überschätzung der Logik in der Rechtsanwendung bereits *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 465 f.

370 So plastisch *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 22; ähnlich *Scott J. Shapiro*, Legality, 2011, S. 245; zur Begriffsgeschichte *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 40 Fn. 4; *Günzl*, JZ 2019, 180 ff.

371 Stellvertretend für die Freirechtsbewegung *Hermann Kantorowicz* (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 40 ff., allerdings ohne an den Begriff anzuknüpfen; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 16, 38; näher *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 132 f.; *Leisner-Egensperger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 89 Rn. 19; siehe auch *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 368 f.; *Günzl*, JZ 2019, 180, 182 ff.; zum Common Law *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 31 ff.

372 Statt vieler *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 155; *Larenz*, in: FS Nikisch, 1958, S. 275; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 203; *Haferkamp*, AcP 214 (2014), 60, 61.

373 *Heck*, DJZ 1909, Sp. 1457, Sp. 1458; punktuell mit Blick auf methodische Einzelprobleme auch *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 21, 151, 71, 188; dazu *Rückert*, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl. 2017, S. 541, Rn. 1376 f.

374 Vgl. *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, S. 1; und die leidenschaftliche Kritik von *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1888, S. 321; zur Begriffsgeschichte vgl. *Rückert*, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl. 2017, S. 541, Rn. 1362 ff.

375 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 137 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 33; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 71.

376 Dieser Gedanke wird konsequent ausgearbeitet bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff.; dazu *Jestaedt*, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 62 ff. Vgl. auch jenseits dieses rechtstheore-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung der Rechtsanwendung als sortenreine Deduktion steht im direkten Zusammenhang mit diesem überwundenen „Kodifikationsoptimismus“[377]. Man kann dieses vermeintliche Ideal zurückweisen, ohne umgekehrt einer klischeebehafteten Form von Rechtsrealismus zuzustimmen.[378] Sachverhalt und Norm stehen bei der Rechtsanwendung nicht unverbunden nebeneinander. *Engisch* hat das mit seinem Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“[379] auf den Punkt gebracht.[380] Ob die Annäherung von Norm und Fall deduktiv oder induktiv erfolgt, ist weniger entscheidend als häufig behauptet.[381] Nach alledem ist die moderne Rechtsanwendung im Civil Law kein rein deduktives Verfahren.[382]

Als Prototyp induktiver Begründung wird das Verfahren der Fallvergleichung verstanden.[383] Genauer betrachtet, ist das jedoch nicht zwingend. Schließt man von der Ähnlichkeit zweier Fälle darauf, dass der zweite wie der erste behandelt werden solle, vergleicht man beide im Hinblick auf ein *tertium comparationis*.[384] Dazu muss zunächst im Wege der Induktion

---

tischen Gesamtkonzepts zur „Gebotsbildung“ aus „Grundnormen“ *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 99 f. Zum „Applikationsproblem“ vgl. → bei Fn. 144.

377 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 63; zustimmend *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 64; vgl. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 457.

378 *Heck*, DJZ 1909, Sp. 1457; weiterführend *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 320 ff.; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 2.

379 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 15.

380 Vgl. auch *Coing*, Juristische Methodenlehre, 1972, S. 7 f.; *Morlok*, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion, 2012, S. 179, 209; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 51; *Pavčnik*, Rechtstheorie 39 (2008), 557, 558 ff.

381 So auch *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 102; vgl. *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 135 f.; *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 208.

382 Vgl. Staudinger/*Honsell*, 2018, Einleitung BGB, Rn. 154; *Coing*, Juristische Methodenlehre, 1972, S. 38 ff.; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 289 ff.; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 220 f.; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 203; *Kötz*, RabelsZ 37 (1973), 245, 254; *McGrath/Koziol*, RabelsZ 78 (2014), 709, 729 ff.; weiterführend *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 381 ff.; siehe aber auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 63 ff.

383 Stellvertretend *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 5 ff.

384 *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 116; dazu *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 6 Fn. 19; vgl. *Sunstein*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 227.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus dem ersten Fall eine Regel abgeleitet werden. Ob diese Regel auf den zweiten Fall anwendbar ist, lässt sich hingegen nur im Wege der Deduktion entscheiden. Die Fallvergleichung kombiniert daher Induktion und Deduktion.[385]

bb) Wechselseitige Annäherungen der Rechtskreise

Auch im deutschen Recht wird auf diese Argumentationsmethode zurückgegriffen. Insbesondere die Argumentation mit Rechtsprinzipien muss Induktion und Deduktion kombinieren.[386] Ähnlich ist es bei der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln.[387] Bei der Präzisierung relativ unbestimmter Regeln bedient sich die Rechtsanwendung regelmäßig auch der Fallgruppenvergleichung, also der Induktion.[388] *Dawson*[389] hat eindrücklich dargelegt, wie seit den „Aufwertungsentscheidungen" des Reichsgerichts[390] die Generalklauseln für eine stärker fallvergleichende Argumentation herangezogen wurden.[391]

Es griffe zu kurz, die induktiven Elemente der deutschen Rechtsanwendung bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen als begrenzten Sonderfall zu verstehen. Die Fallgruppenbildung bei unbestimmten Rechtsbegriffen trägt der geringen „Anleitungsrationalität"[392] der ge-

385 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 46 f.; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 53 ff. mit Rechtsprechungsbeispielen; zustimmend für die dort sog. indirekte Analogie *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 75.

386 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 9 Rn. 25 ff.; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 248; ähnlich hinsichtlich Generalklauseln und Blankettnormen *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 151.

387 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 169; siehe auch *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 221 f.

388 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 8 Rn. 26 ff.

389 *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 461 ff.

390 Als „die Aufwertungsentscheidung" wird meist RG 28.11.1923 – V 31/23, RGZ 107, 78 bezeichnet; zu den einzelnen Entscheidungen näher *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 17 ff.

391 Techniken zum Umgang mit Präjudizien entwickelten sich indes schon früher, *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 499 f.; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 14.

392 Begriff nach *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 162 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzlichen Regelung Rechnung. Zugleich sind jedoch alle Gesetzesnormen mehr oder weniger unbestimmt. Es gibt keinen Maßstab zur Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen.[393] Selbst die vermeintlich besonders bestimmten Zahlenangaben werden in ihrer Bestimmtheit überschätzt.[394]

Auch im Common Law gab es die Vorstellung von Rechtsanwendung als sortenreiner Deduktion. Auch dort ist sie als Irrglaube erkannt worden.[395] Die tradierte Unterscheidung beruht auf überwundenen Vorstellungen.[396] Was bleibt, ist die Erkenntnis, dass sich die richterliche Rechtsanwendung jedenfalls nicht darauf beschränkt, gesetzliche Vorgaben „mechanisch" auf den Einzelfall anzuwenden. Das bedeutet gleichwohl auch nicht, dass richterliche Eigenwertungen zwingend im Wege der Induktion erfolgen. Gemeint ist nur, dass diese Elemente richterlicher Eigenwertung unvermeidlich sind und dass sie bei der Rechtsanwendung von einer vermeintlich neutralen Anwendung gesetzlicher Vorgaben unterschieden werden müssen. Wo die gesetzliche Determination der Rechtsanwendung endet, beginnt die richterliche Bildung konkreterer Entscheidungsregeln.[397] Man kann aus einer Norm nicht mehr herausholen, als der Normgeber hineingelegt hat.[398] Diese Gefahr ist jedoch auch in der deutschen Methodenlehre erkannt worden. Der grundsätzlich deduktive Stil des Civil Law ist jedenfalls heute nicht mehr mit der Vorstellung einer „mechanischen" Rechtsanwendung verbunden. Folgerichtig wird auch im Common Law die

393 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 8; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 97; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 26 mwN.

394 Plastisch *H. Hamann*, NJW 2022, 1924 ff.

395 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 48 Fn. 1); kritisch mit Blick auf das amerikanische Recht *Goutal*, American Journal of Comparative Law 24 (1976), 43, 53.

396 Vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 218 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 258 f.; weiterführend zur Bedeutung der Fallvergleichung in den verschiedenen Epochen der deutschen Rechtsentwicklung *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 461 ff.

397 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 5 f.; hinsichtlich Prinzipien und Generalklauseln *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 270.

398 Zur Gefahr solcher „Einlegungen" *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 789; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 503; siehe auch *Gény*, Méthode d'interpretation, II, 2. Aufl. 1919, S. 225.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorstellung kritisiert, Rechtsanwendung lasse sich ohne deduktive Ansätze erklären.[399]

cc) Verschiedene Verständnisse von „Induktion"

Allerdings scheinen die Begriffe „Induktion" und „Deduktion" in den beiden Rechtskreisen unterschiedlich verwendet zu werden. Präjudizien werden im Common Law befolgt, weil sie das Zwischenergebnis einer richtigen Anwendung des Rechts auf einen bestimmten Fall sind.[400] Dieser Gedanke ist dem deutschen Recht bekannt.[401] Ein wesentlicher Unterschied liegt aber darin, inwiefern in beiden Rechtskreisen dieser „Fall" von nachfolgenden Rechtsanwendern rezipiert wird. Das Civil Law denkt in Regeln.[402] Bei der Entscheidung eines bestimmten Falls stellt das Präjudiziengericht Entscheidungsregeln auf, die die angewendeten Normen konkretisieren. Durch die dogmatische Rezeption werden die Präjudizien auf die ihnen innewohnenden Regeln „eingedampft".[403] Fortan bleibt vom Präjudiz nur die Regel.[404] Wenn im Civil Law von „Induktion" die Rede ist, geht es meist um eine Kombination aus Induktion und Deduktion, so zum Beispiel bei der Gesamtanalogie und bei der Herleitung allgemeiner Rechtsprinzipien.[405] In diesem Zusammenhang dient die Induktion allerdings immer der Ableitung allgemein formulierter Regeln. Auch bei der schrittweisen Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe formuliert die Rechtsprechung Entscheidungsregeln, die in Folgeentscheidungen weiterentwickelt und verändert werden.[406] Zwar mag erst im Laufe der Rechtsprechungsentwicklung

399 Weiterführend *MacCormick*, Rhetoric and the rule of law, 2005, S. 49 ff.
400 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 294; *Coing*, Juristische Methodenlehre, 1972, S. 21 f.
401 Zur „Überzeugungskraft der Entscheidungsgründe" vgl. statt vieler *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 430; *Larenz*, in: FS Schima, 1969, S. 247, 261 f.; *E. Picker*, JZ 1988, 62, 74.
402 Statt vieler *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 45.
403 Zur Metapher vom Aggregatzustand *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 34; näher dazu bei → Fn. 225.
404 So auch *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 22, der insofern gleichsinnig von einer Norm spricht.
405 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 155, § 9 Rn. 28; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 349, § 15 Rn. 114.
406 Beispielhaft BGH 12.2.1975 – VIII ZR 131/73, NJW 1975, 733, 734.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Regel von „gesetzesähnlicher" Abstraktheit abzuleiten sein.[407] Von Anfang an werden die Fälle jedoch anhand von Regeln diskutiert.[408]

Das Common Law versteht unter Induktion im Ausgangspunkt ebenfalls die Argumentation an konkreten Sachverhalten und Fällen. Anders als im Civil Law bleiben diese jedoch auch in der späteren Rezeption vor allem Einzelfälle, die auf eine bestimmte Weise gelöst wurden.[409] Auch die wissenschaftliche Diskussion bezieht sich auf die konkreten Fallumstände.[410] Das Präjudiz selbst kann ein Argument an sich sein, die Ableitung einer bestimmten Regel ist nicht zwingend.[411]

Wie Induktion und Deduktion in beiden Rechtskreisen herangezogen werden, lässt sich insofern nur im Zusammenhang mit der jeweiligen Rechtstradition verstehen. Das Civil Law kennt zwar induktive Elemente. In einem traditionell regelorientierten Rechtssystem bleibt aber auch die Fallvergleichung stark auf Regeln bezogen. Was aus Sicht des Civil Law die besondere Fremdartigkeit des Common Law ausmacht, ist die Tendenz, Fälle auch unabhängig von Regeln zu betrachten.

Insgesamt zeigt sich, dass Induktion und Deduktion zwar jeweils in beiden Rechtskreisen eine Rolle spielen. Die Vorstellung vom deduktiven Stil des Civil Law, der sich vom induktiven Stil des Common Law fundamental unterscheide, ist insofern ungenau. Der Kern der Unterscheidung liegt darin, dass das Civil Law abstrakte Regeln, das Common Law dagegen die Umstände des Falls in den Mittelpunkt stellt.[412] Für die Übertragbarkeit der Ansätze aus dem Common Law ist dieser Unterschied gewichtig.

---

407 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 52; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 247 f.

408 Anders im Einzelnen die Ansätze *Hafts* zum juristischen Fallvergleich, vgl. nur *Haft*, Juristische Rhetorik, 1979, S. 70 ff.; kritisch dazu *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 25, 56 f.; vgl. zum Falldenken auch *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 143 ff.

409 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 45; vgl. *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 19 f.

410 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 45.

411 Für das amerikanische Recht *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 21.

412 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Präjudizien als Regeln

Für eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation steht somit fest, dass Präjudizien mit Blick auf die ihnen innewohnenden Entscheidungsregeln verstanden werden müssen. Die Methode kann somit auf die angloamerikanischen Ansätze nur zurückgreifen, sofern diese sich auch auf ein strikt regelorientiertes Rechtssystem anwenden lassen. Im Folgenden wird zunächst analyisiert, welchen Einwänden sich die regelorientierten Präjudizienmodelle des Common Law in der angloamerikanischen Diskussion ausgesetzt sehen. Daraus lässt sich schließen, welche Einwände auch einer Übertragung auf das Civil Law entgegenstehen. Im Anschluss wird untersucht, inwiefern ein „Regelmodell“[413] den besonderen institutionellen Kontext der höchstgerichtlichen Entscheidung im deutschen Recht berücksichtigen muss. Aufgrund dieser Erkenntnisse wird schließlich erörtert, welcher Stellenwert den angloamerikanischen Zentralbegriffen von *ratio decidendi* und *obiter dictum* im Civil Law zukommt. Insgesamt wird deutlich, dass eine Methode der Präjudizieninterpretation für das Civil Law weitgehend eigene Wege gehen muss.

aa) Alternativmodelle im Common Law

Regelmodelle entsprechen zwar auch in der angloamerikanischen Diskussion der herrschenden Lesart.[414] Sie sehen sich gleichwohl erheblicher Kritik ausgesetzt. Dabei geht es nicht darum, welches Modell die Präjudizientechnik im Common Law besser beschreibt. Für die Untersuchung kommt es nur darauf an, ob die Anwendung eines „Regelmodells“ auf die untersuchten Präjudizien im Lichte der Einwände prinzipiellen Bedenken begegnet.

Zunächst wird „rechtsrealistische“ Kritik geübt.[415] Dieser Kritik ist derselbe Einwand entgegenzuhalten wie der Freirechtsbewegung und der so-

413 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1: „rule-based model“.

414 Statt vieler *Shecaira*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 320, 328; implizit zugrundegelegt bei *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 39 ff.; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 277 ff.; *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 57 ff.

415 Stellvertretend *J. Frank*, Law and the Modern Mind, 6. Aufl. 1949, S. 42 ff.; näher dazu *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 211 ff.; siehe auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 407 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ziologischen Rechtsschule in der deutschen Methodendiskussion.[416] Sie stützt ihre Kritik auf Prämissen, die zu belegen eine empirische Aufgabe wäre.[417] Damit nimmt sie eine andere Perspektive ein als die präskriptive Methodenlehre. Die nähere Auseinandersetzung mit rechtsrealistischer Kritik bleibt daher anderen Untersuchungen vorbehalten.

Als Gegenentwurf zu den Regelmodellen wird zum anderen ein „Gründemodell" vertreten.[418] Der Gedankengang lässt sich wie folgt skizzieren: Regeln seien dadurch gekennzeichnet, dass sie innerhalb ihres Anwendungsbereichs Befolgung verlangten. Dabei beanspruchten Regeln ihre Anwendung auch in späteren Fällen, denen andere Umstände zugrunde gelegen hätten als die, die Anlass zu ihrer ursprünglichen Formulierung gegeben hätten.[419] Damit gewährleisteten sie Rechtsanwendungsgleichheit und Vorhersehbarkeit – allerdings auf Kosten eines verringerten Entscheidungsspielraums späterer Rechtsanwender.[420] Das Regelmodell liefere keine plausible Begründung für die Zulässigkeit des *distinguishing*, das jedoch ein standardisiertes Vorgehen im Common Law sei.[421] Die Funktion der *doctrine of precedent* beschränke sich darauf, dass anknüpfende Gerichte Präjudizfälle als „in Ansehung ihrer Gründe richtig entschieden" akzeptieren müssten.[422] Damit würden die Präjudiziengerichte auf ihre eigentliche Funktion verwiesen, den jeweiligen Einzelfall zu entscheiden.[423]

Die Kritik stützt sich dabei auf verschiedene Prämissen, die für eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation nicht gelten. Zunächst wird die Frage, ob Gerichte Regeln bilden, mit der Verbindlichkeit dieser

416 Dazu *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 34 ff. der allerdings die Interessenjurisprudenz der Freirechtsschule zurechnet und damit ein eigenwilliges Begriffsverständnis offenbart.

417 *Schauer/Spellman*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 240, 251; vgl. *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 43.

418 Ausführlich *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1 ff.; *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 149 f.

419 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 3.

420 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 7 f.

421 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 9; *Alexander*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 11, 13 f.

422 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 24: „requiring later courts to treat earlier cases as correctly decided on their facts."

423 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 26; *Lamond*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 21, 23; kritisch zu dieser Annahme auch für das Common Law *Komárek*, American Journal of Comparative Law 61 (2013), 149, 165.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regeln gleichgesetzt.[424] Diese Denkweise ist für das Common Law typisch; für eine deutsche Präjudizienmethode greift sie zu kurz. Die Frage nach der Bindungswirkung von Präjudizien stellt sich erst im Anschluss an die Ermittlung ihrer jeweiligen Aussage.[425] Zudem kommt es für nahezu alle dogmatischen Fragestellungen auf die Einschlägigkeit bestimmter Präjudizien, dabei aber nicht zwingend auf ihre Verbindlichkeit an.[426] Außerdem trifft es für das deutsche Recht nicht zu, dass sich die Aufgabe aller Gerichte auf die Entscheidung von Einzelfällen beschränke.[427] Die untersuchten Höchstgerichte sind vielmehr sowohl für die Streitentscheidung als auch für die Regelbildung zuständig.[428]

Schließlich lässt sich gerade die verbleibende Bedeutung der *doctrine of precedent* auf das deutsche Recht nicht übertragen. Es widerspräche dem Richterbild des Grundgesetzes[429], wenn Richter Präjudizien generell als „in Ansehung ihrer Gründe richtig entschieden" akzeptieren müssten. Im Grundsatz sind Richter stets berechtigt, von Entscheidungsregeln abzuweichen.[430] Eine Präzisierung ergibt sich allerdings aus dem Hinweis auf die ausnahmslose Geltung von Regeln: Präjudizien enthalten offenbar eine andere Art von Regeln als Gesetze.[431] Allerdings sind sie auch kein bloßes Produkt aus Sachverhalt und Begründung. Sie liegen zwischen diesen beiden Arten, als „Regeln mittlerer Abstraktionshöhe".[432]

424 *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 1 f.
425 *Rebhahn*, in: FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1550; ähnlich *Schauer*, Stanford Law Review 39 (1987), 571, 576.
426 Vgl. näher bei → Fn. 87 ff.
427 Weitergehend für das Civil Law *Komárek*, American Journal of Comparative Law 61 (2013), 149, 165 f.; kritisch aber auch zu dieser Vorstellung im Common Law *Llewellyn*, Vanderbilt Law Review 3 (1950), 395, 398.
428 Unter terminologischer Anknüpfung an „Normbildung" *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 12 und passim; vgl. bei → Fn. 87.
429 Vgl. bei → Fn. 310.
430 Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 49.
431 Vgl. auch *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 1077.
432 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 124; vgl. auch *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Ein Regelmodell für das deutsche Recht

Im Grundsatz ist ein Regelmodell insofern der passende Ansatz für eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation. Ein solches Modell ist jedoch auf den Kontext des deutschen Rechts anzupassen. Jede Methode muss ihrem Gegenstand gerecht werden.[433] *Merkl* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass es so viele Methodenlehren wie Rechtsordnungen gibt.[434] Das gilt auch für eine Präjudizienmethode.[435]

Im angloamerikanischen Rechtskreis sind der Aufbau und Inhalt von Urteilen kaum formalisiert, anders als im deutschen Recht.[436] Historisch ist die Beratung in Gremien und die Abfassung gemeinsamer Urteilsgründe im Common Law jünger als im Civil Law.[437] Traditionell galt das *seriatim-Modell*, nach denen die Gerichtsentscheidung – ursprünglich ohne Beratung – als Konvolut einzelner Richtervoten erging.[438] Zum Teil finden sich gerade beim Supreme Court des Vereinigten Königreichs noch Anklänge dieser Praxis.[439] Soll eine Methode der Präjudizieninterpretation einerseits auf Konvolute von Einzelvoten, andererseits auf gemeinsame Urteilsbegründungen anwendbar sein, liegt nahe, dass sie sich weniger auf die geschriebene Begründung als auf die Umstände des Sachverhalts stützt.[440]

Die starke Regelorientierung des deutschen Rechts[441] spielt auch für die nähere Ausgestaltung eines Regelmodells eine Rolle. Im Zusammenhang mit diesem rechtskulturellen Unterschied steht die jeweilige gelebte Hierarchie zwischen den Entscheidungsregeln der Rechtsprechung und den Parlamentsgesetzen. Im deutschen Recht sichert die Gesetzesbindung der

433 Zur „Gegenstandsadäquanz der Auslegungstheorie" *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 332 ff.; *Jestaedt*, ZÖR 55 (2000), 133, 147 ff.

434 *Merkl*, in: Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann, Gesammelte Schriften, 1993, I/1, S. 63, 76; zustimmend *Schenke*, in: Dreier, Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, S. 51, 73.

435 Vgl. *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 183; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 4 ff.

436 *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 20.

437 Weiterführend *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 43 ff.

438 *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 43.

439 Die Entscheidungen ergehen zwar noch immer als Konvolut einzelner Voten. Inzwischen gibt es jedoch vorher eine interne Beratung, die Voten beziehen sich daher häufig aufeinander, *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 50 f.

440 Vgl. auch *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 22.

441 Vgl. bei → Fn. 402.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichte die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen für die Rechtsunterworfenen.[442]

Zwar ist auch im Common Law anerkannt, dass Parlamentsgesetze den Entscheidungsregeln der Rechtsprechung in der Theorie vorgehen.[443] Trotzdem wird die Rolle des Richters nicht vorrangig darin gesehen, die abstrakten Festlegungen des Gesetzgebers in „denkendem Gehorsam"[444] auf den jeweiligen Fall anzuwenden.[445] Man kann diese Besonderheit überzeichnen; auch im angloamerikanischen Recht dürfen sich Richter grundsätzlich nicht über das positive Recht hinwegsetzen.[446] Es besteht also kein unbeschränkter Spielraum für die Bildung richterlicher Entscheidungsregeln. Trotzdem ist nicht ausgeschlossen, dass sich im Common Law eine bestimmte Entscheidungsregel im Einzelfall auch gegen eine geschriebene Rechtsnorm durchsetzt.[447] Da aus einzelnen Präjudizien oft noch keine Regeln abgeleitet werden, fällt im Zweifelsfall nicht sofort auf, dass eine bestimmte Rechtsprechungslinie dem geschriebenen Recht zuwiderläuft. Damit kann sich das Präjudizienrecht im Common Law praktisch vom zugrundeliegenden Gesetz emanzipieren.[448] Dieser Gefahr muss eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation, wie bereits gezeigt, durch eine „Vertretbarkeitskontrolle" begegnen.[449]

---

442 *Leisner-Egensperger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 89 Rn. 21; *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 255; zum Zusammenhang von (geschriebenen) Methodenvorgaben und Gewaltenteilung *Wendehorst*, RabelsZ 75 (2011), 730, 754.

443 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 33; vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 260 f.; auch insofern zweifelnd *McGrath/Koziol*, RabelsZ 78 (2014), 709, 718; siehe näher zur „parliamentary sovereignity"*Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law, 1987, S. 148 ff.

444 *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 19 f.; vgl. auch *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 48.

445 Sehr klar *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 37 ff.; vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 406; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 33; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 140 f.

446 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 294 Fn. 3 mit Beispielen aus der Rechtsprechung; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 3.

447 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 108; vgl. auch *Bruns*, JZ 2014, 162, 164.

448 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 162; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 5; *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 976.

449 Vgl. bereits bei → Fn. 266.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch im Common Law weichen die Gerichte freilich nicht offen vom Gesetz ab. Die Regeln der Gesetzesauslegung ermöglichen gleichwohl subtiler, dass sich die Rechtsprechung vom Willen des Gesetzgebers entfernt. Der Fokus auf Präjudizien im Common Law schlägt sich somit auch in der Methode der Gesetzesauslegung nieder.[450] Die Präjudizienmethodik des Common Law erscheint demgegenüber im Vergleich zur modernen deutschen Methodenlehre eher als Argumentationslehre.[451] Für eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation ergeben sich daraus Folgerungen. Soll die Methode auch zur Legitimation juristischer Entscheidungen dienen, muss sie eine „feinere" Struktur aufweisen.[452]

Zum Kontext der deutschen Präjudizienmethode gehört auch die institutionelle Funktion der Revisionsgerichte. Den Höchstgerichten im Common Law und im Civil Law liegen verschiedene Modelle zugrunde.[453] Höchstgerichte im Common Law können weitgehend frei darüber befinden, welche Fälle sie zur Entscheidung annehmen.[454] Revisionsgerichte im Civil Law haben über alles zu entscheiden, was ihnen vorgelegt wird. Die Richter müssen sich daher mit einer ungleich größeren Zahl von Fällen befassen. In der Sache beschränkt sich ihre Aufgabe demgegenüber grundsätzlich auf eine Rechtsfehlerkontrolle.[455] Während die Höchstgerichte des Common Law regelmäßig für alle Rechtsgebiete zuständig sind, gibt es in Civil-Law-Systemen regelmäßig verschiedene spezialisierte Höchstgerichte.[456]

---

450 Vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 33 ff.; für die USA *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und Deutschland, S. 310 ff.; näher zum historischen Hintergrund *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 740 ff.

451 Sehr deutlich bei *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 121 ff.; *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 20 ff.; vgl. *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 29; zu den unterschiedlichen Zielsetzungen von Methodenlehre und Argumentationstheorie Staudinger/*Honsell*, 2018, Einleitung BGB, Rn. 116b.

452 Näher dazu bei → Fn. 529.

453 Ausführlich dazu *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 263 ff. und passim; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 308 f.

454 Sog. deciding to decide, *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 6, 344.

455 Die deutschen Revisionsgerichte überprüfen die instanzgerichtlichen Entscheidungen auf Rechtsfehler (vgl. stellvertretend §§ 545 Abs. 1, 546 ZPO), das BVerfG kontrolliert fachgerichtliche Entscheidungen am Maßstab des Grundgesetzes, siehe nur Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 67.

456 Die Eigenständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit ist jedoch im europäischen Vergleich selten, *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Innerhalb dieser Gerichte gibt es wiederum spezialisierte Senate oder Kammern.[457]

Eine angloamerikanische Präjudizienmethode bezieht sich daher auf eine andere Situation. Schon wenn ein angloamerikanisches Höchstgericht einen bestimmten Fall zur Entscheidung annimmt, liegt grundsätzlich nahe, dass es eine potenzielle Bedeutung für zukünftige Streitigkeiten sieht. Andernfalls könnte es die Entscheidung der Vorinstanz schlicht auf sich beruhen lassen.[458]

Für das deutsche Recht folgt aus der Tatsache, dass ein Höchstgericht entscheidet, grundsätzlich nichts dergleichen:[459] Stützt die Vorinstanz die Revisionszulassung auf eine „grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache", ist das Revisionsgericht daran gebunden (vgl. § 543 Abs. 2 S. 2 ZPO).[460] Darin liegt eine zusätzliche Schwierigkeit: Wenn die Voraussetzungen vorliegen, ist das Revisionsgericht zur Entscheidung verpflichtet. Es bedarf stets einer sorgfältigen Prüfung, inwiefern das Revisionsgericht verallgemeinerbare Aussagen treffen wollte.

Da der prozessuale Kontext und der rechtskulturelle Hintergrund insofern in beiden Rechtssystemen in jeweils unterschiedliche Richtungen deuten, sind allgemeine Tendenzen kaum auszumachen.

Für eine deutsche Präjudizienmethode bietet sich ein Regelmodell auch mit Blick auf die Entscheidungsregeln des BVerfG, des EuGH und des EGMR an. Inwiefern der Entscheidungskontext eine Tendenz für die Verallgemeinerbarkeit bestimmter Aussagen erkennen lässt, wird jeweils im Zusammenhang diskutiert.[461]

Innerhalb der angloamerikanischen Regelmodelle gibt es verschiedene Ansätze, wie man aus einem bestimmten Präjudiz die tragende Regel ermittelt. Auch wenn sich einzelne Modelle auf die *ratio decidendi* beziehen, können sie herangezogen werden, sofern sie zugleich dazu dienen, eine allgemeine Entscheidungsregel zu ermitteln.[462] Die Ansätze sollen im Folgen-

457 *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 308 f.

458 Zum „Agenda Setting" *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 372.

459 Vgl. aber zum BVerfG bei → Fn. 1297.

460 Anders ist es, wenn der Entscheidung eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde vorangeht, vgl. bei → Fn. 1043.

461 Vgl. zum BVerfG bei → Fn. 1284; zum EuGH bei → Fn. 1323; zum EGMR bei → Fn. 1535.

462 So überzeugend bereits *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 63 ff.; *Auer*, in: E. Schumann, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119, 132 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den skizziert und auf ihre Eignung für eine deutsche Präjudizienmethode untersucht werden. Als Maßstab der Eignung werden die Eigenschaften des deutschen Rechts herangezogen, die bis hierhin als wesentliche Weichenstellungen für eine deutsche Präjudizienmethode herausgearbeitet wurden. Als allgemeine Aussage eines Präjudizes kommen in Betracht:[463]

- eine im Präjudiz explizit formulierte Regel,
- eine vom Präjudiziengericht implizit zugrunde gelegte Regel,
- die von anknüpfenden Gerichten dem Präjudiz entnommene Regel,
- eine möglichst eng formulierte, noch mit dem Ergebnis des Präjudizes vereinbare Regel,
- die Entscheidungsgründe als solche.

Das fünfte Modell – Anknüpfung an die Entscheidungsgründe als solche – bestimmt die Aussage des Präjudizes unabhängig von einer bestimmten Regel. Damit konterkariert es jedoch die zentrale Funktion der Dogmatik, durch die Strukturierung von Regeln die zukünftige Rechtsanwendung zu erleichtern. Die Regelorientierung durchzieht das deutsche Recht so stark, dass ein reines Gründemodell keinen Anschluss an die normativen Vorgaben[464] und die Richterrechtsdiskussion[465] fände. In der Entscheidung für ein „Regelmodell" liegt gleichwohl keine Absage an die Aussagekraft der Gründe. Im Gegenteil: Die Begründung der Entscheidung liefert regelmäßig wichtige Hinweise zur Ermittlung der gemeinten Entscheidungsregeln. Sie kann aber nicht isoliert betrachtet werden: Erst die „Verdichtung" zu einer Regel gibt der Begründung klare Konturen.[466] Für eine deutsche Präjudizienmethode kann also kein reines Gründemodell gelten: Man muss Regel und Begründung heranziehen.

Das vierte Modell – eine im Ergebnis mit der Entscheidung vereinbare Regel – nimmt sofort die Frage nach der Bindung in den Blick. Das läuft auf einen freien Argumentationswettbewerb hinaus: Man kann die tragende Regel grundsätzlich immer enger formulieren, ohne das Ergebnis aufzugeben. Es genügt, weitere Sachverhaltselemente des Präjudizienfalls zur allge-

463 So unter terminologischer Anknüpfung an „Normen" *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 23 f.; ähnlich *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 305; vgl. auch *Marshall*, in: MacCormick/Summers, Interpreting precedents, 2016, S. 503, 506 f.

464 Vgl. bei → Fn. 87.

465 Vgl. bei → Fn. 137.

466 Vgl. *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meinen Voraussetzung zu erheben.[467] Allerdings wird ab einem bestimmten Punkt der Sinnzusammenhang zwischen den Voraussetzungen der Regel und ihrer Rechtsfolge zweifelhaft.[468] Dieses Modell beruht deutlich auf Besonderheiten des Common Law, die dem Civil Law fremd sind. Zwar wird an eine bestimmte Regel angeknüpft, der Sache nach geht es jedoch um den Präjudizienfall und seine Entscheidung.[469] Eine so ermittelte Regel hilft jedoch weder, die Dogmatik stimmig weiterzuentwickeln, noch, eine zukünftige Entscheidung des Präjudiziengerichts zu prognostizieren.

Das dritte Modell – eine von anknüpfenden Gerichten dem Präjudiz entnommene Regel – schlägt ein einheitliches Interpretationsverfahren vor. Dagegen bestehen jedoch die gleichen Bedenken wie gegen eine einheitliche Kontextualisierung.[470] Mit dem vierten Modell hat das dritte gemeinsam, dass beide die allgemeine Aussage nicht im Zusammenhang mit der Frage nach dem Willen des Präjudiziengerichts sehen.[471] Wenn es nicht Ziel der Interpretation ist, zunächst das Gemeinte zu ermitteln, können Auslegungszweifel immer nahtlos in bewusste Verunklarung übergehen.[472] Damit lässt sich eine weitere Anforderung an eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation formulieren. Die Methode soll Rechtsanwender dazu bringen, möglichst genau zwischen einer ursprünglich vom Präjudiziengericht gebildeten Regel und deren Fortentwicklung zu unterscheiden. Ungeeignet sind deshalb Modelle, nach denen eine erkennbar gemeinte Entscheidungsregel nachträglich anders interpretiert oder ersetzt werden darf.[473]

Für eine deutsche Präjudizienmethode hilfreich sind dagegen der erste und der zweite Ansatz. Diese stellen auf die explizit formulierten oder

---

467 *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 112 ff.

468 Zum „overreaching" *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 72 ff.

469 Vgl. bei → Fn. 409.

470 Vgl. bei → Fn. 276.

471 Dazu bei → Fn. 218.

472 Vgl. *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 141; vgl. *Hamacher*, in: FS Moll, 2019, S. 219, 221 f: „Die Bemühungen, Kriterien, Prüfungsrangfolgen oder Unklarheiten bei der Auslegungsmethode herauszuarbeiten, zu formulieren und anzuwenden, bleiben letztlich wertlos, wenn das Ziel unklar bleibt."

473 Zu solchen Auffassungen näher *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 15; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 217 ff.; siehe auch *MacCormick*, in: Goldstein, Precedent in law, 1987, S. 155, 157.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

implizit gemeinten Regeln[474] und damit auf die Perspektive des Präjudiziengerichts ab.

cc) Ratio decidendi, Dictum und Obiter dictum

Nachdem feststeht, welche Struktur eines Regelmodells sich für eine deutsche Präjudizienmethode eignet, wird abschließend die Unterscheidung von *ratio decidendi* und *obiter dictum* auf ihren Ertrag für eine deutsche Methode der Präjudizieninterpretation untersucht. Die beiden Gegenbegriffe stehen im Mittelpunkt der facettenreichen angloamerikanischen Diskussion um die *doctrine of precedent*. Unter der *ratio decidendi* versteht man rechtlich bindende Erwägungen des Gerichts, *obiter dicta* bezeichnen sonstige Erwägungen, die die Entscheidung nicht tragen.[475] Die begriffliche Zweiteilung knüpft daran an, dass Präjudizien in den Kategorien „Bindung" oder „Nicht-Bindung" betrachtet werden. Im Einzelnen werden beide Begriffe indes nicht einheitlich verwendet.[476]

Die *ratio decidendi* wird häufig mit der Kernaussage des Urteils gleichgesetzt. Dem liegt jedoch die besondere Perspektive des Common Law zugrunde.[477] Die Frage nach der *ratio decidendi* soll beantworten, an welche Regeln anknüpfende Richter gebunden sein können.[478] Damit verengt sie von vornherein die Perspektive darauf, was im konkreten Fall das Ergebnis der Entscheidung trägt. Für die Zwecke dieser Untersuchung bedeutet das, den zweiten Schritt vor dem ersten zu machen.[479] Im deutschen Recht haben *ratio decidendi* und *obiter dictum* in erster Linie im Prozessrecht Bedeutung, etwa für die Frage, ob sich zwischen zwei Senaten eines Revisionsgerichts eine vorlagepflichtige Rechtsprechungsdivergenz ergeben könnte.[480] Wenn gefragt wird, was das Gericht *gemeint* hat, können *obiter*

474 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 305: Modelle 1. und 3.
475 Stellvertretend für die klassische Ansicht *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 39 ff.
476 Überblick bei *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 305.
477 Staudinger/*Honsell*, 2018, Einleitung BGB, Rn. 223; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 463 f.; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, S. 80 f.; *Coing*, JuS 1975, 277, 281.
478 Statt vieler *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 39.
479 Allgemeinheit und Verbindlichkeit einer Norm sind klar zu unterscheiden, *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19, 25.
480 Vgl. bei → Fn. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dicta indes sogar klarere Aussagen enthalten als tragende Erwägungen.[481] Bei den tragenden Erwägungen muss immer vorsichtig geprüft werden, wie eng die Regel mit bestimmten Umständen des Einzelfalls zusammenhängt. Macht das Gericht Ausführungen, die nach seiner Einschätzung nicht erforderlich sind, um den Fall zu entscheiden, spricht das gerade für eine allgemeingültig gemeinte Regel.[482]

Umgekehrt trifft nicht jedes *obiter dictum* eine klare Aussage. Es kommt darauf an, ob der richterlichen Aussage ein Erwägungs- und Beratungsprozess vorangegangen ist, der eine allgemeine Regelbildung stützt.[483] Äußert sich das Gericht „im Vorübergehen" zu einer Frage, die weder entscheidungserheblich ist noch in diesem Zusammenhang argumentativ näher analysiert wird, fehlt für die Vermutung einer allgemeinen Regelbildung die Grundlage.[484] *Ratio decidendi* und *obiter dictum* sind Faustformeln für die Allgemeinheit richterlicher Aussagen, letztlich jedoch keine verlässlichen Prüfsteine.[485] Für eine allgemeine Abgrenzung ist die Antinomie zugleich zu weit und zu eng: Es gibt fallübergreifende Entscheidungsregeln, die die Entscheidung nicht tragen und tragende Aussagen, die kaum über den Fall hinausreichen.[486] Darin zeigt sich erneut, dass zwischen einer gemeinten

481 Staudinger/*Honsell*, 2018, Einleitung BGB, Rn. 223; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 199; vgl. *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 224; *Birk*, JZ 1974, 735, 739; *Mayer-Maly/Nipperdey*, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965, S. 25; *Kissel*, in: FS Schaub, 1998, S. 373, 385; beispielhaft *Richardi*, NZA 1995, 8.

482 Vgl. *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 114; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 224; siehe auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 454, allerdings mit kritischer Stoßrichtung; beispielhaft *Bayreuther*, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, 2001, S. 34 f.

483 *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 226; differenzierend auch *Schulz*, ZIS 2018, 403 ff.; zu unterschiedlichen Abstraktionsgraden in obiter dicta *Korch*, ZGR 2021, 867, 894 f.

484 Vgl. *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 225; zur Rezeption in der Literatur *Korch*, ZGR 2021, 867, 899 f.

485 Kritisch dagegen, höchstgerichtliche Entscheidungen auf ihre *ratio decidendi* zu verengen, auch *Birk*, JZ 1974, 735, 739.

486 Zur Unterscheidung von Universalität und Generalität von Regeln vgl. bei → Fn. 198.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regel und deren Bindungswirkung klar zu trennen ist. Potenziell führt die *ratio decidendi* als Prüfstein für eine gemeinte Regel eher in die Irre.[487]

Wenig Beachtung hat neben *ratio decidendi* und *obiter dictum* die Zwischenform des *dictum* gefunden. Damit sind Ausführungen gemeint, die zwar nicht Teil der möglichst eng formulierten *ratio decidendi* sind, diese aber bewusst ergänzen, um ihre Begründung zu vertiefen.[488] Die methodische Bedeutung für das angloamerikanische Recht ist in der Tat gering, da *dicta* jedenfalls keine der *ratio decidendi* vergleichbare Bindungswirkung entfalten. Zum richtigen Verständnis richterlicher Entscheidungsregeln im deutschen Recht ist der Begriff indes sehr hilfreich. Ergänzende Argumentation des Gerichts im Zusammenhang mit den tragenden Erwägungen ist nicht mit rein „anekdotischen" Ausführungen gleichzusetzen;[489] diese nimmt Teil an der „Richtigkeitsgewähr der Fallanschauung"[490], jene hingegen nicht.[491] Auch diese Richtigkeitsgewähr ist jedoch ambivalent. Hat das Gericht einen typischen Fall zu entscheiden, kann die Fallanschauung die richterliche Regelbildung stützen. Andersherum gilt jedoch auch hier: *hard cases make bad law*. Wird das Gericht mit einem atypischen Fall konfrontiert, trägt die Fallanschauung nicht zur Bildung stimmiger allgemeingültiger Entscheidungsregeln bei.[492]

Nützlich für die entwickelte Methode ist die angloamerikanische Technik des *distinguishing*. Sie ist älter als die Diskussion über eine formelle Präjudizienbindung im Wege der *stare decisis* und lässt sich daher gut von

487 Anders ist es, wenn man wie *Jochen Schröder*, MDR 1960, 809, 812 die *ratio decidendi* als den „gedankliche[n] Schwerpunkt der gewählten fallbezogenen Begründung" versteht. Das entspricht gleichwohl nicht der üblichen Begriffsverwendung.

488 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 14; dazu auch *Pilny*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht, 1993, S. 39.

489 *Dieterich*, RdA 1974, 187; vgl. auch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 282 ff.; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 257 f.

490 Eingehend *Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, S. 29 ff.; vgl. auch *Richardi*, in: FS Zöllner, 1998, S. 935, 945.

491 *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 199 f.; *Mayer-Maly/Nipperdey*, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965, S. 25; vgl. auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 464 f.

492 *Riesenhuber*, in: Giesen/Junker/Rieble, Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht, 2017, S. 15, 41; *Dieterich*, RdA 1974, 187; *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 422; zum Konflikt zwischen „individualisierender Tendenz" und „generalisierender Tendenz" *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Verbindlichkeitsfrage trennen.[493] Für eine Rechtsordnung, die keine prinzipielle Verbindlichkeit von Präjudizien anerkennt, verspricht sie daher besonderen Gewinn. Die in dieser Untersuchung vorgeschlagene Trennung zwischen der ursprünglich gemeinten Regel und deren Fortentwicklung hat jedoch auch für die Prüfung des *distinguishing* Folgen. Das *distinguishing* kann sowohl zur Ermittlung der gemeinten Regel als auch zu deren Fortentwicklung eingesetzt werden. Das hängt davon ab, ob auf die Perspektive des Präjudiziengerichts abgestellt wird. Bereits im Common Law wird darauf hingewiesen, dass *distinguishing* und *silent overruling*, also eine stille Rechtsprechungsänderung unter dem Etikett der Fortführung, nicht immer leicht auseinanderzuhalten sind.[494]

Der Sachverhalt spielt im Civil Law damit insgesamt eine andere Rolle. Zwar ist er regelmäßig ein wichtiges Kriterium zur Ermittlung der gemeinten Regel. Im Unterschied zum Common Law kann der Fall allein jedoch nicht Dreh- und Angelpunkt einer Präjudizienmethode sein. Ist eine Entscheidungsregel, die stark vom Anlassfall abstrahiert, erkennbar gemeint, begrenzt der Sachverhalt nicht die Orientierungswirkung.[495] *Ratio decidendi* und *obiter dictum* bieten daher keine geeignete Abgrenzung, um auf die allgemeine Aussage eines Präjudizes zu schließen.

d) Zwischenergebnis

Zusammengefasst ist der Nutzen der angloamerikanischen Präjudizienlehren für das deutsche Recht damit begrenzt. Die positiv-rechtlichen Grundsätze des Prozessrechts und das Richterbild des Grundgesetzes schließen die Übertragung vieler angloamerikanischer Ansätze in eine deutsche Präjudizienmethode aus. Die Regelorientierung der Dogmatik und die Notwendigkeit einer Vertretbarkeitskontrolle erfordern eigene Ansätze. Als Zwischenbefund bleibt: Präjudizien lassen sich weder als entkontextualisierte, gesetzesgleiche Normen verstehen noch als rein fallbezogene Begründungen eines bestimmten Ergebnisses. Für eine deutsche Präjudizienmethode bietet sich ein Regelmodell an. Eine geschlossene „Großtheorie"

493 *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 277.
494 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 297; *Gerhardt*, The Power of Precedent, 2008, S. 35: „overruling sub silentio".
495 Ähnlich *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 143 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des angloamerikanischen Rechts kann jedoch nicht herangezogen werden. Einzelne Argumentationsfiguren und Begriffe des angloamerikanischen Rechts helfen gleichwohl, bisher methodisch nicht erfasste Phänomene in der Entscheidungspraxis der untersuchten Gerichte zu beschreiben. Sie fördern damit eine rationale Diskussion über Präjudizien im deutschen Recht.[496] Überall, wo sie einen Mehrwert bieten, wird bei den einzelnen Interpretationskriterien auf die angloamerikanischen Argumentationsfiguren zurückgegriffen.

II. Der Allgemeine Teil der Methode

Nachdem die Grundlagen einer deutschen Präjudizienmethode aus einem Vergleich mit dem Common Law entwickelt wurden, soll im Folgenden ein Allgemeiner Teil der Präjudizienmethode entworfen werden. Dieser ist auf die Präjudizien aller untersuchten Gerichte anwendbar, sofern nicht jeweils Besonderheiten bestehen, die im weiteren Verlauf erläutert werden (Kap.1.III.). Hier folgt zunächst ein Überblick über die Struktur und die Prämissen des entwickelten Stufenmodells (1.). Dann werden die einzelnen Stufen des Modells erläutert, namentlich die Vertretbarkeit des Präjudizes (2.), die Ermittlung der Entscheidungsregel (3.) und die Fortbildung der Entscheidungsregel (4.). Abschließend wird die Abfolge der Prüfungsschritte in einer Übersicht zusammengefasst (5.).

1. Ein Stufenmodell der Präjudizieninterpretation

Im Folgenden werden die Grundstrukturen der entwickelten Präjudizienmethode erläutert. Dazu werden zunächst die methodischen Prämissen offengelegt, von denen die Untersuchung ausgeht (a). Anschließend wird begründet, inwiefern zwischen der Ermittlung einer ursprünglich gemeinten Regel und deren späterer Fortbildung zu trennen ist. Dabei werden bestimmte Arten von Interpretationszweifeln kategorisiert. Damit wird vorgezeichnet, auf welcher Stufe des Modells einzelne Interpretationskriterien zu diskutieren sind (b). Schließlich wird erläutert, an welcher Stelle sich das entwickelte Modell in ein Gesamtmodell der Rechtsanwendung integrieren lässt (c).

496 Zum methodischen Ideal einer „maximalen Diskutierbarkeit“ vgl. bei → Fn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Methodische Prämissen

Eine deutsche Präjudizienmethode kann in Teilen jeweils auf die angloamerikanischen Argumentationsfiguren, die Methodenlehre der Gesetzesinterpretation und die Erkenntnisse der allgemeinen Hermeneutik zurückgreifen. Dabei muss sie jedoch berücksichtigen, dass das Gesetzesrecht richterlichen Entscheidungsregeln grundsätzlich normativ vorgeht. Zudem gibt die Überformung des nationalen Rechts durch unions- und völkerrechtliche Vorgaben Anlass, die Grenzen der Rechtsanwendung im Mehrebenensystem zu bedenken. Wie bereits gezeigt, müssen Präjudizien deshalb auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden.[497]

Juristische Methodenlehren erfüllen im Wesentlichen eine Argumentations- und Begründungsfunktion, eine Legitimationsfunktion und eine Kontrollfunktion.[498] Ansätze, die ganz auf Legitimationsgrenzen verzichten, können als Beitrag zu einer praktischen Methodik, zur juristischen Argumentationslehre, zur Rechtstheorie oder zur Rechtssoziologie gelten; als Beitrag zur juristischen Methodenlehre im engeren Sinn scheiden sie aus.[499] Nach Möglichkeit werden dabei weitgehend praktisch anerkannte Prämissen zugrunde gelegt. Zwar ist höchst zweifelhaft, ob es einen festen Inhalt der „anerkannten Regeln der Methodenlehre“[500] gibt.[501] Die Arbeit beschränkt sich jedoch insofern auf die unverzichtbaren „Standortwahlen“[502]. Jedenfalls „Theorien normfreien Entscheidens“[503], rhetorische[504]

497 Vgl. dazu bei → Fn. 266.

498 Vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 7 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 1 ff., 26 ff.

499 *Bydlinski*, in: FG BGH, Bd. I, 2000, S. 3, 4 spricht von „Banalmethoden“; vgl. auch *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 6; zu den Funktionen der Methodenlehre *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 7 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 1 ff., 26 ff.

500 So aber die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., BVerfGE 128, 326 (400); BVerfG 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69 Rn. 150; kritisch *Höpfner*, RdA 2018, 321, 329 f.

501 *Höpfner*, RdA 2018, 321, 329 f.; *G. Wagner/Zimmermann*, AcP 214 (2014), 1, 2.

502 Dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 19.

503 Begriff nach *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III, 1976, S. 318 im Bezug auf die Methodenlehre *Josef Essers*.

504 Stellvertretend *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019; *U. Neumann*, Rechtstheorie 32 (2001), 239 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und linguistische[505] sowie methodenskeptische Ansätze zählen nicht zum Kernbestand dieser weitgehend anerkannten Prämissen.

Die folgenden Ausführungen unterscheiden sich von der üblichen Darstellungsweise in Monographien und Lehrbüchern zur Methodenlehre. Dort liegt ein anderer Blickwinkel zugrunde.[506] Ein methodologischer Gesamtentwurf muss erläutern, welche Rechtsanwendungsregeln die verfolgten Zwecke bestmöglich verwirklichen.[507] Demgegenüber soll hier ein anschlussfähiger Vorschlag gemacht werden, um die Argumentation mit Präjudizien in die Rechtsanwendung zu integrieren. In der Rechtspraxis werden teilweise divergierende Rechtsanwendungsmethoden verwendet.[508] Insofern kann es nicht darum gehen, eine abweichende Rechtsanwendung als methodisch falsch zu entlarven.[509] Die Vertretbarkeit des Präjudizes erschöpft sich daher in einer Ergebniskontrolle.[510] Ausgangspunkt ist die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen der Rechtsanwendung.[511] Das heißt: Eine Entscheidung kann sogar falsch begründet sein. Maßgeblich ist, ob sie sich alternativ auch vertretbar begründen lässt.[512]

505 Besonders sichtbar ist die „Heidelberger Gruppe der Rechtslinguistik", besonders die Veröffentlichungen von *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* sowie die des (Rechts-) Linguisten *Friedemann Vogel*, stellvertretend *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013; *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 152 ff.

506 Zur Relativität der Methode *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26 ff.

507 Die gängigen Werke zur Methodenlehre setzen unterschiedliche Akzente. Während *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Legitimation und Gewaltenteilung betonen, legen *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, und *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, den Schwerpunkt auf die juristische Argumentation. *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, und *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, liegen zwischen diesen beiden Ausrichtungen.

508 Siehe nur den „Erfahrungsbericht" bei *Rüthers*, JZ 2006, 53, 54.

509 Vgl. dazu *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 18 f.

510 Dem ähnelt der Prüfungsmaßstab des BVerfG zur Wahl der Auslegungsmethode durch die Fachgerichte, BVerfG 23.5.2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 35; 20.3.2013 – 1 BvR 3063/10, NJW-RR 2013, 1300 (1301); (K) 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669 Rn. 43; 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193, 209; 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (257 f.); 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6 (11); ohne Erwähnung dieses Maßstabs dagegen BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 72 ff.; 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07, 1569/08, BVerfGE 132, 99 Rn. 76.

511 Näher bei → Fn. 618.

512 So auch mit Blick auf den EuGH *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichte bedienen sich verschiedener Rechtsanwendungsmethoden.[513] Im Mittelpunkt steht die Interpretation einer rechtlichen Norm oder ihrer Bestandteile. Deren richterliche Präzisierung mit Blick auf einen bestimmten Sachverhalt kann man sich als „Fußnote an der Gesetzesnorm"[514] vorstellen.[515] Richterrecht im klassischen Sinne[516] umfasst die Neuschöpfung und Weiterentwicklung rechtlicher Regeln durch richterliche Rechtsfortbildung, die Konkretisierung[517] unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln[518] und die Konstruktion nicht unmittelbar rechtsquellenbezogener Rechtsbegriffe[519]. Die Auslegung ist dagegen nicht erfasst. Dieses enge Begriffsverständnis ist mit dem *judge-made law* im Common Law vergleichbar.[520]

Hier wird die *höchstgerichtliche Regelbildung* umfassend untersucht. Es geht um alle Ergebnisse judikativer Rechtserzeugung, also auch um die Auslegung von Gesetzesnormen.[521] Ob jeweils die Grenzen der Rechtsan-

513 *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 183 ff. spricht von „Kategorien richterlicher Rechtsanwendung".

514 Aus der Sicht des Common Law *MacCormick*, in: Goldstein, Precedent in law, 1987, S. 155; *Lundmark/Waller*, Transnational Legal Theory 7 (2016), 429, 445 (in der Originalsprache: „gloss on a statute"); siehe auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 405; zu diesem Phänomen aus deutscher Sicht *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 59.

515 Überpointiert *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 178: „Die Gesetzesbindung verdient nach außen hin das Geld sozialer Legitimation, während das Richterrecht in aller Stille die Entscheidungen trifft. Das Richterrecht begleitet als dunkler Schatten das Gesetz und trifft hinter der rhetorischen Fassade eines reibungslosen Legitimationsmodells alle die Entscheidungen, zu denen das Gesetz als wörtliche Bedeutung nicht in der Lage ist."

516 So zum Beispiel die Begriffsverwendung bei *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 1 und passim; für einen umfassenden Richterrechtsbegriff *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 56 Fn. 152 mwN.

517 Es geht nicht um eine Konkretisierung im Sinne der Strukturierenden Rechtslehre *Friedrich Müllers*, vgl. dazu *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, Rn. 274 ff. Die Strukturierende Rechtslehre versteht sich als Alternativkonzept zur klassischen Methodenlehre und wird hier nicht weiterverfolgt.

518 Ausf. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 44 ff.

519 Dazu *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 9 Rn. 11 ff.; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 174 ff.

520 *Lundmark/Waller*, Transnational Legal Theory 7 (2016), 429, 445 sprechen insofern von „pure common law".

521 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 53 f.; vgl. *Auer*, in: E. Schumann, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119, 142; ähnlich spricht *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 23 ff. von „Normbildung".

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendung eingehalten sind, ist zunächst eine Frage der Vertretbarkeit der Entscheidung.[522] Darüber hinaus sind die Grenzen bei der Vertretbarkeit der Entscheidungsregel zu prüfen.[523] Schließlich spielen sie eine Rolle, wenn der Maßstab der Fortbildung einer richterlichen Entscheidungsregel in Rede steht.[524] Insofern besteht aber kein fundamentaler Unterschied zwischen Auslegung, Rechtsfortbildung und Konkretisierung.[525] Entscheidend ist stets, dass die richterliche Regelbildung nicht den Wertungen des Gesetzgebers widerspricht. Solange das gewährleistet ist, kann die Methode einheitlich auf alle Ergebnisse höchstgerichtlicher Regelbildung angewandt werden.

b) Die drei Stufen des Modells

Eine rationale Rechtsanwendung muss einzelne Gedankenschritte trennen. Dabei helfen „Stufenmodelle der Rechtsanwendung".[526] Für die Berücksichtigung von Entscheidungsregeln aus Präjudizien kommt ein dreistufiges Verfahren in Betracht, das im Folgenden entwickelt wird.[527] Im Unterschied zu den klassischen Präjudizienmodellen des Common Law wird damit nicht nur das Verhältnis eines früheren Falls zu einem späteren Fall betrachtet. Ebenso wichtig ist das Verhältnis beider Fälle zu den Vorgaben einer einschlägigen Norm.[528] Deshalb ist auf der ersten Stufe die Vertretbarkeit des Präjudizes zu prüfen.

Zudem müssen die Gerichtsentscheidung und ihre Rezeption auseinandergehalten werden.[529] Für den prognostizierenden und den entscheidenden Rechtsanwender bedeutet das, die *Ermittlung* einer gemeinten Ent-

522 Vgl. bei → Fn. 547.
523 Vgl. bei → Fn. 1051.
524 Vgl. bei → Fn. 1127.
525 Vgl. für die Bindungswirkung *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, 2004, S. 89.
526 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 22 Rn. 730b ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 141 ff.
527 Ansätze eines Stufenmodells bereits bei *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 129 ff.
528 Vgl. für ein dreiseitiges Modell auch *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 136 f.
529 *E. Picker*, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85, 118; *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 37 ff., 57 ff. unterscheidet „analyzing the law" und „synthesizing the law".

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheidungsregel und deren *Fortbildung* mit Blick auf den zu entscheidenden Fall auseinanderzuhalten. Die verschiedenen Wertungsakte zu trennen, ist für den entscheidenden Rechtsanwender ein Gebot der „Methodenehrlichkeit“[530]. Der Rückgriff auf Präjudizien soll eine eigenständige Begründung ersetzen.[531] Hat das Präjudiziengericht keine den Anlassfall erfassende Regel aufstellen wollen, wird die Begründung durch den Verweis auf eine vermeintlich schon gebildete Regel ersetzt, die mit Blick auf den Anlassfall keiner der Rechtsanwender verantworten wollte.[532] Der entscheidende Rechtsanwender muss Ermittlung und Fortbildung überdies unterscheiden, da im Einzelfall ein „Regelfortbildungsverbot“ bestehen kann.[533]

Den prognostizierenden Rechtsanwender trifft zwar keine Begründungspflicht. Gleichwohl hängt die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten zukünftigen Entscheidung davon ab, was bisher entschieden wurde und was nicht. Auch bei der Prognose sind daher Ermittlung und Fortbildung der Entscheidungsregel zu trennen.

Folglich ist zu unterscheiden, welche Erwägungen die Ermittlung der Entscheidungsregel und welche deren Fortbildung betreffen. Dabei hilft es, zunächst die Ursachen möglicher Interpretationszweifel zu strukturieren.[534] Zwar lassen sich allgemeine Probleme im Umgang mit rechtlichen Regeln ausmachen. Doch nicht alle allgemeinen Probleme der Regelinterpretation betreffen auch die Interpretation von Entscheidungsregeln.

Unklarheit über eine Regel kann entstehen, wenn zweifelhaft ist, ob der Regelsetzer die regelungsbedürftige Situation richtig erfasst oder vertretbar kategorisiert hat.[535] Unklar kann weiter sein, ob der Regelsetzer eine Regel eines bestimmten Inhalts überhaupt aufstellen wollte.[536] Zweifel ergeben

530 Dazu im Kontext der Gesetzesanwendung *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 20 Rn. 653, § 22 Rn. 724; *Fischer*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 365, 394; vgl. im Hinblick auf Präjudizien *Fikentscher*, ZfRV 1980, 161; ausführlich zu den Vorteilen einer Trennung zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsetzung *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 180 ff.

531 Statt vieler *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 76.

532 Zur „Selbstkontrollfunktion“ der Begründung *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 40 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 74; zu „geliehener Autorität“ vgl. bei → Fn. 1148.

533 Ausführlich dazu bei → Fn. 1242.

534 Die folgenden Ausführungen knüpfen an die Vorarbeiten von *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 178 ff. an.

535 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 178 Nr. 1-3.

536 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 178 f. Nr. 8 (a) - (e).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich auch hinsichtlich der Stellung der Regel im Gesamtsystem.[537] Dabei geht es nicht nur um das Gesamtsystem der Rechtsprechungsregeln. Auch die Vereinbarkeit der Entscheidungsregel mit den geschriebenen Normen des Mehrebenensystems kann infrage stehen.[538] Eine einmal aufgestellte Regel kann durch die nachfolgende Entwicklung beeinflusst werden. Besonders wichtig erscheinen eine Wandlung des tatsächlichen Hintergrunds, die tatsächliche spätere Handhabung der Regel durch das regelsetzende Gericht und deren Verhältnis zu später aufgestellten Regeln.[539] Schließlich kann ein neu zu entscheidender Fall Zweifel aufwerfen. Ein solcher kann an der Grenze des bisherigen Anwendungsbereichs der Regel liegen. Insbesondere kann er zwar auf den ersten Blick der Regel unterfallen, dabei aber beim Anwender Zweifel daran erwecken, ob dieser Gleichlauf wertungsgerecht ist.[540]

Alle Interpretationszweifel, die sich darauf beziehen, welche Entscheidungsregel sich aus dem Präjudizienfall ergibt, sind bei der Ermittlung der Entscheidungsregel zu berücksichtigen. Zweifel bei der Anwendung einer gemeinten Regel auf einen neuen Fall sind dagegen bei der Fortbildung der Entscheidungsregel zu behandeln.[541] Manche Kriterien lassen sich danach klar der Ermittlung der Entscheidungsregel zuordnen. Dazu zählt, ob der Regelsetzer eine bestimmte Regel überhaupt aufstellen wollte sowie – jedenfalls im Ansatz – ob er die regelungsbedürftige Situation richtig erfasst hat. Andere Kriterien betreffen erkennbar nur die Fortbildung der Entscheidungsregel. Dazu zählen die sich dem Präjudiz anschließende Entwicklung und Zweifel, die sich aus der Anwendung der Regel in Folgefällen ergeben. Schließlich gibt es Kriterien, die auf mehreren Stufen des Modells Bedeutung erlangen. Das sind vor allem diejenigen, die sich auf das Verhältnis einer Entscheidungsregel zum Gesamtsystem aller anderen Regeln beziehen. Zunächst betrifft die Vereinbarkeit von Entscheidungsregeln mit Gesetzesnormen bereits die Vertretbarkeit der Entscheidung, da Entscheidungsregeln, wie bereits gezeigt, nicht dem geschriebenen Recht zuwiderlaufen dürfen. Zudem kann das Gesamtsystem der Regeln eine Rolle spielen, um zu ermitteln, welche Entscheidungsregel das Präjudizien-

537 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 179 Nr. 9 (a) - (f) und Nr. 10.

538 Zur „normkonformen Auslegung" vgl. bei → Fn. 1055.

539 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 180 f. Nr. 17, Nr. 21, Nr. 25.

540 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 182 Nr. 32 - Nr. 36.

541 Vgl. bei → Fn. 1103.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gericht aufstellen wollte. Schließlich ist das Gesamtsystem zu berücksichtigen, wenn die Fortbildung einer ermittelten Entscheidungsregel in Betracht kommt.

c) Präjudizieninterpretation in der Rechtsanwendung

Das Stufenmodell der Präjudizieninterpretation lässt sich zusammenhängend in ein Gesamtmodell der Rechtsanwendung integrieren. So sind beispielsweise im Rechtsanwendungsmodell von *Wank*[542] nach der Klärung der Fallfrage die einschlägigen Normen zu suchen.[543] Im Anschluss sind Gültigkeit und der Geltungsbereich der Norm sowie Konkurrenzfragen zu prüfen.[544] Steht danach die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechtssatzes fest, ist zwischen interpretierten und noch nicht interpretierten Rechtssätzen zu unterscheiden.[545] An dieser Stelle lässt sich diskutieren, ob auf den Anlassfall anstatt einer originären Auslegung oder Rechtsfortbildung eine Entscheidungsregel anzuwenden ist. Dabei kann im Anschluss an die Ermittlung auch die Fortbildung der Entscheidungsregel geprüft werden. Ganz im Sinne von *Wanks* Unterscheidung zwischen „Istzustand und Sollzustand" ist dabei die Perspektive des prognostizierenden Rechtsanwenders von der des entscheidenden Rechtsanwenders zu trennen. Kann nicht auf eine – ggf. fortgebildete – Entscheidungsregel zurückgegriffen werden, verläuft die Rechtsanwendung anschließend in den gewohnten Bahnen von Auslegung und Rechtsfortbildung.[546]

2. Die Vertretbarkeit des Präjudizes

Als erstes ist zu fragen, ob das Präjudiz *im Ergebnis* vertretbar ist. Allgemein gesprochen, ist jede Entscheidung vertretbar, die sich nach den methodischen Vorgaben für die Rechtsanwendung begründen lässt.[547] Diese Definition bezieht sich auf einen Beobachter, der der untersuchten Inter-

542 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3. Das Modell wird hier in seinen wesentlichen Zügen, nicht aber in allen Details wiedergegeben.
543 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3 Rn. 4 ff.
544 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3 Rn. 10 ff.
545 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3 Rn. 58 ff.
546 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 3 Rn. 64 ff.
547 Vgl. *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 7, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pretation seine eigenständige Perspektive entgegensetzen kann. Zwar darf die Entscheidung noch nicht verworfen werden, bloß weil eine andere Rechtsanwendung überzeugender erscheint. Davon abgesehen führt aber jeder ergebnisrelevante[548] Verstoß gegen methodische Vorgaben zur Unvertretbarkeit des Präjudizes. Dieser methodische Maßstab entspricht dem Leitbild des *entscheidenden Rechtsanwenders*. Für den *prognostizierenden Rechtsanwender* sind dagegen gewisse Einschränkungen erforderlich. Diese beiden Maßstäbe werden im Folgenden jeweils getrennt behandelt.

Geht es nur um die Prognose der Rechtslage, beschränkt sich der Prüfungsmaßstab der Vertretbarkeit auf deren „gelebte" Grenzen. Der zurückgenommene Kontrollmaßstab trägt dem praktischen Umgang mit den Entscheidungsregeln der deutschen Höchstgerichte, des EuGH und des EGMR Rechnung. Selbst eine Entscheidung, die diese Grenzen überschreitet, kann für eine praktische Prognose nicht generell außer Acht gelassen werden. Bis zu einer entsprechenden Feststellung des BVerfG vergeht Zeit. Bis dahin entspricht die gelebte Rechtslage tendenziell weiter der verfassungswidrigen Rechtsprechung. Außerdem gibt es Fälle von contra-legem-Rechtsprechung, die aufgrund prozessualer Hindernisse nicht vor dem BVerfG angegriffen werden können.[549] Allerdings kann in diesen Fällen auch nicht mehr angenommen werden, anknüpfende Gerichte würden diesen Entscheidungsregeln mit großer Wahrscheinlichkeit folgen. Eine Prognose bleibt in beide Richtungen unsicher.

Für den entscheidenden Rechtsanwender ist ein beschränkter Maßstab normativ nicht begründbar. Die entscheidenden Rechtsanwender unterliegen grundsätzlich keiner Präjudizienbindung und sind verpflichtet, nach den methodischen Vorgaben der jeweils angewendeten Rechtsordnung zu entscheiden.

In der weit überwiegenden Zahl der Fälle dürfte die Entscheidung nach beiden Maßstäben im Ergebnis vertretbar sein. Dann ergibt sich aus diesem Prüfungsschritt bereits eine mögliche Entscheidungsregel, mit der sich die Entscheidung begründen lässt. Diese Regel kann sich stark auf die Einzelfallumstände beziehen. Zwar kommt es für das Ergebnis der Präjudizieninterpretation letztlich auf die Vertretbarkeit der vom Präjudiziengericht gemeinten Entscheidungsregel an. Gleichwohl ist denkbar, dass sich die Entscheidung mit einer stärker auf den Einzelfall bezogenen

548 Vgl. bei → Fn. 510.

549 Zu solchen Beispielen *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 7; *Höpfner/Strässer*, ZTR 2023, 376, 384 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidungsregel vertretbar begründen lässt, eine abstraktere Fassung der zugrundeliegenden Regel dagegen nicht vertretbar wäre. Dann kann die vorherige Prüfung der Vertretbarkeit der Entscheidung helfen, unter mehreren möglichen Entscheidungsregeln auszuwählen.[550]

Ist die Entscheidung im Ergebnis nicht vertretbar, ist die Präjudizieninterpretation gleichwohl noch nicht am Ende. Zum einen kann die Entscheidung zwar vertretbare Entscheidungsregeln aufstellen, aufgrund von reinen Subsumtionsfehlern im Ergebnis aber trotzdem nicht vertretbar sein.[551] Darüber hinaus kann die Entscheidung in der Begründung sowohl vertretbare als auch unvertretbare Entscheidungsregeln aufstellen. In den – seltenen – Fällen, in denen die Entscheidung sich als nicht vertretbar erweist, ist das sogar der Normalfall.

Beispiel: In einer neueren Entscheidung zu tarifvertraglichen Nachtarbeitszuschlägen hat der 10. Senat des BAG eine Tarifklausel mit unterschiedlich hohen Zuschlägen für Nachtschichtarbeitnehmer und Arbeitnehmer, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit leisten, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG für unwirksam erklärt.[552] In der Folge habe für vergangene Zeiträume für die benachteiligten Arbeitnehmer eine „Anpassung nach oben" zu erfolgen.[553] Die Entscheidung stützt sich auf mehrere Entscheidungsregeln, die im Ergebnis nicht vertretbar sein dürften.[554] Damit wäre auch die Entscheidung selbst nicht vertretbar. Gleichwohl enthält sie auch Entscheidungsregeln, die zweifellos vertretbar sind. So bestehen beispielsweise keine Bedenken gegen die Entscheidungsregel, dass die Tarifvertragsparteien nicht an die Regelwerte der Rechtsprechung für gesetzliche Nachtarbeitszuschläge (vgl. § 6 Abs. 5 ArbZG) gebunden sind.[555]

---

550 Vgl. bei → Fn. 1055.

551 Das ließe sich über die Entscheidung BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 sagen. Das BVerfG stellt in dieser Entscheidung vertretbare Entscheidungsregeln auf, gegen die es bei der Subsumtion im Anschluss jedoch verstößt, dazu *Höpfner*, RdA 2018, 321, 331 f.

552 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 553/20, AP ArbZG § 6 Nr. 35 Leitsatz 1.

553 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 553/20, AP ArbZG § 6 Nr. 35 Rn. 62.

554 Eine nähere Auseinandersetzung würde hier den Rahmen sprengen. Stellvertretend zu den dogmatischen Schwächen dieser Rechtsprechungslinie *Höpfner*, in: FS Henssler, 2023, S. 251, 256; *Jacobs/Malorny*, in: FS Henssler, 2023, S. 279 ff.; *Herbert/Braun*, NZA-RR 2020, 617, 618 ff.; *Jacobs*, RdA 2023, 9, 18.

555 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 553/20, AP ArbZG § 6 Nr. 35 Rn. 26; a.A. *J. Ulber*, AuR 2020, 157, 162 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Solche Entscheidungsregeln können von anknüpfenden Rechtsanwendern auch weiterhin herangezogen werden. Selbst wenn das Präjudiz zwischenzeitlich vom BVerfG wegen eines Verstoßes gegen das Verfassungsrecht aufgehoben wird, [556] ändert sich daran nichts. Denn eine anknüpfende Entscheidung könnte sich auf die Entscheidungsregel stützen, ohne dass ein erneuter Verstoß gegen Verfassungsrecht drohen würde. Die Prüfung endet daher in beiden Fällen nicht mit der Feststellung der Vertretbarkeit oder der Unvertretbarkeit des Präjudizes.

Die methodischen Regeln für die Anwendung der einzelnen Rechtsordnung sind Gegenstand der Methodenlehre. Jede Methodenlehre muss sich auf eine bestimmte Rechtsordnung beziehen.[557] Im Folgenden werden die Methoden der Anwendung des deutschen Rechts, des Unionsrechts und des Völkerrechts skizziert. Daraus werden die Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung für die jeweilige Rechtsordnung abgeleitet. Im Grundsatz folgt damit die Rechtsanwendung im Unionsrecht und im Völkerrecht einer jeweils autonomen Methode.[558] Für Details wird auf die Spezialliteratur verwiesen. Im Anschluss werden einzelne methodische Argumentationsmuster beleuchtet, die besonders anfällig sind für argumentative Beliebigkeit.[559]

Nicht gesondert untersucht wird die Vertretbarkeit von Entscheidungen des BVerfG. Prinzipiell müssen diese Entscheidungen die Wertungen des Grundgesetzes wahren. Sie könnten daher theoretisch darauf kontrolliert werden, ob sie die Verfassung vertretbar interpretieren. Da für das BVerfG jedoch eine gerichtliche[560] Kontrollinstanz fehlt, die die Vertretbarkeitskontrolle durchführen könnte, ist die originäre Verfassungsinterpretation für die prognostizierende Rechtsanwendung ohne Bedeutung. Für den entscheidenden Rechtsanwender kommt grundsätzlich eine normkonforme Auslegung und eine Fortbildung der Entscheidungsregel in Betracht.[561] Grundsätzlich wird hier davon ausgegangen, dass die Interpretation von Verfassungsnormen keine andere Methode erfordert als die Auslegung und

556 Vgl. dazu bei → Fn. 618.

557 *Merkl*, in: D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann, Gesammelte Schriften, 1993, I/1, S. 63, 76; zustimmend *Schenke*, in: Dreier, Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, S. 51, 73.

558 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 77.

559 Näher zu einzelnen „Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen" *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 546 ff.

560 Zur Interpretation aus der Sicht des einfachen Gesetzgebers vgl. bei → Fn. 1315.

561 Vgl. bei → Fn. 1315 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fortbildung des einfachen Gesetzesrechts. Für Details wird insofern auf die Spezialliteratur verwiesen.[562]

Die Ableitung methodischer Vorgaben aus dem positiven Recht führt zum Grundproblem der „methodischen Aporie"[563]. Wie können sich methodische Vorgaben aus dem positiven Recht ergeben, wenn erst aus den methodischen Vorgaben folgt, wie man das positive Recht zu verstehen hat? Diese Zirkularität tritt im deutschen, supranationalen und internationalen Recht auf. Sie lässt sich nicht durchbrechen, ist jedoch hinzunehmen, sofern keine Widersprüche auftreten.[564] In diesem Sinne setzen die folgenden Methodenvorschläge die positivrechtlichen Wertungen der jeweiligen Rechtsordnung um. Zuerst werden die Präjudizien deutscher Revisionsgerichte untersucht (a), anschließend die Präjudizien des EuGH (b) und schließlich die Präjudizien des EGMR (c).

a) Präjudizien deutscher Revisionsgerichte

aa) Präskriptive Methode des deutschen Rechts

Das deutsche Recht gibt keine expliziten Methodenregeln vor. Vorgaben für die Rechtsanwendung lassen sich jedoch aus den Grundwertentscheidungen der Verfassung ableiten. Aufschluss hierüber geben das Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 1, 2 GG, das Gewaltenteilungsprinzip gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG und die Gesetzesbindung des Richters gem. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG.[565] Sofern von einem Kernbestand „anerkannter Methoden" der Rechtsanwendung

562 Zur Verfassungsinterpretation Burkiczak/Dollinger/Schorkopf/*Burkiczak*, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn 70 ff.; *Bryde*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107, 108 ff.; *Hillgruber*, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 15 Rn. 1 ff.; *Häberle*, JZ 1975, 297 ff.

563 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 710; *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 202; vgl. auch *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 115 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 3: „‚Münchhausen-Dilemma'".

564 *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 202.

565 Näher dazu *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 65 ff.; *M. Schröder*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, S. 36 ff.; *Höpfner*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 303, 304 f., deutlich auch *Annuß*, in: FS Bauer, 2010, S. 19, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Rede ist,[566] sind regelmäßig die Canones der Gesetzesinterpretation gemeint.[567] Genannt werden üblicherweise der Wortlaut, die Historie, der systematische Zusammenhang und das Telos der Norm.[568] Darüber hinaus ist weitgehend akzeptiert, dass die Rechtsanwendung nicht bei der Auslegung stehen bleiben muss. Eine Fortbildung des Rechts ist im Grundsatz zulässig; über die Voraussetzungen im Einzelnen besteht keine Einigkeit.[569] Als Minimum ist zu fordern, dass der Rechtsanwender eine erkennbare gesetzgeberische Wertung respektiert[570] und sie nicht durch eine eigene ersetzt.[571] Diese Grenze muss auch für die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln gelten – unabhängig von der näheren methodischen Einordnung dieses Vorgangs.[572]

Nur wo die Rechtsanwendung diese verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Auslegungs- und Rechtsfortbildungskompetenz überschreitet,

566 Zweifelnd *Höpfner*, RdA 2018, 321, 329 f. mwN aus der Rechtsprechung des BVerfG.

567 Paradigmatisch *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 212 ff.; zum heutigen Verständnis statt vieler *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 18 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 731 ff.

568 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 18 ff.; gegen eine eigenständige Bedeutung des Normzwecks als Kriterium der Normauslegung *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 725; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 144 ff.; differenzierend *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 269, 357 ff.

569 Überblicksweise zu den unterschiedlichen Ansätzen *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 92 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 822 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 1 ff.

570 Sondervotum zu BVerfG 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (285).

571 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 73; vgl. auch BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 (209); BVerfG 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 66; BVerfG 9.2.1988 – 1 BvL 23/86, BVerfGE 78, 20 (24) mwN.

572 Näher dazu *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 144 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 582 ff.; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 7 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 835 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 13 Rn. 3; *Annuß*, in: FS Bauer, 2010, S. 19, 24; näher *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 678 ff.; *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 525 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist sie nicht mehr vertretbar.[573] „Methodenfragen sind Verfassungsfragen"[574] – aber nicht bei jeder Methodenfrage droht ein Verfassungsverstoß.[575] Dogmatisch relevant sind Methodenregeln nur, wenn sie sich aus dem Gesetz oder der Verfassung ergeben.[576] Das soll im Folgenden anhand der Diskussion um die Wortlautgrenze der Gesetzesauslegung verdeutlicht werden. Der Wortlaut ist keine Grenze der Auslegung.[577] Abgesehen von sprachphilosophischen Bedenken[578] ist der Gedanke ungeeignet, um zu erklären, warum eine Rechtsanwendung die Anforderungen richterlicher Rechtsfortbildung erfüllen muss.[579] Nimmt ein Gericht an, dass eine bestimmte Auslegung den „möglichen Wortlaut" einer Norm überschreitet, kann die Rechtsanwendung nicht dabei stehenbleiben. Auch nach der „Theorie der Wortlautgrenze"[580] ist anschließend eine Rechtsfortbildung zu prüfen. Häufig ist eine entsprechende Rechtsfortbildung im Ergebnis unproblematisch, weil sie dem gesetzgeberischen Konzept nicht widerspricht.[581] Dann nimmt

573 Für die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 34, 51 f.

574 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 706; *Rüthers*, Rechtstheorie 40 (2009), 253, 272, 282; *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 202.

575 Zu bloßen „Konstruktionskontroversen" *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 188 ff.; Beispiel bei *P. Hanau*, BlStSozArbR 1985, 17, 18; zu dieser Unterscheidung *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 38 f.; einschränkend nun *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. IX: „auch Verfassungsfragen".

576 *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 202: „Im Rahmen dieser Kompetenzlehre sind Methodenfragen Verfassungsfragen."; ähnlich *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 49; vgl. auch *Riesenhuber*, GPR 2016, 158, 160.

577 Die Sonderfrage nach der Wortlautgrenze im Strafrecht wird hier ausgeklammert, dazu *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 18 Rn. 220 ff.; *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387, 422 ff.; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2005, 21, 23 f.

578 Grundlegend die „Gebrauchstheorie der Bedeutung" nach *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2. Aufl. 1980, S. 26, 38 ff.; zur Rezeption in der juristischen Methodenlehre *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 38 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 77 mwN.

579 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 61 ff., § 15 Rn. 15 ff.; *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 49.

580 Monographisch *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, passim.

581 Daraus folgt, dass große Teile der Rechtsanwendung dann bereits zulässige Rechtsfortbildung sind, während die Auslegung seltener der letzte Schritt der Rechtsanwendung ist. Im Unterschied zur hier vertretenen Auffassung werden damit die

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Rechtsanwendung zwar einen „Umweg", der nach hier vertretener Auffassung nicht nötig ist. Trotzdem entspricht die Regelbildung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Legislative und Judikative und ist daher im Ergebnis vertretbar.[582] Als Kontrollüberlegung dient, ob die Rechtsanwendung in „denkendem Gehorsam" gegenüber dem Gesetzgeber erfolgt.[583]

Im Folgenden werden zwei methodische Figuren kritisch betrachtet. Beide haben das Potenzial, in der Rechtsanwendung beliebige Ergebnisse zu ermöglichen und damit die „Steuerungsfunktion" des Rechts aufzuheben.[584] Der erste Ansatz geht davon aus, dass ein „Gesetzgeber" generell nicht existiere. Gegen das Konzept des „denkenden Gehorsams" wird vorgebracht, der „Gesetzgeber" bestehe aus Einzelpersonen, die kaum einen jeweils identischen Willen gehabt haben könnten.[585] Diese Kritik hat eine Präzisierung angeregt: Der „Wille des Gesetzgebers" ist nicht als empirische Aussage über einen psychologischen Willen zu verstehen.[586] Gemeint ist ein „normativer Wille", der sich aus den Gesetzesmaterialien[587] ergibt.[588] Der „Gesetzgeber" ist also kein Mensch, sondern ein „gedankliches Konstrukt"[589]. Das ändert gleichwohl nichts daran, dass der Wille, der diesem

Grenzen zulässiger Auslegung zugunsten der Rechtsfortbildung verschoben, vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 38 f.

582 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 736; *Höpfner*, RdA 2018, 321, 325; vgl. auch *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 79; *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 6.

583 Dazu *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 19 f. und passim; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 167; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 251 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 719; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 189.

584 Vgl. bereits *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 61; zu diesem Zusammenhang *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 303 ff.; *Kramer/Arnet*, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, S. 144; siehe auch *Rieble*, in: Rieble/Junker, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 2007, S. 54, Rn. 59.

585 Statt vieler *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 68.

586 Sehr klar *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 50, 53, 62, 64, 77.

587 Zu den einzelnen Materialien *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 25 ff.; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 377 ff.

588 *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 131 f.

589 *Fleischer*, in: ders., Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 1, 8; sinngleich *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 47; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 790; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 10 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konstrukt zugerechnet werden kann, demokratisch besser legitimiert ist als der des Rechtsanwenders. Ziel der Auslegung muss es daher im ersten Schritt sein, diesen „Willen des Gesetzgebers" zu ermitteln.[590] Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob eine offengelegte Fortbildung der Norm in Betracht kommt.[591] Die Gegenauffassung sieht einen eigenen „Willen des Gesetzes" als Ziel der Auslegung an.[592] Diese rein „objektive" Auslegungsmethode[593] ist abzulehnen, da sie verdeckte richterliche Ersatzgesetzgebungen ermöglicht.[594] Soweit ersichtlich, wird sie heute auch nicht mehr vertreten.

Der zweite Ansatz hängt damit zusammen. Anknüpfend an die generelle Skepsis gegenüber dem gesetzgeberischen Willen wird die Leistungsfähigkeit des Normzwecks überschätzt. Zunächst ist klarzustellen, dass mit einer bestimmten Gesetzesnorm häufig nicht nur einer, sondern mehrere Normzwecke verfolgt werden. Dabei wird zwischen allgemeinen und konkreten Normzwecken unterschieden.[595] Häufig stehen mehrere Zwecke in einem Spannungsverhältnis; so lässt sich selbst der Grundkonflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit als Kollision allgemeiner Normzwecke verstehen.[596] Für eine Rechtsanwendung in denkendem Gehorsam genügt es nicht, das Hauptziel ausfindig zu machen, das der Gesetzgeber verfolgte. Ziel der Auslegung ist nicht der Normzweck[597], sondern der Norminhalt.[598] Der Norminhalt ist eine gesetzgeberische Zweck-Mittel-Relation, die auch die konkreten und abstrakten Zwecke im Verhältnis

590 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 730c.

591 Näher zu „Stufenmodellen der Rechtsanwendung" *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 22 Rn. 730b ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 141 ff.

592 Näher dazu *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 80 f. mwN; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 38 ff.; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 71.

593 Dazu *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 70 ff.

594 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 183 f.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 72; *Rüthers*, JZ 2006, 53, 54.

595 Allgemein *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 47 ff., 71 ff.

596 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 95; näher dazu *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 46 ff.

597 So aber *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 726.

598 *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 204; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 73; *Höpfner*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 303, 310.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zueinander wertet.[599] Diese gesetzgeberische Wertung programmiert die richterliche Rechtsanwendung.[600]

Beispiel: Will der Gesetzgeber die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverhältnissen zulassen, stellt sich zugleich die rechtspolitische Frage nach ihren Grenzen. Unter anderem ist zu regeln, inwiefern eine frühere Beschäftigung beim selben Arbeitgeber eine sachgrundlose Befristung ausschließt. Neben arbeitsmarktpolitischen Überlegungen geht es um die gesetzgeberische Bewertung, wann wiederholte sachgrundlose Befristungen den Kündigungsschutz auszuhöhlen drohen.[601] Mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG hatte sich der Gesetzgeber für ein absolutes Vorbeschäftigungsverbot entschieden; jedes frühere Arbeitsverhältnis sollte die sachgrundlose Befristung ausschließen. Die gesetzgeberische Zweck-Mittel-Relation enthielt zwei Komponenten: einerseits den Zweck, Kettenbefristungen als Umgehung des Kündigungsschutzes umfassend zu verhindern,[602] andererseits die bewusste Entscheidung für eine schematische, zugleich aber besonders rechtssichere Lösung.[603] Unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung[604] legte sich der 7. Senat des BAG am 6.4.2011 dahingehend fest, „bereits zuvor" in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sei im Sinn einer dreijährigen Karenzfrist zu verstehen.[605] In der Folge verwarf das BVerfG diese Rechtsprechung als unzulässige Rechtsfortbildung.[606] Stattdessen sei die Norm verfassungskonform dahin „auszulegen", dass bestimmte Fallgruppen vom Anwendungsbereich ausgenommen seien. Weder die frühere Rechtsprechung des BAG[607] noch die „Vorbeschäftigungsentscheidung" des BVerfG[608] tragen der gesetzgeberischen Zweck-

599 *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 204; ähnlich *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 365 ff.

600 Beispiele für eine unvollständige Ermittlung des Norminhalts bei *Greiner*, NZA-Beil. 2011, 117, 117 f.

601 Vgl. dazu BT-Drs. 14/4374, S. 13.

602 BT-Drs. 14/4374, S. 19.

603 Dazu knüpft die Gesetzbegründung an die „Neueinstellung" an und definiert diese als „erstmalige Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber", um Missverständnisse auszuschließen, BT-Drs. 14/4374, S. 14; *Höpfner*, NZA 2011, 893, 897.

604 Stellvertretend BAG 29.7.2009 – 7 AZN 368/09, ZTR 2009, 544 unter I.1.; 6.11.2003 – 2 AZR 690/02, AP TzBfG § 14 Nr. 7 unter B.I.3.

605 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AP TzBfG § 14 Nr. 82 Rn. 13.

606 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 34.

607 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AP TzBfG § 14 Nr. 82 Rn. 13.

608 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mittel-Relation Rechnung. Die dreijährige Karenzfrist des BAG[609] erkennt die gesetzgeberische Entscheidung für eine typisierende und damit handhabbare Lösung an, setzt sich aber über die Einschätzung des Gesetzgebers hinweg, der ein unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot – wohl rechtspolitisch überschießend – für erforderlich hielt.[610] Die BVerfG-Entscheidung akzeptiert im Grundsatz die gesetzgeberische Entscheidung für eine weitgehende Verhinderung von Kettenbefristungen, stellt aber drei Ausnahmefallgruppen auf, die jeweils ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.[611] Damit durchkreuzt sie die Entscheidung für eine schematische, aber rechtssichere Regelung. Beide Lösungen nehmen für sich in Anspruch, das Gesetz „auszulegen". Jedoch missachten beide die gesetzgeberische Entscheidung und überschreiten damit die Grenzen der Auslegung.[612]

Methodisch unzulässig ist es zudem, einen Normzweck ohne nähere Herleitung zu unterstellen.[613] Das geschieht auch mittelbar durch Verweis auf eine frühere Rechtsprechung, die den Zweck ihrerseits nicht herleitet.[614] Eine methodengerechte teleologische Argumentation ist anspruchsvoll.[615]

---

609 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AP TzBfG § 14 Nr. 82 Rn. 13.

610 *Höpfner*, NZA 2011, 893, 896 f. Dass der Gesetzgeber sich mit einer „Karenzfrist" als Regelungsalternative auseinandergesetzt hat, zeigen die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 14/4625, S. 18.

611 Damit knüpft das BVerfG – anders als der Gesetzgeber – jedoch nicht an „harte", operationale Kriterien an, *Linsenmaier*, RdA 2020, 220, 225.

612 *Höpfner*, RdA 2018, 321, 332; siehe auch *Linsenmaier*, RdA 2020, 220, 223 f.

613 *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 38; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 364; *Rückert/Seinecke*, in: dies., Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl. 2017, S 39, 47; vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 722 ff.

614 Zu einer näheren Analyse mehrerer solcher Beispiele *Reichelt*, Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 2011, S. 120 ff.

615 Näher dazu aus sehr unterschiedlichen Perspektiven *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, S. 295 ff.; *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 43 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 38 ff.; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 152 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 357 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 14 ff.; *Preuß*, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche n. F. 24 (1900), 359, 369: „Das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf."

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidend ist, dass der Zweck zunächst hergeleitet wird.[616] Begrifflich kann man auf die teleologische Auslegung verzichten. Richtig angewendet, geht sie in den anderen Auslegungscanones auf.[617]

Werden diese beiden Ansätze vermieden, ist das Risiko im Ergebnis nicht vertretbarer Präjudizien stark verringert.

bb) „Gelebte" Grenzen der Orientierungswirkung von Entscheidungen deutscher Revisionsgerichte

Aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders kommt es nicht darauf an, welche Grenzen der Rechtsanwendung sich „richtigerweise" aus dem Grundgesetz ergeben. Die präskriptiven Vorgaben sind nur von Bedeutung, wenn sie sich auch in der deskriptiven Rechtslage niederschlagen. Entscheidend dafür sind die Maßstäbe des BVerfG zur Vertretbarkeit richterlicher Entscheidungen.[618]

Neben der Verletzung der Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative kommt eine Verletzung der Zuständigkeiten innerhalb der Judikative in Betracht.[619] Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.[620] Die Vorschrift will die Rechtsprechung nicht nur vor äußeren Eingriffen, sondern vor jeder sachfremden Beeinflussung, gleichgültig von welcher Seite, schützen.[621] Auch diese Grenze gilt jedoch in ihrer Interpretation durch das BVerfG. Die fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften führt nur zu einer Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts"[622], nämlich von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, wenn das Gericht über die Zuständigkeitsfrage

616 Instruktiv *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 364.
617 So auch *Höpfner*, JbJZivilrWiss 2009, 73, 83.
618 Dazu *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 325 ff.
619 Näher dazu *von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 36 ff.
620 *Gärditz*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 13 Rn. 105 f.; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 5 ff.; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 101 Rn. 14 ff.; Huber/Voßkuhle/*Classen,* Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 6 ff.
621 BVerfG 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, BVerfGE 95, 322 (327); BVerfG (K) 16.1.2017 – 2 BvR 2011/16, 2 BvR 2034/16, NJW 2017, 1233 Rn. 21; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 5.
622 Zur insofern beschränkten Prüfungskompetenz des BVerfG Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

willkürlich entschieden hat. Es gilt ein objektivierter Willkürmaßstab[623]: Die Entscheidung muss auf sachfremden Erwägungen beruhen oder sich so weit vom verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernen, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist. Das ist auch der Fall, wenn sie bei verständiger Würdigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist.[624]

Ein wichtiger Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist der richterliche Verstoß gegen eine Vorlagepflicht. Für Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sollen – stellvertretend für die Revisionsgerichte – drei Fälle beleuchtet werden: Der Verstoß gegen eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV, an das BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG oder an den Großen Senat gem. § 45 Abs. 2 ArbGG.[625]

Gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV muss ein letztinstanzliches Gericht grundsätzlich den EuGH anrufen, wenn sich eine entscheidungserhebliche Frage über die Auslegung des Unionsrechts stellt. Die Vorlage kann unterbleiben, wenn die zutreffende Anwendung des Unionsrechts von vornherein eindeutig ist (*acte clair*)[626] oder eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH besteht, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt (*acte éclairé*).[627] Zwischen dem 1. und dem 2. Senat des BVerfG bestehen im Detail Unterschiede beim Bezugspunkt der „Willkür", wenn eine Vorlage an den EuGH unterbleibt.[628]

---

623 BVerfG 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, BVerfGE 138, 64 Rn. 71 mwN; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 17; weiterführend zum Prüfungsmaßstab Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 75 ff.; *von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 40 f.

624 BVerfG (K) 7.1.2004 – 2 BvR 1704/01, NJW 2004, 1790; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 17; kritisch EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 62.

625 Zu den weiteren Fallgruppen Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 18; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 101 Rn. 60; zu den Geschäftsverteilungsplänen Huber/Voßkuhle/*Classen,* Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 48 ff.

626 Grundlegend EuGH 6.10.1982 – 283/81, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 11 (C.I.L.F.I.T); EuGH 6.10.2021 – C-561/19, AP AEUV § 267 Nr. 1 Rn. 33 (Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi); BVerfG 28.1.2014 – 2 BvR 1561/12 u.a., BVerfGE 135, 155 Rn. 184; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 19a mwN.

627 EuGH 6.10.2021 – C-561/19, AP AEUV § 267 Nr. 1 Rn. 36 mwN (Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi); BVerfG 28.1.2014 – 2 BvR 1561/12 u.a., BVerfGE 135, 155 Rn. 184; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 19a mwN der Rechtsprechung.

628 Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 80 ff.; *von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 42 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der 2. Senat unterscheidet drei Fallgruppen: Unvertretbar gehandhabt werde Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn erstens das Gericht seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkennt, insbesondere eine Vorlage der entscheidungserheblichen Frage trotz eigener Zweifel nicht erwägt oder deren Entscheidungserheblichkeit verkennt, zweitens das Gericht bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abweicht, ohne (erneut) vorzulegen oder drittens das Gericht willkürlich einen *acte clair* oder *acte éclairé* bejaht, obwohl der EuGH die Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat oder eine Fortentwicklung seiner Rechtsprechung nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint.[629] Dagegen prüft der 1. Senat, ob das jeweilige Fachgericht seine Vorlagepflicht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH vertretbar verneint hat.[630] Im Ergebnis dürften die Unterschiede begrenzt sein, zumal beide Senate explizit an die Rechtsprechung des jeweils anderen Senats anknüpfen.[631] Im Arbeitsrecht ist die Festellung eines solchen Verstoßes keine bloße Theorie: Beide Senate des BVerfG haben bereits einmal eine Entscheidung des BAG wegen Unterlassens einer EuGH-Vorlage beanstandet.[632]

Für Verstöße gegen Art. 100 Abs. 1 GG legt das BVerfG einen im Einzelnen anderen Maßstab zugrunde. Eine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters kommt in Betracht, wenn das Fachgericht Bedeutung und Tragweite der Gewährleistung aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend verkannt hat oder wenn maßgebliche Verfahrensnormen in objektiv willkürlicher Weise fehlerhaft angewandt wurden. Zudem kommt ein Verstoß in Betracht, wenn das Gericht eine Vorlage unterlässt, weil es in nicht vertretbarer Weise eine verfassungskonforme Auslegung des betreffenden Gesetzes

629 BVerfG 28.1.2014 – 2 BvR 1561/12 u.a., BVerfGE 135, 155 Rn. 181 ff.; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 19b.

630 BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157 (188); Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 82.

631 Vgl. BVerfG 28.1.2014 – 2 BvR 1561/12 u.a., BVerfGE 135, 155 Rn. 181 ff.; BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157 (187 f.); Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 37; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 101 Rn. 62; *Britz*, NJW 2012, 1313, 1314 f.; abweichend Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 80 ff.

632 BVerfG (K) 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, AP GG Art. 101 Nr. 65 Rn. 21 ff.; dazu *Bäcker*, NJW 2011, 270, 271; *Calliess*, NJW 2013, 1905, 1909; BVerfG 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, AP GG Art. 101 Nr. 66 Rn. 32 ff.; dazu *Roloff*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 65; *Hellmut Wißmann*, in: FS Kohte, 2016, S. 993, 1002 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

annimmt.[633] Das BVerfG betont, dass aufgrund des Verfassungsrangs der Vorlagepflicht wenig Spielraum für unbeachtliche Verstöße besteht.[634] Regelmäßig dürfte bei Verstößen gegen die Vorlagepflicht gem. Art. 100 Abs. 1 GG jedoch zugleich die allgemeine Grenze vertretbarer Rechtsanwendung überschritten sein.

Verstöße gegen Vorlagepflichten an den Großen Senat wurden gerade im Arbeitskampfrecht intensiv diskutiert.[635] Praktisch wurde das Unterlassen einer Vorlage an den Großen Senat vom BVerfG indes, soweit ersichtlich, nie beanstandet.[636] Gleiches gilt für die Vorlage an den gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte.[637] Die Willkürkontrolle hat daher für diese Vorlagepflichten keine klaren Konturen erlangt.[638] Eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG liegt jedenfalls nicht bereits vor, wenn ein Gericht die Zuständigkeitsvorschriften fehlerhaft anwendet.[639] Zwar weichen die Maßstäbe im Einzelnen voneinander ab. Im Kern geht es jedoch stets um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Vorlagepflichten und eine substanzielle Begründung, dass eine Vorlage unterbleibt.[640]

Auch für die Grenzen richterlicher Rechtsanwendung im Verhältnis zum Gesetzgeber hat das BVerfG Leitlinien formuliert. Im Kern entsprechen sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie oben im präskriptiven Teil dargelegt wurden. So bildet ein vermeintlicher möglicher Wortsinn keine Grenze der Auslegung.[641] Nicht vertretbar ist es indes, eine gesetz-

633 BVerfG 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, BVerfGE 138, 64 Rn. 71 mwN.

634 BVerfG 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, BVerfGE 138, 64 Rn. 77; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 83.

635 Statt vieler *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. 2016, S. 158 f.; *Rüthers*, JZ 2014, 738, 742; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 254, 264; *Rüthers/Bakker*, ZFA 1992, 199, 216; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 131, 141 jeweils mwN.

636 *Leisner*, NJW 1989, 2446, 2447.

637 Beispiel zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung bei *Brors/Schüren*, NZA 2022, 1310, 1314.

638 Kritisch *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 168 ff.; *Leisner*, NJW 1989, 2446, 2449 f.; *Rüthers/Bakker*, ZFA 1992, 199, 219 ff.; Germelmann/Matthes/Prütting/*Prütting*, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 45 Rn. 36.

639 Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 72; Sachs/*Degenhart,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 101 Rn. 17.

640 Vgl. Huber/Voßkuhle/*Classen,* Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, GG Art. 101 Rn. 53; zur „margin of appreciation" im Völkerrecht vgl. bei → Fn. 1625.

641 BVerfG (K) 23.5.2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 (1370) Rn. 50; BVerfG (K) 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a., NJW 2012, 669 Rn. 57; BVerfG 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, BVerfGE 118, 212 (243); BVerfG 30.3.1993

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geberische Wertung durch eine eigene zu ersetzen.[642] Erkennbare gesetzgeberische Regelungskonzepte sind vom Richter zu respektieren.[643] Das BVerfG betont, die Rechtsprechung dürfe sich nicht von „der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen."[644] Das bedarf näherer Erklärung. Wie bereits dargelegt,[645] ist Rechtsanwendung immer zugleich Rechtssetzung. Dass konkretere Entscheidungsregeln aufgestellt werden, ist für den juristischen Syllogismus unabdingbar. Entscheidend ist die verfassungsmäßige Kompetenzzuweisung: Die Rechtsprechung darf bei ihrer Rechtsanwendung konkretere Untersätze nur in „denkendem Gehorsam" bilden.[646] Das Gegenteil davon ist eine Regelbildung, bei der „der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt."[647] Der historische Normzweck des Gesetzgebers markiert die Grenze der Auslegung, selbst wenn er nicht im Wortlaut der Norm zum Ausdruck kommt.[648]

Daraus folgt für diese Untersuchung aber nicht, dass im Wege einer explizit „objektiven" Auslegung aufgestellte Regeln generell nicht dem Vertretbarkeitsmaßstab genügen würden. Das Gleiche gilt für eine „subjektiv-geltungszeitliche Auslegung"[649]. Es kommt darauf an, ob die konkrete Regelbildung tatsächlich das gesetzgeberische Konzept übergeht.[650] Tut sie das, handelt es sich um eine im Rahmen der Auslegung nicht vertretbare Rechtsanwendung. Dann ist zu prüfen, ob eine Rechtsfortbildung in diesem

– 1 BvR 1045/89 u.a., BVerfGE 88, 145 (166 f.); BVerfG 19.6.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 (278 f.).

642 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 73; vgl. auch BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 (209); BVerfG 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 66; BVerfG 9.2.1988 – 1 BvL 23/86, BVerfGE 78, 20 (24) mwN.

643 Sondervotum zu BVerfG 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (285).

644 BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 (209).

645 Vgl. bei → Fn. 144.

646 *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 19 f. und passim; vgl. auch *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 48.

647 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 73; 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 (209 f.) mwN.

648 *Höpfner*, RdA 2018, 321, 328.

649 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 184 ff.

650 So auch *Höpfner/Schneck*, Ad Legendum 2020, 201, 203.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sinn möglich ist.[651] Das BVerfG zieht die Grenze, wo sich die Rechtsfortbildung „über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt".[652]

Neben einem Verstoß gegen die Vorgaben aus Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG kommt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht. Auch insofern sind die Hürden indes hoch. Das BVerfG lässt nicht ausreichen, dass die Entscheidung das Recht falsch anwendet. „Hinzukommen muß vielmehr, daß Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluß aufdrängt, daß die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht."[653].[654]

cc) Zwischenergebnis

Die Auslegung des deutschen Rechts richtet sich nach den Auslegungscanones von Wortlaut, Historie und Systematik der Norm. Das Telos ist als eigenständiges Auslegungskriterium entbehrlich, geht jedoch inhaltlich in den anderen Kriterien auf. Ziel der Auslegung ist es nach hier vertretener Auffassung, den gesetzgeberisch gewollten Norminhalt zu ermitteln. Darüber hinaus ist grundsätzlich eine Rechtsfortbildung zulässig. Auch diese darf sich jedoch regelmäßig[655] nicht über den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen. Sie kommt daher in Betracht, wo zu einer bestimmten Frage kein bestimmter Wille des Gesetzgebers feststellbar ist.

Grenzen der Orientierungswirkung revisionsgerichtlicher Präjudizien folgen aus den Maßstäben des BVerfG. Eine gewisse praktische Bedeutung haben die Entziehung des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Missachtung einer Vorlagepflicht, der Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG durch Hinwegsetzen über ein

651 Auch nach den heutigen Varianten der „subjektiven Theorie" ist das möglich, wenn der Normzweck im Anwendungszeitpunkt nicht mehr unverändert fortgilt, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 730d; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 148 f.; *C. Fischer*, ZFA 2002, 215, 231 ff.

652 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 73.

653 BVerfG 07.4.1992 – 1 BvR 1772/91, BVerfGE 86, 59 (63).

654 Weiterführend *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 332 ff. mwN.

655 Zu „sekundären Lücken" aufgrund nachträglicher Veränderungen ausführlich *Fallmann*, Sekundäre Lücken im Recht, 2021, S. 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erkennbares gesetzgeberisches Konzept und der Verstoß gegen das Willkürverbot gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Die Hürden sind jedoch jeweils hoch.

b) Präjudizien des EuGH

Bei EuGH-Entscheidungen bezieht sich die Vertretbarkeitskontrolle nicht auf das Ergebnis des Vorlageverfahrens. Der EuGH beantwortet Vorlagefragen.[656] Eine Ergebniskontrolle muss daher überprüfen, ob der EuGH die Frage in der von ihm zugrundegelegten Fassung vertretbar beantwortet hat. Auch insofern ist die Perspektive des entscheidenden Rechtsanwenders von der des prognostizierenden Rechtsanwenders zu trennen.

aa) Präskriptive Methode des Unionsrechts

Für die Anwendung des Unionsrechts gilt eine grundsätzlich eigenständige europäische Methodenlehre.[657] Wie das deutsche Recht enthält das Unionsrecht keine expliziten Methodenvorgaben. Die Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung sind daher aus den Vorgaben des Primärrechts abzuleiten, das insofern dem Grundgesetz funktional gleichsteht.[658] Besonderheiten gelten für die Auslegung der europäischen Grundrechtecharta (GRC)

656 Näher bei → Fn. 1323.

657 Grundlegend EuGH 6.10.1982 – 283/81, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 11 Rn. 17 ff. (C.I.L.F.I.T); näher dazu Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 18, 23 ff.; *Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, 2009, S. 246 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 294 ff.; *Langenbucher*, in: dies., Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 2017, S. 27 ff.; *Fleischer*, RabelsZ 75 (2011), 700 ff.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69 ff.; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 ff.; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 8 ff.; zur Auslegung *Riesenhuber*, in: ders., Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10; zur Rechtsfortbildung *Neuner*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12.

658 *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 19; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 83 ff.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 73 ff.; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufgrund der geschriebenen Methodenregeln aus Art. 52 Abs. 4, Abs. 6 und Abs. 7[659] GRC.[660]

Zwar handelt es sich beim Unionsrecht um eine autonome Rechtsquelle.[661] Gleichwohl kann die autonome Anwendungsmethode nicht jeden beliebigen Inhalt haben.[662] Im Grundsatz können auch im Unionsrecht die Auslegungskriterien Wortlaut, Historie und Systematik herangezogen werden. Indes weisen die einzelnen Auslegungskriterien bei der Anwendung des Unionsrechts zum Teil eigene Schwierigkeiten auf.

Die Leistungsfähigkeit des Wortlauts wird bereits bei der Anwendung des deutschen Rechts tendenziell überschätzt.[663] Das gilt erst recht bei Vorschriften des Unionsrechts, da gem. Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 EUV sowie Art. 1 der VO (EWG) 1/58[664] alle 24 Amtssprachen der Mitgliedstaaten verbindlich sind.[665] Ob die Sprachfassungen gleichbedeutend sind, ist nicht entscheidend, da in jedem Fall die sonstigen Auslegungskriterien auszuschöpfen sind.[666] Auch im Unionsrecht hat die Einhaltung einer „Wortsinngrenze" regelmäßig keine Bedeutung für die Vertretbarkeit der Entscheidung.[667] Die praktische Handhabung durch den EuGH steht freilich auf einem anderen Blatt.[668]

---

659 *Höpfner*, ZFA 2010, 449, 462 f. betont allerdings zurecht, dass auch ohne diese Klarstellung im Unionsrecht eine Pflicht zur historischen Auslegung besteht.

660 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 52 Rn. 18; näher dazu *Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, S. 46 ff.

661 Grundlegend EuGH 5.2.1963 – C-26/62, NJW 1963, 974 (Van Gend & Loos).

662 Streinz/*Huber,* EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 19 [Gerichtshof der Europäischen Union] Rn. 15; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 78; *Neuner*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 5.

663 Vgl. bei → Fn. 577.

664 Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABI. L 17 vom 6.10.1958, S. 385.

665 *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 39; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 85; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 10 ff.

666 EuGH 8.7.2019 – C-543/17, BeckRS 2019, 13423 Rn. 49 (Kommission/Belgien); *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 39 f.; EuGH 10.12.2019 – C-621/18, NVwZ 2019, 143 Rn. 47 (Wightman); *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 85; *Riesenhuber*, in: ders., Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 18.

667 *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 86; vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 38.

668 Dazu Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 49 ff.; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Historische und genetische Argumente spielen bei der Anwendung des Unionsrechts eine zwiespältige Rolle.[669] Für das europäische Primärrecht gilt ihre Bedeutung als begrenzt, da die älteren Materialien zu den Gründungsverträgen weitgehend nicht frei zugänglich sind.[670] Bei den jüngeren Verträgen, vor allem der GRC, sind die Materialien indes weitgehend verfügbar.[671] Insgesamt wird eine steigende Bedeutung der *travaux préparatoires* beobachtet.[672] Besondere Bedeutung bei der Auslegung von europäischem Sekundärrecht haben die vorangestellten Erwägungsgründe (Art. 296 Abs. 2 AEUV).[673]

Bei der Heranziehung systematischer Argumente ergeben sich im Unionsrecht Besonderheiten.[674] Zwar birgt bereits im deutschen Recht die Abstraktion bestimmter Wertungen aus dem inneren System der Rechtsordnung die Gefahr einer gesetzgeberisch nicht gewollten „Überharmonisierung".[675] Das ist im Unionsrecht nicht anders.[676] Es bestehen jedoch darüber hinaus spezifische Grenzen.[677] Nach dem „Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung" (Art. 5 Abs. 2 EUV) kann die Union ihre Rechtsetzungskompetenz nicht eigenständig erweitern. Darüber hinaus unterliegt sie bei ihrer Rechtsetzung den Grundsätzen der Subsidiarität

669 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 75 ff.; *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 55 ff.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 86 f.

670 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 75; *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 59 f.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 86; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, Rn. 33.

671 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 326; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 52 ff.; Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 17.1.2013 – Rs. C-583/11 P, BeckRS 2013, 80130 Rn. 32 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.).

672 *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 23 ff.

673 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 76; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 87; ausführlich *Gumpp*, ZfPW 2022, 446 ff.; *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 63.

674 Näher Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 58 ff.; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 17 ff.

675 Vgl. dazu bei → Fn. 250.

676 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 64.

677 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(Art. 5 Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV). Diese primärrechtlichen Vorgaben beschränken die Reichweite der systematischen Interpretation im Unionsrecht.[678]

Das Telos gilt bei der Interpretation europäischer Rechtsakte – auch wegen des „Sprachenproblems" – als zentral.[679] Die allgemeinen Gefahren teleologischer Argumentation[680] bestehen jedoch auch im Unionsrecht: Der Norminhalt ist aus der Norm herzuleiten, er darf nicht einfach unterstellt werden.[681] Spezifisch unionsrechtlich[682] ist dagegen die Argumentation mit dem *effet utile* (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV) als Sonderform der teleologischen Argumentation.[683] Der *effet utile* ist mit besonderer Vorsicht zu genießen, weil er geeignet ist, bewusste Entscheidungen des Unionsgesetzgebers zu überspielen.[684] Zum Teil wird der *effet utile* eingesetzt, um bestimmte abstrakte Zwecke zu verabsolutieren.[685]

---

678 *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 89; vgl. bereits *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 12; mit Blick auf den *effet utile* auch *Potacs*, EuR 2009, 465, 476 ff.

679 Vgl. *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 469 f.; *von Danwitz*, in: Häcker/Ernst, Collective judging in comparative perspective, 2020, S. 253, 258; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, Colum. J. Eur. L. 20 (2014), 3, 31 ff.; *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 801; zur europäischen Besonderheit des Effektivitätsprinzips *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2012, S. 181 ff.

680 Vgl. bei → Fn. 584.

681 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 78; *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 48; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 457; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 91; zur Struktur teleologischer Argumente *Tomasic*, Effet utile, 2013, S. 115 ff.

682 Genau genommen ist der *effet utile* ein Auslegungsgrundsatz des Völkerrechts, *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 494; *Potacs*, EuR 2009, 465, 466. Besondere Bedeutung kommt ihm heute jedoch bei der Interpretation des Unionsrechts zu.

683 Näher *Tomasic*, Effet utile, 2013, S. 127 ff.

684 Kritisch *Hillgruber*, JZ 2022, 584, 587; zu dieser Gefahr überzeugend *Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, S. 48; gegen einen „distanzlosen EuGH-Positivismus" auch *Jestaedt*, in: Hillgruber, Gouvernement des juges - Fluch oder Segen, 2014, S. 21, 39.

685 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 100; *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2012, S. 184 f.; *Tomasic*, Effet utile, 2013, S. 133; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 91 f.; vgl. *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 53; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 328; *Potacs*, EuR 2009, 465, 474.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch im Unionsrecht ist eine Rechtsfortbildung grundsätzlich zulässig.[686] Der EuGH trennt nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, sondern spricht in Anlehnung an die französische Rechtstradition[687] einheitlich von „*interpretation*".[688] Für eine extensive Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH wird oft darauf verwiesen, das Unionsrecht sei auf seine evolutiv-dynamische Entwicklung ausgerichtet.[689] Das greift jedoch zu kurz. Zwar ist im Grundsatz anzuerkennen, dass die Anwendung des Unionsrechts die Weiterentwicklung der Union berücksichtigen sollte.[690] Trotzdem ergeben sich aus dem Primärrecht Kompetenzgrenzen für die Rechtsfortbildung.[691] Ähnlich wie im deutschen Recht hat auch im europäischen Sekundärrecht die Rechtsfortbildung in „denkendem Gehorsam" gegenüber dem Unionsgesetzgeber zu erfolgen.[692] Sie darf sich jedenfalls nicht gegen den Willen des Unionsgesetzgebers richten.[693] Vor allem ist es – entgegen der Rechtsprechungspraxis des EuGH – auch im europäischen Sekundärrecht geboten, die Ermittlung des anfänglichen Norminhalts im Wege der Auslegung von dessen Fortbildung zu unterscheiden.[694]

Der vorsichtige Umgang mit dem *effet utile* und der Fortbildung des Unionsrechts sind notwendig, um dogmatische Brüche zwischen den geschriebenen Normen und den zugehörigen richterlichen Entscheidungsregeln zu

686 BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (305); BVerfG 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 (242 f.); *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 75.

687 Statt vieler *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 47 ff. mwN.

688 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 6; *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 55.

689 Dazu *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 474 ff., 510; *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 910 f.

690 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 910 f.

691 *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 75; *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 227 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 511 ff.; *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 121 ff.; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 25.

692 Ähnlich *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 75; vgl. *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 55.

693 *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 75.

694 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 22; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5 f.; anders *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 35 f., 57 f., 109.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verhindern.[695] Offen muss an dieser Stelle noch bleiben, inwiefern mitgliedstaatliche Rechtsanwender die Kompetenz haben, EuGH-Entscheidungen auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Das wird im Zusammenhang mit den Besonderheiten von EuGH-Entscheidungen erläutert.[696]

bb) „Gelebte" Grenzen der Orientierungswirkung von EuGH-Entscheidungen

Der prognostizierende Rechtsanwender interessiert sich dagegen für die gelebten Grenzen der praktischen Orientierungswirkung. Für EuGH-Entscheidungen kommen grundsätzlich zwei Maßstäbe in Betracht. Einerseits könnte daran angeknüpft werden, ob die Entscheidung gegen das Unionsrecht verstößt, also contra legem ist. Andererseits könnte an die Grundsätze des BVerfG zur Ultra-vires-Kontrolle angeknüpft werden.[697] Im gleichen Atemzug erwähnt das BVerfG regelmäßig die verfassungsrechtliche Identitätskontrolle.[698] Wegen ihrer geringen Bedeutung gerade für das Arbeitsrecht wird sie hier nicht im Einzelnen erläutert. Grundsätzlich könnte die Identitätskontrolle jedoch ebenfalls Maßstab der Orientierungswirkung sein.

Geht es um die Auswirkungen einer EuGH-Entscheidung aus Sicht des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, muss es auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, also die *contra-legem-Grenze* ankommen.[699] Bei der Orientierungswirkung von EuGH-Entscheidungen für anknüpfende Richter ist es komplizierter. Im deutschen Recht ermöglicht erst die Trennung von Fachgerichtsbarkeit und BVerfG eine spezifische Überprüfung, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsanwendung gewahrt sind.[700] Demgegenüber ist der EuGH im Unionsrecht zugleich oberstes Fachgericht und

695 Vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 133.
696 Vgl. bei → Fn. 1507.
697 Näher *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 73 ff.; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 26 diskutiert beide Ansätze unter dem Stichwort des „ultra-vires-Akt[es]".
698 Siehe stellvertretend BVerfG 6.12.2022 – 2 BvR 547/21 u.a., NJW 2023, 425 Rn. 120 ff. (Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz).
699 *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 75 f.
700 Vgl. bei → Fn. 618.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfassungsgericht. Es gibt deshalb kein besonderes Unionsgericht, das die Entscheidungen des EuGH auf methodische Vertretbarkeit im Sinn der primärrechtlichen Rechtsanwendungsvorgaben überprüft.[701]

Da die Kontrolle von EuGH-Entscheidungen nur dem BVerfG möglich ist, kommt es für die Orientierungswirkung auf dessen Rechtsprechung an. Die Ultra-vires-Kontrolle bezieht sich auf „Maßnahmen" von „Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union".[702] Damit sind auch EuGH-Entscheidungen erfasst. Allerdings geht es bei der Ultra-vires-Kontrolle um die Rechtswirkungen einer Maßnahme. Die Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen beschränkt sich grundsätzlich auf das konkrete Verfahren.[703] Im Vergleich zur verfassungsrechtlichen Überprüfung der fachgerichtlichen Rechtsanwendung bezieht sich die Ultra-vires-Kontrolle auf eine andere Ebene. Während es bei ersterer um die Kompetenzabgrenzung zwischen mitgliedstaatlichem Gesetzgeber und mitgliedstaatlichem Gericht oder zwischen verschiedenen mitgliedstaatlichen Spruchkörpern geht, betrifft die Ultra-vires-Kontrolle die Kompetenzabgrenzung zwischen Unionsorganen und Mitgliedstaaten.[704] Dass das BVerfG jedoch die Orientierungswirkung auch prozessual nicht bindender EuGH-Entscheidungen mit der Ultra-vires-Kontrolle in Verbindung bringt, zeigt die Entscheidung zur *Antiterrordatei*.[705] Das BVerfG positionierte sich in seiner Begründung inhaltlich zur Auslegung der EuGH-Entscheidung *Åkerberg Fransson*[706] und verwies darauf, dass der Entscheidung „keine Lesart unterlegt werden [dürfe], nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre".[707] Zwar erging die Entscheidung auf Vorlage eines schwedischen Gerichts, es ging daher nicht um eine unmittelbare verfahrensrechtliche Bindung der deutschen Gerichte gem. Art. 267 AEUV.[708] Dogmatisch erlangt die Rechtsprechung des EuGH jedoch auch über die Vorlagepflichten gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV Bedeutung. In diesem Zusammenhang erkennt das BVerfG damit an, dass das Unionsrecht praktisch

701 Vgl. *Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, 2023, S. 23 f.; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 80.
702 BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17, Rn 93 ff. mwN (PSPP).
703 Calliess/Ruffert/*Wegener*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 50.
704 BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17, Rn. 110 (PSPP); 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303) (Honeywell); *Hillgruber*, JZ 2022, 584, 587 f.
705 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277. Dazu näher bei → Fn. 1517.
706 EuGH 26.2.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415.
707 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 91, in der Folge wird auch die Identitätskontrolle mit einbezogen.
708 Näher zum Hintergrund *Lepsius*, JZ 2019, 793, 799.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in seiner Auslegung durch den EuGH gilt. Diese Auslegung ist erst dann nicht mehr maßgeblich, wenn die Entscheidung Ultra vires ergeht oder der deutschen Verfassungsidentität iSv Art. 79 Abs. 3 GG zuwiderläuft.

Es genügt aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders nicht, dass die Rechtsprechung des EuGH nach allgemeinen Regeln nicht vertretbar ist, sich insbesondere über den erkennbaren Willen des europäischen Gesetzgebers oder der Vertragsparteien der Gründungsverträge hinwegsetzt. In der Praxis geht der EuGH nicht immer von einem klaren Vorrang der (unions-)gesetzgeberischen Wertungen aus.[709] Darüber hinaus muss die Entscheidung „objektiv willkürlich" und „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar" sein.[710] Das kompetenzwidrige Handeln muss offensichtlich sein und zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten führen.[711] Die Orientierungswirkung von EuGH-Präjudizien ist nach diesen Maßstäben nahezu unbegrenzt.[712]

Beispiel: In der Rechtssache *Mangold* hatte der EuGH ein Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeinen Grundsatz des Primärrechts hergeleitet.[713] Dabei berief er sich auf eine vermeintliche gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten.[714] Eine solche Tradition gab es indes nicht: Zum Zeitpunkt der Entscheidung hatten nur Portugal und Finnland ein Verbot der Altersdiskriminierung in ihren Verfassungen verankert.[715] Die Entscheidung wurde heftig kritisiert.[716] Das BVerfG ließ jedoch dahinstehen, ob die Entscheidung die Grenzen vertretbarer Rechtsfortbildung überschreite, da die Entscheidung jedenfalls keine neuen Kompetenzen der Union zulasten der Mitgliedstaaten begrün-

709 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 6.

710 BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17, Rn. 118 (PSPP).

711 BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17, Rn. 107 (PSPP); 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (308) (Honeywell).

712 Vgl. zu den Maßstäben die Kritik von *Hillgruber*, JZ 2022, 584, 588; und die Gegenrede von *Classen*, JZ 2022, 887, 888; ausführlich dazu *Pracht*, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, 2022, S. 123 ff. Eine andere Frage ist, welche inhaltliche Reichweite die Entscheidungsregeln des EuGH im Einzelfall beanspruchen, dazu ausführlich bei → Fn. 1323.

713 EuGH 22.11.2005 – Rs C 144/04, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 Rn. 75 (Mangold).

714 EuGH 22.11.2005 – Rs C 144/04, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 Rn. 74 (Mangold).

715 *Gerken/Rieble/Roth u.a.*, „Mangold" als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 20 mwN.

716 Statt vieler *Gerken/Rieble/Roth u.a.*, „Mangold" als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 17 ff. mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de.[717] Schließlich habe der Richtliniengeber den Anwendungsbereich des Primärrechts – und damit des Verbots des Altersdiskriminierung für arbeitsvertragliche Rechtsbeziehungen – selbst eröffnet.[718] Das BVerfG betont hier und in seinen nachfolgenden Entscheidungen sehr deutlich, dass die Unvertretbarkeit einer EuGH-Entscheidung noch nicht zu einem Ultra-vires-Verstoß führt. Vielmehr habe der EuGH einen „Anspruch auf Fehlertoleranz".[719]

Orientierungswirkung entfalten daher alle EuGH-Entscheidungen, die einer Ultra-vires-Kontrolle standhalten. Für den prognostizierenden Rechtsanwender spielt die oben näher entfaltete methodische Kritik keine Rolle. Der extensive Umgang des EuGH mit dem *effet utile* und die ungenaue Ermittlung des Norminhalts sind vielmehr Teile der „gelebten Methode" und als solche bei der Ermittlung und Fortbildung von Entscheidungsregeln des EuGH als Tatsache zur Kenntnis zu nehmen.[720]

cc) Zwischenergebnis

Die Anwendung des Unionsrechts kann im Ausgangspunkt auf die Auslegungscanones der deutschen Methodenlehre zurückgreifen. Allerdings gelten für Wortlaut, Historie und Systematik jeweils Besonderheiten, die die Aussagekraft der einzelnen Kriterien beschränken. Stellt man daher verstärkt auf das Telos ab, sind die hohen Anforderungen einer solchen Argumentation zu beachten. Insbesondere entbindet die Argumentation mit dem *effet utile* nicht davon, den gesetzgeberischen Norminhalt genau zu ermitteln.

Gelebte Grenzen der Orientierungswirkung müssen an die hohen Voraussetzungen der bundesverfassungsgerichtlichen Ultra-vires-Kontrolle anknüpfen. Auch Entscheidungen, die contra legem ergehen, müssen aus Sicht der Rechtspraxis deshalb als Teil der „gelebten Rechtslage" zur Kenntnis genommen werden. Für den jeweiligen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber

717 BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (312) (Honeywell).
718 BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (309 f., 313) (Honeywell).
719 BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17 Rn. 112 (PSPP); 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., BVerfGE 142, 123 Rn. 149 (OMT); 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307) (Honeywell).
720 Zur Aufgabe der Rechtswissenschaft dagegen Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist dagegen nur maßgeblich, ob die Entscheidung mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

c) Präjudizien des EGMR

aa) Präskriptive Methode des Völkerrechts

Für die Interpretation völkerrechtlicher Verträge gelten die geschriebenen Auslegungsregeln gem. Art. 31–33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge[721] (WVK).[722] Gem. Art. 33 Abs. 1 WVK ist Gegenstand der Auslegung die Bestimmung in einer ihrer verbindlichen Sprachfassungen. Bei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Europäischen Sozialcharta (ESC) sind das jeweils die englische und die französische Fassung.[723] Nach Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Das entspricht den bekannten Auslegungskriterien Wortlaut, Systematik und Telos.[724] Art. 31 Abs. 2 WVK ergänzt, dass der Kontext eines Vertrages sich auch auf bestimmte mit dem Vertrag zusammenhängende Übereinkünfte und Urkunden bezieht. Art. 31 Abs. 3 lit. a) und lit. b) WVK regeln, inwiefern spätere Übereinkünfte und eine spätere Übung der Vertragsparteien zu berücksichtigen sind. Besondere Bedeutung kommt Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVK zu, wonach „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz" in gleicher Weise zu berücksichtigen ist.[725] Darüber

721 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, S. 926.

722 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 28; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 121 ff.

723 Vgl. Art. 59 Abs. 5 S. 2 EMRK; Teil III Art. O Abs. 3 ESC; *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 62.

724 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 186 f.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 123 ff.; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 47 ff.

725 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 44 ff.; *Grabenwarter*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 21, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

können im Wege der Auslegung auch die Inhalte der ILO-Konventionen, der ESC und der GRC herangezogen werden.[726] Art. 32 WVK weist den historischen Auslegungskriterien eine nur subsidiäre Bedeutung zu.[727] Die Anwendungsregeln der Art. 31–33 WVK sind indes weder abschließend noch verbindlich.[728] Innerhalb der Kriterien von Art. 31 WVK wird keine Rangfolge vorgegeben.[729]

Das Völkerrecht kennt keine Entsprechung zum deutschen Grundgesetz oder zu den europäischen Gründungsverträgen. Gleichwohl lassen sich aus der EMRK, dem WVK und dem Transformationserfordernis aus Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG Rückschlüsse auf die Methode der Rechtsanwendung ziehen.[730] Es geht stets um mögliche Einwirkungen der jeweiligen völkerrechtlichen Regeln auf das deutsche Recht. Geltungsgrund des Völkerrechts sind das völkerrechtliche Souveränitätsprinzip und das Konsensprinzip iVm dem deutschen Grundgesetz.[731] Völkerrechtliche Normen müssen sich auf eine Legitimation durch die jeweils daran teilhabenden Völkerrechtssubjekte, also die Staaten, zurückführen lassen.[732] Daraus ergibt sich das Konsensprinzip: Völkerrechtliche Verträge verpflichten die beteiligten Staaten aufgrund bindender vertraglicher Einigung.[733] Völkerrechtliche Verträge dürfen nur mit dem vereinbarten Inhalt angewendet werden.[734] Eine Delegation der Methode bedeutet jedoch eine Delegation des Inhalts. Dürfte eine völkerrechtsautonome Methode beliebig – und ohne Rückanbindung an die jeweiligen völkerrechtlichen Verträge – durch internationale Gerich-

726 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 191 f.

727 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 56; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 5; *Nußberger*, RabelsZ 80 (2016), 817, 830.

728 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 118.

729 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 122.

730 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 80 ff.

731 Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich stark an *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 27 ff.

732 Statt vieler *Hillgruber*, in: HdBStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 71; vgl. auch *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 324 f. § 519.

733 *Hillgruber*, in: HdBStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 56, 71; *von Ungern-Sternberg*, AVR 51 (2013), 312, 320.

734 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 29; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te und Wissenschaft entwickelt werden, würde der nationale Gesetzgeber mit der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags zugleich eine „Blankovollmacht" über dessen Auslegung ausstellen.[735] Insofern beschränkt die Legitimation des Völkerrechts selbst auch die Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsanwendungsmethode.[736] Ziel der Auslegung muss der Wille der Vertragsparteien sein.[737] Durch Auslegung dürfen keine Ergebnisse erzielt werden, die die inhaltlichen Grenzen der abgeleiteten Legitimation überschreiten.[738] Damit ist es nicht vereinbar, wenn eine Bindung an den Willen der Vertragsparteien, namentlich in den *travaux préparatoires*, verbreitet abgelehnt wird.[739] Die Rechtsprechung hat daher auch das Völkerrecht in „denkendem Gehorsam" anzuwenden.[740] Das erfordert es, zwischen der Ermittlung des Norminhalts und dessen Fortbildung zu trennen.[741]

Der EGMR stützt sich in seiner Rechtsanwendung grundsätzlich auf Art. 31 ff. WVK. Bei der Interpretation der EMRK verfolgt er jedoch eine spezifischere Auslegungsmethode.[742] Die Präambel der EMRK stellt klar, „dass es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, und dass eines der Mittel zur Erreichung

735 Vgl. auch *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 78.

736 Näher *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 77 ff.

737 Eindrücklich der frühere EGMR-Richter *Sir Gerald Fitzmaurice*, BYBIL 33 (1957), 203, 204; zustimmend *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 56; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 136.

738 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 32 f., 77 ff.

739 *Bernhardt*, in: Liber Amicorum Wildhaber, 2007, S. 91, 99; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 52; kritisch *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 129 ff.; näher zur Handhabung durch den EGMR *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 263, 265; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 66.

740 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 85 unter Bezug auf *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 19 f, und passim; ähnlich *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 56; vgl. auch *Klein*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 43, 44.

741 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 129.

742 Vgl. *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 263 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses Zieles die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist". Aus der Erwähnung der „Fortentwicklung" leitet der EGMR seine Befugnis zur „dynamisch-evolutiven"[743] Auslegung und Fortbildung der Konvention her. Er formuliert regelmäßig, die EMRK sei ein „*living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*".[744] Daraus folgert er, dass es für die Auslegung der Konvention darauf ankomme, ob sich in einer bestimmten Rechtsfrage bereits ein Konsens der Mitgliedstaaten herausgebildet habe (*common ground*).[745] Davon hänge ab, ob einzelnen Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) zukomme.[746]

Als problematisch erweisen sich dabei die überbordende Nutzung teleologischer Argumente, insbesondere des *effet utile* und die Reichweite der „dynamisch-evolutiven" Interpretation.[747] Für die Gefahren der teleologischen Argumentation kann auf die Ausführungen zum deutschen Recht und zum Unionsrecht verwiesen werden.[748] Die Tendenz zur extensiven Nutzung von Zweckargumenten geht damit einher, dass ein erkennbarer Norminhalt überspielt wird.[749] Eine Fortbildung über den ursprünglichen Norminhalt hinaus ist nicht generell unzulässig,[750] sie muss jedoch offenge-

743 *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 272 f.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 137 ff.

744 Ständige Rechtsprechung seit EGMR 25.4.1978 – 5856/72, BeckRS 1978, 108297 (Tyrer/Vereinigtes Königreich); dazu *Nußberger*, JZ 2019, 421, 424 f.

745 EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn.76 ff. (Demir und Baykara); *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 84 ff.; *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 256; *Klein*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 43, 46 f.; *von Ungern-Sternberg*, AVR 51 (2013), 312, 320 ff.

746 Dazu näher bei → Fn. 1625.

747 Zum ähnlichen Befund im Unionsrecht vgl. bei → Fn. 681.

748 Vgl. bei → Fn. 584; vgl. bei → Fn. 681. Nicht zufällig ist im Unionsrecht ebenso von „dynamischer Auslegung" die Rede, *Tomasic*, Effet utile, 2013, S. 60 ff.

749 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 56; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 127 f.; vgl. *Nußberger*, in: HdBStR X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 35.

750 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 83; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 14 f.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 142 ff.; *Grabenwarter*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 21, 23; *Schlachter*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 1021, 1024 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

legt werden.[751] Gerade der *effet utile* führt potenziell zu Rechtsfortbildungen.[752] Grundsätzlich unproblematisch ist es, wenn über den *effet utile* der Norminhalt effektuiert wird.[753] Etwas anderes ist es, wenn der *effet utile* eingesetzt wird, um eine allgemeine Wertung zu effektuieren, die der Norm nicht entnommen werden kann.[754] Hiermit entfernt sich der Rechtsanwender von seiner Pflicht zur Rechtsanwendung in „denkendem Gehorsam".[755]

Die „dynamisch-evolutive" Interpretation über den eigentlichen Norminhalt hinaus ist in Wahrheit Rechtsfortbildung.[756] Sie muss kontrollierbaren Grenzen unterliegen.[757] Darauf kann hier nicht im Einzelnen eingegangen werden.[758] Auch insofern ist die Rechtsfortbildung jedoch mindestens offenzulegen und die zwischenzeitliche Entwicklung der Menschenrechtsstandards im Einzelnen zu erläutern. Wie bei der Fortbildung des Unionsrechts darf sich die Rechtsfortbildung außerdem nicht *gegen* den Willen der Vertragsstaaten richten.[759]

---

751 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 129, 131; für eine „gesteigerte Transparenz" auch *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 29.

752 *Nußberger*, RabelsZ 80 (2016), 817, 832.

753 Gleichsinnig *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 59, 88, allerdings unter terminologischem Bezug auf eine „dynamische Vertragsauslegung".

754 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 135 f.; ausführlich *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 101 ff.

755 Ähnlich *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 56; vgl. bei → Fn. 740.

756 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 138; ähnlich *Grabenwarter*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 21, 22: „Auslegung mit rechtsfortbildender Tendenz"; stellvertretend für die Gegenauffassung *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 5: „teleologische Auslegung".

757 Vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 85; *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 283 f.; *Klein*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 43, 49 f.; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 69 f.; *Nußberger*, in: van Aaken/Motoc, The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 41, 55.

758 Näher *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 148 ff.; zur „Konsensmethode" des EGMR *von Ungern-Sternberg*, AVR 51 (2013), 312, 320 ff.

759 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) „Gelebte" Grenzen der Orientierungswirkung von EGMR-Entscheidungen

Die Interpretation und Anwendung völkerrechtlicher Verträge im Allgemeinen und der EMRK im Besonderen unterliegt damit einer eigenen Methode. In der Literatur wird gleichwohl auch für die Rechtsprechung des EGMR eine Vertretbarkeitskontrolle gefordert.[760] Die Entscheidungen des EGMR seien stets an der EMRK zu messen.[761]

Für das Erfordernis einer Vertretbarkeitskontrolle wird auf die Rechtsprechung des BVerfG verwiesen.[762] Da vorrangig der EGMR zur Interpretation der EMRK befugt ist, könne es nicht um eine schlichte „bessere methodische Erkenntnis" der nationalen Gerichte gehen. Daher sei auch insofern auf den Maßstab der Ultra-vires-Kontrolle von Unionsrechtsakten abzustellen.[763] Ob diese Vorschläge überzeugen, kann hier dahinstehen. Für die „gelebten" Grenzen der Orientierungswirkung von EGMR-Entscheidungen haben sich in der Rechtsprechung des BVerfG bisher jedenfalls keine klaren Konturen herausgebildet.[764] Dass durch die Rezeption von EGMR-Präjudizien keine Systembrüche mit dem deutschen Recht entstehen, stellt das BVerfG stattdessen durch deren „Kontextualisierung" sicher.[765]

Grundsätzlich gilt für den prognostizierenden Rechtsanwender dasselbe wie bei den Entscheidungsregeln des EuGH: Die methodische Vertretbar-

760 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 438; anders wohl die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwG 27.2.2014 – 2 C 1/13, NVwZ 2014, 736 Rn. 45.

761 Vgl. *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 47; implizit wohl auch *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 62; weiterführend zur Unterscheidung von „authentischer" und „autoritativer" Interpretation *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 372 ff.; dagegen halten *Absenger/J. Schubert*, SR 2019, 211, 224 die Trennung von EMRK und deren Ausformung durch den EGMR für prinzipiell unmöglich.

762 So *Nußberger*, in: HdBStR X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 13; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 299; dagegen *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 54 jeweils unter Anknüpfung an BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317 (Görgülü).

763 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 54; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 438.

764 Karpenstein/Mayer/*Breuer*, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 46 Rn. 58; *von Ungern-Sternberg*, AVR 51 (2013), 312, 323.

765 Ausführlich bei → Fn. 1577.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit spielt im Grundsatz keine Rolle. Die EMRK wirkt praktisch in ihrer Interpretation durch den EGMR.[766]

cc) Zwischenergebnis

Richtigerweise ist auch bei der Anwendung des Völkerrechts vorrangig auf den Willen der Völkervertragsparteien abzustellen. Die „dynamische Interpretation" des Völkerrechts ist Rechtsfortbildung. Sie ist grundsätzlich zulässig, muss aber offengelegt und begründet werden. Für Präjudizien des EGMR gibt es bisher keine „gelebten" Grenzen der Vertretbarkeit.

3. Die Ermittlung der Entscheidungsregel

Ist das Präjudiz vertretbar, stellt sich die Frage, ob eine darin aufgestellte Entscheidungsregel auf den neuen Sachverhalt anwendbar ist.[767] Dieser Schritt wird im Folgenden als die „Ermittlung der Entscheidungsregel" bezeichnet. Zunächst wird die Struktur dieser Ermittlung erläutert (a). Im Anschluss werden einzelne Kriterien zur Ermittlung der Entscheidungsregel entwickelt und im Einzelnen beleuchtet (b). Schließlich wird die Vertretbarkeit der Entscheidungsregel und ihre Bedeutung für die normkonforme Auslegung von Entscheidungsregeln untersucht (c).

a) Struktur der Ermittlung: Die Rekonstruktion des Gemeinten

Vielfach wird über die Verbindlichkeit „einschlägiger" Präjudizien diskutiert, ohne für die Einschlägigkeit Kriterien anzugeben. Einschlägig ist das Präjudiz, wenn es eine Entscheidungsregel enthält, die auf den neuen Fall anwendbar ist. Die zu entwickelnde Methode muss nicht abschließend klären, für welche zukünftigen Fälle eine Gerichtsentscheidung Bedeutung

766 Vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 14; vgl. näher zur Rezeption der EGMR-Rechtsprechung bei → Fn. 1577.

767 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 269 ff.; ähnlich *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 138 ff.: „direkte Analogie"; anders insofern *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 181.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erlangen kann. Wie bei der Gesetzesauslegung kann man das nicht vorhersehen.[768] Es geht um die Aussagekraft eines Präjudizes für einen konkreten, zu entscheidenden Fall.[769] In erster Linie entscheiden Gerichte aber nur bestimmte Einzelfälle. Aus der Einzelfallentscheidung muss also die allgemeinere Regel ermittelt werden.[770]

Die Ermittlung zielt darauf ab, welche Regel das Präjudiziengericht *gemeint* hat.[771] Dazu muss die Regel vom Fall abgelöst werden.[772] Nach den vorstehend erarbeiteten Grundsätzen bedeutet das indes keine größtmögliche Dekontextualisierung. Diese läuft immer Gefahr, die Regel von der Intention der Regelsetzer zu entfernen; dann droht eine „Überharmonisierung".[773] Alle folgenden Kriterien dienen dazu, die Perspektive des Präjudiziengerichts zu verstehen. Es gilt, sich „in das Präjudiziengericht hinein[zu]denken"[774]. Ihm geht es in erster Linie immer um den Einzelfall. Gerichte haben nur einen begrenzten Einfluss darauf, welche Aussagen über den Streitfall hinaus in ihren Urteilen erkannt werden.[775] Zugleich enthält jedoch jede Entscheidung implizit die Aussage, vergleichbare Fälle seien nach der gleichen Regel zu entscheiden.[776]

---

768 *Esser*, JZ 1962, 513, 515; zu den besonderen Schwierigkeiten der Normbildung durch Höchstgerichte: *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 311 ff.; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 359 f.

769 *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 19 bezeichnet das als „Präjudizienverwertung auf Mikroebene".

770 Zur „relativen Allgemeinheit" *Larenz*, in: FS Nikisch, 1958, S. 275, 294 f.

771 Grundlegend *Goodhart*, Yale Law Journal 40 (1930), 161, 169; vgl. *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 290 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 358 f.; *Coing*, JuS 1975, 277, 282; *Haverkate*, ZRP 1973, 281, 282.

772 *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 198.

773 Vgl. bei → Fn. 250.

774 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 33; ähnlich *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 286.

775 Vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 451 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 184; *Zweigert/Puttfarken*, Tulane Law Review 44 (1969–1970), 704; vgl. auch *Hathaway*, Iowa L. Rev. 86 (2001), 601, 629; zur Überinterpretation *Dieterich*, in: FS Herschel, 1982, S. 37, 38 ff.; *Michl*, EuR 2018, 456, 464.

776 *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2012, S. 9 Fn. 35; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 235; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 113; siehe auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 235; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 162; in Bezug auf die Rechtsfortbildung *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 20, 57.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der Anwendung richterlicher Entscheidungsregeln zeigt sich erneut das Applikationsproblem.[777] In dieser Hinsicht ist jede Ermittlung einer Entscheidungsregel zugleich eine Fortbildung. Für die Zwecke dieser Untersuchung markiert der Wille des Präjudiziengerichts die Grenze zwischen Ermittlung und Fortbildung.[778] Wie bei jeder Interpretation einer Rechts- oder Rechtserkenntnisquelle kann es keine abstrakte, erschöpfende Interpretation eines Präjudizes geben.[779] Das Präjudiz wird darauf untersucht, ob das Gericht für den neuen Fall eine Aussage treffen *wollte*. Wie bereits gezeigt, geht es dabei nicht um einen psychologischen Willen.[780] Diese Weichenstellung hat Folgen für die Aussagekraft bestimmter Interpretationskriterien.[781]

Im ersten Schritt ist eine vorläufige Regelhypothese zu bilden.[782] Der Ausgangspunkt ist eine mit Blick auf die Entscheidung bewusst weit gefasste Lesart.[783] Es muss eine verallgemeinerbare Regel formuliert werden.[784] Zur Ermittlung der *gemeinten* Regel dienen einzelne Interpretationskriterien, die im Folgenden näher erläutert werden. Jedes Interpretationskriterium kann Aufschlüsse darüber geben, wie eine Entscheidungsregel gemeint war. Ziel muss es sein, sich ein möglichst vollständiges Bild von dem Präjudiz und seinen Begleitumständen zu machen. Dabei gibt es

777 Vgl. *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 72; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 131; vgl. allgemein bei → Fn. 144.

778 Dem entspricht es, wenn man bei der Fortbildung von Rechtsnormen versucht zu ergründen, was der Normgeber für diesen Fall hypothetisch angeordnet hätte, vgl. dazu *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 149; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 880 ff.

779 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 71; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 275.

780 Vgl. bei → Fn. 218.

781 Vgl. bei → Fn. 925.

782 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 129; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 31 f.; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 245; ähnlich *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 271, der die Normhypothese jedoch zunächst ohne Rücksicht auf ein konkretes Präjudiz formulieren will.

783 *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 41; vgl. auch *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 129; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 75.

784 Unter Anknüpfung an die „Universalität" dieser Regeln *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 72 f.; näher *MacCormick*, in: Goldstein, Precedent in law, 1987, S. 155, 162 ff.; vgl. bereits bei → Fn. 198.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine „Stoppregeln“[785] für die Interpretation: Das Zwischenergebnis eines bestimmten Kriteriums ist nie ausreichend, um den Interpretationsprozess abzubrechen.[786] Auch die Frage, ob das Gericht bestimmte logisch vorgreifliche Prämissen implizit anerkannt zu haben scheint, hilft nur begrenzt weiter. Es gibt Fälle, in denen ein Gericht bestimmte Prämissen eigentlich anerkannt haben müsste, um eine bestimmte Entscheidung zu treffen.[787] Wenn sich das Gericht dieser Konditionalstruktur nicht bewusst war, nützt es für die Ermittlung der gemeinten Regel indes wenig, diesen logischen Bruch zu betonen.[788] Darin liegt eine der Aufgaben einer kritischen Dogmatik, nicht aber der entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation.

Lässt sich eine gemeinte Regel ermitteln, sind im Anschluss die Grenzen einer *vertretbaren Regelbildung* zu prüfen. Diese haben methodisch gegenüber der Vertretbarkeit des Präjudizes eine eigenständige Bedeutung. Die Vertretbarkeit des Präjudizes dient als „Vorfilter“, um die Fälle zu erfassen, in denen sich eine Entscheidung mit keiner Argumentation vertretbar begründen lässt. Dann ist vorsichtig zu prüfen, ob dem Präjudiz gleichwohl vertretbare Entscheidungsregeln zu entnehmen sind.

Dagegen erfasst die Vertretbarkeit der Regelbildung auch die Fälle, in denen sich eine bestimmte Entscheidung zwar aufgrund einer engeren Entscheidungsregel vertretbar begründen lässt, das Präjudiziengericht aber eine weiter gefasste Regel gemeint hat und diese den normativ vorgegebenen Rahmen[789] verlässt. Wie bei der Vertretbarkeit des Präjudizes ist bei den Folgen eines Methodenverstoßes zu differenzieren. Aufgrund der

785 Allgemein zu „Stoppregeln“ bei der Auslegung *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 415; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 454; zur „normkonformen Auslegung“ von Entscheidungsregeln vgl. bei → Fn.1055.

786 Vgl. entsprechend zur Gesetzesinterpretation bereits *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 215; *Canaris*, in: FS Medicus, 1999, S. 25, 33 f.; ebenso für das Common Law *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 309.

787 Vgl. zu so einem Beispiel BAG 4.9.1996 – 4 AZN 151/96, AP ArbGG 1979 § 12 Nr. 19 unter II.1.c).

788 Vgl. auch insofern das Beispiel bei → Fn. 866. Allgemein dazu *Holmes*, The common law, 1881, S. 1: „The life of the law has not been logic: it has been experience.“; differenzierend zum Stellenwert der Logik im Recht *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 231 ff.

789 Dazu *Germann*, Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, 1976, S. 23; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 348 f.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 58; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 81; vgl. *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit dieser Untersuchung verfolgten methodischen Ziele geht es auch bei der Vertretbarkeit der Entscheidungsregel um eine Ergebniskontrolle. Für den prognostizierenden Rechtsanwender ist nur von Bedeutung, ob die Entscheidung praktische Orientierungswirkung entfaltet.[790] Da die Unvertretbarkeit einer Entscheidungsregel allein jedoch niemals zur Aufhebung der Entscheidung führen dürfte,[791] entfällt dieser Prüfungspunkt, wenn nach der Perspektive des prognostizierenden Rechtsanwenders gefragt ist. Für den entscheidenden Rechtsanwender hat die Vertretbarkeit der Entscheidungsregel zwar eigenständige Bedeutung, da er seiner Entscheidung nur vertretbare Entscheidungsregeln zugrunde legen darf.[792] Brüche in der Argumentation führen deshalb noch nicht zwingend zu einer nicht vertretbaren Entscheidungsregel. Die Grenze ist erreicht, wenn eine gemeinte Regel den Rahmen vertretbarer Rechtsanwendung überschreitet. Dann ist der Methodenverstoß zugleich ein Verfassungsverstoß.[793]

b) Einzelne Kriterien

Im Folgenden werden die einzelnen Kriterien untersucht, die zur Ermittlung der Entscheidungsregel dienen. Dazu wird an die Erkenntnisse von *Langenbucher*[794] angeknüpft, die als Kriterien den Wortlaut, die Fakten, die Kette sowie das Telos des Präjudizes vorschlägt.[795] Zwar versteht *Langenbucher* Richterrecht im traditionellen Sinn, klammert Präjudizien, die auf einer Auslegung von Gesetzen beruhen, also aus.[796] Das steht der Anknüp-

790 Vgl. bei → Fn. 286.

791 Dezidiert anders BVerfG 9.2.1982 – 1 BvR 799/78, BVerfGE 59, 330 (334), wonach auch einzelne Auslegungsfehler zur Aufhebung einer im Ergebnis vertretbaren Entscheidung führen können; *Wank*, ZGR 1988, 314, 336; siehe auch *Wank*, RdA 1987, 129, 160. Neuere Entscheidungen des BVerfG deuten indes in eine andere Richtung, BVerfG (K) 22.8.2016 – 2 BvR 2953/14, NVwZ 2016, 1630 Rn. 19 ff.; 15.7.2015 – 2 BvR 2292/13, BVerfGE 140, 42 Rn. 48, 70 f.; zustimmend MüKo-BGB/*Säcker*, 9. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 157. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Überlegung aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders vernachlässigt werden kann.

792 Vgl. bei → Fn. 309.

793 Ausführlich *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 230 ff.; vgl. zu diesem Zusammenhang bei → Fn. 575.

794 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996.

795 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 77 ff.

796 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fung an die genannten Kriterien jedoch im Grundsatz[797] nicht entgegen. Sie werden im Folgenden aufgegriffen, präzisiert und um weitere Kriterien ergänzt. Dabei werden zur Verdeutlichung Beispiele herangezogen.

aa) Wortlaut und Formulierung

(1) Der Wortlaut

Einen ersten Anhaltspunkt bietet der Wortlaut des Präjudizes. Für die Ermittlung der gemeinten Regel ist der Wortlaut jedoch von geringerem Wert als bei Gesetzen.[798] Urteile beziehen sich auf den zu entscheidenden Einzelfall. Jenseits der Umstände dieses Falls kann man sich nicht auf die sprachliche Genauigkeit der Regel verlassen.[799] Ein allzu wörtliches Verständnis der Entscheidung kann den Blick auf die dahinterstehenden gerichtlichen Wertungen verstellen.[800] Für eine „Wortlautgrenze" ist bei der Auslegung von Präjudizien erst recht kein Raum.[801] Gleichwohl gibt es bestimmte Formulierungen, die indizieren, dass stärker fallübergreifende Aussagen gemeint sind. Betont das Gericht ausdrücklich, Rechtsgrundsätze aufzustellen, spricht das klar für die Allgemeinheit seiner Aussagen.[802] Umgekehrt spricht eine bewusst einzelfallbezogene Formulierung gegen

797 Zur Ausnahme vgl. bei → Fn. 1030.

798 *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 195; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 77; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 449; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 311; *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 42; *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 256; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 536 f.

799 Vgl. *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 185; zuversichtlicher dagegen *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S 163; beispielhaft *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 16 ff.

800 Dazu *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 2, 1933, S. 280 ff.

801 Im Ergebnis auch *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 152 f.

802 Vgl. mit Blick auf die Voraussetzungen eines Vertrauenstatbestands *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 230.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine allgemeine Regelbildung.[803] Insofern gilt aber unverändert: Jeder Begründung wohnt eine Regel inne.[804] Auch vermeintlich streng fallbezogene Aussagen können fallübergreifende Bedeutung haben.[805]

Im Umgang mit Entscheidungsregeln zeigen sich viele Probleme, die mit der juristischen Fachsprache zusammenhängen. Da es insofern um allgemeine juristische Phänomene geht, lässt sich an die tradierte Methodenlehre der Gesetzesinterpretation anknüpfen. Häufig sorgt etwa die Relativität der Rechtsbegriffe für Irritationen.[806] Für die Auslegung von Gesetzesbegriffen ist anerkannt, dass dasselbe Wort je nach Zusammenhang „funktionsdifferent" auszulegen ist.[807] Die verschiedenen Begriffe des „Arbeitnehmers" führen das vor Augen: Der allgemeine Statusbegriff gem. § 611a Abs. 1 BGB, der betriebsverfassungsrechtliche Begriff gem. § 5 Abs. 1 BetrVG, der urlaubsrechtliche Begriff gem. § 2 BUrlG, der arbeitsprozessrechtliche Begriff gem. § 5 Abs. 1 ArbGG, der lohnsteuerrechtliche Begriff gem. § 1 Abs. 1 LStDV und die autonomen Begriffe des Unionsrechts[808] weisen im Einzelnen jeweils Besonderheiten auf.[809] Bildet ein Gericht Regeln, gilt im Grundsatz nichts anderes. Ebenso wie es einen juristischen Kunstfehler bedeutet, eine Legaldefinition ohne sachliche Rechtfertigung in einem anderen Kontext heranzuziehen, darf ein richterlich gebildeter Begriff nicht unvorsichtig übertragen werden.[810]

---

803 *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 233; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 184; vgl. zB den Orientierungssatz in BAG 17.11.2015 – 1 AZR 881/13, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 231 (Beispiel nach *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 29 Fn. 36).

804 Vgl. bei → Fn. 190.

805 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 45.

806 Ausführlich *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 46 ff.

807 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 18; *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 319 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 46 ff.

808 *Temming*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, § 18 Rn. 51 ff.; *Henssler/Pant*, RdA 2019, 321, 324 ff.; monographisch *Hohe*, Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union, 2022; *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011.

809 Vgl. *Fischels*, Der Arbeitnehmerbegriff, 2019, S. 21; *Maties*, in: FS Wank, 2014, S. 323, 332; *Temming*, in: MHdBArbR, 6. Aufl. 2024, Bd. 1, § 18 Rn. 50.

810 Zur „Begriffsparallelisierung" bei Entscheidungsregeln des EGMR vgl. bei → Fn. 1603.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Folgeproblem ist die sog. Begriffsvertauschung (*quaternio terminorum*) bei identischem Wortlaut.[811] Ein bestimmter Begriff aus einer Präjudizentscheidung kann in einem anderen Zusammenhang eine andere Bedeutung haben.

> Beispiel: Nach ständiger Rechtsprechung des BAG können gekündigte Arbeitnehmer im laufenden Kündigungsschutzverfahren einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung haben.[812] Das BAG stützt sich hierzu auf eine Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Der Arbeitgeber habe bis zu einem der Kündigungsschutzklage stattgebenden erstinstanzlichen Urteil danach in der Regel ein überwiegendes Interesse daran, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Ab einer solchen Entscheidung überwiege dagegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung.[813] Darüber hinaus erkennt die Rechtsprechung Ausnahmen an, die an dieser Stelle außen vor bleiben können.[814]

Nach Ansicht des Großen Senats handelt es sich bei dieser Regelbildung um eine bloße Anwendung der schon zuvor entwickelten Rechtsprechung zum Beschäftigungsanspruch im Arbeitsverhältnis.[815] Dabei setzt der Große Senat die Beschäftigung im laufenden Arbeitsverhältnis mit der im – möglicherweise unwirksam – gekündigten Arbeitsverhältnis gleich. Die einschlägigen Wertungen sind indes so verschieden, dass die vorherige Rechtsprechung keine Übertragung rechtfertigt. Die vorschnelle Gleichsetzung ist geeignet, Wertungswidersprüche zu erzeugen.[816]

(2) Der Tonfall der Entscheidung

Eine besondere Facette der Formulierung ist der Tonfall der Entscheidungsgründe. Deutliche bis hin zu pathetischen Formulierungen können einerseits dazu dienen, den Entscheidungsgründen Nachdruck zu verlei-

811 *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 265; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 62 ff.; *Engisch*, in: Ferid, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, 1958, S. 59, 71.

812 Grundlegend BAG 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14.

813 BAG 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14.

814 Dazu Küttner/*Kania,* Personalbuch 2024, Weiterbeschäftigungsanspruch Rn. 13.

815 BAG 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 unter C.II.2.b).

816 *Wank*, RdA 1987, 129, 157 f. mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen.[817] Andererseits kann ein scharfer Tonfall darauf hinweisen, dass es den entscheidenden Richtern eher um ein besonders zu missbilligendes Verhalten im Einzelfall geht.[818] Dass Revisionsrichter unverhohlen deutliche Worte wählen, ist indes ohnehin die Ausnahme. Zur Verdeutlichung soll ausnahmsweise ein Beispiel aus dem allgemeinen Zivilrecht dienen.

> Beispiel: Ein Mann hörte eines Nachts Hilferufe aus einer Ruine. Dort angelangt, fand er eine Frau, die von einem geistig Verwirrten mit einem Hammer angegriffen wurde. Beim Versuch zu helfen, wurde er von dem Verwirrten mit dem Hammer angegriffen und dabei am Kopf verletzt. Er verlangte daher von der Krankenkasse der angegriffenen Frau aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1 Var. 1, 670 BGB den Ersatz des Verdienstausfalls, der ihm in der Folge entstanden war. Die beklagte Krankenkasse wandte dagegen unter anderem ein, die Geschäftsführung habe nicht ihrem „Interesse" iSv § 683 S. 1 Var. 1 BGB entsprochen. Hätte der Kläger nicht eingegriffen, wäre die Frau von dem Verwirrten getötet worden. Dann wären der Krankenkasse jedoch weit geringere Aufwendungen für deren Behandlung entstanden.[819] Diesen Einwand bezeichnet der BGH in den Entscheidungsgründen als „erstaunlich"[820], *Medicus/Petersen* nennen ihn „unverschämt"[821]. Gemeint ist zweifellos dasselbe. Die Höchstgerichte verstehen es, sich deutlich auszudrücken, ohne sich im Ton zu vergreifen. Überdeutliche Formulierungen geben daher Anlass, genauer hinzusehen.

(3) Jedenfalls-Rechtsprechung

Oft stellt sich die Frage, ob eine bestimmte Entscheidungsregel abschließend gemeint ist. Vielfach zeigt sich dann bei näherem Hinsehen, dass eine Regel für eine bestimmte typisierte Fallsituation gelten soll, im Übrigen dagegen nicht.[822] Diese Art von richterlichen Entscheidungsregeln wird

817 Beispiel bei *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 17, 33.
818 Beispielhaft bei → Fn. 1828; zu Emotionen im Entscheidungsprozess näher *Lundmark*, Rechtstheorie 49 (2018), 243 ff.
819 BGH 7.11.1960 – VII ZR 82/59, NJW 1961, 359 (360) unter IV.1.
820 BGH 7.11.1960 – VII ZR 82/59, NJW 1961, 359 (360) unter IV.1.
821 *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 425.
822 Die Regel gilt aber jedenfalls für eine – unter Umständen spezielle – *Art* von Fällen, da höchstgerichtliche Regeln in Anspruch nehmen, auch in wertungsgleichen Fällen angewendet zu werden, vgl. bei → Fn. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hier als *Jedenfalls-Rechtsprechung* bezeichnet.[823] Das entscheidende Gericht muss keine abschließende Regel bilden, um den Fall zu entscheiden.[824] Es kann sich darauf beschränken, dass das Merkmal *jedenfalls* bei einem quantitativen oder qualitativen *Umstand wie im vorliegenden Fall* erfüllt sei.[825] Dahinter steht eine allgemeine methodische Frage: Wie ermittelt man, ob eine bestimmte Regelung abschließend gemeint ist? Sie taucht auch bei der Interpretation von Gesetzen auf. Dort wird geprüft, ob eine bestimmte Gesetzesnorm einen Umkehrschluss zulässt.[826] Statthaft ist ein Umkehrschluss, wenn eine bestimmte Regel anordnet, dass ihre Rechtsfolge für einen bestimmten Umstand *und auch nur für diesen Umstand* gelten soll.[827] Ob dem so ist, ist keine Frage der Logik, sondern eine der Wertung.[828] Fragt man, ob der Umstand die notwendige Bedingung der Rechtsfolge sein soll, so kann man wertungsmäßig bestimmte Abstraktionen ausschließen. Wenn sich nicht im Übrigen eindeutig zeigt, dass das Präjudiziengericht zwei maßgeblich[829] verschiedene Situationen gleichbehandelt wissen wollte, kann man keine solche Regel unterstellen. Zweifelsfälle treten gerade bei von der Rechtsprechung „gegriffenen Werten", also zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe gesetzten Zahlenwerten, auf.[830] Dann stellt sich die Frage, ob ein gegriffener Wert ein bestimmtes Merkmal abschließend konkretisieren soll.[831] Die Formulierung allein bringt meist keine Klarheit. Selbst bei der Verwendung des Wortes „jedenfalls" können mehrere Deutungen möglich bleiben.

---

823 Vgl. auch zu „Teilaspekten" in der Rechtsprechung des BGH *Carina Gabriella Schwarz*, ZfPW 2023, 343, 356 f.

824 Sehr deutlich BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81 unter B.II.2.e): „kurzfristig" iSd Warnstreik-Rechtsprechung seien jedenfalls Arbeitsniederlegungen bis zu drei Stunden. Im Übrigen lässt der Senat die Grenzen dahinstehen.

825 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 314; vgl. *Guski*, JZ 2020, 129, 134; aus Sicht des Prozessvertreters *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 74.

826 Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 100 ff.; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 243; *Faust*, in: FS Canaris II, 2017, S. 479, 479 f.

827 Vgl. *Michael*, JZ 2015, 425, 433.

828 Vgl. *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 336.

829 Zum Maßstab der Ähnlichkeit vgl. bei → Fn. 1106.

830 Näher dazu *Fleischer*, in: FS Canaris I, 2007, S. 71 ff.; allgemein zur Auslegungsbedürftigkeit von Zahlenwerten *H. Hamann*, NJW 2022, 1924 ff.

831 *Krumm*, Die Steuerberatung 2021, 75 ff. zu einem steuerrechtlichen Beispiel.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beispiel: In einem Beschluss vom 10.9.2004[832] hat sich die 2. Kammer des 1. BVerfG-Senats zur „Kampfmittelwahlfreiheit" der Koalitionen geäußert. Die Kammer formulierte: „Die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich ihnen selbst. Das Grundrecht schützt als koalitionsmäßige Betätigung auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen."[833] Die Rezeption der Entscheidung zeigt, dass die Formulierung mehrdeutig ist. Einerseits lässt sie sich so interpretieren, dass „tarifakzessorische" Arbeitskampfmittel erfasst werden, darüber hinaus jedoch keine abschließende Aussage getroffen werden sollte.[834] Dann handelt es sich um *Jedenfalls-Rechtsprechung*. Andererseits gibt es Stimmen, die die Formulierung dahin verstehen, Arbeitskampfmaßnahmen seien *nur* geschützt, wenn sie für eine funktionierende Tarifautonomie erforderlich seien.[835] Der Wortlaut allein gibt – wie immer – keinen hinreichenden Aufschluss.[836]

bb) Prozessualer Sachverhalt

Der prozessuale Sachverhalt ist unverzichtbar, um die Regelhypothese zu überprüfen. Dabei darf der prozessuale Sachverhalt nicht mit dem Lebenssachverhalt verwechselt werden, über den ein Rechtsstreit geführt wird. Zwischen diesem und der richterlichen Regelbildung liegt ein doppelter Abstraktionsprozess. Die erste Abstraktion liegt darin, dass aus dem Le-

832 BVerfG (K) 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167.

833 BVerfG (K) 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 unter B.1.

834 *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, 2020, S. 202; *Giesen/Kersten*, NZA 2018, 1, 3; für möglich haltend auch *Krause*, in: Giesen/Junker/Rieble, Entgrenzter Arbeitskampf?, 2015, S. 43, 61.

835 So *Konzen*, in: FS Reuter, 2010, S. 603, 604, 613 f., der jedoch nur auf die Erforderlichkeit für eine funktionierende Tarifautonomie abstellt, ohne die Formulierung näher zu beachten; *Krause*, in: Giesen/Junker/Rieble, Entgrenzter Arbeitskampf?, 2015, S. 43, 60 hält auch diese Lesart für möglich.

836 So im Ergebnis auch *Krause*, in: Giesen/Junker/Rieble, Entgrenzter Arbeitskampf?, 2015, S. 43, 61; neuerdings tendiert der 2. Senat offenbar zur erstgenannten Ansicht, BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 140.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

benssachverhalt ein prozessualer Sachverhalt geformt wird.[837] Dabei wird bereits eine Vielzahl von Lebensumständen als für den Prozess bedeutungslos ausgesondert. Die zweite Abstraktion erfolgt bei der höchstgerichtlichen Entscheidung. Von den Umständen des prozessualen Sachverhalts hält das Höchstgericht für seine Regelbildung manche für entscheidend, andere für untergeordnet oder bedeutungslos.

Für die Ermittlung der Entscheidungsregel sind nur diejenigen Fakten relevant, auf die das Präjudiziengericht seine Entscheidung gestützt hat.[838] Daraus ergibt sich, mit Blick auf welche Umstände das Gericht die Regel verantworten wollte.[839] Welche Umstände das Gericht als entscheidend ansieht, hängt damit zusammen, worüber die Prozessparteien streiten.[840] Zwar kann es vorkommen, dass das Präjudiziengericht einen Fall zum Anlass nimmt, eine im Verfahren nur nebenbei angesprochene Rechtsfrage ausführlich zu behandeln. Grundsätzlich liegt es jedoch nahe, dass das Gericht die von den Prozessparteien in den Mittelpunkt gerückte Rechtsfrage beantworten will.

Die gleichen Sachverhaltsumstände lassen sich bei der Formulierung der Begründung abstrakter oder konkreter umschreiben. Manche Interpretationszweifel bei der Ermittlung der Entscheidungsregel gehen darauf zurück, dass es keine festen Regeln dafür gibt, wie stark der Sachverhalt beim Formulieren der Begründung abstrahiert werden muss.[841] Zum Teil werden die Umstände selbst innerhalb der Urteilsbegründung unterschiedlich abstrakt umschrieben.[842] Das kann auch im Vergleich von Leitsätzen und Begründung der Fall sein.[843]

---

837 *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 351; vgl. *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, Rn. 16, 235a, 281: „Normbereich"; weiterführend Bender/Häcker/Schwarz, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 5. Aufl. 2021, S. 127 ff.

838 *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 156; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 79; *Basedow*, RabelsZ 80 (2016), 237, 247; implizit auch *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 538; stellvertretend für die Gegenposition *Levi*, An Introduction to Legal Reasoning, 1949, S. 2.

839 *Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, S. 29 f.; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 358 f.; beispielhaft zum Arbeitskampfrecht *Dieterich*, in: FS Herschel, 1982, S. 37, 52 f.

840 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 273.

841 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 313.

842 *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 274.

843 Vgl. die Nachweise bei → Fn. 963.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der prozessuale Sachverhalt liefert einen starken Anhaltspunkt dafür, welche Entscheidungsregeln gemeint sein könnten.[844] Er gibt also in manchen Fällen schon Aufschluss darüber, ob die Regel für den neuen Fall eine Aussage enthält.[845] Darin zeigt sich eine Parallele zum „Hin- und Herwandern des Blicks"[846] bei der Gesetzesanwendung.[847] Auf den ersten Blick liegt es nahe, ein *distinguishing* nach dem Vorbild des angloamerikanischen Rechts zu prüfen. Für eine deutsche Präjudizienmethode geht es darum, ob eine am Fall entwickelte Rechtsregel einschlägig ist.[848] Entsprechend der oben[849] entwickelten Unterscheidung kommt es auch insofern auf die Perspektive des Präjudiziengerichts an. Der Fallvergleich hat demnach Bedeutung, Bezugspunkt bleibt aber immer die Entscheidungsregel.[850]

Besonders plakative prozessuale Sachverhalte spielen eine ambivalente Rolle. Einerseits können solche Fälle eine grundlegende Regelbildung mit sich bringen. Das entscheidende Gericht kann aus Anlass eines solchen Falls Regeln aufstellen, die dann in unspektakulären Fällen nicht stimmig erscheinen.[851] Bei der Ermittlung der Entscheidungsregel spielt das jedoch keine Rolle, sofern eine bestimmte Regel gemeint ist – *hard cases make bad law*.[852] Andererseits kann das Präjudiz bei näherem Hinsehen eine deutlich einzelfallorientierte Regelbildung vornehmen und damit nur begrenzte Aussagen für „Normalfälle" treffen. Die Regelbildung am Sonderfall muss sich prinzipiell nicht auf die Ausnahmekonstellation beschränken. Aber:

844 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 80; *Coing*, JuS 1975, 277, 278; *Schürer*, ZBl 2013, 583, 594; *E. Picker*, JZ 1984, 153, 158 weist darauf hin, dass sich gerade abstrakt formulierte Regeln am entschiedenen Einzelfall bewähren müssen.

845 Vgl. *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 152 f.

846 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.

847 *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 41; ähnlich *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 271; daran anknüpfend *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 260.

848 *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 233.

849 Vgl. bei → Fn. 494.

850 So auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 471, der jedoch die Ermittlung der Entscheidungsregel nicht klar von ihrer Fortbildung trennt; vgl. auch *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 285.

851 Vgl. bei → Fn. 492.

852 Den Mehrwert atypischer Fälle zur Erkenntnis der gelebten Richtermethode betont *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 1 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Liegt ein Sonderfall zugrunde, ist bei der Verallgemeinerung besondere Vorsicht geboten.[853]

Beispiel: In seiner zweiten Warnstreikentscheidung[854] knüpfte das BAG an die erste Warnstreikentscheidung[855] an. In der ersten Warnstreikentscheidung hatte die IG Metall kurz vor der Tarifeinigung in den Tarifverhandlungen mit einem örtlichen Industrieverband zu einer „Demonstration" aufgerufen. Infolgedessen legten bei der Eröffnung einer Diamant- und Edelsteinbörse die betroffenen Arbeitnehmer die Arbeit für einen Zeitraum von zwei bis drei Stunden nieder. Das BAG hielt die Streikmaßnahme für rechtmäßig. Da der Arbeitskampf insofern nur einen „milden Druck" auslöse, dürften nicht die (damals noch)[856] strengen Anforderungen des ultima-ratio-Prinzips gelten.[857] In seiner zweiten Warnstreikentscheidung übertrug das BAG diesen zurückgenommenen Kontrollmaßstab auf Streiks der „Neuen Beweglichkeit". Diese zeichnete sich dadurch aus, dass verschiedene, wechselnde Arbeitgeber und deren Betriebe durch jeweils kurzfristige, unvorhersehbare Arbeitsniederlegungen bestreikt werden.[858] Damit stützte das BAG die Fortbildung seiner Entscheidungsregeln maßgeblich darauf, dass es sich jeweils um kurze, befristete Arbeitsunterbrechungen handele.[859] Neben dieser vordergründigen Gemeinsamkeit unterschieden sich die Fälle aber maßgeblich. Zwar waren die einzelnen Arbeitsniederlegungen kurz. Im Unterschied zu der Kampfmaßnahme in der ersten Warnstreikentscheidung wurde indes durch den „rollierenden Streik" gezielt ein erheblicher Druck auf die bestreikten Arbeitgeber ausgeübt.[860] Wegen dieses wesentlichen wertungsmäßigen Unterschieds wäre gegenüber der ersten Warnstreikentscheidung keine Gleichbehandlung, sondern ein *distinguishing* erforderlich gewesen.[861] Das BAG entschied sich gleichwohl in Kenntnis dieser

853 Beispielhaft *Petrovicki*, NZA 2006, 411, 413.
854 BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81.
855 BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 5.
856 Zur späteren „Aushöhlung" des ultima-ratio-Prinzips vgl. bei → Fn. 904.
857 BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 5 unter 3.
858 *Rüthers*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 156; *Heinze*, NJW 1983, 2409.
859 BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81 unter B.II.2.e).
860 *Rüthers*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 156; *Heinze*, NJW 1983, 2409, 2411; *Lieb*, NZA 1985, 265, 270; *Loritz*, ZFA 1985, 185, 200.
861 Besonders deutlich *Lieb*, NZA 1985, 265, 269: „Etikettenschwindel"; ähnlich *Wank*, RdA 1987, 129, 158: „Begriffsvertauschung".

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unterschiede, die Maßstäbe aus der ersten Warnstreikentscheidung auf die „Neue Beweglichkeit" zu erstrecken.[862] Hier zeigen sich die Grenzen des *distinguishing* bei der Ermittlung der Entscheidungsregel. Wo das Präjudiziengericht sich bewusst dagegen entscheidet, angesichts bestimmter Sachverhaltsumstände zu differenzieren, gilt die *gemeinte* Regel. Dem entspricht die Rezeption der zweiten Warnstreikentscheidung. Die Kritik bezog sich darauf, dass das BAG eine notwendige Unterscheidung unterlassen habe.[863]

Besondere Vorsicht ist bei einer Regelbildung unter „umgekehrten Vorzeichen" nötig. Wenn ein Gericht die Regel in einem Zwischenschritt bei der Lösung einer anderen Rechtsfrage bildet, verbürgt die Entscheidung unter Umständen nicht die Geltung dieser Regel in ihrer direkten – also nicht inzidenten – Anwendung. Was im atypischen Anlassfall stimmig erscheint, führt im „Normalfall" zum umgekehrten Ergebnis. Das kann bedeuten, dass auch eine Regel, die im atypischen Ausgangsfall erkennbar gemeint war, in ihrer direkten Anwendung vom Präjudiziengericht nicht akzeptiert würde. Wenn die Regel unter umgekehrten Vorzeichen entwickelt wurde, hat das Präjudiziengericht sie auch nur für diese Fälle verantwortet. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Regel nicht zugleich für die umgekehrten Fälle gemeint ist. Ergänzend muss das Gesamtsystem der Entscheidungsregeln herangezogen werden.[864] Weicht das Gericht später von einer solchen Regelprämisse – dieses Mal unter „positiven Vorzeichen" – ab, mutet das zwar widersprüchlich an. Trotzdem wäre es ungenau, insofern von einer Rechtsprechungsänderung zu sprechen.[865]

Beispiel: Laut einer neueren Entscheidung des BAG ermöglicht § 2 Abs. 1 WissZeitVG eine Befristung nur bei Arbeitsverträgen über mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit.[866] Diese Regel wird sowohl im zweiten Leitsatz wie in den Entscheidungsgründen explizit formuliert und argumentativ begründet.[867] Auf den ersten Blick scheint das BAG eine solche Regel ohne Einschränkung aufstellen zu wollen. Dafür ist es

862 BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81 unter B.II.2.e).
863 *Hirschberg*, RdA 1989, 212, 214; *Lieb*, NZA 1985, 265, 269 f.; *Loritz*, ZFA 1985, 185, 199 f.; *Richardi*, JZ 1985, 410, 416 ff.
864 Vgl. dazu bei → Fn. 937.
865 Vgl. zu den Begriffen näher bei → Fn. 1256.
866 BAG 20.1.2021 – 7 AZR 193/20, AP WissZeitVG § 2 Nr. 18 Rn. 24.
867 Ob die Begründung überzeugt, spielt hier keine Rolle und soll daher dahingestellt bleiben.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch ohne Bedeutung, ob die Aussage für die Entscheidung bei näherer Betrachtung nicht zwingend erforderlich, also aus der Sicht eines späteren Rechtsanwenders ein *obiter dictum* ist.[868] Das BAG erwähnt diese Regel nicht bloß beiläufig, sondern stützt sich in seiner Begründung maßgeblich darauf. Trotzdem ist insgesamt nicht zweifelsfrei, ob die Regel über die Fallsituation hinaus gemeint ist. Im Anlassfall führte der Ausschluss der Viertelstellen von der Befristungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG nämlich nicht zur Unwirksamkeit einer Befristung. Das zentrale Problem des Falls war, ob die Anrechnungsvorschrift des § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG mit den Vorgaben der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG vereinbar ist. Daran wurden in der Literatur große Zweifel laut.[869] Das BAG suchte in der Folge offenbar nach einem Weg, die Richtlinienwidrigkeit der Anrechnungsvorschrift abzulehnen, ohne die Sache dem EuGH vorzulegen.[870] Es fand ihn, indem es Viertelstellen generell vom Befristungsgrund nach Abs. 1 ausnahm. Danach wären Viertelstellen nur noch aufgrund der allgemeinen Rechtsgrundlagen zu befristen, was unionsrechtlich problematische Kettenbefristungen in diesen Konstellationen ausschließt. Insofern bestätigt sich, dass sich der Begriff des *obiter dictums* nicht eignet, um das Gemeinte vom Anekdotischen abzugrenzen.[871] Zwar hätte das BAG die Klage auch abweisen können, ohne die Viertelstellen generell von der Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG auszunehmen.[872] Dann wäre die Entscheidung allerdings absehbar als unionsrechtswidrig kritisiert worden. Ob man auch dieser Gefahr mit einer weiteren Modifikation der Begründung hätte begegnen können,[873] spielt insofern keine Rolle. In komplexen Fällen sind regelmäßig verschiedene Begründungen denkbar. Dass man mit abweichenden Grundprämissen bestimmte Schwierigkeiten vermeiden kann, ist ein wichtiger Beitrag zum wissenschaftlichen Dialog mit der

868 Dazu *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 598.
869 Näher *Stumpf*, NZA 2015, 326, 329; weitere Nachweise bei *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 598 Fn. 9; *Pschorr*, Anm. zu AP WissZeitVG § 2 Nr. 20, unter II.
870 *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 601; *M. Herrmann*, RdA 2023, 50, 52; kritisch zu dieser Praxis *von Danwitz*, StuW 2018, 323, 325.
871 Vgl. beispielhaft *Korch*, ZGR 2021, 867, 872; näher dazu bei → Fn. 481.
872 *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 598.
873 Dazu *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 601 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsprechung.[874] Um eine gemeinte Regel zu erkennen, muss man sich jedoch dieser Pfadabhängigkeiten bewusst werden.

Es ging im Ausgangsfall erkennbar nicht darum, allgemeine Aussagen über die Zulässigkeit der Befristung von Viertelstellen gem. § 2 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG zu treffen. Dieses Ergebnis stützt der Zusammenhang im Gesamtsystem der Entscheidungsregeln. Insgesamt zeigt das BAG im wissenschaftlichen Sonderbefristungsrecht eine großzügige Linie. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, inwiefern eine konkrete Tätigkeit dem befristeten Arbeitnehmer inhaltlich nützliche Erfahrungen vermittelt.[875] Dass die Befristung von Viertelstellen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG unabhängig von den Einzelfallumständen ausscheiden soll, harmoniert damit nicht. Der Entscheidung kann daher keine allgemeine Entscheidungsregel entnommen werden, wonach die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit gem. § 2 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG ausscheidet. „Folgerichtig"[876] hat das BAG in einer neueren Entscheidung Entscheidungsregeln gebildet, die der direkten Anwendung einer solchen Regel diametral entgegenstehen.[877]

cc) Entscheidungskette und Gesamtsystematik

Die Entscheidungskette des Präjudizes ist ein wesentliches Kriterium zur Ermittlung der gemeinten Regel.[878] Richterliche Entscheidungsregeln werden im Laufe der Zeit weiterentwickelt.[879] Oft arbeiten die Gerichte

874 Deshalb hat der Hinweis von *H. Hanau/M. Herrmann*, NZA 2022, 597, 598 ff.; *M. Herrmann*, RdA 2023, 50, 52 f. seine Berechtigung.

875 Zur extensiven Auslegung der „Qualifizierung" iSv § 2 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG: BAG 2.2.2022 – 7 AZR 573/20, AP WissZeitVG § 2 Nr. 20 Rn. 35 ff.; *M. Herrmann*, RdA 2023, 50, 53 ff.; *Pschorr*, Anm. zu AP WissZeitVG § 2 Nr. 20, unter II.

876 Treffend insofern der Titel bei *M. Herrmann*, RdA 2023, 50: „Konsequente Inkonsequenz".

877 BAG 2.2.2022 – 7 AZR 573/20, AP WissZeitVG § 2 Nr. 20 Rn. 47, 54; *M. Herrmann*, RdA 2023, 50, 51 ff.; *Pschorr*, Anm. zu AP WissZeitVG § 2 Nr. 20, unter II.

878 Ausführlich zu „Fallketten": *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 196 ff.; vgl. auch *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 252.

879 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 82; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 164; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017,

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dabei „minimalinvasiv".[880] Sie beschränken ihre Konkretisierungen auf Sachverhalte, die zumindest mit dem Streitfall eng verwandt sind. Damit begegnen Richter der Gefahr, überschießende Konkretisierungen später zurücknehmen oder marginalisieren zu müssen.[881] Aus einer längeren Entscheidungskette lassen sich somit zuverlässiger allgemeingültige Aussagen entwickeln.[882] *Dworkin* bezeichnet die Rechtsprechung plastisch als „Fortsetzungsroman"[883]. Eine längere Entscheidungskette relativiert die etwaige Unschärfe des Wortlauts einer Entscheidungsregel. Praktisch folgt daraus, dass gerade längere Entscheidungsketten zurückverfolgt werden müssen, um die Entwicklung der Entscheidungsregel nachvollziehen zu können.[884] So lassen sich auch etwaige „Ausreißer" richtig einordnen.[885]

Beispiel: In der Dogmatik des deutschen Arbeitskampfrechts ist weitgehend anerkannt, dass der Arbeitskampf ein Hilfsmittel der Tarifautono-

S. 462; s. auch *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 205; vgl. auch *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 193 ff.

880 Im angloamerikanischen Rechtskreis wird der Begriff des „*judicial minimalism*" verwendet, dazu *Sunstein*, One case at a time, 1999; *Sunstein*, Tulsa Law Review 825 (2007), 825 ff. Ähnlich das sog. reasoning from case to case, *Levi*, An Introduction to Legal Reasoning, 1949, S. 1; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 257 ff.; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 431; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 105; *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 13.

881 Vgl. *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 78; mit Blick auf den EuGH *Alexander J. Schmidt*, NZA 2021, 1232, 1234.

882 *Cardozo*, The Nature of the Judicial Process, 1921, 48 f.; *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 424 f.; *Coing*, JuS 1975, 277, 280, 283; *Guski*, JZ 2020, 129, 134 f.

883 *Dworkin*, Law's empire, 1986, S. 228 ff.: „chain novel"; weiterführend dazu *Varsava*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 281, 285 ff.; zur Bedeutung auch für das Civil Law *S. Arnold*, in: Bersier/Bezemek/Schauer, Common law – Civil law, 2022, S. 29, 37 ff.; ähnlich *Hillgruber*, in: Oberreuter, Staatslexikon, 8. Aufl. 2020, Bd. 4, „Richterrecht".

884 *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 280 formuliert treffend, das Richterrecht sei „immer unterwegs"; vgl. auch *Holmes*, The common law, 1881, S. 36: „The truth is, that the law is always approaching, and never reaching, consistency."; anschaulich dazu *DiMatteo*, Wash. L. Rev. 88 (2013), 1287 ff.; *Fleischer*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 1, 11 ff.; siehe auch *Riesenhuber*, AcP 218 (2018), 693, 709.

885 Dazu *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 22 ff.; zu „Pfadabhängigkeiten" *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 148 f.; beispielhaft *Höpfner*, ZFA 2009, 541, 572.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mie ist.[886] Daraus folgerte das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 9 Abs. 3 GG Arbeitskampfmaßnahmen nur schütze, sofern sie allgemein erforderlich seien, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.[887] Eine Arbeitskampfmaßnahme sei danach rechtmäßig, wenn sie erstens allgemein zur Sicherung einer funktionierenden Tarifautonomie erforderlich und zweitens ihr Einsatz in der konkreten Situation verhältnismäßig sei.[888] In seinen Entscheidungen zum Unterstützungsstreik[889] und zum Flashmob[890] hatte das BAG jedoch den „Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit" in einer Weise verstanden, die die *allgemeine* Erforderlichkeit des Arbeitskampfmittels leerlaufen ließ. Die 3. Kammer des 1. Senats beim BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde gegen die Flashmob-Entscheidung nicht zur Entscheidung an. Dabei ging sie nicht auf die frühere Rechtsprechung ein, sondern formulierte lediglich, dass die Wahl der Mittel den Koalitionen überlassen bleibe.[891] Isoliert betrachtet konnte man die vorherige Rechtsprechung damit infrage gestellt sehen.[892] Im Zusammenhang mit den nachfolgenden Entscheidungen beider Senate des BVerfG[893] zeigt sich jedoch, dass darin keine Rechtsprechungsänderung lag. Das BVerfG verwendet nun wieder konsequent die frühere Formulierung.[894]

Allerdings ist die Entscheidungskette nicht immer vollständig vorgegeben. Ist das nicht der Fall, muss sie zuerst „geknüpft" werden.[895] Zitate der früheren Rechtsprechung und wörtliche Wiederholungen sprechen dafür, dass die Rechtsprechung eine Entscheidungskette bilden oder fortsetzen will. Umgekehrt sagt es etwas aus, wenn die Formulierung der Regel gegenüber

886 Siehe nur *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 83.
887 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 Rn. 131 mwN.
888 *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 186 mwN.
889 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 11, 19.
890 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174 Rn. 31, 49 ff.
891 BVerfG (K) 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23.
892 Statt vieler zum inhaltlichen Widerspruch *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 186; *R. Schwarze*, ZFA 2018, 149, 157.
893 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 126; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 Rn. 131; BVerfG (K) 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, AP GG § 9 Arbeitskampf Nr. 192 Rn. 14.
894 *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 89.
895 *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 197; zum „auswählenden distinguishing" *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, 1975, S. 101 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

früheren Entscheidungen erweitert oder verengt wird.[896] Bei der Ermittlung ist ohne Bedeutung, ob frühere Präjudizien der Entscheidungskette und ihre Regeln vertretbar sind.[897] Für das richtige Verständnis des letzten Präjudizes kann das dahinstehen, da die früheren Kettenglieder die letzte Entscheidung jedenfalls als „historische Tatsache" beeinflussen.[898] Manchmal kommt es durch schrittweise Fortentwicklung dazu, dass eine frühere Ausnahmeregelung zum neuen Grundsatz wird („*exception swallowing the rule*"[899]).[900] Ähnlich kann eine formal unveränderte Regel durch häufiges *distinguishing* nach und nach außer Funktion gesetzt werden.[901] Die Regel wird dann durch *distinguishing* implizit aufgegeben (*silent overruling*).[902] Werden infolge neuer Präjudizien Wertungswidersprüche erkennbar, kann es aber auch zu disruptiven Fortentwicklungen in kurzer Folge kommen.[903]

Beispiel: Nach der hergebrachten Dogmatik des Streikrechts sind Arbeitskampf und Tarifverhandlung zeitlich strikt zu trennen.[904] Dazu dient das „Ultima-ratio-Prinzip": Arbeitskämpfe sollen nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn alle anderen Mittel ausgeschöpft sind.[905] Ob Tarifverhandlungen inhaltlich zum Zeitpunkt des Streiks noch Erfolg versprächen, ist aus praktischen wie aus juristischen Gründen kein tauglicher Prüfungsmaßstab.[906] Seine normative Funktion erfüllte das Prinzip, indem die Rechtsprechung bestimmte formelle Schritte zur Voraussetzung erhob. Bevor ein Arbeitskampf eingeleitet werden durfte, musste eine Schlichtung gescheitert sein. Außerdem hatte die Arbeitskampfpar-

896 Exemplarisch *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 82 f.

897 Anders ist es beim Maßstab der Fortbildung vgl. bei → Fn. 1127.

898 Zur „Geschichtlichkeit des Verstehens" *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7 Aufl. 2010, S. 376 ff.

899 *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 61.

900 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 40; *Greiner*, NZA-Beil. 2011, 117, 119.

901 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 296 f.; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 128; *Greiner*, NZA-Beil. 2011, 117, 119 f.

902 *Allen*, Law in the Making, 7. Aufl. 1964, S. 297.

903 *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, 1975, S. 103: „entwickelndes distinguishing"; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 531 ff.; vgl. auch *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 8.

904 Statt vieler *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 131, 139.

905 BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 163 unter B.I.

906 Insofern zutreffend BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108 unter A.I.3.b).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tei das Scheitern der Verhandlungen (formell) zu erklären.[907] In seiner vierten „Warnstreik-Entscheidung“[908] setzte der 1. Senat des BAG die das „Ultima-ratio-Prinzip“ konkretisierenden Regeln jedoch außer Funktion. Aus der Einleitung der Arbeitskampfmaßnahmen folge, dass die Arbeitskampfpartei die Verhandlungen als gescheitert ansehe. Die Aussage mochte auf den ersten Blick plausibel erscheinen. Gleichwohl vertauschte sie den allgemeinsprachlichen Begriff des „Scheiterns der Verhandlungen“ mit dem spezifisch juristischen, den der Große Senat in seinen Arbeitskampfbeschlüssen von 1955[909] und 1971[910] erkennbar zugrunde gelegt hatte.[911] Nachdem das BAG fortan zirkulär[912] von der Einleitung der Arbeitskampfmaßnahme auf das Vorliegen ihrer Voraussetzungen schloss, blieb für das „Ultima-ratio-Prinzip“ kein subsumtionsfähiger Inhalt mehr. Es tauchte noch eine Weile als Worthülse in den Entscheidungsgründen auf[913] und wird seitdem nicht mehr herangezogen.[914]

Betrachtet man die Rechtsprechungspraxis zum *distinguishing*, lassen sich zwei unterschiedliche Herangehensweisen feststellen.[915] Die eine geht vom neuen Fall aus und arbeitet Unterschiede in dessen Sachverhalt heraus. Die andere legt dar, welche einschlägigen Besonderheiten der Präjduzienfall aufwies.[916] Obwohl das für die Rechtsanwendung im Einzelfall keinen Unterschied macht, kann der Blickwinkel etwas über die Weiterentwicklung einer früheren Entscheidungsregel aussagen. Der Fokus auf die Gegenwart unterstreicht, dass die Entscheidungsregel grundsätzlich weitergeführt werden soll. Implizit drückt das Gericht aus, dass der Rechtsanwender für eine abweichende Behandlung des neuen Falls die Argumentationslast trägt. Oft geht das mit einer Formulierung einher, die unterstreicht, dass das Präjudiz

907 *Rüthers*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 201 f.
908 BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108 unter A.I.3.c).
909 BAG 28.1.1955 – GS 1/54, NJW 1955, 882.
910 BAG 21.4.1971 – GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43 Teil III. A. [2.] a).
911 Zur Begriffsvertauschung näher vgl. bei → Fn. 811.
912 *Mayer-Maly*, Anm. zu AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108, unter I.
913 Letztmalig BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 163 unter B.I.
914 *Treber*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 13 Rn. 45; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 131, 140 f.; kritisch zur Aushöhlung der weiteren Regeln des Großen Senats *Wank*, RdA 2023, 65, 75.
915 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 129.
916 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 129.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schlicht einen anderen Fall betreffe.[917] Fokussiert sich das Gericht in seiner Begründung auf die Gegenwart, kann darin eine stärkere Distanzierung zur Vorentscheidung liegen.[918] Insofern lässt sich ein „minimalinvasives" von einem stärker einschneidenden *distinguishing* trennen.[919] Bedeutung hat die Unterscheidung in komplexen Entscheidungsketten, wenn unklar ist, ob zwei möglicherweise konträre Entscheidungsregeln gleichzeitig weitergeführt werden.[920]

Oft überdauern Entscheidungsketten eine bestimmte Senatsbesetzung. Dass längere Entscheidungsketten insgesamt kohärent sind, darf dabei nicht unkritisch angenommen werden: Personelle Wechsel in der Senatsbesetzung bewirken oft eine Rechtsprechungsänderung.[921] Die Verfestigung bestimmter Entscheidungsregeln hängt zentral davon ab, ob die Entscheidungsregel bereits in verschiedenen Senatsbesetzungen angewandt wurde.[922] Eine Untersuchung der Rechtsprechung wäre unvollständig, wenn sie die Rolle einzelner Richterpersönlichkeiten außen vor ließe.[923] Trotz des Beratungsgeheimnisses (vgl. § 43 DRiG) lassen sich manche Rechtsprechungslinien mit den Veröffentlichungen einzelner Richterpersönlichkeiten in Verbindung bringen.[924] Auf den ersten Blick mag es naheliegen,

917 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 129.

918 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 129.

919 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 129 f.; dazu auch *Raz*, The authority of law: Essays on law and morality, 2. Aufl. 2009, S. 185 ff.

920 Dazu ausführlich das Beispiel bei → Fn. 1743.

921 Paradigmatisch *P. Hanau*, NZA 1996, 841: „Neue Richter, neues Recht."; zustimmend *Preis*, ZFA 2023, 474, 477; *Rüthers/Fischer*, Anm. zu EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 6, 7; beispielhaft *Fleischer*, NZG 2018, 241, 244; *Schulz*, ZIS 2018, 403, 406 f.; zu einem historischen Beispiel *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 342.

922 *Weiß*, Der Richter hinter dem Recht, 2014, S. 544.

923 Vgl. *Fleischer*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 1, 6; *D. Neumann*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 367, 381; zu Beispielen aus dem Gesellschaftsrecht ausführlich *Weiß*, Der Richter hinter dem Recht, 2014, S. 345 ff.; siehe auch *Lüderitz*, AcP 168 (1968), 329 ff.

924 Sehr offen der frühere BAG-Präsident *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 247: „Da gab es aus meiner Sicht nichts zu vermitteln, da musste eine Fehlentwicklung gestoppt werden."; *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 185; *D. Neumann*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 367, 377; sehr kritisch *Zöllner*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395, 1404 ff.; siehe auch *Höpfner*, RdA 2006, 156, 159.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

literarische Stellungnahmen einzelner Senatsmitglieder als „authentische" Hinweise heranzuziehen.[925] Deren Aussagekraft für das richtige Verständnis einer Entscheidung ist jedoch mit Vorsicht zu genießen.[926] Manchmal will die Erläuterung der beteiligten Richterpersönlichkeit nicht recht zum Präjudiz passen.[927] Versteht man den „Willen des Präjudiziengerichts" als normativen Willen[928], muss eine nachträgliche authentische Interpretation durch einzelne beteiligte Personen ausscheiden.[929] Aufgrund des Beratungsgeheimnisses fehlt es regelmäßig an Anhaltspunkten, um einen übereinstimmenden Willen der Senatsmitglieder von der nachträglichen Umdeutung durch ein einzelnes Mitglied zu unterscheiden. Praktisch ändert daran auch die Möglichkeit zur Auswertung der Gerichtsakten nach Ablauf der langen Sperrfristen wenig.[930] Dass über die gesamte Dauer der Sperrfrist keine Folgeentscheidungen ergehen, die fortan den neuen Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der Entscheidungsregel bilden, dürfte kaum vorkommen. Darin unterscheidet sich die deutsche Rechtskultur von der in manchen angloamerikanischen Rechtsordnungen, in denen die Einzelmeinungen der an einer Senatsentscheidung beteiligten Richterpersönlichkeiten offen zum Ausdruck kommen.[931]

Gerade im Arbeitsrecht kommt es vor, dass verschiedene Senate des BAG zu vergleichbaren Rechtsfragen entscheiden. Knüpft ein Senat dabei an die Rechtsprechung eines anderen Senats an, können Widersprüche entstehen. Die Weiterentwicklung bestimmter Rechtsprechungslinien durch andere Senate muss insofern keineswegs eine stimmige Fortführung bedeuten,

925 Vgl. *Lutter*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 747, 752.

926 *Korch*, ZGR 2021, 867, 898; *Fleischer*, NZG 2018, 241, 244; vgl. aus höchstrichterlicher Perspektive *Röhricht*, ZGR 1999, 445, 471; gegen eine „präterprozessuale[ ] Selbstinterpretation" und „postprozessuale[ ] Selbstkorrektur" *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1091.

927 Sehr deutlich bei den Erläuterungen *Wulf Goettes* zum ARAG ./. Garmenbeck-Urteil des BGH, dazu *Koch*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 471, 483 ff.

928 Vgl. bei → Fn. 219.

929 Für eine „objektive" Deutung des ARAG ./. Garmenbeck-Urteils siehe den Diskussionsbericht von *Bergmann*, wiedergegeben bei *Grau*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2014, 2015, S. 19, 23; differenzierend *Koch*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 471, 485 f.

930 Zu den Archivakten des BVerfG *Michl*, JöR 68 (2020), 323, 323 ff., 324 Fn. 2 mwN; monographisch *Darnstädt*, Verschlusssache Karlsruhe, 2018.

931 *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 155.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern kann zu ungelösten Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Gerichts führen.[932]

In dogmatisch stark ausdifferenzierten Gebieten, wie etwa dem Recht der Befristung von Arbeitsverträgen, können richterliche Entscheidungsregeln auch untereinander eine verschiedene Abstraktionshöhe aufweisen. Zwischen Gesetz und Fall bilden sich dann mehrere „Zwischenschichten".[933] Damit entsteht die Gefahr einer sich verselbstständigenden Dogmatik: Die fallnäheren Entscheidungsregeln können einerseits den gesetzlichen Wertungen widersprechen, andererseits auch den übergeordneten Entscheidungsregeln. So können durch konkrete Entscheidungsregeln die abstrakteren Vorgaben nach und nach „entkernt" werden. In den Grenzen der Vertretbarkeit spielt das für die Ermittlung der Entscheidungsregel jedoch keine Rolle.[934]

> Beispiel: Die Dogmatik der Projektbefristung hat sich zunehmend verselbstständigt. Sie wird zwar nach wie vor als Unterfall von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG angesehen. Indes widerspricht sie den Leitlinien des BAG für die sonstigen Fälle eines „vorübergehenden Bedarfs".[935] Für die Praxis ist trotzdem klar, dass für die „Projektbefristung" die Sonderregeln gelten, die das BAG im Einzelnen entwickelt hat. Abgesehen von teilweise geäußerten Bedenken an der Vereinbarkeit mit Unionsrecht[936] betreffen diese Fragen nur eine mögliche Fortbildung der Entscheidungsregel.

Über die konkrete Entscheidungskette hinaus stehen Präjudizien im größeren Zusammenhang eines Gesamtgefüges der Rechtsprechung.[937] Die Gefahren einer Argumentation aus dem inneren System der Entscheidungsregeln sind dieselben wie bei der „Einheit der [gesetzlichen] Rechtsord-

---

932 Zur „Betriebsvereinbarungsoffenheit des Arbeitsvertrags" *Lang*, Die verdrängende Betriebsvereinbarung, 2018, S. 152 ff.; *Wenning*, Betriebliche Übung und Betriebsvereinbarung, 2019, S. 380 ff.; *Kreutz*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 383, 393 f.; *Riesenhuber*, in: FS Windbichler, 2020, S. 353 ff.; *Waltermann*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 765, 769 ff.; *Linck/Koch*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 825 ff.; *Creutzfeldt*, NZA 2018, 1111 ff.; *Eisemann*, RdA 2020, 193 ff.; *Preis/D. Ulber*, NZA 2014, 6 ff.; *Raab*, ZFA 2022, 4, 26 ff.

933 Als Beispiel mag die nähere Ausgestaltung der Arbeitskampfvorgaben dienen, vgl. *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 83 ff., Rn. 100 ff.

934 Zur Fortbildung vgl. bei → Fn. 1183.

935 Dazu APS/*Backhaus*, 7. Aufl. 2024, TzBfG § 14 Rn. 379.

936 APS/*Backhaus*, 7. Aufl. 2024, TzBfG § 14 Rn. 379.

937 Vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 52; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung".[938] Eine auf Kohärenz abzielende Regelbildung kann punktuelle Unbilligkeiten im Einzelfall nicht ausschließen.[939] Trotzdem gibt es inkohärente Maßstäbe und es ist unzulässig, sie im Rahmen der Ermittlung einer Entscheidungsregel zu überspielen.[940] Gleichwohl müssen sachlich verwandte Rechtsprechungslinien im Blick behalten werden.[941] Ist offen, wie eine Regel zu verstehen ist, kann das Gesamtsystem der Entscheidungsregeln zum richtigen Verständnis beitragen.[942] Wie bei der systematischen Argumentation mit Gesetzesnormen gilt aber, dass die Einheit des Systems nicht den Blick auf die Einzelregelung verstellen darf. Das „Einheitsideal" ist bei jeder Interpretation von Regeln in einem System ambivalent.[943] Betont man die Einheit des Systems übermäßig, könnte das Gericht eine eingeschlagene Linie kaum mehr verlassen.

Dieser Argumentationsansatz hilft vor allem in Sachgebieten, in denen alle wesentlichen Regeln durch die Rechtsprechung entwickelt wurden. So sind die Entscheidungsregeln zum Arbeitskampfrecht nicht isoliert vom geltenden Koalitionsrecht zu verstehen.

Beispiel: Nach traditionellem Verständnis ist nur ein tarifakzessorischer Arbeitskampf rechtmäßig.[944] Daraus wird gefolgert, dass ein rechtmäßiger Streik auch stets von einer tariffähigen Arbeitnehmerkoalition getragen werden müsse.[945] Dafür spreche, dass nicht tariffähige Koalitionen mangels Gewerkschaftseigenschaft keine wirksamen Tarifverträge gem. § 2 Abs. 1 TVG schließen können. Bei näherer Betrachtung greift

938 Grundlegend dazu *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 69 und passim; siehe zum Common Law insofern *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 347 f.

939 So allgemein *Rüthers*, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009, S. 6; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 178; zum Grundkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 46 ff.

940 Vgl. zu den allgemeinen Problemen der Argumentation aus dem Gesamtsystem bei → Fn. 250.

941 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 109; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 164. Zu den Implikationen für die Vorlagepflicht gem. § 132 Abs. 2 GVG *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 539 f.

942 Beispielhaft *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 267 f.

943 Vgl. *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 146.

944 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 184 Rn. 52 mwN; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 24 Rn. 2; *Frieling*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, Rn. 3; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 492.

945 *Reinbach*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4 Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser Schluss indes zu kurz. Das Arbeitskampfrecht dient der Durchsetzung der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, der „Koalitionsvertragsautonomie".[946] Inhaltlich umreißt diese Koalitionsvertragsautonomie zugleich, welche Ziele tarifvertraglich geregelt werden können. Allerdings steht den Koalitionen neben Tarifverträgen auch das Regelungsmittel der schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarung zur Verfügung.[947] Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen können auch von nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen geschlossen werden.[948] Dann ist jedoch nicht erklärlich, wieso die Tariffähigkeit Voraussetzung eines rechtmäßigen Arbeitskampfs sein soll.[949] Zwar mag die ständige Rechtsprechung auch darauf beruhen, dass die schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen bisher nicht im Mittelpunkt der Diskussion standen.[950] Da das BAG jedoch auch argumentativ implizit auf die Tariffähigkeit abstellt,[951] würde die Erstreckung der möglichen Streikträger auf nichttariffähige Koalitionen eine *Fortbildung* der Entscheidungsregel bedeuten.

Bei der Argumentation aus dem inneren System der Rechtsprechung ist eine Gefahr zu berücksichtigen, die auch bei der Interpretation von Gesetzen auftaucht. Die ursprüngliche Intention kann nicht durch Regelungen anderer Regelsetzer ermittelt werden, die erst später ergangen sind.[952] Solche späteren Regelungen spielen zwar eine wichtige Rolle, allerdings erst im Rahmen der Fortbildung der Entscheidungsregel.[953]

---

946 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 140; entsprechend für die Tarifautonomie *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 17 Rn. 8 ff.

947 Ausführlich dazu *Höpfner*, RdA 2020, 129 ff.

948 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 138.

949 *Frieling*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4 Rn. 11; *Höpfner*, RdA 2020, 129, 140 f.; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 131, 134 Fn. 45; *E. Picker*, ZFA 2011, 557, 590 ff.; im Ergebnis auch *C. Frank*, ZESAR 2024, 217, 221 f.; anders wohl *Linsenmaier*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 297, 303 f.

950 Dazu *Höpfner*, RdA 2020, 129, 129 f. Der Streik wird regelmäßig ausschließlich auf Tarifverträge bezogen, vgl. *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 25 Rn. 2 ff.

951 Besonders deutlich BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 184 Rn. 55; näher zur Entwicklung der Rechtsprechung *Reinbach*, Das gewerkschaftliche Streikmonopol, 2018, S. 188 ff.

952 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 165 ff. thematisiert das „innere System" hauptsächlich bei der Analogieprüfung; vgl. auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 9 Rn. 24. Spätere Regelungen *desselben Spruchkörpers* können dagegen ihrerseits Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der Entscheidungsregel sein.

953 Vgl. bei → Fn. 1127.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich ist bei Entscheidungsregeln wie bei Gesetzesnormen eine „*normorientierte Auslegung*“[954] möglich: Eine Interpretation im Lichte der vom Präjudiziengericht angewandten Normen.[955] Dabei kann es sich nicht um die unmittelbar angewandte Norm handeln, da deren Wertung bereits vorgelagert bei der Vertretbarkeit der Entscheidung zu prüfen ist.[956] Die Aussagekraft der normorientierten Auslegung ist begrenzt, ganz wie die der systemorientierten Auslegung. Aufgrund der Fülle anderer – nicht zwingend höherrangiger[957] – Normen, die die Regelbildung beeinflusst haben könnten, trägt die normorientierte Auslegung selten zur Klarheit bei. Wie die systemorientierte Auslegung birgt die normorientierte Auslegung die Gefahr, dass eine erkennbar gemeinte Regel überspielt wird.[958]

dd) Leitsatz und Gründe

Durch die Veröffentlichung ihrer Entscheidungen kommunizieren die Höchstgerichte zugleich mit der jeweiligen Fachcommunity.[959] Die Revisionsgerichte verstehen ihre Regeln als allgemeine Leitlinien für die Praxis.[960] Unter anderem zeigt sich das daran, dass das BAG seine redaktionellen Orientierungssätze zum Teil als „Anwendung“ früherer Entscheidungen bezeichnet.[961] Das darf aber nicht dazu verleiten, Leit- oder Orientierungs-

954 Der Begriff lehnt sich an die „systemorientierte Auslegung“ an, dazu *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 163.

955 Vgl. zum Unionsrecht Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121.

956 Vgl. bei → Fn. 642.

957 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 163 f.; anders für die „rangorientierte Auslegung“ *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 9 Rn. 53 ff. Zur „Hochzonung“ im Verhältnis von europäischem Primär- und Sekundärrecht vgl. *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 143; und dazu *Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, S. 229 ff.; kritisch *Wank*, RdA 2020, 1, 4.

958 Zur verfassungsorientierten Auslegung des BAG in der Rechtsprechung zum „Vorbeschäftigungsverbot“ *Höpfner*, NZA 2011, 893, 898; *Frieling*, Anm. zu EzA Nr. 77 zu § 14 TzBfG (2012), 1, 29 ff.

959 Besonders zu den Leitsätzen *Heusinger,* Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 190 f.; *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 43 ff.

960 Zur Orientierungswirkung vgl. bei → Fn. 151.

961 Beispielsweise BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, AP TzBfG § 14 Nr. 143 unter „Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung“, „Zu OS 1“.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sätze allgemein mit Entscheidungsregeln gleichzusetzen.[962] Immer wieder gibt es Beispiele für sehr weit geratene Leitsätze, die in der Praxis für Irritationen sorgen.[963] Dass eine Entscheidung zur Veröffentlichung in einer bestimmten Sammlung vorgesehen ist, ist nur ein schwaches Indiz für ihre Allgemeingültigkeit. In der arbeitsrechtlichen Entscheidungssammlung (AP)[964] finden sich einerseits wichtige Grundsatzentscheidungen, andererseits aber auch Entscheidungen, die lediglich die bestehende Dogmatik auf einen Einzelfall anwenden. Zwar kann man von der Veröffentlichung bestimmter Passagen in einer Entscheidungssammlung darauf schließen, dass der Aussage eine gewisse fallübergreifende Bedeutung beigemessen wird.[965] Für deren genauere Reichweite gibt der Abdruck als solcher jedoch nichts her.

Amtliche Leitsätze sind authentische Hinweise der Senatsmitglieder.[966] Ebenso wie Gerichtsentscheidungen selbst genießen sie „als amtlich verfasste Leitsätze" gem. § 5 Abs. 1 UrhG keinen urheberrechtlichen Schutz.[967] Im Unterschied zu eigenständigen Veröffentlichungen der beteiligten Richter[968] stehen amtliche Leitsätze im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Entscheidung und gehen nicht nur auf einzelne Mitglieder des Spruchkörpers zurück. Orientierungssätze[969] werden dagegen von den Mitgliedern der Gemeinschaft von Richterinnen und Richter am BAG erstellt. Insofern ergibt sich ein wesentlicher Unterschied: Bei Orientierungssätzen

962 Allgemein zu den Anforderungen an gute Leitsätze *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 141 ff.; *Carina Gabriella Schwarz*, ZfPW 2023, 343, 345 ff.; zum „Richterpositivismus" vgl. bei → Fn. 246.

963 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 102 f.; *Korch*, ZGR 2021, 867, 880 f.; zum Beispiel im Urteil des BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 Leitsatz a) = NJW 1982, 1703; dazu *Fleischer*, NZG 2018, 241, 246; *Fleischer/Heinrich*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 345, 362 f., 367 f.

964 Nichtamtliche Entscheidungssammlung, in der die Urteilstexte samt Leit- und Orientierungssätzen veröffentlicht werden, zum historischen Konzept der AP *Wiedemann*, RdA 1999, 5, 6.

965 *Korch*, ZGR 2021, 867, 879 f.

966 *Moritz*, in: Herberger/Berkemann, Standort juris, 1996, S. 213, 216; näher *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, 2004, S. 265 ff.; *V. Wagner*, in: FS Leinemann, 2006, S. 633 ff.

967 Näher zu dem Kriterium „amtlich verfaßt" iSv § 5 Abs. 1 UrhG BGH 21.11.21991 – I ZR 190/98, BGHZ 116, 136 (144 ff.).

968 Vgl. bei → Fn. 925.

969 Kritisch zu Orientierungssätzen *V. Wagner*, in: FS Leinemann, 2006, S. 633, 639; *C. Fischer*, RdA 2003, 114, 115 Fn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheint ein inhaltlicher Einfluss senatsfremder Richter nicht ausgeschlossen.[970] Das mag erklären, dass sich im Einzelfall auch zwischen Leit- und Orientierungssätzen inhaltliche Unterschiede ergeben können.[971] Handelt es sich jedoch um Rechtsfragen, die regelmäßig nur in die Zuständigkeit desselben Senats fallen, scheint es gleichwohl überschießend, den Orientierungssätzen keine Bedeutung beizumessen. Bei Rechtsfragen, mit denen potenziell verschiedene Senate befasst sind, ist dagegen größere Vorsicht geboten. Das gilt erst recht, wenn sich noch keine einheitliche Rechtsprechungslinie herausgebildet hat oder sogar eine Divergenz droht.

Mit beidem nicht zu verwechseln sind redaktionelle Leitsätze, die von den jeweiligen Verlagen erstellt werden. Diese sind lediglich eine bestimmte Interpretation der Entscheidung durch Dritte und dürfen nicht als authentische Hinweise verstanden werden.[972] Schließlich sind auch die Pressemitteilungen der Berufsrichter des entscheidenden Senats zu beachten. Insbesondere für die Zeit zwischen der Verkündung der Entscheidung und der Veröffentlichung ihrer Begründung müssen prognostizierende Rechtsanwender diese zur Kenntnis nehmen.[973] Im Einzelfall kann die Formulierung einer Pressemitteilung die (Fehl-)Interpretation einer Entscheidung beeinflussen.[974]

Bisher[975] wurde der Rückgriff auf Leitsätze vor allem kritisch beleuchtet. Amtliche Leitsätze können jedoch auch eine hermeneutische Funktion erfüllen, wenn sie im Zusammenhang mit den Entscheidungsgründen gelesen werden.[976] Unklarheiten in den Entscheidungsgründen können durch die Leitsätze ausgeräumt werden.[977] So kann die Formulierung eines Leitsatzes unterstreichen, dass ein *obiter dictum* eine gemeinte Regel aufstellt.[978]

970 Vgl. zur Abgrenzung auch BGH 21.11.1991 – I ZR 190/89, BGHZ 116, 136 (148).
971 Zu so einem Beispiel *C. Fischer/Oestreich*, SAE 2004, 151, 157.
972 *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, 1979, S. 77 f.; vgl. *V. Wagner*, in: FS Leinemann, 2006, S. 633, 638 f.
973 So BAG 3.6.2020 – 3 AZR 255/20 (F), AP ArbGG 1979 § 78a Nr. 17 Rn. 8; *Bauer*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 1057, 1060 f.
974 *Bauer*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 1057, 1060.
975 Vgl. bei → Fn. 178.
976 Vgl. *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 145; differenzierend auch *Herschel*, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 201, 212.
977 *Herschel*, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 201, 209.
978 *Waltermann*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 765, 769; *Waltermann*, RdA 2016, 296, 298 f.; *Preis/ D. Ulber*, NZA 2014, 6, 6 f.; vgl. auch *Carina Gabriella Schwarz*, ZfPW 2023, 343, 353 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andererseits enthalten die Leitsätze manchmal vermeintlich allgemeine Aussagen, denen eine Entsprechung in den Entscheidungsgründen fehlt.[979]

Beispiel: Gegriffene Werte werfen häufig die Frage auf, ob die Entscheidungsregel jenseits der Wertgrenze einen Umkehrschluss ermöglicht.[980] § 9 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 AÜG regelt, dass beim „Abwerben" von Leiharbeitnehmern durch den Entleiher die Zahlung einer „angemessenen Vergütung" an den Verleiher vereinbart werden kann.[981] Insofern stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Vermittlungsgebühr zum Bruttomonatsgehalt des Arbeitnehmers stehen darf. Der BGH hat entschieden, dass eine Gebühr regelmäßig angemessen ist, wenn sie zwei Bruttomonatsgehälter nicht übersteigt.[982] In der Literatur ist seither umstritten, ob unter bestimmten Umständen auch höhere Vermittlungsgebühren zulässig sein können.[983] Es geht vor allem um Fälle, in denen der Leiharbeitnehmer eine besondere Sachkunde aufweist oder seine Qualifikationen auf dem Arbeitsmarkt besonders begehrt sind.[984] Liest man den Leitsatz der Entscheidung im Zusammenhang mit den Entscheidungsgründen, ergibt sich ein deutliches Bild. Die Begründung geht mit keinem Wort auf die konkrete Grenze ein. Dass die vereinbarte Höhe im Leitsatz erwähnt wird, ist offenbar dem Sachverhalt geschuldet. Man kann darin eine Bestätigung der früheren Rechtsprechung[985] sehen, nach der *jedenfalls*[986] eine Gebühr von zwei Bruttomonatsgehältern auch ohne Differenzierung nach konkreter Tätigkeit und Arbeitsmarktsegmenten angemessen ist. Die Entscheidungsgründe tragen dagegen keinen Umkehrschluss für die Fälle, in denen die Klausel – unter konkreter Darlegung besonderer Umstände – eine höhere Vermittlungsgebühr vorsieht.[987]

979 Kritisch dazu *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 145; zu so einem Beispiel *Jochem*, JR 1976, 240.

980 Vgl. dazu bei → Fn. 831.

981 Für die konkrete Ausgestaltung der Klausel hat die Rechtsprechung detaillierte Leitlinien aufgestellt, die hier ausgeklammert werden.

982 BGH 5.11.2020 – III ZR 156/19, NZA 2021, 50.

983 Dafür BeckOK-ArbR/*Kock*, 72. Aufl., AÜG § 9 Rn. 54; *Bissels/Falter*, DB 2021, 680, 681; ablehnend Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl. 2022, AÜG § 9 Rn. 187.

984 BeckOK-ArbR/*Kock*, 72. Aufl., AÜG § 9 Rn. 54.

985 BGH 10.11.2011 – III ZR 77/11, NZA-RR 2012, 67 (68 f.) Rn. 22.

986 Vgl. bei → Fn. 822.

987 So im Ergebnis auch BeckOK-ArbR/*Kock*, 72. Aufl., AÜG § 9 Rn. 54; dagegen Schüren/Hamann/*Schüren*, 6. Aufl. 2022, AÜG § 9 Rn. 182a; *Roloff*, in: FS Henssler, 2023, S. 533, 543; ohne nähere Differenzierung nun auch BGH 10.3.2022 – III ZR 51/21 ZIP 2022, 917 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Häufig wird die Anknüpfung an eigene Präjudizien mit den Worten „Fortführung von…“ eingeleitet. Damit gibt das Gericht zu verstehen, dass es sich nach eigener Einschätzung jedenfalls nicht auf die Anwendung bestehender Entscheidungsregeln beschränkt hat. Darüber hinaus sagt die Formulierung nicht viel aus: Als „Fortführung“ kann die bloße Präzisierung verästelter Untersätze gemeint sein, aber auch eine Modifikation oder Ausgestaltung der einschlägigen rechtlichen Prämissen.[988] Ähnlich vage ist die Formulierung „Klarstellung zu…“. Hiermit kann gemeint sein, dass das Gericht mit einem bloß vereinzelt aufgetretenen Missverständnis aufräumt. Manchmal werden jedoch sogar eindeutige Modifikationen grundlegender Entscheidungsmaßstäbe als „Klarstellung“ bezeichnet.[989]

Stützt sich die Entscheidung auf andere Literatur- oder Rechtsprechungsfundstellen, kann deren Inhalt ein Indiz zur Ermittlung der Entscheidungsregel sein. Wo das Urteil mehrere Lesarten zulässt, ist zu ermitteln, ob die zitierten Fundstellen auch eine allgemeinere Lesart argumentativ absichern.[990] Auch im Übrigen lässt die Zitierweise ggf. Rückschlüsse auf die Allgemeinheit der Entscheidung zu. Das setzt voraus, dass der erkennende Senat seine Nachweise grundsätzlich nicht nur auf die eigenen Präjudizien beschränkt. Ist das der Fall, bleibt dieses Kriterium als solches unergiebig.[991] Selbst die Formulierungen früherer Präjudizien werden oft so selbstverständlich herangezogen, dass es im Einzelfall zu „Redaktionsversehen“ kommen kann.[992]

Setzt sich der erkennende Senat dagegen auch in den Entscheidungsgründen mit der Literatur auseinander, ist das ein Indiz für die Allgemeinheit der Entscheidung;[993] schließlich argumentiert die Literatur regelmäßig

988 Im Einzelfall wird eine Modifikation sogar als „Festhalten“ an der bisherigen Rechtsprechung bezeichnet, *Fischer*, Anm. zu EzA Nr. 55 zu § 77 BetrVG 1972, 11, 33.

989 So die Bezeichnung der Entscheidung BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55 Rn. 21 bei Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 99 Rn. 79c; dazu *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 36; *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 179 f.; *B. Schmidt*, Anm. zu BAG AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 143; allgemein auch *Windbichler*, FS Kissel, 1994, 1287, 1294.

990 Vgl. das Beispiel bei *Loyal*, JURA 10 (2016), 1181, 1185.

991 Zur Entscheidungskette vgl. bei → Fn. 878.

992 So beispielhaft *Denke*, RdA 2023, 171, 174.

993 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 6 Rn. 152 weist auf den Unterschied zwischen „Routinefällen“ und anderen Fällen hin.; vgl. auch *D. Neumann*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 367, 367 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht mit den Besonderheiten des Einzelfalls.[994] Stattdessen diskutiert sie dogmatische Fragen auf abstrakter Ebene. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Literatur spricht dafür, dass die richterlichen Aussagen eine gewisse Allgemeinheit aufweisen.[995] So hat ein Höchstgericht regelmäßig keinen Grund, ausführlich die Literatur auszuwerten, wenn es glaubt, eine Entscheidung von geringer Tragweite zu treffen. Setzt ein Gericht sich nicht mit der Literatur auseinander, kann umgekehrt auch darin ein Indiz liegen.[996] Dieses Indiz ist indes schwächer als im umgekehrten Fall. Denn auch wenn ein Höchstgericht Regeln aufstellt, die nicht in der Literatur vorbereitet wurden, kann eine Grundsatzentscheidung gemeint sein.[997] Dann kommt es auch darauf an, ob das Problem den Kern des Rechtsstreits oder lediglich eine Randfrage betrifft.[998]

Im Unterschied zum Common Law veröffentlichen Bundesrichter an den deutschen Revisionsgerichten keine abweichenden Voten.[999] Das angloamerikanische Recht kennt sowohl das in Begründung und Ergebnis abweichende Sondervotum (*dissenting opinion*), wie das nur in der Begründung abweichende Sondervotum (*concurring opinion*).[1000] Daraus erhellt oft, welche weiteren oder engeren Formulierungen der Urteilsgründe erwogen wurden, sich jedoch nicht durchsetzen konnten.[1001] Sondervoten können zudem einen Rechtsprechungswandel vorbereiten.[1002] Letztlich darf die Aussagekraft der Sondervoten je nach Rechtsordnung nicht überschätzt

994 Das gilt vor allem für selbstständige Beiträge. Für Urteilsanmerkungen und -besprechungen stimmt das nur mit Einschränkungen.

995 Nicht jedes Literaturzitat lässt jedoch eine sachliche Auseinandersetzung erkennen, *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 230.

996 Zweifelnd *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 230 f.; *Fischer*, Anm. zu EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG, 17, 45 weist darauf hin, dass die Literaturangaben in der Entscheidungsbegründung nicht auf das tatsächlich zur Kenntnis genommene Schrifttum schließen ließen.

997 BAG GS 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51; dazu *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 231.

998 Vgl. bei → Fn. 840.

999 Zur rechtspolitischen Diskussion *Kaiser*, Das Mehrheitsprinzip in der Judikative, 2020, S. 305 Fn. 647 mwN; zu den Sondervoten beim BVerfG (vgl. § 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) vgl. bei → Fn. 1299.

1000 Vgl. *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4 Aufl. 1991, S. 84 ff.; zum Unterschied zu den Sondervoten beim BVerfG (vgl. § 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) *Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, S. 307 f.; weiterführend *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 515 ff.

1001 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 57 f.

1002 *Höreth*, Der Staat 50 (2011), 191, 203 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden: Die Handhabung hat vor allem rechtskulturelle Gründe.[1003] Mangels solcher Optionen sind die Entscheidungsgründe deutscher Fachgerichte im Normalfall der Versuch eines Kompromisses.[1004] Auf den ersten Blick mag das dagegen sprechen, einzelne Formulierungen der deutschen (Bundes-)Fachgerichte auf die Goldwaage zu legen. Andererseits kann man in der deutschen Tradition einheitlicher Kollegialurteile auch eine größere Autorität der Entscheidungsgründe erkennen.[1005] Der Entscheidungsstil des Präjudiziengerichts liefert einen wesentlichen Ansatz zum richtigen Verständnis der Entscheidungen.[1006]

Die gemeinte Regel ist nur im Zusammenhang mit der Entscheidung zu erkennen. Gegenstand der Interpretation ist daher das gesamte Präjudiz.[1007] Auch der Tenor ist für die Ermittlung der Entscheidungsregel zu berücksichtigen.[1008] Verweist das Gericht beispielsweise einen Rechtsstreit zur weiteren Tatsachenfeststellung an die Vorinstanz zurück, kann sich auch darin ein bestimmtes Verständnis der Entscheidungsregel zeigen.[1009] Im Mittelpunkt steht die Begründung der Entscheidung. Sie hat nicht nur für die Überzeugungskraft Bedeutung,[1010] sondern ist mit den als relevant erkannten Tatsachen ein wichtiges Hilfsmittel zur Ermittlung präjudizieller Entscheidungsregeln.[1011] Wenn die Gründe lediglich eine engere Regel tragen, kann das ein starkes Argument sein. Indes ist die Begründung im

1003 *Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, S. 308; *Kaiser*, Das Mehrheitsprinzip in der Judikative, 2020, S. 307; *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281, 386 f.; vgl. auch *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 515 ff.

1004 *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 251 f.; *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 529 f.

1005 Näher zum „selbstbewussten" Stil deutscher Urteile *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 6 Rn. 154.

1006 *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 975.

1007 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 272.

1008 Skeptisch zur Aussagekraft des Tenors *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 272.

1009 Zu einem solchen Beispiel *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 180.

1010 So in der Tendenz *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 462, relativiert jedoch auf S. 467 und 469.

1011 *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 123; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 272; *Haverkate*, ZRP 1973, 281, 284; beispielhaft *Höpfner*, ZFA 2023, 387, 398 f., 405.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenhang zu lesen. Werden bestimmte Aussagen aus ihrem Kontext gezogen, kann das in die Irre führen.[1012]

Oft beruht eine Entscheidungsregel ausdrücklich oder aus dem Zusammenhang erkennbar auf bestimmten normativen Prämissen. Sind in einem besonderen Fall diese Prämissen nicht gegeben, ist zu prüfen, ob die Entscheidungsregel eine implizite Ausnahme enthält. Im Einzelfall kann es schwerfallen, eine bereits angelegte Ausnahme von einer wertungsmäßig gebotenen, bisher aber nicht umgesetzten Differenzierung abzugrenzen.[1013] Nicht jede plausible normative Prämisse schlägt sich in den Entscheidungsgründen nieder. Im Einzelfall können richterliche „Motivirrtümer" bei der Regelbildung entstehen.[1014]

Schwierigkeiten bereitet es darüber hinaus, wenn eine Rechtsprechung auf bestimmten Prämissen beruht, diese aber später in einem anderen Zusammenhang aufgegeben oder von der Rechtsentwicklung überholt werden.[1015] Im Einzelfall kann man auf den Gedanken „cessante ratione legis, cessat ipsa lex"[1016] zurückzugreifen.[1017] Dabei ist jedoch zu unterscheiden: Gibt der Senat des Präjudizes später in einem anderen Zusammenhang seine Prämissen auf, kann es sein, dass zugleich die frühere Entscheidungsregel außer Funktion gesetzt werden soll. Anders liegt der Fall, wenn ein anderer Senat inzident nicht den Prämissen des Präjudizes folgt. Grundsätzlich greifen dann die Vorlagevorschriften,[1018] wobei deren tatsächliche Handhabung durch die Revisionsgerichte sie oft zu bloßem *law in the books* werden lässt.[1019] Auf dieser Stufe der Methode bleibt es dabei, dass dann zwei inkohärente Entscheidungsregeln nebeneinanderstehen.[1020]

1012 Beispielhaft dazu *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 194.
1013 Beispielhaft unter → Fn. 950.
1014 Dazu das Beispiel unter → Fn. 1801.
1015 *Holmes*, The common law, 1881, S. 35 weist darauf hin, dass Präjudizien(-regeln) ihren ursprünglichen Zweck zum Teil lange überdauern; plastisch auch *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 469.
1016 Wenn der Zweck des Gesetzes entfällt, entfällt auch das Gesetz selbst, *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 43; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 135 f.
1017 Beispielhaft *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 2, 1933, S. 39.
1018 Vgl. bei → Fn. 107.
1019 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 63 f.; zum Zusammenhang von obiter dicta und Vorlageverfahren *P. Hanau*, NZA 1996, 841, 842 f.
1020 Beispiel bei *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ist unklar, ob eine spezielle, neu aufgestellte Entscheidungsregel eine anerkannte, allgemeinere Entscheidungsregel verdrängt, ist im Zweifelsfall nicht davon auszugehen, dass die allgemeinere Regel aufgegeben werden soll. Stattdessen ist in solchen Fällen – sofern nach der Ausschöpfung aller anderen Auslegungskriterien Zweifel bleiben – von einer engeren, stärker fallbezogenen Lesart der neuen Entscheidung auszugehen.[1021]

Für die Folgefrage des Vertrauensschutzes wird schließlich in der Literatur danach unterschieden, ob die Entscheidung im Wege der Auslegung oder der Rechtsfortbildung ergeht.[1022] Für die Allgemeinheit der gemeinten Regel gibt die Unterscheidung jedoch wenig her. Alle Rechtsbegriffe sind mehr oder weniger unbestimmt.[1023] Es gibt Rechtsprechung, die zwar als Auslegung verstanden wird, jedoch weitreichende, konkrete Regeln in gesetzgeberisch nur vage angeleiteten Problemsituationen aufstellt.[1024] Insofern generell von einer schwächeren fallübergreifenden Aussagekraft auszugehen als bei – zweifellos rechtsfortbildenden – Regelbildungen zum Koalitions- oder Arbeitskampfrecht, scheint zu pauschal. Die Allgemeinheit der Regel lässt sich nicht daraus ableiten, ob das Recht ausgelegt oder fortgebildet wird.[1025]

ee) Teleologische Ansätze

Das Telos des Präjudizes ist als Argument problematisch. Um aus dem Zweck einer Regel etwas für deren Anwendungsbereich zu folgern, muss dieser Zweck zunächst ermittelt werden. Teleologische Argumentation begegnet immer der Gefahr, das Telos nicht herzuleiten, sondern bloß zu unterstellen.[1026] *Langenbucher* zufolge ist insofern auf die dahinterstehenden

1021 Zu umgekehrten Vorzeichen vgl. bei → Fn. 863.

1022 *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 231 f.; a.A. *Birk*, JZ 1974, 735, 736.

1023 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 8; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 97; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 26 mwN.

1024 Vgl. die Beispiele bei *Schlachter*, Auslegungsmethoden im Arbeitsrecht, 1987, S. 29 ff., die sich der Verfasserin zufolge sämtlich auf die Auslegung von § 87 Abs. 1 BetrVG beziehen.

1025 Zum Applikationsproblem vgl. bei → Fn. 144.

1026 Vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 5 Rn. 8 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 729; *Rückert/Seinecke*, in: dies., Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner,

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Wertargumente" abzustellen.[1027] Als Beispiel verweist sie auf den Anwendungsbereich der – damals ausschließlich auf Rechtsprechung beruhenden –[1028] *culpa in contrahendo*.[1029] An dieser Stelle zeigt sich die abweichende methodische „Standortwahl"[1030] und die abweichende Anküpfung an Richterrecht im engeren Sinn. Nimmt man – wie hier vertreten – an, dass die Rechtsanwendung in „denkendem Gehorsam" gegenüber dem Gesetzgeber zu erfolgen hat,[1031] sind die zugrundeliegenden „Wertargumente" die des Gesetzgebers. Sie sind bei der Ermittlung der Entscheidungsregel im Rahmen der *normorientierten*[1032] und der *normkonformen Auslegung*[1033] zu berücksichtigen.

Um die *gemeinte* Regel zu ermitteln, kann man nur auf einen Zweck zurückgreifen, den das Präjudiziengericht seiner Entscheidung erkennbar zugrunde gelegt hat.[1034] Auch dann darf eine gemeinte Regel jedoch nicht unter Verweis auf ihren Zweck „verflüssigt"[1035] werden. Knüpft das Präjudiziengericht die Entscheidungsregel an eine Entscheidungskette an, ohne eine eigene Aussage zum Telos zu treffen, kann auf die Ausführungen in früheren „Kettengliedern" zurückgegriffen werden. Damit hängt das Telos eng mit dem prozessualen Sachverhalt und der Entscheidungskette zusammen.[1036] Im angloamerikanischen Recht liefern die Sondervoten (*dissenting opinions*) Hinweise, wie das Telos des Präjudizes (auch) verstanden

---

3. Aufl. 2017, S. 39, 47; *Preuß*, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche n. F. 24 (1900), 359, 369: „Das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf."

1027 So *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 85 unter begrifflicher Anknüpfung an die *ratio decidendi*.

1028 Die *culpa in contrahendo* ist heute gesetzlich in § 311 Abs. 2 Nr. 1–3 BGB verankert.

1029 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 84 f.

1030 Dazu näher *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 19.

1031 Vgl. bereits bei → Fn. 583.

1032 Vgl. bei → Fn. 954.

1033 Vgl. bei → Fn. 1055.

1034 Vgl. *Coing*, JuS 1975, 277, 282: „[die] von den Richtern der Vorentscheidung berücksichtigte[n] Bewertungsmaßstäbe"; *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 120; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 164.

1035 In Anlehnung an *Preuß*, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche n. F. 24 (1900), 359, 369; siehe auch *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 31 f.

1036 Anders insofern *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 83 ff.; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 541.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird.[1037] Da die deutschen Fachgerichte keine Sondervoten veröffentlichen, ist es schwieriger, das gemeinte Telos zu ermitteln.[1038]

Nach der entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation sind Präjudizien als Teil des Gesamtbestands rechtlicher Regeln zu verstehen. Der genaue Regelinhalt lässt sich unter Bezug auf das Gesamtsystem der Regeln ermitteln. Dieses Kriterium wird bei der Gesetzesauslegung zum Teil als teleologisches Kriterium angesehen.[1039] Richtigerweise geht dieses Kriterium aber sowohl bei der Gesetzesauslegung als auch bei der Präjudizieninterpretation in den übrigen Auslegungskriterien auf. Sofern teleologische Kriterien darüber hinaus herangezogen werden sollen, um Rechtsprechung dogmatisch zu ordnen[1040], betrifft das entweder die Fortbildung der Entscheidungsregel oder die Systematisierung durch die Wissenschaft[1041]. Eine weitergehende Argumentation mit dem Telos droht mehr zu verschleiern, als sie nützt. Das Telos des Präjudizes hat somit keine eigenständige Bedeutung für die Interpretation. Es wird daher im Anschluss nicht mehr gesondert erläutert.

ff) Rückschlüsse aus der Prozessgeschichte

Rückschlüsse für die Interpretation einer bestimmten Entscheidungsregel können sich auch aus der Prozessgeschichte ergeben. In manchen Fällen ist erkennbar, dass eine bestimmte Entscheidungsregel speziell mit Bezug auf eine prozessuale Besonderheit des Anlassfalls gebildet wurde.[1042]

Wird die Revision wegen „grundsätzlicher Bedeutung" gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO zugelassen, ist zu beachten, *welcher* Rechtsfrage vom Berufungsgericht grundsätzliche Bedeutung beigemessen wird. Oft beschränkt

1037 Zur „policy"-Argumentation im angloamerikanischen Recht *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 101 ff.

1038 Vgl. bei → Fn. 1001.

1039 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 91 f. mit Fn. 23; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 5 Rn. 9 Fn. 37, Rn. 12 ff.; dagegen *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 7 f.

1040 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 85 ff.

1041 Vgl. dazu bereits bei → Fn. 235.

1042 So hat das BAG eine Entscheidung zur Fortwirkung betrieblicher Vergütungsordnungen erkennbar mit Blick darauf begründet, dass die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 6 BetrVG rechtskräftig verneint wurde, BAG 22.6.2010 - 1 AZR 853/08, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 136 Rn. 7, 37; *Wiese*, RdA 2012, 332, 339; *Reichold*, RdA 2011, 311.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich die Urteilsbegründung jedoch darauf, die „grundsätzliche Bedeutung entscheidungserheblicher Rechtsfragen" festzustellen.[1043] Anders ist es, wenn dem Revisionsverfahren eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde vorangeht. Dann ist das Revisionsgericht gezwungen, die konkrete Rechtsfrage herauszuarbeiten, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es spricht vieles dafür, dass das nachfolgende Präjudiz speziell in Bezug auf diese Rechtsfrage eine Entscheidungsregel aufstellt.

Denkbar ist auch, dass sich Rückschlüsse daraus ziehen lassen, dass eine Vorlage an den Großen Senat unterbleibt.[1044] Das ist jedoch ein schwaches Indiz: Zur Vermeidung unerwünschter Vorlagen argumentieren die Revisionsgerichte mitunter kreativ.[1045] So brachte der frühere BAG-Präsident *Dieterich* offen zum Ausdruck, dass er die Verzögerung durch Vorlage an den Großen Senat in einem wichtigen Verfahren für „unerträglich"[1046] hielt. Ähnlich kritisch werden die weitreichenden Festlegungen durch Entscheidungen des Großen Senats gesehen.[1047] Zum Teil erklärt sich eine bestimmte Regelbildung auch mit Blick auf die Begründung oder Vermeidung einer gerichtlichen Zuständigkeit.[1048] Nicht selten zeigt sich das für die Pflicht zur Vorlage an den EuGH. Manche Regelbildungen erklären sich daraus, dass nur mit einer bestimmten Begründung eine Vorlage an den EuGH vermieden werden konnte.[1049] Solche Indizien sprechen dafür, eine allgemeinere Aussage nur vorsichtig anzunehmen.

1043 Beispielhaft LAG Bremen 6.12.2017 – 3 Sa 64/17, BeckRS 2017, 152445 Rn. 57.

1044 *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 541; zur deren historischer Entstehung *Schneck*, in: Freyler/Gräf, Arbeitsrecht als Richterrecht?, 2023, S. 105, 111 ff.

1045 Zum „horror pleni" bereits *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 446 f.; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 12 f.; *Giesen*, RdA 2014, 78, 85; *Rüthers/Bakker*, ZFA 1992, 199, 204 f.; beispielhaft Staudinger/*Höpfner*, 2021, BGB § 249 Rn. 229.

1046 *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 130.

1047 *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 157; *Schneck*, in: Freyler/Gräf, Arbeitsrecht als Richterrecht?, 2023, S. 105, 122 ff.

1048 Zu „Abgrenzungsentscheidungen" *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 177, 187; *Holmes*, The common law, 1881, S. 84 f. zu einem historischen Beispiel aus dem common law.

1049 Beispielhaft bei → Fn. 870.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel und normkonforme Auslegung

Eine zulässige Entscheidungsgrundlage bildet eine richterliche Entscheidungsregel nur, wenn sie vertretbar ist. Insofern ergeben sich mittelbar gewisse Grenzen der Anwendung von Entscheidungsregeln aus dem geschriebenen Recht.[1050] In Abgrenzung zur Vertretbarkeit der Entscheidung geht es dabei um die *Vertretbarkeit der Entscheidungsregel*.[1051] Anknüpfungspunkt ist die *gemeinte* Entscheidungsregel.[1052] Der Prüfungsmaßstab entspricht dem der Vertretbarkeit der Entscheidung.[1053]

Möglich ist, dass nach Auswertung aller Interpretationskriterien dem Präjudiziengericht mehrere Entscheidungsregeln plausibel zugerechnet werden können, von denen indes nur eine vertretbar ist. In begrifflicher Anlehnung an die „systemkonforme Auslegung"[1054] ist dann eine *normkonforme Auslegung*[1055] der Entscheidungsregel möglich. Ist eine Gerichtsentscheidung hinsichtlich der zugrundeliegenden Entscheidungsregel mehrdeutig, ist diejenige Regel zu wählen, die dem Inhalt einer einschlägigen Norm nicht zuwiderläuft.[1056]

Für den prognostizierenden Rechtsanwender hat dieser Ansatz keine praktische Bedeutung. Die „gelebten Grenzen" der Vertretbarkeit beziehen sich auf die Vertretbarkeit der Entscheidung im Ergebnis. Zwar prüft das

1050 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. 2016, S. 79.

1051 Die Entscheidung ist vertretbar, wenn sie mit irgendeiner methodisch vertretbar abgeleiteten Regel begründet werden kann. Da diese Regel fallnah formuliert werden kann, greift dieser „Filter" selten. Geht es in einem weiteren Schritt um die Abstraktion der Entscheidungsregel, können Regeln verschiedener Allgemeinheitsstufen in Betracht kommen. Dabei muss sichergestellt werden, dass aus einer fallnahen vertretbaren Regel keine Regel abstrahiert wird, die dem Inhalt der interpretierten Norm widerspricht.

1052 Dazu bereits bei → Fn. 771.

1053 Vgl. bei → Fn. 565.

1054 Grundlegend *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008; ähnlich *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 9 Rn. 49 ff.: „rangkonforme Auslegung".

1055 Angedeutet bei *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521, 540 f. Zur „gesetzeskonformen Auslegung" von Willenserklärungen grundlegend *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983; vgl. *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 159 f., 258 f. Für die Übertragung auf Tarifnormen auch BAG 16.11.2022 – 10 AZR 210/19, NZA 2023, 435 Rn. 13 mwN.

1056 Es handelt sich insofern um eine „Vorzugsregel zwischen Lesarten", dazu *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 161, 170; *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 134 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BVerfG die Einhaltung dieser Grenzen zum Teil auch bei nicht unmittelbar prozessual bindenden Entscheidungen.[1057] Auch diese Kontrolle bezieht sich jedoch auf die Vertretbarkeit der Entscheidung, nicht auf die Vertretbarkeit einzelner Regeln. Diese Differenzierung hat bisher keine Parallele in der „gelebten Rechtslage". Die *normkonforme Auslegung* richtet sich deshalb nur an den entscheidenden Rechtsanwender.

Eine allgemeine *normkonforme Auslegung* richterlicher Entscheidungsregeln wird bisher in der Methodenlehre nicht diskutiert.[1058] Sie weist Parallelen, aber auch Unterschiede zur systemkonformen Auslegung auf. In beiden Fällen geht es um die Vereinbarkeit einer auszulegenden Regel mit einer Norm.[1059] Die „normkonforme Auslegung" ist kein hermeneutisches Auslegungskriterium, sondern eine „Vorzugsregel" zwischen vertretbaren Lesarten.[1060] Indes ist nicht der „Derogationszusammenhang zwischen Rechtsnormen verschiedenen Ranges"[1061] betroffen. Richterliche Entscheidungsregeln sind grundsätzlich nicht mit Gesetzesnormen gleichzusetzen.[1062] Die möglichst weitgehende Aufrechterhaltung von Entscheidungsregeln lässt sich deshalb nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Normerhaltung (*favor legis*) begründen.[1063] Die Orientierungswirkung höchstgerichtlicher Entscheidungsregeln führt indes zu vergleichbaren praktischen Problemen. Das wird deutlich, wenn man den Begriff der „Rechtsnorm" sinngemäß auf den der „Entscheidungsregel" überträgt. Jeweils geht es um einen „Harmonisierungsvorgang"[1064], der die Einheit einer „*Regelordnung*" und die systematische Stringenz innerhalb einer „*Regelhierarchie*" wahrt.[1065] An die Stelle des „Grundsatz[es] der Nor-

1057 Beispiel bei → Fn. 705.

1058 Vgl. aber jetzt zur „gesetzeskonformen Auslegung" einer EuGH-Entscheidung *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 72 ff.

1059 Dazu *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 157.

1060 Für die systemkonforme Auslegung *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 161; für die verfassungskonforme Auslegung *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 134 f.

1061 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 157.

1062 So aber *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28, 30.

1063 Dazu *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 191 ff.; zu den Geltungsgründen der verfassungskonformen Auslegung *Auer*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 27, 32 ff.

1064 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 158.

1065 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 157 f.; vgl. *Schumann*, in: FS Larenz II, 1983, S. 571, 575 f.; *Schumann*, in: FS Canaris I, 2007, S. 1367, 1387 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

merhaltung“[1066] treten bei der normkonformen Auslegung pragmatische Erwägungen.[1067] Bei einer strikten „Regelkassation“[1068] dürften diese Entscheidungsregeln ohne zwingenden Grund nicht mehr angewandt werden. Solange richterliche Entscheidungsregeln in der Praxis noch nicht auf ihre Vertretbarkeit überprüft wurden, kämen jedoch unter Umständen beide Lesarten weiter zur Anwendung. Stärker als nötig würden sich die normativen Vorgaben dann von der gelebten Rechtslage entfernen. Im Rahmen des Vertretbaren spricht aber vieles dafür, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung die Kontingenz möglicher Regelbildungen begrenzt, indem sie Regeln bildet, an denen sich anknüpfende Rechtsanwender orientieren können.[1069] Der Zuwachs an Rechtssicherheit und Bestimmtheit des Rechts ist ein Wert an sich.[1070] Betrifft die „normkonforme Auslegung“ eine Entscheidung des EuGH[1071] oder des EGMR[1072], sprechen zudem die Grundsätze der „Unionsrechtsfreundlichkeit“[1073] und der „Völkerrechtsfreundlichkeit“[1074] für eine normkonforme Auslegung.

Ein Beispiel für diesen Ansatz findet sich in einer neueren Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg. Dieses hat eine „tarifvertragskonforme[ ] Auslegung“ einer höchstgerichtlichen Entscheidungsregel vorgenommen.[1075] Die richterliche Konkretisierung tarifvertraglicher Normen ist

1066 Ausführlich *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 191 ff., 229, 243 ff.

1067 Weiterführend zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Präjudizienwirkung *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 151 ff.

1068 Zur „Normkassation“ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 159 f. und passim.

1069 Nicht zu verwechseln mit „blindem Gehorsam“, der dem Richterbild des Grundgesetzes widerspricht, BVerfG 8.4.1998 – 1 BvR 1680/93 u.a., BVerfGE 98, 17 (48); 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 (278); Sachs/*Detterbeck,* Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 97 Rn. 15; Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 49; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 97 Rn. 41; Huber/Voßkuhle/*Classen,* Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, GG Art. 97 Rn. 23; abweichend *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 409 ff., 464 f.; differenzierend *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 166 ff.

1070 Gegen das vorschnelle Abweichen von einer gefestigten Rechtsprechung daher bereits *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 258 f.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 204 ff.; *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557, 562.

1071 Vgl. bei → Fn. 1513.

1072 Vgl. bei → Fn. 1655.

1073 *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 76; vgl. auch BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 91.

1074 Ausführlich dazu *Proelß*, in: Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 553 ff.

1075 LAG Berlin-Brandenburg 12.2.2020 – 15 Sa 1260/19, BeckRS 2020, 5674 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strukturell mit der Konkretisierung von Gesetzesnormen vergleichbar.[1076] Die Entscheidung betraf die Eingruppierung einer Beschäftigten einer Serviceeinheit eines Gerichts in die Vergütungsgruppen des BAT. Nach gründlicher Analyse der höchstgerichtlichen Rechtsprechung kam das LAG zum Ergebnis, dass bei wörtlicher Anwendung dieser Entscheidungsregeln der erkennbare Wille der Tarifvertragsparteien übergangen werde.[1077] Da die vermeintlich einschlägigen Entscheidungsregeln des BAG jedoch einen wertungsmäßig anderen Fall betrafen, bestand nach Ansicht des LAG Spielraum, die Entscheidungsregel tarifvertragskonform zu reformulieren.[1078]

Bei dieser bisher nicht in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Form der Konformauslegung handelt es sich um einen Unterfall der *normkonformen Auslegung*.[1079] Der Fall führt zugleich vor Augen, was gegen eine generelle Verwerfung höchstgerichtlicher Entscheidungsregeln spricht. Die normativen Teile der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes werden praktisch wie Gesetze gehandhabt. Die einzelnen Merkmale der Tarifnormen werden von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung – mit Unterschieden im Detail[1080] – wie Merkmale von Gesetzesnormen behandelt. In beiden Fällen ist es vorzugswürdig, die Konformauslegung richterlicher Entscheidungsregeln auf das nötige Maß zu beschränken.

Die normkonforme Auslegung ist danach statthaft, wenn die Vereinbarkeit einer richterlichen Entscheidungsregel mit einer Norm infrage steht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um formelle Gesetze oder überhaupt um staatliche Rechtssetzung im engeren Sinn handelt. Entscheidend ist nur, dass die Vereinbarkeit einer richterlichen Entscheidungsregel mit einer normativ geltenden Rechtsnorm zu prüfen ist.[1081]

1076 Weiterführend *Kamanabrou*, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, 1997, S. 247 ff., 293 ff.; *Höpfner/Strässer*, ZTR 2023, 376, 377 ff.

1077 LAG Berlin-Brandenburg 12.2.2020 – 15 Sa 1260/19, BeckRS 2020, 5674 Rn. 44 ff.

1078 So im Ergebnis LAG Berlin-Brandenburg 12.2.2020 – 15 Sa 1260/19, BeckRS 2020, 5674 Rn. 49, 53.

1079 Davon abzugrenzen ist die tarifvertragskonforme Auslegung von Betriebsvereinbarungen, dazu *C. Arnold*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 4, § 316 Rn. 9; *Wank*, in: FS Kraft, 1998, S. 665, 675. Diese gleicht eher den allgemeinen Ansätzen einer systemkonformen Auslegung, da es hier um das Verhältnis zweier *Normen* geht, vgl. Richardi/*Richardi/C. Picker,* BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 77 Rn. 26.

1080 Näher zum vermeintlichen Gleichlauf der Auslegung bei Gesetzen und Tarifverträgen *Höpfner/Strässer*, ZTR 2023, 376, 376 f.

1081 Zur normativen Geltung *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Zwischenergebnis

Die Ermittlung der Entscheidungsregel bezweckt, die vom Präjudiziengericht *gemeinten* Regeln zu ermitteln. Dazu stehen etliche Kriterien zur Verfügung, die umfassend heranzuziehen sind, um sich in die Perspektive des Präjudiziengerichts zurückversetzen zu können. Zugleich ist genau zu trennen zwischen Ansätzen, die versuchen, die gemeinten Regeln nachzuvollziehen und solchen, die sie weiterentwickeln wollen. Sind alle Kriterien ausgewertet, ist die Entscheidungsregel auf ihre Vereinbarkeit mit der Gesamtrechtsordnung zu überprüfen. Dabei besteht für den entscheidenden Rechtsanwender eine Besonderheit gegenüber dem prognostizierenden Rechtsanwender. Lässt das Präjudiz bei der Ermittlung mehrere Lesarten zu, von denen nur eine mit der Gesamtrechtsordnung vereinbar ist, ist eine „normkonforme Auslegung" zugunsten der vertretbaren Lesart geboten.

Ist die gemeinte Entscheidungsregel ermittelt, schließt sich die Subsumtion unter diese Regel an. Scheitert die Subsumtion, ist im Anschluss eine Fortbildung der Entscheidungsregel zu prüfen. Das Gleiche gilt jedoch, wenn der Anlassfall von der Entscheidungsregel erfasst ist. Auch dann hat der Rechtsanwender zu prüfen, ob Bedenken gegen die Anwendung der Regel bestehen.

4. Die Fortbildung der Entscheidungsregel

Die Fortbildung der Entscheidungsregel wird im Folgenden in drei Schritten geprüft. Zunächst ist der Maßstab der Fortbildung zu ermitteln (a). Im Anschluss werden die Mittel zur Anwendung des Maßstabs untersucht (b). Schließlich ist zu prüfen, ob die Grenzen einer bestimmten Fortbildung im Einzelfall gewahrt sind (c).

a) Maßstab der Fortbildung

Bei der Ermittlung der Entscheidungsregel geht es ausschließlich darum, ob das Präjudiziengericht eine Regel aufstellen wollte, die auf den neuen Fall anwendbar ist. Erfasst die ermittelte Entscheidungsregel den neuen Fall nicht, ist die Präjudizieninterpretation noch nicht am Ende. In diesem Fall kommt eine Fortbildung der zuvor ermittelten Entscheidungsregel in

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betracht.[1082] Umgekehrt ist eine Fortbildung auch zu prüfen, wenn die Entscheidungsregel den neuen Fall erfasst, zwischen den Situationen aber wertungsmäßige Unterschiede bestehen. Welche Perspektive für die Fortbildung der Entscheidungsregel eingenommen wird, hängt davon ab, ob auf einen prognostizierenden oder einen entscheidenden Rechtsanwender abgestellt wird.[1083]

aa) Der prognostizierende Rechtsanwender

Aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders geht es darum, welche Fortbildung einer Entscheidungsregel für die Rechtspraxis zu erwarten ist. Wenn der Rechtsprechung bestimmte allgemeine Prämissen zugrundeliegen, muss der prognostizierende Rechtsanwender davon ausgehen, dass diese auch in der zukünftigen Rechtsprechung zugrundegelegt werden. Um trotzdem eine gewisse Kohärenz der praktisch angewandten Regeln sicherzustellen, liegt es nahe, die Stimmigkeit jedenfalls innerhalb der Rechtsprechung in den Vordergrund zu stellen. Es geht um die Binnenkohärenz innerhalb des Systems der Entscheidungsregeln.[1084] Insofern mag auch stärker auf die Äußerungen einzelner Senatsmitglieder und informelle Stellungnahmen zurückgegriffen werden.[1085] Eine sichere Grundlage der Prognose bieten die Äußerungen einzelner Richter zwar nicht. Gleichwohl muss eine praxisorientierte Prognose der *zukünftigen* gelebten Rechtslage diese Faktoren miteinbeziehen. Das Gleiche gilt, wenn sich eine bestimmte Rechtsprechung in der Literatur starker Kritik ausgesetzt sieht. Gerade im Zusammenhang mit Wechseln in der Senatsbesetzung[1086] liegt eine Fortbildung der Entscheidungsregel im Einzelfall auch aus der Perspektive eines prognostizierenden Rechtsanwenders nahe. Im Übrigen darf davon ausgegangen werden, dass die Gerichte mangels gefestigter Rechtsprechung nach den normativen Vorgaben entscheiden. Gibt es keine abweichenden

1082 Damit ist nicht die Fortbildung gemeint, die mit jeder Anwendung einer Regel verbunden ist; zum Applikationsproblem bei → Fn. 144.

1083 Vgl. bereits bei → Fn. 282.

1084 Zum Gesamtsystem der Rechtsprechung als Kriterium bei der Ermittlung vgl. bei → Fn. 937.

1085 Zur Aussagekraft bei der Ermittlung vgl. bei → Fn. 925.

1086 Paradigmatisch *P. Hanau*, NZA 1996, 841: „Neue Richter, neues Recht."; beispielhaft *Fleischer*, NZG 2018, 241, 244; *Schulz*, ZIS 2018, 403, 406 f.; zu einem historischen Beispiel *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinweise, kann daher auch der prognostizierende Rechtsanwender auf die Regeln zurückgreifen, die für den entscheidenden Rechtsanwender gelten. Ein abweichender Hinweis kann aber bereits darin liegen, dass die Rechtsprechung eine bestimmte Linie – unabhängig von deren Vertretbarkeit – erkennbar eingeschlagen hat.[1087]

bb) Der entscheidende Rechtsanwender

Aus der Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders sind für jede neue Entscheidungssituation vielfältige Fortbildungen der bestehenden Regeln denkbar. Auch die Fortbildung von Regeln unterliegt indes Einschränkungen. Zunächst beschränkt der Rahmen der Gesamtrechtsordnung auch die Fortbildung der Entscheidungsregel.[1088] Die Fortbildung darf nur eine vertretbare Entscheidungsregel zum Ergebnis haben.

(1) Allgemeine Kriterien der Regelbildung

Darüber hinaus lassen sich abstrakte Kriterien für die richterliche Regelbildung formulieren. Zum Teil lassen sich die Anforderungen an eine „geglückte Rechtsfortbildung"[1089] übertragen.[1090] Danach soll sich die Regel ohne systematischen Bruch in die Gesamtrechtsordnung einfügen.[1091] Andere Kriterien müssen dagegen außen vor bleiben. So wird als Kriterium einer „gelungenen Rechtsfortbildung" gefordert, dass die Regel inhaltlich klar und möglichst bestimmt formuliert wird und dass sie grundsätzlich

1087 Vgl. auch *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 66, der der Prognose allgemein „rechtsquellentheoretische Bedeutung" zuschreibt.

1088 Vgl. bei → Fn. 1119.

1089 *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 13; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 159.

1090 Hierzu *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 193 ff.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 84 ff.; vgl. auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 119 ff., 154 ff.

1091 *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 7 f., 13; *Giesen*, RdA 2014, 78, 80; *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 18; näher *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 41 ff.; vgl. *Merz*, AcP 163 (1964), 305, 329 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„fallnah" zu bilden sei.[1092] Die möglichst große Bestimmtheit mag auf den ersten Blick die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung fördern.[1093] Damit ist eine solche Regelbildung aber nicht generell überzeugender. Eine scharf konturierte Entscheidungsregel mag für zukünftige Rechtsanwender eine hohe „Anleitungsrationalität" aufweisen, also deren Konkretisierungsaufgabe erleichtern.[1094] Das geht jedoch auf Kosten der „Ableitungsrationalität", also der Überzeugungskraft der Begründung. Abstrakt ist eine möglichst rationale Begründung mindestens genauso hoch zu gewichten.[1095] Diese Gebote lassen sich nur im Einzelfall und in Abhängigkeit vom vorangegangenen Konkretisierungsprozess abwägen.[1096] Auch das Gebot der fallnahen Regelbildung bedarf der Präzisierung. Die „Richtigkeitsgewähr der Fallanschauung" hängt stark davon ab, ob der Regelbildung ein typischer Anlassfall zugrundeliegt.[1097] Es kommt immer darauf an, dass die wertungsmäßig maßgeblichen Umstände des Falls richtig erkannt werden. Zwar schützt die fallnahe Regelbildung davor, allgemeine Entscheidungsregeln in Folgefällen wieder einschränken zu müssen. Umgekehrt birgt der enge Fallbezug die Gefahr, die Regel wegen einer im Einzelfall als unbillig empfundenen Anwendung vorschnell fortzubilden.[1098] Gibt es zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits eine Diskussion in der Fachöffentlichkeit oder andere instanzgerichtliche Entscheidungen, spricht grundsätzlich nichts gegen eine Begründung, die den Anlassfall stärker abstrahiert.[1099] Die Grenze ergibt sich immer aus dem notwendigen Einzelfallbezug der höchstgericht-

1092 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 194 f.: Regel Nr. 2 und Nr. 4; differenzierend *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 8, 12.

1093 So *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 194.

1094 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 163.

1095 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 162 f.

1096 Weiterführend *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 167 ff.

1097 Vgl. bei → Fn. 491.

1098 Das beschreibt treffend *Llewellyns* Bild der „fireside equities", *Llewellyn*, The common law tradition, 1960, S. 270; *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 182 Nr. 34.

1099 Statt vieler *Korch*, ZGR 2021, 867, 883 f. Dagegen stellt sich der „judicial minimalism", grundlegend *Sunstein*, One case at a time, 1999, S. 10 ff.; gegen die Übertragung des Ansatzes auf das deutsche Recht *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 456; *C. Möllers*, in: Pünder/Waldhoff, Debates in German Public Law, 2014, S. 3, 23; *Hong*, Der Staat 54 (2015), 409, 418; mit Blick auf das BVerfG *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 125.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Regelbildung.[1100] Als Faustformel lässt sich gleichwohl festhalten, dass Gerichte die Regelbildung nicht vorschnell auf sachlich verwandte Fälle erstrecken sollten.[1101]

Abstrakt lassen sich die Anforderungen an eine gelungene richterliche Regelbildung kaum näher bestimmen. Diese Frage muss daher anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben.[1102] Hier geht es nur um die Fortbildung richterlicher Entscheidungsregeln mit Blick auf einen zu entscheidenden Fall. Ausgangspunkt ist, dass es entweder bereits eine *gemeinte* einschlägige Entscheidungsregel gibt, bei deren Anwendung auf den neuen Fall der „skeptische Interpret"[1103] jedoch Bedenken hat.[1104] Oder eine *gemeinte* Regel ist nicht einschlägig, ihre Anwendung scheint jedoch nahezuliegen.[1105] Beide Male geht es um die Bewertung, ob zwei Fälle sich maßgeblich ähneln oder unterscheiden. Dazu müssen die charakteristischen rechtlichen Elemente des neuen Falls herausgearbeitet werden.[1106] Scheint

1100 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 452 ff.; *Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, 2024, S. 59; ein Gegenbeispiel findet sich bei *Lepsius*, JZ 2015, 435, 442; großzügiger wohl *Rapp*, Revision, Kassation, Final Appeal, 2024, S. 175.

1101 *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 267 ff.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 225 f.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 252 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 455 f.; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, S. 39 ff.

1102 Vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 84 ff.; ausführlich zur Rechtsfortbildung *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 125 ff.; *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 5 ff.; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 40 ff.; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 76 ff., 164 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 211 ff.

1103 Sinngemäße Übersetzung des „*unhappy interpreter*" bei *Twining/Miers*, How to Do Things with Rules, 5. Aufl. 2010, S. 139 ff.; dazu auch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 269.

1104 Ähnlich *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 146; vgl. auch *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 226; beispielhaft für eine Wandlung der tatsächlichen Prämissen der Regelbildung *Jansen*, JZ 2023, 573, 578 f.

1105 Der Sache nach auch *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 93 ff., die die Frage als „Anwendung der ratio decidendi" behandelt.; siehe auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 467, der in bestimmten Fällen fordert, dass die Übertragbarkeit zusätzlich begründet wird.

1106 Vgl. *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 188; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 41; *Larenz*, in: FS Nikisch, 1958, S. 275, 294; *Würdinger*, JZ 2023, 397, 402.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Anwendung der Entscheidungsregel auch bei näherer Betrachtung stimmig, endet die Subsumtion mit dieser Feststellung.[1107] Auch diese Feststellung bedeutet gleichwohl eine Fortbildung der Entscheidungsregel.[1108]

(2) Der Vorrang des gesetzgeberischen Maßstabs

Ob zwei Fälle sich so ähneln, dass sie gleich zu bewerten sind, ist im Einzelnen schwierig zu bestimmen.[1109] Wie beim Analogieschluss muss die maßgebliche Ähnlichkeit der Sachverhalte argumentativ begründet werden.[1110] Das erfordert zwei Wertungsakte: Erstens muss offengelegt werden, welches Kriterium für die Übertragbarkeit *maßgeblich* sein soll. Ohne die Kriterien festzulegen, kann man „Ähnlichkeit" nicht prüfen.[1111] Zweitens muss begründet werden, dass in dieser Hinsicht eine hinreichende wertungsmäßige Ähnlichkeit und keine *maßgeblichen* Unterschiede bestehen.[1112] Auf dieser Stufe geht es nicht mehr darum, welche Umstände des Ausgangsfalls das Präjudiziengericht für maßgeblich gehalten hat.[1113] Das nachfolgende Ge-

1107 *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 149; vgl. *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 43.

1108 Vgl. bei → Fn. 1225.

1109 *Schauer/Spellman*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 240, 243.

1110 Vgl. auch *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 131; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 166; allgemein dazu *Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl. 1982, 109 ff.

1111 Es lässt sich immer ein Kriterium formulieren, gemessen an dem zwei Vergleichsgegenstände „ähnlich" sind, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, S. 339; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 6; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 269; *Balkin*, Yale Law Journal 99 (1990), 1669, 1677; *Sunstein*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 227, 233. Vgl. aus sprachtheoretischer Sicht dazu *Searle*, Ausdruck und Bedeutung, 1982, S. 116.

1112 *Sunstein*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 227, 230; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 134 f.; vgl. *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 61; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 94; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 97; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 107; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 166; s. auch *Larenz*, in: FS Nikisch, 1958, S. 275, 294 ff.

1113 Vgl. *Grigoleit*, in: FS Canaris II, 2017, S. 241, 252 der eine ursprüngliche und eine sekundäre „Zweckwürdigungskompetenz" unterscheidet; siehe auch *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 156.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richt darf ein anderes Vergleichskriterium (*tertium comparationis*) heranziehen. Indes sind die anknüpfenden Richter bei der Kriterienwahl nicht frei. Die Regelbildung darf ausschließlich mit rechtlichen Argumenten begründet werden.[1114] Eine Argumentation mit *policies* nach dem Vorbild des Common Law[1115] scheidet aus.[1116] Vorrangig ist der Gesetzgeber zuständig, den Entscheidungsmaßstab zu setzen.[1117] Eine ungebundene richterliche Normsetzung ist methodisch nicht haltbar.[1118]

Um den Vergleichsmaßstab zu ermitteln, muss deshalb zunächst die Gesetzesnorm interpretiert werden, die der entscheidende Rechtsanwender anwendet.[1119] Enthält diese Norm einen Vergleichsmaßstab, gilt er;[1120] vorrangig ist der gesetzgeberische Wille „weiterzudenken"[1121]. Nur wenn die Norm für den zu entscheidenden Fall keine Rückschlüsse erlaubt, darf subsidiär auf das Gesamtsystem der Rechtsprechungsregeln zurückgegriffen werden.[1122] Auch dabei sind jedoch die Wertungen anderer geschriebener Normen zu beachten. Kein erkennbarer Norminhalt darf durch die Anknüpfung an konkretere Entscheidungsregeln der Rechtsprechung überspielt werden.[1123]

1114 *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 13.

1115 Dazu *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 101 ff.

1116 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 160; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 22 ff., 30; *Hänni*, ZSR 141 (2022), 51, 59.

1117 *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 5 ff.

1118 In diese Richtung noch *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 177 f. und passim; *Isay*, AcP 137 (1933), 33, 43 f.; richtig dagegen bereits *Heck*, AcP 137 (1933), 47, 59 f.

1119 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 132; ebenso *Roder*, Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 202; vgl. auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 204: „Rechtserheblichkeit".

1120 *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 49; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 132; vgl. *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 137.

1121 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 129; zum „denkenden Gehorsam" *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 19 f. und passim.

1122 Vgl. dazu bei → Fn. 937.

1123 Ähnlich *Hänni*, ZSR 141 (2022), 51, 71; zum „systematischen Test" bei der Konkretisierung von Generalklauseln *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 584; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 157 f.; differenzierend für das „Richterrecht" *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verselbstständigt sich die Rechtsprechung, können durch viele insofern folgerichtige Weiterentwicklungen Regelungskomplexe mit einer fein differenzierenden Dogmatik anwachsen, die sich mit den einschlägigen Gesetzen nicht mehr vereinbaren lassen.[1124] Im Zweifel gehen diese Gesetze trotzdem allen richterlichen Entscheidungsregeln vor.[1125] Der Gesetzgeber gibt die „Strategie" vor, trifft also vorrangig die grundlegenden Wertungsentscheidungen. Der Richter wählt dagegen nur die „Taktik", bildet also die Entscheidungsregeln, die notwendig sind, um diese Strategie näher umzusetzen.[1126] Legt die zugrundeliegende Norm bei methodengerechter Interpretation keinen bestimmten Ähnlichkeitsmaßstab nahe, kann subsidiär auf richterliche Entscheidungsregeln zurückgegriffen werden. Bevor das geschieht, muss jedoch die Vertretbarkeit der anderen Entscheidungsregel geprüft werden. Eine nicht vertretbare Regel kann nicht Maßstab der Fortbildung sein.[1127]

Das Problem der Auswahl unter mehreren Maßstäben beschränkt sich nicht auf das Civil Law. *Dworkin* hat die richterliche Fortbildung von Entscheidungsregeln treffend mit der Arbeit an einem Kettenroman verglichen.[1128] Was zunächst als stimmige Fortentwicklung des vorangegangenen Kapitels erscheint, kann sich gleichwohl als verfehlt erweisen, wenn man das bisherige Gesamtwerk und seine Fortentwicklung betrachtet.[1129]

Beispiel: Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG[1130] und einer verbreiteten Auffassung in der Literatur[1131] sowie der früheren Rechtsprechung des BAG[1132] ist die Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnah-

1124 *Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, 2020, S. 166: „Parallelrecht".
1125 Vgl. *Hänni*, ZSR 141 (2022), 51, 71.
1126 Treffend *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 421.
1127 Sonst würde gegen das Kohärenzgebot der Regelbildung verstoßen vgl. bei → Fn. 1091.
1128 *Dworkin*, Law's empire, 1986, S. 228 ff.
1129 Andeutungsweise *Dworkin*, Law's empire, 1986, S. 229; sehr deutlich *Varsava*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 281, 286.
1130 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 126; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 Rn. 131; BVerfG (K) 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, AP GG § 9 Arbeitskampf Nr. 192 Rn. 14.
1131 *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 226 Fn. 886 mwN.
1132 So noch BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

me zweistufig zu prüfen.[1133] Bei diesem doppelten „Filter"[1134] ist die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begrenzt. Auf der zweiten Stufe muss nur geprüft werden, ob ein grundsätzlich zulässiges Arbeitskampfmittel im Einzelfall eingesetzt werden darf.[1135] Der 1. Senat des BAG geht dagegen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung sich auf die Durchsetzung des gewählten Kampfziels beziehe.[1136] Das Paritätsprinzip sei demgegenüber aufgrund seiner „Abstraktheit" „zur Bewertung nicht ausreichend".[1137] Damit trägt die Verhältnismäßigkeitsprüfung die Last der Bewertung allein.[1138] Sie muss eine rationale Entscheidung über das „Ob" und das „Wie" bestimmter Arbeitskampfmaßnahmen ermöglichen. Aus dieser veränderten Aufgabenbeschreibung folgt, dass für eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung andere Unterregeln und Kriterien gelten müssen.[1139] Auch die Modifikation oder der Wegfall einer benachbarten Regel kann daher eine Fortbildung der Entscheidungsregeln erforderlich machen.

Darin zeigt sich das Phänomen „verschachtelter Gegensätze"[1140]. In dogmatisch stark ausdifferenzierten Rechtsgebieten kann sich eine Vielzahl

1133 Dazu bereits bei → Fn. 886.

1134 So für das Paritätsprinzip *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 227.

1135 BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84 unter II.2.a); *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 226.

1136 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 32 ff.; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174 Rn. 41 ff.; *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 217.

1137 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 21; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174 Rn. 40; *Loritz*, in: FS E. Picker, 2010, S. 1033, 1045.

1138 Ähnlich *C. Schubert*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 559, 561. Vgl. allgemein zur Situation der Rechtsprechung im Arbeitskampfrecht ErfK/*Dieterich*, 13. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 111: „Die Last dieser Situation trägt die Rspr. Unter dem verfassungsrechtl. Verbot der Rechtsverweigerung muss sie bei unzureichenden ges. Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allg. Rechtsgrundlagen ableiten."; *Treber*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 595, 599; ebenso zur allgemeinen Verantwortung der Revisionsgerichte *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 27.

1139 Näher zu den Anforderungen *Jacobs*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4 Rn. 170 ff.; *C. Schubert*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 559, 561 ff.

1140 *Balkin*, Yale Law Journal 99 (1990), 1669, 1676 ff.: „nested oppositions"; *Balkin*, Cardozo L. Rev. 27 (2005), 719, 729 f.; vgl. auch *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 151, die dortige Übersetzung als „Nester von Widersprüchen" scheint allerdings nicht ganz passend; siehe zur

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Regeln und Prinzipien auf verschiedenen Abstraktionshöhen herausbilden.[1141] Dann entsteht eine „Maßstabsvielfalt"[1142]: Zwei potenzielle Regelungsgegenstände weisen sowohl Ähnlichkeiten als auch Unterschiede auf, die nach den Maßstäben verschiedener höherrangiger Regeln jeweils eine Gleich- oder eine Ungleichbehandlung nahelegen würden.

Rechtsprechung und Literatur bedienen sich dabei einer Argumentationsform, die als vermeintliche Argumentation aus dem inneren System des Gesetzes verstanden wird. Oft ist damit aber nur eine bestimmte Lesart der Gesetzesnorm gemeint.[1143] Tatsächlich sind Gegenstand der Argumentation richterliche Entscheidungsregeln, die im Wege der Gesetzesinterpretation hergeleitet wurden.[1144] Dieses Phänomen beschränkt sich keineswegs auf das Common Law.[1145] Richterliche Entscheidungsregeln lassen sich als „Systematik zweiter Ordnung"[1146] verstehen.[1147] Die Trennung mag in unproblematischen Fällen spitzfindig wirken. Je weniger konkret jedoch die gesetzgeberischen Vorgaben sind, desto eher handelt es sich bei dieser Argumentationsform um *geliehene Autorität*.[1148] Der Rechtsanwender nimmt die Autorität des Gesetzgebers für eine Begründung in Anspruch,

---

„Verschachtelung" rechtlicher Aussagen auch *Scott J. Shapiro*, Ratio Juris 22 (2009), 326, 331.

1141 Vgl. zum „Richterrecht zweiter Generation" *P. Hanau*, BlStSozArbR 1985, 17, 19; näher zum Umgang mit Regeln verschiedenen Abstraktionsgrades *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 57 ff.

1142 Diesen Begriff verwendet auch *Franzius*, ZaöRV 2015, 383, 403, allerdings in einem anderen Zusammenhang.

1143 Vgl. *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 79 f.

1144 *Hänni*, Verfassungsstruktur des judikativen Rechts, 2022, S. 139; *Hänni*, ZSR 141 (2022), 51, 63: „indirekte Analogie"; vgl. auch *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 334; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 33.

1145 So aber *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 35.

1146 *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 150, 172.

1147 Die näheren Wertungen ergeben sich regelmäßig erst durch richterliche Ausformung, vgl. *Vandevelde*, Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning, 2. Aufl. 2018, S. 60.

1148 Allgemein unter Bezug auf *Arthur Schopenhauer, Lübbig*, Rhetorik für Plädoyer und forensischen Streit, 2020, S. 141 ff.; zu diesem Begriff auch *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 739; zum Problem *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 305 ff.; *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 191; *Merz*, AcP 163 (1964), 305, 332.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die diesem nicht zurechenbar ist.[1149] Die Methodenehrlichkeit fordert indes, Gesetzesnormen und deren richterliche Ausformungen, die Entscheidungsregeln, zu unterscheiden.[1150]

Beispiel: Durch die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit ergeben sich Folgefragen im Betriebsverfassungsrecht: Ist eine Betriebsvereinbarung weiter anwendbar, wenn der früher gem. §§ 87 Abs. 1 Einls., 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG „öffnende" Tarifvertrag nun gem. § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG verdrängt wird und der Mehrheitstarifvertrag die betreffende Frage ebenfalls regelt, aber keine Öffnungsklausel enthält?[1151] Es gibt dazu keine Rechtsprechung, auch der Wortlaut von § 4a TVG sowie die einschlägigen Gesetzesmaterialien[1152] führen nicht weiter. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG erlaubt eine Abweichung, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Auch bei § 87 Abs. 1 Einls. BetrVG ist eine solche Tariföffnung möglich.[1153] Die Rechtsprechung des BAG zum Zeitablauf „öffnender" Tarifverträge konkretisiert dieses Erfordernis dahingehend, dass die Betriebsvereinbarung nur weitergelte, solange der „öffnende" Tarifvertrag – ggf. im Wege der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG – anwendbar bleibt.[1154] Eine abweichende Interpretation dahin, dass lediglich bei Abschluss der Betriebsvereinbarung ein „öffnender" Tarifvertrag anwendbar sein müsse, liegt fern und wird, soweit ersichtlich, auch nicht vertreten.[1155] Einzig die anerkannte Lesart wird dem gesetzgeberischen Konzept gerecht. Die Sperrwirkung gem. §§ 87 Abs. 1 Einls., 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG würde sonst ab dem Zeitpunkt der Verdrängung durch eine Tarifnorm aufgehoben, die nicht von den Tarifparteien des „sperrenden" Tarifvertrags vereinbart

1149 Beispielhaft *Jansen*, JZ 2015, 952, 953 f.; vgl. auch *Fischer*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 365, 400: „Ein Präjudiz ist (…) immer nur so gut wie seine Gründe".

1150 So auch *Jansen*, JZ 2015, 952, 954.

1151 Das Beispiel stammt von *Greiner*, RdA 2022, 164, 166 f.

1152 BT-Drs. 18/4062, S. 1, 8 ff.; sowie BT-Drs. 19/6146, S. 1, 31 f.

1153 Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 87 Rn. 55.

1154 BAG 25.8.1983 – 6 ABR 40/82, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 7 mwN; Richardi/*Richardi/C. Picker*, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 77 Rn. 324; dazu *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 221 ff.

1155 *Greiner*, RdA 2022, 164, 166 wirft die Frage auf, verwirft diesen Gedanken im Folgenden aber eindeutig.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde.[1156] Die Anwendbarkeit als Konkretisierung von §§ 87 Abs. 1 Einls., 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG ist deshalb auch bei Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG abzulehnen.[1157] Damit endet die Öffnungswirkung, die Betriebsvereinbarung wird unwirksam.[1158] Es stellt sich die Folgefrage, ob der Minderheitstarifvertrag gem. § 4 Abs. 5 TVG[1159] oder zumindest die Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 6 BetrVG[1160] nachwirken. Der „Ablauf" wird sowohl bei der Nachwirkung von Tarifverträgen gem. § 4 Abs. 5 TVG als auch bei der Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 6 BetrVG im Sinn einer „Überbrückungsfunktion" weit verstanden.[1161] Erfasst sei jeder Fall, in dem der Tarifvertrag aufhört, normativ im einzelnen Arbeitsverhältnis zu gelten.[1162] Diese konkretisierende Regel könnte daher auch die Verdrängung des öffnenden Tarifvertrags erfassen. Zwar geht das BAG davon aus, Öffnungsklauseln seien regelmäßig dahin auszulegen, dass eine Öffnung des Tarifvertrags für bloß nachwirkende Betriebsvereinbarungen nicht gewollt sei.[1163] Diese Auslegungsregel passt jedoch nicht auf den Fall der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 TVG. Anders als im Normalfall[1164] gelten dann gerade nicht die Normen des verdrängten Tarifvertrags. Aus Sicht der Minderheitsgewerkschaft und der Arbeitnehmer, auf deren Arbeitsverhältnis der Minderheitstarifvertrag bisher anwendbar war, bestünde auch darin ein

1156 Dazu BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 12 unter II.2.b)aa); 7.11.2000 – 1 ABR 17/00, BeckRS 2001, 40809 Rn. 25; Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 77 Rn. 157; GK-BetrVG/*Kreutz*, 12. Aufl. 2022, § 77 Rn. 170.

1157 GK-BetrVG/*Kreutz*, 12. Aufl. 2022, § 77 Rn. 166; *Greiner*, RdA 2022, 164, 166 f.

1158 ErfK/*Kania*, 24. Aufl. 2024, BetrVG, § 77 Rn. 43.

1159 Dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 799 ff., § 4a Rn. 192; *Klumpp*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 3, § 261 Rn. 19; vgl. auch *Bialluch*, Das Tarifeinheitsgesetz, 2019, S. 142.

1160 Akzeptiert man die Prämissen der h.M., hat die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung nur für Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung Bedeutung, *Greiner*, RdA 2022, 164, 167; dazu Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 77 Rn. 191 ff., 301.

1161 *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 36 f., 64 f.; *Klumpp*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 3, § 261 Rn. 5; *C. Arnold*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, § 316 Rn. 87; *Reichold*, RdA 2011, 311.

1162 *Klumpp*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 3, § 261 Rn. 14; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 33.

1163 BAG 5.5.2015 – 1 AZR 806/13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 356 Rn. 13 ff.; Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch/*Ahrendt*, 20. Aufl. 2023, § 231 Rn. 31.

1164 BAG 5.5.2015 – 1 AZR 806/13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 356 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überbrückungsbedürftiger Zustand.[1165] Indes ist bei der (analogen) Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG oder § 77 Abs. 6 BetrVG auf diesen Fall die Wertung von § 4a Abs. 1 TVG zu beachten. Aus § 4a Abs. 1 TVG wird gefolgert, dass in diesem Fall nur der Mehrheitstarifvertrag gelten soll.[1166] Entnimmt man der Norm diese Wertung, gibt es nach dem gesetzgeberischen Plan keinen Zustand, der gem. § 4 Abs. 5 TVG analog oder § 77 Abs. 6 BetrVG analog überbrückt werden muss.[1167] Die Minderheitsgewerkschaft ist dann auf ihr Nachzeichnungsrecht gem. § 4a Abs. 4 TVG beschränkt.[1168] Die Entscheidungsregel, dass § 4 Abs. 5 TVG und § 77 Abs. 6 BetrVG in den Fällen analog anzuwenden sind, in denen auch ohne „Ablauf" des Normenvertrags ein „Regelungsvakuum"[1169] entstünde, ist danach einschränkend zu reformulieren.[1170] Das Beispiel zeigt, dass der Norminhalt nicht mit seinen Konkretisierungen durch richterliche Entscheidungsregeln verwechselt werden darf. Entscheidungsregeln sind weniger „robust" als Gesetzesnormen.[1171] Bei geschriebenen Normen sind Wertungswidersprüche zwischen gleichrangigen gemeinten Regelungen hinzunehmen, der Widerspruch erzwingt im Einzelfall keine Harmonisierung.[1172] Entscheidungsregeln müssen dagegen mit Blick auf die Fernwirkungen geschriebener Normen[1173] in diesen Fällen fortgebildet werden.

1165 Plastisch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 800; Sympathie dafür zeigt auch *Klumpp*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 3, § 261 Rn. 19.

1166 *Greiner*, RdA 2022, 164, 167.

1167 So folgerichtig *Greiner*, RdA 2022, 164, 167; im Ergebnis auch Däubler/*Bepler*, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4 Rn. 939; *Klumpp*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2022, Bd. 3, § 261 Rn. 19.

1168 Däubler/*Bepler*, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4 Rn. 939; kritisch dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 801.

1169 *Reichold*, RdA 2011, 311.

1170 *Bialluch*, Das Tarifeinheitsgesetz, 2019, S. 142.

1171 Siehe auch *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 34.

1172 *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 45 f.; *Kramer/Arnet*, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, S. 179 f., 182; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 188 ff.; vgl. auch *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 84.

1173 Grundlegend *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 230 ff.; *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 149 ff.; dazu *Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe, 2022, S. 140 f.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 86 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Kollision mehrerer richterlicher Maßstäbe

Visualisiert man die Regeln erster Ordnung (Rechtsnormen) und zweiter Ordnung (Entscheidungsregeln) als Baumstruktur, geht im Kollisionsfall grundsätzlich die „vertikale" Stimmigkeit der „horizontalen" vor.[1174] Doch es gibt Zweifelsfälle: Unter Umständen erweist sich eine allgemeinere Entscheidungsregel als grenzwertige Konkretisierung des Norminhalts. Sie genügt aber noch den Anforderungen an die Vertretbarkeit.[1175] Eine speziellere, sich von der nächsthöheren Entscheidungsregel entfernende Regel kann zugleich den Norminhalt besser verwirklichen. Bleibt hingegen der „Blick nach oben"[1176] aus, können sich die Unterregeln stark vom Norminhalt entfernen.[1177]

Bei der Fortbildung von Regeln „zweiter Ordnung" besteht gegenüber der Fortbildung von Gesetzen die gesteigerte Gefahr, Widersprüche zu erzeugen.[1178] Insbesondere geschieht das, wenn nach Belieben an allgemeinere Ober- oder speziellere Unterregeln angeknüpft wird. Für Rangkonkurrenzen zwischen formellen Normen gilt die Regel *lex superior derogat legi inferiori*, für Normkonkurrenzen die Regeln *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori*.[1179] Diese Kollisionsregeln betreffen indes das Verhältnis mehrerer Normen.[1180] Für die Kollision von Entscheidungsregeln geben sie wenig her, da insofern keine vergleichbare Hierarchie besteht.[1181] Einen normativen Vorrang kraft gesetzlicher Anordnung mag man für die Entscheidungsregeln des Großen Senats im Verhältnis zu anderen richterlichen Entscheidungsregeln anerkennen.[1182]

Für die Auswahl zwischen mehreren Maßstäben ist zu differenzieren. Kommen für eine bestimmte Frage sowohl der Inhalt einer Gesetzesnorm als auch eine (vertretbare) abstraktere Entscheidungsregel in Betracht, ist

1174 Zur Entstehung mehrerer „Zwischenschichten" vgl. bei → Fn. 933.
1175 Näher dazu bei → Fn. 1051.
1176 Dazu auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 398.
1177 Zum „Eigenleben der Unterbegriffe" *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 135 ff.; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 134.
1178 *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 151; *Giesen*, RdA 2014, 78.
1179 Statt vieler *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 151 ff.; *Faust*, in: FS Canaris II, 2017, S. 479 ff.
1180 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 5 Rn. 163 ff.
1181 Abweichend *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 77 ff.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 89 f.
1182 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 77; vgl. bei → Fn. 1239.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf die Gesetzesnorm abzustellen. Die Gefahr, dass die Unterregeln ein dem gesetzgeberischen Konzept widersprechendes „Eigenleben“[1183] entwickeln, überwiegt die Stimmigkeit auf der konkreteren Ebene. Geht es dagegen um die Auswahl zwischen verschiedenen richterlichen Entscheidungsregeln, liegt der Fall komplizierter.[1184] Eine pauschale Orientierung an der jeweils abstraktesten Regel scheidet aus. Im Zweifel muss auch insofern gefragt werden, welcher Maßstab dem gesetzgeberischen Konzept eher entspricht. Diese Darstellung lässt sich anhand des folgenden Beispiels verdeutlichen.

Beispiel: Nach § 99 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Eingruppierung einzelner Personen ein Mitbestimmungsrecht. Bezugspunkt der Eingruppierung ist eine kollektive Vergütungsordnung. Ihre Geltung kann auf der Geltung eines Tarifvertrags, einer Betriebsvereinbarung, oder einer allgemein im Betrieb angewandten vertraglichen Vereinbarung beruhen.[1185] In seiner Entscheidung vom 4.5.2011[1186] hat der 7. Senat des BAG das Geltungserfordernis dahin konkretisiert, dass es nicht auf einen subjektiven Anspruch ankommt. Maßgeblich sei nur, ob die Vergütungsordnung im Betrieb gelte.[1187] Der 7. Senat stützt sich dafür explizit auf die Rechtsprechung des 1. Senats zur Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Dort hatte der 1. Senat angenommen, ein Arbeitgeber habe eine einmal angewandte Vergütungsordnung auch nach Wegfall ihres Geltungsgrundes zu beachten.[1188] Dem entspreche es, wenn auch bei der Eingruppierung auf eine zuvor geltende Vergütungsordnung abgestellt werde.[1189] Die Argumentation ist folgerichtig, die zugrundeliegende Regelbildung aber nicht vertretbar. Beide Senate vertauschen den Begriff der normativen Geltung mit dem der fakti-

1183 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 134. Damit soll den Regeln kein „eigener Wille“ untergeschoben werden. Gemeint ist ein Binnenregime von Unterregeln, dass sich mit den übergeordneten Wertungen nicht mehr harmonisieren ließe.

1184 Zum „auswählenden distinguishing“ *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, 1975, S. 101 f.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 166.

1185 BAG 14.4.2015 – 1 ABR 66/13, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 143 Rn. 24; BAG 11.9.2013 – 7 ABR 29/12, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 63 Rn 20; Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 99 Rn. 79a.

1186 BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55.

1187 BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55 Rn. 21.

1188 BAG 8.12.2009 – 1 ABR 66/08, AP BGB § 613a Nr. 380 Rn. 21.

1189 BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Geltung.[1190] Es wird mit einem „Leerzustand"[1191] argumentiert, der normativ nicht besteht. Endet die Nachwirkung einer vorher geltenden Vergütungsordnung, kann der Betriebsrat sein Initiativrecht ausüben.[1192] Die Regelbildung zur Fortgeltung der Entgeltvereinbarung lässt sich damit methodisch nicht halten.[1193] Dass der 7. Senat den Ansatz auf die Einstellung gem. § 99 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BetrVG überträgt, ist der konsequente nächste Schritt einer Rechtsprechungslinie[1194], die sich von den gesetzlichen Wertungen entfernt.[1195] Eine methodengerechte Auslegung von § 99 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BetrVG bringt ein anderes Ergebnis.[1196] Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm sind für die Frage unergiebig.[1197] Aufschluss über den Norminhalt können daher nur die – aus dem inneren System herzuleitenden – Normzwecke geben. Insofern werden die möglichst richtige Eingruppierung und die Wahrung der innerbetrieblichen

1190 *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 187; *Wank*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 777, 790; ähnlich *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 250; erfrischend offen auch der (frühere) Richter des 1. Senats *Kreft*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 369, 380.

1191 Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 87 Rn. 452; *Kreft*, in: FS Kreutz, 2010, S. 263, 278; *Kreft*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 369, 381; andeutungsweise auch BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55 Rn. 23; BAG 22.6.2010 - 1 AZR 853/08, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 136 Rn. 22.

1192 *Wank*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 777, 790; *Reichold*, in: FS Wank, 2014, S. 455, 464; *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 621.

1193 *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 251 f.; *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 183 ff.; *Wiese*, RdA 2012, 332, 335 ff.; *Reichold*, in: FS E. Picker, 2010, S. 1079, 1082 ff.; kritisch auch *Holler*, Die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags, 2020, S. 279.

1194 Mit unterschiedlichen Fragestellungen im Detail zählen dazu 15.4.2008 – 1 AZR 65/07, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 133 Rn. 28 f.; BAG 8.12.2009 – 1 ABR 66/08, AP BGB § 613a Nr. 380 Rn. 21; 22.6.2010 – 1 AZR 853/08, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 136 Rn. 37; 4.5.2011 – 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55 Rn. 21, 23; 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 141 Rn. 16; bestätigend 23.8.2016 – 1 ABR 15/14, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 148 Rn. 18 f.; 25.4.2017 – 1 AZR 427/15, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 153 Rn. 23, 25; 20.2.2018 – 1 ABR 53/16, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 155 Rn. 22; zu älteren Vorgängerentscheidungen *Reichold*, in: FS Konzen, 2006, S. 763, 765 ff.; *Reichold*, in: FS E. Picker, 2010, S. 1079, 1082 f.

1195 Näher dazu *Reichold*, in: FS E. Picker, 2010, S. 1079, 1082 ff.; *Reichold*, in: FS Wank, 2014, S. 455, 458 f.; *Reichold*, RdA 2011, 311, 312 f.

1196 GK-BetrVG/*Raab*, 12. Aufl. 2022, § 99 Rn. 70; *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 183 ff.

1197 Zur Entstehungsgeschichte *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 183.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lohngerechtigkeit und -transparenz genannt.[1198] Wie die Beteiligung des Betriebsrats bei einer „hypothetischen Eingruppierung" die richtige Eingruppierung fördern soll, ist nicht ersichtlich. Den Arbeitnehmer nicht in eine nicht einschlägige Vergütungsordnung einzugruppieren, kann schwerlich „falsch" sein.[1199] Auch die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und -transparenz stützt diese Auslegung nicht. Unabhängig von prinzipiellen Zweifeln an diesem Ansatz[1200] trägt dieser Zweck keine Pflicht zur „hypothetischen Eingruppierung". Eine allgemeine Offenlegung aller für das Arbeitsverhältnis anwendbaren und aller nicht anwendbaren Vergütungsordnungen übersteigt die Funktion des Mitbeurteilungsrechts.[1201] Auch die innerbetriebliche Lohn*gerechtigkeit* kann nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass die Eingruppierung eines Arbeitnehmers in eine auf sein Arbeitsverhältnis nicht anwendbare Vergütungsordnung unterbleibt.[1202] Bezugspunkt der relativen „Gerechtigkeit" ist, dass die gleiche Vergütungsordnung auf die verglichenen Arbeitnehmer gleichmäßig angewendet wird. Dagegen verstößt es nicht gegen die innerbetriebliche Gleichgerechtigkeit der Vergütung, wenn in normativ verschiedenen Situationen auch verschieden gezahlt wird.[1203] Damit spricht die Auslegung von § 99 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BetrVG deutlich gegen eine Pflicht zur „hypothetischen Eingruppierung". Die Kohärenz mit der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG rechtfertigt keine andere Entscheidungsregel, da diese ihrerseits dem Gesetz zuwiderläuft. Insgesamt wird deutlich, dass die folgerichtige Fortbildung einer Entscheidungsregel zu schweren systematischen Brüchen führen kann.[1204]

1198 Fitting, BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 99 Rn. 79; GK-BetrVG/*Raab*, 12. Aufl. 2022, § 99 Rn. 64; *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 184 f.

1199 *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 185.

1200 *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 185.

1201 Dagegen zutreffend *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 186: „Serviceangebot", „eine Art Verbraucherschutz durch Information.".

1202 *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 186; ähnlich zur Tarifpluralität *Berger*, SAE 2015, 78, 83.

1203 Vgl. *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 252; *Jacobs/Frieling*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 186; *Salamon*, NZA 2012, 899, 901 f.; a.A. *Bepler*, in: FS Bauer, 2010, S. 161, 175 ff. unter Verweis auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

1204 *Reichold*, RdA 2011, 311, 314: „Das vorliegende Urteil setzt einen rechtsdogmatisch irrigen Pfad fort."; weiterführend zur Entstehung von „Ansprüchen ohne Anspruchsgrundlage" *Reichold*, AP TVG § 3 Nr. 31, unter III.4., III.5; *Reichold*, in: FS Konzen, 2006, S. 763, 765 ff.; *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 620 f.; *Jacobs*, in: FS Säcker, 2011, S. 201, 205 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwierigkeiten ergeben sich auch, wenn „jüngere" und „ältere" Rechtsprechungstendenzen hinsichtlich verschiedener Abstraktionsebenen miteinander konkurrieren. Wie liegt es, wenn die Rechtsprechung eine abstraktere Regel zweiter Ordnung bereits geändert hat oder sich eine solche Rechtsprechungsänderung zumindest deutlich abzeichnet?[1205] Der Kohärenz wäre dann im Einzelfall besser gedient, wenn sich die Regelbildung an den zukünftigen Maßstäben orientiert.[1206] Andererseits muss die Rechtsprechungsänderung deutlich absehbar sein. Eine hinreichend sichere Vorhersage fällt oft schwer.[1207] Am ehesten lässt sich eine Rechtsprechungsänderung im Falle einer „Ankündigungsrechtsprechung" absehen. Das Präjudiziengericht zerstört damit das Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung.[1208] Die Fortbildung im Hinblick auf eine absehbare Rechtsprechungsänderung wird insgesamt nur im Ausnahmefall in Betracht kommen.

(4) Normkonforme Fortbildung der Entscheidungsregel?

Im Ergebnis ist stets der Maßstab zu wählen, der dem Willen des Gesetzgebers am besten gerecht wird. Wird eine bestimmte Regel aus einem anderen dogmatischen Kontext übertragen, muss sichergestellt werden, dass die Erstreckung auch im Anlassfall den gesetzgeberischen Wertungen nicht widerspricht.[1209] Kommen insofern mehrere neue Lesarten in Betracht, von denen nur eine mit der angewendeten Gesetzesnorm vereinbar ist, scheint eine ähnliche Situation wie bei der *normkonformen Auslegung* vor-

1205 So hat das BAG seine Arbeitskampfrechtsprechung zur Kampfmittelwahlfreiheit mit Blick auf die Aufgabe der „Kernbereichslehre" durch das BVerfG geändert, *Krois*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 2 Rn. 88; *C. Schubert*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 559, 560.

1206 *Varsava*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 281.

1207 *Varsava*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 281, 293.

1208 Dazu näher *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 331 ff.; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 139 ff.: „Warnurteile"; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 331 ff.; *Bittner*, JZ 2013, 645; 647 ff.; beispielhaft *Giesen*, RdA 2014, 78, 80.

1209 Zu einem solchen Beispiel *Pant*, Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten, 2019, S. 297 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuliegen.[1210] Auf den ersten Blick liegt es nahe, deshalb eine *normkonforme Fortbildung*[1211] der jeweiligen Entscheidungsregel zu prüfen. Genauer betrachtet, gibt es für eine *normkonforme Fortbildung* einer Entscheidungsregel jedoch keinen eigenständigen Anwendungsbereich. Für den prognostizierenden Rechtsanwender spielt die normkonforme Fortbildung ebenso wenig eine Rolle wie die normkonforme Auslegung.[1212] Der entscheidende Rechtsanwender hingegen muss sich bei der Fortbildung der Entscheidungsregel ohnehin vorrangig am Maßstab des Gesetzgebers orientieren. Über diese Maßstabsvorgabe geht eine „normkonforme Fortbildung" richterlicher Entscheidungsregeln nicht hinaus.

cc) Zwischenergebnis

Dieser idealtypische Vorrang der gesetzgeberischen Wertung setzt sich in der Rechtsprechung nicht immer durch. Der Reiz einer in sich stimmigen, aber nicht in allen Details dem gesetzgeberischen Willen entsprechenden Rechtsprechung ist unübersehbar. Deshalb muss der prognostizierende Rechtsanwender im Einzelfall mangels abweichender Anhaltspunkte davon ausgehen, dass das Gericht eine folgerichtige, wenngleich möglicherweise strenggenommen nicht vertretbare Entscheidung trifft. Der entscheidende Rechtsanwender ist dagegen verfassungsrechtlich gebunden, die gesetzgeberische Wertung zu respektieren.

b) Mittel der Fortbildung

Steht der Maßstab fest, so muss die ursprüngliche Regel nach dieser Wertung fortgebildet werden. Als Mittel der Fortbildung dienen das *distinguishing* und die Analogie. Diese können einheitlich eingesetzt werden, unabhängig davon, ob es um die Fortbildung aus der Sicht eines prognostizierenden oder eines entscheidenden Rechtsanwenders geht.

Wenn der neue Fall nach der Ermittlung der Entscheidungsregel erfasst ist, kommt eine einschränkende Reformulierung der Entscheidungs-

1210 Vgl. bei → Fn. 1055.

1211 Zur „systemkonformen Auslegung" grundlegend *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, passim.

1212 Vgl. bei → Fn. 1056.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

regel in Betracht.[1213] Im angloamerikanischen Recht dient auch dazu das *distinguishing*.[1214] Es geht um das „stärker einschneidende *distinguishing*"[1215] in Abgrenzung zum „minimalinvasiven *distinguishing*".[1216] Dazu muss ein maßgeblicher Unterschied zwischen den Fallsituationen herausgearbeitet werden. Methodisch entspricht das der teleologischen Reduktion einer Gesetzesnorm.[1217] Rechtsanwender sind nicht frei darin, welche Umstände als maßgeblich zugrundegelegt werden.[1218] Durch „Weiterdenken"[1219] des Maßstabs müssen Sachargumente entwickelt werden.[1220]

Ist die gemeinte Regel nicht einschlägig, gebietet der Maßstab jedoch deren Ausdehnung auf den Anlassfall, ist eine Analogie statthaft.[1221] Spiegelbildlich muss dazu die maßgebliche Gleichheit der Sachverhalte der Fallsituationen begründet werden.[1222] Entscheidend ist jeweils die inhaltliche Begründung. Insoweit spricht nichts dagegen, wie bei der Anwendung von Gesetzesnormen einen Erst-Recht-Schluss oder einen Umkehrschluss zu ziehen.[1223] Von den angloamerikanischen Ansätzen unterscheidet sich die entwickelte Methode jedoch durch die Maßstabsbindung der Fortbildung.

1213 Vgl. bereits *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 226; siehe auch *Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, 2024, S. 42.

1214 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 27; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 471.

1215 Diese erlaubt dem anknüpfenden Gericht, sich über eine erkennbar gemeinte Regel hinwegzusetzen, vgl. *Raz*, The authority of law: Essays on law and morality, 2. Aufl. 2009, S. 185 ff., 189: „‚strong' interpretation of distinguishing". Stellt man dagegen auf die vom Präjudiziengericht für maßgeblich erkannten Umstände ab, ist das eine Frage der Ermittlung der Entscheidungsregel, vgl. bei → Fn. 915.

1216 Vgl. bei → Fn. 918.

1217 *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 43; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 167; vgl. auch *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 127: „process of reverse analogy".

1218 Näher dazu bei → Fn. 1113.

1219 Vgl. bei → Fn. 1121.

1220 Zur Unterscheidung von Norm-, Sach- und Präjudizargumenten *Kähler*, DAJV Newsletter 1/2013, 19 ff.

1221 So auch die Terminologie bei *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 45; *Cross/Harris*, Precedent in English law, 4. Aufl. 1991, S. 27 unterscheiden sinngleich „[to] apply" und „[to] follow".

1222 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 45; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 92; vgl. *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923, S. 271.

1223 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 468; allgemein *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 125; vgl. auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 107, 118, 120.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anders als in klassischen Fallrechtssystemen[1224] sind *distinguishing* oder Analogie keine Frage freier Argumentation.

Sowohl bei der Ausdehnung wie bei der Einschränkung der Entscheidungsregel entsteht eine neue Regel.[1225] Dabei ist der Inhalt einer Regel nicht mit ihrer sprachlichen Fassung identisch.[1226] Selbst wenn die Regel sprachlich unverändert bleibt, kann sie eine neue Bedeutung erlangen. Das ist der Fall, wenn die Regel im Hinblick auf einen neuen Umstand oder eine neue Wertung hinterfragt wird, sich der Rechtsanwender aber trotzdem dagegen entscheidet, die Regel zu reformulieren.[1227] Dadurch wird der Geltungsbereich der Regel erweitert: Bei gleichbleibender Formulierung gilt die Regel nunmehr für Fälle, die ursprünglich nicht bedacht wurden.[1228] Entsprechend entsteht eine neue Regel, wenn die analoge Anwendung einer Norm erwogen, dann jedoch abgelehnt wird.[1229] Die explizite Auseinandersetzung mit negativem Ergebnis ist zentral für die Entstehung einer Systematik. Ein großer Rationalitätsverlust liegt darin, dass die explizite Abgrenzung von nur vermeintlich einschlägigen Entscheidungen[1230] oft unterbleibt. Dann verselbstständigen sich „Bestätigungsfehler" bei der Rezeption.[1231]

1224 Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, 1975, S. 101; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 29.

1225 Vgl. *Poscher*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 143, 154; in der Sache ähnlich unterscheidet *Duarte d'Almeida*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 130, 135 ff. Fragen auf unterschiedlichen Abstraktionslevels.

1226 Vgl. bei → Fn. 214.

1227 *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Teil 1, 1933, S. 74; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 128 f.

1228 Unzutreffend BAG 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 unter C.II.2.b); zu Recht kritisch daher *Wank*, RdA 1987, 129, 150.

1229 Beispiel bei *G. Müller*, AuR 1977, 129, 132; vgl. auch *Fischer*, Anm. zu EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG, 17, 40.

1230 Man kann insofern nicht von „vermeintlich einschlägigen Präjudizien" sprechen, da Präjudizien nach hier verwendetem Begriffsverständnis auszeichnet, dass sie eine Aussage für andere Entscheidungen treffen. Nur vermeintlich einschlägige Entscheidungen sind daher gerade keine Präjudizien.

1231 Vgl. *Michl*, EuR 2018, 456, 466; ähnlich *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, S. 288 f.; weiterführend zu Bestätigungsfehlern *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019, S. 57 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die beiden Mittel der Fortbildung stellen sicher, dass die Entscheidungsregeln für ähnliche, aber nicht gleiche Sachverhalte mit Blick auf den einschlägigen Maßstab synchronisiert oder ausdifferenziert werden.[1232]

c) Grenzen der Fortbildung

Obwohl Richter keiner allgemeinen Präjudizienbindung unterliegen, sind der Fortbildung einer Entscheidungsregel in manchen Fällen Grenzen gesetzt. Eine solche Begrenzung muss jedoch stets dogmatisch verankert sein. Dieser Schritt hat nur für den entscheidenden Rechtsanwender Bedeutung. Zunächst gelten auch für die Fortbildung die allgemeinen Grenzen der Vertretbarkeit der Entscheidungsregel.[1233] Darüber hinaus knüpfen spezifische Grenzen an die Abweichung von einer Entscheidung und die Änderung einer bestimmten Rechtsprechung an. Im Einzelnen sind die Begriffe umstritten.[1234] Eine genaue Abgrenzung kann hier unterbleiben; in der Literatur werden die Begriffe oft synonym verwendet.[1235] Fest steht, dass nicht jede Fortbildung bereits eine Änderung der Rechtsprechung bedeutet.

Die *Abweichung* von einer Entscheidungsregel kann durch das Prozessrecht beschränkt sein.[1236] Ob dabei jede Abweichung von gemeinten Regeln oder nur ergebnisrelevante Abweichungen erfasst sind, richtet sich nach der jeweiligen Vorschrift.[1237] Insbesondere im Arbeitsrecht wird immer wieder über die besondere Funktion von Entscheidungsregeln des Großen Senats diskutiert.[1238] Will ein Senat von einer Entscheidungsregel des Großen Senats abweichen, muss er erneut gem. § 45 Abs. 2 ArbGG

1232 Vgl. dazu *Stürner*, JZ 2012, 10, 11.

1233 Vgl. bei → Fn. 1051.

1234 Siehe die unterschiedlichen Ansätze bei *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 18 ff.; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 52 ff.; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 36 ff.; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157.

1235 Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 20; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 473 ff.; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 37 weist darauf hin, dass der Abweichungsbegriff aus § 132 Abs. 2 GVG nicht mit dem der Rechtsprechungsänderung gleichgesetzt werden darf.

1236 Zur „mittelbaren Präjudizienbindung" durch Vorlagepflichten *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 50; *von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 36 ff.

1237 Ausführlich bei → Fn. 93.

1238 Näher dazu *Schneck*, in: Freyler/Gräf, Arbeitsrecht als Richterrecht?, 2023, S. 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorlegen.[1239] Indes ist die praktische Bedeutung von Verstößen gering.[1240] Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Entscheidung des Großen Senats ihrerseits nach allgemeinen Grundsätzen ausgelegt werden muss, um die bindenden Regeln zu ermitteln. Meist erfolgt die verdeckte Abweichung unter dem Etikett einer bestimmten Interpretation der Entscheidung des Großen Senats.[1241] Methodisch bedeutet die prozessuale Bindung ein *Regelfortbildungsverbot*.[1242] Damit soll im Folgenden eine Meta-Regel bezeichnet werden, die es Richtern in einem bestimmten Rechtsstreit untersagt, eine bestimmte richterliche Entscheidungsregel einzuschränken oder zu erweitern. Regelfortbildungsverbote werden auch an anderer Stelle diskutiert.[1243]

Beispiel: Im einstweiligen Verfügungsverfahren gegen Arbeitskampfmaßnahmen ist gem. § 72 Abs. 4 ArbGG die Revision zum BAG ausgeschlossen. Hauptsacheverfahren, in denen auch das BAG seine Regelbildungsaufgabe wahrnehmen kann, sind selten.[1244] Stellt ein LAG im einstweiligen Verfügungsverfahren eine Regel auf, bekommt das BAG oft bis auf weiteres keine Gelegenheit, sich dazu zu positionieren. Das Vertrauen darauf, dass in Eilverfahren nicht von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen wird, ist daher zumindest in diesen Fällen schutzwürdig.[1245] Daraus wird gefolgert, das zur Entscheidung berufene LAG solle die Entscheidungsregeln des BAG lediglich anwenden, aber keine neuen Regeln aufstellen.[1246] Wenn dagegen eingewandt wird, Richter hätten im

1239 Germelmann/Matthes/Prütting/*Prütting*, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 45 Rn. 47; beispielhaft zum arbeitskampfrechtlichen ultima-ratio-Prinzip bei → Fn. 904.

1240 Vgl. bei → Fn. 635.

1241 Beispielhaft *Kreutz*, in: FS 100 Jahre BetrVG, 2020, S. 383, 387 ff.; *Riesenhuber*, in: FS Windbichler, 2020, S. 353, 358, 371.

1242 In Anlehnung an „Rechtsfortbildungsverbote", dazu *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 598; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 34; *Jocham*, Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Privatrecht, 2021, S. 155, 157; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 177 ff., 183 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 134 ff.; siehe auch *Höpfner*, DÖV 2006, 820, 821.

1243 Terminologisch wird auch insofern von einem „Rechtsfortbildungsverbot" gesprochen, *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 218; *Stoffels*, NZA 2022, 438, 443.

1244 *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 215.

1245 *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rn. 717; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 218; *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 35; *Stoffels*, NZA 2022, 438, 443.

1246 *Horcher*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 11 Rn. 36; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 218; *Treber*, SR 2013, 140, 145 f.; *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einstweiligen Rechtsschutz auch schwierige Rechtsfragen zu lösen,[1247] zeigt sich erneut die Mehrdeutigkeit des Richterrechtsbegriffs.[1248] Die Bedenken richten sich gegen eine Entscheidung, die von den Entscheidungsregeln des BAG *im Ergebnis* abweicht. Sie erfassen daher einerseits nicht „Konstruktionskontroversen"[1249], bei denen das gleiche Ergebnis auf dogmatisch anderer Grundlage erreicht wird.[1250] Andererseits muss es den Instanzgerichten auch im einstweiligen Rechtsschutz erlaubt sein, Rechtsfragen zu würdigen, zu denen noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert. Rechtsfortbildung in diesem Sinn ist nicht generell ausgeschlossen.[1251] Das „Rechtsfortbildungsverbot" bedeutet also eine Ergebnisbindung an BAG-Präjudizien. Nicht erfasst sind dagegen sonstige Fortbildungen der Entscheidungsregeln, die im Ergebnis keine Rechtsprechungsänderung bedeuten.[1252] Bei der Beurteilung nicht entschiedener Fälle dürfen die bestehenden Entscheidungsregeln grundsätzlich also sowohl erweitert als auch einschränkend reformuliert werden. Die Instanzgerichte müssen sich lediglich mit den höchstgerichtlichen Entscheidungsregeln auseinandersetzen, um über deren Einschlägigkeit zu entscheiden.[1253] Die Formulierung, dass die Instanzgerichte nicht berechtigt seien, „neue Regeln aufzustellen", ist daher missverständlich.[1254]

Neben diesem Sonderfall spielt der Begriff der Abweichung die größte Rolle, wenn nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung gefragt wird.[1255] In diesen Fällen muss die Abweichung jedenfalls für das Ergebnis des Anlassfalls relevant sein.[1256]

1247 *Brox*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 767.
1248 Vgl. bei → Fn. 133.
1249 *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, S. 188 ff.
1250 *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 219.
1251 *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 65 Rn. 24; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rn. 717; *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 219; so aber wohl *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 36.
1252 Zum Applikationsproblem vgl. bei → Fn. 144.
1253 *Horcher*, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 2021, § 11 Rn. 41.
1254 Wie hier im Ergebnis auch *Höpfner/Schneck*, RdA 2022, 206, 218 f.; *Stoffels*, NZA 2022, 438, 443.
1255 *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 36 ff.
1256 *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 39; ausführlich dazu *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 18 ff.; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 116.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

An dieser Stelle können Vertrauensschutzgesichtspunkte[1257] und die gleichheitsrechtliche Bindung an die Entscheidungsregel[1258] diskutiert werden. Da Vertrauen an eine faktische Rechtsprechungspraxis anknüpft, müsste zudem näher untersucht werden, inwiefern bei nicht vertretbaren Entscheidungsregeln Vertrauensschutz gewährt werden kann.[1259] Alle diese Fragen sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung, insofern wird auf die Spezialliteratur verwiesen.

d) Zwischenergebnis

Die Fortbildung der Entscheidungsregel dient dazu, eine ermittelte Entscheidungsregel mit Blick auf einen neuen Fall weiterzuentwickeln. Dabei ist zwischen dem Maßstab der Fortbildung, den Mitteln der Fortbildung und den Grenzen der Fortbildung zu unterscheiden. Beim Maßstab sind die Perspektive des prognostizierenden Rechtsanwenders und die des entscheidenden Rechtsanwenders zu trennen. Der prognostizierende Rechtsanwender hat sich in die Richter des für den Anlassfall zuständigen Revisionsgerichts hineinzuversetzen. Er hat alle verfügbaren Informationen zu berücksichtigen, um die Fortbildung mit Blick auf diesen Fall zu prognostizieren. Für den entscheidenden Rechtsanwender ist der Maßstab verfassungsrechtlich determiniert. Im Zweifelsfall gilt immer der Maßstab des geschriebenen Rechts. Andere richterliche Entscheidungsregeln können subsidiär herangezogen werden. Dabei ist jedoch offenzulegen, ob es sich

1257 *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 326 ff.; *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, 2024, S. 433 ff.; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 178 ff.; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 180 ff.; *Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 15 Rn 237 f. mwN; *Leisner-Egensperger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 89 Rn. 21; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 97 ff.

1258 Zu gleichheitsrechtlichen Ansätzen *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 103 f.,520 f., 530; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, passim; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 173 ff.; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 179 f.; *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 300 ff.; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 49 f.

1259 Siehe auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 174, 218 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um eine Wertung des Normgebers oder um eine richterliche Konkretisierung handelt. Richterliche Entscheidungsregeln dürfen sich nicht von den gesetzlichen Wertungen entfernen. Als Mittel der Fortbildung dienen Analogie und *distinguishing*. Auch die sprachlich unveränderte Fortführung einer Entscheidungsregel nach inhaltlicher Prüfung ist Fortbildung. Entscheidend ist die offene argumentative Auseinandersetzung. Die Grenzen der Fortbildung betreffen nur den entscheidenden Rechtsanwender. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob ein „Regelfortbildungsverbot" besteht. Ein solches kann einerseits aus den Prozessvorschriften folgen. Andererseits sind die Grenzen rückwirkender Rechtsprechungsänderungen zu diskutieren. Vertrauensschutzgesichtspunkte und der allgemeine Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG bieten verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte.

5. Übersicht: Die Stufen der Präjudizieninterpretation

Zusammengefasst erfordert die Ermittlung und Fortbildung der Entscheidungsregel aus einem Präjudiz die folgenden Prüfungsschritte:

I. Die Vertretbarkeit des Präjudizes (Kap.1.II.2)

1. Muss sich das Präjudiz am deutschen, am unionsrechtlichen oder am konventionsrechtlichen Vertretbarkeitsmaßstab messen lassen?
2. Geht es um die Prognose der erwartbaren Entscheidung oder die normativ gebotene Entscheidung?
3. Subsumtion: Ist das Ergebnis der Entscheidung nach diesem Maßstab vertretbar?
4. Zwischenergebnis: In beiden Fällen ist anschließend die Ermittlung der Entscheidungsregel zu prüfen.

II. Die Ermittlung der Entscheidungsregel (Kap.1.II.3)

1. Formulierung einer Hypothese für die Entscheidungsregel.
2. Auswertung aller Kriterien; Gesamtabwägung zugunsten der plausibelsten Zuschreibung.
3. Aus der Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders:

   a) Wenn Präjudiz vertretbar: Vertretbarkeit der Entscheidungsregel, ggf. nach normkonformer Auslegung?

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Wenn ja: Feststellung der ermittelten Entscheidungsregel.
bb) Wenn nein: Verwerfung der ermittelten Entscheidungsregel, anschließend originäre Gesetzesinterpretation mit Blick auf den Anlassfall.

b) Wenn Präjudiz nicht vertretbar:

aa) Verwerfung der Entscheidungsregel, aufgrund derer das Präjudiz im Ergebnis nicht vertretbar ist.
bb) Weitere Prüfung, ob der Entscheidung trotzdem eine – andere – vertretbare Entscheidungsregel zugrunde liegt. Wenn nein: anschließend originäre Gesetzesinterpretation mit Blick auf den Anlassfall.

4. Subsumtion: Ist die Entscheidungsregel einschlägig? In beiden Fällen ist die Fortbildung der Entscheidungsregel zu prüfen.

III. Die Fortbildung der Entscheidungsregel (Kap.1.II.4)

1. Der Maßstab der Fortbildung: Prognose der erwartbaren Fortbildung oder Entscheidung über normativ gebotene Fortbildung?

a) Prognose: Aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders Fortbildung zu erwarten?

aa) Wenn nein: unveränderte Anwendung der Entscheidungsregel.
bb) Wenn ja: Fortbildung der Entscheidungsregel am Maßstab der gelebten Rechtslage.

b) Entscheidung: Aus der Sicht des „skeptischen Rechtsanwenders" stimmig bei Anwendung auf den Anlassfall?

aa) Wenn einschlägig und stimmig: Subsumtion unter die ermittelte Entscheidungsregel.
bb) Wenn einschlägig und nicht stimmig: Fortbildung der Entscheidungsregel am Maßstab des entscheidenden Rechtsanwenders.
cc) Wenn nicht einschlägig und stimmig: Kein hinreichender Zusammenhang zwischen Präjudiz und Anlassfall. Anschließend originäre Gesetzesinterpretation mit Blick auf den Anlassfall.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Wenn nicht einschlägig und nicht stimmig: Fortbildung der Entscheidungsregel am Maßstab des entscheidenden Rechtsanwenders.

2. Die Mittel der Fortbildung: *distinguishing* oder Analogie?
3. Aus Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders: Grenzen der Fortbildung – Besteht ein Fortbildungsverbot (Prozessrecht, Vertrauensschutz gem. Art. 20 Abs. 3 GG oder Rechtsanwendungsgleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG)?

IV. Ergebnis: Die anzuwendende Entscheidungsregel.

III. Besonderheiten bei Entscheidungen von BVerfG, EuGH und EGMR

Nachdem das Prüfprogramm im Allgemeinen dargestellt wurde, werden im Folgenden Besonderheiten der einzelnen untersuchten Gerichte beleuchtet. Zunächst wird auf die Entscheidungsregeln des BVerfG eingegangen (1.), dann auf die des EuGH (2.) und schließlich auf die des EGMR (3.).

1. Entscheidungsregeln aus BVerfG-Entscheidungen

Arbeitsrechtliche Entscheidungen des BVerfG sind gegenüber Entscheidungen von BAG, EuGH und EGMR selten. Entscheidet das BVerfG, erfahren seine Präjudizien jedoch regelmäßig große Aufmerksamkeit in der Literatur.[1260] Aufgrund der erkennbaren Tendenz des BVerfG, Verfassungsbeschwerden insbesondere zu Art. 9 Abs. 3 GG per Nichtannahmebeschluss abzuweisen,[1261] ist die Zahl der Senatsentscheidungen indes stark zurückgegangen.[1262] Entscheidungen des BVerfG sind grundsätzlich in vielerlei Hinsicht durch die deutsche Rechtstradition geprägt. Für die Ermittlung und Fortbildung seiner Entscheidungsregeln lassen sich die allgemeinen Kriterien daher gut heranziehen. Für die entwickelte Methode der Präjudizieninterpretation relevante Besonderheiten von BVerfG-Präjudizien werden im Folgenden erläutert.

1260 Zur „Kampfmittelwahlfreiheit" vgl. bei → Fn. 832. Zu historischen Konflikten zwischen Arbeitsgerichtsbarkeit und BVerfG *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 115 ff.

1261 *Krois*, NZA 2020, 1229, 1229 f.

1262 So auch *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 307.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die vielleicht wichtigste Besonderheit verfassungsgerichtlicher Regelbildung übersteigt jedoch die in der Untersuchung verfolgte Fragestellung: Sie liegt in ihrer weitreichenden Wirkung gegenüber allen drei Staatsgewalten.[1263] Eine ausgreifende Regelbildung droht nicht nur, das Verfassungsgericht in seinen späteren Entscheidungen faktisch einzuschränken. Im einfachen Recht bleibt dem (einfachen) Gesetzgeber stets die Möglichkeit, eine unerwünschte Rechtsprechungslinie mit „drei berichtigenden Worten"[1264] zu beseitigen.[1265] Dagegen besteht im Verfassungsrecht ein ständiger Kompetenzkonflikt zwischen Legislative und Judikative:[1266] Das Verfassungsrecht gilt praktisch in seiner Interpretation durch das BVerfG.[1267] Um das Verfassungsrecht zu ändern, sind Zweidrittelmehrheiten im Bundestag und im Bundesrat erforderlich, Art. 79 Abs. 2 GG. Kommen diese nicht zustande, droht eine „Versteinerung" der Rechtsprechungslinie.[1268] Dieses „Zeitproblem"[1269] betrifft besonders das Verfassungsrecht. Deshalb besteht ein ungleich stärkeres Bedürfnis nach der Kontextualisierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: Es geht um die Machtverteilung im Verhältnis von erster und dritter Gewalt.[1270]

Das BVerfG ist selbst Bundesgericht, zugleich aber Verfassungsorgan (vgl. § 1 Abs. 1 BVerfGG). Es kontrolliert staatliche Entscheidungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit (vgl. Art. 93 GG).[1271] Durch seine Urteile und

1263 *Bryde*, EuGRZ 2011, 237.

1264 *von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 17. Die *von Kirchmann* zugeschriebene Formulierung vom „Federstrich des Gesetzgebers" findet sich nicht in der zitierten Quelle.

1265 *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 207.

1266 *Bryde*, EuGRZ 2011, 237, 237 f.

1267 *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 582; zustimmend *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 126 f.; vgl. dazu auch das Dictum des amerikanischen Richters Charles Evan Hughes: „We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is", *Hughes*, in: ders., Addresses and papers of Charles Evans Hughes, 1908, S. 133, 139; dazu *Jestaedt*, in: FS Bethge, 2009, S. 513, 529 f.; siehe auch *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1085 f.

1268 Vgl. *von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 54 f.

1269 *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 131; siehe auch *Pielhoff*, JöR 68 (2020), 241, 267.

1270 Deutlich *Lepsius*, JZ 2019, 793, 800, 801: „demokratiefunktionale Relativierungsstrategie"; *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 129 ff., 132; dazu *Hwang*, Rechtstheorie 47 (2016), 165, 175 ff.; vgl. auch *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1088 f., 1091 ff.

1271 *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 272.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschlüsse entscheidet das BVerfG einerseits konkrete Sachverhalte, bildet andererseits jedoch zugleich das Verfassungsrecht fort.[1272]

Verfassungsrecht anzuwenden, bedeutet regelmäßig die Anwendung hochabstrakter Normen.[1273] Das BVerfG bedient sich dabei in methodischer Hinsicht eines pragmatischen Ansatzes.[1274] Es gibt keine allgemeine Kontrollinstanz, vor der potenzielle methodische Verstöße des BVerfG überprüft werden können. Sowohl der hohe Abstraktionsgrad des Verfassungsrechts als auch das Fehlen eines für die Kontrolle zuständigen Spruchkörpers entwerten damit die praktische Bedeutung einer Vertretbarkeitskontrolle. Die methodische Kritik bleibt eine wichtige wissenschaftliche Aufgabe;[1275] für die Rechtspraxis spielt sie eine untergeordnete Rolle.

Sofern eine weitreichende Entscheidungsregel erkennbar gemeint und kein Maßstab für eine einschränkende Fortbildung ersichtlich ist, ist es nicht Aufgabe der entwickelten Präjudizienmethode, dem entgegenzuwirken. Die damit verbundenen Fragen bleiben anderen Untersuchungen vorbehalten.

Im Folgenden werden zunächst Besonderheiten bei den einzelnen Kriterien der Interpretation von BVerfG-Präjudizien untersucht (a). Im Anschluss werden die Besonderheiten der normkonformen Auslegung und der Vertretbarkeit der Entscheidungsregel mit Blick auf diese Präjudizien erläutert (b). Abschließend werden Besonderheiten bei der Fortbildung von Entscheidungsregeln des BVerfG beleuchtet (c).

a) Einzelne Kriterien

Entscheidungsregeln des BVerfG müssen im Ausgangspunkt nach allgemeinen Grundsätzen[1276] ermittelt werden. Zu einer genauen Prüfung besteht

1272 Ausführlich dazu *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161 ff., insbesondere 164 f.; vgl. auch *Lepsius*, JZ 2019, 793, 797.

1273 *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 131; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 438.

1274 *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 142.

1275 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 439; *Bryde*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107, 108; *Lepsius*, JZ 2019, 793 ff.; zu den Aufgaben einer modernen Verfassungsrechtsdogmatik *Schlink*, JZ 2007, 157, 161 f.; und dagegen *Volkmann*, JZ 2020, 965, 966 ff.

1276 Vgl. bei → Fn. 771.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anlass,[1277] auch wenn die Maßstäbe des BVerfG oft einen umfassenden Anwendungsbereich betreffen.[1278] Diskussionen über den genauen Inhalt verfassungsgerichtlicher Maßstäbe entstehen beispielsweise im Zusammenhang mit Kammerentscheidungen. So kann eine Kammer einer sog. Durchsetzungsverfassungsbeschwerde (vgl. § 93a Abs. 2 lit.b) BVerfGG) stattgeben, wenn die maßgebliche Frage durch das BVerfG bereits entschieden ist, § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG. Die Meinungen darüber, ob eine Frage bereits entschieden ist, gehen im Einzelfall auseinander.[1279] Das liegt nicht zuletzt daran, dass das Ziel der Präjudizieninterpretation oft nicht klar benannt wird.[1280]

Das BVerfG bedient sich desselben deduktiven Begründungsstils wie alle deutschen Gerichte. Die Urteile sind jedoch, jedenfalls in Grundrechtsfragen, anders aufgebaut als die der Fachgerichte.[1281] Letztere folgen einer einheitlichen Struktur. Unter „A. Sachverhalt" werden die wesentlichen tatsächlichen Umstände der Entscheidung und die Prozessgeschichte festgehalten. Anschließend folgt unter „B. Gründe/Aus den Gründen:" deren rechtliche Würdigung „aus einem Guss". Demgegenüber ist die materielle Würdigung beim BVerfG anders aufgebaut. Sie erfolgt häufig unter „C." und ist in einen Maßstäbeteil („C.I.") und einen Subsumtionsteil („C.II.") aufgeteilt.[1282] Erst die verfassungsgerichtlichen Maßstäbe verleihen der Verfassung subsumierbare Konturen. Allerdings begünstigt die Trennung der Entscheidungsmaßstäbe von den Umständen des Einzelfalls die kontextlose

1277 *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 207; *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 256 ff.; *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 123 ff.; *C. Möllers*, in: Pünder/Waldhoff, Debates in German Public Law, 2014, S. 3, 21 f.; allgemein *Lepsius*, JZ 2019, 793 ff.

1278 *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 127: „Gegenentwurf zum richterlichen Minimalismus"; nähere Überlegungen zu „Ausstiegsklauseln" innerhalb der Maßstäbe, die unter bestimmten Umständen eine Abweichung von diesen erlauben bei *Pielhoff*, JöR 68 (2020), 241, 255 f., 260 ff.

1279 Barczak/*Nettersheim*, BVerfGG, 2018, § 93c Rn. 6 mit Fn. 7.

1280 Barczak/*Nettersheim*, BVerfGG, 2018, § 93c Rn. 6 weist auf die Möglichkeit hin, die Frage unterschiedlich abstrakt zu formulieren. Welches Abstraktionsniveau zugrunde zu legen ist, lässt sich jedoch von vorneherein feststellen, indem man die gemeinte Regel ermittelt, vgl. bei → Fn. 771.

1281 Ausführlich *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 168 ff., 219 ff.; *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 147 f.; *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 276 f.

1282 Dazu *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 168 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verselbstständigung der Maßstäbe.[1283] Zudem werden die Entscheidungssätze des BVerfG nicht nur praktisch nahezu wie geschriebene Normen behandelt, sie sind auch regelmäßig so *gemeint*.[1284] Besonders tritt der Wille zur Maßstabssetzung in den Entscheidungen hervor, in denen das BVerfG versuchte, die gesamten Entscheidungsgründe für tragend zu erklären.[1285] In anderen Entscheidungen weist das BVerfG indes darauf hin, dass die Bindungswirkung gem. § 31 BVerfGG an den Streitgegenstand anknüpfe.[1286] Ein geschlossenes Bild lässt sich nicht erkennen.[1287]

Beispiel: In seiner früheren Rechtsprechung ging das BVerfG davon aus, dass die Koalitionsfreiheit nur in einem „Kernbereich" geschützt werde. Zunächst hatte das BVerfG den Begriff des Kernbereichs eingeführt, ohne den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit zugleich negativ abzugrenzen.[1288] Die eigentliche „Kernbereichsrechtsprechung"[1289] entstand ursprünglich durch einen nicht tragfähigen Umkehrschluss aus dieser früheren *Jedenfalls-Rechtsprechung*[1290]. Die spätere „Klarstellung"[1291], dass die Koalitionsfreiheit nicht nur in einem Kernbereich geschützt sei, war

1283 *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 171 f.; *Jestaedt*, in: FS Bethge, 2009, S. 513, 532 f.; *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 148; *Depenheuer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 10 Rn. 107.

1284 *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161, 242 f.; *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 126 f.; *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 207: „Richterrecht in Permanenz"; zu der entsprechenden Erwartungshaltung der Staatsrechtslehre *Bryde*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107, 114; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 209.

1285 BVerfG 31.7.1973 – 2 BvF 1/73, BVerfGE 36, 1 (36); vgl. auch BVerfG 22.7.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (136); nicht eindeutig dagegen in BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (270, 339, 369, 434, 436); kritisch dazu *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 391 Rn. 82; *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 278.

1286 BVerfG 6.11.1968 – 1 BvR 727/65, BVerGE 24, 289 (297); 22.11.2001 – 2 BvE 6/99, BVerfGE 104, 151 (197 f.).

1287 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 395.

1288 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (106, 108).

1289 BVerfG 30.11.1965 – 2 BvR 54/62, BVerfGE 19, 303 (321 f.).

1290 Dazu ausführlich bei → Fn. 822.

1291 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 (360).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

demnach eine Rechtsprechungsänderung.[1292] Aus der Sicht der Rechtsanwender waren diese Abgrenzungen jedoch ohne Bedeutung. Praktisch galten die jeweils aufgestellten Maßstäbe als allgemeine Regeln.[1293] Der Versuch, die Aussagen auf die Sachverhalte zu beschränken, hätte eine nachträgliche Fortbildung der gemeinten Aussagen bedeutet. Für die Praxis wäre die einschränkende Fortbildung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe indes nur von begrenztem Nutzen gewesen. Schließlich kommt es im Ergebnis allein auf die Interpretation des BVerfG an.[1294]

Beim BVerfG zeigt sich besonders deutlich, dass auch in atypischen Fällen allgemeingültige Maßstäbe beabsichtigt sein können.[1295]

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass deutsche Fachgerichte wenig Spielraum haben, ob sie in der Sache entscheiden.[1296] Beim BVerfG ist das anders. Das BVerfG kann weitgehend frei entscheiden, mit welchen Fällen es sich näher befasst. Bereits den Umfang eingehender Verfahren steuert das Gericht über seine Maßstäbe zu den verfassungsprozessualen Anforderungen.[1297] Deswegen trifft eine eingehend und in der Sache begründete Entscheidung des BVerfG bereits an sich eine Aussage.[1298]

Am BVerfG können die entscheidenden Richter Sondervoten veröffentlichen. Gem. § 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG können sich diese auf die Entscheidung oder deren Begründung beziehen. Sondervoten belegen, dass sich das Gericht ausführlich auch mit Gegenauffassungen beschäftigt, wenngleich sich diese im Ergebnis nicht durchsetzen.[1299] Die Möglichkeit zustimmender Sondervoten kann den Kompromisscharakter der mehrheitlichen Entscheidungsgründe relativieren:[1300] Anstatt sich bei Einigkeit über

1292 Vgl. *Otto*, in: FS Zöllner, 1998, S. 879, 893 f.; *Linsenmaier*, RdA 2019, 157, 166; *Wank*, JZ 1996, 629, 630; ähnlich zur „Flashmob-Entscheidung" des BAG *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 184 f.

1293 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 (358 f.) mwN der Literatur.

1294 Vgl. die Nachweise bei → Fn. 1267.

1295 Sehr deutliches Beispiel bei *Lepsius*, JZ 2015, 435, 442.

1296 Vgl. bei → Fn. 453.

1297 *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 274.

1298 Zum Teil schlägt sich der Wille zur Maßstabsbildung dabei deutlich im dogmatischen Ansatz nieder, beispielhaft *Jestaedt*, Der Staat 48 (2009), 497, 503 f.

1299 *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 175 ff.; *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281, 387; zur Abstimmung im Senat *Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, S. 303 f.

1300 *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 529 f.; *Höreth*, Der Staat 50 (2011), 191, 202; vgl. aber *Jestaedt*, Der Staat 48 (2009), 497, 514 f.; so auch aus der (anonymi-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Ergebnis zwingend auf eine Begründung einigen zu müssen, können einzelne Richter auf zustimmende Sondervoten zurückgreifen. Andererseits kann gerade das Inaussichtstellen eines Sondervotums auch Druck erzeugen, sich auf eine gemeinsame Begründung zu einigen.[1301] Anzahl und Frequenz der Sondervoten in einer bestimmten Frage können indes Vorboten einer Rechtsprechungsänderung sein und damit die Orientierungswirkung einer bestimmten Entscheidungsregel relativieren.[1302] Sondervoten können somit einen Hinweis auf die zukünftige Handhabung liefern.[1303] Die Formulierung der Begründung erfolgt regelmäßig sehr gründlich.[1304] Trotzdem besteht ein großer Anreiz, Sondervoten nach Möglichkeit zu vermeiden. Herrscht über große Teile der Begründung Einigkeit, besteht neben der Bekanntgabe des Stimmergebnisses kaum ein Bedürfnis, den verbleibenden Dissens im Einzelnen zu erklären.[1305] Angesichts ihrer seltenen Nutzung darf die Aussagekraft der Möglichkeit eines Sondervotums für die Ermittlung der Entscheidungsregel auch nicht überschätzt werden.[1306] Ob überhaupt Sondervoten eingesetzt werden, hängt nicht zuletzt von den Vorstellungen der jeweiligen Richterpersönlichkeiten ab.[1307] Insgesamt lassen sich aus der Möglichkeit, Sondervoten oder das Stimmergebnis zu veröffentlichen, kaum klare Regeln für die Interpretation von BVerfG-Entscheidungen herleiten.

---

sierten) Innensicht das Zitat bei *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 325.

1301 *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 529 f.; so auch die anonymen Zitate bei *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 187.

1302 *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 222; zur Rechtsprechungsentwicklung hin zur „subjektiven Theorie" *Höpfner*, RdA 2018, 321, 323 f.

1303 *Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, S. 308.

1304 Aus der „Innenperspektive" *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 133; weiterführend zur Begründung von BVerfG-Entscheidungen *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 208 ff.

1305 *Bryde*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107, 109; näher *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2022, S. 533 ff.

1306 *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281, 387 f.; näher *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 96 ff., 102, 112.

1307 Vgl. *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 190 f., 234 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zudem kann die Form der Entscheidung Hinweise liefern.[1308] Besteht eine ständige Rechtsprechung, so ist es unwahrscheinlich, dass das BVerfG seine gewachsenen Maßstäbe in einem Nichtannahmebeschluss aufgibt. Allgemein ist zwischen Kammer- und Senatsentscheidungen zu unterscheiden. Besteht eine gefestigte Senatsrechtsprechung, ist Vorsicht geboten, aus einer vermeintlich abweichenden Kammerentscheidung einen allgemeinen Maßstab zu ermitteln.[1309] Die Kammern dürfen nur die von den Senaten aufgestellten Maßstäbe im Einzelfall anwenden.[1310] Darin liegt ein besonderes *Regelfortbildungsverbot*.[1311]

b) Normkonforme Auslegung und Vertretbarkeit der Entscheidungsregel

Für die Interpretation von BVerfG-Entscheidungen durch die Fachgerichte ist zu differenzieren. Die Fachgerichte sind neben dem BVerfG für die Interpretation der verfassungsrechtlichen Vorgaben zuständig. Zwar ist für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von einzelnen Normen grundsätzlich eine konkrete Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG statthaft. Die Maßstäbe des BVerfG sind indes kein zulässiger Vorlagegegenstand iSv Art. 100 Abs. 1 GG. Insofern gilt etwas anderes als für die Rezeption von EuGH-Präjudizien. Ist der Inhalt einer EuGH-Entscheidung unklar oder mehrdeutig, kann sie gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV ihrerseits Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens durch ein Fachgericht sein.[1312] Letztinstanzlich entscheidende Gerichte sind gem. Art. 267 Abs. 3 sogar zur Vorlage mehrdeutiger EuGH-Entscheidungen verpflichtet.[1313] Ohne die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV könnten EuGH-Entscheidungen effektiv umgangen werden. Bei BVerfG-Entscheidungen besteht diese Gefahr nicht. Eine Fehlinterpretation bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungsregeln bedeutet, sofern das BVerfG an seiner Rechtsauffassung festhält, zugleich eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Diese

1308 So auch *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 259.
1309 Kritisch dazu auch *Lepsius*, JZ 2019, 793, 797; vgl. das Beispiel bei → Fn. 886.
1310 Statt vieler Barczak/*Nettersheim*, BVerfGG, 2018, § 93a Rn. 32 Fn. 64; a.A. offenbar BVerfG (K) 19.1.2022 – 1 BvR 1089/18, NVwZ 2022, 481 Rn. 16.
1311 Vgl. dazu bei → Fn. 1242.
1312 EuArbR/*Höpfner*, 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 8.
1313 EuArbR/*Höpfner*, 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG geltend gemacht werden.[1314]

Folgerichtig ist auch bei der Interpretation von BVerfG-Entscheidungen eine normkonforme Auslegung[1315] möglich. Für den Maßstab ist danach zu unterscheiden, welcher Rechtsanwender die Entscheidung interpretiert. Lässt eine Entscheidung des BVerfG mehrere Lesarten zu, kann der nationale Gesetzgeber die Entscheidung so interpretieren, wie sie seiner Ansicht nach einzig mit der Verfassung vereinbar ist. Eine Verschiebung der Interpretationszuständigkeiten ist nicht zu befürchten, da jedermann gegen die nachfolgende Gesetzgebung gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG Verfassungsbeschwerde erheben und damit eine bundesverfassungsgerichtliche Überprüfung veranlassen kann.

c) Die Fortbildung der Entscheidungsregel

Auch gegen eine Fortbildung von Entscheidungsregeln des BVerfG bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Da das BVerfG für die Interpretation der Verfassung nicht alleinzuständig ist, spricht nichts dagegen, dass andere Rechtsanwender eine eigene Interpretation der Verfassung und der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstäbe vornehmen.[1316] Ein *Regelfortbildungsverbot*[1317] ergibt sich allerdings unter Umständen aus der Bindungswirkung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG. Das gilt jedenfalls, sofern man mit dem BVerfG[1318] annimmt, dass sich die Bindung nicht nur auf den Tenor, sondern auch auf die tragenden Gründe der Entscheidung erstreckt.[1319] Dann ist freilich im Anschluss an die Ermittlung der Entscheidungsregel zu prüfen, ob sie die Präjudizienentscheidung trägt.[1320]

1314 Dazu Dürig/Herzog/Scholz/*C. Walter,* Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, GG Art. 93 Rn. 150 ff.

1315 Dazu allgemein bei → Fn. 1055.

1316 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 442 f.; vgl. *Lepsius*, in: Meinel, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 136.

1317 Vgl. bei → Fn. 1242.

1318 Ständige Rechtsprechung seit BVerfG 10.6.1975 – 2 BvR 1018/74, BVerfGE 40, 88, 93 f.; stellvertretend für die aktuelle Entscheidungspraxis BVerfG 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268, 277.

1319 Zur Argumentation der Gegenauffassung in der Literatur Barczak/*Koch*, BVerfGG, 2018, § 31 Rn. 22; weiterführend *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 411 ff.

1320 Barczak/*Koch*, BVerfGG, 2018, § 31 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Entscheidungsregeln aus EuGH-Entscheidungen

Der EuGH wird regelmäßig aufgrund der Vorlage eines nationalen Fachgerichts gem. Art. 267 AEUV tätig.[1321] Das Vorabentscheidungsverfahren[1322] erfüllt eine andere Funktion als die nationalen Verfahrensarten: Es dient dazu, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in den Vertragsstaaten zu wahren.[1323] Damit ist dem EuGH die Aufgabe zugewiesen, das Unionsrecht zu konkretisieren (vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 EUV).[1324] In Auslegungsentscheidungen[1325] liefert der EuGH „sachdienliche Hinweise für die Entscheidung"[1326]. Die Entscheidung selbst obliegt aber dem Vorlagegericht.[1327] Die doppelte Funktion aus „Streitentscheidung und Normbildung"[1328] besteht nicht in der für das deutsche Recht typischen Form, da der EuGH den Einzelfall nicht entscheidet.[1329] Die fundamental andere Funktion des Vorlageverfahrens verändert den Blickwinkel der entscheidenden Richter. Einerseits neigt der EuGH zu abstrakten Festlegun-

1321 Statt vieler Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 4.

1322 Die anderen Verfahrensarten vor dem EuGH haben für die Untersuchung keine größere Bedeutung und werden daher ausgeklammert.

1323 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 4 mwN; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 2; Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides,* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 267 (ex-Artikel 234 EGV) [Vorabentscheidungsverfahren] Rn. 10; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Mayer,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, EUV Art. 19 Europäischer Gerichtshof Rn. 33; *Groß*, in: Masing/Jestaedt/Jouanjan/Capitant, Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, 2020, S. 71, 82 f.; zu den Konsequenzen für die europäische Rechtsfortbildung *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 840 f.

1324 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Mayer,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, EUV Art. 19 Europäischer Gerichtshof Rn. 31; vgl. Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides,* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 [Europäischer Gerichtshof] Rn. 9; *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 111 ff.

1325 Art. 267 Abs. 1 lit a) und lit b) Alt. 2 AEUV.

1326 EuGH 24.10.2019 – C-35/19, BeckRS 2019, 25325 Rn. 28 (BU/État belge).

1327 EuArbR/*Winter,* 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 23 bezeichnet das Verfahren als „abstrakt-fallorientiert".

1328 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010; vgl. bei → Fn. 206.

1329 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 263; *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 110; vgl. aber dazu → Fn. 1374.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen über den Vorlagefall hinaus.[1330] Im Grundsatz ist das legitim; wie für die deutschen Revisionsgerichte[1331] wird eine Regelbildungsfunktion auch für den EuGH nicht bestritten.[1332] Kritik an EuGH-Entscheidungen zielt deshalb oft eher auf deren Begründung als auf die Auswirkungen im Vorlageverfahren.[1333] Andererseits weist die Regelbildung des EuGH im Vergleich zu den Entscheidungen der deutschen Höchstgerichte wesentliche Unterschiede auf. Die Verwechslungsgefahr[1334] zwischen EuGH-Entscheidungsregeln und Sätzen des positiven Unionsrechts ist geringer. Gerade im europäischen Arbeitsrecht gibt der EuGH den Mitgliedstaaten häufig auf, alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.[1335] Wo im deutschen Arbeitsrecht auf Kriterienkataloge abgestellt wird – prominente Beispiele sind der Tatbestand des Betriebsübergangs gem. § 613a BGB und die Missbrauchskontrolle von Kettenbefristungen – gehen diese Regelbildungen oft auf entsprechende Vorgaben des EuGH zurück.[1336]

Gerade deshalb besteht ein Bedürfnis nach einer besonderen Präjudizienmethode für EuGH-Entscheidungen.[1337] Auch für Präjudizien des EuGH eignet sich ein Regelmodell[1338] am besten. Die Vorlagefragen an den EuGH sind regelmäßig nach dem Schema „Ist das Unionsrecht, insbesondere […], dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung – wie der im Ausgangsverfahren anwendbaren – entgegensteht, wonach [abstrakte Umschreibung]"[1339] formuliert.[1340] Die Antworten des EuGH folgen daher dem

1330 *Auer*, in: E. Schumann, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119, 140; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 215; *Schima*, in: Feldner/Forgó, Norm und Entscheidung, 2000, S. 280, 310; anders noch *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 228.

1331 Vgl. bei → Fn. 87.

1332 *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 18.

1333 Beispielhaft *Annuß*, EuZA 2021, 85, 88 ff., 94; *F. Hartmann*, in: FS Ebke, 2021, S. 325, 328.

1334 Vgl. bei → Fn. 172.

1335 *K. Fischer /Fuhlrott*, RdA 2022, 19, 26. Für den Betriebsübergang stellvertretend EuGH 14.4.1994 – C 392/92, AP BGB § 613a Nr. 106 Rn. 14 ff. (Christel Schmidt); für die Missbrauchskontrolle EuGH 26.1.2012 – C-586/10, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 (Kücük).

1336 *K. Fischer/Fuhlrott*, RdA 2022, 19, 26.

1337 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 120.

1338 Vgl. näher dazu bei → Fn. 413.

1339 *Latzel*, ZESAR 2016, 458, 462.

1340 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schema: „Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung, wonach […] [nicht] entgegensteht." Jedenfalls diese Antworten sind richterliche Entscheidungsregeln: Der EuGH muss den Vorlagesachverhalt mit Blick auf das Unionsrecht abstrahieren.[1341] Da jede Abstraktion eine Regelbildung erfordert,[1342] ist die Tätigkeit des EuGH strukturell auf Regelbildung ausgerichtet. Darüber hinaus können die Entscheidungsgründe weitere Regeln enthalten. Über deren Abstraktionsgrad ist damit noch nichts gesagt.[1343] Wenn eine zunehmende Einzelfallorientierung der EuGH-Rechtsprechung beobachtet wird,[1344] bedeutet das, dass fallnähere Regeln gebildet werden. Die Fülle von EuGH-Rechtsprechung macht es schwierig, allgemeine Aussagen zu treffen, ohne zu sehr zu pauschalieren.[1345]

Auch bei EuGH-Entscheidungen ist die Abgrenzung von *rationes decidendi* und *obiter dicta* nicht geeignet, um die gemeinten Regeln zu ermitteln.[1346] Wie im Allgemeinen[1347] stellt sich auch für Entscheidungen des EuGH die Frage nach dem Gemeinten vor der Frage nach der Bindung der nationalen Gerichte an eine Entscheidung.[1348] Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die gelebte Rechtslage sind nicht mit ihrer normativen Bindungswirkung gleichzusetzen.[1349] Trotz mancher Parallelen stehen die Entscheidungen des EuGH in einer anderen Rechtstradition als die der deutschen Gerichte.[1350] Laut EuGH-Richter *von Danwitz* spreche

1341 Ausführlich dazu *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 105 ff.

1342 Vgl. bei → Fn. 190.

1343 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 11 spricht für sehr fallnahe Regeln von einer „feinsinnige[n] Differenzierung"; vgl. allgemein *L. Müller/Dönges*, in: Bahmer/Barth/Franz u.a., Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, 2024, S. 243, 248 f.

1344 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 9; *Thym*, DÖV 2014, 941, 942.

1345 So auch *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 91; zu den Problemen der Urteilsrezeption näher *Michl*, EuR 2018, 456, 464 ff.

1346 *Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006, S. 631.

1347 Vgl. bei → Fn. 337.

1348 *Schima*, in: Feldner/Forgó, Norm und Entscheidung, 2000, S. 280, 285.

1349 Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides,* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 267 (ex-Artikel 234 EGV) [Vorabentscheidungsverfahren] Rn. 93; *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 139.

1350 *Christensen/Pötters*, JZ 2012, 289; *Rösler*, Rechtstheorie 43 (2012), 495, 508 f.; *Ralph Zimmermann*, GVRZ 2019, 13 Rz. 22 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der EuGH traditionell keine „Grundsatzurteile“[1351], er vermeide die unbedachte Festlegung auf eine bestimmte nationale Rechtstradition und halte die Entwicklung des europäischen Rechts bewusst offen.[1352] Die Rechtsanwendung erfolge stärker induktiv und am jeweiligen Einzelfall orientiert.[1353] Infolge dieser Rechtstradition müssen EuGH-Entscheidungen anders rezipiert werden als die Entscheidungen deutscher Gerichte.[1354]

Es folgt eine nähere Analyse der Besonderheiten bei der Anwendung der einzelnen Kriterien zur Ermittlung der Entscheidungsregel (a). Daran anschließend werden Besonderheiten der Vertretbarkeit der Entscheidungsregel und der normkonformen Auslegung bei EuGH-Präjudizien erörtert (b). Schließlich wird untersucht, inwiefern auch bei der Fortbildung von Entscheidungsregeln des EuGH Besonderheiten zu beachten sind (c).

a) Einzelne Kriterien

Der EuGH folgt keiner bestimmten Präjudizienmethode.[1355] Die folgenden Kriterien beruhen daher auf einer Untersuchung seiner praktischen Tätigkeit und den Stellungnahmen beteiligter Richter.

aa) Wortlaut und Formulierung

(1) Das „Sprachenproblem“

Entscheidungen des EuGH werden in der Verfahrenssprache abgefasst und anschließend in alle Amtssprachen der Mitgliedstaaten übersetzt. Ver-

1351 *von Danwitz*, EuZA 2010, 6, 14.

1352 *von Danwitz*, EuZA 2010, 6, 10; vgl. auch *Flessner*, JZ 2002, 14, 20; *Stotz*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 7.

1353 *von Danwitz*, EuZA 2010, 6, 14; ebenso *Stotz*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 65; *Skouris*, RdA-Beil. 2009, 25, 30; zu diesem Begriffsverständnis von induktiver Rechtsanwendung vgl. bei → Fn. 402.

1354 *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 43; *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 9: „Entscheidungen des EuGH sind dazu anders zu lesen als jene der Höchstgerichte mancher Mitgliedstaaten, die primär auf systematische Betrachtung des Rechts ausgerichtet sind“; *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281, 299; zustimmend *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 641.

1355 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bindlich ist jedoch in aller Regel nur die Verfahrenssprache (vgl. Art. 41 EuGHVfO (EuGH-Verfahrensordnung)). Rückschlüsse ermöglicht im Übrigen am ehesten noch die französische Sprachfassung, da die Urteilsentwürfe auf Französisch formuliert werden.[1356] Jede Übersetzung der Ausgangsentscheidung weist unvermeidliche Unschärfen auf.[1357] Das entwertet die deutsche Fassung des Präjudizes, wenn Deutsch nicht die Verfahrenssprache war.[1358] Weichen die Sprachfassungen untereinander ab, helfen die anderen Interpretationskriterien bei der Ermittlung der Entscheidungsregel.[1359] Die Formulierung ist im Zusammenhang mit der Entscheidungskette zu sehen: Auch subtile Umformulierungen können für eine Fortbildung der Entscheidungsregel sprechen.[1360]

(2) Der Wortlaut

Der Wortlaut des Präjudizes ist von besonders geringer Aussagekraft.[1361] Schwierigkeiten bereitet vor allem die unionsautonome Begriffsbildung des EuGH.[1362] Dabei sind verschiedene Probleme zu trennen. Zunächst gelten die allgemeinen Erfordernisse einer relativen Begriffsbildung.[1363] Konkretisiert der EuGH einen Begriff mit Blick auf einen bestimmten Unionsrechtsakt, können diese Konkretisierungen nicht unbesehen auf andere Unionsrechtsakte übertragen werden. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob der EuGH bereits eine übertragbare Regel aufstellen

1356 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Mayer,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 342 Sprachenfrage Rn. 45; *Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, S. 48 f.; näher *Riedel*, Grundrechtsprüfung durch den EuGH, 2020, S. 371 f.; *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 48 spricht insofern sogar von einer verbindlichen Sprachfassung.

1357 *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 48; zum „Sprachenproblem" *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 799, 819.

1358 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 207.

1359 Beispielhaft *Kamanabrou*, in: FS Henssler, 2023, S. 315, 320.

1360 Vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121.

1361 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3 Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121.

1362 Monographisch *Scheibeler*, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof – autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen?, 2004, passim; zu den Arbeitnehmerbegriffen des Unionsrechts *Wank*, EuZA 2023, 22, 26 ff.; *Wank*, EuZA 2018, 327, 332 ff.

1363 Vgl. bei → Fn. 806.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wollte.[1364] Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn der EuGH zur Interpretation des Unionsrechts auf die Begriffsverwendung in bestimmten Mitgliedstaaten abstellt. Das gilt erst recht, wenn die Entscheidung ein Rechtsinstitut betrifft, das es in dieser Form in anderen Mitgliedstaaten nicht gibt.[1365] Besteht in dieser Hinsicht eine konträre Tradition in anderen Mitgliedstaaten, gibt es für die Interpretation zwei Möglichkeiten. Entweder lässt die Urteilsbegründung Raum dafür, die Entscheidungsregeln auf die Mitgliedstaaten zu beschränken, in denen ein vergleichbarer normativer Hintergrund besteht.[1366] Oder der EuGH legt sich für die Interpretation des Unionsrechts bewusst auf ein bestimmtes Begriffsverständnis fest. Das mag zu dogmatischen Brüchen in den Mitgliedstaaten mit anderen Begriffsverständnissen führen. Je allgemeiner eine Entscheidungsregel gemeint ist, desto größer wird die Gefahr, dass der EuGH etwaige abweichende Kontexte in den Mitgliedstaaten übersieht.[1367] Wenn die Entscheidung jedoch erkennbar allgemein zu verstehen ist, besteht für ein *distinguishing* im Rahmen der Ermittlung kein Raum. Dann kommt eine Vorlage zur Fortbildung der Entscheidungsregel in Betracht.[1368]

(3) Der Tonfall der Entscheidung

Auch beim EuGH kann der Tonfall der Entscheidung Rückschlüsse auf die Entscheidungsregel zulassen.[1369]

> Beispiel: In der Rechtssache *Yodel Delivery Network* gibt der EuGH zunächst seine eigene Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff wieder.[1370] Seine näheren Ausführungen leitet er mit der vorsichtigen Bemerkung ein, dem vorlegenden Gericht zumindest eine nützliche Antwort geben zu wollen.[1371] Dabei betont der EuGH vielfach,

1364 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 109.
1365 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 207.
1366 Zur „wertenden Rechtsvergleichung" beim EGMR bei → Fn. 1592.
1367 Vgl. *Everling*, RabelsZ 50 (1986), 193, 208.
1368 Vgl. bei → Fn. 1526.
1369 Allgemein dazu bei → Fn. 817.
1370 EuGH Beschl. v. 22.4.2020 – C-692/19, NZA 2021, 1246 Rn. 27-32 (Yodel Delivery Network).
1371 EuGH Beschl. v. 22.4.2020 – C-692/19, NZA 2021, 1246 Rn. 34 (Yodel Delivery Network).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass er seine Ausführungen auf die spezifischen Umstände des Vorlagefalls und die ihm vorgelegte Akte bezieht.[1372] Der zurückhaltende Tonfall deutet darauf hin, dass der EuGH die Vorlage nicht als geeignet ansieht, um allgemeinere Entscheidungsregeln für den Arbeitnehmerbegriff mit Blick auf die Plattformarbeit aufzustellen.[1373]

(4) Jedenfalls-Rechtsprechung

Manchmal bezieht sich die Antwort des EuGH sehr eng auf den Anlassfall.[1374] In manchen Fällen wird der EuGH dafür kritisiert, dass er damit die Anwendung des nationalen Rechts unzulässig vorwegnehme.[1375] In anderen Entscheidungen trennt er hingegen genau zwischen Maßstab und Subsumtion.[1376] Die Kritik betrifft die Kompetenzgrenzen des EuGH und muss hier nicht vertieft werden.[1377] Indes ist sie mittelbar auch für die Interpretation von EuGH-Präjudizien bedeutsam. Wo der EuGH seine Antworten dicht an die Entscheidung des Ausgangsfalls anlehnt, muss man besonders vorsichtig sein, aus der Entscheidung abstraktere Regeln abzuleiten. Auch der EuGH nutzt *Jedenfalls-Rechtsprechung*[1378].[1379] Das zeigt sich besonders,

1372 EuGH Beschl. v. 22.4.2020 – C-692/19, NZA 2021, 1246 Rn. 35-37, 40, 43 (Yodel Delivery Network); *Gruber-Risak*, AuR 2020, 524, 526 kritisiert, dass der EuGH damit „die Chance [vergebe] grundlegende Aussagen zum Arbeitnehmerbegriff in der Plattformökonomie zu machen."

1373 *Alexander J. Schmidt*, NZA 2021, 1232, 1234; im Ergebnis auch *Gruber-Risak*, AuR 2020, 524, 526.

1374 Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 57; *Scheibeler*, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof – autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen?, 2004, S. 249 ff.

1375 Näher *Hohe*, Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union, 2022, S. 76 ff.; *Scheibeler*, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof – autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen?, 2004, S. 256 ff.; *Senk*, Betriebsbegriffe, 2022, S. 115 f., 153, 337; subtil *F. Hartmann*, in: FS Ebke, 2021, S. 325, 327: „ohne Scheu vor großer Subsumtionstiefe".

1376 Beispielhaft EuGH 9.3.2021 – C-344/19, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 37 Rn. 23 ff. (Radiotelevizija Slovenija); dazu *Greiner*, EuZA 2023, 123, 134.

1377 Vgl. Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides,* Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 267 (ex-Artikel 234 EGV) [Vorabentscheidungsverfahren] Rn. 31; weiterführend *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 115 ff.

1378 Vgl. bereits bei → Fn. 823.

1379 Ähnlich auch mit anderer Terminologie *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 176 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn der EuGH seine Regelbildung ohne nähere Charakterisierung auf *einen Fall wie den im Ausgangsverfahren* bezieht.[1380] Es lässt sich immer ein Maßstab finden, nach dem sich zwei Vergleichsgegenstände ähneln.[1381] Gibt der EuGH keine näheren Hinweise, besteht eine große Gefahr, der Entscheidung Regeln zu entnehmen, die nicht allgemein aufgestellt werden sollten.[1382] Häufig werden auf diese Weise etwa Entscheidungen über die Vereinbarkeit bestimmter nationaler Gestaltungen mit einer bestimmten (mindestharmonisierenden) Richtlinie überinterpretiert. Hält der EuGH die Bestimmung für mit der Richtlinie vereinbar, ist damit noch nicht entschieden, dass *nur* diese Ausgestaltung mit der Richtlinie vereinbar ist.[1383]

bb) Prozessualer Sachverhalt

Ergiebiger für die Ermittlung einer Entscheidungsregel sind die vom EuGH zugrunde gelegten Umstände.[1384] Im Laufe des Verfahrens durchläuft der Sachverhalt jedoch mehrere „Filter". Dieses „*Framing*" ist zu berücksichtigen wenn der prozessuale Sachverhalt zur Ermittlung einer Entscheidungsregel herangezogen wird.[1385] Der ursprüngliche Sachverhalt des nationalen Gerichtsverfahrens gibt daher nur begrenzten Aufschluss über die Entscheidungsregel.

(1) Die Vorlagefragen

Zunächst gibt die genaue Formulierung der Vorlagefragen oft wichtige Hinweise zum Verständnis der Antwort.[1386] Das zeigt sich zum Beispiel in den

1380 Zum Beispiel der Sache nach in EuGH 15.2.2007 – C-270/05, AP EWG-Richtlinie Nr. 98/59 Nr. 4 Rn. 31 f., 38 (Athinaïki Chartopoiïa); dazu *Senk*, Betriebsbegriffe, 2022, S. 153 f.; vgl. auch *Willemsen*, in: FS Henssler, 2023, S. 719, 723.

1381 Vgl. bei → Fn. 1109.

1382 Beispielhaft *Senk*, Betriebsbegriffe, 2022, S. 154.

1383 So zum Beispiel in der Entscheidung *Werhof*, näher dazu EuArbR/*Winter,* 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 33.

1384 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 403 f.; *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 5; *Colneric*, ZEuP 2005, 225, 231.

1385 *von Danwitz*, in: Häcker/Ernst, Collective judging in comparative perspective, 2020, S. 253, 259.

1386 *von Danwitz*, StuW 2018, 323, 324; *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 78 f.; *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 644; vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommen-

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtssachen *Schultz-Hoff und Stringer*[1387] sowie *KHS*[1388]. In *Schultz-Hoff* hatte das LAG Düsseldorf den Schwerpunkt der Frage darauf gelegt, ob das nationale Recht bei Dauererkrankung oder Erwerbsminderung des Arbeitnehmers den Urlaubs- und den Urlaubsabgeltungsanspruch beschränken kann.[1389] In *KHS* beschränkte das LAG Hamm dagegen die Frage darauf, ob der EuGH eine unbegrenzte Ansammlung der Urlaubsansprüche für unionsrechtlich geboten halte und falls nicht, welche zeitlichen Grenzen mindestens eingehalten werden müssten.[1390] Das unterschiedliche *Framing* erklärt die Diskrepanz zwischen den Antworten.[1391] Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben so einen erheblichen Einfluss auf die Regelbildung des EuGH.[1392] Das gilt nicht zuletzt für die Erläuterung des nationalen Rechts. Zwar dürfte eine falsche Darstellung der nationalen Rechtslage keine Entziehung des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bedeuten.[1393] Praktisch kann die Darstellung die Regelbildung des EuGH jedoch stark beeinflussen.[1394] Im Einzelfall kann es zu „Motivirrtümern" bei der Regelbildung kommen.[1395] Wenn die Vorlagefragen dem EuGH den Sachverhalt in einem bestimmten *Framing* präsentieren, beeinflusst das seine Antwort. Inwiefern diese aber für die Ermittlung der Entscheidungsregel eine Rolle spielen, ist im Einzelfall zweifelhaft. Im Zweifel kann die Möglichkeit eines Motivirrtums jedenfalls eine Fortbildung der Entscheidungsregel oder eine Vorlage, gerichtet auf die Klärung, ob der EuGH einem solchen Irrtum unterlag, nahelegen.[1396]

---

tar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121; beispielhaft *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 44 f.

1387 EuGH 20.1.2009 – C-350/06, C-520/06, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1 (Schultz-Hoff und Stringer).

1388 EuGH 22.11.2011 – C-214/10, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 (KHS).

1389 LAG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 2.8.2006 – 12 Sa 486/06, NZA-RR 2006, 628 Frage 1. und 2.

1390 LAG Hamm, Vorlagebeschl. v. 15.4.2010 – 16 Sa 1176/09, ZIP 2010, 1000.

1391 *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 78 f.; vgl. auch *Michl*, EuR 2018, 456, 465 f.

1392 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 71; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121; *Chiusi*, RdA 2022, 253, 264; *Riesenhuber*, IWRZ 2018, 243, 245.

1393 *Röß*, ZESAR 2022, 326, 329.

1394 Beispielhaft bei → Fn. 1801.

1395 Von einem „Motivirrtum der Gesetzesverfasser" spricht in einem anderen Zusammenhang *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 27 III 2 Rn. 45.

1396 Beispielhaft bei → Fn. 1801.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Die Schlussanträge des Generalanwalts

Allerdings werden die Vorlagefragen im Laufe des Verfahrens häufig umformuliert. Das kann zum einen bereits in den Schlussanträgen des Generalanwalts geschehen.[1397] Das spielt für die Interpretation der EuGH-Entscheidung zwar nicht unmittelbar eine Rolle, da es auf die Formulierung des Gerichtshofs ankommt. Für das richtige Verständnis der Schlussanträge ist aber die dortige Formulierung der Vorlagefragen maßgeblich. Da auch die Schlussanträge Hinweise für die Interpretation der Entscheidung enthalten können, ist das diesen zugrundeliegende Verständnis der Vorlagefragen mittelbar von Bedeutung.[1398] In ihren Schlussanträgen setzen sich die Generalanwälte mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH auseinander. Aus dem Vergleich zwischen den Schlussanträgen und der Urteilsbegründung können sich Erkenntnisse für das richtige Verständnis der Entscheidungen ergeben.[1399] Allerdings setzt sich der EuGH oft nicht explizit mit der Argumentation des Generalanwalts auseinander.[1400] Der Einfluss der Schlussanträge auf die Entscheidungsfindung des EuGH ist deshalb insgesamt kaum allgemein zu bestimmen.[1401]

(3) Die Reformulierungen des EuGH

Zum anderen kann der EuGH selbst die Fragen reformulieren.[1402] Auch der Vergleich zwischen der Formulierung des Vorlagegerichts und der des EuGH trägt zum richtigen Verständnis der Antworten bei.[1403] In Extremfäl-

1397 Beispielhaft Schlussanträge des Generalanwalts *Collins* 14.7.2022 – C-311/21 Rn. 37; kritisch dazu *Franzen*, NZA 2023, 25, 26.

1398 *Ralph Zimmermann*, GVRZ 2019, 13 Rz. 26; *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 644; vgl. *Riedel*, Grundrechtsprüfung durch den EuGH, 2020, S. 391.

1399 *Schima*, in: Feldner/Forgó, Norm und Entscheidung, 2000, S. 280, 290; relativierend Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 123.

1400 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 123.

1401 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 199; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 123.

1402 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015, S. 106; *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 47.

1403 Beispielhaft *Kamanabrou*, in: FS Henssler, 2023, S. 315, 319.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len passt die Antwort des EuGH nicht mehr zur ursprünglichen Frage.[1404] Der EuGH hat Vorlagefragen der Gerichte sämtlicher Mitgliedstaaten zu beantworten. Trifft der EuGH eine Aussage in Anbetracht einer nationalen Regelung, muss die Aussage nicht generell für alle Mitgliedstaaten gelten. Umgekehrt gilt sie aber auch nicht zwingend nur für die Rechtsordnung des Vorlagegerichts.[1405] Unter dem Eindruck der Rechtslage eines bestimmten Mitgliedstaats kann der EuGH Regeln aufstellen, die für das unionsrechtliche System im Allgemeinen gelten sollen.[1406] Der EuGH sieht sich insofern in einem Spannungsverhältnis zwischen der Rücksicht auf verschiedene mitgliedstaatliche Traditionen und der Herausbildung einheitlicher unionsrechtlicher Maßstäbe. Dabei wählt er je nach Rechtsgebiet verschiedene Ansätze. Für die antidiskriminierungsrechtliche Zulässigkeit von Verboten religiöser Symbole lässt er in seiner neueren Rechtsprechung recht große Spielräume für die Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten.[1407] Bei der Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie setzt er hingegen auf eine starke Vereinheitlichung, obwohl zwei grundverschiedene mitgliedstaatliche Regelungsmodelle unterschieden werden müssen.[1408] Wie stark der EuGH differenziert, ist somit vom Einzelfall abhängig. Auch der Parteivortrag im Verfahren spielt eine Rolle.[1409] Die Möglichkeiten, bestimmte Umstände des Einzelfalls in den Hintergrund zu rücken, sind für den EuGH begrenzt.[1410] Im Zweifelsfall ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH abschließende Regeln für Fallsituationen vorgeben will, über die er noch nicht entscheiden musste.[1411] Die Abgrenzung von einer gemeinten einheitlichen Regel und einer Regelbildung, die nach dem rechtlichen Hintergrund im jeweili-

1404 Vgl. *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015, S. 106; beispielhaft *Franzen*, NZA 2023, 25, 26 f.

1405 Zur Wirkung von Vorabentscheidungen des EuGH *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015, S. 114 f.; *Rösler*, Rechtstheorie 43 (2012), 495, 506 ff.

1406 *von Danwitz*, in: Häcker/Ernst, Collective judging in comparative perspective, 2020, S. 253, 258 f.; vgl. bei → Fn. 1366.

1407 *F. Hartmann*, EuZA 2022, 393, 404; *C. Schubert*, ZFA 2022, 441, 443, 449; tendenziell auch *C. Walter/Tremml*, NZA 2021, 1453, 1457.

1408 *Schüren*, in: MHdBArbR, 5. Aufl. 2021, Bd. 2, § 145 Rn. 12; *Thüsing*, NZA 2023, 36; *Wank*, RdA 2003, 1, 3.

1409 *Stotz*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 9; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 62.

1410 Vgl. *Stotz*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 9.

1411 Vgl. *Kamanabrou*, in: FS Henssler, 2023, S. 315, 320; *Greiner*, EuZA 2023, 123, 132; *Kocher*, RdA 2022, 50, 54.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Mitgliedstaat differenziert, ist zwar im Einzelnen schwierig.[1412] Sie kann jedoch regelmäßig dahinstehen. Die Instanzgerichte können eine interpretationsbedürftige Entscheidungsregel des EuGH zwar gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV vorlegen, dürfen diese jedoch auch selbst fortbilden. Die Revisionsgerichte müssen die Sache im Zweifel dem EuGH vorlegen.[1413]

cc) Entscheidungskette und Gesamtsystematik

Auch die Entscheidungskette ist ein wichtiges Interpretationskriterium.[1414] Der EuGH verweist regelmäßig auf seine bisherige Judikatur.[1415] Das Verhältnis der Präjudizien zueinander ist zum Teil so komplex, dass man anstatt einer „ Kette" eher von einem „Netz" sprechen müsste.[1416] Lässt ein Urteil bestimmte Ausführungen eines prima facie zur Entscheidungskette gehörenden Präjudizes außen vor, legt das den Rückschluss nahe, dass diese Entscheidungsregeln nicht als einschlägig angesehen wurden.[1417] Eine längere Entscheidungskette verkleinert die Zahl möglicher Interpretationen einer Rechtsprechungslinie.[1418] Damit ist indes noch nichts über die Kohärenz der Präjudizien ausgesagt.[1419] Im Gegenteil wird der EuGH oft dafür kritisiert, dass er miteinander unvereinbare Entscheidungsmaßstäbe aufstelle.[1420] Die Kritik zielt verstärkt auf Entscheidungen zum Sekundär-

1412 Für eine Kontextualisierung insofern *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S 87.

1413 Vgl. bei → Fn. 1527.

1414 *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 115 ff.; vgl. exemplarisch *Roder*, Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 225 f.

1415 Statt vieler *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 92 ff.; *Rösler*, Rechtstheorie 43 (2012), 495, 503, 511 f.

1416 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 50 ff. mit grafischem Beispiel; zu diesem Bild auch *Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S. 156.

1417 Vgl. *von Danwitz*, EuZA 2010, 6, 15.

1418 *Rösler*, Rechtstheorie 43 (2012), 495, 508.

1419 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 52.

1420 Exemplarisch *Höpfner*, JbArbR 57 (2020), 69, 79 f.; *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 38 f.; zur Rezeption der mäandrierenden Rechtsprechung in den EuGH-Entscheidungen *Christel Schmidt* und *Ayse Süzen* näher *Hirsch*, RdA 1999, 48, 51.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht.[1421] Gleichwohl ist dem EuGH die äußerliche[1422] Kohärenz seiner Rechtsprechung ein zentrales Anliegen.[1423] So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Bougnaoui*[1424] betont, dass die Entscheidungsmaßstäbe im Zusammenhang mit der Rechtssache *G4S Secure Solutions*[1425] vom selben Tag zu verstehen seien.

Gerade wenn der EuGH zu bestimmten Fragekomplexen oft entscheidet, helfen die Ermittlungskriterien für komplexe Entscheidungsketten.[1426] Bis zur Grenze zweier erkennbar gemeinter, aber konträrer Aussagen liegt es nahe, von Lesarten auszugehen, die sich nicht widersprechen.[1427] Ist die Grenze überschritten, muss der Widerspruch im Rahmen der Ermittlung hingenommen werden. Brüche sind zu benennen, nicht zu überspielen.[1428] Innerhalb der Entscheidungskette spielt die Vertretbarkeit früherer Präjudizien keine Rolle.[1429]

Näher betrachtet, nutzt der EuGH eigene Präjudizien argumentativ auf verschiedene Weisen.[1430] Dazu zählt die wohlbekannte wörtliche Wiederholung der in früheren Entscheidungen gebildeten Maßstäbe. Andererseits zitiert der EuGH zum Beleg seiner gefestigten Dogmatik stellvertretend für eine etablierte Rechtsprechungslinie zum Teil nur einzelne Entscheidungen.[1431] Präjudizien zu zitieren, erfüllt in der Rechtsprechung des EuGH verschiedene Funktionen. Regelmäßig nutzt der EuGH Präjudizien, um

---

1421 *Basedow*, JuS 2004, 89, 94 f.; zu möglichen Ursachen *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 56 f.

1422 Über die innere Stimmigkeit ist damit noch nichts gesagt, vgl. bei → Fn. 1473.

1423 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 146; *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 118; vgl. *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 58; *Thym*, DÖV 2014, 941, 945.

1424 EuGH 14.3.2017 – C-188/15, NZA 2017, 375 Rn. 32 f. (Bougnaoui).

1425 EuGH 14.3.2017 – C-157/15, EuZW 2017, 480 (G4S Secure Solutions).

1426 Vgl. bei → Fn. 878.

1427 Zur Interpretation der Entscheidung EuGH 28.2.2013 – C-427/11, AP EG Art. 141 Nr. 19 Rn. 19 (Kenny) im Lichte von EuGH 26.6.2001 – C 381/99, AP EG Art. 138 Nr. 2 Rn. 58 (Brunnhofer) vgl. BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, AP EntgTranspG § 3 Nr. 1 Rn. 62 und die Kritik bei *Höpfner/C. Frank*, AP EntgTranspG § 3 Nr. 1, unter III.3.; *Uffmann*, ZFA 2022, 51, 67, 68.

1428 Vgl. auch *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 153; am Beispiel *F. Hartmann*, in: FS Ebke, 2021, S. 325, 328.

1429 Vgl. bei → Fn. 897.

1430 Ausführlich *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 95 ff.; *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 119 ff.

1431 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 95 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- rechtliche und tatsächliche Umstände zu qualifizieren und Erfahrungssätze aufzustellen,[1432]
- die anwendbaren Vorschriften und deren Verhältnis zueinander zu ermitteln,[1433]
- die Rechtslage wiederzugeben,[1434]
- die einschlägigen Regeln näher zu interpretieren[1435] oder
- die Begründung zu unterfüttern.[1436]

Die häufigste Erscheinungsform von Präjudizienargumenten ist die Zitatenkette. Regelmäßig verzichtet der Gerichtshof dabei auf eine nähere Analyse der einzelnen zitierten Entscheidungen.[1437] Insbesondere zieht der EuGH seine Präjudizien kaum als selbstständige, interpretationsbedürftige Rechtserkenntnisquelle heran.[1438] Dadurch entstehen Widersprüche.[1439]

Beispiel: Die Entscheidungen *Viking*[1440] und *Laval*[1441] sind ein Beispiel für normative Brüche in einer Entscheidungskette.[1442] In der Entschei-

1432 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 114 f., 123 f. unter i und viii.

1433 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 115 f. unter ii. Die Unterscheidung zwischen diesem und dem folgenden Unterpunkt ist nicht zwingend: Die anwendbaren Vorschriften und gerade deren Verhältnis zueinander könnte man auch als rechtliche Meta-Regeln erklären.

1434 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 116 f. unter iii.

1435 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 117 ff. unter iv - vi.

1436 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 122 f., 124 f. unter vii und ix.

1437 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 100 ff.; *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 59; kritisch *Rebhahn*, EuZA 2017, 385, 396: „Scheinlegitimation".

1438 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 126; *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281, 299; *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 645; *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 122.

1439 So auch *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 122; für eine Pflicht zur inhaltlichen Begründung der maßgeblichen Ähnlichkeit daher Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn*, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 118.

1440 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05, AP EG Art. 43 Nr. 3 (Viking).

1441 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, AP EG Art. 49 Nr. 15 (Laval).

1442 Beispiel nach *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 199 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung *Viking* übertrug der EuGH seine zuvor[1443] entwickelte Rechtsprechung zur vertikalen Bindung von Verbänden an die Grundfreiheiten auf Gewerkschaften.[1444] Bei der Rechtfertigung der Beeinträchtigung stellte er – wie in den zitierten Präjudizien – auf den Schutz der Arbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses ab.[1445] Dabei übersah der Gerichtshof jedoch, dass zugunsten der Gewerkschaften nicht nur der Schutz der Arbeitnehmer im Allgemeinen, sondern auch deren Koalitionsfreiheit in die Abwägung einzubeziehen war. Die Prüfung der Rechtfertigung hätte berücksichtigen müssen, dass in diesem Fall Grundfreiheiten und Grundrechte als grundsätzlich gleichrangige Belange widerstreiten.[1446] Unabhängig von der Vertretbarkeit dieser Regelbildung wäre jedenfalls eine Auseinandersetzung im Einzelnen geboten gewesen.[1447] Stellungnahmen früherer EuGH-Richter bestreiten, dass der EuGH die Grundfreiheiten als vorrangig vor den Unionsgrundrechten ansehe.[1448] Da es keine nachfolgende EuGH-Rechtsprechung gibt, ist nicht geklärt, inwiefern das deutsche Arbeitskampfrecht mit diesen unionsrechtlichen Maßstäben vereinbar ist.[1449]

Die Argumentation mit Zitatenketten verführt dazu, das *tertium comparationis* beider Fälle offen zu lassen.[1450] Einzig die inhaltliche Auseinandersetzung mit Gleichheiten und Ungleichheiten der Sachverhalte führt zu

1443 Grundlegend EuGH 15.12.1995 – C 415/93, AP BGB § 611 Berufssport Nr 10 Rn. 82 (Bosman) unter Verweis auf EuGH 12.12.1974 – Rs 36/74, NJW 1975, 1093 (1094) (Walrave); zu weiteren Entscheidungen *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 112 f.

1444 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05, AP EG Art. 43 Nr. 3 Rn. 56 ff., Rn. 66 (Viking).

1445 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05, AP EG Art. 43 Nr. 3 Rn. 77(Viking); EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, AP EG Art. 49 Nr. 15 Rn. 103 (Laval).

1446 *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 201; *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 40; *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 82 f.; *Dieterich*, in: FS Jaeger, 2011, S. 95, 111; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 115; *Zwanziger*, RdA-Beil. 2009, 10, 16 mwN; abweichend *Junker*, SAE 2008, 209, 216 f.; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 7; *Skouris*, RdA-Beil. 2009, 25, 28 f. zufolge ist der EuGH dieser Forderung in den Urteilen gerecht geworden.

1447 *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 384 f.; *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 251; *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 36 f., 41 f.; kritisch insofern *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 115.

1448 *von Danwitz*, EuZA 2010, 6, 17; *Skouris*, RdA-Beil. 2009, 25, 27 ff.

1449 *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, Rn. 1506 f.

1450 Ausführlich bei → Fn. 1109.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer stimmigen Weiterentwicklung der Entscheidungsregeln.[1451] Insbesondere erhöht die Zitierweise das Risiko von Bestätigungsfehlern. Gerade in komplexen Systemen müssen vermeintliche Widersprüche behandelt werden, damit die fallnäheren Regeln stimmig bleiben.[1452] Es bleibt aber dabei, dass das Ziel der Ermittlung nur die gemeinte Entscheidungsregel ist. Sind zwei widersprüchliche Regeln gemeint, handelt es sich in den Grenzen der Vertretbarkeit um ein „wissenschaftliches" Problem.[1453]

Andererseits gibt es auch Fälle, in denen der EuGH sich inhaltlich mit bestimmten Präjudizien befasst.[1454] Damit kann einerseits eine neue Entscheidung argumentativ unterfüttert werden, indem die maßgebliche Ähnlichkeit mit dem neuen Fall begründet wird. Andererseits kann umgekehrt die maßgebliche Verschiedenheit im Einzelnen herausgearbeitet werden. Das ermöglicht eine einschränkende Reformulierung der Entscheidungsregel.[1455] Diese Art der Präjudizienargumentation hilft anknüpfenden Rechtsanwendern, die Entscheidungskette im Sinne des EuGH zu verstehen.[1456] Gleichwohl zeigt sich in der Entscheidungspraxis des EuGH eine gewisse Asymmetrie: Ein argumentativ begründetes *distinguishing* ist üblich. Hält der EuGH die Entscheidung für einschlägig, begründet er das dagegen meist nicht.[1457] Legt der EuGH offen, auf welche Umstände sich seine Regelbildung stützt, fällt es leichter zu ermessen, ob aus einem bestimmten Präjudiz eine positive, eine negative oder keine Aussage für den neuen Fall folgt.

Beispiel: In der Rechtssache *KHS* entschied der EuGH, dass eine nationale Bestimmung, die den Übertragungszeitraum des Urlaubs bei

1451 Ähnlich *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 646.

1452 Vgl. bei → Fn. 1229.

1453 *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 3; *Riesenhuber*, IWRZ 2018, 243, 245; beispielhaft *Sagan*, NZA 2020, 350, 352.

1454 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 105 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 236; beispielhaft EuGH 11.4.2013 – C-290/12, NZA 2013, 495 (498) Rn. 43 (Della Rocca); dazu *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 24.

1455 Beispiel für beide Fälle bei *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 106 f.

1456 In der Rechtssache *Maschek* arbeitet der EuGH ein Verhältnis von Regel, Ausnahme und Rückausnahme heraus, EuGH 20.7.2016 – C-341/15, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 19 Rn. 24 ff. (Maschek); dazu EuArbR/*Gallner,* 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 7 Rn. 30.

1457 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 119 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dauerhaft arbeitsunfähigen Arbeitnehmern auf 15 Monate begrenzt, mit Art. 7 Abs. 1 der RL 2003/88/EG vereinbar sei.[1458] Die Ausführungen des EuGH ließen sich aus damaliger Sicht allerdings dahin verstehen, dass der Zweck des Urlaubsanspruchs zugleich eine Begrenzung des Übertragungszeitraums erfordere.[1459] In der Rechtssache *King* betonte der Gerichtshof indes, dass aus dem Unionsrecht selbst in diesen Fällen keine Begrenzung folge.[1460] Der EuGH nutzte die Gelegenheit zur weiteren Systematisierung seiner Rechtsprechung. Die Grundsätze, die der Gerichtshof in *Schultz-Hoff und Stringer*[1461] für dauererkrankte Arbeitnehmer aufgestellt hatte, übertrug er auf „an der Ausübung dieses Anspruchs gehinderte[ ] Arbeitnehmer".[1462] Zugleich abstrahierte er die in *KHS*[1463] eingeführte Ausnahme:[1464] Eine Begrenzung des Übertragungszeitraums auf 15 Monate sei möglich, wenn „besondere Umstände" vorlägen.[1465] Die nachträgliche Systematisierung durch Abstraktion kann zwar bestehende Brüche nicht verdecken.[1466] Gleichwohl hilft sie, zukünftige Entscheidungen zutreffend zu prognostizieren.

Der EuGH ist sich bewusst, dass Präjudizien sich nicht ohne ihren Kontext verstehen lassen. Sowohl bei der Erstreckung präjudizieller Regeln als auch bei deren *distinguishing* knüpft er typisierend an die der Vorlagefrage zugrundeliegenden Umstände an. Klassische Formulierungen lauten „unter diesen Umständen"[1467] oder umgekehrt „anders als in der Rechtssache

1458 EuGH 22.11.2011 – C-214/10, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 Rn. 44 (KHS).
1459 *Höpfner*, RdA 2013, 16, 24.
1460 EuGH 29.11.2017 – C-214/16, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 23 Rn. 55, 64 (King).
1461 EuGH 20.1.2009 – C-350/06, C-520/06, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1 Rn. 49 (Schultz-Hoff und Stringer).
1462 EuGH 29.11.2017 – C-214/16, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 23 Rn. 51 f. (King); *Münder*, ZFA 2019, 66, 79 f.
1463 EuGH 22.11.2011 – C-214/10, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 Rn. 44 (KHS).
1464 *Münder*, ZFA 2019, 66, 80.
1465 EuGH 29.11.2017 – C-214/16, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 23 Rn. 55 f. (King).
1466 Dazu *Bauer/von Medem*, NZA 2012, 113, 115; *Münder*, ZFA 2019, 66, 80; *Sagan*, EuZW 2022, 1013, 1017; *C. Schubert*, RdA 2014, 9, 11; anders *Stiebert/Pötters*, EuZW 2011, 960.
1467 EuGH 11.11.2021 – C-948/19, AP Richtlinie 2008/104/EG Nr. 4 Rn. 62 (Manpower Lit).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

[…]"[1468].[1469] Zudem nutzt der EuGH sowohl das „minimalinvasive"[1470] als auch das „einschneidende"[1471] *distinguishing*.[1472] Letzteres ist im Einzelnen kaum von einem *silent overruling* zu unterscheiden.[1473] Ein offenes *overruling* ist dagegen selten.[1474] Der EuGH bemüht sich regelmäßig, die Fortbildung seiner Entscheidungsregeln als *distinguishing* darzustellen, auch wenn er der Sache nach seine Rechtsprechung ändert.[1475]

Beispiel: In der Rechtssache *Christel Schmidt* hatte der EuGH den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie sehr weit gezogen.[1476] Ohne seine Rechtsprechung ausdrücklich zu ändern, legte er in der späteren Rechtssache *Ayse Süzen* ein restriktiveres Verständnis zugrunde,[1477] ohne sich dort vertieft mit der früheren Rechtssache auseinanderzusetzen. Infolgedessen war das Verhältnis der jeweiligen Entscheidungsregeln zueinander heftig umstritten. Während die überwiegende Ansicht in der nachfolgenden Entscheidung eine Korrektur der ursprünglichen Aussage

1468 EuGH 19.1.2010 – C-555/07, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 14 Rn. 24 (Kücükdeveci).

1469 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 132 f.

1470 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 131 ff.: „disapplication".

1471 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 138: „manipulation".

1472 Vgl. Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 119; allgemein bei → Fn. 919.

1473 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 140 ff.: „obitering".; *Riesenhuber*, IWRZ 2018, 243, 245 f.; allgemein bei → Fn. 901.

1474 *Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006, S. 633; *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 159 f.; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 293; *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 123; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 117 beobachtet gleichwohl eine steigende Tendenz zum offenen overruling.

1475 *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 123 f.; beispielhaft EuGH 27.2.2020 – C-298/18, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 24 Rn. 32 f. (Grafe und Pohle) unter Bezug auf die Schlussanträge von Generalanwältin *Sharpston* v. 11.7.2019 - C-298/18 Rn. 51 ff.; kritisch dazu *Willemsen*, in: FS Henssler, 2023, S. 719, 721 f.; *Annuß*, EuZA 2021, 85, 88.

1476 EuGH 14.4.1994 – C 392/92, AP BGB § 613a Nr. 106 Rn. 14 ff. (Christel Schmidt); zur Kritik EuArbR/*Winter*, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 14 mwN; *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528.

1477 EuGH 11.3.1997 – C 13/95, AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 Rn. 15 ff. (Ayse Süzen).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erkannte,[1478] wurde die Entscheidung an anderer Stelle als stimmige Fortentwicklung gedeutet.[1479] Die Bewertung hängt davon ab, welche Entscheidungsregel man der Entscheidung *Christel Schmidt* entnimmt. Eine verbreitete Lesart abstrahiert die Entscheidung darin, dass auch eine bloße Auftragsnachfolge ohne Weiteres im Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie liegen könne.[1480] Das ist indes nicht zwingend: Die alternative Lesart verweist darauf, dass es dem EuGH maßgeblich auf das Übernahmeangebot ankam, das Christel Schmidt als einziger Arbeitnehmerin des betroffenen Betriebsteils unterbreitet worden sei.[1481] Diese Aussage findet sich zwar in dem Urteil.[1482] Sollte der EuGH maßgeblich darauf abgestellt haben, so ist in *Ayse Süzen* aber trotzdem keine Fortführung zu sehen. In *Christel Schmidt* hatte der EuGH nämlich das Übernahme*angebot* als Indiz für die Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach dem Übergang gewertet.[1483] Die bloße Ähnlichkeit der Tätigkeit eignet sich jedoch letztlich nicht, um von anderen Funktionsnachfolgen abzugrenzen.[1484] Seit *Ayse Süzen* hat der EuGH zutreffend auf die *tatsächliche* Übernahme eines „nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals"[1485] abgestellt.[1486] Das Beispiel zeigt, dass es oft nicht

1478 *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 44; *Barrett*, CMLR 42 (2005), 1053, 1056; *Buchner*, NZA 1997, 408; *Heinze*, DB 1997, 677, 677 f.; differenzierend *Annuß*, NZA 1998, 70, 72.

1479 EuArbR/*Winter*, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 16; *Buschmann*, AuR 1997, 215; *F. Hartmann*, EuZA 2011, 329, 332; *Trittin*, DB 1997, 1333; differenzierend *Grau/F. Hartmann*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, § 9 Rn. 49.

1480 Statt vieler *Bauer*, BB 1994, 1433, 1434 f.; *Buchner*, NZA 1997, 408; *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528; *Loritz*, Anm. zu AP BGB § 613a Nr. 106, unter I.

1481 EuArbR/*Winter*, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 16; *F. Hartmann*, EuZA 2011, 329, 332; *Zuleeg*, VersR 1995, 861 ff.

1482 EuGH 14.4.1994 – C 392/92, AP BGB § 613a Nr. 106 Rn. 17 (Christel Schmidt).

1483 EuGH 14.4.1994 – C 392/92, AP BGB § 613a Nr. 106 Rn. 17 (Christel Schmidt).

1484 *Bauer*, BB 1994, 1433, 1434 f.; *Buchner*, NZA 1997, 408; *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528; *Loritz*, Anm. zu AP BGB § 613a Nr. 106, unter I.; abweichend EuArbR/*Winter*, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG Art. 1 Rn. 15; *Lorenz*, ZIP 1997, 531, 533.

1485 EuGH 11.3.1997 – C 13/95, AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 Rn. 15 ff. (Ayse Süzen) unter Verweis auf EuGH 18.3.1986 – 24/85, BeckRS 2004, 72554 Rn. 13 (Spijkers); stellvertretend für die heutige Rechtsprechung EuGH 27.2.2020 – C-298/18, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 24 Rn. 39 (Grafe und Pohle).

1486 BAG 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, AP BGB § 613a Nr. 423 Rn. 57; *Grau/F. Hartmann*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, § 9 Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leichtfällt, Fortentwicklungen der Maßstäbe von Rechtsprechungsänderungen zu trennen.

dd) Leitsatz und Gründe

Wie bei allen anderen Gerichten sind auch Leitsätze des EuGH nicht mit den der Entscheidung zugrundeliegenden Regeln gleichzusetzen.[1487] Die Stimmigkeit der Entscheidungsgründe leidet darunter, dass der EuGH bei Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Begründung, aber Einigkeit im Ergebnis, bestimmte Passagen zum Teil ersatzlos entfernt.[1488] Apodiktische Formulierungen lassen daher nicht auf eine geringere Bedeutung schließen.[1489] Typischerweise wird die Begründung eher knapp ausfallen, wenn sich die entscheidende Kammer auf weiterführende Hinweise nicht einigen kann. Für die Entscheidungen des EuGH sind keine Sondervoten vorgesehen.[1490] Wie bei den deutschen Fachgerichten relativiert der potenzielle Kompromisscharakter der Entscheidungsgründe die Aussagekraft einzelner Formulierungen.[1491]

ee) Rückschlüsse aus der Prozessgeschichte

Der EuGH entscheidet meist auf Vorlage eines nationalen Gerichts gem. Art. 267 AEUV. Gibt es bei der Beantwortung der Frage keinen vernünfti-

1487 Zumindest missverständlich insofern *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 205; allgemein bei → Fn. 962.

1488 *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 53; *Ahlt*, in: Gsell/Hau, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, 2012, S. 31, 35; *Hummel*, in: GS Sachs, 2024, S. 41, 42; *Jacobs/Frieling*, in: FS Willemsen, 2018, S. 197, 202; vgl. allgemein zur Erfordernis einer vollständigen Entscheidungsbegründung *Matthias K. Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 121 ff.

1489 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 126.

1490 Differenziert zu Chancen und Gefahren entsprechender Forderungen *von Danwitz*, in: Häcker/Ernst, Collective judging in comparative perspective, 2020, S. 253, 264; *Höreth*, Der Staat 50 (2011), 191, 223 ff.

1491 *Rebhahn*, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014, S. 25; zum Ablauf der Beratungen näher *von Danwitz*, in: Häcker/Ernst, Collective judging in comparative perspective, 2020, S. 253, 260 ff. Vgl. bei → Fn. 1004.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Zweifel (*acte claire*)[1492] oder hat der EuGH die Fragen vermeintlich erschöpfend beantwortet (*acte eclairé*)[1493], kann die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV entfallen.[1494] Der EuGH behält sich auch in diesen Fällen vor, gem. Art. 99 VerfO EuGH durch begründeten Beschluss zu entscheiden.[1495] Dazu muss die Vorlagefrage entweder mit einer bereits entschiedenen Frage übereinstimmen, die Antwort muss sich klar aus der früheren Rechtsprechung ableiten lassen oder die Beantwortung darf keinen Raum für vernünftige Zweifel lassen. Zwar ist der EuGH auch in diesen Fällen nicht verpflichtet, durch Beschluss zu entscheiden. Entscheidet er sich dafür, spricht das jedoch stark dagegen, dass er in der Entscheidung allgemeingültige neue Aussagen treffen will.[1496]

Implizit gibt der EuGH zu erkennen, dass eine Klärung des Rechts in diesem Sinn auch aus seiner Rechtsprechung folgen kann.[1497] Aus der Sicht des Rechtsverkehrs ist jedoch Vorsicht geboten, bevor man sich darauf verlässt, die unionsrechtliche Lage sei abschließend geklärt.[1498] Diese äußeren prozessualen Hürden können jedoch mittelbar für die Ermittlung der Entscheidungsregel Bedeutung haben. Begründet das Vorlagegericht ausführlich, warum die Frage weiterhin der Klärung bedarf, wird damit der Blick auf einen bestimmten Umstand des Vorlageverfahrens gelenkt.[1499]

1492 Grundlegend EuGH 6.10.1982 – 283/81, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 11 (C.I.L.F.I.T); stellvertretend für die heutige Formulierung EuGH 6.10.2021 – C-561/19, AP AEUV § 267 Nr. 1 Rn. 33 (Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi).

1493 Grundlegend EuGH 6.10.1982 – 283/81, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 11 (C.I.L.F.I.T); statt vieler EuGH 6.10.2021 – C-561/19, AP AEUV § 267 Nr. 1 Rn. 36 mwN (Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi).

1494 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 57 ff.; weiterführend *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 264 ff.

1495 Art. 99 EuGHVfO (EuGH-Verfahrensordnung).

1496 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn 98 weist darauf hin, dass die Beschlüsse auch nur ausnahmsweise veröffentlicht werden.

1497 *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 268.

1498 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Karpenstein,* Das Recht der Europäischen Union, 82. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Vorabentscheidungsverfahren Rn. 109.

1499 Beispielhaft BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 132 Rn. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beim EuGH gibt es drei Entscheidungsformationen.[1500] Im Regelfall entscheiden die einzelnen Kammern, diese bestehen aus jeweils drei oder fünf Richtern.[1501] Liegen besondere Umstände vor oder weist der Fall eine erhöhte Schwierigkeit auf, kann er der Großen Kammer zugewiesen werden.[1502] Das Gleiche gilt, wenn ein beteiligter Mitgliedstaat die Verweisung beantragt.[1503] Schließlich kommt der EuGH in seltenen Sonderfällen im Plenum zusammen, Art. 16 Abs. 4 EuGH-Satzung.[1504] Eine größere Entscheidungsformation spricht dafür, dass der EuGH der Entscheidung mehr Bedeutung beimisst.[1505] Aufschlussreich ist ein Wechsel der Entscheidungsformation in einem bestimmten Sachgebiet. Entscheidet zu einem bestimmten Themenbereich zwischenzeitlich regelmäßig die Große Kammer des EuGH und wird die Entscheidung später regelmäßig einzelnen Kammern übertragen, spricht das für eine Konsolidierung der Rechtsprechung. Der EuGH gibt damit zu verstehen, dass er die zentralen Maßstäbe eines Rechtsgebiets für weitgehend geklärt hält.[1506]

b) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel und normkonforme Auslegung

Wie auch bei den deutschen Höchstgerichten steht mit der Vertretbarkeit der Entscheidung noch nicht fest, ob auch alle darin aufgestellten Regeln vertretbar sind. Gegen einen methodischen Umgang mit EuGH-Entscheidungen kann nicht eingewandt werden, dass das richtige Verständnis des Unionsrechts letztlich immer von der Interpretation des EuGH abhänge. Der EuGH ist nicht allein für die Auslegung des Unionsrechts zuständig.[1507]

1500 Dazu *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 87 f.; *Riedel*, Grundrechtsprüfung durch den EuGH, 2020, S. 388 ff.

1501 Art. 16 Abs. 1 S. 1 EuGH-Satzung, Art. 10 § 1 i.V.m. Art. 11 § 1 VerfO EuGH.

1502 Art. 16 Abs. 5 EuGH-Satzung, Art. 51 § 1 i.V.m. Art. 14 § 1 VerfO EuGH.

1503 Art. 16 Abs. 3 EuGH-Satzung.

1504 Namentlich in den Fällen der Art. 228 Abs. 2, 245 Abs. 2, 247 und 286 Abs. 6 AEUV.

1505 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 120 Fn. 462; *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281, 300 f.; ähnlich *Ullenboom*, ZEuP 2024, 636, 644.

1506 So für das Urlaubsrecht EuGH 25.6.2020 – C-762/18, C-37/19, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 34 (Varhoven kasatsionen und Iccrea Banca).

1507 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 1. Das wird in der Rechtsprechung zum Teil übersehen, vgl. BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 132 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor allem jedoch erfordert die Kooperation der nationalen Fachgerichte mit dem EuGH eine genaue inhaltliche Auseinandersetzung mit dessen Rechtsprechung. Selbst eine Vertretbarkeitskontrolle bedeutet insofern keinen Kompetenzübergriff der nationalen Gerichte, sofern diese nur dazu dient, Entscheidungsregeln des EuGH zutreffend zu verstehen und damit Vorlagefragen konstruktiv formulieren zu können.[1508] Schließlich ist es dem Vorlagegericht sogar erlaubt, einen Entscheidungsvorschlag zu formulieren.[1509] Auch für Entscheidungen des EuGH kommt insofern eine normkonforme Auslegung prinzipiell in Betracht.

aa) Normkonforme Auslegung des nationalen Gesetzgebers

Ebenso wie bei Entscheidungen des BVerfG[1510] spielt die Interpretation von EuGH-Entscheidungen auch für den deutschen Gesetzgeber eine Rolle. Aus dessen Sicht kommt es auf die methodische Vertretbarkeit nach allgemeinen Regeln an. Der großzügigere Maßstab der Ultra-vires-Kontrolle passt insofern nicht. Er betrifft das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EuGH. Für den deutschen Gesetzgeber stellt sich hingegen nur die Frage, ob die ausgelegte Entscheidung in einer der Lesarten contra legem ist.[1511] Eine besondere Grenze folgt insofern daraus, ob die Konkretisierung unionsrechtlicher Vorgaben gezielt den Mitgliedstaaten übertragen wird.[1512] Dem nationalen Gesetzgeber ist es daher erlaubt, eine bestimmte Entscheidung des EuGH normkonform auszulegen.

1508 Näher dazu bei → Fn. 1386.

1509 Empfehlungen des Gerichtshofs zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen, ABl. EU Nr. C 257 v. 20.7.2018, 1, Vorschlag Nr. 18; dazu EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 71; Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 45.

1510 Vgl. bei → Fn. 1315.

1511 *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 75.

1512 Vgl. zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen" iSd Arbeitszeit-RL *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 272 f.; *Höpfner*, Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18, 2023, S. 79 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Normkonforme Auslegung der Instanzgerichte

Auch die Instanzgerichte dürfen EuGH-Entscheidungen normkonform auslegen und im Anschluss daran selbst entscheiden, denn sie sind gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV nicht zur Vorlage verpflichtet.[1513] Für eine normkonforme Auslegung anstatt eines Vorabentscheidungsersuchens können im Einzelfall gute Gründe sprechen. Die Formulierung der Vorlagefragen ist bei den Höchstgerichten grundsätzlich besser angesiedelt, da bei ihnen die regelbildende Funktion stärker im Vordergrund steht.[1514]

cc) Normkonforme Auslegung der Höchstgerichte

Die Höchstgerichte sind bei Auslegungszweifeln gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, den EuGH anzurufen.[1515] Das gilt auch für die Interpretation von EuGH-Entscheidungen.[1516] Implizit folgt daraus, dass den Fachgerichten in letzter Instanz keine Verwerfungskompetenz für nicht vertretbare Lesarten bestimmter Entscheidungsregeln des EuGH zukommt. Deshalb können die Höchstgerichte ein Vorabentscheidungsverfahren nicht durch eine normkonforme Auslegung *ersetzen*. Die Situation des entscheidenden Rechtsanwenders unterscheidet sich insofern von der bei der Anwendung des deutschen Rechts. Auf andere Weise erfüllt die normkonforme Auslegung der EuGH-Entscheidungen gleichwohl auch bei Entscheidungen des EuGH eine legitime Funktion. Das vorlegende Höchstgericht kann mittels normkonformer Auslegung im Vorhinein eingrenzen, welche Lesart des Unionsrechts eine vertretbare Regelbildung darstellt. Auch wenn es die anschließende Entscheidung über die Auslegung des Unionsrecht nicht selbst treffen darf, spricht nichts dagegen, dass sich das Vorlagegericht eine

1513 Das gilt nicht in den Sonderfällen, in denen auch instanzgerichtliche Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden können, EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 36; Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 23.

1514 Vgl. bei → Fn. 87.

1515 Auf den Sonderfall der Anwendung der GRC durch die Revisionsgerichte sei hier nur hingewiesen, näher EuArbR/*Höpfner,* 5 Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 38a; Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 26.

1516 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 8; im Ergebnis auch Schwab/Weth/*Kerwer*, ArbGG, 6. Aufl. 2022, Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem EuGH Rn. 8; beispielhaft *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meinung dazu bildet, welche Lesarten des Unionsrechts mit Blick auf den Fall vertretbar sind und diese Meinung bei der Formulierung der Vorlage zugrunde legt.

Nichts anderes gilt, wenn nur eine der Lesarten einer Ultra-vires-Kontrolle standhält. Für die Durchführung einer Ultra-vires-Kontrolle ist allein das BVerfG zuständig. Selbst in einem Verfahren vor dem BVerfG ist die Ultra-vires-Kontrolle jedoch stets das letzte Mittel. Vorher muss dem EuGH Gelegenheit gegeben werden, eine in kompetenzieller Hinsicht kritische Aussage selbst klarzustellen.[1517]

Beispiel: In seiner Entscheidung zur *Antiterrordatei*[1518] hat das BVerfG der Sache nach eine solche normkonforme Auslegung vorgenommen. Der EuGH hatte in der Rechtssache *Åkerberg Fransson*[1519] Ausführungen gemacht, die zum Teil im Sinn einer konturlosen Ausweitung der „Durchführung des Rechts der Union" gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC verstanden wurden.[1520] Das BVerfG stellte klar, dass die Entscheidung nicht in einer Lesart verstanden werden dürfe, die „offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte"[1521]. Darin nahm das BVerfG eine normkonforme Auslegung der EuGH-Entscheidung vor. Allerdings verzichtete es auf eine – eigentlich gebotene – Vorlage, in der der EuGH Gelegenheit gehabt hätte, seine Aussagen zu präzisieren. Ob die verworfene Lesart der EuGH-Entscheidung überhaupt hinreichend nahe lag, um diese wenig diplomatische Klarstellung zu rechtfertigen, steht auf einem anderen Blatt.[1522]

1517 BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (304) (Honeywell); so auch die prozessuale Vorgehensweise in BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., BVerfGE 154, 17 (PSPP); siehe auch *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 210.

1518 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277.

1519 26.2.2013 – C-617/10, JZ 2013, 613 m.Anm. *Dannecker*.

1520 Statt vieler *Grimm*, JZ 2013, 585, 591.

1521 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 91.

1522 Kritisch dazu *Gärditz*, JZ 2013, 635; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 798 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Die Fortbildung der Entscheidungsregel

aa) Prognose und Entscheidung

Für die Fortbildung von Entscheidungsregeln des EuGH ist zwischen dem prognostizierenden und dem entscheidenden Rechtsanwender zu trennen.[1523] Der prognostizierende Rechtsanwender versucht zu ermitteln, wie der EuGH den Anlassfall entscheiden würde. Dabei sind alle verfügbaren Hinweise auszuwerten und zu gewichten. Stellungnahmen einzelner Richter sind von geringerer Aussagekraft als bei den deutschen Revisionsgerichten. Im Unterschied zu den deutschen Revisionsgerichten sind Richter am EuGH nicht vergleichbar spezialisiert.[1524] Es gibt auch keinen Geschäftsverteilungsplan. Der Präsident weist neue Verfahren vielmehr nach Belieben einem Berichterstatter zu.[1525] Damit decken sich die Prognosekriterien mit denen für die Ermittlung der Entscheidungsregel.

Aus Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders kommt nach allgemeinen Grundsätzen eine Fortbildung der Entscheidungsregel in Betracht, wenn der „skeptische Interpret"[1526] Bedenken gegen die Anwendung einschlägiger oder die Nichtanwendung nicht einschlägiger Entscheidungsregeln auf den Anlassfall hat. Die Fortbildung der Entscheidungsregel richtet sich nach den allgemeinen Regeln.[1527] Instanz- und Höchstgerichte müssen daher grundsätzlich die gleichen Überlegungen anstellen.

bb) Fortbildung durch die Instanzgerichte

Da die Instanzgerichte allerdings nicht zur Vorlage verpflichtet sind, dürfen sie grundsätzlich auch ohne Vorabentscheidungsersuchen eine Fortbildung der Entscheidungsregel erwägen. Praktisch geschieht das bereits, wenn ein Instanzgericht die Übertragung einer Entscheidungsregel des EuGH auf

1523 Allgemein bei → Fn. 1083.
1524 *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 55.
1525 Dazu *Kokott/Sobotta*, in: FS Schlegel, 2024, S. 31, 38 ff.; kritisch *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, S. 64 ff.; *Rönnau/Hoffmann*, ZIS 2018, 233, 236 ff.
1526 Vgl. bei → Fn. 1103.
1527 Vgl. bei → Fn. 1082.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen neuen Fall ablehnt.[1528] So wurde in der Instanzrechtsprechung und der Literatur diskutiert, die 15-Monats-Frist aus der Rechtssache *KHS* auf die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers zu übertragen.[1529] Inwiefern die Frage durch die Entscheidung in *Fraport und St. Vincenz-Krankenhaus*[1530] erledigt ist, wird wiederum diskutiert.[1531]

cc) Fortbildung durch die Höchstgerichte

Auch die Höchstgerichte dürfen eine Fortbildung von EuGH-Entscheidungsregeln prüfen. Anders als die Instanzgerichte[1532] dürfen sie indes nicht ohne vorherige Vorlage nach ihrer fortgebildeten Regel entscheiden. Die Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV bildet insofern ein *Regelfortbildungsverbot*.[1533] Die übergeordnete Auslegungskompetenz verbleibt stets beim EuGH. Ein Verstoß gegen die Vorlagepflichten steht nicht zu befürchten.[1534]

3. Entscheidungsregeln aus EGMR-Entscheidungen

Der EGMR ist gem. Art. 32 EMRK zuständig für Angelegenheiten, die die Auslegung und Anwendung der EMRK betreffen. Praktische Bedeutung hat nur die Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK. Der EGMR kann in solchen Verfahren lediglich einen Verstoß gegen die EMRK feststellen, Art. 46 I EMRK. Das Urteil des nationalen Gerichts oder die nationale

1528 Auch die negative Entscheidung über die Erstreckung bedeutet eine Fortbildung der Entscheidungsregel vgl. bei → Fn. 1229.

1529 LAG Köln 9.4.2019 – 4 Sa 242/18, BeckRS 2019, 9979 Rn. 36; *C. Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1, 3; *Powietzka*, BB 2019, 52, 56; *Sagan*, NZA 2020, 350, 352; erwägend auch *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326, 346.

1530 EuGH 22.9.2022 – C-518/20, C-727/20, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 50 (Fraport und St. Vincenz-Krankenhaus).

1531 *Bayreuther*, NZA 2022, 1381, 1384; *Imping*, DB 2022, 2857, 2858.

1532 EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 29.

1533 Vgl. dazu allgemein bei → Fn. 1242. Auch *Voß*, ZZPInt 26 (2021), 103, 113 f. erkennt insofern einen Zusammenhang zu anderen Vorlagepflichten des nationalen Prozessrechts.

1534 Vgl. EuArbR/*Höpfner,* 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 94; näher dazu bei → Fn. 626.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsnorm bleiben wirksam.[1535] Das Normsystem der EMRK geht von einer einzelfallbezogenen Wirkung aus.[1536] Indes sieht der EGMR seine Aufgabe zugleich darin, die EMRK auszulegen und zu konkretisieren.[1537] Dieses Rollenverständnis zeigt sich auch in seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Individualbeschwerde:[1538] Selbst bei Wegfall der Prozessvoraussetzungen hält er seine Entscheidungsbefugnis nicht generell für ausgeschlossen.[1539] Unabhängig davon, ob diese regelbildende Funktion dem Ansatz der EMRK entspricht, ist sie heute jedenfalls im Grundsatz akzeptiert.[1540] Das ist in Art. 46 Abs. 3 EMRK zumindest angedeutet. Nach dieser Vorschrift kann das Ministerkomitee den EGMR zur „authentischen Interpretation" seines eigenen Urteils anrufen, wenn dabei Auslegungsschwierigkeiten auftauchen, die die Umsetzung behindern könnten.[1541] Zur Begründung heißt es, damit solle „jede[r] Streit über die genaue Bedeutung des Urteils" beigelegt werden.[1542] Die Auslegungsbedürftigkeit der EGMR-Entscheidungen ist den Vertragsstaaten bewusst. Auch die deutschen Gerichte müssen sich mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzen.[1543] Entscheidungen des EGMR entfalten insofern Orientierungswirkung.[1544]

1535 Boecken/Düwell/Diller/Hanau/*Sagan*, NK-GA, 2. Aufl. 2023, Kommentierung EMRK Art. 41, 46 Rn. 1.

1536 *Payandeh*, JöR 68 (2020), 1, 7; *Nußberger*, RabelsZ 80 (2016), 817, 827.

1537 EGMR 18.1.1978 – 5310/71, BeckRS 1978, 108300 Rn. 154 (Irland/Vereinigtes Königreich); *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 173.

1538 *Nußberger/Schoog*, in: FS Henssler, 2023, S. 433, 434.

1539 Vgl. EGMR 24.7.2003 – 40016/98, ECHR 2003-IX, 201 Rn. 26 (Karner/Österreich) zum Versterben des Klägers; EGMR 24.11.2005 – 49429/99, BeckRS 2005, 156861 Rn. 78 (Capital Bank AD/Bulgarien) zur Auflösung der klagenden juristischen Person.

1540 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 147; *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 312; *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 240; *Gusy*, JA 2009, 406, 409; *Nußberger*, RdA 2012, 270, 271.

1541 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 19; zur rechtspolitischen Diskussion um das 16. Zusatzprotokoll zur EMRK *Klein/Treppschuh*, KritV 2019, 253, 254 ff.

1542 Erläuternder Bericht zum 14. Prot., BT-Drs. 16/42, S. 36 Rn. 97.

1543 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (324 f.) (Görgülü); *Payandeh*, JöR 57 (2009), 465, 491; vgl. *Nußberger*, RabelsZ 80 (2016), 817, 820 f.

1544 Das haben auch die Konventionsstaaten inzwischen ausdrücklich anerkannt, Brighton Declaration vom 20.4.2012, Punkt 9 c) iv: https://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf (zuletzt abgerufen am 19.8.2023); *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 10 f.; EuArbR/*C. Schubert,* 5. Aufl. 2024, EMRK Art. 1

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der nationale Rechtsanwender muss die Entscheidungsregeln ermitteln, die einem bestimmten EGMR-Präjudiz zugrundeliegen.[1545] Da im Völkerrecht die dogmatische Systematisierung einzelner Entscheidungen jedoch weniger im Vordergrund steht,[1546] muss man besonders vorsichtig sein, einzelnen Entscheidungen allgemeine Regeln zu entnehmen.[1547] Insofern unterscheidet sich die Entscheidungstätigkeit des EGMR stark von der der deutschen Höchstgerichte[1548] und der des EuGH[1549].

Der EGMR untersucht, inwiefern eine bestimmte Norm oder deren Anwendung durch ein nationales Gericht gegen die EMRK verstößt. Selbst wenn ein Verstoß festgestellt wird, bleibt das Mittel der Beseitigung dem Mitgliedstaat überlassen.[1550] Das ist im Vergleich mit den bisher untersuchten Gerichten eine andere Perspektive. Wo die deutschen Revisionsgerichte, das BVerfG und der EuGH das geschriebene Recht handhabbar machen, indem sie Regeln bilden, prüft der EGMR, ob eine gelebte Rechtslage *im Ergebnis* mit bestimmten Vorgaben der EMRK vereinbar ist.[1551] Seine Rechtsprechung ist daher besonders pointillistisch; sie zielt nicht auf Systembildung.[1552]

Rn. 85; *Gusy*, JA 2009, 406, 409; *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 48; *Nußberger*, RdA 2012, 270, 273; *Payandeh*, JöR 57 (2009), 465, 492.

1545 *Knop*, Völker- Und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 221; zustimmend *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 51; am Beispiel *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 79 ff.

1546 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 51; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 73, 107; *Dullinger*, in: Freyler/Gräf, Arbeitsrecht als Richterrecht?, 2023, S. 151, 151 f.; weiterführend *Rauber*, ZaöRV 2015, 259, 260 ff.; *Nußberger*, JöR 66 (2018), 1, 17 f.

1547 *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 63 f.; ausführlich *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719 ff.; *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.

1548 *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, 973; vgl. bei → Fn. 402.

1549 Vgl. bei → Fn. 1332.

1550 Ausführlich *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 45, 82 ff.; *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 49.

1551 *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 63; vgl. *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 239 f.; beispielhaft *Meyer*, JZ 2023, 261, 269.

1552 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 52; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 255; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 63 f.; *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 551 f.; *Hin-*

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Folgenden werden Besonderheiten bei den einzelnen Kriterien zur Ermittlung der Entscheidungsregel aus Entscheidungen des EGMR erläutert (a). Anschließend werden Besonderheiten mit Blick auf die Vertretbarkeit von Entscheidungsregeln des EGMR und die normkonforme Auslegung analysiert (b). Schließlich werden Besonderheiten bei der Fortbildung der Entscheidungsregel betrachtet (c).

a) Einzelne Kriterien

Welche Entscheidungsregeln eine EGMR-Entscheidung enthält, zeigt erst das Gesamtbild der einzelnen Kriterien.[1553] Die für das deutsche Recht beobachtete Verwechslungsgefahr von Präjudizien und Gesetzen[1554] besteht bei EGMR-Entscheidungen nicht in gleicher Weise.[1555] Zum Teil wird ein „regelbasiertes" Verständnis von EGMR-Entscheidungen daher sogar insgesamt abgelehnt.[1556] *Lettmeier* schlägt vor, die Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK nicht als System von Entscheidungsregeln, sondern von einzelnen „Funktionselementen" zu verstehen.[1557] Dieser Ansatz trägt der Kontextabhängigkeit[1558] zwar umfassend Rechnung. In manchen Teilgebieten eignet er sich zudem gut, um die Rechtsprechung des EGMR richtig einzuordnen. An anderer Stelle bildet aber auch der EGMR Entscheidungsregeln.[1559] Gegebenenfalls haben diese Regeln einen engen Anwendungsbereich; ihre Regelqualität wird dadurch nicht infrage gestellt.[1560] Wissenschaft und Praxis ist besser gedient, wenn diese Regeln als solche erkannt werden. Die Funktionselementelehre begegnet insofern

---

nerk Wißmann, ZBR 2015, 294, 299; differenzierend *Nußberger*, JöR 66 (2018), 1, 14 f., 17 f.; *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719, 724 f.; anders dagegen *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 28.

1553 Vgl. *Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, 1991, S. 211; *Böhm*, ZBR 2019, 73, 74.

1554 Vgl. bei → Fn. 172.

1555 Beispielhaft *Meyer*, JZ 2023, 261, 269.

1556 So die Tendenz bei *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 129; *Hoffmann-Riem*, NJW 2009, 20, 26.

1557 Insbesondere *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 129 ff.

1558 Vgl. bei → Fn. 1582.

1559 Für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von Einzelfallentscheidung und abstrahierbarer Entscheidungsregel beim EGMR *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.

1560 Vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 218; vgl. bei → Fn. 198.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den gleichen Bedenken wie bestimmte Spielarten der Kontextualisierung: Sie trennt nicht genau zwischen dem ursprünglich Gemeinten und einer möglichen Fortbildung.[1561]

Jedenfalls ähnelt die Entscheidungspraxis des EGMR den klassischen case-law-Systemen stärker als die der deutschen Höchstgerichte und des EuGH.[1562] Trotzdem darf man den EGMR nicht wie ein klassisches Höchstgericht des angloamerikanischen Rechtskreises, zum Beispiel den Supreme Court der USA, verstehen.[1563] Der EGMR praktiziert eher eine regelorientierte Variante von Case Law.[1564] Diese Grundtendenz hilft, das Allgemeingültige zu erkennen.

aa) Wortlaut und Formulierung

Wenn der EGMR ausnahmsweise doch explizit allgemeingültig formuliert, ist klar, dass er in Abgrenzung zu seinem üblichen Begründungsstil die Reichweite seiner Aussagen unterstreichen will.[1565] Stärker als bei den nationalen Höchstgerichten und dem EuGH taucht beim EGMR ein banales, aber folgenschweres Problem auf: Auch vieldiskutierte Entscheidungen des EGMR werden oft nicht im Volltext übersetzt und in deutschen Zeitschriften nicht vollständig abgedruckt.[1566] So kann es geschehen, dass gerade die für die Kontextualisierung entscheidenden Urteilspassagen in der Diskussion übersehen werden.[1567]

Auch die Gefahr einer Begriffsvertauschung[1568] besteht in besonderem Maße.[1569] Sie wird verstärkt durch das „Sprachenproblem". Die offiziellen Sprachen des Gerichts sind Englisch und Französisch. Anders als beim EuGH werden Entscheidungen nur in Englisch oder Französisch oder

1561 Vgl. bei → Fn. 276.
1562 Vgl. *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 432 f.
1563 *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 976 ff.
1564 Vgl. *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 258 f.; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 64.
1565 Zur Entscheidung *Demir und Baykara* bei → Fn. 1664.
1566 *Haug*, NJW 2018, 2674, 2677; *Gusy*, JA 2009, 406, 410.
1567 Am Beispiel des Beamtenstreikverbots *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 434; beispielhaft bei → Fn. 1829.
1568 Vgl. allgemein bereits bei → Fn. 811.
1569 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 435 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in beiden Sprachen abgefasst. Entscheidungen der Großen Kammer müssen in beiden Sprachen abgefasst werden, wobei beide Fassungen gleichermaßen verbindlich sind.[1570] Wird das Urteil zB in französischer Sprache abgefasst, ist damit noch nicht gesagt, dass der Begriff im Sinn des französischen Rechts zu verstehen ist. Aus dem Kontext kann sich vielmehr ergeben, dass einem bestimmten Wort eine andere Bedeutung beigemessen wurde.[1571] Der EGMR nimmt dann eine „autonome Interpretation" vor.[1572] Jedenfalls knüpft der EGMR regelmäßig nicht an das Begriffsverständnis der deutschen Rechtssprache an. Darin liegt eine häufige Quelle von Missverständnissen.[1573]

bb) Prozessualer Sachverhalt

Die Entscheidungssätze des EGMR müssen im Zusammenhang mit dem Sachverhalt betrachtet werden.[1574] So ist beispielsweise beim Streikverbot für Beamte fraglich, ob der Streit darauf zurückgeht, dass *Beamte* nicht streiken dürfen, oder ob sich der sachliche Konflikt nicht vielmehr auf ein Streikverbot für *Lehrer* beschränkt.[1575] Zudem ist genau zu differenzieren, in welchem dogmatischen Zusammenhang der EGMR eine bestimmte Aussage trifft. Sieht der EGMR für ein bestimmtes Verhalten den Schutzbereich eines Menschenrechts als eröffnet an, folgt daraus noch keine Aussage über die Unzulässigkeit einer nationalen Regelung, die dieses Verhalten beschränkt. Dazu muss stets geprüft werden, ob die Einschränkung nach dem jeweiligen Schrankenvorbehalt gerechtfertigt werden kann.[1576]

1570 Vgl. Art. 57, 76 VerfO EGMR.

1571 *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 258; *Hering*, ZaöRV 2019, 241, 260; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 436.

1572 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 33; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 104 ff.; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 70 ff.

1573 Vgl. Karpenstein/Mayer/*Breuer*, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 46 Rn. 48; weiterführend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 34.

1574 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 77; beispielhaft *Bryde*, in: FS Jaeger, 2011, S. 65, 68 f.

1575 *Bröhmer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 136; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 438 f.

1576 Zum vergleichbaren Befund bei Art. 6 Nr. 4 ESC *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 276; beispielhaft bei → Fn. 1862.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zuweilen bereitet es Schwierigkeiten, die Aussagen des EGMR in die deutsche Dogmatik zu integrieren.[1577] Seit der Beamtenstreikentscheidung[1578] des BVerfG setzt sich die Erkenntnis durch, dass Entscheidungen des EGMR kontextbewusst zu erfassen sind.[1579] Das BVerfG hat die Frage nach der Ermittlung bestimmter Entscheidungsregeln des EGMR sogar ausdrücklich angesprochen, indem es die EGMR-Rechtsprechung auf eine „verallgemeinerungsfähige Auslegungsmaxime"[1580] hin untersuchte.[1581] Es formuliert in der Entscheidung einen expliziten Auftrag zur Kontextualisierung.[1582]

Kontextualisierung bedeutet nicht, darauf zu verweisen, dass der Sachverhalt einen anderen Konventionsstaat betrifft und daher keine Aussage für das deutsche Recht enthält. Umgekehrt verbietet sich – wie sonst auch[1583] – eine schematische Übernahme von Leitsätzen.[1584] Auch insofern sind jedoch die Ermittlung der Entscheidungsregel und ihre Verbindlichkeit zu trennen. Bedenklich erscheint es daher, wenn das BVerfG für die Kontextualisierung anführt, dass die EMRK „keinen Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Gesetzesrecht beanspruchen kann"[1585].[1586] Das BVerfG nimmt eine besonders starke Orientierungswirkung an, wo sich die EGMR-Entscheidung auf dieselbe Rechtsordnung wie im Entscheidungsfall bezieht.[1587] Das ist im Grundsatz richtig, aber verkürzt: Entscheidend muss sein, ob sich die Erwägungen aus dem Präjudizverfahren inhaltlich übertragen lassen.[1588] Als Faustregel mag man darauf abstellen, ob dieselbe Rechtsordnung betroffen ist.[1589] Bezieht sich jedoch eines der Verfahren auf eine Situation, die signifikante Besonderheiten aufweist, kann das die

1577 *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.
1578 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296.
1579 *Baer*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 13 Rn. 17; *Böhm*, ZBR 2019, 73, 74.
1580 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 175.
1581 Stellvertretend für die Kritik *Katerndahl*, in: FS Moll, 2019, S. 339, 343 ff.
1582 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 59; *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 974; *Lorse*, ZBR 2018, 325, 335.
1583 Vgl. bei → Fn. 180.
1584 *Haug*, NJW 2018, 2674, 2677.
1585 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132.
1586 Kritisch auch *Hering*, ZaöRV 2019, 241, 258; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23.
1587 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132.
1588 *Polakiewicz/Suominen-Picht*, EuGRZ 2018, 383, 386; vgl. *Payandeh*, JöR 57 (2009), 465, 499.
1589 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Orientierungswirkung in Zweifel ziehen. Umgekehrt müssen bei einer Entscheidung, die eine andere Rechtsordnung betrifft, funktionale Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet werden.[1590] Eine „bloße[ ] Begriffsparallelisierung" scheidet aus.[1591] Nötig ist eine „wertende Rechtsvergleichung".[1592]

Damit schwächt die Kontextualisierung in ihrer hier vertretenen Spielart auch nicht die Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung.[1593] Vielmehr ist zu differenzieren. Die Ermittlung der gemeinten Aussagen ist der notwendige erste Schritt, um die Orientierungswirkung einer bestimmten Entscheidung zu bestimmen.[1594] Andererseits muss, wie bereits gezeigt, die Ermittlung von der Fortbildung einer Entscheidungsregel getrennt werden. Ein einheitlicher Kontextualisierungsprozess unterscheidet nicht zwischen Kriterien, die dem EGMR nicht vor Augen standen und anderen, die er erkannt hat, aber nicht für maßgeblich hielt.[1595] Darin liegt der richtige Kern der Kritik an der Kontextualisierung. Trotzdem ist es keine Lösung, die Kontextualisierung generell zu verwerfen. Die pauschale Dekontextualisierung würde auf Dauer zu einem Gesamtsystem völkerrechtlich geprägter Regeln führen, das der EGMR keinem Mitgliedstaat vorgeben wollte.[1596] Wenn *Kaiser* eine „spielraumerhaltende Interpretation der EGMR-Recht-

1590 *Böhm*, ZBR 2019, 73, 77; kritisch mit Blick auf das Beamtenstreikverbot *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 33; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23 f.

1591 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132; *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 199.

1592 Grundlegend *Zweigert*, RabelsZ 164 (1964), 601, 610 f.; begrifflich ebenso bereits *Fuß*, NJW 1964, 945, 946 Fn. 11; dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 11; *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 281 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 2 Rn. 84.

1593 *Voßkuhle*, EuGRZ 2020, 165, 169; so aber *Absenger/J. Schubert*, SR 2019, 211, 224; *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 33; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23; *Polakiewicz/Suominen-Picht*, EuGRZ 2018, 383, 385.

1594 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 60; ähnlich *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 440; vgl. *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 64.

1595 Dagegen implizit auch *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 65.

1596 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 57, 60; *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 7; beispielhaft zum Beamtenstreik *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechung" fordert, macht sie zugleich deutlich, dass es darum gehe, „Spielräume, *die der EGMR belässt*, zu erkennen".[1597] Eine solche differenzierende Rezeption ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Schwieriger einzuordnen ist die dritte wesentliche Aussage der Streikverbotsentscheidung. Das BVerfG betont, es gehe darum, „Aussagen zu Grundwertungen der Konvention zu identifizieren und sich hiermit auseinanderzusetzen."[1598] Diese Aussage wird kritisiert.[1599] Die Kritik versteht die „Grundwertung" als Aussage zum normativen Stellenwert.[1600] Insofern fehle es jedoch an einem Bezugspunkt dazu, Grundwertungen der EMRK von anderen Wertungen zu unterscheiden. Zudem impliziere das BVerfG eine Kompetenz der nationalen Gerichte, die Entscheidung über eine Abgrenzung zu treffen, die diesen nicht zustehe.[1601] Eine solche Unterscheidung wäre in der Tat problematisch. Tatsächlich ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Beamtenstreikentscheidung, dass das BVerfG nicht nach Wichtigkeit unterscheiden will.[1602] Das BVerfG verwendet den Begriff der „Grundwertungen" bei der Frage nach der Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der Rechtsordnungen. Die Anknüpfung an „Grundwertungen" ist im Zusammenhang lediglich als methodischer Gegenentwurf zur „undifferenzierten Übertragung im Sinn einer bloßen ‚Begriffsparallelisierung'" zu verstehen.[1603] Damit schließt sich das BVerfG auch der Sache nach dem

bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 55: „Sie [die Gerichte] fühlten sich an etwas gebunden, was der EGMR nicht entschieden hatte."

1597 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 437 (Hervorhebung nicht im Original); vgl. auch *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.

1598 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132.

1599 Karpenstein/Mayer/*Breuer*, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 46 Rn. 54; *Absenger/J. Schubert*, SR 2019, 211, 223 ff.; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23, 25; *Hering*, ZaöRV 2019, 241, 261 ff.; *Lörcher*, AuR 2019, 522, 523; differenzierend *von Bogdandy/Hering*, JZ 2020, 52, 62 f.

1600 *Lorse*, ZBR 2018, 325, 333 erkennt eine „veränderte Granularität" der EGMR-Rechtsprechung.

1601 *Absenger/J. Schubert*, SR 2019, 211, 224; *Hering*, ZaöRV 2019, 241, 263.

1602 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132; *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 63.

1603 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132; ähnlich *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 63; vgl. auch *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 289.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überzeugenden Vorschlag von *Kaiser*[1604] an, den es in diesem Zusammenhang mehrfach zitiert.[1605]

cc) Entscheidungskette und Gesamtsystematik

Auch der EGMR rezipiert seine frühere Rechtsprechung.[1606] Die Entscheidungskette kann helfen, die allgemeingültigen Grundsätze zu ermitteln.[1607] Die Technik des *distinguishing* ist dem EGMR nicht unbekannt.[1608] In welcher Weise vorherige Präjudizien rezipiert werden, hängt auch von der *registry* des EGMR ab. Diese fasst den Stand der Rechtsprechung und der darin erarbeiteten Prinzipien in *Guides* zusammen. Diese werden bei der Entscheidungsfindung regelmäßig herangezogen.[1609] Einzelne Aussagen des EGMR können bei der Ermittlung der Entscheidungsregel allerdings nicht problemlos isoliert und zu einer neuen Regel zusammengefügt werden. Selbst wenn mehrere Einzelaussagen abstrakt gemeint sind, folgt daraus keine solche Aussage über eine daraus kombinierte Regel.[1610] Die Synthese neuer Regeln ist regelmäßig eine Fortbildung der Entscheidungsregeln.[1611]

dd) Leitsatz und Gründe

Ähnlich wie das BVerfG trennt der EGMR allgemeine rechtliche Maßstäbe von den Fakten des Sachverhalts und der Subsumtion.[1612] Das verleitet dazu, seine Entscheidungsmaßstäbe zu dekontextualisieren.[1613] Verstärkend

1604 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 432 ff.
1605 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., BVerfGE 148, 296 Rn. 132; zum Inhalt der Zitate als Interpretationskriterium vgl. bei → Fn. 990.
1606 *Bernhardt*, in: Liber Amicorum Wildhaber, 2007, S. 91, 92.
1607 Vgl. *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 316; *Gusy*, JA 2009, 406, 410.
1608 *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 258; *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 977.
1609 *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 986.
1610 Beispielhaft *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299; zu den „Vorzeichen" der Regelbildung vgl. bei → Fn. 863.
1611 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 437 f.; *Hinnerk Wißmann*, ZBR 2015, 294, 299.
1612 *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 266; *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 283 f.; *Payandeh*, JöR 68 (2020), 1, 20.
1613 Vgl. *Payandeh*, JöR 68 (2020), 1, 20; zum ähnlichen Befund mit Blick auf das BVerfG vgl. bei → Fn. 1283.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirkt, dass der EGMR seine Entscheidungsmaßstäbe selbst zusammenfasst und sich häufig auf Belege aus der eigenen Rechtsprechung beschränkt.[1614] Wie beim BVerfG ist die Verortung der Aussage in den Entscheidungsgründen ein Indikator für den Abstraktionsgrad. Formuliert der EGMR eine bestimmte Aussage in seinen „General principles", geht er von einer fallübergreifenden Bedeutung aus.[1615]

Art. 45 Abs. 2 EMRK gibt den Richtern das Recht, abweichende Meinungen in Sondervoten darzulegen. Durch die Zulässigkeit zustimmender Entscheidungsvoten (*concurring opinions*) wird die Aussagekraft der Entscheidungsgründe verstärkt. Die beteiligten Richter können gemeinsam ein Ergebnis tragen, ohne sich auf eine einheitliche Begründung verständigen zu müssen. In zustimmenden Sondervoten kann der Schwerpunkt einer Entscheidung anders akzentuiert werden.[1616] Umgekehrt stützt der Verzicht auf zustimmende Sondervoten die Autorität der gemeinsamen Entscheidungsgründe.[1617] Abweichende Sondervoten (*dissenting opinions*) können dagegen deutlich machen, welche Begründungsansätze sich auch im Ergebnis nicht durchsetzen konnten.[1618] Allerdings sind Sondervoten am EGMR aufgrund der unterschiedlichen Rechtstraditionen zu Einzelvoten keine Seltenheit.[1619] Ergeht eine bestimmte Entscheidung einstimmig und ohne abweichende Sondervoten, ist ihr daher grundsätzlich größere Bedeutung beizumessen. Das gilt erst recht, wenn die Große Kammer entscheidet.[1620]

1614 *Grabenwarter*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 21, 40 f.; *Lepsius*, JZ 2019, 793, 796; *Payandeh*, JöR 68 (2020), 1, 20 f.

1615 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 65; *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 259; *Jestaedt*, in: FS Breitenmoser, 2022, S. 973, 982 f.

1616 Am Beispiel des Beamtenstreikverbots *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23.

1617 Die Sondervoten erfüllen insofern eine „Ventilfunktion", *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 67 f.

1618 Vgl. auch *J. Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 93.

1619 *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 66; *Nußberger*, JöR 66 (2018), 1, 3 f., 12; gegen eine geringere Aussagekraft der Gründe in diesem Fall deshalb *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719, 733; siehe auch *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 269.

1620 *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719, 735 f.; zur Entscheidung *Demir und Baykara* beispielhaft *Lörcher*, AuR 2009, 229, 231.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ee) Rückschlüsse aus der Prozessgeschichte

Eine Besonderheit ergibt sich aus der prozessualen Situation. Im Rahmen der Individualbeschwerde prüft der EGMR, ob die staatlichen Gerichte Vorschriften der EMRK verletzt haben. Die Entscheidung ergeht daher unter dem unmittelbaren Einfluss des konkreten Gerichtsverfahrens. Der EGMR kann sich seine Fälle nicht frei aussuchen.[1621] Deutsche Gerichte müssen die Entscheidungen des EGMR zwar über deren konkreten Sachverhalt hinaus berücksichtigen.[1622] Letztlich umschreibt das aber nur den allgemeinen Befund: Den EGMR-Entscheidungen kommt eine Orientierungswirkung zu, wenn eine gemeinte Regel den zu entscheidenden Fall betrifft.[1623] Wo diese Einschlägigkeit in Zweifel steht, kommt den nationalen Gerichten eine *margin of appreciation*[1624] zu.[1625] Die Prüfungsdichte des EGMR ist nicht einheitlich. Wie stark der EGMR eine einzelne Regel oder Maßnahme kontrolliert, hängt auch davon ab, ob er zwischen den Mitgliedstaaten weitgehend eine gemeinsame Auffassung in der Rechtsfrage erkennt.[1626] Die Einschätzung des EGMR, ob ein solcher *common ground* vorliegt, lässt Rückschlüsse darauf zu, wie seine Entscheidungsregeln zu verstehen sind. Erkennt der EGMR Unterschiede zwischen den Rechtsord-

1621 *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 244.

1622 Karpenstein/Mayer/*Breuer*, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art 46 Rn. 43 ff.

1623 Vgl. EGMR 26.6.2012 – 9300/07, NJW 2012, 3629 Rn. 75 ff. (Herrmann/Deutschland); *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 10 f.; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 440; *Nußberger*, RdA 2012, 270, 273.

1624 In Bezug auf die nationalen Gerichte wohl als „Beurteilungs- oder Ermessensspielraum" zu übersetzen, vgl. *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 89 mit Fn. 76; siehe nun auch Art. 1 des 15. Zusatzprotokolls zur EMRK, umgesetzt durch das „Gesetz zu dem Protokoll Nr. 15 vom 24. Juni 2013 zur Änderung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten", BGBl. II S. 1034.

1625 *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 241; *Matscher*, in: Macdonald/Matscher/Petzold, The European system for the protection of human rights, 1993, S. 63, 75 ff.; *Nußberger*, JZ 2019, 421, 425; ausführlich dazu *Gorzoni*, Der „margin of appreciation" beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 2018, S. 25 ff.

1626 EGMR 5.7.2022 – 815/18 ua., BeckRS 2022, 15412 Rn. 54 mwN: *common ground*; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 87; näher bei → Fn. 745.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nungen, verzichtet er zum Teil auf eine vereinheitlichende Regelbildung.[1627] Besteht keine gemeinsame Auffassung, spricht eine Vermutung dagegen, dass sich der Gerichtshof voll auf eine Seite schlägt. Der EGMR neigt jedoch eher dazu, einen großzügigen Prüfungsmaßstab anzulegen, wenn die Gerichte sich ausführlich mit seiner Rechtsprechung auseinandergesetzt haben.[1628]

Da die *margin of appreciation* größere nationale Spielräume lässt, kann für die nationalen Gerichte ein Anreiz zum *distinguishing* entstehen.[1629] Um sich eine spätere Differenzierung zu erleichtern, nutzt der EGMR zum Teil „Escape-Klauseln"[1630]. Der EGMR verbindet dazu allgemeine Aussagen mit dem Vorbehalt, bei spezifischen besonderen Umständen könne eine andere Bewertung geboten sein.[1631] Darin liegt eine besondere Form der *Jedenfalls-Rechtsprechung*.[1632] *Escape-Klauseln* belassen dem EGMR einerseits eine größere Handlungsfreiheit. Andererseits sind sie auch als Aufforderung an die nationalen Richter zu verstehen. Im Umgang mit der EGMR-Rechtsprechung geht es regelmäßig um eine angemessene inhaltliche Auseinandersetzung. *Escape-Klauseln* bieten insofern einen Ansatz zur Fortbildung der Entscheidungsregel.[1633] Der deutsche Rechtsanwender muss dazu eine Perspektive einnehmen, die der der Rechtsvergleichung ähnelt: Gibt es anstelle des dogmatischen Ansatzes ein „funktionales Äquivalent"[1634] im deutschen Recht?[1635]

1627 *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 88; *Grabenwarter*, in: Zimmermann, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2014, S. 21, 30 f.

1628 *Buchholtz*, NVwZ 2024, 229, 230; *Payandeh*, JöR 68 (2020), 1, 36; *Schorkopf*, NVwZ 2024, 483, 484. Das entspricht dem Prinzip der „margin of appreciation", *Groß*, in: Masing/Jestaedt/Jouanjan/Capitant, Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, 2020, S. 71, 83 f.

1629 Kritisch mit Blick auf die Beamtenstreikverbotsentscheidung des BVerfG *Katerndahl*, in: FS Moll, 2019, S. 339, 347 f.; *Lörcher*, AuR 2019, 522, 525; *Klein*, AuR 2019, 479, 483.

1630 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 434.

1631 Beispielhaft EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn. 168 (Demir und Baykara); *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 434.

1632 Vgl. bei → Fn. 823.

1633 Vgl. bei → Fn. 1659.

1634 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 436.

1635 Die „funktionale Methode" der Rechtsvergleichung geht auf *Konrad Zweigert* zurück, näher *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996, S. 33 ff.; weiterführend *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prozessuale Rückschlüsse können sich auch aus der Entscheidungsformation ergeben. In Betracht kommt eine Unterscheidung von Entscheidungen der einzelnen Sektionen[1636] und denen der Großen Kammer.[1637] Gem. Art. 30 EMRK kann die Rechtssache ohne Zustimmung der Verfahrensparteien an die Große Kammer abgegeben werden, wenn sich eine schwerwiegende Auslegungsfrage stellt oder ohne die Abgabe eine Abweichung von einem früheren Urteil droht. Zwar muss diese Entscheidung nicht begründet werden (vgl. § 72 Abs. 3 VerfO EGMR). Sieht die abgebende Sektion einen der Gründe nach Art. 30 EMRK als gegeben an, spricht das aber schon für sich genommen für eine größere allgemeine Bedeutung der Rechtssache.[1638] Umgekehrt lassen sich kaum bestimmte Rückschlüsse daraus ziehen, dass die Rechtssache nicht an die Große Kammer abgegeben wird.[1639] Dagegen spricht bereits die Seltenheit solcher Verweisungen. Insofern spricht allenfalls eine schwache Vermutung für eine gewisse Einzelfallbezogenheit der Aussagen.[1640] Gleichwohl darf die Aussagekraft der Besetzung nicht überschätzt werden: Sind sich die Richter einig, besteht kein Anlass für eine Entscheidung der Großen Kammer.[1641]

Möglich ist auch, dass die Rechtssache durch Antrag gegen das Urteil einer Sektion an die Große Kammer gelangt (vgl. Art. 43 EMRK). Nimmt der Ausschuss der Großen Kammer den Antrag an, spricht das für eine gewisse Allgemeingültigkeit. Denn gem. Art. 43 Abs. 2 EMRK muss sich dazu eine „schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung dieser

1636 Diese Kammern werden beim EGMR offiziell als „Sektionen" bezeichnet. Im Folgenden wird daher diese Terminologie zugrundegelegt, obwohl auch die Bezeichnung der Sektionen als „Kammern" in der Literatur nicht unüblich ist.

1637 Näher zu weiteren Entscheidungsformationen *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 56 ff.

1638 *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 57; *Gerards*, in: Jakab/Dyevre/Itzcovich, Comparative constitutional reasoning, 2017, S. 237, 246, 251; am Beispiel der Entscheidung „Demir and Baykara" *J. Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 93, 164; *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 12; zur Beschwerde gegen das deutsche Beamtenstreikverbot *Nußberger/Schoog*, in: FS Henssler, 2023, S. 433, 441.

1639 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 64; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 57: „many Chamber judgments can be regarded as ‚landmarks' in the Court´s jurisprudence"; vgl. *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15, 18 mit Fn. 40.

1640 *Hering*, ZaöRV 2019, 241, 264.

1641 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 64; *D. Ulber*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 6 Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konvention oder der Protokolle dazu oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung" stellen. Die Annahme des Antrags hat damit eigenständige Bedeutung.[1642] Der EGMR unterstreicht zwar, dass die Orientierungswirkung seiner Urteile nicht von der Entscheidungsformation abhänge.[1643] Damit dürfte er sich aber auf die Bindung und Wirkung einer feststehenden Aussage beziehen, nicht auf deren Inhalt.

Ob eine Entscheidung durch den Richterausschuss gem. Art. 28 Abs. 1 lit. b) EMRK getroffen wird, ist dagegen aufgrund der restriktiven praktischen Nutzung dieser Möglichkeit bei der Ermittlung von Entscheidungsregeln des EGMR ohne Aussage.[1644] Fest steht allerdings, dass die Richterausschüsse die Entscheidungsregeln der Sektionen und der Großen Kammer nicht modifizieren dürfen.[1645] Art. 28 Abs. 1 lit. b) EMRK ist insofern als spezielles *Regelfortbildungsverbot* zu verstehen.[1646]

Einen Sonderfall bildet die Entscheidung im „Piloturteilsverfahren".[1647] Diese „prozessuale Rechtsfortbildung"[1648] nutzt der EGMR, um strukturellen, systemischen Mängeln zu begegnen, die zu massenhaften vergleichbaren Menschenrechtsbeschwerden führen.[1649] Das Verfahren hat im Arbeitsrecht bisher keine Bedeutung erlangt und soll daher außen vor bleiben.

b) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel und normkonforme Auslegung

Der entscheidende Rechtsanwender muss die Entscheidungsregeln des EGMR auf ihre Vertretbarkeit prüfen.[1650] Da keine Vorlage an den EGMR

1642 Beispielhaft *Reichold*, EuZA 2014, 386, 388.
1643 EGMR (GK) 28.6.2018 – 1828/06 u.a. Rn. 252 (G.I.E.M.); Karpenstein/Mayer/*Breuer*, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 46 Rn. 45.
1644 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK, 2021, S. 36 f.; näher zu den Voraussetzungen *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 6.
1645 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 223.
1646 Vgl. allgemein bei → Fn. 1242.
1647 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 151 ff.; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 169 f.
1648 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Rn. 160 ff.
1649 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Rn. 151.
1650 Vgl. zu den Anforderungen bei → Fn. 721.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgesehen ist, kann dadurch auch nicht seine Zuständigkeit umgangen werden.[1651] Stellt der entscheidende Rechtsanwender fest, dass eine Entscheidungsregel des EGMR nicht vertretbar ist, kann er von ihr abweichen.[1652] Dabei ist allerdings zu beachten, dass für die Anwendung der EMRK methodische Besonderheiten gelten.[1653] Die Unvertretbarkeit einer Regelbildung darf nicht vorschnell angenommen werden. Der EGMR ist grundsätzlich zur Interpretation der EMRK vorrangig legitimiert.[1654] Sind jedoch die Grenzen der Vertretbarkeit überschritten, ist auch bei EGMR-Entscheidungen eine „normkonforme Auslegung"[1655] möglich.[1656] Voraussetzung ist nach allgemeinen Grundsätzen, dass zwei Lesarten einer Entscheidungsregel in Betracht kommen, von denen eine mit der EMRK vereinbar, eine andere dagegen contra legem ist.[1657]

c) Die Fortbildung der Entscheidungsregel

Auch bei der Rezeption von EGMR-Entscheidungen ist die Ermittlung der Entscheidungsregel von ihrer Fortbildung zu trennen. Manche Widersprüche entstehen erst, weil eine bestimmte Weiterentwicklung der EGMR-Rechtsprechung als deren ursprünglicher Inhalt ausgegeben wird.[1658] Eine Fortbildung der Entscheidungsregel ist grundsätzlich möglich.[1659] Das BVerfG hat das in der *Görgülü*-Entscheidung angedeutet.[1660] Damit bezog es sich zwar auf ein Verfahren unter Beteiligung Deutschlands. Der Ansatz überzeugt aber erst recht, wenn sich eine gemeinte Aussage des EGMR nicht auf einen deutschen Sachverhalt bezieht. Dann besteht ein potenziell größeres Bedürfnis nach (fortbildender) Kontextualisierung.[1661] Eine eigen-

1651 Zur rechtspolitischen Diskussion um das 16. Zusatzprotokoll zur EMRK *Klein/Treppschuh*, KritV 2019, 253, 261 ff.
1652 So auch *Hofmann/Heger*, EuGRZ 2021, 1, 10 in Abgrenzung von Entscheidungen des EuGH; *Ress*, in: FS Mosler, 1983, S. 719, 731.
1653 Vgl. bei → Fn. 721.
1654 *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 245 f.
1655 Vgl. allgemein bei → Fn. 1055.
1656 Vgl. auch *Bryde*, JöR 68 (2020), 201, 209 f.
1657 Vgl. bei → Fn. 1056.
1658 *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417, 437 f.
1659 Vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 2 / Kapitel 20–33, Register, 3. Aufl. 2022, Kap. 32 Rn. 148.
1660 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (324 f.) (Görgülü).
1661 Zu den beiden Ausprägungen der Kontextualisierung vgl. bereits bei → Fn. 276.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständige Fortbildung der Entscheidungsregel durch die deutschen Fachgerichte gibt dem EGMR im Übrigen die Gelegenheit, seine Entscheidungsregeln zu überprüfen und näher auszugestalten, sofern nur die unterlegene Partei eine entsprechende Individualbeschwerde anstrebt.[1662]

Der EGMR hat in seiner neueren Rechtsprechung die Grundsätze seiner Rechtsanwendung näher erläutert. Dabei zeigt sich gegenüber der älteren Rechtsprechung ein derart großer Wandel, dass er auch für den prognostizierenden Rechtsanwender von Interesse ist.[1663] 2009 hatte die Große Kammer des EGMR in der Rechtssache *Demir und Baykara*[1664] die Rechtsanwendungsmethode des EGMR ausführlich dargelegt und zugleich fortentwickelt.[1665] Bei der Konkretisierung der Konventionsvorschriften müssten auch die Grundsätze anderer völkerrechtlicher Vereinbarungen, ihre Auslegung durch die zuständigen Institutionen und die Praxis der europäischen Staaten berücksichtigt werden.[1666] Dabei seien auch einschlägige völkerrechtliche Vereinbarungen anzuwenden, die der beklagte Staat nicht ratifiziert habe. Ausreichend sei, dass diese Erkenntnismittel eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts der Mehrheit der Mitgliedstaaten zeigten, sodass eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften bestehe.[1667] Der EGMR schien mit diesem „ganzheitlichen"[1668] Ansatz den Grundstein für eine umfassende Effektuierung des Völkerrechts

1662 Vgl. *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 129, 218.

1663 Zum Zusammenhang von gelebter Methode und Entscheidungsprognose auch *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 15.

1664 EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn. 85 f. (Demir und Baykara).

1665 *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 271 ff.; *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 49 ff.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 240 ff.; *Stolzenberg*, ILO und EU, 2021, S. 151; *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 99 ff.; *Grabenwarter*, in: FS Marhold, 2020, S. 529, 544.

1666 EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn. 85 (Demir und Baykara).

1667 EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn. 86 (Demir und Baykara).

1668 So *Lörcher*, AuR 2011, 88; ähnlich *Mantouvalou*, Human Rights Law Review 13 (2013), 529: „Integrated Approach to Interpretation".

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu legen.[1669] In der wissenschaftlichen Rezeption konkurrierten die Superlative.[1670] Für die Entscheidungsprognose bedeutete die Methode, dass für jede Auslegungsfrage eine Vielzahl völkerrechtlicher Regelungen und deren Interpretationen durch die Kontrollorgane als Maßstab der Fortbildung hätten dienen können.[1671] Dass auch die Spruchpraxis nicht zur Streitentscheidung legitimierter Kontrollgremien Maßstab der Rechtsanwendung sein sollte,[1672] wurde heftig kritisiert.[1673] Da die Kontrollgremien tendenziell eine ausdehnende Interpretation der jeweiligen Rechtsquelle befürworten,[1674] hätte eine konsequente Integration die Entscheidungsmaßstäbe deutlich verschoben.

Diese methodisch extensive Linie hat der EGMR indes inzwischen relativiert.[1675] In der Rechtssache *The National Union of Rail, Maritime and*

1669 *Lörcher*, AuR 2009, 229, 231.

1670 *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 50: „revolutionär[ ]"; *Ewing/Hendy*, Industrial Law Journal 39 (2010), 2, 47: „epoch-making"; *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 511: „Paradigmenwechsel"; *Lörcher*, AuR 2009, 229: „Meilenstein"; Boecken/Düwell/Diller/Hanau/*Sagan*, NK-GA, 2. Aufl. 2023, EMRK Art. 11 Rn. 1: „Jahrhunderturteil"; polemisch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 329: „Richterputsch".

1671 Kritisch *Di Fabio*, RdA 2012, 262, 265: „Normshopping in der Mehrebenenwelt"; zustimmend *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 283; befürwortend aber *Lörcher*, in: Dorssemont/Lörcher/Schömann, The European Convention on Human Rights and the employment relation, 2013, S. 3, 11 ff.

1672 Gegen eine verbindliche Auslegungskompetenz solcher Gremien *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 171, 181; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 161 f., 195; näher dazu *Nußberger*, in: van Aaken/Motoc, The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 41, 45 ff.

1673 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 119 ff.; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 269 f.; Boecken/Düwell/Diller/Hanau/*Sagan*, NK-GA, 2. Aufl. 2023, EMRK Art. 11 Rn. 18; *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 101, 102; großzügiger dagegen *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 212 f.; *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 155 f.

1674 *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 58; *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 167 f.; *Sädevirta*, EuZA 2016, 445, 449.

1675 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 159 ff.; *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 144; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 261 ff.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 243 f.; *Stolzenberg*, ILO und EU, 2021, S. 156 ff.; *Schlachter*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 1021, 1027; mit abweichender Tendenz dagegen *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes,

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Transport Workers (RMT) knüpfte der EGMR zwar an seine Linie aus *Demir und Baykara* an und stellte fest, dass verschiedene Kontrollgremien den Sympathiestreik bereits für unvereinbar mit anderen völkerrechtlichen Regelwerken gehalten hatten.[1676] Im Anschluss ging er jedoch näher darauf ein, dass die Kontrollgremien einen anderen Blickwinkel hätten. Wo die Kontrollgremien abstrakt über problematische Beschränkungen zu befinden hätten, sei der EGMR darauf beschränkt festzustellen, ob im Ergebnis eine Verletzung der Konventionsrechte bestehe.[1677] Der EGMR referierte die abstrakten Gefahren, konnte jedoch mit Blick auf das Verbot des Sympathiestreiks in Großbritannien keine Verletzung von Art. 11 EMRK feststellen.[1678] Später stellte der EGMR klar, dass der Rückgriff auf die Spruchpraxis der Kontrollgremien gegenüber den klassischen Auslegungsmethoden nur subsidiär zulässig ist.[1679] Diese Relativierung hat die Große Kammer des EGMR[1680] in ihrer Entscheidung zum Streikverbot für deutsche Beamte bestätigt.[1681] Dort heißt es, die Beurteilungen der Kontrollgremien stellten zwar „relevante Elemente" für das Vorliegen eines Verstoßes gegen die EMRK vor, seien aber für sich genommen nicht ausreichend, einen Verstoß zu begründen.[1682] Darin mag man eine weitere Relativierung der früheren methodischen Linie erkennen. Jedenfalls unterstreicht die Große Kammer die bereits vorher erkennbare Abkehr des EGMR von der „ganzheitlichen" Methode aus *Demir und Baykara*.[1683]

Damit ist auch aus Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders die „ganzheitliche" Methode des EGMR etwas eingehegt worden. Zwar hatte sich beim EGMR für die Rezeption der Spruchpraxis der Kontrollgremien

---

2014, S. 215 f.; *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 90, 94 f.

1676 EGMR 8.4.2014 – 31045/10, Rn. 76 (RMT).

1677 EGMR 8.4.2014 – 31045/10, Rn. 98 (RMT).

1678 EGMR 8.4.2014 – 31045/10, Rn. 98 (RMT); *Schlachter*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 1021, 1027 kritisiert, dass der EGMR die wertungsmäßigen Besonderheiten nicht genau herausgearbeitet habe.

1679 EGMR (V. Sektion), 2.10.2014 – 10609/10 Rn. 74 (Matelly); EGMR (V. Sektion), 2.10.2014 – 32191/09 Rn. 59 (ADEFDROMIL); *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 161; *Nußberger*, in: van Aaken/Motoc, The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 41, 55.

1680 Zur größeren Bedeutung von Entscheidungen der Großen Kammer vgl. bei → Fn. 1637.

1681 EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 u.a. Rn. 101, 125 ff. (Humpert).

1682 EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 u.a. Rn. 127 (Humpert).

1683 *Buchholtz*, NVwZ 2024, 229; *Lörcher*, AuR 2024, 234, 237.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bisher noch keine klare Linie herausgebildet.[1684] Im Lichte der neueren Rechtsprechung kann sich der prognostizierende Rechtsanwender aber jedenfalls nicht mehr darauf verlassen, dass der EGMR für jede Beanstandung der Kontrollorgane in der praktischen Anwendung auch einen Konventionsverstoß annehmen wird.[1685] Andere, ähnlich stark kritisierte Elemente seiner Rechtsanwendung sind gleichsam zweifelhaft geworden. So musste der prognostizierende Rechtsanwender bisher davon ausgehen, dass der EGMR bei der Interpretation der EMRK völkerrechtliche Abkommen auch zulasten von Staaten heranzieht, die diese nicht ratifiziert haben.[1686] Die Kritik an der praktischen Handhabung der „wertenden Rechtsvergleichung"[1687] ließ bisher keine Änderungen vermuten. Ob der EGMR diese Linie auch in Anbetracht der neuen Entscheidung der Großen Kammer beibehält, bleibt abzuwarten. Insgesamt macht die Rechtsanwendungsmethode des EGMR es schwierig, zukünftige Entscheidungen richtig zu prognostizieren.[1688]

1684 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 212; *Jacobs/L. Schmidt*, EuZA 2016, 82, 91.

1685 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 135, 218; *Stolzenberg*, ILO und EU, 2021, S. 164; *Lörcher*, AuR 2024, 234, 237; *Schorkopf*, NVwZ 2024, 483, 485; andere Tendenz noch bei *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 27 ff.; *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 286.

1686 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 48; *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 152; kritisch *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 277 ff.; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 267 ff.; *Rothballer*, NZA 2016, 1119, 1121; *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 101.

1687 *Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 76 f.; *Höpfner*, EuZA 2017, 455.

1688 *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 277; zu diesem Zusammenhang auch *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748951193-27 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY