

JAHRBUCH  
DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

BAND 68

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 68

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,  
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff  
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. Dr. h.c. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Institut für Osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung, Klosterstraße 79d, D-50931 Köln

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-159391-8 / eISBN 978-3-16-159392-5

DOI 10.1628/978-3-16-159392-5

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

# Inhaltsverzeichnis

## *Schwerpunktthema: Präjudizien*

MEHRDAD PAYANDEH: Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte . . . . .	1
DANIEL EFFER-UHE: Präjudizienbindung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz . . . . .	37
MATTHIAS K. KLATT: Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	63
MICHAEL HOLOUBEK: Bedeutung und Funktion von höchstgerichtlichen Präjudizien. Einige Überlegungen aus österreichischer Perspektive . . . . .	89
MATTIAS WENDEL: Auf dem Weg zum Präjudizienrecht? Zur Maßstabsetzung durch den Europäischen Gerichtshof . . . . .	113
JAMES FOWKES: Something in Common. A perspective on precedent in Germany . . . . .	147
KONRAD LACHMAYER: „... zu Recht erkannt:“ Österreichische Verfassungs- gerichtsbarkeit zwischen Methodeninnovationen und Methodenadaptionen . .	179
BRUN-OTTO BRYDE: Vom richtigen Umgang mit Richterrecht . . . . .	201

## *Abhandlungen und Aufsätze*

CLAUS DIETER CLASSEN: Französisches Grundrechtsverständnis: kaum Dogmatik, objektiv-rechtliche Traditionen, subjektiv-rechtliche Perspektiven? . . . . .	213
SIMON PIELHOFF: Denken mit Geländer. <i>Scott Shapiros Planning Theory of Law</i> als Beitrag zur Kontextualisierung verfassungsgerichtlicher Maßstäbe . . . . .	241
FLORIAN ALBRECHT: Der Zugriff auf das Vermögen verbotener Vereine . . . . .	271

FABIAN MICHL: Das Sondervotum zum Apothekenurteil. Edition aus den Akten des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	323
---	-----

*Debatte: Selbstverständnis und Zukunft der Wissenschaft vom Europarecht*

ARMIN VON BOGDANDY: Die heutige Lage der europäischen Rechtswissenschaft im Spiegel von Schmitts Schrift. Grundfragen in einer irreführenden, aber erkenntnisträchtigen Perspektive . . . . .	409
ULRICH HALTERN: Europarecht und ich . . . . .	439
THOMAS ACKERMANN: Eine „ungeheure Jurisprudenz“? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts . . . . .	471
CLAUS DIETER CLASSEN: Unionsrecht als Integrationsrecht verstehen! Zu Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechtswissenschaft . . . . .	489
MATTHIAS RUFFERT: Eine Binnenperspektive auf die deutsche Europarechts- wissenschaft – zehn Jahre nach der großen Erschütterung . . . . .	515
FRANK SCHORKOPF: Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechts- wissenschaft. Eine Rechtswissenschaft für das organisierte Europa . . . . .	527
GERNOT SYDOW: Die Europarechtswissenschaft europäisieren? Überlegungen zur Strukturentwicklung der juristischen Fakultäten und zur Lehre des Europarechts . . . . .	545
PAUL CRAIG: Self-definition and Research on European Law: The UK Perspective . . . . .	561

*Porträts und Erinnerungen*

KONRAD SCHIEMANN: A cheerful judge in tears . . . . .	569
VASSILIOS SKOURIS im Gespräch mit ANGELIKA NUSSBERGER: Rückblick und Ausblick . . . . .	579

*Entwicklungen des Verfassungsrechts*

*I. Verfassungsrecht in Europa*

GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ: Verfassungsrechtliche Grenzen „Kommunaler Außenpolitik“ im staatlichen Interesse . . . . .	587
---	-----

HÜSEYİN YILDIZ: Die Türkische Verfassung im Spagat zwischen Paternalismus und Autonomie der Person . . . . .	615
TOMASZ TADEUSZ KONCEWICZ: Polish Counter-Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities . . . . .	641
JAN MUSZYŃSKI: Comparative legal argument in the Polish discussion on changes in the judiciary . . . . .	705
TAMÁS SULYOK und GERGELY DELI: Perspektiven des Europarechts aus der Sicht des ungarischen Verfassungsgerichts . . . . .	721

## *II. Verfassungsrecht außerhalb Europas*

HERMANN-JOSEF BLANKE und YASSER ABDELREHIM: Die Universalität der Menschenrechte im Zeichen der Verfassungsentwicklungen in islamischen Staaten . . . . .	735
AMR HAMZAWY: Ägypten zwischen 2014 und 2019. Zur Instrumentalisierung von Verfassung und Gesetz . . . . .	771
FRANZ XAVIER BARRIOS-SUVELZA: Der Coup d'État, der keiner war. Wie die letzte Revolte in Bolivien die Unzulänglichkeit mancher konventioneller Begriffe aufzeigt . . . . .	805



# Schwerpunktthema: Präjudizien

## Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

von

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale) (Hamburg)\*

### Inhalt

I.	Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts: Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung als verfassungsrechtliches Zugeständnis	3
1.	Fokus auf Entscheidungswirkungen im Einzelfall	3
2.	Fokus auf Rezeptionsmodalitäten und Rezeptionsgrenzen	5
3.	Fokus auf Verfassungsrecht statt auf Völkerrecht	5
II.	Analytische Perspektive auf die Wirkungen von Präjudizien	6
1.	Präjudizienwirkung als den Einzelfall überschreitende Wirkung	7
a)	Einzelfallbezogene Entscheidungswirkungen	7
b)	Präjudizielle Entscheidungswirkungen	7
c)	Entscheidungswirkungen in Parallelfällen	8
2.	Präjudizienwirkung als normakzessorische Autorität judikativer Rechtserzeugung	9
a)	Zwischen positivem Recht und allgemeinen Rechtsprinzipien	9
b)	Normative Wirkungen jenseits der Verbindlichkeit	10
c)	Präjudizienwirkung und autoritative Interpretationskompetenz	11
III.	Die Autorität von Präjudizien des Gerichtshofs aus völkerrechtlicher Perspektive	13
1.	Vorgaben der Konvention	13
a)	Anerkennung der Interpretationskompetenz des Gerichtshofs	14
b)	Verbindlichkeit der Konvention und Letztentscheidungskompetenz des Gerichtshofs	15
c)	Wechselwirkungen zwischen Interpretations- und Letztentscheidungskompetenz	16
d)	Gerichtsverfassungsrechtliche Bestätigung der Interpretationskompetenz	17
2.	Selbstverständnis des Gerichtshofs	18
a)	Generelle Anerkennung der Streitgegenstandsübergreifenden Bedeutung	18
b)	Die Konvention als „living instrument“	19
c)	Bedeutung von Präjudizien in der Praxis des Gerichtshofs	20
d)	Auswertung: Selbstverständnis des Gerichtshofs	22
3.	Anerkennung in der Staatenpraxis	22
a)	Generelle Beobachtungen zur Staatenpraxis	23

---

\* Für wertvolle Unterstützung bei der Recherche danke ich Marco Meyer, für wichtige Anregungen und Anmerkungen Helmut Aust, Thomas Kleinlein und Heiko Sauer.

b) Die Diskussion über eine Reform des Konventionssystems . . . . .	23
c) Rezeption durch innerstaatliche Gerichte . . . . .	25
d) Rezeption im Unionsrecht . . . . .	26
4. Auswertung: Die völkerrechtliche Bedeutung der Konventionsinterpretation durch den EGMR . . . . .	27
a) Präjudizienwirkung als autoritative Konventionsinterpretation . . . . .	27
b) Konturen der Berücksichtigungspflicht . . . . .	29
c) Anknüpfungspunkte für Differenzierungen . . . . .	30
d) Verbleibende Spielräume innerstaatlicher Gerichte . . . . .	33
IV. Innerstaatliche Aufnahme der konventionsrechtlichen Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs . . . . .	34
V. Fazit . . . . .	35

Gerichte entscheiden nicht nur einzelne Streitigkeiten, sondern tragen mit ihren Entscheidungen auch zur Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung des Rechts bei. Das gilt auch für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Doch ebenso wie im Fall von Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte ist die konkrete Bedeutung von Entscheidungen des EGMR über den entschiedenen Einzelfall hinaus alles andere als klar. Dabei sind es insbesondere innerstaatliche Gerichte, die sich mit der Rechtsprechung des EGMR zu befassen haben: Sie spielen nicht nur eine bedeutende Rolle bei der Umsetzung von Entscheidungen, in denen der EGMR einen konkreten Konventionsverstoß festgestellt hat, sondern sind auch mit der innerstaatlichen Anwendung der EMRK betraut. Aus der Sicht des Konventionsregimes ist dabei entscheidend, dass innerstaatliche Gerichte die EMRK regelmäßig im Lichte der Rechtsprechung des EGMR anwenden. Hätte der EGMR nicht nur einzelne streitige Fälle zu entscheiden, sondern müsste darüber hinaus stets von neuem seine Auslegung der EMRK gegenüber innerstaatlichen Gerichten behaupten, käme der ohnehin chronisch überlastete Gerichtshof wohl vollständig zum Erliegen.<sup>1</sup>

Damit erlangt die Frage, welchen Stellenwert innerstaatliche Gerichte der EGMR-Rechtsprechung als bei der Auslegung und Anwendung der EMRK zu berücksichtigende Präjudizien beimessen, entscheidende Bedeutung. In diesem Lichte ist die viel beachtete und kommentierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den innerstaatlichen Wirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu sehen. Dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts zufolge erscheint die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung der EMRK dabei als verfassungsrechtliches Zugeständnis. Völkerrechtliche Präjudizienwirkungen spielen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle, und auch die rechtswissenschaftliche Diskussion arbeitet sich im Wesentlichen an der Verfassungsrechtsprechung ab und nimmt die Frage, welche präjudiziellen Wirkungen der EGMR-Rechtsprechung kraft Völkerrecht zukommen, nur selten vertieft in den Blick.<sup>2</sup> Demgegenüber will der vorliegende Beitrag aufzeigen, dass der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts der völkerrechtlichen Dimension der EGMR-Rechtsprechung nicht gerecht wird. Dazu werden zunächst die Grundannahmen des Bundes-

<sup>1</sup> So bereits *Ress*, in: FS für Hermann Mosler, 1983, 719 (731); *Kosař/Petrov*, ZaöRV 77 (2017), 585 ff.

<sup>2</sup> Auch im internationalen Diskurs wird ein Defizit in der Thematisierung der präjudiziellen Wirkungen von EGMR-Entscheidungen festgestellt, siehe *Besson*, in: Besson (Hrsg.), *The European Court of Human Rights After Protocol 14*, 2011, 125 (126, Fn. 6).

verfassungsgerichts hinsichtlich der Präjudizienwirkung von Entscheidungen des EGMR dargestellt (I.), bevor eine Kategorisierung der zu unterscheidenden Wirkungen von gerichtlichen Entscheidungen erfolgt (II.). Auf dieser Grundlage werden dann die völkerrechtlichen Wirkungen der EGMR-Rechtsprechung analysiert (III.) und anschließend die verfassungsrechtlichen Konsequenzen hieraus gezogen (IV.).

## I. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts: Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung als verfassungsrechtliches Zugeständnis

Das Bundesverfassungsgericht hat eine facettenreiche und vielschichtige Rechtsprechung zur innerstaatlichen Wirkung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR entwickelt.<sup>3</sup> Bei näherer Betrachtung erweist sich allerdings der Aussagegehalt dieser Rechtsprechung zur Präjudizienwirkung von Entscheidungen des EGMR als erstaunlich gering. Mit Blick auf die Frage der Präjudizienwirkung lassen sich drei Beobachtungen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung machen:

### 1. Fokus auf Entscheidungswirkungen im Einzelfall

Erstens steht die Frage der Präjudizienwirkung regelmäßig nicht im Zentrum der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>4</sup> In der Entscheidung zur Unschuldsvermutung aus dem Jahr 1987 betonte das Gericht zwar, dass bei der Auslegung des Grundgesetzes Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK „in Betracht zu ziehen“ sind und dass „insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“ dient,<sup>5</sup> eine ausführliche Begründung hierfür bleibt das Gericht allerdings ebenso schuldig wie nähere Ausführungen zum Stellenwert der Präjudizien des EGMR.<sup>6</sup> In den viel-

---

<sup>3</sup> Siehe hierzu nur *Sauer*, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 12 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 8 ff. und § 16 Rn. 10 ff.; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Bd. I, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 45 ff.; *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Bd. II, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 86 ff.

<sup>4</sup> Das merkt auch *Schorkopf*, in: Schorkopf/Starck (Hrsg.), Rechtsvergleichung – Sprache – Rechtsdogmatik, 2019, 175 (180) an.

<sup>5</sup> BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsvermutung (1987). Schon zuvor hatte das Gericht zwar, gerade im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung, auf die EMRK zurückgegriffen, dabei aber nur betont, dass die Unschuldsvermutung durch Art. 6 Abs. 2 EMRK in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden sei, sich aber ansonsten nicht zur Wirkung der Konventionsgarantien oder der Rechtsprechung des EGMR verhalten, siehe BVerfGE 19, 342 (347) – Wencker (1965); BVerfGE 35, 311 (320) – Untersuchungshaft (1973). Ähnliches gilt für den gelegentlichen Rückgriff auf das Konventionsregime zur Stützung der Auslegung einer speziellen grundgesetzlichen Grundrechtsgewährleistung, siehe BVerfGE 31, 58 (67 f.) – Spanier-Beschluss (1971).

<sup>6</sup> Diesen Ansatz hat das Bundesverfassungsgericht in der Folge mehrfach bestätigt, siehe BVerfGE 82, 106 (114 ff.) – Unschuldsvermutung und Verfahrenseinstellung (1990); BVerfGE 83, 119 (128) – Bewährungsaufgabe (1990); aus der Kammerrechtsprechung etwa BVerfG, NJW 2001, 2245 (2246 f.) – Beweisführung im Strafprozess; BVerfG, NVwZ 2004, 852 (853 ff.) – Ausweisung; zurückhaltender indes BVerfGE 64, 135 (157) – Übersetzung im Strafverfahren (1983), wo die Möglichkeit einer Verlet-

beachteten späteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ging es dann jedoch regelmäßig nicht um die Frage der Auslegung der EMRK im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, sondern vielmehr um die Frage, wie Entscheidungen, in denen der EGMR konkret eine Verletzung der EMRK durch die Bundesrepublik Deutschland festgestellt hatte, in der deutschen Rechtsordnung umzusetzen waren. Dieser Fokus auf den konkreten Folgen einer Verurteilung durch den EGMR liegt sowohl dem Görgülü-Beschluss von 2004<sup>7</sup> zugrunde als auch der Caroline von Hannover-Entscheidung von 2008,<sup>8</sup> in der das Gericht seine vorherige Rechtsprechung<sup>9</sup> angesichts einer Verurteilung durch den EGMR<sup>10</sup> revidierte.<sup>11</sup> Dasselbe gilt für die Entscheidung zur Sicherungsverwahrung von 2011,<sup>12</sup> in der das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund, dass der EGMR die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung in der deutschen Rechtsordnung für konventionswidrig erklärt hatte,<sup>13</sup> von seiner vorherigen Rechtsprechung<sup>14</sup> Abstand nahm und die Vorgaben des EGMR umsetzte.<sup>15</sup> Erst in der Entscheidung zum Streikverbot für Beamte von 2018<sup>16</sup> ging es spezifisch um die Frage, welche Rückschlüsse aus Entscheidungen des EGMR, die gegen einen anderen Staat ergangen waren, für die Auslegung der EMRK zu ziehen sind, und damit um die Präjudizienwirkung der EGMR-Rechtsprechung.<sup>17</sup>

---

zung des grundgesetzlichen Willkürverbots durch fehlerhafte Auslegung der EMRK in Erwägung gezogen wird; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 76, 1 (78 ff.) – Ehegatten- und Familiennachzug (1987); kritisch zur zurückhaltenden Praxis nach 1987 *Hoffmeister*, Der Staat 40 (2001), 349 (375 ff.).

<sup>7</sup> BVerfGE 111, 307 – Görgülü (2004).

<sup>8</sup> BVerfGE 120, 180 – Caroline von Monaco III (2008).

<sup>9</sup> BVerfGE 97, 125 – Caroline von Monaco I (1998); BVerfGE 101, 361 – Caroline von Monaco II (1999).

<sup>10</sup> EGMR, Urt. v. 24.6.2004, Beschwerde-Nr. 59320/00, von Hannover/Deutschland.

<sup>11</sup> Positive Würdigung bei EGMR, Urt. v. 7.2.2012, Beschwerde-Nr. 40660/08 u.a., von Hannover/Deutschland, Rn. 94 und Rn. 116; das Verfahren als positives Beispiel des Dialogs zwischen den Gerichten würdigend *Nußberger*, JZ 2018, 845 (852); *Hoffmann-Riem*, NJW 2009, 20 (26); *Kirchhof*, EuR 2014, 267 (275 f.); *Hong*, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, 251 (290 ff.); kritischer *Landau/Trésoret*, DVBl. 2012, 1329 (1334); *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (870 f.); Nachweise zur ursprünglich zum Teil harschen Kritik am EGMR bei *Behnsen*, ZaöRV 65 (2005), 239.

<sup>12</sup> BVerfGE 128, 326 – Sicherungsverwahrung II (2011).

<sup>13</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009, Beschwerde-Nr. 19359/04, M./Deutschland; EGMR, Urt. v. 13.1.2011, Beschwerde-Nr. 6587/04, Haidn/Deutschland.

<sup>14</sup> BVerfGE 109, 133 – Sicherungsverwahrung I (2004).

<sup>15</sup> Positive Bewertung bei *Peglau*, NJW 2011, 1924 (1927); *Payandeh/Sauer*, JURA 2012, 289 (296); punktuell skeptisch *Volkman*, JZ 2011, 835 (839); differenzierend *Hörnle*, NStZ 2011, 488 ff. Der EGMR beanstandete die Umsetzung seiner Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht und die darauf basierenden Gesetzesänderungen jedenfalls nicht, siehe EGMR, Urt. v. 19.1.2012, Beschwerde-Nr. 21906/09, Kronfelder/Deutschland, Rn. 59; EGMR, Urt. v. 7.1.2016, Beschwerde-Nr. 23279/14, Bergmann/Deutschland; EGMR, Urt. v. 4.12.2018, Beschwerde-Nr. 10211/12 u.a., Ilmseher/Deutschland.

<sup>16</sup> BVerfGE 148, 296 – Streikverbot (2018); dazu *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19 (22 ff.).

<sup>17</sup> Soweit in einzelnen Kammer- oder Senatsentscheidungen die EMRK im Lichte der EGMR-Rechtsprechung berücksichtigt wurde, hat das Bundesverfassungsgericht sich jedenfalls nicht näher zur Präjudizienwirkung verhalten, siehe etwa BVerfGE 120, 1 (41 ff.) – Bodenreform III (2004); BVerfGE, NVwZ 2007, 808 (811 f.) – Zwangsmitgliedschaft in Jagdgenossenschaft; BVerfGE 130, 1 (30 f. und 33 f.) – Wohnraumüberwachung (2011); BVerfGE 134, 242 (329 f.) – Garzweiler (2013); BVerfGE 137, 273 (320 ff.) – Chefarzt (2014); BVerfGE 138, 296 (355 ff.) – Kopftuchverbot NRW (2015); BVerfGE 142, 313 (348 f.) – Zwangsbehandlung (2016); BVerfGE 144, 20 (234) – NPD-Verbotsverfahren (2017);

## 2. Fokus auf Rezeptionsmodalitäten und Rezeptionsgrenzen

Standen damit die einzelfallbezogenen Entscheidungswirkungen im Zentrum der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, so lässt sich zweitens feststellen, dass der Fokus dieser Rechtsprechung weniger auf den Wirkungen der EGMR-Entscheidungen als solchen liegt, als vielmehr auf den Modalitäten und den Grenzen der Einfügung und Berücksichtigung der Konventionsvorgaben in die deutsche Rechtsordnung. So betont das Gericht zum einen stets, dass die EMRK nur im Rang eines Bundesgesetzes gilt, zum anderen führt es seit der Entscheidung zur Unschuldsvermutung aus, dass die Berücksichtigung der EMRK nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes führen dürfe.<sup>18</sup> Im Görgülü-Beschluss und in nachfolgenden Entscheidungen finden sich dann weitere Rezeptionshindernisse, insbesondere die Betonung, dass Konventionsvorgaben nur soweit berücksichtigt werden können, wie im Rahmen methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind,<sup>19</sup> und die im Görgülü-Beschluss noch äußerst unscharfe<sup>20</sup> substantielle Grenze der tragenden Grundsätze der Verfassung<sup>21</sup> beziehungsweise des Kerngehalts der Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG.<sup>22</sup> Dieser Fokus auf die Grenzen der Berücksichtigung lässt die Frage nach den eigentlichen Wirkungen der EGMR-Rechtsprechung in den Hintergrund treten.

## 3. Fokus auf Verfassungsrecht statt auf Völkerrecht

Soweit das Bundesverfassungsgericht drittens die Wirkungen der EGMR-Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus in den Blick nimmt, wird deutlich, dass das Gericht – ebenso wie im Hinblick auf die Rezeptionsmodalitäten und Berücksichtigungsgrenzen – einen dezidiert verfassungsrechtlichen Ansatz zugrunde legt.<sup>23</sup> Die Grundlage für die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung über die Bindungswirkung im konkreten Fall hinaus sieht das Bundesverfassungsgericht nicht in der EMRK selbst, sondern in der völkerrechtsfreundlichen Ausrichtung des Grundgesetzes,<sup>24</sup> und stützt sie seit der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung maßgeb-

---

BVerfGE 146, 71 (143f.) – Tarifeinheitgesetz (2017); BVerfGE 149, 346 (364f.) – Europäische Schulen (2018).

<sup>18</sup> BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsvermutung (1987); BVerfGE 111, 307 (317) – Görgülü (2004); BVerfGE 137, 273 (329) – Chefarzt (2014); BVerfGE 148, 296 (355) – Streikverbot (2018).

<sup>19</sup> BVerfGE 111, 307 (329) – Görgülü (2004); BVerfGE 128, 326 (371) – Sicherungsverwahrung II (2011); BVerfGE 137, 273 (321) – Chefarzt (2014).

<sup>20</sup> Zur Kritik *Cremer*, EuGRZ 2004, 683 (689); *Pernice*, EuZW 2004, 705; *Klein*, JZ 2004, 1176 (1177); *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (19); *Walter*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Bd. II, 2. Aufl. 2013, Kap. 31 Rn. 9; *Payandeh*, DÖV 2011, 382 (385).

<sup>21</sup> BVerfGE 111, 307 (319) – Görgülü (2004); BVerfGE 148, 296 (355, 378f.) – Streikverbot (2018); referiert in BVerfGE 123, 267 – Lissabon (2009) und BVerfGE 141, 1 (24) – Treaty-Override (2015).

<sup>22</sup> BVerfGE 128, 326 (371) – Sicherungsverwahrung II (2011); BVerfGE 148, 296 (355) – Streikverbot (2018).

<sup>23</sup> So auch die Lesart von *Schorkopf* (Fn. 4), 178; *Kaiser*, AöR 142 (2017), 417 (432); *Kirchhof*, EuGRZ 1994, 16 (31ff.); *Mückl*, Der Staat 44 (2005), 403 (415f.).

<sup>24</sup> BVerfGE 111, 307 (317ff.) – Görgülü (2004).

lich auf Art. 1 Abs. 2 GG.<sup>25</sup> Jenseits der eng verstandenen Streitgegenstandsbezogenen Bindungswirkung nach Art. 46 Abs. 1 EMRK sieht das Gericht keine völkerrechtliche Grundlage für eine Präjudizienwirkung der EGMR-Rechtsprechung, was besonders deutlich in der Feststellung zum Ausdruck kommt, dass die Konvention keine § 31 BVerfGG vergleichbare Bestimmung enthalte, sodass Gerichte, entsprechend kontinentaler Rechtstradition, berechtigt seien, die EMRK anders auszulegen als der EGMR.<sup>26</sup> Der EGMR-Rechtsprechung kommt damit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts eine rein faktische Wirkung zu. In der Görgülü-Entscheidung angedeutet,<sup>27</sup> in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung dann explizit ausgesprochen, geht das Gericht von einer „jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion“ der Entscheidungen des EGMR über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus aus.<sup>28</sup> Die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung dient damit dazu, Verletzungen der Konvention zu vermeiden, was voraussetzt, dass die Konvention so angewendet wird, wie der EGMR sie versteht. Eine normative Bedeutung erhält die EGMR-Rechtsprechung erst kraft verfassungsrechtlicher Anordnung ihrer Berücksichtigung.<sup>29</sup>

## II. Analytische Perspektive auf die Wirkungen von Präjudizien

Bevor die Grundannahmen des Bundesverfassungsgerichts mit der völkerrechtlichen Dimension der Präjudizienwirkung abgeglichen werden, sollen zunächst aus einer analytischen Perspektive die Wirkungen von Präjudizien in den Blick genommen werden. Dabei lassen sich verschiedene Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen differenzieren und voneinander abgrenzen (1.). Zudem stellt sich die Frage, wie sich die präjudizielle Wirkung gerichtlicher Entscheidungen in rechtlichen Kategorien ausdrücken lässt (2.).

<sup>25</sup> BVerfGE 128, 326 (369) – Sicherungsverwahrung II (2011); BVerfGE 148, 296 (352f.) – Streikverbot (2018); BVerfGE 149, 346 (364f.) – Europäische Schulen (2018); zu diesem Ansatz bereits *Sommermann*, AöR 114 (1989), 391 (414ff.); weitergehend *Hoffmeister*, Der Staat 40 (2001), 349 (367ff.); Begründung eines übergesetzlichen Rangs der EMRK über Art. 1 Abs. 2 GG bereits bei *Echterhölter*, JZ 1955, 689 (691f.).

<sup>26</sup> BVerfGE 128, 326 (403) – Sicherungsverwahrung II (2011).

<sup>27</sup> BVerfGE 111, 307 (320) – Görgülü (2004); kritisch zur Unschärfe der Ausführungen *Bergmann*, EuR 2006, 101 (106ff.).

<sup>28</sup> BVerfGE 128, 326 (368) – Sicherungsverwahrung II (2011); BVerfGE 148, 296 (351f.) – Streikverbot (2018).

<sup>29</sup> Soweit das Bundesverfassungsgericht in der Kammer-Rechtsprechung punktuell von einer „normativen Leitfunktion“ spricht (so etwa BVerfG, NVwZ 2007, 808 (811f.) – Zwangsmitgliedschaft in Jagdgenossenschaft; mit Blick auf den Internationalen Gerichtshof BVerfG, NJW 2007, 499 (501) – Recht auf konsularische Bemerkung), handelt es sich eher um eine terminologische Abweichung; siehe auch BVerwG, NVwZ 2000, 810 (811f.); ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und insbesondere zu restriktiveren Ansätzen *Rohleder*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System, 2009, 254ff.

## 1. Präjudizienwirkung als den Einzelfall überschreitende Wirkung

In analytischer Hinsicht ist zunächst zu unterscheiden zwischen Wirkungen, die gerichtliche Entscheidungen für den entschiedenen Einzelfall entfalten, und Wirkungen, die über diesen Fall hinausreichen.<sup>30</sup>

### a) Einzelfallbezogene Entscheidungswirkungen

Der Fokus rechtlicher Normierung und rechtswissenschaftlicher Aufmerksamkeit liegt zumeist auf den Einzelfallwirkungen. Diese werden regelmäßig mit dem Begriff der Rechtskraft beschrieben, die in ihrer materiellen Dimension die Bindungswirkung der Entscheidung zum Ausdruck bringt und ihre Reichweite bestimmt. Der Einzelfallbezug ergibt sich daraus, dass die Bindungswirkung auf den Streitgegenstand und die Prozessbeteiligten beschränkt ist. Ungeachtet der Frage, ob die spezifisch auf das deutsche Konzept der Rechtskraft entwickelten Maßstäbe umfassend auf die Wirkungen von Entscheidungen des EGMR übertragbar sind, liegt Art. 46 Abs. 1 EMRK zumindest im Grundsatz auch ein einzelfallbezogenes Verständnis der Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR zugrunde, indem die Vorschrift die Staaten in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, zur Befolgung der Urteile des Gerichtshofs verpflichtet.

Im Zusammenhang mit einzelfallbezogenen Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen stellt sich daher vor allem die Frage, was konkret aus der Entscheidung folgt. Da der EGMR nach der Konzeption der EMRK nicht die Befugnis zum rechtsgestaltenden Durchgriff auf die innerstaatliche Rechtsordnung hat, sondern im Grundsatz auf die Feststellung eines Konventionsverstoßes beschränkt ist, stellt sich insofern etwa die Frage, ob ein für konventionswidrig erachtetes Gesetz aufzuheben ist, eine konventionswidrige Verwaltungspraxis zu ändern ist und welche Auswirkungen die Entscheidung für die im Fall einer Verurteilung durch den EGMR regelmäßig bestehende Rechtskraft innerstaatlicher Gerichtsentscheidungen hat.<sup>31</sup>

### b) Präjudizielle Entscheidungswirkungen

Die Präjudizienwirkung unterscheidet sich in grundsätzlicher Weise von dieser Wirkung gerichtlicher Entscheidungen im Einzelfall. Sie bezieht sich nicht auf die im konkreten Fall ausgesprochene Rechtsfolge, also auf den Tenor, sondern auf die vom Gericht getätigten rechtlichen Ausführungen<sup>32</sup> und somit auf den gerichtlich entwickelten Prüfungsmaßstab.<sup>33</sup> Damit kommen unterschiedliche Bezugspunkte einer präjudiziellen Wirkung in Betracht: von in Gerichtsentscheidungen vollständig aus-

<sup>30</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beruhen zu wesentlichen Teilen auf *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, 23 ff.

<sup>31</sup> Ausführlich hierzu *Breuer*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, 2. Aufl. 2015, Art. 46 Rn. 5 ff., Rn. 31 ff. und Rn. 47 ff.

<sup>32</sup> Siehe *Cross/Harris*, *Precedent in English Law*, 4. Aufl. 1991, 40.

<sup>33</sup> Siehe *Bettermann*, in: *FS für Heinz Meilicke*, 1985, 1 (11).

formulierten Rechtssätzen, über Definitionen von Tatbestandsmerkmalen einer Rechtsnorm bis hin zu konkreten rechtlichen Maßstäben, die sich aus einer Norm ergeben.<sup>34</sup> Die präjudizielle Wirkung gerichtlicher Entscheidungen ist darauf angelegt, die Interpretation rechtlicher Normen in Folgefällen – sei es durch das Gericht selbst oder andere Gerichte, sei es durch andere rechtsanwendende oder rechtsgebundene Stellen – anzuleiten.

### c) Entscheidungswirkungen in Parallelfällen

Fragen der analytischen Zuordnung werfen indes die Wirkungen von Entscheidungen in Parallelfällen auf. Dabei geht es im Zusammenhang mit dem Konventionsregime um Fälle, die nicht das vom EGMR entschiedene Verfahren betreffen, sondern andere Fälle innerhalb derselben Rechtsordnung.<sup>35</sup> Sofern etwa der EGMR eine Konventionsverletzung durch einen Akt der Verwaltung oder der Judikative festgestellt hat, die sich als Ausdruck einer gefestigten Praxis oder Rechtsanwendung begreifen lässt, stellt sich die Frage, ob aus der Entscheidung des EGMR auch eine Pflicht des betreffenden Vertragsstaates folgt, Maßnahmen zur Abhilfe in anderen Fällen zu ergreifen. Für die Zwecke der hier interessierenden analytischen Unterscheidung verschiedener Entscheidungswirkungen bedarf die Frage, ob eine solche Bindungserstreckung auf Parallelfälle, wie sie der EGMR grundsätzlich annimmt<sup>36</sup> und wie sie dem seit 2004 praktizierten Piloturteilsverfahren zugrunde liegt,<sup>37</sup> aus der Rechtskraftwirkung gerichtlicher Entscheidung abgeleitet werden kann<sup>38</sup> oder aus Art. 46 Abs. 1 EMRK im Übrigen folgt – was angesichts des offenen Wortlauts der Vorschrift<sup>39</sup> und des geringen Aussagegehalts spezifisch auf die deutsche Rechtsordnung zugeschnittener konzeptioneller Rechtskraftvorstellungen, die sich nicht

<sup>34</sup> Siehe *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, 41 ff.

<sup>35</sup> Dazu *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 29.3.2006, Beschwerde-Nr. 36813/96, Scordino/Italien (Nr. 1), Rn. 233 ff.; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 33771/02, Driza/Albanien, Rn. 122 f.; EGMR, Urt. v. 17.7.2008, Beschwerde-Nr. 31122/05, Ghigo/Malta, Rn. 25 f.; EGMR, Urt. v. 10.1.2012, Beschwerde-Nr. 42525/07 u. a., Ananyev u. a./Russland, Rn. 180; EGMR, Urt. v. 16.7.2013, Beschwerde-Nr. 43098/09, McCaughey u. a./Vereinigtes Königreich, Rn. 145 und Tenor 4 c); zur Pflicht zur Beseitigung systemischer Defizite grundlegend EGMR, Urt. v. 22.6.2004, Beschwerde-Nr. 31443/96, Broniowski/Polen, Rn. 189 ff.; zur Feststellung einer staatlichen Praxis, die gegen die Konvention verstößt, bereits EGMR, Urt. v. 28.7.1999, Beschwerde-Nr. 34256/96, Di Mauto/Italien, Rn. 23.

<sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 22.6.2004, Beschwerde-Nr. 31443/96, Broniowski/Polen, Rn. 189 ff.; aus der Folgerechtsprechung etwa EGMR, Urt. v. 10.1.2012, Beschwerde-Nr. 42525/07 u. a., Ananyev u. a./Russland, Rn. 180 ff. und die Prinzipien des Verfahrens zusammenfassend EGMR, Urt. v. 27.1.2015, Beschwerde-Nr. 36925/10 u. a., Neshkov u. a./Bulgarien, Rn. 267; ausführlich zum Piloturteilsverfahren *Haider*, The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, 2013; *Baumann*, Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren, 2016. Die Piloturteilstechnik hat bislang keinen Niederschlag in der EMRK selbst gefunden, wurde aber vom EGMR 2011 in seine Verfahrensordnung aufgenommen (Art. 61 VerfO) und findet in den Erklärungen der High-Level Conferences zur Zukunft des Gerichtshofs seit 2010 positiv-anerkennde Erwähnung.

<sup>38</sup> Dagegen *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, 292; *Cremer* (Fn. 3), Kap. 32 Rn. 116; *Breuer* (Fn. 31), Art. 46 Rn. 46; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 3), § 16 Rn. 7.

<sup>39</sup> *Ruffert*, EuGRZ 2007, 245 (250).

einfach auf das Konventionsregime übertragen lassen, nahe liegt<sup>40</sup> –, keiner näheren Betrachtung. In analytischer Hinsicht liegen die Entscheidungswirkungen in Parallelfällen zwischen den Kategorien der einzelfallbezogenen und der den Einzelfall überschreitenden Wirkungen: Sie verbleiben einerseits nah am konkret entschiedenen Fall, entziehen sich aber andererseits der konkreten Rechtsfolgenanordnung, sodass es sich jedenfalls um eine streitgegenstandsübergreifende Wirkung handelt.<sup>41</sup> Aufgrund des engen Bezugs zum entschiedenen Fall und zur darin festgestellten Konventionsverletzung lassen sich die Wirkungen einer Entscheidung in Parallelfällen aber auch nicht mit der hier interessierenden präjudiziellen Wirkung der EGMR-Rechtsprechung gleichsetzen.<sup>42</sup> Es handelt sich somit um eine Zwischenkategorie, ohne Aussagegehalt für die Frage der präjudiziellen Wirkungen von EGMR-Entscheidungen.

## 2. Präjudizienwirkung als normakzessorische Autorität judikativer Rechtserzeugung

Versteht man die Präjudizienwirkung gerichtlicher Entscheidungen als über den konkret entschiedenen Fall hinausweisende Wirkungen, die sich nicht auf eine konkrete Rechtsfolge, sondern auf die rechtlichen Ausführungen des Gerichts beziehen, so stellt sich die Frage, wie sich diese Wirkungen in rechtlicher Hinsicht begreifen lassen.<sup>43</sup>

### a) Zwischen positivem Recht und allgemeinen Rechtsprinzipien

Dabei handelt es sich um eine Frage des positiven Rechts, sodass es keine allgemeingültigen, rechtsordnungsübergreifenden Vorgaben für die Wirkweise von Präjudizien gibt. Gleichwohl ergibt sich auch rechtsvergleichend der Befund, dass streitgegenstandsübergreifende Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen regelmäßig kein Gegenstand expliziter Normierung sind.<sup>44</sup> Sie ergeben sich vielmehr aus dem Zusammenspiel rechtlicher Grundprinzipien, der konkreten Ausgestaltung der Rechtsordnung und der Organisationsverfassung der Judikative sowie aus nur schwer greifbaren Faktoren wie der Tradition, der Rechtskultur und dem Selbstverständnis der Gerichte sowie der Rechtspraxis im Übrigen.

<sup>40</sup> So auch Mückl, Der Staat 44 (2005), 403 (419f.); Frowein, in: Liber Amicorum Luzius Wildhaber, 2007, 261 (262f.); Ruffert, EuGRZ 2007, 245 (250); Abdelgawad, in: Schmahl/Breuer (Hrsg.), The Council of Europe, 2017, 227 (256); Sauer (Fn. 3), § 7 Rn. 11.

<sup>41</sup> Grabenwarter/Pabel (Fn. 3), § 16 Rn. 8.

<sup>42</sup> Das Bundesverfassungsgericht scheint die Wirkungen in Parallelfällen indes auf die Leit- und Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung zu beziehen, also auf die präjudizielle Wirkung, siehe BVerfGE 148, 296 (354f.) – Streikverbot (2018). Insoweit kann sich – bei identischer zugrundeliegender Rechtslage oder rechtlicher Praxis – die so verstandene Orientierungswirkung jedenfalls zu einer Befolgungspflicht verdichten, so auch Grabenwarter, JZ 2010, 857 (861); Ress (Fn. 1), 735f.

<sup>43</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beruhen im Wesentlichen auf Payandeh (Fn. 30), 111 ff.

<sup>44</sup> Siehe Raz, The Authority of Law, 2. Aufl. 2009, 180; Duxbury, The Nature and Authority of Precedent, 2008, 114 und 116.

## b) Normative Wirkungen jenseits der Verbindlichkeit

Nichtsdestotrotz lassen sich drei allgemeine Aussagen treffen: Erstens lässt sich die Frage der Wirkungen von Präjudizien nicht mit der Frage, ob Präjudizien als Rechtsquellen verstanden werden können, gleichsetzen. Ungeachtet konzeptioneller Bedenken einer Einordnung von Präjudizien als Rechtsquelle – allgemein und im Völkerrecht insbesondere<sup>45</sup> – verhält sich eine solche Einordnung nicht notwendigerweise zur Frage der rechtlichen Wirkungen von Präjudizien.<sup>46</sup>

Zweitens wird eine Einordnung von Präjudizien als bloß tatsächliches Phänomen ohne rechtlichen Gehalt, wie es etwa in der deutschen Rechtsordnung verbreitet unter dem Stichwort der „faktischen Geltung“ angenommen wird<sup>47</sup> und in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Kennzeichnung der „jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion“ oder „zumindest faktischen Präzedenzwirkung“ der Entscheidungen des EGMR zum Ausdruck kommt, der Wirkweise von Präjudizien nicht gerecht. Abgesehen davon, dass darin ein unterkomplexer Rechtsbegriff zum Vorschein kommt, der Präjudizien allein deshalb auf eine nur faktische Bedeutung reduziert, weil diese nicht rechtlich verbindlich sind, ist ein solches Verständnis zumindest mitursächlich dafür, dass der sowohl in der Rechtspraxis als auch für ein ganzheitliches Verständnis des Rechtssystems bedeutsame Beitrag der Judikative zum Recht von der Rechtswissenschaft nur peripher wahrgenommen und verarbeitet wird.<sup>48</sup> Zudem vernachlässigt diese Einschätzung, dass Präjudizien auch jenseits der Frage der Verbindlichkeit eine normative Rolle im Rechtssystem spielen, schon dadurch, dass weitgehend anerkannt ist, dass die Berufung auf Präjudizien zur Begründung rechtlicher Positionen angeführt werden kann<sup>49</sup> und die Abweichung von Präjudizien als zumindest begründungsbedürftig wahrgenommen wird.<sup>50</sup>

Drittens, und damit zusammenhängend, lässt sich die Wirkweise von Präjudizien nicht in der Kategorie der Verbindlichkeit erfassen.<sup>51</sup> Das rechtstheoretische Konzept der Verbindlichkeit, als wesensprägende Eigenschaft von Recht, lässt sich rechtsdogmatisch in eine Befolgungspflicht übersetzen, genauer gesagt in ein Anwendungsgebot mit Abweichungsverbot.<sup>52</sup> Die Wirkweise von Präjudizien ist grundlegend anders als diejenige von Rechtsnormen, auf die das Institut der Verbindlichkeit zugeschnitten ist.<sup>53</sup> Präjudizien kommt keine separate Verbindlichkeit neben den

<sup>45</sup> Auch wenn das Konventionsregime insofern eine abweichende Regelung treffen könnte, sind richterliche Entscheidungen im allgemeinen Völkerrecht nach Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut keine Rechtsquelle.

<sup>46</sup> So auch von *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014, 156f.; ausführlich hierzu *Payandeh* (Fn. 30), 116 ff.

<sup>47</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 429 ff.; zur Einordnung dieser Position als „herrschende Lehrmeinung“ *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, 191.

<sup>48</sup> Zur Kritik bereits *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, 45; näher *Payandeh* (Fn. 30), 128 ff.

<sup>49</sup> *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, 186 ff.; *Alexy/Dreier*, in: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 17 (31).

<sup>50</sup> *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, 128 ff.

<sup>51</sup> Siehe *Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, 159 (175).

<sup>52</sup> *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 4 ff.

<sup>53</sup> *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257 (286 f.).