



This text is a preprint of:

Stephan Pötters/Ralph Christensen, Das Unionsrecht als Hybridform zwischen case law und Gesetzesrecht, in: Juristenzeitung, 2012, S. 289 – S. 297.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Pötters, Stephan (2012): "Das Unionsrecht als Hybridform zwischen case law und Gesetzesrecht " In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Juristenzeitung, (2012): S. 289 – S. 297.)

WissMit *Stephan Pötters*, LL.M. (Cambridge) und Dr. Dr. *Ralph Christensen*

Das Unionsrecht als Hybridform zwischen *case law* und Gesetzesrecht

In Europa wird häufig Gesetzes- und Fallrecht gegenübergestellt und bestimmten Rechtskreisen zugeordnet. Mit einer abstrakten Entgegensetzung verdeckt man aber die wichtige Dynamik der Annäherung von Rechtskulturen im europäischen Rechtsraum. Sowohl Fallrecht als auch Gesetzesrecht sind intern komplexer als der erste Anschein vermuten lässt. Beide arbeiten von verschiedenen Seiten an dem Problem, gelungene Entscheidungen zu einer immer vorläufigen Regel zu verknüpfen. Dies wird in der unionsrechtlichen Methodik besonders deutlich.

I. Working in the chain gang¹ – Die Methodik der Entscheidungsfindung des EuGH

Zu Beginn war das Europarecht stark von der französischen Tradition geprägt. Wenn man nur die sehr knappen Begründungen des EuGH und die Arbeit der Generalanwälte betrachtet hat, konnte man das typische Gesetzesdenken als Anwendung autoritär vorgeordneter Regeln unterstellen. Mittlerweile kann man beim EuGH einen starken Fallbezug und das Denken in Entscheidungsketten sehen. Die apodiktische Form früherer Verdikte ist ausführlichen Begründungen gewichen, die im Stile angelsächsischer Jurisprudenz die unterschiedlichen Positionen vor dem Hintergrund einer Kette von Präzedenzfällen verknüpfen.² Diese Entwicklung verwundert nicht, denn ursprünglich wurde die Gemeinschaft allein von Staaten gegründet, die dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis des *civil*

¹Vgl. zu diesem Bild „*chain gang*“ als Verkettung von Entscheidungen *Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, Weilerswist 2011, S. 156, Fn. 7.

²S. exemplarisch EuGH v. 3.9.2008 – Rs. C-402/05 P u.a., Slg. 2008, I-6351 (Kadi).

law zuzurechnen sind.³ Viele der Mitgliedsstaaten, die dann im Laufe der Zeit der Gemeinschaft beigetreten sind, werden hingegen vom System des *common law* geprägt.⁴ Die Arbeit des einflussreichen britischen Generalanwalts *Jacobs* war etwa durch einen klaren *case-law*-Ansatz geprägt.⁵ Die Integration dieser beiden Rechtskreise im Rahmen der Union beeinflusst also auch die Methodik der Rechtsfindung.

Gerade im Primärrecht, das sich durch einen besonders hohen Abstraktionsgrad auszeichnet, stellt das Rekurrenieren auf Präzedenzfälle einen wesentlichen Teil der methodischen Arbeit des EuGH dar. Zu denken ist beispielsweise an die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten (häufig zitierte Entscheidungen sind etwa *Dassonville*⁶, *Cassis de Dijon*⁷ und *Keck*⁸) oder der Unionsgrundrechte⁹. Sollen Grundfreiheiten und Grundrechte in einen gerechten Ausgleich gebracht werden, wird stets die Entscheidung *Schmidberger*¹⁰ zitiert. Das Urteil *Francovich*¹¹ steht synonym für den Schadensersatzanspruch bei fehlerhafter Richtlinienumsetzung und Aussagen zu Strukturprinzipien des Unionsrechts wie Vorrang und unmittelbare Anwendbarkeit sind kaum ohne einen Verweis auf die Leitentscheidungen *Van Gend & Loos*¹² und *Costa/ENEL*¹³ denkbar. Die Liste an Beispielen für Problemfragen des Unionsrechts, bei denen die Rechtsfindung primär mittels Rekurs auf Präzedenzfälle denn auf geschriebenes Recht erfolgt, ließe sich beliebig fortsetzen.

Rein quantitativ betrachtet ist der Verweis auf eigene Präjudize gar das dominierende Argument in der Rechtsprechung, das noch weit häufiger verwendet wird als Wortlautargumente.¹⁴ Im Jahrgang 1999 etwa verwies der EuGH insgesamt 1199 Mal auf eigene Präzedenzfälle und verwendete diese Argumentationsform damit zehn Mal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.¹⁵ Nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ ist dieser *case law*-Ansatz von zentraler Bedeutung.¹⁶

³S. auch GA *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-331/05, Slg. 2007, I-5475, Rn. 84 ff. (Internationaler Hilfsfonds/Kommission).

⁴Neben dem Vereinigten Königreich und Irland sind etwa auch kleine Mitgliedsstaaten wie Malta oder Zypern dieser Rechtsfamilie zuzuordnen.

⁵S. beispielhaft GA *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179 (Leclerc-Siplec).

⁶EuGH v. 11.7.1974 – Rs. 8/74, Slg. 1974, 837.

⁷EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, 649.

⁸EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 u. a., Slg. 1993, I-6097.

⁹Hier werden häufig die grundlegenden Urteile *Internationale Handelsgesellschaft* (EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125) und *Stauder* (EuGH v. 12.11.1969 – Rs. 29/69, Slg. 1969, 419) zitiert.

¹⁰EuGH v. 12.6.2003 – Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

¹¹EuGH v. 11.1991 – Rs. C-6/90 u.a., Slg. 1991, I-5357.

¹²EuGH v. 5.2.1963 – Rs. 26/62, Slg. 1963, 1.

¹³EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1141.

¹⁴S. hierzu *Dederichs*, *EuR* 2004, 345, 346 ff.; ausführlich *dies.*, *Die Methodik des EuGH*, Baden-Baden 2004, passim.

¹⁵*Dederichs*, *Die Methodik des EuGH*, Baden-Baden 2004, S. 106.

¹⁶*Dederichs/Christensen*, *Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen*, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH, in: F.

Dies führt jedoch nicht dazu, dass das Unionsrecht als *common law* im engeren Sinne zu qualifizieren wäre. Die das *common law* charakterisierende *stare-decisis*-Regel¹⁷ (genauer: *Stare decisis et non quieta movere*), also die grundsätzliche Bindung an Präzedenzfälle¹⁸, gilt im Unionsrecht gerade nicht.¹⁹ Aufgabe des EuGH ist gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Der Begriff „Recht“ im Sinne dieser Vorschrift umfasst alle verbindlichen geschriebenen und ungeschriebenen Normen des Unionsrechts, nicht aber Urteile des EuGH selbst.²⁰ Der EuGH ist also nicht formal an seine früheren Urteile gebunden²¹ und kann etwa eine Vorabentscheidungsfrage, die bereits Gegenstand einer früheren Entscheidung war, anders beantworten, wenn in einem späteren Verfahren neue Gesichtspunkte ein solches Ergebnis rechtfertigen.²² Treffend fasst die Generalanwältin *Trstenjak* zusammen: „Urteile sind Ausdruck der Auslegung, die die Gemeinschaftsgerichte dem Recht geben, doch dürfen sie nicht mit dem Recht selbst verwechselt werden. Die Präzedenzwirkung von Urteilen ist kein der Gerichtsbarkeit der Union innewohnendes Merkmal. Obwohl die Gemeinschaftsgerichte im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich um eine kohärente Auslegung des Rechts bemüht sind, steht die allgemeine Struktur sowohl der Gemeinschaftsrechtsordnung als auch der Gerichtsbarkeit einer Bindung der Gemeinschaftsgerichte an ihre frühere Rechtsprechung entgegen.“²³

Gleichwohl lässt sich in der Rechtsprechungspraxis des EuGH eine starke Orientierung an vorangegangenen Verdikten nicht von der Hand weisen²⁴, zumal

Müller/Burr, *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 287 ff. mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH; vgl. ferner zu Parallelen im nationalen Recht mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGHSt *Kudlich/Christensen*, *Die Methodik des BGH in Strafsachen*, Köln, München 2009, S. 37 ff.

¹⁷S. hierzu allgemein *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 253 ff.; s. ausführlich *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press 2008; *Cross*, *Precedent in English Law*, 3. Aufl. 1977; *Arnull*, *Interpretation and Precedent in European Community Law*, in: *Adenas/Jacobs* (Hrsg.), *European Community Law in the English Courts*, 1998, S. 130 ff.; *Prime/Scanlan*, *Civil Justice Quarterly* 2004, 212.

¹⁸Dabei ist freilich nur die *ratio decidendi* bindend, nicht aber *obiter dicta*, s. hierzu aus dem britischen Recht *Rondel v. Worsley* [1969] 1 AC 191.

¹⁹So ausdrücklich GA *La Pergola* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-2685 (Sürül); s. instruktiv *Arnull*, *CMLRev* 1993, 247; vgl. ferner *Guillaume*, *Journal of International Dispute Settlement* 2011, 5, 13 f.; *Coutron*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2009, 643; *Jones/Sufrin*, *EU Competition Law*, 4. Aufl. 2011, S. 101.

²⁰Treffend GA *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-331/05, Slg. 2007, I-5475, Rn. 84 ff. (Internationaler Hilfsfonds/Kommission).

²¹Andererseits weist GA *Warner* in den Schlussanträgen in der Rs. 112/76, Slg. 1977, 1658, 1662 f. (Manzoni/FNROM) darauf hin, dass die nationalen Gerichte die Urteile des EuGH als bindend zu beachten haben, so dass „alle Gerichte in der Gemeinschaft mit Ausnahme des Gerichtshofes selbst an die tragenden Gründe (*ratio decidendi*) einer Entscheidung des Gerichtshofes gebunden [sind].“

²²So GA *La Pergola* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-2685 (Sürül); vgl. EuGH v. 03.04.1968 – Rs. 28/67, Slg. 1968, 211 (Molkerei-Zentrale Westfalen/Hauptzollamt Paderborn); s. auch *Arnull*, *CMLRev* 1993, 247, 248 f.

²³GA *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-331/05, Slg. 2007, I-5475, Rn. 84 ff. (Internationaler Hilfsfonds/Kommission).

²⁴Vgl. ausführlich *Coutron*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2009, 643; *Arnull*, *CMLRev*

sich *common law* und *civil law* immer stärker aneinander annähern.²⁵ Gerade in internationalen Gemeinschaften wie der EU, die Mitgliedsstaaten beider Systeme haben, findet sich oft ein gemischter Ansatz.²⁶ Die Fälle, in denen der EuGH seine bis dato ständige Rechtsprechung aufgab, sind – trotz Fehlens einer *stare-decisis*-Regel – äußerst selten.²⁷ Die Erkenntnis, dass der EuGH zu einem nicht unwesentlichen Teil sich auf *case law* stützt, wird allerdings häufig auch als Vorwurf formuliert, er setze Autorität an die Stelle von Rationalität.²⁸ Aber diese Einschätzung ist nicht zutreffend. Weder ist Gesetzesrecht ein Denken in autoritären Regeln, noch ist das Fallrecht ein Denken ohne den Horizont einer Regel, und schon gar nicht handelt es sich bei der Vermittlung von Gesetz und Fall um Kadijustiz.

Die methodische Annäherung des EuGH an ein System des Fallrechts ist auch aus nationaler verfassungsrechtlicher Sicht und vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung unbedenklich. Insofern ist zu berücksichtigen, dass richterrechtlich entwickelte Grundsätze Teil des unionsrechtlichen Besitzstandes, des *acquis communautaire* sind²⁹, der von jedem beitrtrittswilligen Staat angenommen werden muss (vgl. Art. 20 Abs. 4 EUV). Dies stützt das Vorhandensein einer starken *case-law*-Dimension innerhalb des Unionsrechts als *civil law*. Als Teil des *acquis* sind die Leitlinien der Fallpraxis zudem zumindest implizit bei jeder Vertragsreform durch die nationalen Zustimmungsgesetze gebilligt worden, sodass auch vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (vgl. hierzu nunmehr ausdrücklich Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) keine Bedenken im Hinblick auf einen solchen methodischen Ansatz bestehen. Zahlreiche Strukturprinzipien des Unionsrechts wie etwa Vorrang und Direktwirkung³⁰ oder aber auch die Anerkennung von Grundrechten als allgemeine Rechtsgrund-

1993, 247, 248; s. auch GA *La Pergola* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-2685, Rn. 36 (Sürül): „Der Gerichtshof ist zweifellos auf die Kontinuität seiner Rechtsprechung und darauf bedacht, dass seine Urteile miteinander in einem sinnvollen Zusammenhang stehen und sich nicht widersprechen.“ Vgl. ferner GA *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-331/05, Slg. 2007 Seite I-5475, Rn. 84 ff. (Internationaler Hilfsfonds/Kommission); s. auch *Jones/Sufrin*, EU Competition Law, 4. Aufl. 2011, S. 101.

²⁵Vgl. auch *Voermans*, Statute Law Review 2011, 38; *Fisch*, Journal of Contemporary Issues 2003, 93.

²⁶S. hierzu ausführlich *Xanthaki*, Legislative drafting styles: is there really a common versus a civil law divide?, 2009, passim.

²⁷Vgl. hierzu *Coutron*, Revue trimestrielle de droit européen 2009, 643; als Beispiel ist zu nennen EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 u. a., Slg. 1993, I-6097 (Keck); s. auch GA *La Pergola* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-2685, Fn. 35 (Sürül): „Die Fälle, in denen der Gerichtshof ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt ist, sind ebenso selten wie berühmt.“

²⁸S. *Ossenbühl*, DVBl 1993, 553, 761 f.

²⁹S. zum *acquis* und seinen einzelnen Bestandteilen *Schulze*, ZEuP 2007, 731; vgl. auch die Übersicht auf der Homepage der Kommission, abrufbar unter http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accesion_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croat (Stand: 12.01.2012): „Der Besitzstand entwickelt sich ständig weiter und umfasst: den Inhalt, die Grundsätze und die politischen Ziele der Verträge, auf denen die Union beruht; die gemäß den Verträgen erlassenen Rechtsvorschriften und Beschlüsse sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofs [...]“

³⁰EuGH v. 5.2.1963 – Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos); EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (Costa/ENEL).

sätze des Unionsrechts³¹ können mithin als auf Präjudizien beruhendes und bis heute nur teilweise positiviertes Richterrecht ebenso Geltung beanspruchen wie das geschriebene Unionsrecht. Entsprechende Leitentscheidungen sind bereits vor mehr als 40 Jahren ergangen. Die Mitgliedsstaaten haben also zahlreiche Gelegenheiten verstreichen lassen, die Rechtsprechungspraxis des EuGH durch Einfügen eines entsprechenden expliziten Passus in die Verträge zu korrigieren und solchen auf Präzedenzfälle gestützten Entwicklungen Einhalt zu gebieten. Sie haben es freilich nie getan, sodass sie durch ihr Schweigen implizit die extensiven Auslegungsergebnisse des EuGH gebilligt haben und diese sich nun nahezu unumstößlich verfestigen konnten.

Mit der Verknüpfung von Gesetz und Fallreihen wird aber im Unionsrecht nur sichtbar, was in beiden Traditionen schon angelegt ist. Grundlage dafür ist die Semantik der vom Recht verwendeten Sprache. Wenn man diese beschreiben will, muss man Gebrauchsbeispiele sammeln und vorsichtig systematisieren. Deswegen kann weder die Regel den Fallreihen entkommen, noch das Fallrecht der Regel. Einseitigkeiten müssen notwendig scheitern.

II. Regulismus oder die Überschätzung der Regel

Regulismus ist nach *Brandom*³² die Vorstellung, dass unser Sprechen von Regeln angeleitet sei. Diese Vorstellung führt in Schwierigkeiten, die man in den entsprechenden juristischen Denkweisen deutlich sehen kann.

Die Sprache des Gesetzes soll es nach weit verbreiteter Vorstellung ermöglichen, eine Entscheidung „im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes“³³ zu treffen. Man erwartet also von der Semantik, dass sie stabile Bedeutungen als Grundlage der Auslegung liefert. Rechtsanwendung erscheint dann als Regelbefolgung: Die Wendungen im Normtext führen zu „Wortgebrauchsregeln“.³⁴

So will man also einen normativen Maßstab für die juristische Textarbeit einführen, der dem entscheidenden Gericht entzogen ist. Seine normative Kraft soll sich daraus ergeben, dass er dem Sprachgebrauch Grenzen des Korrekten vorzeichnet. Es wird die vorgängige Existenz einer Regel angenommen, mit der sich jeder Gebrauch beurteilen lässt. Daher postuliert die herkömmliche Lehre

³¹S. grundlegend EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft) sowie EuGH v. 12.11.1969 – Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 (Stauder); vgl. zum weitreichenden Einfluss der Unionsgrundrechte aus jüngerer Zeit EuGH v. 19.01.2010 – Rs. C-555/07, NJW 2010, 427 (Küçükdeveci). S. ausführlich zur Entwicklung der Grundrechtsdogmatik *Terhechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 25 ff.

³²Vgl. zum Gegensatz zwischen Regulismus und Regularismus *Brandom*, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, S. 56 ff., S. 66 ff., S. 79 ff., S. 81 ff.

³³Vgl. *H.-J. Koch*, in: Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: *ders.*, Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt am Main 1977, S. 15 ff., 58 ff.

³⁴*Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden 2004, S. 72.

eine „Externalität der Sprache für das Recht“.³⁵ Das heißt, die Sprache operiert als Rechtfertigungsinstanz über den juristischen Argumenten. Die Semantik wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Man glaubt an die „Steuerungsfähigkeit der Sprache“³⁶ und des näheren an die „Steuerungskraft der Semantik“.³⁷

Die juristische Vorstellung der Semantik ist aber praktisch nicht einlösbar.³⁸ Wenn man den geforderten Nachweis führen will, kommt man in den unendlichen Regress.³⁹ Kein Weg zur Erfassung sprachlicher Bedeutung ist unfehlbar. Die Behauptung der Regel bedarf ihrerseits der Rechtfertigung durch den Nachweis einer korrekten Anwendung einer dafür wiederum zuständigen Regel. Statt dass sich also hier eine Grenze schließt, öffnen sich unabsehbare Horizonte.

Die Suche nach der Sprachregel führt also lediglich in den bodenlosen Abgrund einer Regelkaskade. Weil die Regel nicht verfügbar ist, bleibt den Gerichten daher gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Daraus ergibt sich die Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sprachregel des Gesetzes, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. Wie bereits oben ausgeführt, stellt etwa der Verweis auf frühere Rechtsprechung in der Entscheidungsfindung des EuGH das – zumindest quantitativ – dominierende Argument dar.⁴⁰ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht also das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt: Die Systematik wird

³⁵ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 282, sowie Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 58 ff.

³⁶ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 30. Grundsätzlich dagegen Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 128 ff.

³⁷ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 21: „Es kann in einer intersubjektiv gültigen Weise zwischen einem korrekten und einem inkorrekten Gebrauch von sprachlichen Ausdrücken unterschieden werden.“

³⁸ Im Klartext steckt darin die Einsicht des Antiregelianismus (dieser Begriff bei Stekeler-Weithofer, Sind Sprechen und Verstehen ein Regelfolgen?, in: Krämer/König (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt/M. 2002, S. 190 ff., 201 f. „dass wir im kommunikativen Handeln im Allgemeinen, im sprachlichen Handeln im Besonderen, nicht einfach vorgegebenen oder explizit ausgehandelten Regelschemata folgen.“

³⁹ Siehe schon Wittgenstein, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt am Main 1984, S. 152 ff. Im Grunde verfällt die von Alexy und Klatt vorgenommene Figurierung des semantischen Arguments so dem Paradox dass aus der Auffassung des Regelfolgens als ein Deuten erwächst. Dazu Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, §§ 201 f.

⁴⁰ Vgl. ausführlich Dederichs, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, passim.; vgl. aus dem nationalen Recht zur Methodik des BGHSt Kudlich/Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln München 2009, S. 37 ff.

vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.⁴¹

III. Regularismus oder die Überschätzung der Entscheidung

Kommen wir damit also vom Gesetzespositivismus zum Richterpositivismus? Das wäre dann die Ersetzung der Sprachregel des Gesetzes durch das Handeln des Richters; wir kämen also vom Regularismus zu einem anderen Extrem, dem Regularismus. Hier definiert nicht die Regel das Handeln, sondern das Handeln die Regel.⁴²

Die Sprachregel des Gesetzes verschafft der Rechtserkenntnis keine sichere Grundlage. Deswegen ließ bereits *Carl Schmitt* den Richter einspringen.⁴³ Damit wäre die Entscheidung des Richters zugleich das Resultat und das Kriterium seiner Richtigkeit. Es wird die Gesetzmäßigkeit einer Entscheidung von der Voraussetzungs- auf die Folgenseite verschoben.⁴⁴ Nicht mehr die Entscheidung ist richtig, welche gesetzesmäßig ist, sondern nun ist eine Entscheidung gesetzesmäßig, weil sie richtig ist. Die Entscheidung orientiert sich nicht am Inhalt des Gesetzes, sondern am anderen Richter: „Eine richterliche Entscheidung ist heute dann als richtig anzusehen, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte.“⁴⁵

Aber was soll man sich denn unter dem „anderen Richter“ genau vorstellen? *Schmitt* selber beschreibt ihn als den „empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen“⁴⁶, was eine interessante Wortmischung darstellt. Während der Begriff „empirisch“ den Eindruck vermittelt, es gehe um einen Abgleich mit den anderen Richtern, spricht der Begriff des „Typus“ für eine normative Betrachtung. Sowohl normative als auch deskriptive Interpretationen scheinen möglich. *Schmitt* schließt zunächst die normative Lesart aus, indem er erklärt, dass der andere Richter „nicht im Sinne eines Idealtypus, nicht qualitativ-teleologisch“⁴⁷ verstanden werden kann. Aber auch auf die empirische Lesart will er sich nicht

⁴¹Vgl. auch *Augsberg*, Methoden des Europäischen Verwaltungsrechts, in: *Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Baden Baden 2011, S. 147 ff., 153.

⁴²Vgl. zu diesem Begriff *Brandom*, Expressive Vernunft, Frankfurt am Main 2000, S. 66 ff., S. 81 ff.

⁴³*C. Schmitt*, Gesetz und Urteil, München 1969 (unveränderter Nachdruck des Werkes von 1912), S. 32. „Der Richter soll nach der herrschenden Anschauung in jeder Station seines Tuns einem Befehl gehorchen, dessen Inhalt er meistens selber festzustellen hat. Woraus sich zwingend ergibt, daß die Beurteilung dieser Feststellung, die Frage nach ihrer Richtigkeit, sich aus dem Befehl selbst, dessen Inhalt erst durch sie gefunden werden soll, nicht beantworten läßt.“

⁴⁴Infolge des Zirkelschlusses betrachtete *Schmitt* die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung als Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung für unbrauchbar, *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, München 1969 (unveränderter Nachdruck des Werkes von 1912), S. 39.

⁴⁵*C. Schmitt*, Gesetz und Urteil, München 1969 (unveränderter Nachdruck des Werkes von 1912), S. 71.

⁴⁶*C. Schmitt*, ebd., S. 71.

⁴⁷*C. Schmitt*, ebd., S. 78 f.

festlegen: „Ein Richter, der richtig entscheiden will, hat also nicht vorher die Ansichten der andern Richter sozusagen zu kodifizieren und nun zu subsumieren.“⁴⁸ Damit aber ist die „Orientierung am anderen Richter“ inhaltslos. Es verbleibt von der Definition der richtigen Entscheidung nur noch, dass es die vom Richter intuitiv getroffene ist.

Warum gelingt es aber dem Ansatz von *Schmitt* nicht, den Begriff des „anderen Richters“ mit Inhalt zu füllen? Der Grund liegt darin, dass sich Entscheidungen nicht gut beobachten lassen. *Luhmann* hat dies als „die Paradoxie des Entscheidens“ nach dem Vorbild der Beobachtung gefasst.⁴⁹ Genau wie beim Beobachter sind „Entscheidungsparadoxien [...] unentscheidbar, weil jede Entscheidung ihr Gegenteil enthält.“⁵⁰ Die Entscheidung kann sich also nicht erfassen gerade aufgrund der Voraussetzung, getroffen werden zu können und zu müssen. Ähnliches ist schon bei ihrer Charakterisierung als Alternative spürbar, indem diese zugleich das gleichermaßen Mögliche, also von der Entscheidung Betroffene, „Eingeschlossene“ und das gegenüber dem anderen nur eine Wirkliche bezeichnet, also den von der Entscheidung getroffenen „Ausschluss“. Und solche Alternativen sind genau die Unterscheidungen, die sich der Entscheidung als Beobachtung verdanken. „Die Form ‚Alternative‘ ist also diejenige Form, die eine Beobachtung zu einer Entscheidung macht. Die Entscheidung bezeichnet diejenige Seite der Alternative, die sie präferiert.“⁵¹ So weit, so gut. Aber das Problem wird virulent mit der Frage, „wie denn die Entscheidung sich zu der Alternative verhält, innerhalb derer sie eine der Möglichkeiten zu bezeichnen hat.“⁵² Denn die Antwort kann nur lauten, „dass die Entscheidung selbst in der Alternative gar nicht vorkommt. Die Entscheidung ist nicht etwa eine der Möglichkeiten, die man wählen kann [...]“.⁵³

Genau wie sich die Beobachtung nicht beobachten kann, kann die Entscheidung sich nicht entscheiden. Und hier droht sich nun jener Abgrund zu öffnen, über den nach *Schmitt* nur der dezisionistische Sprung helfen kann. Aber jede Entscheidung macht deutlich, dass auch anders hätte entschieden werden können. Deswegen braucht sie die Hilfe der Begründung. Diese stellt eine Hilfssemantik dar und ist als Supplement der ideale Ansatzpunkt einer Dekonstruktion.⁵⁴ Argumentation „besitzt für die Entscheidung selbst keinerlei Bedeutung und deckelt nur nachträglich das Begründungsloch.“⁵⁵ Stabilität des Rechts soll garantiert werden, indem man die Entscheidung von der Argumentation im Verfahren und auch ihrer Zusatzsemantik, dem Supplement der Begründung,

⁴⁸ *C. Schmitt*, ebd., S. 78.

⁴⁹ Dazu *Luhmann*, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 123 ff.

⁵⁰ *Luhmann*, ebd., S. 131.

⁵¹ *Luhmann*, ebd., S. 131 f.

⁵² *Luhmann*, ebd., S. 133.

⁵³ *Luhmann*, ebd., S. 134.

⁵⁴ Vgl. zum Sprachgebrauch „Zusatzsemantik oder Supplemente“ *Luhmann*, *Metamorphosen des Staates*, in: *ders.* *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

⁵⁵ *Wirtz*, *Entscheidung*. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: *Koschorke/Vismann* (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 175 ff., 182 f.

radikal abtrennt.

Die Begründung und damit die Argumentation lässt aber die feste Regel des Rechts nicht unangetastet, sondern verschiebt sie: "Dies Dilemma des Einschlusses des Ausgeschlossenen, dies Problem des Systemgedächtnisses, das auch die nichtaktualisierten Möglichkeiten festhält, wird als Text verbreitet. Das multipliziert die Möglichkeiten, den Text anzunehmen oder abzulehnen, das heißt: die Entscheidung als Prämisse für weitere Entscheidungen zu verwenden – oder auch nicht. Die Information, also die konstative Komponente des Textes, die besagt, dass der Text kraft seines Ursprungs verbindlich ist, besagt noch nicht, dass er im weiteren Verlauf als verbindlich behandelt wird."⁵⁶ Man muss die Differenz zwischen der Entscheidung als Behauptung von Recht und ihrer Kommunikation als Entscheidung, die auch anders sein könnte, ernst nehmen. Das performative Element der Entscheidung lässt sich vom konstativen Element der behaupteten Rechtserkenntnis nicht festbinden. Darin liegt eine Stärke des Rechts. Es kann sich damit an gesellschaftlichen Strukturwandel anpassen. Die Begründungstexte der Gerichte speichern nicht einfach Vergangenheit, um sie der Gegenwart als mit sich identischen Sinn zur Verfügung zu stellen, sondern sie halten nicht aktualisierte Möglichkeiten fest und stellen sich neuen Kontexten zur Sinnverschiebung durch Lektüre bereit. Sie öffnen damit das Recht für "den unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen."⁵⁷ Die Regel bleibt also durch ihre beständige Begründung gerade nicht fest und unangetastet, sondern sie verschiebt sich und macht Metamorphosen durch. Das Recht beendet nicht den Streit der Bürger in der Stabilität der Entscheidung. Vielmehr verschieben die Streitigkeiten der Bürger ständig das Recht und zwingen es in Metamorphosen.⁵⁸

Wenn man allein im Richter den letzten Halt des Rechts sucht, wird also gerade kein fester Punkt sichtbar, sondern man findet stattdessen den ständigen Aufschub einer Regel.

IV. Die Annäherung von Gesetzesrecht und Fallrecht

Wenn aber weder das Gesetz noch der Richter feste Regeln liefern können, woraus ergibt sich dann die dem Recht eigene Objektivität? Hier muss das Zusammenspiel von Gesetz und Vorentscheidungen unter der Perspektive heutiger Semantik betrachtet werden.

⁵⁶ Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: *ders.* *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 106 f.

⁵⁷ Luhmann, *ebd.*, S. 107.

⁵⁸ Vgl. dazu auch Werber, *Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht*, in: *Wirth* (Hrsg.), *Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften*, Frankfurt am Main 2002, S. 366 ff., 381 f.

1. Man kommt nur über Präjudizien zur Normativität

Präjudizien sind zu verstehen „als Exempel richtigen fachsprachlichen Gebrauchs der einschlägigen Begriffe.“⁵⁹ Sie sind „Verweise auf die semantische Gleichbehandlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs. Diese Bestimmung der Bedeutung durch die Bezugnahme auf erhebliche Sprachverwender ist auch genau das Verfahren, das gute Wörterbücher anwenden: Sie erläutern einen Begriff durch die Heranziehung beispielhafter Verwendungen.“⁶⁰

Man kann die Situation eines Juristen, der nach der Bedeutung eines Rechtsbegriffes fragt, mit der eines Sprachwissenschaftlers, der ein Wörterbuch erstellt, vergleichen. Beide sammeln gelungene Gebrauchsbeispiele. Der Jurist macht dies mit Hilfe der Auslegungsregeln. Beispiele die ihm ohne Nachdenken einfallen, ordnet er der grammatischen Auslegung zu. Um weitere zu finden, hat er als Suchstrategien die Systematik, Entstehungsgeschichte, Vorläufornormen und Zweck. Über die Kommentare findet er Vorentscheidungen und wissenschaftliche Stellungnahmen, die diese Suchstrategien schon angewendet haben. Der Sprachwissenschaftler dagegen entwickelt einen Thesaurus je nach dem Zweck seines Wörterbuchs, um die zu Grunde gelegten *Corpora* auszuwerten. Obwohl auf den ersten Blick verschieden, machen doch beide dasselbe: Sie verknüpfen gelungene Gebrauchsbeispiele.

Präjudizien sind mithin kein Gegensatz zum Gesetz, sondern ein Weg, die Gesetzesbindung praktisch zu machen. In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.⁶¹ Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu, sondern macht sie in anderen Anwendungen indirekt sichtbar.⁶² Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert.⁶³ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst in der anderen Anwendung gewahr zu werden. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier

⁵⁹ Morlok, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur/Thürer/Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72.

⁶⁰ Morlok, ebd., S. 73.

⁶¹ Grundlegend Derrida, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, Frankfurt am Main 1991. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern/Menke, Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

⁶² Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 296. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“

⁶³ Bertram, ebd., S. 296. Blicke es aber dabei, so fielen Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“

kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben.⁶⁴ Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.⁶⁵

2. Die Bindung an Präjudizien braucht eine normative Bewertung

Kann das Recht also in den Vorentscheidungen allein gefunden werden? Die Bindung an Präjudizien ohne Gesetz wäre ein striktes System des *case law*. Wenn man das *case-law*-System jedoch genauer untersucht, steht auch hier eine Regel im Hintergrund, welche die Verkettung mit Vorentscheidungen erst ermöglicht. Diese wird allerdings nicht direkt, sondern indirekt thematisiert.

Eine mechanische Anwendung der *stare-decisis*-Regel würde dem widersprechen und zu einer Verkrustung des Rechts führen. Auch klassische Rechtsordnungen des *common law* wie etwa das Vereinigte Königreich oder die USA anerkennen daher die Möglichkeit, sich über Präjudizien hinwegzusetzen. Praktisch war das schon immer so. Explizit formuliert wird dies dagegen erst heute. Gerade die Position des britischen House of Lords (heute: Supreme Court of the United Kingdom) zeugt insofern eindrucksvoll von einem gewandelten Verständnis des Prinzips *stare decisis*.⁶⁶

Die Bindung der Rechtsprechung an Präzedenzfälle ist seit über 100 Jahren das Fundament, auf dem das Gebäude des *common law* ruht. Bereits in dem Verdikt *Beamish v Beamish*⁶⁷ aus dem Jahre 1861 hat sich diese Regel herausgebildet. Deutlich formuliert wurde sie vor allem auch von *Lord Hasbury* in der Entscheidung *London Street Tramways Co Ltd v London CC*⁶⁸; ihm zufolge können weder kritische Ansichten anderer Juristen noch ungerechte Ergebnisse im Einzelfall das Abweichen von Präjudizien rechtfertigen, denn das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden durch endgültige Entscheidungen sei höher zu gewichten.⁶⁹

Diese absolute Bindung an Präzedenzfälle war seit jeher starker Kritik seitens der Lehre ausgesetzt⁷⁰ und das House of Lords gab schließlich spätestens mit dem sog.

⁶⁴ Bertram, ebd., S. 297.

⁶⁵ Morlok, Der Text hinter dem Text, in: Blankennagel/Pernice/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 133.

⁶⁶ Vgl. ausführlich *Blom-Cooper/Dickson/Drewry*, The Judicial House of Lords 1876-2009, Oxford 2009, passim.

⁶⁷ (1861) 9 HL Cases 274, 338-9.

⁶⁸ [1898] AC 375.

⁶⁹ *London Street Tramways Co Ltd v London CC* [1898] AC 375, 380. Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such an opinion is erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract injustice, as compared with the inconvenience – the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final court of appeal?"

⁷⁰ S. etwa die scharfsinnigen Ausführungen von *Lord Wright*, 1944 Cambridge Law Journal

Practice Statement aus dem Jahre 1966 seine strikte Haltung auf.⁷¹ Nachdem in diesem Beschluss eingangs noch einmal die hervorgehobene Bedeutung des Systems von Präzedenzfällen für das Recht betont wird⁷² wird hier eine Tür zur Bewertung von Präjudizien geöffnet. In den folgenden 40 Jahren nach Veröffentlichung des *Practice Statements* kam es immerhin in 21 Verfahren zu einem expliziten Abweichen von Präzedenzfällen.⁷³ Trotz der geringen Zahl ist der revolutionäre Charakter dieses Schritts nicht zu unterschätzen.⁷⁴

Bereits seit den 60er Jahren ist es also auch in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs möglich, ungerechte Ergebnisse, die bei einer schematischen Übertragung von Präjudizien zwingend wären, zu korrigieren⁷⁵ und zudem auch auf berechnete Kritik zu reagieren.⁷⁶ Damit ist das House of Lords auf die Linie des Supreme Courts der USA eingeschwenkt.⁷⁷ Dies verdeutlicht, dass sich das Fallrecht für Elemente des Gesetzesrechts öffnet. *Common law* und *civil law* nähern sich damit immer weiter aneinander an – und zwar nicht nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts, dort aber freilich besonders deutlich.

Liegt die Bindung des Richters also bei den Präjudizien? Auch Präjudizien können den juristischen Wunsch nach Instruktivität nicht erfüllen. Die Vergangenheit des Rechts ist keine vorgegebene Größe, in der die Einzelentscheidung ihren

1944, 118; vgl. auch zusammenfassend zu den diversen kritischen Standpunkten *Blom-Cooper*, 1966 and *All That: The Story of the Practice Statement*, in: *Blom-Cooper/Dickson/Drewry*, *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford 2009, S. 128, 130 f.

⁷¹Practice Statement (judicial Precedent) [1966] *Weekly Law Reports* 1234; [1966] 3 *All ER* 77; s. hierzu ausführlich *Blom-Cooper*, 1966 and *All That: The Story of the Practice Statement*, in: *Blom-Cooper/Dickson/Drewry*, *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford 2009, S. 128 ff.; *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, S. 129 ff.; *Morvay*, *ZaöRV* 1967, 735; überblicksartig *Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, 2009, S. 103 f.

⁷²“Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.”

⁷³Vgl. *Blom-Cooper*, 1966 and *All That: The Story of the Practice Statement*, in: *Blom-Cooper/Dickson/Drewry*, *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford 2009, S. 128 ff.; *Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, 2009, S. 103.

⁷⁴S. nur *Blom-Cooper*, ebd., S. 128: “The Practice Statement [...] dropped a pebble into the judicial pool that produced not merely a few ripples but also a seismic wave in English juridical thinking.”

⁷⁵Vgl. dazu auch im Kontext des positivierten Strafrechts *Lord Bingham* in der Entscheidung *R. v G* [2003] UKHL 50, in der das House of Lords seine bisherige durch die Entscheidung *R. v Caldwell (James)* [1982] A.C. 341 begründete Rechtsprechungslinie zur Interpretation des Wortes „recklessly“ im Strafrecht aufgab: “The majority’s interpretation of “recklessly” in s.1 of the 1971 Act was, as already shown, a misinterpretation. If it were a misinterpretation that offended no principle and gave rise to no injustice there would be strong grounds for adhering to the misinterpretation and leaving Parliament to correct it if it chose. But this misinterpretation is offensive to principle and is apt to cause injustice. That being so, the need to correct the misinterpretation is compelling.“

⁷⁶Vgl. wiederum *Lord Bingham* in *R. v G* [2003] UKHL 50: “I do not think the criticism of *Caldwell* expressed by academics, judges and practitioners should be ignored. A decision is not, of course, to be overruled or departed from simply because it meets with disfavour in the learned journals. But a decision which attracts reasoned and outspoken criticism by the leading scholars of the day, respected as authorities in the field, must command attention.”

⁷⁷*Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, 2009, S. 103.

fraglosen Platz findet, sonder eher eine Projektionsfläche. Ständig muss man passende und unpassende Präjudizien unterscheiden, häufig auch überzeugende und nicht überzeugende. Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selbst knüpfen. Dabei kann jede Gegenwart ihre eigene Vergangenheit erfinden und einfach weglassen, was ihr nicht passt. Manchmal steht am Anfang langer Zitatketten, die bei den Gerichten schon zum Textbaustein geronnen sind, lediglich ein *obiter dictum*. Dieses wurde nebenbei und ohne Begründung eingeführt und bildet dann die Grundlage für alle späteren Bezüge. Ganz ohne Metaphysik findet man so einen grundlosen Grund. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht aber allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich.⁷⁸ Damit bedarf der Versuch, sich in eine Kontinuitätslinie zu stellen, der normativen Bewertung.

V. Die Doppelbindung des EuGH durch Fallreihe und Gesetz

Es stellt sich die Frage, wie sich bei einer solchen Verquickung von Fall- und Gesetzesrecht die Gesetzesbindung realisiert. In der Semantik hat *Brandom* als erster die Bindung an Regeln über Vorentscheidungen erklärt. Danach ist Sprache die Verknüpfung gelungener Kommunikationserfahrungen unter mitlaufender normativer Bewertung. Für das Verständnis dieser Bewertungskomponente bezieht sich *Brandom* auf das *case-law*-System.

Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem eigenen in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt.⁷⁹ Der Richter erkennt also die Autorität der Tradition an, um selbst Autorität zu werden.⁸⁰ Aber wegen der Widersprüchlichkeit der Tradition muss seine Auswahl von den anderen Teilnehmern am Spiel bewertet werden. Seine Autorität wird von den anderen verwaltet. Für die Verwaltung der richterlichen Autorität gibt es aber keinen archimedischen Punkt, von dem aus die Welt des Richters perspektivenfrei überblickt werden könnte. Eine Verselbständigung des Richtigkeitsmaßstabs zur objektiven Wir-Perspektive lässt ein pragmatischer Ansatz nicht zu. Die Maßstäbe dazu müssen im sprachlichen Handeln selbst aufgewiesen werden. Dies ist die Rolle der normativen Komponente, welche *Brandom* als „deontische Kontoführung“ durch die anderen Sprachteilnehmer beschreibt.

Um die Bindung des Richters zu verstehen, braucht man also einen doppelten Blick: einerseits auf die Verknüpfung erfolgreicher Kommunikationsbeispiele,

⁷⁸ *Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Blankennagel/Pernice/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 133.

⁷⁹ *Brandom*, Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 1999, S. 355 ff., 377 f. Das heißt, "der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen".

⁸⁰ *Brandom*, ebd., S. 367.

das sind die Präjudizien. Und andererseits wegen deren Uneinheitlichkeit die normative Bewertung. Diese ergibt sich aus dem Gesetz und der Beobachtung der Rechtsprechung durch die Wissenschaft. Die Verknüpfung dieses doppelten Blicks sieht man gerade in der Rechtsprechung des EuGH und der daran anschließenden wissenschaftlichen Kritik sehr deutlich. Auch wenn der EuGH eine Entscheidung trifft, die der normativen Bewertung durch Kollegen und Wissenschaft nicht standhält, wird dies zum Bestandteil der Dogmatik und erscheint in den Kommentaren. So ist es auch in der Sprachwissenschaft. Auch ein abweichender Sprachgebrauch in einem wichtigen Korpus wird ins Wörterbuch aufgenommen. Allerdings wird im Vergleich mit anderen Gebrauchsbeispielen dann oft eine Markierung als Sondersprachgebrauch vorgenommen. In den juristischen Kommentaren geschieht dies dadurch, dass die fragliche Entscheidung direkt kritisiert wird oder auf Kritik hingewiesen wird. Ein Beispiel dafür ist die Pupino-Entscheidung des EuGH, worin er die dritte Säule des Gemeinschaftsrechts schon vor Lissabon vergemeinschaftet hat. Die Schranke der Argumentation des Gerichts liegt darin, dass der von Art. 249 Abs. 3 EG abweichende Wortlaut des Art. 34 EU überhaupt nicht diskutiert wird.⁸¹ Es hat sich in der Praxis des Dialogs von nationaler Gerichtsbarkeit und Gemeinschaftsgerichten bisher immer wieder gezeigt, dass solche argumentativ offenen Flanken dazu führen, dass die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens von den nationalen Gerichten in signifikant nachlassender Weise wahrgenommen wird. Da der EuGH aber auf die Kooperation mit diesen Gerichten angewiesen ist, muss er dann seine Entscheidungspraxis häufig nachbessern. Die Herabsetzung des normativen Kontostands des EuGH bei den nationalen Gerichten hat also durchaus auch praktische Konsequenzen.

Ein gelungenes Beispiel für die Entfaltung der Gesetzesbindung in Entscheidungsketten stellt demgegenüber die Rechtsprechung des EuGH zum Eingriffsbegriff in die Grundfreiheiten dar.⁸² Es wurde hier jeweils bereichsspezifisch eine Erweiterung der klassischen Diskriminierung entwickelt und der Begriff durch entsprechende Erwägungen wieder sinnvoll eingeschränkt. Normative Bewertung heißt hier, dass man vom Gesetz auf die Kompatibilität dieser Entscheidungsketten achtet. Der normative Kontostand des EuGH ist bei den nationalen Gerichten und der Wissenschaft in diesem Bereich sehr hoch. Allerdings unterliegt dieser Kontostand einer laufenden Neubewertung und kann sich ändern. Diese Änderung begründet sich meistens daraus, dass der Gesetzestext nicht ausreichend berücksichtigt wurde oder die verschiedenen

⁸¹Vgl. dazu *Ralph Christensen/Markus Böhme*, Europas Auslegungsgrenzen, in: *Rechtstheorie* 2009, S. 285 ff., S. 306; *M. V. Unger*, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, S. 46 f.

⁸²Vgl. dazu EuGH v. 11.7.1974 – Rs. 8/74, Slg. 1974, 837; EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165; EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921; EuGH v. 25.07.1991 – Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4239; EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, 649; EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 u. a., Slg. 1993, I-6097; S. nur EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard). Die Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit ging hingegen oftmals getrennte Wege, s. hierzu nur *Barnard*, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. 2010, Part IV, S. 559 ff.

Entscheidungsketten untereinander nicht kompatibel sind. Dies verdeutlicht etwa die Rechtsprechung zur Frage der Drittwirkung der Grundfreiheiten. Während die Leitentscheidung *Angonese*⁸³ im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit eine unmittelbare Drittwirkung und damit etwa auch die Bindung privater Arbeitgeber bejaht, scheut der EuGH bislang zu Recht vor einer Ausdehnung dieser neuen Rechtsprechungslinie zurück. In Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit judiziert der EuGH etwa zurückhaltend und lehnt eine unmittelbare horizontale Geltung nach mittlerweile⁸⁴ gefestigter Rechtsprechung ab.⁸⁵ Es bleibt damit im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit dabei, dass eine horizontale Wirkung allenfalls über Umwege wie einer Schutzpflichtskonstruktion⁸⁶ möglich ist, eine „echte“ unmittelbare Drittwirkung à la *Angonese* jedoch nicht anerkannt ist. Ein wichtiges Argument gegen die Übertragbarkeit der Anerkennung einer horizontalen Direktwirkung auf die Warenverkehrsfreiheit besteht darin, dass Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Private bereits durch das EU Wettbewerbsrecht (Artt. 101 AEUV ff.) einer spezielleren Regelung unterworfen sind.⁸⁷ Aus dem geschriebenen Unionsrecht ergeben sich also Strukturunterschiede die gegen eine blinde Befolgung einmal eingeschlagener Wege in der Fallreihe sprechen. Selbst bei allgemein formulierten Normen wie den Grundfreiheiten muss sich der Richter im Unionsrecht also auch der Bindung an das positive Recht unterwerfen.

Im Gegensatz zu dieser differenzierten Vorgehensweise bei der Frage der Drittwirkung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Warenverkehrsfreiheit gibt es jedoch auch Negativbeispiele, bei denen der EuGH versucht, neue und strukturell unterschiedliche Problemkreise in das Korsett nur bedingt passender Präjudize zu zwängen, um so Kontinuität zu suggerieren. Die viel gescholtenen⁸⁸ Urteile in den Rechtssachen *Viking*⁸⁹ und *Laval*⁹⁰ illustrieren eine solche Überstrapazierung

⁸³EuGH v. 06.06.2000 – Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139.

⁸⁴In eine andere Richtung wies zunächst die Entscheidung *Dansk Supermarked*, EuGH v. 22.01.1981 – Rs. 58/80, Slg. 1981, 181, 195; vgl. hierzu *Lengauer*, *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, 2011, S. 105.

⁸⁵EuGH, Rs. C-159/00, Slg. 2002, I-5031 (*Sapod Audic/Eco-Emballages*); vgl. auch bereits EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 (*Vlaamse Reisbureaus*); EuGH, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249 (*Bayer/Süllhofer*); vgl. überblicksartig zur Fallpraxis *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 6. Auflage 2003, Art. 43 Rn. 134; s. ausführlich *Ganten*, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 2010, S. 219.

⁸⁶S. hierzu EuGH v. 09.12.1997 – Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (*Kommission/Frankreich*, häufig genannt: *Spanische Erdbeeren*)

⁸⁷Vgl. hierzu *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, 4. Auflage 2011, Art. 36 AEUV Rn. 115.

⁸⁸Kritisch etwa *Supiot*, *AuR* 2009, 151; *Kocher*, *AuR* 2009, 332; *Nagel*, *AuR* 2009, 155; *Krebber*, *RdA* 2009, 224, 233; *Zwanziger*, *RdA-Beil.* 2009, 10; *Kempfen*, in: *FS Zachert*, 2010, S. 15; *Koberski/Schierle*, *RdA* 2008, 233; *Fischer-Lescano*, *Blätter für Dt. und Internat. Politik* 2009, 15; *Barnard*, *Cambridge Law Journal* 2008, 262; *Davies*, *International Law Journal* 2008, 126; *Nicol*, *Public Law* 2011, 308; *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109; *Joerges/Rödl*, *European Law Journal* 2009, 1; *Ballestrero*, *Lavoro e Diritto XXII* (2008), 371; *Wißmann*, *AuR* 2009/149, 150; *Däubler*, *AuR* 2008, 409; vgl. auch die zutreffende Kritik der GA *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-271/08, *BeckEuRS* 2010, 511233 (*Kommission/Deutschland*).

⁸⁹EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779.

⁹⁰EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767.

des *case-law*-Ansatzes. Beide Fälle betreffen im Kern eine Kollision von Grundfreiheiten und Grundrechten. Auf der einen Seite stehen die Niederlassungs- bzw. die Dienstleistungsfreiheit des Unternehmers, auf der anderen Seite die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften als Arbeitnehmervertreter. Es geht also um den Konflikt unterschiedlicher Rechtspositionen in einem horizontalen Verhältnis, denn auf beiden Seiten stehen sich Private und ihre jeweiligen wirtschaftlichen bzw. sozialen Freiheitsrechte gegenüber. Die Koalitionsfreiheit, die auch ein Streikrecht beinhaltet, ist als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts Bestandteil des Primärrechts⁹¹ und steht damit normenhierarchisch auf einer Stufe mit den Grundfreiheiten. Um den Konflikt zwischen Grundfreiheit und Grundrecht aufzulösen, hätte es einer Abwägung im Sinne praktischer Konkordanz bedurft, bei der keiner der beiden Rechtspositionen grundsätzlich ein gewisser Vorrang eingeräumt werden kann. Stattdessen unternimmt der EuGH in Viking und Laval den Versuch, diese delicate Problematik mithilfe des gängigen Bestecks zu sezieren. Er bejaht die Bindung der Gewerkschaften an die Grundfreiheiten mit einem Verweis auf die mit Walrave⁹² und Bosman⁹³ begründete Rechtsprechungslinie.⁹⁴ Er stützt sich also wohl nur auf eine erweiterte vertikale Bindung, nicht aber auf eine „echte“ unmittelbare Drittwirkung⁹⁵ und verkennt damit, dass es sich in den Fällen Viking und Laval um klassische horizontale Kollisionen handelt. Hierdurch ist dann bereits auch das nächste Problem bedingt. Im Rahmen der Rechtfertigung überträgt der EuGH in ebenfalls schablonenhaft die Aussagen von Präjudizen, die zum vertikalen Staat/Bürger-Verhältnis ergangen waren. Ansatzpunkt ist dabei die seit Cassis de Dijon⁹⁶ in nur leichten sprachlichen Abwandlungen übliche Aussage, dass eine Beeinträchtigung von Grundfreiheiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann. Der EuGH geht daher in Viking und Laval davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nur gerechtfertigt sein könne, „wenn mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.“⁹⁷ Als berechtigtes Ziel anerkennt der EuGH die Ausübung der Koalitionsfreiheit als Grundrecht – dies entspricht seit Schmidberger⁹⁸ ebenfalls ständiger Rechtsprechung. Als zwingenden Grund des Allgemeininteresses nennt er zusätzlich den Schutz der Arbeitnehmer.⁹⁹ Im Rahmen des sodann folgenden Abwägungsvorgangs konzentriert sich der EuGH aber ausschließlich auf den

⁹¹S. nunmehr ausdrücklich Art. 28 EUGRC i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EUV.

⁹²EuGH v. 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16 ff.

⁹³EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921.

⁹⁴EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 85 ff., insb. Rn. 98 (Laval); EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 33 ff. (Viking)

⁹⁵S. zum Zusammenhang zwischen dieser Rechtsprechung seit Walrave und den neueren Entscheidungen Viking und Laval auch *Temming*, ZESAR 2008, 231, 235; vgl. hierzu kritisch auch *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 112; ferner *Franzen*, in: FS Buchner, S. 231, 237.

⁹⁶EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, 649.

⁹⁷EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 75 (Viking); vgl. nahezu wortgleich EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 101 (Laval).

⁹⁸EuGH v. 12.06.2003 – Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

⁹⁹EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 77 (Viking); vgl. nahezu wortgleich EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 103 (Laval).

Arbeitnehmerschutz als Allgemeininteresse, die Koalitionsfreiheit findet hingegen keine Erwähnung mehr.¹⁰⁰ Das Bemühen um eine kontinuierliche Linie im Rahmen der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten führt hier also dazu, dass die unpassenden Maßstäbe aus dem Staat/Bürger-Verhältnis zum Tragen kommen und die Waagschale so zugunsten der Grundfreiheiten und zum Nachteil der Grundrechte vorbelastet ist.¹⁰¹ Ein solches Ungleichgewicht steht jedoch in klarem Widerspruch zum positiven Recht, denn dort stehen sich Grundrechte und Grundfreiheiten normenhierarchisch auf Augenhöhe gegenüber. Ein Rekurs auf die durch Cassis de Dijon begründete Entscheidungskette wäre daher zumindest nicht ohne gewisse Modifikationen, die den Besonderheiten horizontaler Rechtsverhältnisse Rechnung tragen würden, möglich gewesen.

Es zeigt sich also, dass ein Befolgen von Präjudizen auch im Unionsrecht einer normativen Bewertung bedarf. Man braucht also eine Verwaltung der richterlichen Autorität.

Sie liegt darin, dass "der gegenwärtige Richter [...] von den künftigen gegenüber seiner ererbten Tradition zur Rechenschaft gezogen [wird]. Denn seine Entscheidung ist für den Gehalt des fraglichen Begriffs nur insoweit wichtig, soweit dessen Präzedenzautorität von ihm oder wiederum von künftigen Richtern anerkannt wird. Wenn sie angesichts ihrer Auslegung der von ihm ererbten Tradition zu dem Schluss kommen, dass der gegenwärtige Richter falsch entschieden hat, dann besitzt die Entscheidung des gegenwärtigen Richters überhaupt keine Autorität. Die Autorität der Vergangenheit über die Gegenwart wird in ihrem Namen von der Zukunft wahrgenommen."¹⁰² Die Gegenwart unterwirft sich dem, indem sie durch ihre Begründung selbst Autorität werden will.

Die Struktur ist nicht fest, sondern ihre Einheit wird „als ob“ gesetzt und damit unabhängig von den konkreten Idiosynkrasien der Kommunikationsteilnehmer. Es gibt kein Fundament des Rechts im starken Sinne. Recht beruht auf vergangener Kommunikation und eröffnet künftige. Keine der in der Vergangenheit liegenden einzelnen Episoden ist für sich gesehen sakrosankt: „Denn die Bewertung dessen, was als Verständigung ermöglichende Tradition gilt, muss jedes Mal aufs Neue erfolgen. Einzelne Kommunikationsakte, die bisher als Teil der Tradition gegolten haben, werden eventuell im Licht neuer Äußerungen nachträglich als missglückt bewertet, andere, die bisher von der Tradition ausgeschlossen waren, nachträglich aufgenommen.“¹⁰³ Aber sie müssen sich in den Zusammenhang

¹⁰⁰Kritisch auch *Däubler*, AuR 2008, 409, 415: „Der eigentliche Abwägungsvorgang erfolgt dann erstaunlicherweise ohne Rückgriff auf das so „grundlegende“ Recht auf kollektive Maßnahmen. [...] An die Stelle des Grundrechts werden sozialpolitische Ziele der Gemeinschaft gesetzt.“

¹⁰¹S. kritisch auch *Barnard*, CLJ 2008, 262, 264: „This is balance in name, not substance. The moment collective action is found to be a “restriction” and thus in breach of Community law, the “social” interests are on the back-foot, having to defend themselves from the economic. And the Court has made it difficult to defend the social interests due to its strict approach to justification and proportionality. [...] The precedence of the economic over the social is pretty clear.“

¹⁰²*Brandom*, ebd., S. 380.

¹⁰³*Liptow*, Das Fallrecht als Modell sprachlicher Praxis, in: *F. Müller* (Hrsg.), Politik (neue)

eines „Gesetzes“ stellen lassen, welches von diesen einzelnen Episoden ebenso konstituiert wird, wie es diese konstituiert.

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte realistisch einschätzt, muss die Rechtstheorie sowohl das regulistische als auch das regularistische Verständnis und die Gesetzesbindung sprachpragmatisch verstehen. In jeder Entscheidung müssen Präjudizien als gelungene Gebrauchsbeispiele und normative Bewertung vom Gesetz her zusammenkommen. Die Gesetzesbindung realisiert sich dann als Selbstbeobachtung des Rechts durch andere Gerichte und die Wissenschaft. Erst die gelungene Verkettung macht aus den Präjudizien Recht. Dies wird auch in der Begründungsarbeit des EuGH deutlich, wenn er neben Vorentscheidungen auch die wissenschaftliche Literatur verarbeitet.

Weder Gesetz noch Richter allein garantieren das Funktionieren der Rechtsordnung. Es ist vielmehr ihr Zusammenspiel in der Vernetzung von Entscheidungen unter der Vorgabe des Gesetzes als Form, kontrolliert durch die normative Bewertung. Im Recht verbindet die gerichtliche Entscheidung den Einzelfall mit dem Gesetz, indem sie eine Regel formuliert, deren Einheit als Form unterstellt wird, ohne konkret verfügbar zu sein. Es handelt sich also um eine Praxis, die im jeweiligen Einzelakt fortgeschrieben wird, ohne dass die Einheit all dieser Akte schon verfügbar wäre. Nur so kann Recht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis entstehen. Der Zusammenhang beruht auf einzelnen Episoden. Die Menge der bereits gelungenen Kommunikationserfahrungen bildet sozusagen ein Corpus von Präzedenzfällen, der betrachtet wird, als ob er eine Einheit bilden könnte. Man versucht, die gegenwärtige Kommunikation an die Kette bereits gelungener Kommunikation anzuschließen.

Medien und die Sprache des Rechts, Berlin 2007, S. 55 ff., 66.