Einleitung und Gang der Untersuchung

I. Einleitung

Methodenlehre ist die Theorie juristischen Entscheidens und Begründens. Glaubt man den klassischen Lehrbüchern, verspricht sie einen Weg, der ständig wachsenden Flut an juristischen Informationen gerecht zu werden. Die Methodenlehre zu beherrschen – so die Verheißung im Jurastudium und in der juristischen Ausbildung – ersetze das stupide Auswendiglernen von Detailwissen.[1] Im Zentrum der tradierten Methodenlehre steht die Auslegung von Gesetzen. Sie wird regelmäßig auf die Auslegungscanones nach *Savigny* gestützt.[2] Damit verbunden sind Fragen nach der Zulässigkeit und den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Derart methodisch gerüstet, glaubt sich der Rechtsanwender bereit, ein beliebiges Rechtsproblem einer treffenden und konsensfähigen Lösung zuzuführen. Versucht er sich daran im Arbeitsrecht, landet er schnell auf dem Boden der Tatsachen: Über weite Strecken begreift die arbeitsrechtliche Praxis auch die höchstgerichtliche[3] Rechtsprechung als Teil der einschlägigen *Regeln*.[4] Entgegen anderslautender Lippenbekenntnisse[5] bilden BAG, BVerfG, EuGH und EGMR regelmäßig erst die Regeln heraus, an denen sich die Praxis orientiert.[6] Die Diskussion über das „Richterrecht" hat im Arbeitsrecht eine besondere Tradition.[7] Das Arbeitskampfrecht ist ein Paradebeispiel für

1 *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19; *Rüthers*, JuS 2011, 865, 865 f.

2 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 212 ff.

3 Als „Höchstgerichte" werden hier die obersten Fachgerichte des Bundes, das BVerfG, der EuGH und der EGMR bezeichnet.

4 Aus der Sicht der Fallbearbeitung *Wank/Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl. 2023, S. 8; *Dauner-Lieb*, in: FS Henssler, 2023, S. 1659, 1660.

5 Beispielhaft BAG 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, AP TzBfG § 14 Nr. 175 Rn. 41.

6 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 3; *Höpfner*, ZFA 2010, 449, 450: „‚Kumulation' von Richterrecht"; zum Arbeitskampfrecht *Dieterich*, in: FS Jaeger, 2011, S. 95 ff.; ähnlich auch schon die scharfe Kritik bei *Ramm*, JZ 1964, 582, 586.

7 Paradigmatisch *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 445: „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal."; dazu *Zöllner*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395 ff.; *Höpfner*, NZA-Beil. 2011, 97.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausschließlich richterliche Regelbildung.[8] Wo alle wesentlichen Wertungen auf Rechtsprechung beruhen, steigt die Gefahr, dass einzelne Entscheidungen überinterpretiert werden.[9] Auch im europäischen Arbeitsrecht ist der praktische Einfluss der Rechtsprechung unübersehbar.[10] Ohne Rückgriff auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung ist es daher heute nicht mehr möglich, die Rechtslage zu beurteilen.[11] Im Grundsatz gilt dieser Befund nicht nur für das Arbeitsrecht, sondern für wachsende Teile des deutschen und europäischen Zivilrechts.[12]

Gleichwohl bestehen im deutschen Recht noch immer „blinde Flecken" im Umgang mit Präjudizien.[13] Lehrbücher zur deutschen Methodenlehre erklären ausführlich die tradierten Auslegungscanones und die Methoden der Rechtsfortbildung. Richterliche Entscheidungsregeln werden jedoch kaum methodisch eingeordnet.[14] In der praktischen Rechtsanwendung gilt es im Gegensatz dazu, mit Rechtsprechung umzugehen.[15] Auf den ersten Blick scheint die Theorie der Praxis hinterherzuhinken. Eine fundierte „Methode der Präjudizieninterpretation" brächte danach Gewinn für die Wissenschaft wie für die Praxis.

8 Statt vieler *Henssler/Höpfner*, in: Grundmann/Riesenhuber, Private law development in context, 2018, S. 21, 27; *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, Rn. 1065 ff.; *Scholz*, DB 1972, 1771, 1772 ff.

9 *Dieterich*, in: FS Herschel, 1982, S. 37, 38 ff.

10 Beispielhaft für das Urlaubsrecht *Münder*, ZFA 2019, 66, 80.

11 Statt vieler *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. 2016, S. 78, 163; siehe auch *Dauner-Lieb*, in: FS Henssler, 2023, S. 1659, 1660.

12 *Auer*, in: E. Schumann, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119, 135 ff.; *Nußberger*, in: Lobinger/Piekenbrock/Stoffels, Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 99. ff.; *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 14.

13 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 112 ff.; *Frese/J. Schumann*, in: dies., Precedents as Rules and Practice, 2021, S. 7, 8; *Peczenik*, in: MacCormick/Summers, Interpreting precedents, 2016, S. 461, 465 ff.; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 ff.; *Bryde*, JöR 68 (2020), 201 ff.; *Henke*, Rechtstheorie 50 (2019), 521 ff.; *Lundmark/S. Herrmann*, NJW 2020, 28 ff.; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 ff.

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

15 *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 2: „das tägliche Brot entscheidender Richter in allen Instanzen."; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429: „spielen […] eine kaum zu überschätzende Rolle."

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung setzt sich zum Ziel, eine solche Methode zu entwerfen. Die Leistungsfähigkeit dieser Methode wird an arbeitsrechtlichen Beispielen aus der Rechtsprechung des BAG, des EuGH und des EGMR überprüft. An sich lässt sich die Methode auf andere Rechtsgebiete übertragen. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass die methodische Perspektive durch spezifisch arbeitsrechtliche Eindrücke geprägt wird.[16] Das Ziel der Untersuchung wird im Folgenden als eine deutsche „Methode der Präjudizieninterpretation" bezeichnet. Gemeint ist damit eine Methode zur Interpretation von Entscheidungen der deutschen Revisionsgerichte, des BVerfG, des EuGH und der EGMR aus der Sicht eines Rechtsanwenders der – je nach seiner Rolle – spezifischen Bindungen des deutschen Rechts unterliegt.[17]

Um einem naheliegenden Missverständnis vorzubeugen: Es wird nicht untersucht, ob Richterrecht eine Rechtsquelle ist. Diese Frage beschäftigt – mit unterschiedlichen Akzenten – die Rechtstheorie und die Rechtssoziologie.[18] Soweit die Rechtsquellenfrage aufgeworfen wird, geht es darum, ihre Bedeutung richtig einzuordnen. Auch die Frage nach einer Bindung an Präjudizien wird nicht untersucht. Sie ist mit der Rechtsquellenfrage verwandt, aber nicht deckungsgleich.[19] Ebenfalls nicht untersucht wird, ob eine bestimmte Erwägung eine Gerichtsentscheidung prozessual trägt. Diese prozessuale Perspektive ist von der methodischen Perspektive zu unterscheiden.

Dabei stehen die Interpretation von Präjudizien und eine etwaige Bindung an Präjudizien auch nicht beziehungslos nebeneinander. Die Interpretation schafft erst die Grundlagen, um die Bindung an eine bestimmte Rechtsprechung im Einzelfall untersuchen zu können. Die Untersuchung hat auch deshalb hohe praktische Relevanz: Erst wenn die einem Präjudiz innewohnende Entscheidungsregel ermittelt ist, lässt sich sinnvoll fragen, welche Rechtsanwender daran gebunden sein können.[20] Um das Verhältnis

16 Zur Diskussion um rechtsgebietsspezifische Methodenlehren vgl. die Beiträge in den Sammelwerken Fabricius/Naendrup/Schwerdtner, Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre, 1980; und Hähnchen, Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020; *Schlachter*, Auslegungsmethoden im Arbeitsrecht, 1987, S. 61 ff.; *Gamillscheg*, in: FS Schmitz, 1967, S. 68 ff.; *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188 ff.

17 Vgl. zu den verschiedenen Perspektiven bei → Fn. 282.

18 Vgl. bei → Fn. 126.

19 Vgl. bei → Fn. 126.

20 Vgl. bei → Fn. 335.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der beiden Gedankenschritte deutlich zu machen, wird die Bindungsfrage in der Methode verortet. Bisherige und zukünftige Überlegungen zur Bindung an die bestehende Rechtsprechung lassen sich dadurch in die entwickelte Methode der Präjudizieninterpretation integrieren.[21]

Der Begriff des „Präjudizes" wird uneinheitlich verwendet:[22] So bezeichnet „Präjudiz" zum einen den Inhalt einer früheren Gerichtsentscheidung, der auf den Prüfungsmaßstab eines späteren Verfahrens einwirken kann.[23] Zum anderen wird die gesamte vorangegangene Gerichtsentscheidung als „Präjudiz" bezeichnet.[24] In dieser Untersuchung bezeichnet „(das) Präjudiz" im letztgenannten Sinn die frühere Gerichtsentscheidung. Der Folgefall, auf den sich das Präjudiz auswirken kann, wird „Anlassfall" genannt. Die potenzielle Auswirkung einer vorangegangenen Entscheidung auf einen späteren Fall wird als „präjudizielle Bedeutung" bezeichnet. Die konkreten Regeln, die einem Präjudiz zugrundeliegen, werden „Entscheidungsregeln" genannt. Entscheidungsregeln sind alle bei der richterlichen Rechtsanwendung gebildeten Regeln auf einer „mittleren Abstraktionshöhe"[25] zwischen Gesetz und Fall. Jedem Präjudiz liegen daher regelmäßig nicht nur eine, sondern etliche Entscheidungsregeln zugrunde. Wenn im Folgenden von „der Entscheidungsregel" die Rede ist, geht es um die Regel, aufgrund der das Präjudiz eine Aussage für den Anlassfall treffen könnte.

Die Untersuchung beschränkt sich nicht auf das „Richterrecht" im traditionellen Begriffsverständnis, also die richterliche Rechtsfortbildung.[26] Gemeint ist vielmehr insgesamt die Präzisierung geschriebener und richterlich aufgestellter Entscheidungsregeln durch die Rechtsprechung.[27] Das schließt

21 Vgl. bei → Fn. 1255 und die Übersicht bei → Kap.2.II.5.

22 Darauf weist auch *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 34 hin.

23 *Badura*, in: Blaurock, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 49, 50; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 46. Dieses Begriffsverständnis deckt sich nicht mit dem überwiegenden Verständnis im angloamerikanischen Recht. Dort denkt man typischerweise an eine Ergebnisbindung, vgl. *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1, 24; *Schauer*, Stanford Law Review 39 (1987), 571, 575 f.

24 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429; implizit auch *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 6 und passim.

25 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 124.

26 Vgl. näher zur Begriffsverwendung bei → Fn. 133.

27 So auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 6 Rn. 235; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 111; *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. II, 3. Aufl. 2020, S. 150; *Bydlinski*, in: FG BGH, Bd. I, 2000, S. 3, 7; ähnlich knüpft *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 3 ff. an Präjudizien (jeder Art) an.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidungsregeln, die sich auf die Auslegung von Gesetzesrecht beziehen, ebenso mit ein wie solche, die auf eine richterliche Rechtsfortbildung zurückgehen. Aus gutem Grund liegt dieses umfassende Verständnis auch den neueren Ansätzen der „richterlichen Rechtserzeugung" zugrunde.[28] Nur dadurch lässt sich die inhaltliche Reichweite bestimmter Entscheidungsregeln zutreffend erfassen.

Anstelle originärer Rechtsinterpretation mit dem methodischen „Handwerkszeug" bedient sich die Rechtspraxis dogmatischer[29] Versatzstücke.[30] Dogmatik wird aus der wissenschaftlichen Rezeption – insbesondere – höchstgerichtlicher Entscheidungen und ihrer Synthese gebildet.[31] Die Rechtsprechung rezipiert ihrerseits vorausgegangene Entscheidungen[32] und die Aufbereitung der Rechtslage durch Gesetzeskommentare.[33] Diese Arbeitsteilung mag nicht dem Methodenideal entsprechen, hat aber Effizienz- und Praktikabilitätsgründe für sich.[34] Dass die Höchstgerichte dabei Entscheidungsregeln bilden, ist im Grundsatz unvermeidbar.[35] Zum Teil wird ihnen sogar ausdrücklich eine Ordnungsfunktion zugewiesen.[36] Indem die

28 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 54 und passim; *Auer*, in: E. Schumann, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119 ff.; *Bumke*, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 ff.

29 Der Begriff der „Dogmatik" ist schillernd und vieldeutig. Siehe dazu bei → Fn. 223.

30 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 504; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 1; *W. Wolf*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis, 2016, S. 75; vgl. auch *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3, 14.

31 *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 124 spricht von einer „Mittlerfunktion" der richterlichen Zwischensätze.

32 Vgl. *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 24; statistische Untersuchung bei *Wagner-Döbler/Philipps*, Rechtstheorie 23 (1992), 228, 233.

33 Vgl. auch *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 115 f.; *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 148; zur Funktion der Kommentare als „Wissensgestalter" *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2016, S. 321 ff.; dazu *Jansen*, JZ 2023, 573, 577.

34 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 504; vgl. *Stürner*, JZ 2012, 10, 12; *Rösler*, ZZP 2013, 295, 327 f.; zur gegenseitigen Abhängigkeit von Rechtsprechung und Wissenschaft *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 43 ff.

35 BVerfG 15.7.1969 – 1 BvR 457/66, BVerfGE 26, 327 (337) mwN; *Leisner-Egensperger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Bd. 1, § 89 Rn. 20; *Ossenbühl*, in: HdBStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 50; *Hillgruber*, in: Oberreuter, Staatslexikon, 8. Aufl. 2020, Bd. 4, „Richterrecht".

36 *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. ff. mwN; *Wichmann*, AuR 1988, 77, 79; vgl. dazu *Kissel*, in: FS Schaub, 1998, S. 373, 382 ff.; *Kissel*, RdA 1999, 53, 57.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Höchstgerichte Leit- und Orientierungssätze formulieren, bestätigen sie, dass sie ihre Entscheidungsregeln auch als Maßstäbe künftiger Entscheidungen verstehen.[37] Die Instanzgerichte sind dagegen stärker auf die Entscheidung einzelner Streitigkeiten ausgerichtet. Instanzgerichtliche Präjudizien als Interpretationsgegenstand werden daher in dieser Untersuchung ausgeklammert.

Zum Teil wird behauptet, Richter deuteten Gerichtsentscheidungen auch ohne gesicherte Methode kraft ihres „impliziten Wissen(s)"[38]. Braucht es dann überhaupt eine Präjudizienmethode? Wie bei jeder juristischen Methode gilt: Solange sich alle Beteiligten auf ein „richtiges" Verständnis einigen können, mag eine spezifische Methode verzichtbar erscheinen.[39] Die Untersuchung zeigt jedoch anhand vieler Beispiele, dass das nicht immer der Fall ist: Bei der Rezeption von Präjudizien entstehen Missverständnisse. Richterliche Entscheidungsregeln werfen – wie Gesetzesnormen – Interpretationszweifel auf. Bisher fehlt es an einer Methode, diese Zweifel rational diskutierbar zu machen. Solange es jedoch keine einheitliche Methode gibt, bleibt die Grenze denkbarer Schlussfolgerungen aus einem bestimmten Präjudiz konturlos.[40]

Dass die juristische Methodenliteratur bisher kaum auf die Bedeutung von Präjudizien eingeht, liegt auch daran, dass oft nicht nach den jeweiligen Adressaten der Methode getrennt wird.[41] Im Umgang mit Präjudizien wird das besonders deutlich. Die überkomplexe Diskussion über die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts ist Ausdruck dieser Perspektivenvermischung.[42] Tradierte Ansätze zur Methodenlehre richten sich an den Richter.[43] Damit tragen Sie den speziellen Bindungen und Freihei-

37 *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 178 f.; *Prütting*, Die Zulassung der Revision, 1977, S. 157; siehe auch *Dieterich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 94.

38 *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257, 270; kritisch zu diesem Ansatz bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 269 f.

39 Vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 2.

40 *Shecaira*, in: Endicott/Kristjánsson/Lewis, Philosophical Foundations of Precedent, 2023, S. 320, 329.

41 Anders zu Recht *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 26 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht Fleischer/Basedow/Zimmermann, Legislators, Judges, and Professors, 2016, passim.

42 Näher bei → Fn. 125.

43 Der Titel des häufig zitierten Werks *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, ist irreführend, da sich sein Inhalt an die rechtsanwendende Praxis

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten dieses Adressaten Rechnung.[44] Zugleich vernachlässigen sie aber die abweichenden Bedürfnisse anderer Rechtsanwendungsperspektiven.[45] Im Umgang mit Urteilen zeigt sich das besonders deutlich.[46] Aus anwaltlicher Sicht sind die Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung nur interessant, sofern sie auch in der Rechtspraxis durchgesetzt werden können.[47]

Angesichts der wachsenden Bedeutung von Künstlicher Intelligenz (KI) in der Rechtsfindung[48] wird diskutiert, ob sich zukünftige Gerichtsentscheidungen durch die KI-basierte Analyse von Präjudizien vorhersagen oder sogar vorbereiten lassen.[49] Dazu müsste eine KI zunächst anhand von „Trainingsdaten" angelernt werden. Die Qualität der KI-Unterstützung hängt maßgeblich von der Qualität dieser Trainingsdaten ab (*garbage in – garbage out*).[50] Jedenfalls ohne vorherige menschliche Aufbereitung weisen Präjudizien als Trainingsdaten strukturelle Probleme auf.[51] Auch wenn es möglich wäre, die Präjudizien als Trainingsdaten hinreichend aufzubereiten, hingen die konkreten Ergebnisse stark von den Personen ab, die die Daten aufbereiten und den Algorithmus anleiten.[52] Diese Aufbereitung im Vorfeld könnte mit Hilfe der entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation möglicherweise rationaler gestaltet werden.[53] Die Ergebnisse der Untersuchung könnten daher auch jenseits der Methodenlehre und des Arbeitsrechts Bedeutung erlangen.

---

richtet, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 644; *Bu*, JZ 2016, 382, 383.

44 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 675.

45 Zur Perspektive der „Praktiker" *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 37 f.

46 *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 1 Rn. 34.

47 Vgl. bei → Fn. 286.

48 Dazu aus verschiedenen Blickwinkeln *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, passim; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.; *Hundertmark/Meller-Hannich*, RDi 2023, 317, 319 f.; *Kuchenbauer*, JZ 2021, 647 ff.

49 Vgl. dazu *J. Schumann*, in: Frese/J. Schumann, Precedents as Rules and Practice, 2021, S. 157 ff.; *Wais*, GVZR 2023, 16 Rz. 1 ff.

50 *Niederée/Nejdl*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, KI und Robotik, 2020, § 2 Rn. 95; dazu auch *Effer-Uhe*, JZ 2023, 833, 835 ff.; zu Kriterien der Datenqualität *Hoeren*, MMR 2016, 8, 11.

51 Näher dazu *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761; *Thöne*, ZZP 2024, 173, 191.

52 *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763.

53 Vgl. zu den Wertungsentscheidungen bei der Aufbereitung *Coupette/Fleckner*, JZ 2018, 379, 383; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763; *Wais*, GVZR 2023, 16 Rz. 2 mit Fn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es geht in dieser Untersuchung nicht um eine Grundsatzkritik am Status quo.[54] Auch wenn man annimmt, die Methode der Rechtspraxis dürfe sich von der der Rechtswissenschaft[55] unterscheiden, muss es methodische Regeln für die Praxis geben.[56] Die Rolle der Gerichte stärker in den Blick zu nehmen, bedeutet insofern auch keine „Verzwergung der Rechtswissenschaft zu bloßer […] Rechtsprechungskunde"[57]. Die abstrakten Regeln, die Gerichte aus Anlass einer Entscheidung aufstellen, erlangen über den Einzelfall hinaus Bedeutung. Sie bilden einen notwendigen Teil der richterlichen Arbeit.[58] Nur diese Form der richterlichen Regelbildung wird hier untersucht. Die Sonderprobleme richterlicher „Gutachten-" und „Anfrageverfahren" bleiben dagegen außen vor.[59]

Solche Entscheidungsregeln unterscheiden sich jedoch von Gesetzesnormen. Sie bedürfen daher einer eigenen Methode, wie im ersten Teil der Untersuchung dargelegt wird.[60] Zur Interpretation eines Präjudizes

---

54 In diese Richtung geht *Rüthers*' Kritik am „oligarchischen Richterstaat": *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 241a, 697.

55 Vertiefend zur vermeintlichen Antithese von Theorie und Praxis aus rechtsgeschichtlicher Perspektive *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2016, S. 282 ff., 342.

56 Zur Methode der Gerichte und deren Vereinbarkeit mit dem wissenschaftlichen Ideal: *Hassemer*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 37 ff.; *Rubel*, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 91; weiterführend zum Ganzen *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl. 2022, passim.

57 Kritisch gegen diese Tendenz *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. V f.; zustimmend *Riesenhuber*, IWRZ 2018, 243, 245; ähnlich *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 110; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/*Rebhahn,* Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 24.

58 *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 129 ff.; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 235; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 458, 465 ff.; *Kirchhof*, in: HdBStR V, 3. Aufl. 2007, V, § 99 Rn. 238; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 320 ff.; *Schauer*, Stanford Law Review 47 (1995), 633, 635 weist richtig darauf hin, dass jede Begründung zugleich eine Abstraktion bedeutet; so auch *Voßkuhle*, in: FS Kirchhof, 2013, § 86 Rn. 7; stellvertretend für die Gegenauffassung *Lamond*, Legal Theory 11 (2005), 1 ff.; sowie kritisch zur „Rechtsunterstellung" durch Gerichte *F. Vogel/Pötters/Christensen*, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht, 2015, S. 172 ff.

59 Näher dazu *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 73 ff.; *Jacobi*, in: FS Apelt, 1958, S. 203, 205 ff.; *Kalin*, ZVglRWiss 183 (2019), 40, 65 ff.; *Grünhut*, in: Roellecke, Zur Problematik der Höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, S. 143 ff.; monographisch *Wildhaber*, Advisory Opinions, 1962.

60 Grundlegend bereits *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 75; *Michl*, EuR 2018, 456, 476; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bietet sich ein „Stufenmodell" an. Dieses kann nach der Vertretbarkeit des Präjudizes, der Ermittlung der Entscheidungsregel und der Fortbildung der Entscheidungsregel unterscheiden. Kleine Beispiele dienen dabei zur Verdeutlichung der einzelnen Elemente. Zwar lassen sich allgemeine Strukturen einer deutschen Präjudizienmethode herausarbeiten. Präjudizien von BVerfG, EuGH und EGMR weisen jedoch jeweils strukturelle Besonderheiten auf. Sie werden untersucht und – soweit möglich – typisiert. Auch dabei werden einzelne Beispiele herangezogen (Kap.1.I. – Kap.1.III.).

Dann wird das gesamte Stufenmodell im Zusammenhang auf arbeitsrechtliche Beispiele angewandt. Untersucht wird, weil diesen Gerichten im Arbeitsrecht die größte Bedeutung zukommt, je ein Beispiel aus der Rechtsprechung des BAG, des EuGH und des EGMR. Dabei wird jeweils nach der Perspektive des Rechtsanwenders im Anlassfall unterschieden (Kap.2.I – Kap.2.III.).

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und einem Ausblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen (Schlussbetrachtung).

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748951193-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY