

ARBEITEN ZUR RECHTSVERGLEICHUNG

Schriftenreihe der Gesellschaft zur Rechtsvergleichung

ISSN 0066-5703

Begründet von Hans Dölle

Herausgegeben von Ernst von Caemmerer und Hans-Heinrich Jescheck

123

Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht

Referate des 5. deutsch-französischen Juristentreffens
in Lübeck vom 13. - 16. Juni 1984

Herausgegeben von Uwe Blaurock

mit Beiträgen von
Wolfgang Fikentscher
Jean Bel
Peter Badura
Georges Vedel
Peter Hünerfeld
Claude Zambeaux

und Berichten über die Diskussion

1985

ALFRED METZNER VERLAG
FRANKFURT AM MAIN

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers	5
Teilnehmerverzeichnis	9
<i>Wolfgang Fikentscher</i>	
Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht	11
<i>Jean Bel</i>	
Le Précédent Judiciaire en Droit Privé	25
<i>Christian Autexier</i>	
Bericht über die Diskussion zu den Referaten von Fikentscher und Bel.....	45
<i>Peter Badura</i>	
Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht	49
<i>Georges Vedel</i>	
Le Précédent Judiciaire en Droit Public	75
<i>Michel Fromont</i>	
Bericht über die Diskussion zu den Referaten von Badura und Vedel.....	101
<i>Peter Hünerfeld</i>	
Die Bedeutung von Präjudizien im Strafrecht	105
<i>Claude Zambeaux</i>	
Le Précédent Judiciaire en Droit Pénal	129
<i>Christian Autexier</i>	
Bericht über die Diskussion zu den Referaten von Hünerfeld und Zambeaux .	149

Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht

von **Dr. Peter Badura**

ordentlicher Professor in der Ludwig-Maximilians-Universität, München

Inhalt

- A. Die Aufgabe der Rechtsprechung
 - 1. Rechtsbildung durch Präjudizien
 - 2. Rechtskraft und Präjudizien
 - 3. Gesetzgebung und Rechtsprechung
 - 4. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht
 - 5. „Richterrecht“ und „Juristenrecht“
 - 6. Die richterliche Aufgabe der Rechtsfortbildung
- B. Die Bedeutung präjudizieller Rechtsauffassungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
 - 7. Die Rechtsschutzaufgabe der Verwaltungsgerichte
 - 8. Präjudizielle Rechtsbildung I:
Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts
 - 9. Präjudizielle Rechtsbildung II:
Grundsätze der raumbezogenen Planung
- C. Die Bedeutung präjudizieller Rechtsauffassungen in der Verfassungsgerichtsbarkeit
 - 10. Die Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts
 - 11. Das Bundesverfassungsgericht als Gericht und „Verfassungsorgan“
 - 12. Rechtskraft und präjudizielle Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen
 - 13. Präjudizielle Rechtsbildung I:
Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsfreiheiten
 - 14. Präjudizielle Rechtsbildung II:
Die Frage des Verfassungswandels

A. Die Aufgabe der Rechtsprechung

1. Rechtsbildung durch Präjudizien

Die Präjudizien sind im öffentlichen Recht, wie in der Rechtsordnung überhaupt, der Anteil des Richters und der Rechtsprechung an der Rechtsbildung, das heißt an der Entstehung und inhaltlichen Änderung von Rechtsregeln, der Formulierung von Rechtsfragen und der Entwicklung von Rechtsauffassungen. Es gibt hier wie überall, wo die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten und damit

die Rechtsfindung unabhängigen Richtern in einem gerichtsförmigen Verfahren anvertraut ist, eine Rechtsbildung durch Präjudizien. Welche Bedeutung sie hat, hängt in erster Linie davon ab, wie die Aufgabe der Rechtsprechung im Verhältnis zur Gesetzgebung abgegrenzt wird. Für die Präjudizien im öffentlichen Recht führen das richterliche Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz und die besondere Stellung und Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit über diese allgemeine Fragestellung hinaus. Die Präjudizien des Verfassungsrichters sind ein Element der normativen Kraft der Verfassung und vor allem ein Element der rechtlichen Grenzen, die der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gesetzt sind.

Was sind Präjudizien? Was ist gemeint, wenn von „Rechtsbildung durch Präjudizien“ oder von „Richterrecht“ gesprochen wird? Die grundsätzlichen Fragen der Rechtstheorie und der juristischen Methodenlehre, wie sie in neuerer Zeit von Larenz, Esser, Fikentscher und Bydlinski formuliert und durchdacht worden sind¹, werden hier, wo über die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht zu berichten ist, nicht selbständig aufgegriffen und geprüft werden können. Die große Vielfalt der Worte, Begriffe und Meinungen zwingt jedoch auch eine Betrachtung der spezielleren Probleme der richterlichen Rechtsbildung im Verwaltungs- und Verfassungsrecht dazu, anzugeben, welche allgemeinen und methodischen Vorstellungen zugrunde gelegt werden.

Präjudizien sind in einem Richterspruch zur Entscheidungsfindung herangezogene Rechtsauffassungen, die nicht nur zur Beurteilung des Einzelfalles dienen und die deshalb geeignet sind, für die Entscheidung in künftigen Streitfällen einen Maßstab zu bilden. Präjudizien sind in Präzedenzfällen durch den erkennenden Richter gefundene und verallgemeinerungsfähige Rechtsauffassungen. Da die Rechtsbildung durch Präjudizien keine Erzeugung von Gewohnheitsrecht ist, ist der präjudizielle Charakter einer Rechtsauffassung unabhängig davon, ob sie in einer einzigen Entscheidung entwickelt oder durch einen längeren Gerichtsgebrauch bekräftigt ist. Der Richterspruch entscheidet einen konkreten Fall und für diesen Einzelfall – und nur für ihn – schafft er Recht. Die Anwendung der abstrakten Norm auf den konkreten Streitfall, die „Konkretisierung“ oder „Verwirklichung“ des objektiven Rechts, schließt notwendig die gestaltende Bildung „richterlicher Ergänzungssätze“ ein, die als präjudizielle Rechtsauffassungen über den Einzelfall hinausweisen, dennoch aber – soweit nicht besonders angeordnet – keine selbständige Bindungswirkung haben².

1 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983; J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., 1964; ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung, 1972; W. Fikentscher, Methoden des Rechts, Band IV, 1977; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982.

2 H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Aufl., 1952, S. 22 f. – Hierzu und zum folgenden P. Badura, Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsver-

2. Rechtskraft und Präjudizien

Aufgrund der Bestimmungen des Prozeßrechts kann klar unterschieden werden zwischen der (materiellen) Rechtskraft als der charakteristischen Maßgeblichkeit einer unanfechtbaren gerichtlichen Entscheidung und der präjudiziellen Wirkung von Rechtsauffassungen, auf die eine gerichtliche Entscheidung gestützt ist. Rechtskräftige Urteile binden die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger soweit, als über den Streitgegenstand entschieden worden ist (§ 121 VwGO). In Normenkontrollsachen wirkt die Rechtskraft der Entscheidung je nach der gesetzlichen Regelung entweder stets – also auch bei Bestätigung der angegriffenen Norm – (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) oder im Falle der Ungültigkeitserklärung der Norm (§ 47 Abs. 6 VwGO) gegen jedermann; sie ist, wie das Gesetz sagt, „allgemein verbindlich“ oder hat „Gesetzeskraft“.

Sinn der Rechtskraft ist es, die Wiederholung desselben Streites zwischen denselben Parteien und widersprechende Entscheidungen in derselben Streitsache zu verhindern³. Funktion der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen ist es, durch die Maßgeblichkeit und Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Entscheidung über den Streitgegenstand für die Beteiligten und die Bindung der öffentlichen Gewalt an die Entscheidung die Rechtslage verbindlich zu klären und damit dem Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten zu dienen, ihnen insbes. zu ermöglichen, ihr Verhalten gemäß dieser Rechtslage einzurichten⁴.

Die präjudizielle Wirkung einer Gerichtsentscheidung knüpft nicht an die Rechtskraft erwachsene Entscheidung des konkreten Einzelfalles an, sondern an die dieser Entscheidung vorausliegenden Rechtsfragen und die hierzu niedergelegten Rechtsauffassungen, die in der Regel aus einer Auslegung des einschlägigen Gesetzes hervorgehen. Die der Rechtskraft eigentümliche Maßgeblichkeit, die jede Frage nach der „Richtigkeit“ der rechtskräftigen Entscheidung abschneidet, kommt präjudiziellen Rechtsauffassungen nicht zu, es sei denn, daß das Prozeßrecht eine Bindungswirkung für Präjudizien bestimmt. Zweifel an der „Richtigkeit“ eines Präjudizes und auch eines präjudiziellen Gerichtsgebrauchs verpflichten den erkennenden Richter, sich ein eigenes Urteil zu bilden⁵. Ob ein Präjudiz Gerichte in künftigen Streitfällen bindet, folgt nicht aus dem präjudiziellen Charakter einer Rechtsauffassung, sondern aus den für die Gerichte maßgeblichen Entscheidungsregeln. Ordnen diese eine Bindungswirkung an, kommen als rechtlich bindende Präjudizien nur solche präjudizielle Rechtsauffassungen in Be-

bandes, Bd. X, 1973, S. 40; ders., Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Festschrift für Ludwig Fröhler, 1980, S. 321.

3 B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 404; K. Redeker/H.J. von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1981, § 121, RNr. 5.

4 BVerfGE 47, 146/161.

5 K. Larenz, Methodenlehre, S. 412 ff.

tracht, die zu den tragenden Entscheidungsgründen gehören; denn durch diese Eigenschaft verfügen sie über eine spezifische Richtigkeitsgewähr.

Eine Bindungswirkung präjudizieller Rechtsauffassungen ist dem deutschen Verwaltungsprozeßrecht wie auch dem sonstigen Prozeßrecht unbekannt. Eine Ausnahme macht das Verfassungsprozeßrecht. In einem abgeschwächten Sinn kann eine Bindungswirkung von Präjudizien in den Fallgruppen angenommen werden, wo die Revision bei Abweichung von einer höchstrichterlichen Entscheidung eröffnet ist (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) und wo ein Spruchkörper des Revisionsgerichts den Großen Senat des Gerichts anrufen muß, wenn er in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will (§ 11 Abs. 3 VwGO). Hierzu gehört auch die Einrichtung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, der anzurufen ist, wenn ein oberster Gerichtshof, z.B. das Bundesverwaltungsgericht, in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofes, z.B. des Bundesgerichtshofes, oder des Gemeinsamen Senats abweichen will⁶. In diesen Fallgruppen löst das Vorhandensein höchstrichterlicher Präjudizien ein besonderes Gerichtsverfahren aus, durch das sowohl die Einheitlichkeit des Rechts gesichert als auch eine geordnete Fortbildung des Rechts durch Präjudizien ermöglicht wird.

Abgesehen von diesen Rechtsvorschriften können im deutschen Recht Präjudizien nur in Anspruch nehmen, zu einer gewissen und durchaus wünschenswerten Berechenbarkeit der Rechtsprechung und Kontinuität beizutragen, soweit ihre Überzeugungskraft und „Richtigkeit“ reicht. Eine darüber hinausgehende selbständige Bindungskraft können sie auch nicht durch hierfür gelegentlich genannte rechtsstaatliche Grundsätze, wie den Gleichheitssatz oder das Vertrauensschutzprinzip, erlangen⁷. Die von präjudiziellen Rechtsauffassungen oder selbst von einem Gerichtsgebrauch abweichende Entscheidung eines Gerichts würde von der höheren Instanz wegen des sachlichen Rechtsfehlers aufgehoben werden, nicht wegen Verstoßes gegen rechtsstaatliche Grundsätze. Nur wenn in der Abweichung ein zusätzliches Element der Willkür läge, könnte außerdem eine Verletzung des Gleichheitssatzes in Betracht kommen.

Die Rechtsbildung durch Präjudizien wird somit in Deutschland zwar in gewissem Umfang, besonders im Verfassungsrecht und im Revisionsrecht, durch gesetzliche Vorschriften geordnet, kann aber nicht durch diese Vorschriften erklärt

6 Art. 95 Abs. 3 GG, Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 16. Juni 1968 (BGBl. I S. 661).

7 K. Larenz, Methodenlehre, S. 137 ff., 412 ff.; W. Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation - Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Staat 13, 1974, S. 335/341; H. Coing, Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, JuS 1975, 277/279; B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 487; F. Bydliński, Methodenlehre, S. 501 ff.; F. Ossenbühl, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: H.-U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1983, S. 59/110 f.

oder gerechtfertigt werden. Die Bedeutung und zugleich die Schwäche der Rechtsbildung durch Präjudizien werden in folgender Äußerung eines Verfassungsjuristen gut beleuchtet: „Die hypothetische Prüfung, ob die Rechtsannahme, die die Fallentscheidung trägt, ‚verallgemeinerungsfähig‘ ist, also auch als allgemeine Norm gedacht werden kann, ist eine der wichtigsten Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidung. Trotzdem bleibt die Richtigkeit der Rechtsannahme, wenn sie auch für andere als den konkret entschiedenen Fall Geltung beansprucht, Gefahren ausgesetzt, da solche andere Fallgestaltungen nur hypothetisch in das Blickfeld des Richters geraten und daher nie vollständig und in allen ihren Verästelungen erfaßt werden können“⁸.

3. Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die präjudiziellen Rechtsauffassungen, in denen – der Rechtsprechungsaufgabe gemäß – der Anteil des Richters an der Rechtsbildung zutage tritt, haben ihren Grund in der dem Richter aufgegebenen gerechten Entscheidung des ihm unterbreiteten Streitfalles. Als Hervorbringung der Rechtsprechungsaufgabe ist die Rechtsbildung durch Präjudizien verschieden von der parlamentarischen Rechtsetzung durch Gesetz⁹. Die Schaffung und Weiterentwicklung der Rechtsordnung durch das Gesetz und die Rechtsverwirklichung im Einzelfall durch den Richter sind zwei nicht aufeinander zurückführbare Vorgänge der Rechtsbildung. Die im Zuge sozialstaatlicher und technokratischer Expansion der Verwaltung und der Justitiabilität des Verwaltungshandelns gestiegene Bedeutung der Rechtsprechung haben nichts daran geändert, daß der verfassungsrechtlich und politisch ausschlaggebende Anteil an der Rechtsbildung in der Hand der parlamentarischen Gesetzgebung liegt.

Die damit gegebene Abgrenzung und Aufgabenverteilung darf nicht durch theoretische Überhöhungen der richterlichen Tätigkeit verwischt werden. Ältere und neuere Vorstellungen eines judiziellen „Realismus“, die den eigentlichen Vorgang der Rechtsbildung in den Gerichtssaal verlegen, sind Verallgemeinerungen von einem einseitigen Ausgangspunkt aus. In der rechtsstaatlich gebundenen parlamentarischen Demokratie ist mit verfassungspolitischer Notwendigkeit das Gesetz der Grundbegriff des Staatsrechts und das Kernstück der Rechtsordnung. In ihm zeigen sich die Verwirklichung der Volkssouveränität, die Legitimation und Kontrolle des Rechtsbildungsprozesses auf der Grundlage eines öffentlichen

⁸ B.-O. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, S. 416.

⁹ H. Coing, *Richterrecht*, S. 278; P. Badura, *Richterrecht*, S. 43. – Die Einschmelzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung in eine allgemeine Vorstellung „pluralisierter Rechtserzeugung“ (W. Brohm, *Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, NJW 1984, 8) schenkt der Verschiedenartigkeit von Gesetz und Richterspruch zu wenig Beachtung.

und rechtlich festgelegten Vorgangs der politischen Meinungs- und Willensbildung und die Einheit der Rechtsgemeinschaft und der Rechtsordnung.

Die heute verbreiteten avancierten Vorstellungen von einer selbständigen, „richterrechtlichen“ Bedeutung der Präjudizien haben verschiedene Gründe. Einer dieser Gründe findet sich in der objektiven Erscheinung sozialstaatlicher Rechtsentwicklung. Praxis und Stil heutiger Gesetzgebung, vornehmlich der oft instrumentale und kurzlebige Charakter der wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetzgebung, drängen dem Richter die Wahrung der Einheit des Rechts und die beharrliche Entwicklung und Behauptung der Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute auf. Die dem Gesetzgeber, vielleicht aus inneren Gründen der sozialstaatlichen Demokratie, entglittene kodifikatorische Festlegung des Zusammenhangs der Rechtsordnung wird in beträchtlichem Maße von der Rechtsprechung, häufig mit Hilfe der Verfassung, substituiert. Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Gesetzgebung bleibt hinter dem potentiell umfassenden Sozialgestaltungs-auftrag des Sozialstaates zurück. Dies ist nicht nur ein technisches und institutionelles Ungenügen. Es kommt hinzu, daß der etatistische Rechtsbegriff, dessen Ausdruck die Vorherrschaft des Gesetzes im bürgerlichen Verfassungsstaat war, heute gerade in den verrechtlichten Zonen der sozialstaatlichen Landnahme durch starke Tendenzen der Demokratisierung und Autonomisierung von Sozialbereichen abgeschwächt worden ist¹⁰. Als Beispiele seien genannt: das kollektive Arbeitsrecht, die kollektiven Pakte im Sozialrecht¹¹ und das gesetzlich umschriebene Mandat der Exekutive zur Gestaltung des Planungs- und Maßnahme-rechts in Raumordnung, Städtebau und Wirtschaftsverwaltung. Die hier zu beobachtenden Grenzen der rechtsbildenden Funktion des Gesetzes bedeuten nicht notwendig einen Funktionsgewinn der richterlichen Rechtsbildung.

4. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Grundgesetz hat den „allgemeinen Grundsatz der richterlichen Gesetzesbindung“, der ein Eckpfeiler des gewaltenteilenden Verfassungsstaates ist¹², durch eine Formel ausgedrückt, die den materiellen Charakter des Rechtsstaates betont, einen engen Gesetzespositivismus verwirft und die Einsicht bekräftigt, daß die einzelne Gesetzesvorschrift sich in das Sinnganze der Rechtsordnung

10 Dazu früher *P. Badura*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 327.

11 Z.B. die Gesamtverträge zwischen den Krankenkassen und den kassenärztlichen Vereinigungen zur Sicherung der kassenärztlichen Versorgung (§§ 368 ff. RVO).

12 BVerfGE 49, 304/318 unter Bezugnahme auf *Krey*, JZ 1978, 465.

einfügt¹³. Die richterliche Tätigkeit besteht nicht nur in dem Erkennen und Aussprechen der Entscheidungen des Gesetzgebers; die Aufgabe der Rechtsprechung schließt Aufgabe und Befugnis des Richters zu „schöpferischer Rechtsfindung“ ein¹⁴. Die dem Richter aufgebene Gerechtigkeit der konkreten Entscheidung¹⁵ ist durch die abstrakte Norm des Gesetzes nicht ablesbar vorgegeben. Von Grenzfällen abgesehen, in denen die vorgefundene Entscheidung des Gesetzgebers für sich allein nur eine willkürliche Beurteilung des Streitfalles durch den Richter zur Folge haben könnte, ist in der Gesetzesgebundenheit des Richters mitgedacht, daß die Rechtsanwendung im konkreten Streitfall ohne Konkretisierung der abstrakten Norm mit Hilfe richterlich gebildeter Rechtsauffassungen nicht möglich ist. Die Einsicht in den gestaltenden oder „schöpferischen“ Charakter der richterlichen Rechtsfindung führt deshalb nicht zu einer Gegenposition gegen die Bindung des Richters an das Gesetz. Die Bindung des Richters an das Gesetz bedeutet, die verfassungsrechtlich vorgesehene Funktion des Gesetzes mit den Mitteln der juristischen Argumentation und Begründung bei der Findung einer gerechten Entscheidung zur Geltung zu bringen und so auch die richterlich nicht ersetzbare Aufgabe und Verantwortung der Legislative zu respektieren¹⁶. Die Rechtsbildung durch Präjudizien ist somit ein Element der Rechtsprechungsaufgabe, das mit der Bindung des Richters an das Gesetz notwendig verbunden ist.

5. „Richterrecht“ und „Juristenrecht“

Der besondere, über die nur subsumierende Anwendung des Gesetzes hinausgehende Anteil des Richters an der Rechtsbildung, vornehmlich an der Fortbildung des Rechts, wird unterstrichen, wenn die präjudizielle Entwicklung von Rechtsgrundsätzen und Rechtsinstituten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung als „Richterrecht“ bezeichnet wird¹⁷. Das Wort kann Mißverständnisse begünstigen, weil es die begriffliche Nebeneinanderstellung oder aber die theoretische Ge-

13 BVerfGE 34, 269/286 f.

14 BVerfGE 34, 269/287. – Die der Rechtsfortbildung durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) gezogene spezifische Grenze ist dadurch in verfassungswidriger Weise überschritten worden, daß das BAG (GS JZ 1979, 192) Abfindungsansprüche aus einem Sozialplan als bevorrechtigte Konkursforderung in den Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO einordnete (BVerfGE 65, 182).

15 F. Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, 701/705.

16 P. Badura, Richterrecht, S. 55; zustimmend K. Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., 1979, S. 493 f.

17 O.A. Germann, Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, 1960; H. Coing, Richterrecht, S. 277; J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975; K. Stern, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 581 ff.; H. Heußner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 317; K. Larenz, Methodenlehre, S. 412 ff.; F. Ossenbühl, Quellen des Verwaltungsrechts, S. 106 ff.

geneinandersetzung von „Richterrecht“ und „Gesetzesrecht“ anregt. Richterrecht besteht jedoch aus nichts anderem als aus Präjudizien, also aus verallgemeinerungsfähigen Rechtsauffassungen, die in einem Richterspruch oder in einer Reihe von Gerichtsentscheidungen zur Rechtsfindung beigetragen haben. Das Präjudiz kann den Zusammenhang mit dem Sachverhalt des Streitfalles, dem es entstammt, nie völlig abstreifen¹⁸. Es muß sich stets von neuem die kritische Überprüfung seines Inhalts und seines Anwendungsbereichs, manchmal auch den Vorwurf des „Präjudizienkultes“ gefallen lassen¹⁹. Josef Esser und Karl Larenz stimmen darin überein, daß die „regelbildende Kraft“ der höchstrichterlichen Praxis auch da, wo sie einen gesicherten Stand und allgemeine Anerkennung gefunden hat, „auf der fortbestehenden sachlichen Richtigkeit und Übereinstimmung mit der lebenden Rechtsüberzeugung“ beruht²⁰.

In einem dogmatisch anspruchsvolleren Sinn ließe sich für diejenigen Lehrmeinungen von einer „richterrechtlichen“ Theorie der Präjudizien sprechen, die der rechtsbildenden Eigenschaft präjudizieller Rechtsauffassungen eine spezifische normative Eigenart zumessen wollen. In Auseinandersetzung mit der Hermeneutik²¹ sind in der neueren Zeit vor allem die Lehren Wolfgang Fikentschers von der „Fallnorm“²² und Friedrich Müllers von der „Entscheidungsnorm“²³ hervorgetreten. Das Verdienst dieser Lehren, die im öffentlichen Recht bisher im wesentlichen als Doktrin der Auslegung und Anwendung der Verfassung Bedeutung gewonnen haben, sollte zuerst darin gesehen werden, daß sie die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit auf jenen Vorgang der methodisch zu sichernden Gewinnung präjudizieller Rechtsauffassungen gelenkt haben. Unter dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts, besonders des Verfassungsrechts, tritt das rechtsmethodische Problem des Richterrechts zuerst als eine staatsrechtliche Frage auf, d.h. als eine Frage von Aufgabe und Kompetenz der parlamentarischen Gesetzgebung hier und der Ausübung von Rechtsprechung dort²⁴. Von diesem

18 *H. Coing*, Richterrecht, S. 281.

19 *H. Lehmann*, Allgemeiner Teil, S. 23 f.

20 *K. Larenz*, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Festschrift für Hans Schima, 1969, S. 247/252.

21 *K. Larenz*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 291.

22 *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 176 ff. – Dazu die Kritik von *K. Larenz*, Methodenlehre, S. 137 ff., und *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 515 ff.

23 *F. Müller*, Juristische Methodik und politisches System, 1976. – *K. Vogel*, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Festgabe für das BVerfG, 1976, I. Bd., S. 568/589 f., rechnet seine „konkrete Entscheidungsnorm“ – diejenige dem Ausspruch im Tenor zugrunde liegende Rechtsannahme, die gerade so allgemein formuliert ist, daß sich aus ihr außer der konkret getroffenen Entscheidung noch eine übereinstimmende Entscheidung in gleichartigen Fällen ergibt – dem rechtskraftfähigen Entscheidungsinhalt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu.

24 *P. Badura*, Richterrecht, S. 42; *J. Ipsen*, Richterrecht, S. 47 ff.

Standpunkt aus ist der Dualismus der Rechtsbildung durch Gesetz und durch Richterspruch unaufhebbar. Auch Martin Krieles Lehre von der „Rechtsgewinnung“ mit Hilfe „vernunftrechtlicher Argumentation“ und von der „präsumtiven Verbindlichkeit“ von Präjudizien respektiert den Vorrang der politischen Entscheidung des Gesetzgebers und des Verfassungsgebers²⁵.

Der richterliche Beitrag zur Rechtsbildung, der in den Präjudizien greifbar wird und im Falle der höchstrichterlichen Rechtsprechung als „Richterrecht“ begriffen werden kann, kann die gebotene rechtsstaatliche Rationalität nur in der Bindung an eine methodisch gerechtfertigte, juristische Argumentation und Begründung finden. Nur auf dem Boden der „Gültigkeit der Methode und der Pflichtgemäßheit der Überzeugungsbildung“²⁶ kann diese Stabilisierung der präjudiziellen Rechtsbildung erreicht werden. Liegen aber die „Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis“²⁷ wesentlich auch in der Arbeitsweise dieser Entscheidungspraxis selbst, werden Amt und Status des Richters zu einer dieser Rationalitätsgarantien. Die Rechtswissenschaft und die rechtswissenschaftliche Ausbildung der Juristen sind ausschlaggebend und in der Theorie der richterlichen Rechtsbildung mitgedachte Bedingungen der Rechtsprechung. Der rechtsgelehrte Richter im Schutz der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und der ebenfalls rechtsgelehrte Anwalt im Schutz der freien Advokatur sind praktische Voraussetzungen des Rechtsstaates. Daß die Juristenausbildung an Rechtsfakultäten in freier Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) stattfindet, ist ein verschwiegener Verfassungsartikel des rechtsstaatlichen Gerichtswesens²⁸.

Es zeigt sich, daß das Richterrecht nicht mit dem „Juristenrecht“ gleichgesetzt werden kann, nämlich mit den „außergesetzlichen Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft“, die mit der Rechtsdogmatik ein „Instrument der Rechtsfindung im Feld der praktischen Vernunft und Moral“ und eine „Kunstlehre richtiger Rechtsanwendung“ bereitstellt²⁹. Das Juristenrecht ist verschieden von der juristischen Methodenlehre, insofern diese sich selbständig mit „Methoden gesetzunabhängiger Rechtsgewinnung“ oder der „Frage nach übergesetzlichen Wertungsmaßstäben“³⁰ befaßt. Sein Sitz ist die Rechtsdogmatik, im Falle des öffentlichen Rechts also die systematisch angelegte, auf Prinzipien gegründete und theo-

25 M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1967, 2. Aufl., 1976; zustimmend F. Bydliński, Methodenlehre, S. 506 ff.

26 J. Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 95, bes. S. 115; ders., Vorverständnis, bes. S. 189 ff.

27 So der Untertitel der Schrift Essers „Vorverständnis und Methodenwahl“.

28 P. Badura, Verfassung, in: Unser Recht, 1982, S. 911/912 f.

29 F. Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik, Aufsätze II, 1970, S. 311/333, 336.

30 K. Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., 1979, S. 138; ders., Methodenlehre, 5. Aufl., 1983, S. 123.

retisch weiterdenkende Staatsrechtslehre³¹. Diese gibt dem Stoff des positiven Rechts, den sachbezogenen Rechtsgrundsätzen und Rechtsinstituten die Gestalt, aus der dann der Richter die für die präjudizielle Rechtsbildung nötige juristische Argumentation und Begründung gewinnen kann. Die für die richterliche Rechtsfindung maßgeblichen Kriterien der Gerechtigkeit können nicht abstrakt erdacht werden. Sie sind durch die „Vermittlung des Gesetzes mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein“ (Larenz) zu gewinnen, die der Rechtsdogmatik als Aufgabe gestellt ist. Hier berührt sich die richterliche Rechtsbildung mit der Sphäre doktrinellem Rechtsbildung in Gestalt des Juristenrechts, wechselweise wirkend und aufeinander angewiesen.

6. Die richterliche Aufgabe der Rechtsfortbildung

Die Angewiesenheit der richterlichen Rechtsfindung auf die dogmatische Leistung der Rechtswissenschaft gilt für die gesamte Rechtsbildung durch Präjudizien, sie gilt jedoch in verstärktem Maße für die Rechtsfortbildung. Es besteht keine Wesensverschiedenheit von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung, wie insbes. die richterliche Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zeigt. In Gestaltungs- und Planungsgesetzen sind die allgemein formulierten Ermächtigungen für die Exekutive weniger subsumtionsgeeignete Regelungen als vielmehr Auftrag und Richtlinie für die gestaltende und planende Verwaltung, z.B. in der kommunalen Bauleitplanung oder der strukturpolitischen Wirtschaftsförderung.

Die richterliche Rechtsfortbildung ist eine anerkannte und notwendige Aufgabe der Rechtsprechung. Sie betrifft auch die Schließung einer erkannten „Lücke“ des Gesetzes, doch ist nicht etwa die Vollmacht des Richters zur Rechtsfortbildung von einer „Lücke“ im Gesetz oder im positiven Recht abhängig. Sie ist dahin begrenzt, daß sie nicht das System der Rechtsordnung verlassen und nicht einen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung bringen darf³². Deshalb bleibt die Rechtsfortbildung – wie die richterliche Entscheidungsfindung überhaupt – ungeachtet ihrer gestaltenden Fähigkeit getrennt von der parlamentarischen Rechtsetzung durch Gesetz, die ein Bestandteil der politischen Willensbildung ist.

Die Verfahrensgesetze erkennen die „Fortbildung des Rechts“ durch die Gerichte, speziell durch die Großen Senate der Revisionsgerichte, ausdrücklich als

31 E.-W. Böckenförde, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, 1983, S. 317; P. Badura, Richterrecht, S. 47 f.; ders., in: K. Vogel (Hrsg.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, 1979, S. 56 ff.

32 BVerfGE 34, 269/286 ff.; 37, 67/81; 49, 304/318; K. Larenz, Methodenlehre, S. 353.

Aufgabe der Rechtsprechung an³³. Implizit erkennen die Vorschriften des Prozeßrechts, die für den Fall des „Abweichens in einer Rechtsfrage“ die einheitliche Rechtsprechung sichern sollen, ebenfalls die richterliche Aufgabe der Rechtsfortbildung an³⁴.

B. Die Bedeutung präjudizieller Rechtsauffassungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

7. Die Rechtsschutzaufgabe der Verwaltungsgerichte

Im Verwaltungsrecht haben das wechselseitige Zusammenwirken von Wissenschaft und Gerichtspraxis bei der Entwicklung von Rechtsgrundsätzen und Rechtsinstituten und die präjudizielle Rechtsbildung durch die Verwaltungs- und die Zivilgerichte in Gestalt des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ ein eigenes Rechts- und Lehrgebiet des öffentlichen Rechts hervorgebracht. Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist die systematische Klammer der vielgestaltigen Gebiete und Handlungsformen der Verwaltungstätigkeit und die Verbindungs- und Vermittlungsstelle der Anforderungen des Verfassungsrechts und der Regelungsinhalte des Verwaltungsrechts. Der Entwicklungsstand des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist nicht nur eine Frage der befriedigenden Übersichtlichkeit eines akademischen Systems. Er ist eine wesentliche Bedingung für den rechtsstaatlichen Charakter der öffentlichen Verwaltung³⁵. Mit der fortschreitenden Expansion der planenden und gestaltenden Verwaltung ist allerdings für zentrale Stücke des Allgemeinen Verwaltungsrechts, z.B. die Lehre vom Ermessen, das Rechtsinstitut des Verwaltungsrechtsverhältnisses und die abgeleitete Rechtsetzung durch die Exekutive, der leitende Impuls für die Rechtsentwicklung sehr spürbar auf einzelne Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts übergegangen, bes. auf das Recht der raumbezogenen Planung, das technische Sicherheitsrecht und das Wirtschaftsverwaltungsrecht.

Die Rechtsschutzaufgabe der Verwaltungsgerichte bestimmt ihre Jurisdiktionsgrenze und damit die Bedeutung der präjudiziellen Rechtsauffassungen aus ihrer Entscheidungspraxis³⁶. Die Verwaltungsgerichte sichern die Wahrung der Anfor-

33 Vgl. § 137 GVG; § 45 Abs. 2 ArbGG; § 11 Abs. 4 VwGO; § 43 SGG; § 11 Abs. 4 FGO.

34 Vgl. z.B. § 16 Abs. 1 BVerfGG; § 136 Abs. 1 GVG; § 11 Abs. 3 VwGO.

35 O. Bachof/W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972; P. Badura, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift für den Bayer. Verfassungsgerichtshof, 1972, S. 157; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982.

36 Hierzu und zum folgenden R. Scholz/E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976; W. Schmidt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 1978, 1769; H.-J. Papier, Die Stellung der Verwal-

derungen, die der Rechtsstaat an die Ausübung öffentlicher Gewalt stellt, um die gesetzmäßige Freiheit zu gewährleisten. Der Rechtsweg steht offen, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt zu sein glaubt (Art. 19 Abs. 4 GG, § 40 Abs. 1 VwGO). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit schützt die in Gesetz und Verfassung begründeten Rechte der einzelnen gegen rechtswidrige Verkürzung durch die Verwaltung und – im Rahmen des richterlichen Prüfungsrechts – auch gegen den Gesetzgeber. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmt die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und den kontrollierenden Rechtsschutz durch die Gerichte. Das Gesetz ist im sozialen Rechtsstaat nicht nur Ermächtigung für einen Eingriff in Freiheit und Eigentum, sondern vielfach Auftrag und Richtlinie für die Verwaltungsbehörde, deren selbständige Beurteilung und Gestaltung das Kernstück der gesetzlich zugewiesenen Entscheidungsvollmacht ist. Besonders in diesen Fällen gewinnt die notwendige Abgrenzung des selbständigen Planungs- und Gestaltungsmandats der Exekutive von der durch rechtsstaatliche Kontrolle zu erfüllenden Rechtsschutzaufgabe der Verwaltungsgerichte Gewicht.

Ein wirksamer Rechtsschutz durch die Gerichte in Verwaltungsstreitsachen wird um so eher zu erreichen sein, desto kritischer die Verwaltungsgerichte die Grenzen der ihnen übertragenen Rechtsschutzaufgabe beachten. Diese Rechtsprechungsaufgabe hat ihren Kernpunkt darin, daß im Rechtsstaat die Gesetzes-treue der Verwaltung nicht der Bürokratie, der politischen Leitung und der parlamentarischen Verantwortung überlassen, sondern den Verwaltungsgerichten anvertraut ist. Das Spezifikum dieser Rechtsprechungsaufgabe ist ein zweifaches:

- Die Verwaltungsgerichte sollen die Verwaltung nicht ersetzen, sondern kontrollieren; die Verwaltungsgerichte sind nicht eine Verwaltung höherer oder besserer Art.
- Die Verwaltungsgerichte sollen im Streitfall die Rechte einzelner gegen die öffentliche Verwaltung wahren; sie dienen dem individuellen Rechtsschutz und nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung.

Die allgemeine Richtschnur, daß die Verwaltungsgerichte nicht verwalten, sondern die Verwaltung kontrollieren sollen, beruht darauf, daß Rechtsstaatsprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz der Exekutive und den Gerichten verschiedenartige und gegeneinander nicht austauschbare Aufgaben zumessen:

ungsverwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979; *P. Lerche*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen, BayVBl. 1980, 257; *D. Grimm*, Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen, in: *Sb. van Bui-ren* (Hrsg.), Richterliches Handeln und technisches Risiko, 1982, S. 25; *R.A. Rhinow*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982, S. 657; *C.H. Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., 1983; *P. Badura*, Grenzen und Alternativen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungsstreitsachen, JA 1984, 99.

- Die öffentliche Verwaltung handelt gebunden an das Gesetz, aber aufgrund des letztlich politisch zu findenden und zu verantwortenden Sozialgestaltungsauftrages. Die einzelne Behörde führt das Verfahren kraft eigener Entscheidungsbefugnis und eigener Entscheidungsbetroffenheit.
- Das Gericht mißt in institutionell gesicherter Unabhängigkeit und Neutralität das Handeln der Verwaltung an den rechtlich vorgegebenen Handlungsgrundlagen. Die Unabhängigkeit der Gerichte ist nur möglich, ihre Entscheidungsmacht nur erträglich, weil sie an Gesetz und Recht gebunden sind, über ihre Entscheidungsmaßstäbe also nicht verfügen dürfen.

Die Defizite des Gesetzgebungsstaates und die juristisch zu wenig geordnete Technik unmittelbarer Verfassungsanwendung zur Ergänzung oder Fortbildung der rechtlichen Maßstäbe können Tendenzen fördern, die einer Lockerung der Gesetzesbindung des Richters das Wort reden. Aus der Not zu einem Grundsatz erhoben, stehen diese Tendenzen in einem Widerspruch zu der möglichen und gebotenen Rechtsprechungsaufgabe der Verwaltungsgerichte. Die Verwaltungsgerichte können nicht die Aufgabe haben, an der politischen Durchsetzung sozialer Gestaltungsaufgaben mitzuwirken, weder unmittelbar durch selbstgesetzte Entscheidungsmaßstäbe, noch mittelbar als Medium von mit Klagebefugnis ausgestatteten politischen Interessen, wie z.B. bei Einführung einer ökologischen Popular- oder Verbandsklage. Die mit der Bindung des Richters an das Gesetz verbundene Unabhängigkeit des Richters umschreibt und begrenzt die Leistungsfähigkeit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

8. Präjudizielle Rechtsbildung I:

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Werden Inhalt und Grenze der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechungsaufgabe bedacht, scheidet die präjudizielle Rechtsbildung im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Tätigkeitsfeld einer politischen oder sozialen Gestaltungsaufgabe des Richters aus. Ein etwas näherer Blick auf die im Allgemeinen Verwaltungsrecht beheimateten „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“ zeigt allerdings, daß hier eine Unterscheidungslinie besteht, die - wie man vereinfachend sagen könnte - eine unselbständige und eine selbständige Rechtsbildung durch Präjudizien trennt. Zwei Beispiele mögen das veranschaulichen: die Frage der Revisibilität der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und die Frage, ob für die Pflicht der Behörde, einen rechtmäßig ergangenen unanfechtbaren Verwaltungsakt nachträglich aufzuheben, eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung der gesetzlich geforderten Änderung der Rechtslage gleichsteht.

Die Revision zum Bundesverwaltungsgericht kann unter anderem nur darauf gestützt werden, daß das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Bundes-

recht beruht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Für die Anwendung dieser Bestimmung kommt es für die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, soweit sie nicht gesetzlich geregelt sind, darauf an, ob sie zur Ergänzung von revisiblem Recht, hier also von Bundesrecht, herangezogen werden oder aber zur Ergänzung nicht revisiblen Rechts, also von Landesrecht. Nur im ersten Fall sind die allgemeinen Grundsätze ihrerseits revisibel³⁷. Etwas anderes gilt jedoch, wenn und soweit allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts „auf das Bundesrecht zurückführbar“ und damit „Bestandteil des Bundesrechts“ sind, dieses also nicht nur „ergänzen“. Dies ist – mit der Folge stets gegebener Revisibilität – z.B. für den Folgenbeseitigungs-Grundsatz und den daraus ableitbaren Folgenbeseitigungsanspruch angenommen worden³⁸.

Zum zweiten Beispiel: Die allgemeinen Grundsätze über den Anspruch eines Betroffenen auf Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes sind jetzt in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder ausdrücklich geregelt worden. Danach besteht unter anderem dann ein Anspruch auf neue Entscheidung, wenn sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Eine neue Rechtslage entsteht – so die überwiegende Meinung – durch eine Änderung der Rechtsvorschriften, nicht jedoch durch eine Änderung der Rechtspraxis³⁹. Eine davon abweichende Regelung trifft das Sozialrecht für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung. Danach steht es einer Änderung der rechtlichen Verhältnisse gleich, wenn der zuständige oberste Gerichtshof des Bundes in ständiger Rechtsprechung nachträglich das Recht anders auslegt als die Behörde bei Erlaß des Verwaltungsaktes und sich dies zugunsten des Berechtigten auswirkt. Es entsteht unter dieser Voraussetzung ein Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Zukunft⁴⁰. Von der Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das allgemeine Verwaltungs-

37 BVerwG DVBl. 1973, 373.

38 BVerwG DÖV 1971, 857 mit Anm. von O. Bachof. - F. Ossenbühl, Quellen des Verwaltungsrechts, S. 111 f. erklärt dies damit, daß die als solche revisiblen allgemeinen Grundsätze sich bei näherem Zusehen als Richterrecht erwiesen.

39 BVerwG NJW 1968, 315; BVerwGE 31, 112; BVerwG DÖV 1978, 405; BVerwG NJW 1981, 2595; P. Stelkens/H.J. Bonk/K. Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1983, § 51, RNr. 29 (die allerdings Entscheidung eines Großen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes für den Fall einer Rechtsfortbildung den allgemeinverbindlichen Gerichtsentscheidungen gleichstellen wollen und deshalb als Änderung der Rechtslage ansehen; aaO. RNr. 28 li). - Anders H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, § 51, RNr. 15: Die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung könne man zwar nicht als Normänderung ansehen, sie komme aber einer solchen in der Wirkung doch so nahe, daß sie wie eine nachträgliche Rechtsänderung und nicht nur wie die nachträgliche Erkenntnis des richtigen Rechts anzusehen sei.

40 § 48 Abs. 2 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X). Dazu H. Heußner, Richterrecht, S. 325.

verfahrensrecht ist bewußt abgesehen worden⁴¹. Es wird abzuwarten sein, ob ein entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsatz Anerkennung finden wird.

9. Präjudizielle Rechtsbildung II:

Grundsätze der raumbezogenen Planung

In den Sachgebieten des besonderen Verwaltungsrechts sind die hauptsächlich durch den IV. Senat des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätze der raumbezogenen Planung als eindrucksvollste Erscheinung einer Rechtsbildung durch Präjudizien aufzuführen⁴². Die Grundlinien lassen sich wie folgt skizzieren.

Die planungsrechtlichen Grundsätze gelten für Planungsentscheidungen im Recht der städtebaulichen Ordnung und Entwicklung der Bodennutzung, im Recht der Raumordnung und Landesplanung und für die Vorschriften über die fachplanerische Beurteilung und Zulassung von Vorhaben, besonders im Straßenrecht, Wasserrecht und Luftverkehrsrecht. Soweit das Gesetz die Verwaltung zu Planungsentscheidungen ermächtigt, wird ihr damit - dem Wesen rechtsstaatlicher Planung entsprechend - die Befugnis zu einer eigenschöpferischen Zweckverwirklichung durch selbständige Regelbildung im Rahmen gesetzlicher Direktiven über Ziel und Mittel der Planungsaufgabe zugesprochen. Die auf dieser Grundlage von der Verwaltung ausgeübte „planerische Gestaltungsfreiheit“ darf das Gericht nur auf Rechts- und Abwägungsmängel überprüfen. Die Grundsätze über die Rechtsbindung und die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit sind vom Bundesverwaltungsgericht - von sachlichen oder rechtsformspezifischen Verschiedenheiten abgesehen - einheitlich für die kommunale Bauleitplanung im Wege der Satzung und für die behördlichen Planfeststellungsbeschlüsse im Wege des Verwaltungsaktes entwickelt worden.

Die genannten Grundsätze haben im Bereich der Fachplanung die überkommene Lehre vom Verwaltungsermessen verdrängt. Durch die Vorschriften des Fachplanungsrechts wird „den Behörden eine Planungsaufgabe zugewiesen und damit zugleich - ausdrücklich oder stillschweigend - die Ermächtigung erteilt..., im Rahmen planerischer Gestaltungsfreiheit unter gerechter Abwägung aller öffent-

41 Vgl. auch § 176 AbgO.

42 BVerwGE 34, 301; 45, 309; 47, 144; 48, 56; 52, 237; 55, 220; 56, 110; 57, 297; 61, 295; 61, 307; 67, 74 etc. - *W. Ernst/E. Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., 1981; *W. Hoppe/H. Schlarmann*, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 2. Aufl., 1981; *G. Korbmacher*, Bauleitplanung und Fachplanung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 1978, 589; *ders.*, Eigentums- und entschädigungsrechtlich bedeutsame Entscheidungen in der fachplanerischen Abwägung, DÖV 1982, 517; *F. Weyreuther*, DÖV 1977, 419; *ders.*, DÖV 1980, 389; *ders.*, DVBl. 1981, 369.

lichen und privaten Belange ein im Interesse des Allgemeinwohls gebotenes Vorhaben zu gestatten, durch das auch in private Rechte Dritter eingegriffen werden kann“⁴³. Die Beurteilung und Zulassung des Vorhabens muß mit Hilfe einer umfassenden Betrachtung und „Bewältigung“ der Probleme erfolgen, die es für seine Umgebung und die durch seine Auswirkungen betroffenen Rechte und sonstigen „Belange“ aufwirft. In dem Maße wie die Planfeststellung Rechte oder sonstige Belange Dritter berührt, bedarf sie der „Rechtfertigung“; das Vorhaben muß notwendig, d.h. in seiner sachlichen und zeitlichen Konkretisiertheit durch das öffentliche Interesse „vernünftigerweise geboten“ sein. Das rechtsstaatliche Abwägungsgebot fordert für ein nach dem eben Gesagten „gerechtfertigtes“ Vorhaben, daß die betroffenen öffentlichen und privaten Belange zutreffend und vollständig ermittelt, gesichtet und in einer „abgewogenen“ Entscheidung sachgerecht zum Ausgleich gebracht werden. Der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs wird bei der Planfeststellung durch das Rechtfertigungs- und das Abwägungsgebot verdrängt, soweit nicht ein Dritter eine Rechtseinbuße durch eine nötig werdende förmliche Enteignung zur Durchführung des Vorhabens oder durch enteignende Auswirkungen des Vorhabens erleiden muß. Nicht zu umgehende Rechtsbeeinträchtigungen Dritter, z.B. Lärmauswirkungen eines Flughafens, müssen durch Nebenbestimmungen und sonst durch Entschädigung ausgeglichen werden.

Die Grundsätze der raumbezogenen Planung, die das Bundesverwaltungsgericht präjudiziell aufgestellt hat, haben sich in der Rechtsprechung durchgesetzt, werden von der Verwaltung zugrunde gelegt, haben die Gesetzgebung beeinflusst und bilden den Ausgangspunkt für die einschlägigen wissenschaftlichen Betrachtungen.

C. Die Bedeutung präjudizieller Rechtsauffassungen in der Verfassungsgerichtsbarkeit

10. Die Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts

Für die Bedeutung von Präjudizien im Verfassungsrecht der Bundesrepublik ist es der wesentliche Ausgangspunkt, daß das Grundgesetz mit der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit mit sehr ausgedehnten Zuständigkeiten geschaffen hat⁴⁴. Beim Bundesverfassungsgericht ist auch die Befugnis konzentriert, die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit von

43 BVerwG Beschluß vom 6.1.1984 - BVerwG 4 B 180.83. - Der Sonderfall einer „privatnützigen“ Planfeststellung im Wasserrecht ist hier beiseite gelassen.

44 Art. 93, 94 GG; § 13 BVerfGG.

Gesetzen festzustellen. Denn das richterliche Prüfungsrecht steht zwar jedem Richter zu, es ist jedoch dahin eingeschränkt, daß er das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen muß, wenn er ein für seine Entscheidung erhebliches Gesetz für verfassungswidrig hält⁴⁵.

Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist es, die Verfassung und die verfassungsrechtlichen Freiheiten, Rechte, Pflichten und Kompetenzen im bundesstaatlichen Rechtsverhältnis, in der Rechts- und Institutionenordnung des Bundes und im Verhältnis des einzelnen zu der öffentlichen Gewalt zu wahren. Jedermann kann das Gericht im Wege der Verfassungsbeschwerde anrufen⁴⁶, und insofern schließt die Verfassungsgerichtsbarkeit auch eine Rechtsschutzfunktion ein, von der in überreichem Maß Gebrauch gemacht wird. Diese Rechtsschutzfunktion ist aber dadurch relativiert, daß die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung bedarf und daß die Annahme davon abhängt, ob von der Entscheidung „die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage zu erwarten ist oder dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht“ (§ 93 a Abs. 4 BVerfGG). Das Kriterium der „Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage“ weist deutlich darauf hin, daß die Aufgabe des Gerichts sich nicht in der Entscheidung über Einzelfälle erschöpft, sondern daß es auch seine Sache ist, „verfassungsrechtliche Fragen“ zu klären, also doch wohl durch über den Einzelfall hinausweisende Rechtsauffassungen den Inhalt des Verfassungsrechts zu klären. In dieser Aufgabe und Fähigkeit des Bundesverfassungsgerichts wird man einen wesentlichen Grund für die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit sehen müssen.

Die beherrschende Stellung der Verfassung in der Rechtsordnung, der „politische“ Charakter des Verfassungsrechts⁴⁷ und die vielfach untechnische, mehrdeutige und programmatische Fassung der Verfassungsnormen rechtfertigen es, daß die Staatsrechtslehre eine besondere Theorie der Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts hervorgebracht hat⁴⁸. Die Eigenart der Verfassung bestimmt auch die Aufgabe und Wirksamkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit und teilt sich damit der hier zu beobachtenden Rechtsbildung durch Präjudizien mit.

Was läßt sich in Kürze über die Verfassung sagen? Die Verfassung ist ein konkreter Gründungs- und Gestaltungsakt für die nationale politische Herrschaft und die positive Rechtsordnung. Jede Verfassung trägt Züge geschichtlicher und kultureller Einmaligkeit. Die Verfassung bestimmt und begrenzt durch Recht - nicht nur moralisch oder politisch - die Ordnung und Ausübung politischer

45 Konkrete Normenkontrolle: Art. 100 Abs. 1 GG; §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG.

46 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG; §§ 90 ff. BVerfGG.

47 Vgl. bes. G. Leibholz, Verfassungsrecht und Arbeitsrecht, in: A. Hueck/ders., Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, 1960.

48 Eine ausführliche Übersicht gibt K. Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1984, §§ 3 und 4.

Herrschaft und öffentlicher Gewalt. Sie ordnet und diszipliniert den politischen Prozeß, die Auseinandersetzung der Gruppen um Macht und Teilhabe am Sozialprodukt. Mit der verbindlichen oder programmatischen Anerkennung von Staatsaufgaben ist sie ein in die Zukunft gerichteter „Plan“. Die Verfassung nimmt politische und ideologische Vorstellungen in sich auf und verwendet als bewährt oder brauchbar empfundene Rechtsinstitute und Rechtsfiguren. Sie ist zugleich auf eine in vielem erst noch zu schaffende und fortdauernd zu entwickelnde Ordnung gerichtet, die nicht schon durch die verfassunggebende Entscheidung entsteht, sondern durch den verfassungsrechtlich gebundenen politischen Prozeß zu leisten ist. Die Verfassung ist daher für das Parteiensystem, die staatsleitende Regierung und das gesetzgebende Parlament eine Schranke, aber auch Auftrag und Leitlinie.

Die materiellen Zielweisungen und Maßstäbe der Verfassung sind im Grundgesetz und in vergleichbaren Verfassungsgesetzen ganz überwiegend in den Grundrechten verkörpert. Hierzu ist schon früh die Einsicht gewonnen worden, daß die Grundrechte als auf Abwehr von Eingriffen der öffentlichen Gewalt gerichtete Freiheiten des einzelnen in ungleich höherem Maße einer juristisch berechenbaren Interpretation zugänglich sind als die seit dem Ende des Ersten Weltkrieges im Vordringen befindlichen Programmsätze oder Sozialrechte, die Staatsaufgaben der Gestaltung und Leistung normieren wollen⁴⁹.

Diese Einsicht ist einer der Gründe, die Carl Schmitt, Ernst Forthoff und andere bewogen haben, die Einrichtung eines Verfassungsgerichts ablehnend oder jedenfalls kritisch zu betrachten, zumal wenn es anhand verfassungsrechtlicher Programmsätze zu judizieren hat oder wenn es Grundrechte und andere materielle Verfassungssätze als „Wertentscheidungen“ ansieht und jurisdiktionell „verwirklicht“. Ein verwandter Gedanke dürfte es sein, wenn – von ganz anderen Voraussetzungen her denkend – Franz Wieacker das Verfassungsrecht zu den Rechtsgebieten rechnet, in denen die sozialen Interessen- und Wertungskonflikte so evident seien, daß dem System und den Begriffen der Rechtswissenschaft ein maßgebender Einfluß auf die Gesetzgebung kaum zugestanden werde, wo also die Einflußmöglichkeit der Rechtsdogmatik auf die Rechtspraxis beschränkt sei⁵⁰. Auch Larenz meint, daß die Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts dieses mit Entscheidungen konfrontieren könnte, die nicht mehr allein mit rechtlichen Erwägungen, sondern nur noch „politisch“, nämlich mit Rücksicht auf das Gemeinwohl und insbes. die Funktionsfähigkeit des sozialen Rechtsstaats, begründet werden könnten. Für diesen Bereich, wo die Methoden juristi-

49 Siehe die pointierte Charakteristik bei *U. Karpen*, Application of the Basic Law, in: *Chr. Starck* (Hrsg.), *Main Principles of the German Basic Law*, 1983, S. 55/59 ff.

50 *F. Wieacker*, *Rechtsdogmatik*, S. 316.

scher Interpretation auf eine Grenze stießen, sei Krieles Grundgedanken einer hier gebotenen „vernunftrechtlichen Argumentation“ recht zu geben⁵¹.

Die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts gibt der Annahme keine Stütze, daß insgesamt oder in einzelnen Streitfällen der Boden einer juristischen Argumentation und Begründung hätte verlassen werden müssen. Sie liefert andererseits reiches Anschauungsmaterial dafür, daß Auslegung und Anwendung der Verfassung inhaltliche und methodische Besonderheiten aufweisen. Die verfassungsrichterliche Rechtsbildung schließt verfassungsergänzende und verfassungsfortbildende Präjudizien ein. Die theoretisch unterscheidbaren Arbeitsweisen der eigentlichen „Anwendung“, der lückenfüllenden Ergänzung und der eigentlichen Weiterbildung des gesetzten Rechts gehen in der verfassungsgerichtlichen Praxis – wie in der Rechtsprechungspraxis überhaupt – nicht selten ununterscheidbar ineinander über. Eine in sich folgerichtige Doktrin, die Interpretation und Fortbildung der Verfassung einheitlich zu erklären sucht, ist Konrad Hesses Lehre von der „Konkretisierung“ oder „Verwirklichung“ der Verfassung⁵², die im Kernpunkt auf der Verfassungslehre Rudolf Smends beruht. Ihr methodisches Rüstzeug stammt aus der Hermeneutik. Die Verfassungsinterpretation ist danach an die positive Setzung der Verfassung gebunden, der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich aber im Falle ihrer Mehrdeutigkeit erst in der Auslegung.

Der gegen die Lehre von der „Verwirklichung“ der Verfassung mögliche Einwand⁵³ betrifft das mit ihr angestrebte Ziel einer monistischen Deutung der Rechtsbildung⁵⁴, wodurch die Verschiedenartigkeit und Selbständigkeit der Verfassungsgebung, der politischen Entscheidung des Gesetzgebers und der Rechtsprechungsaufgabe des Richters zu kurz kommen kann. Wird die Verfassung als

51 *K. Larenz*, Methodenlehre, S. 348 ff., unter Bezugnahme auf *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967.

52 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., 1982, S. 16 ff.

53 Etwas ausführlicher dazu *P. Badura*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 336 ff.; *ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 39, 1981, S. 161. Dem kritischen Hinweis *P. Lerches* (ebd., S. 163), daß Entscheidungskonstellationen mitzubedenken seien, in denen das Gericht bewußt „ohne Maßstäbe“ operiert habe oder ohne Maßstäbe operieren müßte, wird entgegenzuhalten sein, daß damit nur Lagen gemeint sein können, in denen ein ausdrücklicher oder ein spezieller Maßstab fehlt. Es dürfte nicht in Betracht zu ziehen sein, daß ein zulässiger Verfassungstreit nicht Maßstäbe aus dem Ingesamt der Verfassung und ihrer Prinzipien finden könnte. In den besonderen Verfahren der einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) und der Vollstreckungsregelung (§ 35 BVerfGG) räumt das Gesetz ein durch den Verfahrensgegenstand begrenztes Ermessen des Gerichts ein.

54 Über den abgewogenen Standpunkt *Hesses* gehen in theoretischer Zuspitzung hinaus: *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966; *ders.*, Juristische Methodik, 2. Aufl., 1976; *ders.*, Strukturierende Rechtslehre, 1984; *P. Häberle*, Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, in: *ders.*, Hrsg., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 121; *ders.*, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZSR NR 97/I, 1978, S. 1; *ders.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979; *ders.*, Hrsg., Rezensierte Verfassungswissenschaft, 1982, S. 15 ff.

umgreifende und wertsetzende Grundordnung der Rechtsgemeinschaft verstanden, die inhaltlich nur – durch wen auch immer – „konkretisiert“ oder „verwirklicht“ wird, auch in den politischen Entscheidungen des Gesetzgebers, soll durch das Verfassungsgericht das, was als Inhalt der Verfassung (noch) nicht „eindeutig“ ist, unter Einbeziehung der zu ordnenden „Wirklichkeit“ erst bestimmt werden, kann der Maßstab des Richters so weitgehend in seine Disposition gelangen, daß das Gericht zu einer politischen Gewalt wird. Die Gefahr dieser Aufgabenüberschreitung wird begünstigt durch die Lehre „topischer“ Rechtsfindung. Die normative, maßstabgebende Geltung der Verfassungsnorm müßte beim Erfolg einer solchen Lehre in der Kasuistik der Probleme, „Topoi“ und Wertungen versinken.

Demgegenüber sollte an der in der verfassungsstaatlichen Institutionenordnung und Aufgabenverteilung begründeten Selbständigkeit der verfassungsrichterlichen Rechtsbildung festgehalten werden. Auch ein über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen befindendes Verfassungsgericht bleibt im Bereich der Rechtsprechungsaufgabe, wenn seine Tätigkeit als Kontrolle des verfassungsrechtlich nur gebundenen, aber in Ausübung selbständiger Initiative und politischer Gestaltungsfreiheit handelnden Gesetzgebers aufgefaßt wird.

11. Das Bundesverfassungsgericht als Gericht und „Verfassungsorgan“

Die herausgehobene Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts zur Wahrung der Verfassung und zur Sicherung verfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten kommt abgekürzt darin zum Ausdruck, daß es als Gericht und „Verfassungsorgan“ bezeichnet wird (§ 1 BVerfGG). Diese Titulierung bekräftigt, daß das Gericht den anderen „Verfassungsorganen“, bes. den gesetzgebenden Körperschaften und der Bundesregierung, auf gleichem Fuß gegenübertritt⁵⁵. Sie kennzeichnet aber die Stellung des Gerichts auch in der Hinsicht, daß ihm – anders als Gerichten sonst – eine eigene politische Verantwortlichkeit für die Erhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung und ihrer Funktionsfähigkeit auferlegt ist⁵⁶. Dem entspricht die Bedeutung, die den präjudiziellen Rechtsauffassungen des Bundesverfassungsgerichts zukommt. Nicht aber ist etwa aus der Stellung des Gerichts als „Verfassungsorgan“ zu schließen, daß es überhaupt oder hinsichtlich bestimmter Verfassungsstreitigkeiten, wie bes. der Normenkontrollverfahren, aus der Einordnung in die Rechtsprechung herausgelöst wäre⁵⁷. Auch die verfassungsgericht-

55 „Statusdenkschrift“ des BVerfG, JöR 6, 1957, S. 144; G. Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 61.

56 K. Larenz, Methodenlehre, S. 348 ff.

57 Daraus, daß das BVerfG Rechtsprechung ausübt, kann deshalb kein Argument gegen die Präzisierung als „Verfassungsorgan“ und gegen die – vom BVerfG aufgrund des § 31 Abs. 1 BVerfGG in

liche Entscheidung über die Gültigkeit von Gesetzen ist richterliche Tätigkeit und Ausübung von Rechtsprechung (Art. 92, 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 GG). Hier, wo dem Richter das Recht zugesprochen ist, das Gesetz auf seine verfassungsrechtliche Richtigkeit zu überprüfen, hat die zum juristischen Problem gewordene Sozialstaatlichkeit ihren Prüfstein in der Frage der Justitiabilität wirtschafts- und sozialpolitischer Entscheidungen des Gesetzgebers und damit in der Grenzziehung zwischen der Verantwortung des gesetzgebenden Parlaments hier, der Verantwortung des die Verfassung wahrenen Richters dort.

12. Rechtskraft und präjudizielle Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

In dem sehr ausgedehnten wissenschaftlichen Streit über die Rechtskraft und die präjudizielle Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts spiegeln sich die Meinungsverschiedenheiten, die in der Staatsrechtslehre über die Stellung und Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit bestehen⁵⁸. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und der anderen Gerichte hat sich von diesem Streit nicht beeindrucken lassen. Der Standpunkt der Gerichtspraxis ist, daß den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine auf den konkreten Streitfall bezogene und beschränkte, wenngleich alle Organe der öffentlichen Gewalt bindende Rechtskraft zukommt und daß weiter die in den tragenden Entscheidungsgründen niedergelegten Rechtsauffassungen zu Inhalt und Auslegung der Verfassung bindende Wirkung für alle Organe der öffentlichen Gewalt haben. Zur Frage der Maßgeblichkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Verfahrensbeteiligten und für Dritte enthalten die allgemeinen Vorschriften des Verfassungsprozeßrechts eine Regelung in zwei Richtungen:

Anspruch genommene – Bindungswirkung der verfassungsrichterlichen Präjudizien abgeleitet werden (gegen *K. Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, S. 138 ff., 198; *ders.*, JuS 1982, 597).

- 58 An spezielleren Untersuchungen seien genannt: *H.G. Rupp*, Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 403; *H. Brox*, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für Willi Geiger, 1974, S. 809; *W. Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation – Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Staat 13, 1974, S. 335; *H. Maafsen*, Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1975, 1343; *K. Vogel*, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für das BVerfG, 1976, I, S. 568; *H.H. Klein*, Probleme der Bindung des „einfachen Richters“ an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1977, 697; *M. Sachs*, Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977; *K. Lange*, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, 1; *W. Seuffert*, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, AöR 104, 1979, S. 169; *N. Wischermann*, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979; *K. Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, S. 99; *E. Klein*, Verfassungsprozeßrecht, AöR 108, 1983, S. 410, 561.

- Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG); dies wird „Bindungswirkung“ genannt.
- In den Streitverfahren, die zu einem Ausspruch darüber führen, ob eine Norm gültig oder ungültig ist oder ob eine Norm Bestandteil des Bundesrechts ist, hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts „Gesetzeskraft“ (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

Die Vorschrift über die Gesetzeskraft bestimmter Entscheidungen ist nicht *lex specialis* gegenüber der Vorschrift über die Bindungswirkung aller Entscheidungen des Gerichts. Das bedeutet, daß die Entscheidungen in Normenkontroll- und Normenqualifizierungssachen Bindungswirkung und Gesetzeskraft haben. Eine Bestimmung über die Rechtskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen fehlt. Einige Vorschriften für Verfahren, in denen ein Privater als Antragsteller oder Betroffener am Verfahren beteiligt ist, sind jedoch der Sache nach Regelungen über die Rechtskraft⁵⁹. Zum Verständnis dieser Vorschriften ist zu beachten, daß die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG im Unterschied zu der Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG den einzelnen nicht erfaßt.

Nach der gefestigten Auslegung des § 31 Abs. 1 BVerfGG durch das Bundesverfassungsgericht gilt, daß die Bindungswirkung für den Streitgegenstand der getroffenen Entscheidung und für die sich aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidung ergebenden Rechtsauffassungen über den Inhalt und die Auslegung der Verfassung eintritt⁶⁰. Es gilt danach weiter, daß die für den konkreten Streitfall getroffene Entscheidung nach Maßgabe der gegebenen Sach- und Rechtslage auch das Bundesverfassungsgericht selbst bindet⁶¹, daß jedoch die Bindungswirkung für die vom konkreten Streitfall ablösbaren Rechtsauffassungen für das Bundesverfassungsgericht selbst nicht besteht⁶². Schließlich ist es die Auffassung des Gerichts, daß alle seine Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen⁶³.

59 §§ 41 (Verwirkung von Grundrechten), 47 (Parteiverbot), 61 (Richteranklage), 96 (Verfassungsbeschwerde).

60 BVerfGE 8, 122/141; 15, 105/111; 19, 377/392; 20, 56/87; 36, 1/36; 40, 88/93 f.; 42, 258/260; 55, 100/110 f.; BVerwG DVBl. 1983, 81. *K. Lange*, S. 4 f.; *E. Klein*, S. 440 ff. - Dagegen: *H. Brox*, S. 813 f. (nur Erweiterung der subj. Grenzen der Rechtskraft); *M. Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 290 ff. (Entscheidungen binden nur „als Präjudizien“); *K. Vogel*, Rechtskraft (nur Rechtskraftbindung an die „konkrete Entscheidungsnorm“); *H.H. Klein*, S. 700; *W. Seuffert*, Gesetzgebung (nur Rechtskraftproblem); *N. Wischermann*, S. 121 f.; *K. Schlaich*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 138 ff.; (Bindung nur an die „konkrete Entscheidungsnorm“ im Sinne Vogels, aber nicht als Rechtskraftwirkung).

61 BVerfGE 4, 31/38 f.; 20, 56/86 ff.; 33, 199/203 f.; 39, 169/181 f. - *H.G. Rupp*, S. 421 f., 417 ff.

62 BVerfGE 4, 31/38; 20, 56/87. *H.G. Rupp*, S. 421 f. - Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so entscheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungsgerichts (§ 16 BVerfGG). S. auch Art. 100 Abs. 3 GG.

63 *H.G. Rupp*, S. 403 f.; *H. Brox*, S. 815 ff.; *H. Maafsen*, S. 1344 f.; *N. Wischermann*, S. 21 ff.; *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 400 ff.; *E. Klein*, S. 436 ff.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erkennt § 31 BVerfGG den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Bindungswirkung insoweit zu, wie die Funktion des Bundesverfassungsgerichts als „maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“ dies erfordert⁶⁴. Das Gericht hat dabei den Unterschied der Rechtskraft und der Bindungswirkung einzelfallüberschreitender Rechtsauffassungen klar vor Augen⁶⁵. Daraus ist für die Erklärung des § 31 Abs. 1 BVerfGG zu schließen, daß in dieser Vorschrift zugleich die materielle Rechtskraft der im konkreten Fall getroffenen Entscheidung⁶⁶ mit Wirkung gegenüber allen Verfassungsorganen, Behörden und Gerichten und – zweitens – die präjudizielle Bindung aller Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte an die den Einzelfall überschreitenden Rechtsauffassungen über Inhalt und Auslegung der Verfassung geregelt ist⁶⁷.

Die „Gesetzeskraft“ der Normenkontroll- und Normenqualifizierungsentscheidungen nach § 31 Abs. 2 BVerfGG bedeutet die Allgemeinverbindlichkeit des Urteilsspruches, also die materielle Rechtskraft mit Wirkung erga omnes⁶⁸. Die hier gewählte Ausdrucksweise und Begriffsbildung geht auf Vorbilder aus der Zeit der Weimarer Republik zurück⁶⁹.

64 BVerfGE 40, 88/93.

65 BVerfGE 4, 31/38 f.; 20, 56/88 f.

66 Soweit die Rechtskraft eines Urteils reicht, ist in einem nachfolgenden Prozeß bei Identität der Streitgegenstände die Klage unzulässig. Soweit der Streitgegenstand des nachfolgenden Prozesses nicht mit demjenigen des ersten Prozesses übereinstimmt, aber die im ersten Prozeß rechtskräftig erkannte Rechtsfolge im späteren Prozeß über einen anderen Streitgegenstand vorgegriffen ist, ist das nachentscheidende Gericht gebunden und an einer abweichenden Entscheidung der rechtskräftig entschiedenen (Vor-) Frage gehindert. Die Rechtskraft eines Urteils beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, d.h. auf die Rechtsfolge, die auf eine Klage oder Widerklage aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluß der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet (BGH NJW 1983, 2032).

67 *M. Sachs*, S. 66 ff. - Diese Auffassung ist offenbar schon in BVerfGE 1, 89/90 zugrunde gelegt.

68 *H.H. Klein*, S. 698; *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 406; *E. Klein*, S. 438 ff.

69 Nach Art. 13 Abs. 2 WeimRVerf konnte die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen, wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber bestanden, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar war. Das Reichsgesetz zur Ausführung des Artikels 13 Abs. 2 der Reichsverfassung vom 8.4.1920 (RGBl. S. 510) begründete die Zuständigkeit des Reichsgerichts für diese abstrakte Normenkontrolle im bundesstaatlichen Verhältnis und bestimmte in § 3 Abs. 2, daß die Reichsregierung die Entscheidung ohne Begründung im Reichsgesetzblatt zu veröffentlichen habe, und weiter in § 3 Abs. 3: „Die Entscheidung hat Gesetzeskraft“. Dazu *G. Anschütz*, Kommentar, 14. Aufl., 1933, Art. 13, Anm. 5; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte, IV, 1981, S. 562 f.; *K. Schlaich*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 128. - Der Entwurf des Reichsministers des Innern für ein Gesetz über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts blieb erfolglos; Reichstag III. Wahlperiode 1924/26 Drucks. Nr. 2855, erneut eingebracht: Reichstag IV. Wahlperiode 1928 Drucks. Nr. 382. Die Normenkontrollentscheidungen des Staatsgerichtshofes über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit einer Norm mit der Verfassung sollte „Gesetzeskraft“ haben. Nach der Begründung des Entwurfs sollte der Ausdruck „mit Gesetzeskraft“ besagen, daß die Feststellung mit allgemeiner Wirkung, nicht nur mit Wirkung für den Einzelfall getroffen werde. Vgl. *P. Badura*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 333 f.

13. Präjudizielle Rechtsbildung I: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsfreiheiten

Die Bedeutung und die Bindungswirkung der präjudiziellen Rechtsauffassungen des Bundesverfassungsgerichts beruhen technisch auf § 31 Abs. 1 BVerfGG. Die Mißachtung dieser Bindungswirkung durch ein Gericht stellt schon für sich einen Verstoß gegen die in Art. 20 Abs. 3 GG statuierte Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht dar⁷⁰. Der überragende Einfluß der verfassungsgerichtlichen Praxis auf die deutsche Rechtsordnung, hauptsächlich die tiefgestaffelte Entfaltung und „Verwirklichung“ der Grundrechte, ist allerdings fast durchgehend ohne ausdrückliche Inanspruchnahme dieser Bindungswirkung zustande gekommen. Die sehr eingehenden Auseinandersetzungen über die verschiedenen Fälle und Fallgruppen haben sich glücklicherweise ganz überwiegend auf die sachliche Akzeptierbarkeit und die juristisch-dogmatische Vernünftigkeit der Rechtsauffassungen des Gerichts bezogen, nicht auf eine Abgrenzung „bindender“ und „nicht bindender“ Rechtsauffassungen oder „Grundsätze für die Auslegung der Verfassung“.

Ein exemplarisches Feld für die präjudizielle Rechtsbildung im Verfassungsrecht sind die Wirtschaftsverfassung und die Wirtschaftsfreiheiten. Das Bundesverfassungsgericht hat sehr früh entschieden den Standpunkt bezogen, daß das Grundgesetz eine bestimmte Wirtschaftspolitik oder wirtschaftspolitische Ordnung weder vorschreibe, noch selbst materiell enthalte. Kraft seiner „wirtschaftspolitischen Neutralität“ überlasse das Grundgesetz die Ordnung und Gestaltung des Wirtschaftslebens dem Gesetzgeber, der hierüber innerhalb der ihm durch die Verfassung gezogenen Grenzen frei zu entscheiden habe, ohne dazu einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation zu bedürfen⁷¹.

Für die Frage, welche Anforderungen und Grenzen dem Verfassungsrecht für die wirtschaftspolitische Gesetzgebung entnommen werden können, ist ein zweiter Auslegungsgedanke des Gerichts von zentraler Bedeutung, den man als „personale Grundrechtsdoktrin“ bezeichnen könnte⁷². Der geschichtliche und verfassungspolitische Ausgangspunkt, daß die Grundrechte „in erster Linie dazu bestimmt“ seien, „die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern“, ist zu dem restriktiven Auslegungsprinzip⁷³ fortgeführt wor-

70 BVerfGE 40, 88/94; 42, 258/260.

71 Bes. BVerfGE 4, 7/17 f.; 50, 290/336 f.

72 Vgl. P. Badura, JZ 1984, 14.

73 „Restriktiv“ ist diese Auslegung, wenn sie von dem abstrakt möglichen oder von dem dem Wortlaut nach zu erwartenden Schutzzumfang der Grundrechte aus betrachtet wird. Im Hinblick auf den hervorgehobenen „personalen“ Kern der Grundrechte dagegen hat diese Auslegung einen extensiven Schutz zur Folge, wie etwa das Urteil zum Volkszählungsgesetz 1983 zeigt.

den, daß Inhalt und Schutzkraft der Grundrechte zuerst von der Stellung und Gefährdung des einzelnen Menschen als natürlicher, privater Person und angesichts der öffentlichen Gewalt und der verschiedenen Träger sozialer Macht bemessen würden, daß das „Wesen“ der Grundrechte (Art. 19 Abs. 3 GG) die „Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten“ sei, „das eigene Leben, die Existenz, nach eigenen Entwürfen zu gestalten und über sich selbst zu bestimmen“. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit wirtschaftsordnender Gesetze ist folgerichtig unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte „primär eine solche der Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers, die der Gesetzgeber auch bei der Ordnung der Wirtschaft zu respektieren hat“⁷⁴. Die Betonung des „personalen Grundzuges“ gerade der Wirtschaftsfreiheiten, also etwa des Eigentums, der Berufsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit, im Verein mit der Maxime der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes gibt der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einen breiten Spielraum und gibt besonders der unternehmerischen Tätigkeit durch Kapitalgesellschaften nur eine abgestufte Schutzwirkung.

14. Präjudizielle Rechtsbildung II:

Die Frage des Verfassungswandels

Die Praxis im Bereich der Wirtschaftsverfassung und der Wirtschaftsfreiheiten ist nur ein Beleg dafür, daß der Verfassungsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht zur Anwendung der Verfassungsprinzipien und der in den Grundrechten angelegten „Wertentscheidungen“ ein nicht unbeträchtliches Moment der gestaltenden Verfassungsbildung eignet – und nach der Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit eignen muß⁷⁵. Die Grenze der präjudiziellen Rechtsbildung durch Auslegung zur Rechtsfortbildung und zum „Verfassungswandel“⁷⁶ ist fließend. Es ist gut möglich, Verfassungsauslegung und Verfassungswandel als „ungeschriebene“ Verfassungsentwicklung von der Verfassungsänderung durch Gesetz (Art. 79 GG) zu unterscheiden⁷⁷. Dennoch behält es für die Rationalität der im Einzelfall zu findenden Entscheidungen seinen guten Sinn, den „Bedeutungswandel“ einer Verfassungsbestimmung⁷⁸ von dem Fall zu trennen, daß die Verfassungsbe-

74 BVerfGE 7, 198/204 f.; 50, 290/337, 340, 347 f., 353 ff.; 61, 82/100 ff.

75 Hierzu und zum folgenden: Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, S. 39 f.

76 K. Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 123.

77 Dazu bes. B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982.

78 Das BVerfG hat in zwei schon lange zurückliegenden Entscheidungen den allgemeinen Satz aufgestellt, eine Verfassungsbestimmung könne „einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht voraussehbare Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamt Ablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“ (BVerfGE 2, 380/401; 3, 407/422).

stimmung von vornherein ein breites Bedeutungsspektrum umfaßt. Verschiebungen, z.B. im föderativen System, die sich innerhalb des Rahmens einer von vornherein auf Offenheit und Elastizität angelegten Verfassungsordnung vollziehen, die es ermöglicht, unterschiedlichen und wechselnden Bedürfnissen zu entsprechen, sind keine Verfassungswandlungen im eigentlichen Sinn.

Von Verfassungswandel wird gesprochen, wenn eine von sozialen oder politischen Veränderungen abhängige Praxis Verfassungsbestimmungen inhaltlich ändert, ohne daß der Text der Verfassungsbestimmung ausdrücklich abgeändert wird. Verfassungswandel ist ein Vorgang der Rechtsbildung, ein durch die Verfassung selbst hervorgerufener und gesteuerter Vorgang der Rechtsfortbildung. Dieser Vorgang wird substantiell durch die Gesetzgebung bestimmt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bringt ihn aufgrund ihrer prüfenden, kontrollierenden und maßstabsgebundenen Aufgabe zum Ausdruck. Es wird nicht allein durch neue Fakten oder Vorstellungen ein neuer, anderer Rechtssatz geschaffen; denn Grund und Leitmaß der gewandelten Regelung ist die Verfassung selbst. Die ordnende und begrenzende Funktion der Verfassung soll sich gerade im Wandel der Verhältnisse durchsetzen. Das ist nur möglich, wenn die jeweils abzuleitenden Rechtsfolgen diesem Wandel Rechnung tragen. Damit ist zugleich auf die Grenzen eines verfassungsrechtlich möglichen Verfassungswandels hingewiesen.

Die Erscheinung des Verfassungswandels fügt sich - so betrachtet - in das allgemeine Bild der Aufgabenteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ein, das die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht prägt. In der parlamentarischen Demokratie ist die substantielle Triebkraft der Verfassungsfortbildung das gesetzgebende Parlament. Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat eine überwachende, korrigierende oder bestätigende Funktion. Sie läutert und formt die im politischen Prozeß wirksamen Erscheinungen der Rechtsbildung.