unterschiedlicher Rechtskultur und unterschiedlichem Begründungsstil ein gemeinsames Urteil absetzen müssen.[135]

2. Die Bindungswirkung der Rechtsprechung

a) Die »Rechtsquellen«-Diskussion

75 Das im Folgenden erörterte Problem wird in der Literatur meist unter dem Stichwort der Rechtsquellen behandelt.[136] Viel Unklarheit besteht bereits darüber, was unter diesem Ausdruck zu verstehen ist. Hier finden sich viele unteleologische Definitionen und viel überflüssiger Streit um Nominaldefinitionen. Sinnvoll ist die Diskussion nur, wenn man zunächst klärt, wofür der Begriff gebraucht wird.[137]

76 Eine ganz weite Definition erstreckt die Bedeutung dieses Ausdrucks auf alles, was an Quellen für Argumente in Betracht kommt. Dann gehören auch Urteile und Aufsätze dazu.[138] Diese Definition ist unzweckmäßig, da sie auf die juristisch entscheidende Frage der Bindungswirkung keine Antwort gibt.

77 Nach einer engeren Definition muss zwischen »**Rechtsquellen**« und »**Rechtserkenntnisquellen**« unterschieden werden.[139] Das ist zweckmäßiger, hilft aber solange nicht weiter, wie das tertium comparationis nicht genannt wird. Terminologisch zweckmäßig und in der Sache richtig ist es demgegenüber, als Rechtsquellen rechtliche Aussagen zu bezeichnen, an die der Rechtsanwender gebunden ist. Die Frage nach der Rechtsquelleneigenschaft der Rechtsprechung löst sich damit auf in die Frage nach der Bindungswirkung der Rechtsprechung, also wer wann inwieweit an Rechtsprechung gebunden ist.[140]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

b) Die Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG

78 Bei den Bindungswirkungen gerichtlicher Entscheidungen ist zu unterscheiden zwischen den Bindungswirkungen konkret-individuell, dh den Wirkungen inter partes, und den Bindungswirkungen abstrakt-generell, dh für andere als die am Rechtsstreit Beteiligten.

79 Ausdrücklich normiert ist eine abstrakt-generelle Bindungswirkung nur für Entscheidungen des BVerfG, und zwar in § 31 BVerfGG.[141] Im Übrigen wirken – nach dem Gesetzeswortlaut – auch Entscheidungen des BVerfG nur unter den Beteiligten.[142]

135 Satirisch *Wank* FS Buschmann, 2014, 149 (152).
136 ZB *Fikentscher* Methoden des Rechts III 706f.; *Fischer* Topoi 109f.; *Larenz* Methodenlehre 430; *Möllers* Methodenlehre § 2 Rn. 5f.; *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung 116ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 236ff.
137 Überblicksschema bei *Fikentscher* Methoden des Rechts III 737.
138 *Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, 1983, 134ff.; vgl. auch *Fikentscher* Methoden des Rechts IV 323f.
139 *Bydlinski* Methodenlehre 504; *Larenz* Methodenlehre 429ff., 432; *Larenz* FS Schima, 1969, 247 (262); s. auch *Fikentscher* Methoden des Rechts IV 217 »Bestätigungshilfen«.
140 Richtige Fragestellung bei *Kramer* Methodenlehre 253, 257; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 239ff.; *Fikentscher* Methoden des Rechts III 716ff.; s. aber auch *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung 136ff.
141 Dazu MSKB/*Bethge* BVerfGG § 31.
142 Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EuGH → § 18 Rn. 110ff. sowie *Rebhahn* FS Wank, 2014, 435; zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR → § 16 Rn. 189.

c) Die Bindungswirkung von Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes

aa) Darstellung der hM

80 Im Hinblick auf die Bindungswirkungen von Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes stellt sich die Rechtslage nach hM wie folgt dar: Besteht seit langem eine ständige Rechtsprechung zu einer Frage und stimmt die Literatur der Ansicht der Rechtsprechung zu, so entsteht **Gewohnheitsrecht.**[143] Es soll nach hM den gleichen Rang haben wie Gesetzesrecht. Allerdings soll Gewohnheitsrecht nicht entgegen Gesetzesrecht entstehen können. Diese Aussage wird allerdings nicht allzu ernst genommen. So wurde die **GmbH & Co. KG** nach einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1922[144] im Laufe der Jahre allgemein anerkannt. Heute ist sie auch mittelbar durch Gesetzesrecht anerkannt, § 13 V HGB. Die Anerkennung einer Rechtsform, bei der der Komplementär der KG keine natürliche Person ist, widersprach jedoch dem Sinn des Gesetzes. Insofern hätte – folgt man der hM – hier nie Gewohnheitsrecht entstehen können. Tatsächlich wurde aber im Anschluss an die RG-Rechtsprechung gesagt, die GmbH & Co. KG sei gewohnheitsrechtlich anerkannt.

81 Auf einer zweiten Stufe der Bindungsintensität steht nach hM die **ständige Rechtsprechung** (dazu → § 6 Rn. 24 ff.). Hier wirkt sich der Meinungsstreit aus: Einige bezeichnen die ständige Rechtsprechung als Rechtsquelle.[145] Die Mehrheit der Autoren lehnt das ab.[146]

82 Viel diskutiert wird im Einzelnen, ab wie viel Urteilen eine ständige Rechtsprechung vorliegt.

83 Auf derselben Stufe wie die ständige Rechtsprechung dürften nach hM allerdings auch **Grundsatzentscheidungen**[147] liegen.

84 Die letzte Stufe nimmt das ein, was – diesem System konform – als »**schlichte Rechtsprechung**« bezeichnet werden könnte.

bb) Stellungnahme

(1) Gewohnheitsrecht und ständige Rechtsprechung

85 Gewohnheitsrecht wird allgemein definiert durch **zwei Elemente**[148]:

- dauernde Übung
- allgemeine Rechtsüberzeugung

143 Zum Gewohnheitsrecht: *Bydlinski* Methodenlehre 213 ff.; *Fikentscher* Methoden des Rechts III 691 ff., IV 317 ff.; *Fischer* Topoi 103 f. (»verkapptes Richterrecht«); *Kramer* Methodenlehre 222 ff.; *Larenz* Methodenlehre 356 ff., 433; *Möllers* Methodenlehre § 3 Rn. 23, 28 ff.; *Müller/Christensen* Methodik I Rn. 4, 108, 193, 294, 352, 465, 480; *F. Müller* FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, 65 (78 ff.); *Rehbinder,* Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl. 1995, 194 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 232 ff.

144 RGZ 105, 101 (103 ff.); → § 11 Rn. 107 ff., 111 zur Umgehung.

145 *Kruse,* Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971; *Fikentscher* Methoden des Rechts IV 222.

146 *Diederichsen* NJW 1975, 1801 ff.; *Robert Fischer,* Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971; *Hilger* FS Larenz, 1973, 109; *Hirsch* JR 1966, 334; *Kriele* Rechtsgewinnung 251 ff.; *Larenz* Methodenlehre 432 f.; *Wieacker,* Gesetz und Richterkunst, 1957, 1, 6.

147 *Larenz* Methodenlehre 435 f. (zu »gegriffenen Größen«); s. auch → Rn. 26.

148 *Fikentscher* Methoden des Rechts III 697 ff.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Was zunächst die Frage des **Gewohnheitsrechts** angeht, so wird vielfach noch eine Darstellung gepflegt, als ob sich hier das »stille Wirken des Volksgeistes« *(von Savigny)* zeige. Tatsächlich werden derartige Rechtsfragen aber letztlich von den Gerichten entschieden. Raum für Gewohnheitsrecht außerhalb der Rechtsprechung verbleibt damit kaum.[149] Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob außerhalb der Rechtsprechung heute Gewohnheitsrecht überhaupt entstehen kann. Eher spricht eine Vermutung dafür, dass die Rechtsentwicklung in einigen Bereichen mehr auf allgemeinen Geschäftsbedingungen, auf einseitiger Machtdurchsetzung oder auch auf »eingerissenem Schlendrian«[150] beruht als auf einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. **86**

Von Gewohnheitsrecht sollte man nur dann sprechen, wenn es zu einer Frage eine ständige Rechtsprechung gibt und das Schrifttum deren Meinung entweder einhellig oder jedenfalls ganz überwiegend teilt.[151] **87**

Wichtiger als die Benennung »Gewohnheitsrecht« oder »ständige Rechtsprechung« (Nominaldefinition) ist, was damit in der Sache verbunden wird (Realdefinition); genauer: welche Rechtsfolgen daran anknüpfen. **88**

Im Hinblick auf die Bindungswirkung für andere stehen sich, wie im Folgenden zu zeigen, beide Institutionen (»Gewohnheitsrecht« und »ständige Rechtsprechung«) gleich. Zweifelhaft kann daher nur die Bindungswirkung für die Gerichte selbst sein. So wird gesagt, von Gewohnheitsrecht könne ein Gericht nicht abweichen, wohl aber von einer ständigen Rechtsprechung.[152] Nach hM soll die Frage, wann die Gerichte von ihrer eigenen Rechtsprechung abgehen können, davon abhängen, ob die Rechtsprechung in der Literatur allgemeine Zustimmung gefunden hat oder ob es auch Gegenstimmen gegeben habe.[153] **89**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Tatsächlich kann die Unterscheidung davon nicht abhängen. Grundsätzlich sind die Gerichte zwar an Gewohnheitsrecht als Teil des geltenden Rechts gebunden. Jedes Abweichen stellt Rechtsfortbildung dar.[154] Ob sie zulässig ist oder nicht, hängt auch vom Grad der Verfestigung und Anerkennung der bisherigen Rechtsprechung ab, aber nicht nur davon. **90**

Allerdings kann der Gesetzgeber dem Gewohnheitsrecht die Geltung entziehen.[155] **91**

> **Beispiel:** Als Dipl.-Phys. Dr. med. K starb, beantragte seine Witwe die Eintragung dieser *Titel in das Sterberegister.* In der Vergangenheit entsprach das dem Gewohnheitsrecht. Nach Inkrafttreten des Personenstandsrechtsreformgesetzes am 1.1.2009 sah das OLG Karlsruhe dafür keine Grundlage mehr.[156]

Die zweite Stufe, die der **ständigen Rechtsprechung,** unterscheidet sich von Gewohnheitsrecht demnach dadurch, dass die Ansicht der Gerichte in der Literatur ent- **92**

149 Insofern zutr. *Esser* FS v. Hippel, 1967, 95 (124ff.); *Larenz* Methodenlehre 433.
150 RGZ 142, 356.
151 Zur früheren BAG-Rechtsprechung zur Tarifeinheit, die von der ganz überwiegenden Literatur abgelehnt wurde: *Hergenröder/Deyle* RdA 2012, 50 (52).
152 *Bydlinski* Methodenlehre 506; *Bydlinski* JZ 1985, 149 (150, 154f.); *Esser* FS Fritz von Hippel, 1967, 95 (121).
153 BVerfGE 84, 212 (227) = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117 = NZA 1991, 809.
154 Vgl. *Fikentscher* Methoden des Rechts IV 315.
155 BGH NJW 2016, 2418 (2425).
156 OLG Karlsruhe NJW 2013, 1099; ebenso zum Geburtenregister BGH NJW 2014, 387.

weder nicht oder jedenfalls nicht ganz überwiegend geteilt wird. Die übliche Formulierung als Streit um Rechtsquellen wird schon dem Problemansatz nicht gerecht. Wenn es um die Bindungswirkung von Rechtsprechung geht, muss vielmehr nach dem Adressaten der Bindung differenziert werden (dazu im Folgenden).[157] Zum einen gibt es, schon nach den Verfahrensordnungen, Bindungswirkungen **im Instanzenzug.** In ein und demselben Verfahren ist das Untergericht bei einer Zurückverweisung an die Rechtsauffassung der jeweils höheren Instanz gebunden. Eine Bindungswirkung besteht des weiteren für die am Verfahren *Beteiligten* – die Parteien, deren Rechtsnachfolger, die Streitgenossen. Die eigentliche Frage betrifft demgegenüber die **abstrakt-generelle Bindungswirkung.** Hier muss unterschieden werden zwischen der Bindungswirkung für die Judikative selbst, der Bindungswirkung für Legislative und Exekutive und der Bindungswirkung für Bürger.

(2) Die Bindungswirkung innerhalb des Instanzenzugs

93 Die Einrichtung eines Instanzenzugs hat nur dann Sinn, wenn das Gericht der unteren Instanz jeweils an die Entscheidung des Gerichts der höheren Instanz im selben Rechtsstreit gebunden ist. Dementsprechend legen alle Verfahrensordnungen für die verschiedenen Gerichtszweige diese Folgerung fest. In allen diesen Fällen besteht jedoch nur eine Bindung »inter partes«; dh die Bindungswirkung gilt nur für die Parteien und das Gericht dieses Rechtsstreits. Nur in seltenen, im Gesetz genannten oder von der Rechtsprechung entwickelten Fällen besteht eine Bindungswirkung darüber hinaus (zB § 98 IV 1 ArbGG: »Der rechtskräftige Beschluss über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Rechtsverordnung wirkt für und gegen jedermann.«).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

(3) Die sonstige Bindungswirkung innerhalb der Judikative

94 Anders als in Rechtssystemen mit *Präjudizienbindung* besteht in Deutschland[158] eine Bindung an Präjudizien nur in den im Gesetz genannten Fällen.[159]

95 An dieser Stelle ist auf die Bindungswirkung außerhalb des konkreten Rechtsstreits einzugehen. Die **obersten Gerichtshöfe des Bundes** sind kraft Gesetzes nur im begrenzten Umfang an die frühere Rechtsprechung desselben Gerichts gebunden; nämlich dann, wenn ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen möchte; dann ist die Rechtsfrage dem Großen Senat vorzulegen (→ Rn. 61 ff.). Tatsächlich sind hier mehrere Möglichkeiten denkbar. Wenn für diese Rechtsfrage bisher derselbe Senat zuständig war und er nunmehr seine Rechtsauffassung ändern möchte, entfällt die Pflicht zur Anrufung des Großen Senats aus dem Gedanken der Divergenz. Dennoch müsste der Große Senat auch in diesen Fällen häufig angerufen werden, wenn derselbe Senat gerade durch die Änderung seiner Rechtsprechung eine Rechtsfortbildung vornimmt. In der Praxis wird allerdings häufig dagegen verstoßen.

157 *Wank* RdA 1987, 129 (134).
158 Zu England: *Fikentscher* Methoden des Rechts II 81 ff.
159 BVerfG NJW 2016, 229; *Engisch* Einführung 308 ff.; *Larenz* Methodenlehre 429 ff.; *Schlüchter,* Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; für eine allgemeine Präjudizienbindung: *Reinhardt,* Konsistente Jurisdiktion, 1997; rechtsvergleichend: *MacCormick/Summers* Interpreting Precedents: A comparative study, 1997.

Beispiel: Der Große Senat des BAG hat Grundsätze für das *Arbeitskampfrecht* aufgestellt.[160] Der 1. Senat des BAG ist durch seine Urteile zum Tarifsozialplan-Streik, zum Unterstützungsstreik und zum Flash-mob davon erheblich abgewichen, ohne den Großen Senat anzurufen.[161]

Ist dieselbe Rechtsfrage in der Vergangenheit von mehreren Senaten entschieden worden oder war früher ein anderer Senat für dieselbe Frage zuständig, so kann der Senat, der die Änderung beabsichtigt, zunächst bei dem Senat oder den anderen Senaten anfragen, ob sie an ihrer Rechtsauffassung festhalten. Ist das nicht der Fall (**Beispiel:** »Der Vierte Senat gibt seine bisherige Rechtsauffassung zu dieser Frage auf.«), bedarf es der Anrufung des Großen Senats nicht.[162] **96**

Beispiel: Der BGH hatte früher die Ansicht vertreten, die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Bankrotts setze voraus, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt. Im Jahre 2012 gab der zuständige Senat diese *»Interessentheorie«* auf.[163]

In den Fällen, in denen **derselbe Senat** ohne Vorlagepflicht darüber zu entscheiden hat, ob er an der bisherigen Rechtsprechung des Senats (oder des früher dafür zuständigen Senats) festhält, ergibt sich folgendes Problem: Auf der einen Seite sollen die nunmehr zuständigen Richter nach ihrer freien Überzeugung entscheiden. Grundsätzlich sind sie an die eigene frühere Rechtsprechung des Senats nicht gebunden. Für die Rechtsentwicklung wäre es aber unerträglich, wenn bei jedem Wechsel in der Zusammensetzung eines Senats eine langjährige Rechtsprechung umgeworfen würde. Das Interesse an einer richtigen Entscheidung kollidiert mit dem Interesse an einer *Kontinuität der Rechtsprechung* (Gleichbehandlung und Rechtssicherheit).[164] Deshalb gilt folgender Rechtssatz: Wenn beide Lösungen gleich gut vertretbar sind, soll das Gericht an der bisherigen Rechtsprechung fest halten. Sprechen aber erhebliche, insbesondere verfassungsrechtliche, Bedenken gegen die frühere Lösung, so ist sie aufzugeben (»eingeschränkte Präjudizienbindung«).[165] **97**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Im **Verhältnis der Instanzgerichte zu den jeweiligen obersten Gerichtshöfen des Bundes** gilt Folgendes: Eine gesetzliche Bindungswirkung außerhalb des konkreten Rechtsstreits besteht nicht. Die Richter an den Instanzgerichten entscheiden unabhängig. Allerdings ergeben sich auch rechtliche Bindungen. Sie sind einbezogen in ein auch durch Rechtsprechung geprägtes Gesamtsystem, innerhalb dessen sie sich halten müssen. Dagegen ist es ihr Recht und ihre Pflicht, konkrete Rechtsfortbildungsakte der letztinstanzlichen Gerichte eigenständig zu überprüfen und dann, wenn sie diese Rechtsprechung für unzutreffend halten, davon abzuweichen.[166] **98**

Beispiel: Eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrages ist nach § 14 II 2 TzBfG nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei diesem Arbeitgeber noch nicht »zuvor« beschäftigt war

160 BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668; BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43.
161 *Wank* RdA 2009, 1 (2).
162 S. auch BAG GS AP ZPO § 519 Nr. 53 = NJW 1987, 1356 und dazu *Wank* ZfA 1987, 355 (459).
163 BGH NJW 2012, 2366.
164 Zu Präjudizien: *Kramer* Methodenlehre 301 ff.; *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung; *Schlüchter,* Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; *Wank* Begriffsbildung 35 ff.; *Zippelius* Methodenlehre § 13 II.
165 BAG AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 31 und dazu *Wank* RdA 1987, 129 (134); BAG GS AP ZPO § 519 Nr. 53 = NJW 1987, 1356 und dazu *Wank* ZfA 1987, 355 (459); BFHE 220, 129 = BStBl. 2008 II 608 = NJW 2008, 1616; s. ferner *Fikentscher* Methoden des Rechts III 711 f., 715 f.; *Kramer* Methodenlehre 301 ff.; *Kriele* Rechtsgewinnung 243 ff.; *Zippelius* Methodenlehre § 13 II.
166 *Dieterich* RdA 1993, 67.

(»Zuvorbeschäftigung«). Das BAG hat in verfassungskonformer Auslegung die Vorschrift dahingehend teleologisch reduziert, dass dies nicht gilt, wenn die Vorbeschäftigung länger als drei Jahre zurückliegt.[167] Das LAG Stuttgart meinte dagegen, das Vorbeschäftigungsverbot gelte immer, wenn der Beschäftigte nur irgendwann einmal zuvor bereits bei diesem Arbeitgeber beschäftigt war.[168] Das BVerfG hat dem BAG bestätigt, dass die Vorschrift insoweit verfassungswidrig ist, aber die 3-Jahres-Grenze abgelehnt zugunsten einer Prüfung des Einzelfalles.[169]

99 Die Instanzgerichte werden allerdings nur dann von der Rechtsprechung des Revisionsgerichts abweichen, wenn sie dafür beachtliche Gründe sehen.[170] Denn es besteht die Gefahr, dass auf Kosten der Parteien die Entscheidung in der letzten Instanz wieder aufgehoben wird. Ist somit die abstrakt-generelle Bindungswirkung innerhalb der Judikative nur begrenzt vorhanden, so gilt im Verhältnis der Judikative zur Exekutive (und zur Regierung) etwas anderes.

100 Zwar wird eine Bindungswirkung außer der obengenannten nach § 31 BVerfGG und im Instanzenzug in den Gesetzen nicht ausdrücklich festgelegt; daraus zieht die hM den Schluss, eine solche Bindungswirkung bestehe nicht.[171]

(4) Die Bindungswirkung außerhalb der Judikative

(a) Das Verhältnis der Judikative zu den anderen Staatsgewalten

101 An die höchstrichterliche Rechtsprechung sind **die anderen Staatsgewalten** gebunden. Da **Regierung, Verwaltung**[172] und Gesetzgebung an das geltende Recht gebunden sind, Art. 20 III GG, und die Gerichte verbindlich entscheiden, was geltendes Recht ist, können die anderen Staatsgewalten keine eigene Entscheidungskompetenz für sich in Anspruch nehmen. Wenn beispielsweise der BFH in einem Grundsatzurteil eine Bestimmung des Einkommensteuergesetzes in einem bestimmten Sinne interpretiert hat, dann ist die Finanzverwaltung daran gebunden. Die »**Nichtanwendungserlasse**« der Finanzverwaltung stellen demgegenüber Verstöße gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz dar. Die Finanzbehörden maßen sich an, trotz einer allgemeinen Aussage des BFH dieselbe Frage bei genau dem gleichen Sachverhalt rechtlich anders zu beurteilen.[173]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

102 Ähnliches gibt es auch in anderen Bereichen. So hat das Bundesgesundheitsministerium das Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte angewiesen, eine Entscheidung des BVerwG zur Sterbehilfe nicht zu befolgen.[174]

103 Die gesetzgebende Gewalt ist dem **Parlament,** nicht den Gerichten anvertraut. Deshalb bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Gesetzgeber eine Rechtsprechung,

167 BAG AP TzBfG § 14 Nr. 82 *(Wiedemann)* = NZA 2011, 893 *(Höpfner);* Anm. *Wank* RdA 2012, 361.
168 LAG Stuttgart EWiR 3/2014, 95 mAnm *Krois.*
169 BVerfG NZA 2018, 774 = AP TzBfG § 14 Nr. 170 *(Wank)* = JZ 2018, 879 *(Kamanabrou).*
170 *Bydlinski* JZ 1985, 154; *Kirchhof* FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, 11 (16); *Kriele* DRiZ 1984, 226 (230).
171 Für alle BVerfGE 38, 386 (396) = NJW 1975, 968; BVerfGE 84, 212 (227) = NJW 1991, 2549; *Larenz* Methodenlehre 432.
172 *Fikentscher* Methoden des Rechts III 713.
173 Zurückhaltend *Desens,* Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011; s. auch *Kinzl* NJW-Editorial 7/2012; *Lange* NJW 2002, 3657; auch → § 18 Rn. 271.
174 FAZ v. 2.7.2018, Nr. 150, S. 4.

die seiner Ansicht widerspricht, zum Anlass für eine Gesetzesänderung nimmt.[175] Für die Zukunft gilt dann die Auffassung des Gesetzgebers.[176]

Aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergibt sich aber auch, dass für die Vergangenheit die Entscheidung durch die Gerichte verbindlich ist. Der Gesetzgeber darf daher nicht die Gerichte »nachträglich ins Unrecht setzen«[177] und für die Vergangenheit die Rechtslage entgegen der Rechtsprechung ändern; dh er kann zwar rückwirkende Gesetze erlassen, sie ändern aber nichts an rechtskräftigen Urteilen. 104

Im Übrigen ist es vielfach so, dass der Gesetzgeber eine vorhandene Rechtsprechung übernimmt[178] oder dass er ein Problem ungelöst lässt und es der Rechtsprechung überweist. Daraus kann dann die Zulässigkeit auch einer Rechtsfortbildung folgen.[179] 105

Beispiele:

- Zum *Arbeitnehmerbegriff* hat der Gesetzgeber das was er für den Inhalt der Rechtsprechung des BAG hielt, als neuen § 611a BGB übernommen (→ § 7 Rn. 38, 44ff.).
- Eine der wichtigsten Fragen des *Mindestlohngesetzes* ist, welche Bestandteile der Lohnzahlung auf den Mindestlohn angerechnet werden können. Die Antwort sucht man im Gesetz vergebens, sie wurde der Rechtsprechung überlassen.[180]
- Die Bindungswirkung von Urteilen spielt auch eine Rolle beim *Widerruf der Verleiherlaubnis* nach dem AÜG. Erfolgt der Widerruf aufgrund einer Änderung der Rechtslage, besteht ein Ausgleichsanspruch. Umstritten ist, ob dies auch für eine Änderung der Rechtsprechung gilt.[181]

(b) Das Verhältnis der Judikative zu den Bürgern

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Es bleibt schließlich die Frage, ob auch der Bürger an die Rechtsprechung – und sei es auch nur an die ständige Rechtsprechung – ebenso gebunden ist wie an das Gesetz.[182] 106

Hier stellt sich zunächst eine Vorfrage: Wie kann man überhaupt an ein Gesetz gebunden sein? Wenn das Gesetz auslegungsbedürftig ist, so ist entscheidend, an welche von mehreren Auslegungsalternativen der Bürger gebunden ist. Im Streitfall ist das immer die Auslegung des Gesetzes, die das Gericht der letzten Instanz dem Gesetz im Streitfall zugrunde legt. Aber ist bis zum rechtskräftigen Abschluss eines konkreten Verfahrens alles offen? Gibt es bis dahin eine »offene Gesellschaft der Interpreten«?[183] Als Diskussionsrunde, als wissenschaftliches Streitgespräch kann es sie geben. Was allerdings die verbindliche Verhaltenssteuerung angeht, kann es sie nicht geben. Ein Rechtsanwalt,[184] ein Notar oder ein Steuerberater,[185] die ihren Mandanten beraten, ohne die höchstrichterliche Rechtsprechung zu kennen und ihrem Rat zugrunde zu 107

175 *Kirchhof* FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, 11 (15).
176 Zu »Nichtanwendungsnormen«: *Mülbert* AcP 214 (2014), 188 (206f.).
177 Zuletzt ausdrücklich BVerfGE 109, 133 = NJW 2004, 739 mwN (bezogen auf Bürger).
178 *Pagendarm* FS Riese, 1964, 355ff.
179 Zu Einzelheiten: *Wank* ZGR 1988, 314 (319ff.); *Dieterich* RdA 1993, 67.
180 Dazu *Sura* BB 2018, 444.
181 ErfK/*Wank* AÜG § 5 Rn. 7.
182 Zur »subsidiären Rechtsquelle«: *Bydlinski* Methodenlehre 510; *Hager* Rechtsmethoden Kap. 4 Rn. 225ff.: »Rechtsquelle eigener Art« Rn. 233; *Möllers* Methodenlehre § 3 Rn. 6.
183 Vgl. *Häberle* JZ 1975, 297.
184 Etwa BGH NJW 2011, 386; vgl. *Fikentscher* Methoden des Rechts III 716.
185 BGH DStR 2010, 2374.

legen, machen sich schadensersatzpflichtig.[186] Ein Bürger, der sich vor eine Kaserne setzt, um Panzer an der Ausfahrt zu hindern, macht sich wegen Nötigung strafbar.[187] Sie alle können sich nicht darauf berufen, sie hätten das Gesetz nun einmal anders ausgelegt.

> **Beispiel:** Eine Stadt verweigert das nach § 36 I BauGB erforderliche Einvernehmen der Gemeinde für die Genehmigung eines Bauantrags. Der Ortschaftsrat hatte seine Entscheidung nicht nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage getroffen, »sondern glaubte, das schon nach dem »genauen Wortlaut des Gesetzestextes« hinreichend beurteilen zu können«. Dabei verkannte er, dass mit *»näherer Umgebung«* juristisch auch die weitere Umgebung gemeint ist.[188]

108 Umgekehrt kann es den Bürger auch entlasten, wenn er in einer umstrittenen Frage der Rechtsprechung folgt. So fehlt es an einem Verzug im Falle eines entschuldbaren Rechtsirrtums. Kann sich der Schuldner für seine Rechtsauffassung auf eine höchstrichterliche Entscheidung berufen, so ist der Rechtsirrtum entschuldbar.[189]

109 Beispielsweise normiert § 43a VI BRAO eine berufsrechtliche Verpflichtung eines jeden *Rechtsanwalts, sich fortzubilden.* Er muss sich deshalb aktuelle Kenntnis über die Gesetzgebung und über die Rechtsprechung verschaffen,[190] und zwar muss er auch im Auge behalten, ob sich eine Rechtsprechungsänderung konkret abzeichnet.[191] Er braucht sich jedoch nur an den in den amtlichen Sammlungen und in den einschlägigen Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen der obersten Bundesgerichte zu orientieren.[192] Der Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts ist jedenfalls dann nicht unverschuldet, wenn er entgegen einer von der Mehrheit in der Literatur und einer ersten veröffentlichten Entscheidung eines Oberlandesgerichts vertretenen Rechtsansicht von der Anwendbarkeit des neuen Rechts bei Übergangsfällen ausgeht.[193]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Das Verhältnis der Rechtsprechung zur Gesetzgebung

110 Wenn das BVerfG ein Urteil für verfassungswidrig erklärt, unterbleibt manchmal die Feststellung, welche Rechtsfolgen dieses Verdikt hat und ob nicht statt der Rechtsprechung der Gesetzgeber der richtige Adressat ist.

> **Beispiel:** Nach § 17 KSchG muss der Arbeitgeber bei einer *Massenentlassung* angeben, welchen Arbeitnehmern er innerhalb einer bestimmten Frist kündigen will. Da eine Kündigung gegenüber *Schwangeren* unwirksam ist, kann der Arbeitgeber einer Schwangeren erst nach Ablauf der entsprechenden Schutzfristen kündigen. Das BVerfG verlangt, dass diese Arbeitnehmer im Falle eines bereits bestehenden Kündigungsentschlusses schon vorher mitgenannt werden.[194]

186 BGH NJW 2015, 770 betr. Pflicht zur Lektüre von Fachzeitschriften; *Bydlinski* Methodenlehre 506; *Ossenbühl/Cornils,* Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 74 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 239; krit. *Bydlinski* JZ 1985, 149 (152).
187 S. jedoch BVerfGE 73, 206 = NJW 1987, 43.
188 BGH NJW 1993, 530.
189 BAG NZA 1993, 500.
190 ZB BGH NJW 2015, 770.
191 BGH NJW 1993, 3323.
192 BGH NJW 1952, 425.
193 BGH NJW 2011, 386.
194 BVerfG NZA 2016, 939.