

Schriften zur Rechtslehre

Heft 77

Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis
der deutschen Rechtswissenschaft

Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung
und Funktion der Präjudizientheorie

Von

Dr. Heinz Weller



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HEINZ WELLER

**Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis
der deutschen Rechtswissenschaft**

Schriften zur Rechtslehre

Heft 77

Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft

Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung
und Funktion der Präjudizientheorie

Von

Dr. Heinz Weller



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04308 1

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung entspricht, von wenigen marginalen Ergänzungen oder Abänderungen abgesehen, der Dissertation, die der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln zur Begutachtung vorgelegen hat. Trotz ihres zweifellos rechtshistorischen Schwerpunktes erschien dem Verfasser die Veröffentlichung der Abhandlung in einer rechtstheoretischen Schriftenreihe zweckmäßig. Denn der Arbeit liegt eine spezifisch rechtstheoretische Fragestellung als Ausgangspunkt zugrunde, und sie verfolgt damit das Ziel, zur Klärung der Problematik richterlicher Rechtsfortbildung durch Präjudizien beizutragen. Die dazu unternommene rechtshistorische Betrachtung der tatsächlichen Bedeutung der Präjudizien sowie ihrer rechtsdogmatischen Interpretation wird deshalb auf diesem Wege eher den in erster Linie in Betracht kommenden Interessentenkreis ansprechen können.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit nutzen, meinen Dank an die zu richten, die mit einer Vielzahl von Ratschlägen, Anregungen und Hinweisen mit zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Zu danken habe ich insbesondere Herrn Prof. Dr. M. Kriele für seine freundliche Empfehlung, die es mir ermöglichte, die Dissertation in der Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“ zu veröffentlichen, sowie meiner Frau für Geduld und Unterstützung.

Frechen, den 30. Oktober 1978

Heinz Weller

Inhaltsübersicht

Einleitung	11
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Die Grundlagen und Einflüsse

A. Der Gebrauch und die tatsächliche Bedeutung der Präjudizien in der Rechtspraxis des Ancien Régime im 16. bis 18. Jahrhundert	17
I. Die Behandlung der „rationes decidendi“	18
1. Das Reichskammergericht und der Reichshofrat	18
2. Die Gerichte der Partikularstaaten	19
II. Die Entscheidungsliteratur	21
1. Die Rechtsprechungssammlungen	22
2. Die Konsilienliteratur	25
3. Würdigung der kasuistisch-forensischen Entscheidungsliteratur	27
B. Rechtsbildung und präjudizielle Erscheinungen im germanisch-mittelalterlichen und römischen Rechtskreis	30
I. Der germanisch-mittelalterliche Rechtskreis	30
1. Die Theorie des germanisch-mittelalterlichen Rechts als Gewohnheitsrecht	30
2. Präjudizielle Erscheinungsformen bei der Urteilsfindung	31
3. Die Grenzen der präjudiziellen Bindungen	34
II. Der römische Rechtskreis	37
1. Die Rechtsbildung und die präjudiziellen Einflüsse in der Republik und Kaiserzeit bis zur Kodifikation durch Justinian	37
2. Die Bedeutung der richterlichen Rechtsfortbildung in der Kodifikation Justinians	40

*Zweites Kapitel***Die theoretische Einordnung der präjudiziellen
Wirkungen durch die Rechtswissenschaft des Ancien Régime**

<i>A. Ausgangslage und allgemeine Orientierung</i>	43
I. Die Praxis aus der Sicht der Rechtswissenschaft	43
II. Bedeutung der „glossa ordinaria“ und „communis opinio“ als Elemente der Rechtsfortbildung und Rechtsergänzung	44
III. Präjudizien des Reichskammergerichts als Träger der Rechts- fortbildung und Rechtsergänzung und als Ersatz der „communis opinio“	46
IV. Rechtsquellen und Interpretationsgrundsätze des Ancien Régime — Sonderformen präjudizieller Wirkungen	48
1. Die Rechtsquellentheorie	49
2. Der Standort der Präjudizien in der Auslegungsmethode nach dem Verständnis der Rechtswissenschaft des Ancien Régime	50
<i>B. Die Präjudizientheorie des Ancien Régime</i>	54
I. Dogmatische Grundlegung	54
1. Der Einfluß der römischen Rechtsvorschriften	55
2. Sonstige rechtsdogmatische Einflüsse	57
II. Der Inhalt der Präjudizientheorie	60
<i>C. Die Hintergründe der präjudizienfeindlichen Theorie des Ancien Régime</i>	67
I. Das Problem der Rechtungewißheit	67
II. Das Gesetzesverständnis des Ancien Régime	70
III. Der vernunfts- und naturrechtliche Einfluß	72
<i>D. Auswirkungen der Präjudizientheorie</i>	74

Drittes Kapitel

Die Entwicklung des Präjudizienverständnisses nach der Auflösung des Ancien Régime	77
<i>A. Die für eine Präjudizientheorie bedeutsamen Ereignisse im 19. Jahrhundert</i>	78
I. Das Aufkommen von Entscheidungssammlungen aus der Judikatur der obersten Gerichtshöfe in den Territorialstaaten	78
II. Gesetzgeberische Bemühungen um den Ausbau der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit in den Territorialstaaten	82
III. Die Kodifikationen im Zuge der nationalen Einigung	90
<i>B. Die theoretischen Ansichten der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zur Bedeutung der Präjudizien</i>	90
I. Dogmatische Einflüsse der gemein- und partikularrechtlichen Vorschriften	90
II. Der Historismus	93
III. Der rechtswissenschaftliche Formalismus und der Gesetzespositivismus	98
<i>C. Ausblick</i>	106
Zusammenfassung	111
Literaturverzeichnis	115

Einleitung

„Präjudizien sind nicht Rechtsquellen, sondern Indizien für richtiges Erkennen und Entscheiden angesichts zweifelhafter Weisung durch gesetzliche Ordnungsmuster Unsere Richterrechtsbildungen unterliegen der gleichen Erkenntniskontrolle wie jede Interpretation: sie können nicht nur, sondern sie müssen mit der besseren Einsicht preisgegeben werden, Jede andere Vorstellung wäre mit unserer rechtsstaatlichen Auffassung unvereinbar, wonach der Richter nicht an eine feststehende Rechtsprechung gebunden ist, sondern nur an materielles Recht¹.“

Diese Sätze von *Esser* sind symptomatisch für das Präjudizienverständnis weiter Teile der modernen Rechtswissenschaft. Danach soll der in einer oder mehreren gleichförmigen Gerichtsentscheidungen ausgesprochenen Gesetzesinterpretation grundsätzlich die gleiche Verbindlichkeit für die Lösung eines künftigen gleichgelagerten Rechtsfalls zukommen wie einer in der Rechtswissenschaft vertretenen Lehrmeinung². Schon eine überschlägige Überprüfung dieser Einschätzung der Präjudizien an der Wirklichkeit zeigt, daß diese Theorie die tatsächliche Bedeutung präjudizieller Wirkungen nicht erfaßt. Wenige Beispiele verdeutlichen dies bereits: In einer in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung streitigen Fristenfrage, in der bereits zwei Entscheidungen des Reichsgerichts vorlagen, verweigerte der Bundesgerichtshof³ einer durch einen Rechtsanwalt vertretenen Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, ein Rechtsanwalt habe es grundsätzlich zu vertreten, wenn dieser eine in der amtlichen Sammlung abgedruckte Entscheidung nicht beachte.

Einer ähnlichen Bindung an die Präjudizien der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterliegen die Strafverfolgungsbehörden. Denn nach der Judikatur des Bundesgerichtshofes⁴ ist ein Staatsanwalt auch entgegen seiner eigenen Rechtsauffassung zur Erhebung der Anklage verpflichtet, falls nach der „festen“ Rechtsprechung der hinreichende Ver-

¹ *Esser*, Vorverständnis, S. 195.

² Vgl. beispielsweise: *Larenz*, Methodenlehre, S. 422 ff.; *ders.*, Bindungswirkung von Präjudizien, S. 247 ff. (255/256); *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 134 ff. und 288; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, S. 15 ff.

³ BGHZ 5, 275 (277 f.).

⁴ Seit BGHSt 15, 155.

dacht einer strafbaren Handlung gegeben ist. Demgegenüber sind auch nur annähernd weitreichende Auswirkungen einer Lehrmeinung, auch einer herrschenden, nicht bekannt.

Schließlich hat, um noch ein letztes Beispiel anzuführen, die Bedeutung der Präjudizien gesetzlichen Niederschlag gefunden im Rahmen der sog. Vorlagegesetzgebung, die die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Spruchkörper innerhalb der obersten Bundesgerichte einerseits und darüber hinaus der obersten Bundesgerichte untereinander andererseits herstellen bzw. bewahren soll⁵.

Diese wenigen Beispiele genügen schon zur Illustration der außerordentlich großen praktischen Bedeutung der Präjudizien⁶. Einer weiteren Vertiefung bedarf es nicht, da auch bei den eingangs zitierten Vertretern der Literaturmeinung letztlich der erhebliche Einfluß der Präjudizien auf die praktische Rechtsfortbildung außer Streit steht⁷. Trotz der eingeräumten tatsächlichen Gegebenheiten halten jedoch diese Autoren strikt an ihrem Präjudizienverständnis fest. Der bewußt aufrechterhaltene Widerspruch ihrer Präjudizientheorie zur Wirklichkeit läßt sich mithin nur so erklären, daß ihre Theorie nicht Beschreibung bzw. erläuterndes Modell der Wirklichkeit sein, sondern als Postulat an die Wirklichkeit Regeln für die Behandlung judiziellen Spruchmaterials festlegen will. Die Präjudizientheorie beansprucht also normative Geltung, obwohl sie zunächst auf den ersten Blick eine Definition der Wirklichkeit zu sein scheint.

Gegen normative Postulate im Zusammenhang mit der Handhabung von Präjudizien bestehen keineswegs grundsätzliche Bedenken, wenn nur gewährleistet ist, daß der normative Eingriff sich strikt am zutreffend und erschöpfend erfaßten Sachverhalt orientiert und sachlich begründet ist. Schwerwiegend und folgenreich kann demgegenüber ein vorschnelles Abstellen auf angebliche normative Notwendigkeiten sein. Denn solche Postulate unterliegen entweder der Gefahr, von der Praxis nicht bzw. nur unvollkommen akzeptiert zu werden, weil sie sich zur Bewältigung der anstehenden praktischen Probleme als nicht hilfreich erweisen, oder aber vermögen sogar — was noch unangenehmer sein

⁵ Vgl. §§ 136, 137 GVG; § 2 Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl. I, S. 661).

⁶ Vgl. noch zur faktischen Präjudizienbindung in der Rechtsprechung *Fikentscher*, Methoden III, S. 711 ff.

⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 42 ff.; *Esser*, Vorverständnis, S. 189/190; besonders instruktiv das Standardlehrbuch von *Lehmann/Hübner*, Allgemeiner Teil des BGB, S. 25, die nach grundsätzlicher Ablehnung der bindenden Wirkung von Präjudizien ausführen: „Tatsächlich war die Bedeutung der gleichförmigen Praxis, namentlich des Reichsgerichts, für die Urteilsbildung außerordentlich groß.“

kann — in der praktischen Umsetzung Folgen auszulösen, die man überhaupt nicht ins Kalkül miteinbezogen hatte.

In diese Richtung zielt in ihrem Kern die vornehmlich von *Kriele*⁸ und *Germann*⁹ vorgetragene Kritik gegen das herrschende herkömmliche Präjudizienverständnis. Der dadurch entstandene Meinungsstreit beruht keineswegs darauf, daß *Kriele* und *Germann* normative Postulate gegenüber den Gerichten im Umgang mit Präjudizien schlechthin ablehnen. Der entscheidende Unterschied der Auffassungen liegt vielmehr in der prinzipiellen Haltung zur Wirklichkeit: die Vertreter des herrschenden herkömmlichen Präjudizienverständnisses stellen den normativen Geltungsanspruch in das Zentrum ihrer Theorie und versperren so bereits im Ansatz den Zugang zu einer wertungsfreien Analyse der präjudiziellen Wirkungsweise; demgegenüber stellen die genannten Kritiker der traditionellen Präjudizientheorie die Beobachtung der judiziellen Rechtsbildung in den Vordergrund, indem sie die Beziehung eines Gerichtsurteils zu Vorentscheidungen näher untersuchen. Nach dem Verständnis der Kritiker kann nämlich überhaupt erst eine exakte Analyse der forensischen Handhabung der Präjudizien einen normativen Eingriff der Doktrin legitimieren, wenn es gilt, Fehlentwicklungen vorzubeugen oder entgegenzusteuern, also wenn stichhaltige Gründe gegen den forensischen Umgang mit Präjudizien vorzubringen sind¹⁰.

Aus der Beobachtung der forensischen Praxis ist schließlich die Theorie von der Auferlegung der Argumentationslast entwickelt worden, die in gesetzlich verbindlicher Form für die Gerichte keineswegs existiert, jedoch allgemein praktiziert wird. Danach erweist sich in den Augen der Kritiker des herkömmlichen Präjudizienverständnisses die normative Interpretation präjudizieller Erscheinungsformen als „unverbindlich“ oder „verbindlich“ als ein unbefriedigender theoretischer Ansatz. Die von dem Grundsatz rigider Alternativität geprägte Vorstellung von strikter Verbindlichkeit einerseits und ebenso strikter Unverbindlichkeit andererseits müsse bei der Interpretation präjudizieller Phänomene aufgegeben werden zugunsten einer lediglich eingeschränkten präjudiziellen Bindung in Gestalt einer bloßen widerlegbaren Präjudizienvermutung. Die Präjudizienvermutung streite für die Plausibilität und Rationalität des Präjudizes und bürde dem Gericht die Argumentationslast, d. h. die Verpflichtung auf, den Nachweis der „besseren“ Gründe

⁸ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243 ff. und insbesondere S. 326 ff. des Nachwortes zur zweiten Auflage, in dem sich der Verfasser mit seinen Kritikern aus den Reihen der Anhänger des traditionellen Präjudizienverständnisses eingehend auseinandergesetzt hat.

⁹ *Germann*, Präjudizielle Tragweite, ZSR S. 423 ff.; *ders.*, Präjudizien als Rechtsquelle; *ders.*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 268 ff.

¹⁰ Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 257/258.