G. Herzig, M. Klamert, R. Palmstorfer,
R. Puff, E. Vranes, P. Weismann (Hrsg)

Europarecht und Rechtstheorie

2017

Sammlung

VERLAG ÖSTERREICH

Nomos

assoz. Prof. Dr. Günter Herzig
Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Universität Salzburg

Priv.-Doz. Dr. Marcus Klamert, MA
Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts

MMMag. Dr. Rainer Palmstorfer, LL.M.
Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Universität Salzburg

Mag. Roman Puff
Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Universität Salzburg

Univ.-Prof. Dr. Erich Vranes, LL.M.
Institut für Europarecht und Internationales Recht, WU Wien

Dr. Paul Weismann, LL.M.
Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Universität Salzburg

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber, der Autoren oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2017 Verlag Österreich GmbH, Wien
www.verlagoesterreich.at
Gedruckt in Deutschland

Satz: büro mn, 33613 Bielefeld, Deutschland
Druck: Strauss GmbH, 69509 Mörlenbach, Deutschland

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4224-0 Nomos Verlag
ISBN 978-3-7046-7399-2 Verlag Österreich

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert wesentliche Ergebnisse einer Tagung zum Thema „Europarecht und Rechtstheorie", die im Juni 2016 an der Universität Salzburg stattgefunden hat. Die Beiträge behandeln eine Reihe rechtlicher Grundfragen der Europäischen Integration, welche vom Nutzen der Rechtstheorie im Europarecht über die Bedeutung des Richterrechts im europäischen Verfassungsvergleich einerseits und die Rolle der Verfassungsvergleichung im europäischen Richterrecht andererseits, Auslegung und Rationalität in der europarechtlichen Rechtsprechung, die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die Theorie und Pragmatik der Kompetenzverteilung in der EU reichen. Die Brücke zur Rechtsdogmatik und Rechtspraxis wird in allen Beiträgen geschlagen, insbesondere auch durch einen den Tagungsband abrundenden Beitrag zu Grundfragen in der neueren Rechtsprechung des EuGH.

Die Tagung „Europarecht und Rechtstheorie" ist von Schülern und Mitarbeitern *Stefan Grillers* aus Anlass seines 60. Geburtstages im Jahr 2016 veranstaltet worden. Ihr Anliegen war es, langjährige wissenschaftliche Weggefährtinnen und Weggefährten *Stefan Grillers* zu einer Befassung mit diesem Themenkreis einzuladen, der für sein Wirken besonders kennzeichnend ist. Dem Wunsch *Stefan Grillers* entsprechend, sollte dieses Buch keine Festschrift werden, weshalb sich die Herausgeber um den Charakter eines Fachbuches bemüht haben.

Die Veranstalter der Tagung und Herausgeber dieses Buches möchten sich sehr herzlich bei den Beitragenden dieser Konferenz bedanken, insbesondere auch dafür, dass der Großteil von ihnen am vorliegenden Tagungsband mitgewirkt hat. Des Weiteren gebührt ein herzlicher Dank der Universität Salzburg für die hervorragende Unterstützung bei dieser Konferenz, allen voran Frau Univ.-Prof. Dr. *Sonja Puntscher Riekmann* für ihr großes persönliches Engagement. Ebenso danken wir dem Verlag Österreich, der die Publikation dieses Werkes übernommen hat, dem Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres für die Unterstützung bei der Veröffentlichung sowie Frau

MMag. *Daniela Führer* für ihre umsichtigen Beiträge zur Organisation und Herrn Mag. Dr. *Peter Thalmann*, M.Jur. für seinen besonderen Einsatz bei der Betreuung dieses Buchprojekts.

Salzburg und Wien, 2017

Günter Herzig
Marcus Klamert
Rainer Palmstorfer
Roman Puff
Erich Vranes
Paul Weismann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis IX

Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration 1
Matthias Jestaedt

Richterrecht im Verfassungsvergleich 19
Clemens Jabloner

Richterrecht in der europäischen Integration –
Die Rolle der Verfassungsvergleichung 47
Rudolf Streinz

Auslegung und Rationalität in der europäischen Rechtsprechung 83
Michael Potacs

Vom „rechten Maß" zum globalen Rechtsgrundsatz?
Schlaglichter in der Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .. 99
Erich Vranes

Zur Pragmatik der Kompetenzverteilung in der EU 137
Marcus Klamert

Grundfragen in der Entwicklung der neueren Rechtsprechung
des EuGH 165
Walter Obwexer

Richterrecht im Verfassungsvergleich

Clemens Jabloner

I. Einleitung 20
II. Richterrecht als rechtssoziologisches Phänomen 20
A. Der Begriff des „Richters“ 20
B. Der Richter in der Rechtsevolution 21
C. Dominanz des Richterrechts 21
D. Kausale und normative Betrachtung 22
E. Richterrecht als sprachphilosophische Notwendigkeit? 23
F. Kognitive Dissonanz 25
III. Dimensionen des Richterrechts 25
A. Vorbemerkung 25
B. Das richterliche Urteil als Rechtsnorm 25
C. Richterliche Rechtsfortbildung 26
D. Richterrecht als Rechtsquelle 28
E. Richterliches Urteil und Rechtsprechung 29
IV. Ermächtigtes Richterrecht 31
V. Richterrecht im deutschsprachigen Rechtskreis 33
A. Vorbemerkung 33
B. Schweiz 33
C. Deutschland 35
D. Österreich 37
1. Geschlossenheit der Rechtsquellen 37
2. Richterrecht als subsidiäre Rechtsquelle? 38
3. Richterrecht durch Rechtspflichten? 39
4. Richterrecht als „starke Empfehlung“ 40
VI. Andere europäische Rechtskulturen 41
A. Vorbemerkung 41
B. Frankreich 41
C. England 43
VII. Zum Schluss 44

I. Einleitung[1]

„Richterrecht" ist ein vieldeutiger, schillernder Begriff. Um von vielen Autoren *Giovanni Biaggini* zu zitieren, kann „in Anbetracht dieser verwirrenden Begriffsvielfalt ... von einer herrschenden oder gar gefestigten Terminologie nicht die Rede sein".[2] Schon deshalb und wegen der Vielzahl von Verfassungen – 47 allein in Europa[3] – bleibt ein veritabler „Verfassungsvergleich" außer Reichweite. Die Ambition dieses Beitrags kann daher nur bescheiden bleiben.[4] Wegen der notwendigen Vorklärungen wird er kopflastig ausfallen. Der Einfachheit halber werden allein die Rechtsordnungen der Schweiz, Deutschlands und Österreichs näher in den Blick genommen, mit Streiflichtern auf die Rechtskulturen Frankreichs und Englands. Aber schon das sollte zeigen, wie verschieden dem Phänomen „Richterrecht" begegnet werden kann.

II. Richterrecht als rechtssoziologisches Phänomen

A. Der Begriff des „Richters"

Eine erste Schwierigkeit liegt schon darin, die „Richter" festzumachen, von deren Produkten die Rede sein soll. Wäre der Begriff als eine Verweisung auf die jeweiligen Rechtsordnungen zu verstehen? – Keine Trivialität, verwendet doch etwa Art 6 EMRK einen funktionellen Begriff des „Tribunals". Und überhaupt: Rechtstheoretisch macht es keinen Unterschied, ob eine Richterin oder ein Verwaltungsbeamter einen Vollziehungsakt setzt.[5] Dessen ungeachtet finden wir in den positiven Rechtsordnungen eine zwar durchaus unscharfe, doch erkennbar konturierte Unterscheidung zwischen Justiz und Verwaltung vor. Vor diesem Hintergrund sollen die hier relevanten Fragen auch nicht als solche

1 Für wertvolle Unterstützung danke ich Herrn Mag. *Ulrich Wagrandl*. Die Ausführungen in den Teilen III. und IV.D. sind streckenweise bereits in *Clemens Jabloner*, Richterrecht als Rechtsquelle, in GedS Walter (2013) 185, zu finden.

2 *Giovanni Biaggini*, Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (1991) 55.

3 So viele Mitgliedsstaaten hat der Europarat.

4 *Jochen Frowein*, Grenzen der Rechtsfortbildung in rechtsvergleichender Sicht, in FS 600 Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (1986) 555 (557), erscheint die Frage nach den Grenzen des Richterrechts „zu den Ewigkeitsfragen der Jurisprudenz zu gehören", die „vielleicht abstrakt überhaupt unlösbar" bleiben.

5 Vgl *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 268, auf der Basis seines monistischen, zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht nicht wesensmäßig unterscheidenden Ansatzes.

der individuell-konkreten Vollziehung, sondern der gerichtlichen „Rechtsprechung" abgehandelt werden.[6]

B. Der Richter in der Rechtsevolution

In rechtssoziologischer Perspektive steht der Richter an jenem zivilisatorisch so bedeutsamen Punkt der Rechtsevolution, an der die für primitive Rechtsordnungen charakteristische spontane Funktion der vergeltenden Selbstermächtigung abgelöst wird. Nunmehr tritt der Richter zwischen Untat und Sanktion. Damit ist der erste Schritt der arbeitsteiligen Ausdifferenzierung der Rechtsordnung gesetzt, und zwar in der Rechtsanwendung – die Zentralisation der Vollstreckung und gar der Rechtsetzung folgt erst später.[7] Seit dieser Ausdifferenzierung begleitet uns der Dualismus des allgemeinen Gesetzes und des konkreten Urteils. Wie in einem Vexierbild fügt sich die Rechtsordnung – dem Auge des Betrachters folgend – zu zwei Bildern: Wird das Gesetz fixiert, so verkümmert der Richter zu einem Annex, zum „Mund des Gesetzes".[8] Wird aber der Richter fixiert, so erscheint sein Handeln als die eigentliche Rechtschöpfung, das Gesetz rückt an den Rand und verblasst zu einer bloßen Referenz des Richters.

C. Dominanz des Richterrechts

Deshalb sehen auch manche Rechtslehren das ganze Recht vom Richter her. *Max Weber* hat die bis heute wirksame These aufgestellt, dass das „Gewohnheitsrecht" nur eine Art Selbstdeutung des Rechts, eigentlich eine Selbsttäuschung der Juristen sei, erst durch das richterliche Urteil werde die Gewohnheit zum Recht.[9] Dies mag zutreffen, sobald die evolutionäre Zentralisation des Rechts die richterliche Stufe erklommen hat, für die Zeit davor erfolgt die Erzeugung des generellen Rechts grundsätzlich durch Gewohnheit.[10]

6 So wie selbstverständlich von *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 242.

7 Vgl im Einzelnen *Hans Kelsen*, The law as specific technique, in *Kelsen*, What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Selected Essays (1957) 246, 251. Von manchen wird der Richter sogar als „Archetyp" im Sinne von *Carl Gustav Jung* angesehen – vgl *Ludwig Adamovich*, Einwirkungen der Verfassung auf die Rechtsprechung, RZ 1993, 7, und Richter als Archetyp? Eine Klarstellung, RZ 1993, 237.

8 *Charles-Louis de Montesquieu*, L'Esprit des lois (1777) 327: *„Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce la parole de la loi."*

9 *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie (1988) 508. Anders *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 234.

10 Vgl *Kelsen* in *Kelsen*, What is Justice? 246. Man könnte sagen, dass jede neue Form der Rechtserzeugung tendenziell die frühere verschwinden lässt: So geht das Gewohnheitsrecht im Richterrecht und dieses im gesatzten Recht auf.

Verfolgt man diesen Gedanken konsequent weiter, so erscheinen freilich auch andere Grundphänomene des Rechts als bloße Illusionen und Ideologien, so ehrwürdige wie das Naturrecht, das Gelehrtenrecht und, wenn man wie im Rechtsrealismus noch weiter geht, selbst das positive – „gesatzte", also explizit gesetzte – generelle Recht.[11] Der Rechtsrealismus treibt den Kult um den Richter freilich so ins Extrem, dass er dialektisch umschlägt: In der Lehre der Critical Legal Studies wird das Recht schlechthin dekonstruiert.[12] Die so entstandene Leere kann dann nur mehr die Apotheose eines „herkulischen" Richters füllen,[13] dessen Gerechtigkeit fast als körperliches Vermögen aufgefasst wird, so wie die Heilkunst des mittelalterlichen Arztes.

D. Kausale und normative Betrachtung

Dass Richter seit jeher nicht nur urteilen, sondern auch das Recht verbessern, verführt dazu, in der Rechtsprechung schlechthin eine „Rechtsquelle" zu sehen. Dabei wird allerdings oft auf die rein kausale Funktion Bedacht genommen. In der Tat: Wo das Gesetz den Gerichten Freiräume eröffnet und die Gerichte diese Freiheit nützen, wird der Gesetzgeber gern diese Rechtsprechung adoptieren. So mündete die Judikatur des VwGH nach seiner Installierung 1875 über die Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts in die Kodifikation von 1925.[14] Aber in solchen Konstellationen ist das Richterrecht eine Quelle für den Rechtsetzer wie anderes auch, etwa rechtsdogmatische Einsichten. Ist man davon geleitet, dass das Recht zwar oft unbestimmt, aber doch objektiv vorgegeben ist[15] und nicht etwa erst im Kopf der Interpreten erzeugt wird, so kann diese kausale Verbindung allein nicht ausreichen. Es handelt sich dort also um Richterrecht als Rechtsquelle in einem anderen – unjuristischen – Sinn,[16] aber doch um einen wichtigen Gegenstand einer empirischen Rechtssoziologie. Mit Blick auf eine etwaige verfassungsrechtliche Rechtsbindung des Richterrechts kann es keinesfalls um die Rolle gehen, das Richterrecht in einzelnen Rechtskulturen tatsächlich spielt, sondern welche es auf der Grundlage der jeweiligen Verfassungen spielen soll – eine Fragestellung, die noch immer kompliziert genug ist.

11 Vgl *Alf Ross*, On Law and Justice (1958) 75. Für eine radikale Spielart des (amerikanischen) Rechtsrealismus vgl *Jerome Frank*, Law of the Modern Mind (1950) *passim*.

12 Vgl kritisch *James W. Harris*, Legal Philosophies[2] (2004) 109.

13 *Ronald Dworkin*, Law's Empire (1986) 337.

14 Zur diesbezüglich ähnlichen Entwicklung in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl *Reinhard Mußgnug*, Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in FS 600 Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 203 (208).

15 Vgl etwa *Michael Potacs*, Rechtstheorie (2015) 88.

16 *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] 239.

E. Richterrecht als sprachphilosophische Notwendigkeit?

Auf den ersten Blick quer zur Trennlinie zwischen kausaler Befundung und normativer Analyse liegt der von *Stefan Griller* unternommene Versuch, mit sprachphilosophischen Argumenten zu belegen, dass das Richterrecht gleichsam unentrinnbar sei.[17] Unter Berufung auf die Spätphilosophie *Wittgensteins* wird die Auffassung verworfen, dass sprachliche Äußerungen eine „Bedeutung" hätten, die Sprache also in einem gewissen Sinn die Wirklichkeit widerspiegle. Vielmehr käme es auf den Gebrauch an, erst im jeweiligen Sprachspiel zeige sich die Funktion der Sprache in konkreten sozialen Zusammenhängen. Dabei folgt *Griller* keinem Regelskeptizismus, sondern räumt ein, dass es einen – jeweils – nicht korrekten Gebrauch geben kann. *Griller* folgt damit keinem *anything goes*, sieht aber die korrekte Handhabung rechtlicher Bestimmungen wesentlich freizügiger als die zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidende Methodenlehre.

Nun trifft es zu, dass das Recht zwar bis zu einem gewissen Grad eine Bedeutungstheorie anordnet, wenn auf den Wortlaut abgestellt wird, zB in den Art 18 Abs 1 und 49 B-VG. Allein auf semantischer Ebene lassen sich manche Auslegungsfragen aber in der Tat nicht beantworten. Es ist daher richtig, pragmatische Überlegungen miteinzubeziehen, also den von den Umständen der Äußerung erschlossenen weiteren Sinngehalt zu finden, es ist nicht allein der Wortlaut, sondern der Sprechakt, auf den es ankommt.[18]

Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob vom Sprachgebrauch zur Zeit der Normentstehung oder der Normanwendung auszugehen ist. Hier ist *Griller* ein Anhänger der „objektiven" Interpretationsmethode, stellt also auf den Horizont der jeweiligen Rechtsanwendung ab. Gestützt wird diese Auffassung mithilfe eines interessanten Arguments, das unmittelbar an der Sprache anknüpft und das als „Unentrinnbarkeit" des jeweils neuesten Sprachgebrauchs verstanden werden kann. Am Beispiel der extensiven Judikatur des VfGH zur Erwerbsfreiheit legt *Griller* nahe, man könnte unter

17 Zum Folgenden: *Stefan Griller*, Grundlagen und Methoden des Verfassungs- und Verwaltungsrechts[4] (2015) 46.

18 Vgl *Stefan Griller/Michael Potacs*, Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in Vetter/Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 66. Indessen: Ein pragmatischer Ansatz hat die reale Kommunikation zu untersuchen und keine idealisierte zu unterstellen. Es ist daher abzulehnen, dem Rechtsetzer allein aus sprachpragmatischen Gründen „zuzusinnen", er würde widerspruchsfreies oder im Einklang mit höherrangigem Recht stehendes Recht erzeugen. Vielmehr verfügt auch der Rechtsetzer (dh die rechtsetzenden Menschen) über die Mittel der Ironie, des „double bind", der Heuchelei etc. Das bedeutet, dass bestimmte Interpretationsfiguren, wie die „horizontale" oder „vertikale" Rechtseinheit nicht schon nicht a priori zulässig sind.

dem Eindrucke einer so verfestigten Judikatur doch nicht mehr davon geleitet sein, dass die zugrundeliegende Rechtsauffassung verfehlt sei. Wir könnten heute überhaupt nicht mehr über die „Erwerbsfreiheit" sprechen, ohne diese Judikatur mitzudenken, welche „die Bedeutung der grundrechtlichen Garantie verändert" habe.[19]

Das Argument des Vorzugs der objektiven Methode lässt sich damit entkräften, dass es wiederum das positive Verfassungsrecht ist, das durch klar festgelegte Zuständigkeiten zur Rechtserzeugung zwar implizit, aber doch deutlich anordnet, welche Organe zur Rechtsänderung zuständig ist. Etwa nach dem B-VG sind dies die gesetzgebenden Organe und nur ausnahmsweise die Gerichte.[20] Mag die Unterscheidung zwischen „Auslegung" und „Rechtsfortbildung" auch linguistisch problematisch sein, so ist sie doch – so gut es eben geht – zu treffen.[21]

Das Argument der Unentrinnbarkeit schließlich, also der Hinweis auf die faktische Unmöglichkeit, einen historischen Sprachgebrauch festzustellen, mündet letztlich ja doch wiederum in eine zwar relevante, aber eben rechtssoziologische Fragestellung: Es geht dann darum, zu welchem Zeitpunkt sich die *„patterns of reference"* ändern, das heißt ab wann es in einer Rechtskultur quasi „unziemlich" wird, auf die dogmatische Inkorrektheit einer Judikatur – oder auch auf die Unhaltbarkeit von Lehrmeinungen – hinzuweisen. Zwar hat das Argument *Grillers* intuitiv einiges für sich – tatsächlich gehört ein gewisses Beharrungsvermögen dazu, rechtliche Positionen gegen den Strom zu halten – man kann die Aufgabe einer Rechtsdogmatik aber auch gerade darin sehen, auf nach Meinung der Autoren verfehlte Judikate oder Lehrmeinungen immer wieder aufmerksam zu machen. Schließlich kann jede Judikatur herausgefordert werden und jede Lehrmeinung auch wieder in ein Konjunkturtief geraten.[22]

19 *Griller,* Grundlagen 49.

20 Art 138 Abs 2 B-VG.

21 Vgl *Mandfred Herbert*, Rechtstheorie als Sprachkritik (1995) 209: „Die deskriptiven Einsichten von Wittgensteins ‚Gebrauchstheorie der Bedeutung' implizieren nicht die Unmöglichkeit, einen Text in dem vom Autor intendierten Sinn zu verstehen."

22 Die Argumentation erinnert an die Lehre *Thomas Kuhns*, The Structure of Scientific Revolutions (1962), vom Paradigmenwechsel wissenschaftlicher Auffassungen: Letztlich erfolge die Aufgabe durch einen Generationenwechsel, die Vertreter eines bestimmten Paradigmas würden einfach aussterben. Ein Beispiel dafür ist die Geltung des Legalitätsprinzip auch für die Privatwirtschaftsverwaltung: Bei *Karl Korinek/Michael Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung: verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung (1993) 69, kann man – dogmatisch wohl zutreffend –, aber als quasi empirischen Befund lesen, dass diese Frage „heute mit der herrschenden Lehre und Judikatur aus historischen und systematischen Gründen als im verneinenden Sinn gelöst betrachtet werden kann". Anekdotisch darf berichtet werden, welchen Ingrimm dieser Satz bei *Alfred Kobzina*, einem Vertreter der Gegenmeinung (von *Korinek* und *Holoubek* durchaus zitiert) hervorrief (*„Bitte sehr, ich lebe noch!"*). Vgl unverdrossen *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015) Rz 570.

23 Vgl *Thomas Olechowski*, Rechtsgeschichte[3] (2010) 139.

24 Vgl *Thomas Simon*, Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der Einleitung des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts, in Dölemeyer/Mohnhaupt (Hrsg), Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (2012) 1.

25 Vgl *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft (2011) 273.

F. Kognitive Dissonanz

Richterrecht – in seinen verschiedenen, noch zu erörternden – Dimensionen kann explizit oder implizit als Rechtsquelle vorgesehen sein. Wo dies nicht so ist, wird die Differenz zwischen der überragenden kausalen Wirkung des Richterrechts und seiner fragilen normativen Stellung als heftige kognitive Dissonanz empfunden. Dieses Unbehagen motiviert die Lehre dazu, mit unterschiedlichen Konstruktionen dem Richterrecht doch „paranormative" Qualitäten zuzusichern: Versuche, diese Spannung zu lindern, finden wir in den Argumenten der „Autorität", der „Überzeugungskraft", der „Subsidiarität", des „Gerichtsgebrauches", der „sekundären Normeffekte" – einigen dieser Konstruktionen werden wir im Folgenden begegnen.

III. Dimensionen des Richterrechts

A. Vorbemerkung

Die Crux besteht darin, dass die Rechtslehre unter dem Titel „Richterrecht" verschiedene – und daher zu unterscheidende – normative Effekte richterlicher Entscheidungen behandelt, nicht selten in unseliger Verquickung: Rechtsnormqualität, Rechtsfortbildung, Richterrecht als Rechtsquelle, Bindung der Gerichte an Vorentscheidungen, *case law*: Eine Begriffsklärung ist daher unerlässlich.

B. Das richterliche Urteil als Rechtsnorm

Zunächst geht es um die Qualität des richterlichen Urteils als Rechtsnorm. Der mit den großen Kodifikationen[23] verbundene Gesetzesprimat marginalisierte das richterliche Urteil mit der Konsequenz, in der richterlichen Tätigkeit nur eine intellektuelle, aber keine volitive Aktion zu sehen.[24] Nur mehr der Wille der Normsetzer sollte maßgebend sein. Auch die Begriffsjurisprudenz, die wiederum auf eine rein vernunftmäßige Produktion von Recht vertraute,[25] ließ der richterlichen Rechtserzeugung keinen Raum.

Diese Gleichsetzung des Rechts mit dem Gesetz ist heute überwunden, gerade die Wiener Rechtstheoretische Schule mit ihrem Bild vom „doppelten Rechtsantlitz" hat die Rechtsnormqualität der individuellen gerichtlichen Entscheidung verdeutlicht.[26] Ungeachtet der verschleiernden Terminologie – „Rechtsprechung" oder „Rechtsfindung" – hat die individuelle, das heißt an bestimmte Menschen gerichtete Entscheidung also keineswegs einen bloß deklarativen Charakter, sondern ist stets konstitutiv. Das normative Element im engsten Sinn ist dabei die im Spruch verbindlich geregelte Rechtssache. Dieser normative Kern erhält – je nach Gestaltung des Verfahrensrechts – seine normative Strahlkraft durch ein Bündel von Rechtswirkungen, die gemeinhin unter dem Begriff „Rechtskraft" zusammengefasst werden.

Dies bedeutet aber, dass es Richterrecht schon deshalb gibt, weil jede gerichtliche Entscheidung die Summe der Rechtsakte vermehrt. Weiters zeigen die im Verfahrensrecht geregelten Rechtswirkungen, dass sich das richterliche Urteil nicht allein auf die Lösung des konkreten Falls und die Adressierung ganz bestimmter Personen beschränken muss. Phänomene wie der „dingliche Bescheid" (das dingliche Urteil), die Rechtsnachfolge, die Tatbestands- und Gestaltungswirkung verwischen bis zu einem gewissen Grad den Unterschied zwischen individuell konkreten und generell abstrakten Rechtsakten.[27] Angesichts des arbeitsteiligen Aufbaus der Rechtsordnung bilden richterliche Entscheidungen in ihrem verfahrensrechtlichen Rahmen also auch eine allgemein bindende Rechtsquelle.[28, 29]

C. Richterliche Rechtsfortbildung

Häufig wird der Ausdruck „Richterrecht" im Sinne einer Ermächtigung des Gerichts zur Rechtsfortbildung verstanden.[30] Damit ist eine materielle

26 *Adolf Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, Nachdruck in Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann (Hrsg), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, I/1 (1993) 127.

27 Vgl etwa *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht[5] (2014) 310.

28 Es war daher konsequent, dass der EuGH die Vorrangwirkung auch auf individuell konkrete Akte erstreckt hat. Vgl EuGH 29.4.1999, C-224/97, *Ciola*.

29 Zu beachten ist auch, dass weitere Rechtswirkungen nicht nur an den Urteilsspruch, sondern auch an die Begründung von Urteilen geknüpft sein können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn ein Obergericht mit der Befugnis zur Kassation einen Rechtsakt eines Untergerichts aufhebt und ihm bestimmte weitere Urteilsinhalte überbindet. Auch wenn man solche Rechtswirkungen vielleicht eher als mittelbare deuten kann, nämlich unmittelbar auf Gesetz begründet, sind sie doch hier in das Kalkül zu ziehen – vgl näher *Jabloner* in GedS Walter 187.

30 So *Biaggini*, Verfassung 59: „Unter Richterrecht soll sodann das (...) Produkt richterlicher Rechtsfortbildung verstanden werden."

Dimension angesprochen. Für ihre Auslotung müssen zunächst die für die Gerichte maßgebenden Rechtserzeugungsregeln in den Blick genommen werden: Denkbar, wenn auch in einer konkreten Rechtsordnung unvorstellbar, wäre eine reine „dynamische" Ermächtigung an die Gerichte, Rechtsakte der nächsten Stufe zu erzeugen. So könnte eine Verfassung jede weitere Konkretisierung der Justiz übertragen. Da „Interpretation" einen intellektuellen Vorgang der Sinnermittlung meint, könnte man in einem solchen Fall wohl nur von Rechtsfortbildung sprechen, „interpretiert" würde nur die Zuständigkeitsregel. Aber auch wenn genügend Determinanten vorliegen, könnte ein Gericht dazu berufen sein, das Recht fortzubilden, selbst eine ausdrückliche Ermächtigung zur Korrektur des generellen Rechts ist möglich. Wie immer man „Interpretation" und „Rechtsfortbildung" auch voneinander abgrenzt – die Feststellung, in einem bestimmten Fall liege bereits Rechtsfortbildung vor, sagt also nichts darüber aus, ob diese Weiterentwicklung auch rechtmäßig ist.

Auf rechtstheoretischer Ebene ist die Grenze zwischen „Interpretation" und „Rechtsfortbildung" schwer zu ziehen und im Einzelfall stets umstritten.[31] Nach einer nur sehr begrenzt brauchbaren „Faustregel" läge Rechtsfortbildung vor, wenn „die Rekonstruktion der Entscheidungsbegründung" dazu führt, „dass ein Teil der gültigen Deduktion [...] nicht mehr auf die maßgebenden Rechtsvorschriften zurückgeführt werden kann".[32]

Da nun – wie dargelegt – im Sinne des „doppelten Rechtsantlitzes" jedes Urteil das Recht „fortbildet", kann mit *Matthias Jestaedt* gefragt werden, ob nicht „Rechtsgewinnung" der passende Begriff wäre und die Problematik ihrer Reichweite nicht als methodologisches Problem, sondern als Kompetenzfrage zu sehen wäre.[33] Dazu kommt, dass keineswegs alle methodischen Konzepte zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung scharf unterscheiden, so wohl etwa das Auslegungskalkül des EuGH,[34] der sich überhaupt von Haus aus zur Rechtsfortbildung ermächtigt sieht,[35] oder wie der EGMR mit seiner *Living-*

31 Grundlegend *Heinz Schäffer*, Auslegung im gemeinsamen Markt – Die Rolle der Gerichte, in Griller/Kneihs/Madner/Potacs (Hrsg), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt (2010) 70, 99.

32 So *Robert Schick*, Auslegung und Rechtsfortbildung, in Griller/Rill (Hrsg), Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 209 (214).

33 *Matthias Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung, in Bumke (Hrsg), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012) 49.

34 Vgl zuletzt *Matthias Pechstein/Carola Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in Karl Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre[3] (2015) 125 (143).

35 Wobei sich der EuGH in seiner Eigendeutung nicht explizit „rechtsfortbildend" versteht – vgl *Schäffer* in Griller et al, Wirtschaftsverfassung 101.

Instrument-Doktrin.[36] Schließlich deklarieren Gerichte ihre Auslegungsergebnisse ungern als Rechtsfortbildung, was – rechtssoziologisch – damit zusammenhängt, dass sie die Verantwortung dafür scheuen.[37]

Die Ermächtigung zur Rechtsfortbildung wird manchmal mit der Verpflichtung des Richters, den konkreten Rechtsfall zu entscheiden, in eine Verbindung gebracht.[38] Das richterliche Verbot der Rechtsverweigerung findet bekanntlich in Art 4 des französischen Code Civil einen besonders drastischen Ausdruck.[39] Entscheidungszwang und Rechtsfortbildung stehen aber höchstens scheinbar miteinander in Zusammenhang: Im Sinne der Reinen Rechtslehre muss das Gericht innerhalb des Interpretationsrahmens eine Entscheidung treffen.[40] Sieht man nun die Ausfüllung des Interpretationsrahmens als Einräumung von Ermessen, so ist es gar nicht notwendig, von „Rechtsfortbildung" durch das Gericht zu sprechen. In Wahrheit soll „Rechtsfortbildung" hier rechtfertigen, dass das Gericht aus Überlegungen der Einzelfallgerechtigkeit eine Entscheidung treffen möchte, die den Auslegungsrahmen sprengt. Obzwar jeder Richterin bekannt ist, dass das subjektive Judiz in eine arge Spannung mit dem gesetzlichen Rahmen geraten kann, ist es eine rein moralische Frage, ob dem Gesetz gefolgt wird oder nicht.

D. Richterrecht als Rechtsquelle

Unter „Richterrecht" als Rechtsquelle wird erörtert, ob und inwieweit die Judikatur eine allgemeine, insbesondere auch die Verwaltung bindende Rechtsquelle ist. In dieser Bedeutung verwendet etwa *Franz Bydlinski* den Ausdruck „Richterrecht" in seinem vielzitierten Beitrag.[41] Dabei geht es nun oft nicht um die eigentliche richterliche Rechtsetzung, also um die Urteilssprüche, sondern um ihre Begründungen, oft enthalten erst diese allgemeinere Rechtsausführungen, die ihrem Inhalt nach für Richterrecht überhaupt in Frage kommen.[42]

36 „Autonome" Interpretation der EMRK – vgl *Christoph Grabenwarter/Katherina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2012) 33.

37 Dazu *Dietrich Busse*, Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes, in F. Müller (Hrsg), Untersuchungen zur Rechtslinguistik (1989) 93 (95).

38 Vgl die Nachweise bei *Stefan Drechsler*, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, ZJS 2015, 344 (346).

39 Article 4, créé par Loi 1803–03–05 promulguée le 15 mars 1803: *„Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."*

40 *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] 350.

41 *Franz Bydlinski*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149.

42 Berühmtestes Beispiel dafür ist wohl das *obiter dictum* in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Zur Tendenz, an die Stelle von Rechtsnormen ihre Begründungen zu setzen vgl zutreffend kritisch *Otto Pfersmann*, Die Auflösung der Normbegründung als Technik der extrasystematischen Systemänderung, in FS Stolzlechner (2013) 487.

Inhaltliche Rechtsfortbildung einerseits und generalisierte Bindung an richterliche Entscheidungen sind nicht nur zu trennende, sondern auch praktisch getrennte Phänomene: So können Entscheidungen, die innerhalb des Auslegungsrahmens ergehen, über den konkreten Fall hinaus binden.[43] Umgekehrt können Entscheidungen inhaltlich den Ermächtigungsrahmen sprengen, auch wenn ihre Wirkung auf den Anlassfall beschränkt bleibt. Richterrecht im Sinne der Rechtsquelle kann daher schon dann entstehen, wenn sich ein Gericht auf eine von mehreren möglichen Auslegungen des Gesetzes festlegt. Rechtslehren mit ausgeprägter Sympathie für richterliche Rechtsetzung lassen aber häufig beide Dimensionen – Rechtsquelle und Rechtsfortbildung – ineinanderfließen.[44] Dies hat damit zu tun, dass es bei Urteilen, die nicht rechtsfortbildend sind, dem Rechtsanwender gar nicht bewusst wird, ob er diese Urteile bloß beachtet oder sich daran gebunden sieht.[45]

E. Richterliches Urteil und Rechtsprechung

Von dieser allgemeinen ist die justizinterne Bindung an Urteile zu unterscheiden. Diese betrifft zunächst die Höchstgerichte, namentlich wenn sie – wie in vielen Verfahrensordnungen – in größeren Kollegien grundsätzliche Urteile sprechen.[46] Die normative Bedeutung solcher Entscheidungen liegt in ihrer internen Bindungswirkung: Das Grenzgericht darf nur unter erschwerten Bedingungen von seiner eigenen Rechtsprechung abgehen.[47]

Von dieser Selbstbindung ist wiederum die Bindung der Untergerichte zu trennen. Jedenfalls nach österreichischer Auffassung würde eine solche Bindung mit der richterlichen Unabhängigkeit in einen Konflikt geraten. So lesen wir schon auf der Website des OGH,[48] dass sich die anderen Gerichte zwar in der Regel an seine Urteile hielten, auch „wenn seine Entscheidungen für andere Verfahren rechtlich nicht bindend" wären. Es hätte auch wenig Sinn,

43 Anders, aber nicht überzeugend, *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung III: Mitteleuropäischer Rechtskreis (1976) 706.

44 Vgl die Umschreibung bei *Thomas Vesting*, Rechtstheorie (2007) Rz 195: „Die nachpositivistische Methodenlehre räumt der Rechtsfortbildung durch den Richter einen erheblich höheren Stellenwert ein und akzeptiert – zumindest in Maßen – ein eigenständiges, Präjudizien einschließendes Richterrecht als eigenständige Rechtsquelle".

45 *Griller*, Grundlagen 18.

46 Vgl die „verstärkten Senate" gem § 13 VwGG, § 8 OGHG oder die deutschen „großen Senate" gem § 132 des Gerichtsverfassungsgesetzes oder § 11 VwGO.

47 „Richtlinien" nach *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre[7] (2013) Rz 245.

48 <www.ogh.gv.at/de/ogh/der-oberste-gerichtshof>.

die Rechtsprechung als vollkommen statisch zu begreifen, sowohl der Richter der unteren Instanz wie auch klarerweise der Parteienvertreter können diese Judikatur bestreiten, wenn auch mit einem – dem Revisionssystem geschuldeten – beträchtlichem Begründungaufwand.[49]

Ein weiterer Aspekt ist die Wirkung der „ständigen Rechtsprechung". Der Ausdruck „Richterrecht" wird gern auch als Synonym für das Präjudizienrecht gebraucht, als Pendant zum angloamerikanischen *case law*. Der rechtstechnische Träger der ständigen Rechtsprechung sind dabei die – manchmal aber nicht immer – aus Leiturteilen gebildeten sogenannten „Leitsätze" oder „Rechtsätze". Es sind die von einem Gericht erstellten Konzentrate aus früheren Entscheidungen. Vom Richterrecht in diesem Sinn sagt *Merkl*, dass es „in Gleichordnung mit dem Gesetzesrecht gedacht" werde, und zwar insoweit, als es die Rechtswissenschaft in abstrakter und genereller Form darstelle.[50] Man pflege – so *Merkl* weiter – die individuell-konkreten Richtersprüche gewissermaßen in generell-abstrakte, also gesetzesähnliche Rechtssprüche umzuprägen. Tendenziell werden einzelne richterliche Entscheidungen also generalisiert, Rechtssätze werden oft in der Art einer Verordnung gebildet. Die Anwendung dieser Rechtssätze auf zukünftige Fälle gleicht dann der üblichen Subsumtionstechnik. Im Grunde funktionieren diese Rechtssätze also wie vom Gericht hergestellte generell abstrakte Normen.[51] Das unterscheidet die Rechtssätze im Grunde auch von dem eigentlichen Präjudizienrecht, bei dem gerade der Zusammenhang mit den Fakten des jeweiligen Falles gewahrt bleibt. Freilich ist dies eine idealtypische Unterscheidung.[52]

In den *Case Law*-Systemen schließlich gilt hingegen grundsätzlich das *stare decisis*-Prinzip, also die Bindung auch der Untergerichte an Präjudizien. Diese Aussage ist freilich ziemlich oberflächlich, im Einzelnen zeigt sich ein differenziertes Bild über die Reichweite dieser Regel.[53]

49 Deshalb sprechen *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie[7] Rz 248, davon, dass die „Bindung des Richters an die Rechtssprechung der letzten Instanz (...) im praktischen Ergebnis stärker abgesichert [sei], als die an das Gesetz"!

50 *Adolf Merkl*, Gesetzesrecht und Richterrecht, in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule II (2010) 1323 (1324).

51 Kritsch gegenüber zu abstrakten Rechtsätzen *Robert Rebhahn*, Auf der Suche nach der ratio decidendi, in FS Mayer (2011) 575 (587).

52 Ausdruck dieser Eigenart der Rechtssätze ist übrigens die jedenfalls in Österreich gebräuchliche Bezeichnung von Urteilen nicht nach dem Fall selbst, sondern in der Form einer fortlaufenden Nummerierung. Zur Präjudizienverwertung vgl *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991) 502.

53 Vgl *Günther Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009) 86 und *Patrick S. Atiyah/Robert S. Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions (1987) 118.

IV. Ermächtigtes Richterrecht

Wird das Thema normativ verstanden, so ist zunächst nach expliziten verfassungsrechtlichen Regelungen Ausschau zu halten, die Richterrecht – in den für den gegebenen Zusammenhang relevanten Bezügen – regeln. Die basalen Bestimmungen über gerichtliche Urteile finden sich in den Verfahrensrechten und werden wohl kaum die Verfassungsstufe erklimmen. Aber wie steht es um die Themen Rechtsfortbildung und Rechtsquelle?

Solche Bestimmungen kann es geben. Ein schönes Beispiel dafür – freilich außerhalb Europas – findet sich in Art 103-A der brasilianischen Verfassung. Demnach hat der Oberste Gerichtshof die Möglichkeit, mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder eine „*Súmula vinculante*", also einen Rechtssatz zu publizieren, der ausdrücklich bindende Wirkung für alle anderen Organe der Gerichtsbarkeit, für die Verwaltung, und zwar sowohl in direkter als auch in indirekter Weise hat. Die Befugnis bezieht sich nicht auf die Auslegung des Verfassungsrechts, und ist daran gebunden, dass eine ernsthafte rechtliche Unsicherheit und eine Vielfalt von Fällen über die gleiche Rechtsfrage vorliegen.

Eine etwa vergleichbare, wenngleich für einen viel engeren Bereich, findet sich auch in Art 138 Abs 2 B-VG: Wenn der VfGH rechtsatzförmig Kompetenzen klärt, erzeugt er allgemein bindendes Recht, und zwar sogar auf Verfassungsstufe.

In unseren Zusammenhang gehören aber auch alle Konstruktionen, mit denen (Verfassungs-)Gerichte ermächtigt werden, verfassungswidrigen Gesetzen zu derogieren. *Prima vista* mag es zwar befremden, auch die Rechtsvernichtung zum Richterrecht zu zählen, verbindet man doch das Richterrecht gemeinhin mit positiven Inhalten. Doch auch durch Rechtsvernichtung wird die Rechtsordnung inhaltlich gestaltet.[54] Der Unterschied liegt in der Intensität des Eingriffs und ist eine Frage der Verteilung von Rechtsetzungsmacht.

In Spanien, Polen und Österreich sind die normaufhebenden Urteile des Verfassungsgerichts im offiziellen Kundmachungsorgan zu veröffentlichen. Während in den Verfassungen Polens[55] und Spaniens noch zusätzlich angeordnet

54 Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Bei dieser Betrachtung geht es um die Sprüche der verfassungsgerichtlichen Urteile, nicht um etwaige Bindungen an die Begründungen. Diese Begründungen, die – wenn nicht aufgehoben wird – zu gerne Ausführungen über eine mögliche verfassungskonforme Interpretation der Gesetze enthalten, werden hinsichtlich ihrer bindenden Wirkung durchaus kontrovers beurteilt – vgl für Deutschland *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtssystematik und Rechtsgewinnungstheorie (1999) *passim* und für Österreich *Clemens Jabloner*, Stufung und „Entstufung" des Rechts, ZÖR 2005, 163.

55 Vgl besonders Art 190 der polnischen Verfassung. Es sei daran erinnert, dass die Schwachstelle dieser Konstruktion darin liegt, dass – im Hinblick auf ein gewalten-

ist, dass diese Entscheidungen eine allgemein bindende Wirkung haben, fehlt im konsequent legislatorischen österreichischen System eine solche Anordnung. Vielmehr ergibt sich die allgemeine Bindung aus der Kundmachung selbst.[56]

In einer ganzen Reihe von Verfassungsordnungen finden sich Bindungsvorschriften in dem Sinn, dass die Urteile des Verfassungsgerichts eine „allgemein bindende Wirkung haben", so etwa in der albanischen, bulgarischen, französischen oder mazedonischen Verfassung, weiters in Portugal und Italien.[57]

Das deutsche Grundgesetz enthält keine Bestimmung, Bindungs- und Publikationsvorschriften finden sich in § 31 BVerfGG.

Verfassungsrechtliche Bindungsregelungen findet man manchmal auch für andere höchstgerichtliche Instanzen: So räumt die bulgarische Verfassung dem Obersten Kassationsgericht und dem Obersten Verwaltungsgericht die höchste judizielle Aufsicht über alle Gerichte betreffend die genaue und gleiche Anwendung des Rechts ein.[58] Noch deutlicher kommt die Bindungswirkung in der Ungarischen Verfassung zum Ausdruck, wenn der „*Curia*", dem obersten Gerichtsorgan, die Zuständigkeit übertragen ist, „die Einheit der Rechtsanwendung der Gerichte zu sichern" und „Beschlüsse zur Rechtseinheitlichkeit [zu fassen], die für die Gerichte verbindlich sind".[59]

Nun wäre sicher zu kurz gegriffen, Richterrecht nur in ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigungen zu finden. Zwar besteht stets die Gefahr, in eine rechtssoziologische Betrachtungsweise abzugleiten, doch wird es wohl implizite Regelungen geben – mag sein auf Verfassungsstufe –, die etwas mit dem Richterrecht zu tun haben. So kann ja bereits der einer Rechtsordnung zugrundeliegende Rechtsbegriff richterrechtlich geprägt sein, wie in den Sys-

trennendes Element – der Bundeskanzler oder ein anderes Staatsorgan zuständig bleibt, die Kundmachung im Gesetzblatt durchzuführen. Welche Unsicherheit sich daraus ergeben kann, haben wir in Österreich im Kärntner Ortstafelstreit erlebt. In Polen spielt dies eine ganz aktuelle Rolle und Medienberichten zufolge (zB <http://www.deutschlandfunk.de/justizreform-in-polen-angst-vor-juristischem-chaos.795.de.html?dram:article_id=353131>) hat der Oberste Gerichtshof in Polen geurteilt, dass die aufhebenden Entscheidungen des polnischen Verfassungsgerichtshofes auch dann eine bindende Wirkung entfalten, wenn sie nicht im Gesetzblatt kundgemacht werden.

56 Es ist ein Charakteristikum des B-VG, dass die Rechtswirkungen normaufhebender Erkenntnisse des VfGH auf Verfassungsstufe und sehr eingehend geregelt sind (Art 139ff B-VG).

57 Eigenartig Art 145 der Verfassung von Zypern: „[...] *in case such decision is to the effect that the law or decision or any provision thereof is unconstitional, operate as to make such law or decision inapplicable to such proceedings only*". Hier dürfte der gleiche Gedankengang wie bei der Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens zugrunde liegen, nämlich eine formale Schonung des generellen Rechtsetzers.

58 Art 124 der Verfassung der Republik Bulgarien.

59 Art 25 des Grundgesetzes Ungarns.

temen des *common law*. Im Grunde geht es um die Frage der Geschlossenheit der Rechtsquellen. Aber auch diese Regel wird wohl in den seltensten Fällen ausdrücklich angeordnet oder ausgeschlossen sein, sondern ist wiederum als implizite Auslegungsregel dem Rechtserzeugungs- und Vernichtungssystem einer konkreten Rechtsordnung zu entnommen werden. Dies auch nur anhand von exemplarischen Verfassungen im Einzelnen zu prüfen, würde den gegebenen Rahmen – und freilich auch die Möglichkeiten des Autors – krass übersteigen. Stattdessen soll bloß der deutschsprachige Rechtskreis näher betrachtet werden.

V. Richterrecht im deutschsprachigen Rechtskreis

A. Vorbemerkung

Die Sprache und mannigfache gemeinsame Inhalte erlauben es durchaus, von einem „deutschsprachigen Rechtskreis" zu sprechen. Doch unübersehbar sind die grundsätzlichen Differenzen, sobald es Themen wie den Rechtsbegriff oder die Methodenfrage betrifft. Vergröbert kann man sagen, dass in der Schweiz die Tendenz besteht, die richterliche Tätigkeit durchaus politisch zu verstehen, in Deutschland politische Konflikte vergerichtlicht werden, und in Österreich politische Konflikte als rechtstechnische Probleme aufgefasst werden.[60]

B. Schweiz

In der Schweiz hat das Richterrecht in seinen verschiedenen Dimensionen eine lange Tradition. Art 1 A Z 2 des Zivilgesetzbuchs von 1907 regelt, dass dann, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden soll, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Auch hier geht es nicht ohne den Gesetzgeber, der gewissermaßen durch Identifikation erreicht werden soll, aber die Ermächtigung an den Richter ist doch sehr weitgehend. Schon von daher gibt es in der Schweiz offenbar eine grundsätzlich positive Haltung zum Richterrecht schlechthin.

Pierre Tschannen sieht die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Rechtsfortbildung in seinen Kompetenzen begründet.[61] Zwar ist in der Bundesverfassung nur die Rede davon, dass das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von unter anderem Bundesrecht und von „eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte" beurteilt. In dieser Bestimmung

60 In Österreich geht es meist eher darum, die richtige Stufe der Rechtserzeugung zu treffen.

61 Art 189 Bundesverfassung – vgl *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft[3] (2011) 46.

versteckt sich jedoch auch laut *Tschannen* der Auftrag zur Verfassungsrechtspflege und damit der „Verfassungsauftrag an das Bundesgericht zur Fortbildung der verfassungsmäßigen Rechte".

Diese Kompetenz steht wohl im Zusammenhang damit, dass das schweizerische Bundesgericht nicht zuständig ist, verfassungswidriges Bundesrecht aufzuheben. Daher ist auch die Bedeutung der „verfassungskonformen Interpretation" in der Schweiz besonders groß, dieses quasi Ersatzinstrument wurde ja nicht zufällig von der Schweizer Lehre zur Blüte gebracht.[62]

Innerhalb – sorgsam ausgemessener – verfassungsrechtlicher Schranken[63] ist in der Schweiz Richterrecht zum einen sowohl als ursprüngliche rechtsschöpfende Kategorie, zum anderen als bindende Rechtsquelle anerkannt. Diese Haltung ist allerdings komplementär in ein ausgeprägt politisches Verständnis der Rechtsprechung eingebettet. Bekanntlich werden in der Schweiz die Richter auf Zeit gewählt und behalten ihre parteipolitische „Punzierung". So steht auf der Website des Bundesgerichts bei jedem Richter, bei jeder Richterin, die parteipolitische Zuordnung.[64] Trotz weitreichender Garantien der richterlichen Unabhängigkeit sei nach *Tschannen* nicht zu übersehen, „dass sich das Wiederwahlprozedere am Ende einer Amtsdauer als Mittel zur Disziplinierung einzelner Richter wenden lässt und die Möglichkeit einer ‚Abberufung zur Dienstwiederwahl' oder schon nur die Aussicht auf ein schlechtes Wahlergebnis die Unabhängigkeit der Gerichte schmälern mag". Es sei aber die „volksstaatliche Tradition der Schweiz", die nach einer „periodischen Rückbindung der richterlichen Gewalt an Parlament oder Stimmbürgerschaft" verlange.[65]

Also auf der einen Seite ein relativ weiter Gestaltungsraum der Gerichtsbarkeit, doch auf der anderen Seite deren intensive demokratische Rückbindung. Dies erklärt es auch, weshalb Fragen, die in anderen Rechtskulturen als quasi rechtsinterne Phänomene wahrgenommen werden, in der Schweiz viel offener diskutiert werden. Die vielen – oft ausnehmend kritischen – Berichte über die Justiz in der NZZ legen davon ein beredtes Zeugnis ab.[66] Auch die jüngste Diskussion um die – letztlich fehlgeschlagene – „Ausschaffungsinitiative" zeigte

62 Unter teilweisem Rückgriff auf die amerikanische Dogmatik von *Max Imboden*, Normenkontrolle und Norminterpretation, in FS Huber (1961) 133. Nachdruck: *Max Imboden*, Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge (1971) 239.

63 Hiezu im Einzelnen *Biaggini*, Verfassung (*passim*) und *Elisabeth Chiariello*, Der Richter als Verfassungsgesetzgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaates und der Demokratie durch höchste Gerichte (2009) *passim*.

64 So liest man zB auf der Website des Bundesgerichts, dass dessen Präsident *Gilbert Kolly* der Schweizerischen Volkspartei (frz: PDC) zugehört, <www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter/federal-richter-praesident-kolly-2.htm>.

65 *Tschannen*, Staatsrecht³ 519.

66 Vgl zB „Forensische Psychiatrie: Zukünftige Taten bestrafen", NZZ 21.6.2016.

dies deutlich. Hier ging es ziemlich direkt gegen die Justiz und die rechtswissenschaftlichen Fakultäten, diese setzten sich aber auch entsprechend zur Wehr.[67]

C. Deutschland

Wie zu erwarten, gibt es in Deutschland zwar ganz besonders intensive Diskussionen sowohl zur richterlichen Rechtsfortbildung als auch zum Richterrecht als Rechtsquelle.[68] Dabei wird allerdings nicht immer ausreichend differenziert.[69]

Rechtsfortbildung wird grundsätzlich für zulässig gehalten, aber – wie in der Schweiz – in einen Verfassungsrahmen gestellt.[70] Als Rechtsfortbildung wird überwiegend angesehen, was den Wortlaut einer Bestimmung sprengt.[71] „Rechtsfortbildung" steht aber nicht im Gegensatz zu Auslegung, sondern ist – salopp gesprochen – eine schrittweise potenzierte Auslegung. Es geht über die „gesetzesimmanente Rechtsfortbildung" als Auslegung zum Quadrat zur „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung" als Auslegung in dritter Potenz.[72] Beim zweiten Schritt bewegt sich der Interpret noch innerhalb des „Plans des Gesetzes". In diese Kategorien fallen die Anwendung der Analogie bei unechten Lücken und die Formen der teleologischen Reduktion oder Erweiterung des Wortlauts.[73] Beim dritten Schritt kommen dann die Brechstangen aus dem Verfassungskoffer zur Anwendung.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene findet freilich eine subtile Diskussion über die Grenzen der Rechtsfortbildung statt. Dem Grunde nach ist sie unbestritten und durch grundlegende Judikate des Bundesverfassungsgerichts garantiert.[74] Auch einfachgesetzlich ist die Rechtsfortbildung gesichert, verwendet doch etwa das Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich diesen Begriff.[75]

Wieweit Rechtsfortbildung zulässig ist, bleibt sie von grundsätzlichen methodischen Weichenstellungen abhängig. Rechtsfortbildung ist stets mit einer Prävalenz der objektiven Methode verbunden.[76] Die Residualgröße einer

67 Vgl „Die Schweiz ist ein Rechtsstaat – Nein zur Durchsetzungsinitiative, Ein Appell der Professorinnen und Professoren der rechtswissenschaftlichen Fakultäten", NZZ 13.1.2016.

68 Vgl zum neuesten Stand der Diskussion *Herbert Wiedemann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407 und *Drechsler*, ZJS 2015, 344.

69 Kritisch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 49.

70 Vgl für viele *Monika Jachmann*, Art 95 GG, in Maunz/Dürig (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar (75. Lfg 2015) Rz 13–15.

71 Vgl mwN *Drechsler*, ZJS 2015, 344 und oben III.C.

72 Vgl *Drechsler*, ZJS 2015, 344.

73 Aus österreichischer Sicht wäre hier wohl noch von „Auslegung" unter pragmatischen Aspekten die Rede – vgl *Potacs*, Rechtstheorie 134.

74 Zur Entwicklung der Judikatur vgl *Wiedemann*, NJW 2014, 2408.

75 § 132 Abs 4 Gerichtsverfassungsgesetz.

76 Vgl *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 54.

„subjektiven" Interpretation, die auf den Willen des Rechtsetzers baut, wie er primär im Wortlaut der Bestimmung zum Ausdruck kommt, engt die Reichweite der Rechtsfortbildung wiederum ein. Wie umstritten Grenzen der Rechtsfortbildung bleiben, zeigten zuletzt zwei Erkenntnisse des Zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht.[77] Während der Tenor auf der Linie des Bundesverfassungsgerichts liegt, den Spielraum der Rechtsfortbildung eher weit anzusetzen, gehen die Sondervoten von drei Richtern dahin, eine Rechtsfortbildung für unzulässig zu halten, wenn sie dem im Wortlaut des Gesetzes klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers widerspricht.

Was nun das Richterrecht als Rechtsquelle betrifft, so ist in der deutschen Rechtsordnung – anders als in der Schweiz – das Richterrecht als eigenständige Rechtsquelle nicht anerkannt; wohl aber gilt das Gewohnheitsrecht als eine solche Quelle. Im Gewohnheitsrecht wird dann auch letztlich die rechtliche Bindungskraft des Richterrechts gefunden, und zwar über die Figur des „Gerichtsgebrauchs".[78] Demnach bilden zumindest Teile der verfestigten Judikatur Gewohnheitsrecht und seien deshalb bindend. Diese – labil herrschende – Lehre steht indessen unter starker Kritik und ist in der Tat wenig überzeugend. Zunächst ist es kontraintuitiv, das Richterrecht über das Gewohnheitsrecht abzuleiten und nicht – Max Weber folgend[79] – umgekehrt. In der Tat führt die Deutung des Richterrechts als Gewohnheitsrecht zur Problematik, ab wann denn nun der Gerichtsgebrauch so gefestigt ist, dass er bereits eine Rechtsquelle ist. Dies können aber wiederum nur die Gerichte feststellen, woran sich das Zirkuläre dieser Argumentation zeigt.[80] Weiters wirft die Deutung des Richterrechts als Gewohnheitsrechts die Frage auf, wie denn dann eine *desuetudo* möglich sein soll.[81] Auch hier landet man wieder bei den Gerichten: In den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, hier in Deutschland, stellt aber die höchstgerichtliche Judikatur – mag sie auch eine sehr hohe Bindungskraft gegenüber dem Höchstgericht selbst haben – jedenfalls keine bindende Rechtsquelle für die nachgeordneten Gerichte dar.

Im Grunde bleibt die Problematik unaufgelöst. Dazu sei aus der Methodenlehre von *Röhl* zitiert: „Zur Rechtsquelle wird Richterrecht erst, wenn es allgemein beachtet und anerkannt und damit zum Gewohnheitsrecht geworden ist. Der Übergang von einzelnen Präjudizen über Gerichtsgebrauch, gefestigte und schließlich ständige Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht vollzieht sich unmerklich. Das ändert aber praktisch nichts daran, dass Präjudizen eine Rechtsinhaltsquelle von solcher Stärke bilden, dass man geneigt ist, hier doch

77 BVerfGE 118, 212 und 132, 248. Vgl dazu näher *Wiedemann*, NJW 2014, 2408.

78 Vgl etwa *Klaus Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (1995) 573 oder *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie 150.

79 Vgl FN 9.

80 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie 152.

81 So *Bydlinski*, JZ 1985, 159 (150).

von Richterrecht zu sprechen".[82] Klarer kann man die Unklarheit nicht aussprechen.

D. Österreich

1. Geschlossenheit der Rechtsquellen

Was zunächst die Rechtsfortbildung betrifft, so ist die österreichische Doktrin vergleichsweise zurückhaltender. Dies hängt wohl damit zusammen, dass nicht ausdrücklich ermächtigte Rechtsfortbildung nur mittels „objektiver Interpretation" erzielbar ist. Der „*Modus Austriacus*"[83] im öffentlichen Recht ist aber – dogmatisch wegen des Legalitätsprinzips und soziologisch wegen seiner positivistischen Grundhaltung – von der historischen, also subjektiven Interpretation geprägt. Anders das Privatrecht, doch fällt auch hier auf, dass die Bestimmungen für verstärkte Senate des OGH zum Unterschied von den Ermächtigungen deutscher Höchstgerichte nicht ausdrücklich von „Rechtsfortbildung" sprechen.[84]

Dieses Vermeiden einer expliziten Auseinandersetzung darf allerdings nicht verkennen lassen, dass der Sache nach Rechtsfortbildung sehr wohl stattfindet, so im Justizrecht[85] – der OGH spricht in seiner Judikatur oft von „Rechtsfortbildung"[86] – und namentlich auch in der Rechtsprechung des VfGH. Auch hier dient zumeist die „verfassungskonforme Interpretation" als Zaubermittel. In einem spektakulären Judikat aus neuerer Zeit hat der VfGH unter dem Titel einer „unionsrechtskonformen Auslegung" einen eindeutigen – und viel diskutierten – Akt der Rechtsfortbildung gesetzt.[87]

Zum Richterrecht als Rechtsquelle: Gilt in der Schweiz sowohl das Richterrecht als auch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle und in Deutschland immerhin das Gewohnheitsrecht, so in Österreich weder das eine noch das andere. Vielmehr wird verfassungsrechtlich vom Grundsatz der „Geschlossenheit der Rechtsquellen" und rechtstheoretisch von einer Konstruktion der Grundnorm, die das Gewohnheitsrecht nicht einschließt, ausgegangen.[88] In

82 *Röhl*, Rechtslehre 573.

83 Prägung von *Ewald Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, in Schulze-Fielitz (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007) 293.

84 Vgl FN 46, 74 und 75.

85 Etwa OGH 1.8.2007, 13 Os 135/06m.

86 Eine Suche im RIS ergibt unzählige Treffer, der Ausdruck ist ganz gebräuchlich.

87 VfSlg 19.632/2012 und dazu kritisch *Magdalena Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587.

88 Nach Auffassung der Reinen Rechtslehre ist die Grundnorm zweckmäßigerweise so anzusetzen, dass die im Großen und Ganzen wirksame Zwangsordnung als

seinem unverändert maßgebenden Gutachten für den 5. ÖJT 1973 widerlegte *Heinz Schäffer* frühere Versuche, auch in Österreich die Rechtsquellenqualität des Richterrechts auf „Gewohnheitsrecht" zu stützen und brachte die praktische Bedeutung des sogenannten Richterrechts auf den Begriff „Rechtsgewohnheit". Hauptargumente sind die Trennung der Staatsfunktionen, die verfassungsrechtliche Geschlossenheit der Rechtsquellen und nicht zuletzt schon § 8 ABGB, der es dem Richter verbietet, „ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären".[89]

2. Richterrecht als subsidiäre Rechtsquelle?

Einige dogmatische Bemühungen seitdem sind zwar nicht darauf gerichtet, die herrschende Auffassung über den Haufen zu werfen, doch zumindest zu relativieren. Der subtilste Versuch findet sich bei *Franz Bydlinski*, der die Formel vom „Richterrecht als subsidiärer Rechtsquelle" geprägt hat.[90] Der Autor beschreibt das Phänomen des Richterrechts – das er mit „Präjudizien", „Fallrecht" und „Gerichtsgebrauch" gleichsetzt – als „die in den Urteilen angewendeten generell-abstrakten rechtlichen Regeln, die nicht einfach in den Sätzen des positiven (Gesetzes) und Gewohnheits-Rechtes bestehen". Die Qualität des Richterrechts als „subsidiäre" Rechtsquelle, dh seine Verbindlichkeit, leitet *Bydlinski* aus in den Grundzügen (verfassungs-)rechtlich fundierten, der „Rechtsidee" zugehörigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen ab. Freilich müsse der Rechtsanwender nachweisen, dass seine andere Lösung der – methodisch einschließlich der zugrunde liegenden Zwecke und Prinzipien voll ausgeschöpften – deutlich besser entspreche. Seien beide Lösungen gleich gut zu vertreten, binde das Richterrecht, aber immerhin schon dann, wenn auch eine andere Lösung danach etwa „gleich vertretbar" wäre. Insofern handle es sich um begründungsbedürftiges wissenschaftliches Recht.[91] *Bydlinski* übersieht keineswegs, dass ein derart differenzierter Geltungsbegriff auf rechtstheoretische Einwände stoßen wird, doch sei das Phänomen, dass Rechtsvorschriften erst unter zusätzlichen Bedingungen anwendbar wären, nicht selten. Die Argumentation wird dann mit dem Hinweis abgeschlossen, dass der rechtsanwendende Richter von der Judikatur eben nur mit guten Gründen abweichen darf; wenn er diese hat, freilich abweichen muss.

Rechtsordnung gedeutet werden kann – vgl *Robert Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1970) 72. Demnach ließe sich vom Gewohnheitsrecht nicht sagen, dass es eine dem gesatzten Recht ähnliche Wirkung entfalte. Das Gleiche kann man auch vom Richterrecht als – unmittelbare – Rechtsquelle sagen.

89 Dazu *Heinz Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 5. ÖJT I/1/B (1973) 53 (63).

90 *Bydlinski*, Methodenlehre 510.

91 *Bydlinski*, Methodenlehre 510.

3. Richterrecht durch Rechtspflichten?

Zuletzt hat *Heinz Mayer* erwogen, dass die Gesetze in dem Sinn zu verstehen seien, den ihnen die Höchstgerichte verliehen. Dies jedenfalls dann, wenn es eine gefestigte Rechtsprechung gäbe. Wären einmal alle Interpretationsmethoden ausgeschöpft, alle Argumente geprüft und habe das Höchstgericht eine einheitliche Linie gefunden, so scheint es dem Autor zumindest vertretbar, dieses Verständnis als maßgeblich anzusehen.[92] Besonders dort wo die Rechtsordnung die Kategorie der „unvertretbaren" Rechtsauffassung vorsehe, gewänne eine ständige, gefestigte Judikatur der Höchstgerichte an Bedeutung; sie enge das Spektrum der möglichen und zulässigen Auslegungsvarianten ein und entfalte jedenfalls in diesem Zusammenhang eine „gewisse"[93] Verbindlichkeit. *Mayer* leitet die Verbindlichkeit des Richterrechts somit aus Rechtspflichten ab, und zwar aus denen der rechtsanwendenden Organe gemäß ihrem Dienst- und Haftungsrecht.

Das Element der „unvertretbaren Rechtsansicht" spielt nämlich immer dann seine Rolle, wenn aus unrichtig geführten Verfahren Rechtsansprüche oder Sanktionen abgeleitet werden.[94] Die Judikatur hat nun durchaus subtile Abgrenzungen entwickelt, in welchen Fällen eine – unrichtige – Rechtsauffassung eben noch nicht „unvertretbar" ist.[95] So qualifiziert der OGH ein Abweichen von einer klaren Gesetzeslage oder der ständigen Rechtsprechung des zuständigen Höchstgerichts, das nicht erkennen lässt, dass es auf einer sorgfältigen und damit auch sachlich begründeten Überlegung beruht, in der Regel als schuldhaft, was einen Amtshaftungsanspruch zur Folge haben kann.[96]

Von einer „Bindungswirkung" in einem normtheoretisch korrekten Sinn kann aber wohl nur dann die Rede sein, wenn ein Rechtsakt kategorisch zu befolgen ist, und dies ungeachtet seiner inhaltlichen, also intellektuellen,

92 Vgl *Heinz Mayer*, Durchsetzung (Exekution) verfassungsgerichtlicher Erkenntnisse, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 41 (48).

93 Anführungszeichen vom Verfasser dieses Beitrages.

94 Vgl zB §§ 302 StGB, 1299 ABGB, 1 Abs 1 AHG, 57 Abs 1 RStDG.

95 In der Dogmatik des Amtshaftungsrechts ist es allerdings umstritten, ob das genannte Element dem Bereich der „Rechtswidrigkeit" oder doch nicht jenem des „Verschuldens" zuzurechnen ist. Überzeugender ist die – besonders von *Robert Rebhahn* – vertretene Auffassung, dass es sich um ein eigenständiges Beurteilungskriterium im Rahmen der zuerst genannten Kategorie handelt – vgl *Robert Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 93.

96 Vgl die bei *Walter Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz[3] (2003) 223 zitierte Judikatur. Vgl auch *Helmut Ziehensack*, Amtshaftungsgesetz. Praxiskommentar (2011) 336; *Michael Tanzer*, Die „vertretbare" Rechtsauffassung im Steuerrecht, in Holoubek/Lang (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 157.

„persuasiven" Qualität. Bindet eine Verordnung ein Verwaltungsorgan, so mag dieses durchaus Bedenken gegen ihre Sinnhaftigkeit, ja sogar Gesetzmäßigkeit haben, am Geltungsanspruch ändert dies nichts. Richtig ist, dass im Fall des Vorliegens einer höchstgerichtlichen Judikatur der Spielraum des rechtsanwendenden Organs eng wird, vielleicht praktisch gegen Null geht. Einen kategorischen Ausschluss vermag man der Judikatur des OGH aber nicht zu entnehmen. Es ist auch nicht so, dass die „sorgfältige und damit auch sachlich begründete Überlegung" des abweichenden Organs eben notwendigerweise im weiteren Rechtsgang sich als zutreffend herausstellen muss. Sobald aber ein solches Abweichen für zulässig erachtet wird, kann nicht mehr von einer kategorischen Bindung und somit von einer Rechtsquelle die Rede sein. Ähnliche Überlegungen gelten auch für das Disziplinar- und Strafrecht sowie für alle mittelbaren Formen der Kritik am rechtlichen Handeln von Organen, wie sie etwa der Rechnungshof oder die Volksanwaltschaft üben können.

4. Richterrecht als „starke Empfehlung"

Beide Konstruktionen erscheinen also als ungeeignet, die spezifische Rechtswirkung gerichtlicher Entscheidungen, insbesondere einer verfestigten Judikatur, zu erfassen:[97] Wenn die Judikatur nicht über den Einzelfall hinaus bindend ist, so kann sie den Ermächtigungsrahmen des rechtsanwendenden Organs nicht verengen. Ihre Wirkung entfaltet sich somit nicht im Ermächtigungsbereich, sondern im Verpflichtungsbereich des rechtsanwendenden Organs, das im Anwendungsbereich von Verhaltensnormen haftungs-, disziplinar- oder standesrechtlicher Art verhalten ist, sich bei der Erstellung von Urteilen, Schriftsätzen etc mit der ständigen Judikatur, also dem ominösen „Richterrecht" auseinanderzusetzen. Wo gehorsamspflichtige Organe handeln, können diese durch das letztlich oberste Organ sogar verpflichtet werden, ihren Ermächtigungsrahmen im Sinne der Judikatur auszuüben. Der Grund dieser Bindung liegt dann aber ganz offensichtlich im Willen des weisungserteilenden Organs, das seinerseits frei ist, der Judikatur zu folgen oder den gesetzlichen Ermächtigungsrahmen auszunützen.

Mag die zu verarbeitende Judikatur auch noch so überzeugend und engmaschig sein, so kann sie – und damit ist der Unterschied zu Rechtsnormen, die den Ermächtigungsbereich einengen, deutlich gezogen – durch intellektuelle Argumente entkräftet, um ihre Geltung gebracht werden. Andernfalls könnte die Judikatur ja nicht weiterentwickelt werden. Oder mit einem treffenden Satz von *Tanzer*: „Originalität in der Rechtserkenntnis soll nicht allzu risikobehaftet sein".[98] Man kann von der Judikatur daher sagen, dass sie zwar nicht verbindlich, wohl aber beachtlich im Sinne der Verpflichtung zu einer expliziten, beurkundeten Auseinandersetzung mit ihr ist. Letzten Endes lässt sich somit das Richterrecht als ein normativer Akt verminderter Intensität, zwar ohne Befolgungsanspruch, aber mit einem verfahrensrechtlich sanktionierten Anspruch auf Beachtung, mithin als eine Art starker Empfehlung begreifen.[99,100]

97 Zu einem weiteren – untauglichen – Versuch vgl kritisch *Jabloner* in GedS Walter 97.

VI. Andere europäische Rechtskulturen

A. Vorbemerkung

Den bisher dargestellten Konstruktionen ist gemeinsam, dass sie um eine normative Begründung – oder Bestreitung – richterrechtlicher Phänomene aus dem Verfassungsrecht heraus bemüht sind. Damit stehen sie im Kontrast zum Rechtsdenken in Frankreich und England, wo – aus jeweils unterschiedlichen Gründen – andere Bezüge vorherrschen. Davon kann im Folgenden allerdings nur ein ganz grobkörniges Bild gegeben werden, gerade genug, um die Differenzen auszumachen.

B. Frankreich

In einer auf *Rousseau* zurückgehenden Tradition wird Frankreich als der „Gesetzesstaat" schlechthin betrachtet, ja es wird sogar vom französischen „Gesetzeskult" gesprochen.[101] In einem merkwürdigen Gegensatz dazu steht, dass anscheinend keine andere europäische Rechtsordnung, auch nicht die englische, derart richterrechtlich geprägt ist.[102]

98 *Tanzer* in Holoubek/Lang, Organhaftung 162. Sieht das Verfahrensrecht ein „Revisionssystem" vor (zB §§ 500 ff ZPO), kommt dies geradezu der Aufforderung an die Verfahrenspartei gleich, die Judikatur intellektuell anzugreifen – vgl im Ansatz auch das „Vorhalteverfahren" in § 36 Abs 6 VwGG.

99 Eine „Empfehlung" als ein zwar nicht normativer, wohl aber „direktiver" Akt – vgl *Kazimierz Opałek*, Theorie der Direktiven und der Normen (1986) 98 – verlangt nach jemandem, der eine solche Empfehlung abgibt. Nun kann man sagen, dass ein Richter, ein Spruchkörper, der ein Urteil fällt, mit der Begründung zugleich auch die Beachtung seiner intellektuellen Leistung für vergleichbare Fälle empfehlen will. Genau deshalb spricht man ja von der „persuasiven" Wirkung.

100 Auf rechtstheoretischer Ebene hat Richterrecht in Österreich daher keine dem gesatzten Recht „ähnliche" Wirkung (vgl FN 88 oben), die Grundnorm muss daher nicht anders angesetzt werden.

101 Vgl *Rainer Schmidt*, Verfassungskultur und Verfassungssoziologie (2012) 107.

102 Ganz besonders gilt dies für das französische Verwaltungsrecht: So stammt etwa die Abgrenzung des öffentlichen Rechts keineswegs aus einer gesetzlichen Norm, son-

Nimmt man die Tradition eines eher kargen Begründungsstils hinzu, so liegt die – weithin behauptete – normative Qualität des Richterrechts also weder in einer (verfassungs-)rechtlichen Ermächtigung dazu, noch allein in der intellektuellen („persuasiven") Qualität der richterlichen Rechtsprodukte. Der Schlüssel scheint vielmehr in der sozialen Anerkennung institutioneller Autorität zu liegen. Neben rechtshistorischen Gründen, die in der weithin fehlenden gesetzlichen Determination der Verwaltung liegen, beruft sich *Georges Vedel*[103] ausdrücklich auf die „Autorität der Gerichtsbarkeit". Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen würden zwar nicht den Einzelnen binden, der sich unmittelbar auf das Gesetz berufen könne, wohl aber die Verwaltung. Dem folgt ein wohl affirmativer Hinweis auf das damit verbundene „Hüpfen" vom Sein zum Sollen.[104, 105]

Die Bedeutung der institutionellen Autorität lässt sich schließlich auch daran ermessen, dass besonders in Frankreich die Rechtseinrichtung des *avis*, also der an sich als unverbindlich gedachten gutachterlichen Äußerung eines Gerichts, einen besonders hohen Stellenwert genießt. So ist vorgesehen, dass eine gerichtliche Kammer zu einer Rechtsfrage ein Gutachten des Kassationsgerichtshofes einholen kann. Zudem besteht die Möglichkeit des Kassationsgerichtshofs, spontane *avis* zu erteilen.[106] Diese Gutachten sind zwar ausdrücklich unverbindlich, genössen aber die „gleiche Autorität".[107]

dern aus der ersten Entscheidung des *Conseil d'Etat* zum Eisenbahnrecht. Ebenso richterrechtlich war die Selbstermächtigung des *Conseil d'Etat* zur Zuständigkeit auch unabhängig von ausdrücklichen Kompetenzzuweisungen – Entscheidung „*Cadot*" vom 13.12.1889. Vgl dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, ZaöRV 2007, 395 (400).

103 Vgl *Georges Vedel*, Le Précédent Judiciaire en Droit Public, in Blaurock (Hrsg), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht (1985) 75 (94): „*L'autorité de la jurisprudence*".

104 Im Original: „*sautillement*" (von *Vedel* unter Anführungsstriche gesetzt).

105 Aus der Sicht der Reinen Rechtslehre geht es um die Formulierung der Grundnorm (vgl auch *Fritz Pardon*, Reine Rechtslehre und Richterrecht, in Krawietz/Schelsky (Hrsg), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984) 369 [376]): Wenn die regelmäßig wirksame Zwangsordnung durch „gesetzesähnliches" (vgl FN 50 oben) Richterrecht bestimmt ist, wird die Grundnorm zweckmäßigerweise darauf abstellen. Eben durch die intellektuelle Einsicht, dass Geltung nur durch eine Annahme begründet werden kann, wird der – unkritische – Fehlschluss von der Wirksamkeit auf die Geltung, das *Vedelsche* „Hüpfen", vermieden.

106 Vgl näher *Hager*, Rechtsmethoden 209.

107 Vgl *Hager*, Rechtsmethoden 210 mwN.

C. England

Anders als die kontinentalen, weitgehend kodifizierten Rechtsordnungen des *civil law* ist der englische Rechtskreis von der Parallelität zwischen dem – überkommenen – *common law* und dem – explizit gesetzten – *statutory law* geprägt.[108] Deshalb ist schon das der englischen Rechtsordnung zugrundeliegende Rechtsverständnis spezifisch.[109]

Soweit freilich die Gerichte gesatztes generelles Recht vollziehen – was heute quantitativ bei weitem überwiegt[110] –, stellt sich die Frage des Richterrechts im Prinzip in nicht anderer Weise als in den kontinentalen Rechtsordnungen. Bei einem Widerspruch zwischen *statutory law* und *common law* hat das Gesetz die stärkere derogative Kraft.[111] Auffallend ist, dass die Gerichte die *statutes* lange Zeit in sehr enger Bindung an den Wortlaut interpretierten. Erst über mehrere Stationen und über einen relativ längeren Zeitraum setzte sich der heute wohl maßgebende „*purposive approach*" durch, der teleologische Elemente enthält und den Gerichten einen größeren Spielraum gibt.[112] Wie überall sind auch hier die Grenzen umstritten.[113]

Was die Bindungskraft der Judikatur betrifft, so gilt – justizintern – das Prinzip „*stare decisis*" in verschiedenen Varianten und Differenzierungen, insbesondere zwischen dem englischen und dem amerikanischen Recht.[114] Die Frage nach einer darüber hinausgehenden allgemeinen Bindungswirkung der Judikatur wird offensichtlich nicht gestellt, wohl deshalb, weil die Frage nach der Begrenzung der Rechtsquellen wohl nur in einer Rechtsordnung auftritt, die insgesamt von expliziter Rechtsetzung geprägt bestimmt wird. Dies ist aber im englischen Rechtskreis gerade nicht der Fall.

Beim Problem der Rechtsnatur des *common law* begegnet man wiederum der Ambivalenz zwischen seiner Deutung entweder als „Gewohnheitsrecht" oder als „Richterrecht". Nach seiner Selbstbeschreibung ist das *common law*

108 Vgl *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts (1975) 112; *Roger Cotterrell*, The Politics of Jurisprudence[2] (2003) 30.

109 Gemeint ist hier nicht ein – entsprechend abstrakter – rechtstheoretischer Rechtsbegriff, der nur dann zweckmäßig ist, wenn er alle positiven Rechtsordnungen erfasst. Vielmehr zielt das „Rechtsverständnis" auf ein schon dem jeweiligen positiven Recht zuzuzählendes und implizites Vorverständnis ab, also auf eine bestimmte Rechtskultur.

110 Vgl *Cotterrell*, Jurisprudence 21 oder *Atiya/Summers*, Form and Substance 149.

111 Vgl *Cotterrell*, Jurisprudence 30.

112 Vgl dazu allgemein *Aharon Barak*, Purposive Interpretation in Law (2005), besonders 142.

113 Vgl *Cotterrell*, Jurisprudence 30: „*But there is much doubt as how far judges are justified in doing so.*"

114 Darüber gibt es ganze Bibliotheken – vgl nur *Atiya/Summers*, Form and Substance 118.

dem Richter vorgegeben, seine Tätigkeit daher rein deklarativ.[115] In diesem Verständnis gleicht die Position des englischen Richters gegenüber dem *common law* also jener des kontinentalen Richters gegenüber dem (frisch) kodifizierten Recht, er ist der „Mund" der jeweiligen generellen Quelle.[116]

Dieses Verständnis lässt sich allerdings kaum durchhalten, rsp verwandelt es sich in einen Mythos. Nach *Cotterrell* kommen daher zwei weitere Deutungsmuster ins Spiel:[117] Zunächst der Übergang zur Auffassung, dass die Gerichte nicht immer, aber manchmal konstitutiv Recht erzeugen. Dies würde bedeuten, die traditionelle Autorität der gewohnheitsbildenden Gemeinschaft durch die charismatische Autorität des individuellen Richters zu ersetzen oder – wie in den USA – eine spezifische verfassungsrechtliche Verankerung dafür zu suchen. Ein dritter Weg schließlich läge darin, den Richter weder als den individuellen Rechtsschöpfer noch als den Verkünder ewiger Wahrheiten zu sehen, sondern als „Repräsentanten eines sich entwickelnden kollektiven Rechtsbewusstseins".

Dass das *common law* eine allgemein bindende Rechtsquelle bildet, steht wohl außer Zweifel. Denn in der Rechtsevolution entsteht generelles Recht grundsätzlich zunächst als Präjudizienrecht, das erst nach und nach durch gesatztes „legislatorisches" Recht verdrängt wird.[118]

Diese dem *common law* wesensmäßige Spannung verunmöglicht allerdings die Beantwortung der Frage, ob es sich nun um ein von den Gerichten „fortentwickeltes" Recht handelt, stelle das *common law* doch „in seiner Struktur ein Kontinuum" dar.[119]

Letztlich gilt hier die Einsicht in die Ambivalenz von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung, trifft also das Bild vom „doppelten Rechtsantlitz" den Kern der Sache.[120]

VII. Zum Schluss

Vor nunmehr auch schon 16 Jahren hat *Peter Pernthaler* von einem „weltweit zu beobachtenden Ablösungsprozess des Rechts und der Gerichte vom Staat" gesprochen.[121] Die Richter und nicht mehr die Gesetzgeber würden das dynamische Element der Rechtsordnung verkörpern. Dieser rechtssoziologische Befund dürfte auch heute zutreffen, zumal für das supranationale Recht, von dem in diesem Band ja noch ausführlich die Rede ist. Es liegt auf der Hand,

115 Vgl *Cotterrell*, Jurisprudence 25.
116 Vgl oben II.B.
117 *Cotterrell*, Jurisprudence 28.
118 *Hans Kelsen*, General Theory of Law and State (1949) 134.
119 So *Hager*, Rechtsmethoden 130.
120 Vgl oben III.B.
121 Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl 2000, 691.

dass der richterliche Impetus, der von den europäischen Gerichten ausgeht, auch auf die nationalen Gerichte abfärbt.

Fraglich ist allerdings, ob dies ein andauernder Trend der Rechtsevolution ist oder doch nur eine rechtshistorische Phase im ewigen Vexierbild von Gesetz und Urteil. Manches spricht für Letzteres: Die Migrationsbewegungen könnten eine grundrechtspolitische Schubumkehr auslösen. Auch die durch den EuGH richterlich vorangetriebene immer dichtere Integration ist nach dem bevorstehenden „Brexit" nicht mehr unumkehrbar. Damit würde ein wesentliches Antriebsmoment des Richterrechts, nämlich die grundrechtliche Durchtränkung der gesamten Rechtsordnung schwächer werden. Möglicherweise wird die Epoche der Verfeinerung des Rechtschutzes nun durch eine solche der Vergröberung abgelöst. Zudem können die Verfassungsgerichte, die nicht so tief im politischen System verankert sind wie das Bundesverfassungsgericht, leichter als gedacht in ihren Kompetenzen eingeschränkt und politisch delegitimiert werden, wie wir dies in Ungarn oder Polen erfahren.

Aber all dies sind nur Vermutungen, erst die Wirklichkeit wird uns belehren!