

Lorenz Kähler

Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung

2. überarbeitete Auflage

2011



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Robert Alexy und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 36

Hierarchisierung der Gerichte verhindern diese Pflichten, dass es zu einer Vielzahl wechselnder Rechtsprechungsänderungen kommt. Das für die Dispositionen Einzelner unerlässliche Mindestmaß an Kontinuität wird damit gewahrt.

Zusammenfassung

Rechtsprechungsänderungen treten in vielfacher Form auf. Als erstmalige Abweichungen von rechtskräftigen Entscheidungen können sie gleichzeitig eine Innovation, eine Divergenz, eine Fehlentscheidung und einen Rechtsprechungswandel darstellen. Um eine Entscheidung als Rechtsprechungsänderung einzuordnen, bedarf es oft einer ausführlichen Interpretation. Dabei sind die impliziten Änderungen mittels des allgemeinen positiven und allgemeinen negativen Satzes festzustellen. Durch sie lässt sich prüfen, ob ein Gericht in späteren Entscheidungen die Rechtsprechung stillschweigend geändert hat (A.I–II).

Änderungen ergeben sich nicht nur in den angewandten Entscheidungsregeln, sondern auch in den für sie angeführten Gründen und im Entscheidungsstil. Gewandelte Gründe ohne Normqualität können ganze Entwicklungstendenzen prägen. Neben ausdrücklichen und stillschweigenden Rechtsprechungsänderungen kommt es zu den Sonderformen der verdeckten und dahingestellten Änderung. Bei der Änderung der Entscheidungsregeln sind Negation, Modifikation, Substitution und Kontradiktion zu unterscheiden. Je nach Einfluss einer Änderung auf die Begründung und das Ergebnis der aktuellen sowie bisherigen Entscheidung ergeben sich jeweils vier Arten der Norm- und Ergebnisrelevanz. Denn die Frage, ob eine Annahme für die Begründung einer Entscheidung notwendig war, ist streng von der Frage zu unterscheiden, ob ihre Aufgabe im Ausgangs- oder Änderungsfall zu einem anderen Ergebnis führen würde. Kommt die ursprüngliche Ansicht im Änderungsfall zu einem anderen Ergebnis, folgt daraus nicht, dass auch die Anwendung der geänderten Ansicht auf den Ausgangsfall dessen Ergebnis ändern würde. Ankündigungen von Rechtsprechungsänderungen sind sowohl außerhalb als auch innerhalb eines Gerichtsverfahrens möglich. Dabei verwenden die Gerichte vielfältige Formen, um eine künftige Änderung zu verdeutlichen. Neben Bemerkungen in einem obiter dictum bedienen sie sich der Änderung in norm-, aber nicht ergebnisrelevanten Aussagen sowie der Figur eines dynamischen Gewohnheits- bzw. Verfassungsrechts (A.III).

Die Begründung, warum ein Gericht einer Ansicht nicht mehr folgt, lässt erkennen, auf welchen traditionsunabhängigen Gründen die Entscheidungsregeln beruhen. Änderungen aufgrund einer anderen Erkenntnis des Rechts stützen sich auf den Wandel von Gesetzen, normrelevanten Tatsachen oder Anschauungen und stellen die Korrektheit der Ausgangsentscheidung für deren damalige Situation nicht in Frage. Demgegenüber enthalten Änderungen aufgrund einer besseren Erkenntnis des Rechts die implizite Aussage, dass die neue Ansicht von An-

fang an hätte praktiziert werden sollen. Dies ist unter anderem bei veränderten situationsunabhängigen dogmatischen und rechtsethischen Überzeugungen der Fall (A.IV).

Um die tatsächlich auftretenden Rechtsprechungsänderungen verallgemeinerbar zu charakterisieren, war eine Vielzahl von Rechtsprechungsänderungen quantitativ und qualitativ zu analysieren. Die quantitative Analyse ergibt 199 ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts zwischen 1995 und 2001. Diese durchschnittlich 28 Änderungen pro Jahr stellen weniger als 2 % der veröffentlichten Entscheidungen dar. Der Vergleich der einzelnen Gerichte zeigt, dass das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung sehr viel seltener ausdrücklich ändert als der Bundesgerichtshof, während sich die Änderungsquote des Bundesverwaltungsgerichts zwischen diesen Extremen bewegt. Aus der Häufigkeit der ausdrücklichen Änderungen lässt sich angesichts der nicht erfassten impliziten Änderungen kein Rückschluss auf die Stabilität der Rechtsprechung ziehen. Jedoch zeigt sich an der Änderungsquote des Bundesverfassungsgerichts das Phänomen einer änderungsfesten Einzelfallrechtsprechung, wonach Änderungen vorwiegend innerhalb einer konstanten Rahmenbegrifflichkeit auftreten. Aufgrund der Interpretationsspielräume fallen sie kaum auf (B.II.1).

Ein Großteil der ausdrücklichen Änderungen gibt bisherige Ansichten vollständig auf und verweist auf eine bessere Erkenntnis des Rechts. Es dominiert damit keinesfalls die Begründung, man müsse die Rechtsprechung an die wirtschaftlichen, sozialen oder technischen Veränderungen anpassen. Auffallend sind die häufigen Verweise auf die bisherige Rechtsprechung. Sie legen nahe, dass Änderungen vorbereitet werden und die Rechtsprechung zumindest in einigen Fragen einander widersprechende Gesichtspunkte aufweist. Umso stärker erstaunt, dass die bei einer Änderung gegebenen Rechtfertigungen überwiegend im Gleichklang stehen, d.h. kaum unwiderlegte für die bisherige Ansicht sprechende Gründe enthalten. Bei der Zitation der Literatur zeigen sich auffällige Unterschiede innerhalb der Gerichtsbarkeiten. Am stärksten verweist der Bundesgerichtshof auf rechtswissenschaftliche Arbeiten. Die häufig zitierte Ansicht des Großen Senats für Zivilsachen,¹ Rechtsprechungsänderungen dürften nur aus besonderen, zwingenden Gründen erfolgen, wird asymmetrisch gebraucht. Die Gerichte verwenden sie fast ausschließlich, um Änderungen abzulehnen, erwähnen sie aber kaum, wenn sie die Rechtsprechung ändern. Die Häufigkeit der Aufgabe einer Entscheidung nimmt mit ihrem Alter ab. 50 % der Ausgangsentscheidungen sind maximal 9 Jahre alt. Ein Großteil der Änderungen weicht von

1 BGHZ 85, 64, 66.

den instanzgerichtlichen Entscheidungen ab und unterscheidet sich damit von der Gesamtheit aller höchstrichterlichen Entscheidungen. Die Ausgangsentscheidungen stammen überwiegend vom Änderungssenat. Die obersten Gerichte markieren weniger als die Hälfte der ausdrücklichen Änderungen im Leitsatz (B.II.2–9).

In der qualitativen Analyse von Rechtsprechungsänderungen fallen zunächst die Strategien zur Vermeidung einer ausdrücklichen Änderung auf. Dazu gehören die Unterscheidung des aktuellen Falls vom vorherigen, dessen harmonisierende Interpretation und die Verwendung wechselnder Änderungskriterien. Zu den Ursachen stillschweigender Änderungen zählen die fehlende Kohärenzprüfung, der unterschiedliche Gebrauch von Begriffen, die Fixierung auf Leitentscheidungen, die Verwendung konkurrierender Kriterien sowie die fehlende Dogmatisierung der Entscheidungsregeln. Nach einer Änderung kommt es bisweilen zu einem Wandel der Begründung, bei der die zugrunde gelegten Entscheidungsregeln konstant bleiben. Das zeigt, wie wichtig neben der Erfassung der ausdrücklichen Ansichten die Analyse der mit ihnen erzielten Ergebnisse ist. Das praktizierte Rechtssystem lässt sich daher nicht vollständig erfassen, wenn man allein auf die ausdrücklich formulierten Rechtsansichten blickt (B.I–II).

Rechtsprechungsänderungen können auf die künftige Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts zurückwirken, indem die Gerichte nach einer Änderung Tatsachen in den Sachverhalt aufnehmen, die bis dahin keine Rolle gespielt hatten. Unterbleibt eine Änderung, weil man eine dogmatische Aussage wegen ihres symbolischen Wertes nicht antastet, tritt bisweilen eine funktionsgleiche Änderung über den Wandel der Beweisregeln auf. Betrachtet man das Selbstverständnis höchstrichterlicher Entscheidungen, so finden sich wiederkehrende und einander widersprechende Positionen zu ihrem Status, wobei jede von ihnen auf eine lange Tradition zurückblicken kann. Pauschale Aussagen, dass deutsche Gerichte traditionell eine Präjudizienbindung ablehnen, vermitteln daher ein verzerrtes Bild (B.III). Die quantitative wie qualitative Auswertung zeigt, dass es wiederkehrende Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung gibt.

Vergleicht man die amerikanische und deutsche Rechtsprechung, so fällt auf, dass der Begriff „*overruling*“ nur einen Teil der Rechtsprechungsänderungen erfasst. Dies hängt mit dem Grundsatz der Präjudizienbindung zusammen, der eine Rekonstruktion der bisherigen Entscheidungen nicht ausschließt. Zudem existiert eine Vielzahl oft weit auslegbarer Ausnahmen, die eine Präjudizienaufgabe ermöglichen, sobald die obersten Richter überwiegende traditionsunabhängige Gründe für eine Änderung anerkennen. Dennoch lässt sich nicht annehmen, dass die Präjudizienbindung in der amerikanischen Rechtsprechung keinerlei Wirkung hat. Denn die Richter machen von dem ihnen eingeräumten Ermessen zur Präjudizienaufgabe trotz mangelnder dogmatischer Hindernisse nur selten Gebrauch. Auch im Vergleich zur deutschen Rechtsprechung fällt die geringere

Häufigkeit ausdrücklicher Änderungen auf. Diese lässt sich kaum mit den Umgehungstechniken wie der Unterscheidung des aktuellen vom vorherigen Fall erklären, da diese in Deutschland mindestens ebenso häufig zur Anwendung kommen. Die unterschiedlichen Änderungszahlen hängen eher mit der geringeren Zahl der obersten Richter, der unterschiedlichen Funktionsaufteilung in der Gerichtshierarchie und den verschiedenen Begründungsstilen zusammen. Ähnlich wie beim Vergleich zum Bundesverfassungsgericht lässt sich daher ein direkter Zusammenhang zwischen der Dogmatisierung der Entscheidungsregeln und der Häufigkeit ausdrücklicher Änderungen vermuten. Je stärker die Gründe abstrakt-generell formuliert sind, desto eher fallen Abweichungen auf und desto problematischer ist angesichts der leichter erkennbaren Auswirkungen eine Präjudizienbindung. Diese erschwert aufgrund der Vermischung traditionsabhängiger und traditionsunabhängiger Gründe eine Dogmatisierung. Präjudizienbindung und Dogmatisierung sind unterschiedliche Möglichkeiten, um die Stabilität des Rechtssystems zu befördern, und insofern funktionell äquivalent (C).

Fragt man nach den rechtlichen Anforderungen an Rechtsprechungsänderungen, so ist es wichtig, Klarheit über den Begriff einer Bindung an bisherige Entscheidungen zu gewinnen. Gerichte und Rechtswissenschaftler lehnen zwar bisweilen eine Präjudizienbindung einschränkungslos ab, fordern aber dennoch besondere Gründe für eine Änderung oder geben höchstrichterlichen Entscheidungen auf andere Weise eine erhöhte Autorität. Zu unterscheiden ist zwischen einer formellen und einer materiellen Bindung. Die erste besteht, wenn für die Zuständigkeit zur Änderung und die Art ihrer Begründung besondere Voraussetzungen gelten. Eine materielle Bindung liegt hingegen vor, wenn das Änderungsgericht die Tradition als selbständigen Grund dafür anführen kann, weiterhin eine bestimmte Ansicht zu vertreten. Dann ist für eine Änderung entweder eine besondere Art von Gründen oder eine Erhöhung ihres Gewichts erforderlich. Relevant ist die materielle Bindung nur, wenn es mindestens eine Konstellation gibt, in der man im Ergebnis allein aufgrund der Tradition anders entscheidet. In diesem Sinne setzt die Präjudizienbindung die Bereitschaft voraus, eine falsche Entscheidung fortzuführen (D.I).

Eine begrenzte formelle Bindung ergibt sich im geltenden Recht aus den Vorlage- und Begründungspflichten. Ein Anfrage- und Vorlageverfahren vor den Großen Senat nach § 132 GVG ist nur erforderlich, wenn eine beabsichtigte Änderung doppelt norm- und ergebnisrelevant ist. Die alte wie die neue Ansicht müssen für die Begründung der angewandten Entscheidungsregel notwendig sein (Normrelevanz) und die Anwendung der alten Ansicht auf den aktuellen Fall muss ebenso zu einem anderen Ergebnis führen wie die Anwendung der neuen Auffassung auf den ursprünglichen Fall (Ergebnisrelevanz). Eine weiter gehende formelle Bindung ergibt sich nicht aus einer präsumtiven oder subsidiären Ver-

bindlichkeit der Rechtsprechung, sofern sie über die Pflicht zur Auseinandersetzung mit den bisherigen Entscheidungen hinausgeht. Denn eine derartige Bindung ist entweder für die Entscheidung irrelevant oder aber verstößt gegen das geltende Recht (D.II.2–3). Für eine materielle Bindung gibt es weder rechtlich noch rechtsethisch überzeugende Gründe. Die unbezweifelbaren Schwierigkeiten bei einer Änderung sind bei einer materiellen Bindung nur durch mindestens ebenso große Probleme kompensierbar. Aus der Aufgabe des Deduktionsideals folgt nichts für die Verbindlichkeit in künftigen Fällen. Gegen eine Bindung sprechen unter anderem der Kompromisscharakter höchstrichterlicher Entscheidungen, die Möglichkeiten von Fehlentscheidungen, die Notwendigkeit zur Dogmatisierung der Entscheidungsregeln sowie die Klarheit des Änderungsrechts (D.III–IV).

Art. 3 I GG gebietet, Regeln so zu fassen, dass ihre einheitliche Anwendung möglich ist. Die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln müssen daher gleichheitstauglich sein und damit eine einheitliche Anwendung in künftigen Fällen ermöglichen. Daher hat der Richter Rücksicht darauf zu nehmen, dass weitere Richter mit anderen rechtlichen, politischen und moralischen Überzeugungen über ähnliche Fälle entscheiden werden. Maßgeblich ist dabei die Regel, deren Anwendung ein Richter von allen Richtern verlangen darf. Aus diesem Grund muss er sich trotz einer fehlenden materiellen Bindung mit der bisherigen Rechtsprechung auseinandersetzen, den etwaigen Änderungscharakter einer Entscheidung offen legen sowie die nunmehr angenommenen Entscheidungsregeln in das bisherige dogmatische System einordnen. Die materiellen Konsequenzen der Kooperationspflicht hängen des Weiteren davon ab, ob ein Richter davon ausgehen darf, dass alle anderen Richter seine Entscheidung zur Kenntnis nehmen, und auf welche gemeinsamen Kenntnisse sowie dogmatischen Vorstellungen er zurückgreifen kann. Das kann dazu führen, dass er von gemeinsamen Orientierungsgrößen wie etwa Schmerzensgeldtabellen weniger stark abweicht, als er dies ohne Rücksicht auf die Auffassungen anderer für sinnvoll hielte.

Der von Esser und Larenz geprägte Formulierung, Präjudizien seien Rechtskenntnisquellen,² lässt sich daher zustimmen. Jedoch ist zu betonen, dass sie nicht nur wie etwa rechtswissenschaftliche Werke eine Quelle für die Gewinnung von Argumenten sind, sondern ebenfalls erkennen lassen, an welchen Ansichten sich der Rechtsverkehr und die anderen Gerichte orientieren, so dass sie Rückschlüsse auf die mögliche Kooperation künftiger Entscheidungen zulassen.

2 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 432; ders., FS Schima, 247, 262; Esser, FS F.v.Hippel, 95, 114; Begriff bereits bei: Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 436.

Ihnen kommt neben der Informations- eine Orientierungsfunktion zu, die man als Information höherer Ordnung begreifen kann. Bei dieser Pflicht zur Kooperation gerichtlichen Entscheidens geht es im Unterschied zur Prognose, wie jeder andere Richter den Fall tatsächlich entschiede, nicht um die Anpassung an die jeweils herrschende oder höchstrichterlich vertretene Auffassung. Ist nachweisbar, dass für eine andere Ansicht überzeugendere Argumente sprechen, kann man von jedem Richter die Änderung der Rechtsprechung verlangen, ohne besondere, zwingende oder andere Gründe nachweisen zu müssen, die sich von den sonst akzeptierten Begründungen unterscheiden. Unverzichtbar ist allerdings, dass sich der Richter bei seiner Entscheidung weder eine Illusion darüber macht, welche Interpretationsspielräume ihm der Gesetzgeber gelassen hat, noch meint, er könne diese so auffüllen, wie er selbst als Gesetzgeber handeln würde. Denn die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist bedroht, wenn der Richter keine Rücksicht auf künftige Entscheidungen anderer Richter nimmt (D.V).

Bisweilen hat man den Verzicht auf eine materielle Bindung porträtiert als einen der Rechtspraxis fremden und geschichtsblinden Umgang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Analyse einer Vielzahl von Entscheidungen und der rechtlichen Folgen einer solchen Bindung vermittelt ein anderes Bild: Gerade der konsequente Verzicht auf eine materielle Bindung verhindert die Vermengung der Fragen, was die Gerichte bisher entschieden haben, hätten entscheiden können und entscheiden sollen. Er ermöglicht eine realistischere Wahrnehmung der Rechtsprechung mit all ihren Schwankungen und Änderungsstrategien, da man nicht mehr auf die Fiktion angewiesen ist, dass die Tradition mit einer Stimme für eine bestimmte Position spricht. Für die Begründung einer Ansicht hat es dann keine negativen Folgen, wenn man Unterschiede zwischen dem, was Gerichte sagen, und dem, wie sie im Ergebnis entscheiden, aufdeckt oder darauf hinweist, dass sich trotz einiger für die eigene Position sprechender Entscheidungen auch einige entgegenstehende höchstrichterliche Formulierungen finden. Zudem erleichtert der Verzicht auf eine materielle Bindung eine ungeübte Diskussion traditionsunabhängiger Gründe. Denn der Streit um die besten Argumente ist dann weder sachlich durch die Pflicht erschwert, eine Ansicht auf die unüberschaubare Zahl bisheriger höchstrichterlicher Entscheidungen zu stützen, noch personell auf wenige Richter in den obersten staatlichen Gerichten begrenzt. Zwar können Anwälte die Chancen für ihre Mandanten erhöhen, wenn sie den Einklang ihrer Argumentation mit der bisherigen Rechtsprechung behaupten. Die Unabhängigkeit der Richter und die Freiheit der Wissenschaft sollten aber verhindern, dass man die Strategien im „Kampf ums Recht“ mit den Gründen vertauscht, die das Recht normativ tragen. Den Parteien, Richtern und Anwälten darf nicht die Möglichkeit genommen werden, sich mit besseren Argumenten durchzusetzen. Die Analyse der Änderungen mit ihrer oft verschlun-

genen Aufgabe einst eindeutiger und gefestigter Positionen kann sie dabei bestärken. Denn nimmt man die Vielfalt, den Reichtum und die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung ernst, muss man sich mit ihr auseinandersetzen und kann letztlich dennoch nur auf traditionsunabhängige Argumente vertrauen.