

Kapitel 2: Grundlegung

Begriffsentwicklung bedarf zunächst einer Vergewisserung über das mit dem Begriff zu beschreibende Phänomen. Diese setzt bei der Beobachtung an, dass bestimmte gerichtliche Entscheidungen eine besondere Funktion für die Kommunikation in einer Rechtsordnung haben. Ein Blick auf die bisherigen Beschreibungsversuche trägt weiter dazu bei, den Untersuchungsgegenstand zu konkretisieren (I.). Zugleich werden beim Abgleich von kommunikativer Relevanz und Forschungsstand Lücken deutlich. Aus ihnen erwächst das Ziel der Arbeit, mit dem Begriff der Leitentscheidung eine grundlegende Beschreibung zu entwickeln. Hierfür besteht insbesondere im Zusammenhang mit unionsgerichtlichen Entscheidungen Bedarf (II.). Die festgestellten Diskrepanzen legen zudem zur Zielverfolgung eine in analytischer, disziplinärer und methodischer Hinsicht erweiterte Untersuchungsperspektive nahe (III.).

I. Das Phänomen

Am Beginn steht eine Diskrepanz. Einige gerichtliche Entscheidungen heben sich vom restlichen Rechtsprechungsbestand ab und reduzieren so Komplexität. Damit spielen sie eine wichtige Rolle für die Vermittlung von Wissen sowie für die Kommunikations- und Handlungsfähigkeit in der Rechtsordnung. Diese Funktionen machen die Entscheidungen darüber hinaus auch zu tragenden Bezugspunkten für die juristische Sozialisierung (1.). Zu dieser hohen Relevanz des Phänomens stehen die Versuche seiner Beschreibung im Gegensatz, wie ein Blick auf den Forschungsstand zeigt. Die insgesamt dünn gesäten Beiträge verdeutlichen jedoch, dass sich hinter selbstverständlichen besonderen Bezeichnungen für gerichtliche Entscheidungen ein komplexes Phänomen verbirgt, für das die Entscheidung selbst nur der erste Anknüpfungspunkt ist (2.).

1. Gerichtliche Entscheidungen, die Kommunikation über Recht strukturieren

Das Recht ist auf Kommunikation angewiesen. Es erscheint in Form von Sprache und muss mitgeteilt werden, um streitschlichtend, verhaltenssteuernd und legitimierend wirken zu können.¹ Im Amtsblatt veröffentlichte Gesetze, die Urteilsverkündung, der klassische Verwaltungsakt, aber ebenso der Schriftsatz einer Streitpartei sowie Gesetzesberatungen vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Vorgaben sind nur einige wenige Beispiele dafür, dass Kommunikation notwendig ist, soll das Recht die oben genannten gesellschaftlichen Aufgaben erfüllen. Diese Aufgaben lassen sich allgemein auf die Funktion des Rechts zurückführen, normative Erwartungen zu stabilisieren.² Jede Erscheinungsform des Rechts kann somit als Mitteilung von Informationen darüber verstanden werden, von welchen Normen man erwarten kann, dass sie auch im Falle ihrer Verletzung weiterhin gelten. So entstehen stabile und weniger stabile Anknüpfungspunkte für zukünftiges Erwarten und damit auch für zukünftige Kommunikation. Das Recht ist also nicht nur Gegenstand von Kommunikationsprozessen, sondern es strukturiert auch die Kommunikation über Recht.³ Dies wird deutlich in Verweisen von Gerichten auf zurückliegende Rechtsprechung, in den kritischen Fragen der Rechtswissenschaft nach der Vereinbarkeit mit dem bis dato Entschiedenen sowie im redlichen Bemühen derselben, diese Vereinbarkeit herzustellen. Gesetzesentwürfe, die auf verfassungsrechtliche Vorgaben verweisen, und anwaltliche Schriftsätze, die ihre Argumentation unter Bezugnahme auf Gesetze und zur Streitfrage ergangene gerichtliche Entscheidungen entwickeln, sind weitere Beispiele.

Bestimmte gerichtliche Entscheidungen sind, unabhängig von Fragen ihrer rechtlichen Verbindlichkeit für späteres Entscheiden, ein wichtiger Teil dieser Strukturierungsleistung. Durch besondere Bezeichnungen oder die Veröffentlichung in besonderen Sammlungen heben sich diese Entscheidungen vom restlichen Rechtsprechungsbestand ab. Sie tragen zu einer Komplexitätsreduktion bei, die notwendig für die Vermittlung von Wissen über Recht ist und damit auch die Handlungsfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit in der Rechtsordnung bedingt. Wissen

¹ Zu diesen Funktionen des Rechts siehe *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, Rn. 96-110.

² Verschiedene rechtstheoretische Ansätze teilen die Auffassung, dass hierin die Hauptfunktion des Rechts liege. Siehe *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 151; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, 41 ff.

³ Auf die Kontroverse über ein Spezifikum der Kommunikation über das Recht in Abgrenzung zu anderer Kommunikation soll hier nicht näher eingegangen werden. Es genügt die Feststellung, dass Entwürfe zum Spezifikum von „Rechtskommunikation“ die kommunikationsstrukturierende Funktion anerkennen und einbeziehen. Siehe die Übersicht bei *Jost Müller-Neuhof*, Verfassung als Nachricht: Zur Qualität medienöffentlicher Rechtskommunikation über das Grundgesetz, 2012, 20 ff.

bezeichnet hier nicht eine Lösung für einen konkreten Fall, welche unmittelbar aus einem Urteil oder einem Beschluss zu erkennen wäre. Vielmehr ist gemeint, dass sich aus früheren gerichtlichen Entscheidungen Hinweise für die Einordnung von Rechtsfragen und ihre Untersuchung ableiten lassen. Sie können zeigen, welche Techniken dem Richter und welche plausiblen Argumentationslinien dem Kläger in der jeweiligen Entscheidungssituation zur Verfügung stehen. In diesem Sinne sind gerichtliche Entscheidungen ein Informationsspeicher für den Umgang mit dem Recht.⁴ Das Leben erzeugt jedoch eine unfassbare Zahl unterschiedlicher Sachverhalte, mit der eine Vielzahl von Möglichkeiten korrespondiert, das Recht auf sie anzuwenden. Die anwendbaren Rechtsnormen selbst können zudem durch hohe Begriffsdichte, sowie interne und externe Wirkungszusammenhänge der Begriffe die Verarbeitung einer großen Informationsmenge erfordern und somit bereits für sich genommen komplex sein.⁵ Herausgehobene gerichtliche Entscheidungen reduzieren in doppelter Hinsicht die orientierungshindernde Komplexität: Sie vermitteln Herangehensweisen, um diese Komplexität zu verarbeiten, und sie ragen durch die Form, Medien und Häufigkeit ihrer Wiedergabe selbst gut sichtbar aus dem Dschungel der Rechtsprechung hervor.⁶ Dies ist von besonderer Bedeutung für den Zugang zu einem Rechtsgebiet oder einer ganzen Rechtsordnung – betreffend ihre Probleme, aber auch die spezifische Weise, sich hierüber zu verständigen. Besonders gut wird dies sichtbar im Fall juristischer Lehrbücher und Nachschlagewerke.

Der Begriff *leading case*, der heute in anglophonen Rechtsordnungen manche gerichtliche Entscheidungen als besonders heraushebt, sowie die daran anschließenden *casebooks* sind Erfindungen, die sich auf die soeben beschriebene Notwendigkeit der Komplexitätsreduktion zurückführen lassen. Die englischen *Royal Courts* hielten schon im Mittelalter Urteile auf Schafshäuten fest,⁷ bis in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts die *Law Reports* als Entscheidungssammlungen aufkamen. Im 19. Jahrhundert hatten diese Sammlungen einen Umfang erreicht, der drohte, ihre Funktion als überblickserschaffende Nachschlagewerke zu konterkarieren. Auf den Bedarf, das komplexe Gewirr der Fälle zugänglich zu halten, geht die Idee von gerichtlichen Entscheidungen zurück, anhand derer ein Rechtsgebiet erschließbar

⁴ Ähnlich Kye Il Lee, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, 171 ff.

⁵ Siehe, Komplexität als rechtswissenschaftlichen Begriff entwickelnd, Emanuel V. Towfigh, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat (2009), 29-73, 31 ff. Etwas anders definierend im Zusammenhang mit komplexen Entscheidungssituationen Rudolf Fisch/Michael F. Wolf, Die Handhabung von Komplexität beim Problemlösen und Entscheiden, in: ders./Margarete Boos (Hrsg.), Vom Umgang mit Komplexität in Organisationen: Konzepte – Fallbeispiele – Strategien, 1990, 11-39, 13 ff. Letztlich geht es aber auch nach dieser Definition darum, dass die Informationsmenge nicht mehr hinreichend verarbeitet werden kann. Grundlegend Herbert A. Simon, The Architecture of Complexity, Proceedings of the American Philosophical Society 106 (1962), 467-482.

⁶ Zur Bedeutung der Komplexitätsreduktion für die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems siehe Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 353 f.

⁷ Hierzu und zum Nachfolgenden A. W. Brian Simpson, Leading Cases in the Common Law 1995, 2 ff.

sein sollte: *leading cases*. Unter dieser Bezeichnung entstanden Entscheidungssammlungen in England und in den USA.⁸ Ursprünglich waren sie als orientierende Literatur für die Rechtspraxis gedacht. Der Harvard-Professor Christopher Columbus Langdell entwickelte daraus die sogenannte *casebook method*, die den Gedanken exemplarischer Fälle auch für das Rechtsstudium fruchtbar machte. Anhand der *casebooks*, Kompilationen von Textpassagen aus ausgewählten Entscheidungen mit begleitendem Hintergrundmaterial, laufen heute in den USA ganze Vorlesungssemester ab. In Deutschland ist solche Literatur eine Rarität.⁹ Verbreitet sind aber „Fallbücher“ mit aus der Rechtsprechung entlehnten Fällen, an denen juristische Problemlösungen trainiert werden sollen.¹⁰ Das Lehrbuch als Medium für eine systematische Konzeption eines Rechtsgebiets¹¹ mag nach wie vor in der deutschen Rechtswissenschaft das dominante Genre sein; auch bei den darin enthaltenen Fällen handelt es sich indes häufig um zum Lehrbeispiel stilisierte Originalfälle. Diese Fälle repräsentieren das, „was man wissen muss“, an ihnen werden spätere Fälle gemessen und an ihrer Beherrschung die werdende Juristin.

Gerichtliche Entscheidungen, die solchermassen für nachfolgende Juristengenerationen die Richtschnur für das Erfassen eines Rechtsgebiets und seiner Probleme bilden, gibt es auch in Frankreich. Hier erscheinen in regelmäßigen Abständen Bücher, welche dem Leser kurze Zusammenfassungen und Kommentare zu Gerichtsentscheidungen eines bestimmten Rechtsgebiets darbieten, allesamt unter der Bezeichnung *grands arrêts*.¹² Diese nichtamtlichen Entscheidungssammlungen haben eine lange Tradition und gehören für Studenten des französischen Rechts zur Grundausrüstung. Sie wollen überdies Nachschlagewerke für die Rechtspraxis sein. Inzwischen haben einige französische Autoren die Tradition auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) übertragen.¹³ Die Sammlungen der *grands*

⁸ Laut Simpson ist die älteste John W. Smiths zweibändige Sammlung *Leading Cases in Various Branches of the Law* (1835-1840), die in England und den USA zahlreiche Auflagen durchlebte und bald nach ihrem ersten Erscheinen Nachahmung auf beiden Seiten des Atlantiks fand. Vgl. *Simpson, Leading Cases in the Common Law*, 2 ff.

⁹ Siehe aber *Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht*, 2015 (1. Auflage C.H. Beck, 1987). Deutsche *casebooks* zum Unionsrecht sind deutlich weiter verbreitet. Zu diesem Phänomen siehe unten [Kapitel 1](#), II., 2.

¹⁰ Zum Beispiel *Thomas Hillenkamp/Kai Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016.

¹¹ Siehe *Christoph Möllers/Hannah Birkenkötter*, Towards a new conceptualism in comparative constitutional law, or reviving the German tradition of the *Lehrbuch*, *ICON* 12 (2014), 603-625.

¹² Zum Beispiel *Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant u. a.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2013; *Yves Lequette/François Terré/Henri Capitant*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 2007-2008. Auch in Staaten mit französischem Kultureinfluss gibt es solche Sammlungen, beispielsweise *François Mbome*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative du Cameroun*, 1990.

¹³ *Frédéric Sudre/Jean-Pierre Marguénaud/Joël Andriantsimbazovina u. a.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2011.

arrêts enthalten vorrangig Fälle, die Anschauungsbeispiele für richterliches Entscheiden auf einem Rechtsgebiet sein sollen.¹⁴ Im Gegensatz dazu stehen die in den 1920er und 1930er Jahren von *legal realists* herausgegebenen *casebooks*: Sie sahen davon ab, bestimmte Fälle als beispielhaft für richterliche Argumentationsmethoden hervorzuheben. Lernen sollten Studierende daran, dass politische Erwägungen, nicht juristische Methoden, den Entscheidungsprozess lenkten.¹⁵

Sowohl am französischen als auch am US-amerikanischen und deutschen Beispiel wird deutlich, dass herausgehobene gerichtliche Entscheidungen für Komplexitätsreduktion und Vermittlung von Wissen bedeutend sind, das die Kommunikation des juristischen Nachwuchses über Recht strukturiert.¹⁶ Sie gehören damit zur Grundlage juristischer Sozialisierung. Die im angesprochenen Lehrmaterial erscheinenden Entscheidungen sind nur einige wenige Exponenten eines ständig wachsenden Rechtsprechungsbestands, dessen vollständige Wiedergabe die Aufnahmefähigkeit des Lesers sprengen würde. Auch in weniger langfristiger Sicht kann die Entscheidung, welche gerichtlichen Entscheidungen als herausgehobene Bezugspunkte für Argumentation zur Verfügung stehen, die Kommunikation über Recht strukturieren.¹⁷ Sensibilitäten hierfür werden erkennbar, betrachtet man die Wiedergabe in öffentlich zugänglichen Falldatenbanken.

Der EGMR ist eines der Gerichte, die einen sehr großen Rechtsprechungsbestand öffentlich zugänglich machen. Die umfangreiche¹⁸ Online-Datenbank des Gerichtshofs ist anhand einer Einteilung in vier Wichtigkeitsstufen durchsuchbar. Seit 2007 ordnet das *Bureau*¹⁹ jede Entscheidung einer dieser Stufen zu. Am weitesten oben auf der Skala (*high importance*) stehen Entscheidungen, die einen bedeutenden Beitrag zur Entwicklung, Klarstellung oder Modifizierung der Rechtsprechung allgemein oder bezogen auf ein Konventionsmitglied leisten.²⁰ Entscheidungen, die in der offiziellen Sammlung der EGMR-Rechtsprechung erscheinen, bilden eine eigene Kategorie (*Case Reports*). Die Titel der sonstigen Kategorien,

¹⁴ Vgl. *Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina u. a.*, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 1 ff.

¹⁵ Siehe dazu *Grant Gilmore*, The Ages of American Law 1977, 47.

¹⁶ *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 7, geht in Bezug auf die Bedeutsamkeit des Wissens über Recht noch weiter, indem er postuliert, dass es Recht nur gebe, „weil und insofern es auch als solches gewusst wird“.

¹⁷ So im Zusammenhang mit der Entstehung einer herrschenden Meinung *Rita Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, 1983, 64 f., für die Veröffentlichungspraxis wichtiger Fachzeitschriften und der Gerichte.

¹⁸ Sie enthält mehr als 80.000 Entscheidungen.

¹⁹ Präsident, Vize-Präsident und Sektionspräsidenten des Gerichtshofs. Sie treffen die Zuordnung nach einem Vorschlag durch den *Jurisconsult*.

²⁰ Original: „a significant contribution to the development, clarification or modification of its case-law, either generally or in relation to a particular State“. Die Übersetzung ins Deutsche stammt – wie alle nachfolgenden, soweit nicht anders gekennzeichnet – von der Verfasserin.

medium importance und *low importance*, weisen im Ergebnis alle Entscheidungen als wichtig aus. Hier wird die ausschließende Kraft einer höchsten Kategorie offenbar: Indem sie die zehntausenden Straßburger Rechtssachen in übersichtlichere und – zumindest vorgeblich – klar abgegrenzte Kategorien einordnet, leistet die Wichtigkeitsabstufung Komplexitätsreduktion. Dies schafft Orientierung, heißt aber auch, die Aufmerksamkeit für die Entscheidungen zu schwächen, die nicht der Kategorie *high importance* angehören. Gegen diese Schwächung stemmt sich der EGMR, indem er die restlichen Kategorien zumindest auch als wichtig bezeichnet. Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen der zugangsermöglichenden und der ausschließenden Eigenschaft herausgehobener gerichtlicher Entscheidungen, beide ein Ausdruck ihrer kommunikationsstrukturierenden Kraft.

Auch die französische *Cour de cassation* hierarchisiert, um den Zugang zur Fülle der entschiedenen Rechtssachen²¹ zu erhalten. Hier ist die Einstufung nur anhand des Publikationsmediums sichtbar, in dem eine Entscheidung erscheint.²² Sowohl die *Cour de cassation* als auch der EGMR sind nur Extrembeispiele für die Schwierigkeiten, die hohe Fallzahlen für die Vermittlung des in diesen Fällen Entschiedenen bereiten. Einige gerichtliche Entscheidungen durch die Art ihrer Veröffentlichung herauszuheben, ist ein Weg, die erwartungsstabilisierende Funktion des Rechts auch im Angesicht steigender Komplexität und begrenzter kognitiver Fähigkeiten zu sichern. Zurückgespiegelt auf die Grenzen der Bücher, welche die „wichtigsten Fälle“ aus diesen Jurisdiktionen als notwendiges Rechtswissen weitergeben, wird auch die komplexitätsreduzierende Funktion der Fallbuchliteratur noch einmal verschärft erkennbar.

In der gerichtlichen Argumentation als einer spezifischen Form der Kommunikation über Recht lässt sich ebenfalls die Strukturierungsleistung herausgehobener gerichtlicher Entscheidungen beobachten. Gerichte in den USA beziehen sich u. a. für spezifische Vorgehensweisen in ihrer Argumentation auf bestimmte ihrer früheren Entscheidungen. Manche dieser *tests* oder *doctrines* sind nach der Entscheidung benannt, auf der sie basieren. Die *tests* und *doctrines* orientieren das argumentative Vorgehen selbst, die ihnen zugrunde liegende Entscheidung verleiht mithin der gerichtlichen Argumentation Struktur. Ein Beispiel ist die sogenannte *Chevron doctrine*, die von Gerichten fordert, die verwaltungsbehördliche Auslegung eines unklaren Gesetzeswortlauts nur zurückhaltend zu überprüfen.²³ Das Bundesverfassungsgericht zitiert seine früheren Entscheidungen in ganzen Textblöcken, die, der verfassungsrichterlichen Prüfung vorangestellt, Verfassungsnormen konkretisieren

²¹ 20.049 Zivilrechtssachen und 8158 Strafrechtssachen entschieden im Jahr 2013, Quelle: Jahresstatistik der *Cour de cassation* für 2013 www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/active_cour_chiffres_58.

²² Eine detaillierte Beschreibung der Hierarchie findet sich unter www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/cour_cassation_11926.html.

²³ Aus dem Urteil USSC, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844 f.

und selbst im Duktus verbindlicher Rechtsnormen vorgetragen sind. Die so herausgehobenen Entscheidungen erscheinen nicht nur in einzelnen Fällen bundesverfassungsgerichtlicher Argumentation. Vielmehr sind die einleitenden Textblöcke, die im Wesentlichen den Stand der Rechtsprechung zu einem Grundrecht darstellen, ein dauernd wiederholter, charakteristischer Bestandteil der Entscheidungsbegründungen. Die in diesen „Maßstabteilen“²⁴ etablierten Vorgaben bestimmen, worauf die Richter bei der anschließenden Anwendung der Verfassungsnormen auf den konkreten Sachverhalt ihr Augenmerk legen,²⁵ und bilden damit die Struktur, anhand derer die gerichtliche Argumentation abläuft.

Dass herausgehobene gerichtliche Entscheidungen Komplexität reduzieren und damit erst den Zugang zu in Rechtsprechung enthaltenen Informationen ermöglichen, wirkt aus einem weiteren Grund kommunikationsstrukturierend: Das durch sie vermittelte Wissen stärkt die Handlungsfähigkeit des Einzelnen in der Rechtsordnung.²⁶ Auch Rechtsordnungen mit Kodifizierungen kennen zumindest für spezifische Rechtsgebiete das Phänomen, dass Orientierung und Verständigung über die hier relevanten Rechtsfragen und ihre Lösung größtenteils oder nur noch anhand von einzelnen Fällen möglich ist. Für Grundrechte wie das Versammlungsrecht und die Eigentumsfreiheit und im Staatsorganisationsrecht hat das Bundesverfassungsgericht unterhalb der Maßstabteile eine reiche Kasuistik entwickelt, die in ihren Verästelungen nicht mehr dem überkommenen Bild systembildender Dogmatik entspricht.²⁷ Das französische Verwaltungsrecht ist ebenfalls ein durch unübersichtliche Rechtsprechung geprägtes Gebiet.²⁸ Wer hier aus gerichtlichen Entscheidungen um bereits beschrittene Argumentationswege weiß, kann anhand ihrer das argumentierbare „Feld“ definieren²⁹ und seine Anliegen plausibel in rechtliche Ansprüche fassen. Weiter gewendet, bilden die durch die Fallbuchliteratur herausgehobenen Entscheidungen Vorbilder dafür, wie man in einer Rechtsordnung ernst zu nehmend über Recht kommuniziert. Denn Kenntnisse über die

²⁴ Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/ders./Christoph Möllers u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 159-279, 168 ff. Zum Maßstabsteil auch Rainer Wahl, Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsordnung, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005, 371-397, 391 f.

²⁵ Lepsius, Maßstabsetzende Gewalt, 170.

²⁶ Somek, Rechtliches Wissen, 32 ff.

²⁷ Bernhard Schlink, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 62 (2007), 157-162, 159 f. Diesen Befund teilt Lepsius, Maßstabsetzende Gewalt, 216 ff., steht ihm jedoch nicht gleichermaßen kritisch gegenüber.

²⁸ Davon zeugt nicht zuletzt der Umstand, dass die ordnenden Sammlungen der *grands arrêts* auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts ihren Anfang im Verwaltungsrecht nahmen, inspiriert von einer ähnlichen Sammlung für das Zivilrecht. Siehe Pascale Gonod, 1952-1956: la naissance des «Grands arrêts», rfd 23 (2007), 225-228, 225.

²⁹ Duncan Kennedy, A Critique of Adjudication (fin de siècle), 1998, 140 ff.

spezifischen Argumentationsmuster der juristischen Zunft sind eine nicht zu vernachlässigende Voraussetzung dafür, dass die eigenen Aussagen über Recht Gehör finden.³⁰

Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Deutschland orientiert sich für ihre Erzeugung von Dogmatik an den vom Bundesverfassungsgericht in den Maßstäbeteilen zitierten Entscheidungen. Solchermaßen destilliert,³¹ bilden sie eine Struktur, anhand derer Rechtsprobleme eingeordnet werden können.³² Gerichtliche Entscheidungen, die für eine bestimmte wissenschaftliche Theoriebildung als unabdingbar gelten, und die somit in jeden ernst zu nehmenden Vorschlag für ein Denkgerüst einfließen müssen, strukturieren die Kommunikation über Recht. Denn jede Theorie bildet einen Rahmen, innerhalb dessen Phänomene mit einem spezifischen Fokus betrachtet und vermittelt werden; je nach Theorierahmen kann die Wahrnehmung über Handlungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten variieren.³³ Eine gerichtliche Entscheidung, die in die Bildung eines solchen Rahmens einbezogen wird, wirkt sich darauf aus, welcher theoretische Fokus möglich ist.

In verschiedener Form aus dem Rechtsprechungsbestand herausgehobene Entscheidungen tragen mithin – wie juristische Begriffe und Kategorien³⁴ – dazu bei, das für die Erfassung des Rechts Erhebliche zu definieren.³⁵ Was daneben liegt, wird ausgeblendet. Diese Komplexitätsreduktion ist notwendige Voraussetzung, um in einer Rechtsordnung über Recht zu kommunizieren. Das Recht wiederum ist auf diese Kommunikation angewiesen. Herausgehobene gerichtliche Entscheidungen sind damit ein Phänomen von hoher Relevanz für die Funktionsfähigkeit des Rechts.

³⁰ Siehe *Martti Koskeniemi*, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2005, 568 f.; *Ingo Venzke*, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, 2012, 49 ff.

³¹ Beschreibung des Vorgangs bei *Matthias Jestaedt*, *Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, 117-137, 125 f.

³² Allgemein zur strukturierenden Funktion von Dogmatik siehe *Christian Waldhoff*, *Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, 17-37, 27. Vorliegend ist jedoch speziell von Interesse, dass, auch wenn die deutsche Rechtsdogmatik häufig gerade als Gegensatz zum stark auf konkrete Fälle bezogenen *common law* in Stellung gebracht wird, die dogmatischen Konstruktionen oft konkrete Urteile wiedergeben.

³³ Siehe grundlegend zum sogenannten „framing“ *Amos Tversky/Daniel Kahneman*, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, *Science* 211 (1981), 453-458.

³⁴ Vgl. *Towfigh*, *Komplexität und Normenklarheit*, 36 f.

³⁵ Der Anteil von gerichtlichen Entscheidungen an einem solchermaßen komplexitätsreduzierenden Bestand kann schwanken. Diese Varianz ist jedenfalls nicht mit der Unterscheidung von *common law* und *civil law* zu erklären, wie die vorhergehenden Ausführungen erkennen lassen. Um die Relevanz herausgehobener gerichtlicher Entscheidungen als Phänomen zu verdeutlichen, genügt überdies die Feststellung, dass solche Entscheidungen überhaupt zum komplexitätsreduzierenden Bestand gehören.

2. Bisherige Beschreibungsversuche

Die bisherigen wissenschaftlichen Beiträge zu diesem Phänomen werden seiner Relevanz indes nicht gerecht. Der Forschungsstand verzeichnet kaum Beiträge, die über einzelne Rechtsordnungen hinausgehen oder grundlegende Beschreibungsversuche unternehmen. Die Beiträge, mehrheitlich an die Bezeichnungen *leading case* und *grand arrêt* anknüpfend, lassen sich zu zwei Gruppen zusammenfassen. Die erste Gruppe fokussiert auf den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung; die Forschungsergebnisse lassen vor allem die Unsicherheit erkennen, die sich hinter selbstverständlich verwendeten besonderen Bezeichnungen für Entscheidungen verbirgt. Die zweite Gruppe enthält Beiträge, die mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung explizit über inhaltliche Kriterien hinausgehen. Die hier gewonnenen Einsichten verharren jedoch zumeist an der Oberfläche oder legen eine komplexe Betrachtungsweise nahe, erläutern aber nicht näher, wie eine Verbindung der einzelnen Facetten zu bewerkstelligen sei.

Die Unsicherheit über den Begriff *leading case* zeigt prägnant ein Vortrag von Per Laleng in einer Reihe zum Thema *Recent Landmarks in the Law*. Laleng stellt seinen Vortrag, in dem er ursprünglich das Urteil *Fairchild*³⁶ als *leading case* hatte behandeln wollen, zu der Frage um, ob *Fairchild* überhaupt ein *leading case* sei.³⁷ Im Zuge dessen deckt Laleng die Verschiedenheit der Begriffsdefinitionen auf, die Nachschlagewerke wie *West's Encyclopaedia of American Law* und *Black's Law Dictionary* postulieren. Die Definitionen verbinden zumeist die Klärung bisher ungelöster Rechtsfragen mit der Behandlung des Urteils in späteren Gerichtsentscheidungen. Divergenzen zeigen sich in der Frage, ob das Urteil alle Kontroversen auf seinem Gebiet beigelegt haben muss, wie groß dieses Gebiet ist, wie breit die Anerkennung der klärenden Eigenschaft des Urteils sein muss, und inwiefern spätere Entscheidungen dem Urteil folgen oder es mit besonderer Aufmerksamkeit behandeln müssen. Laleng sieht schlussendlich davon ab, ein eigenes Begriffsverständnis zu entwickeln und entscheidet sich auch nicht ausdrücklich für eine der aufgefundenen Definitionen. In dieser Offenheit bleibt er zwar der selbst gestellten Frage eine Antwort schuldig, provoziert aber auch ein Nachdenken über als selbstverständlich wahrgenommene Begrifflichkeit.

Ähnlich provokant fragt der französische Rechtswissenschaftler Jean-Claude Venezia: „[L]es Grands arrêts le sont ils-tous?“.³⁸ Auf diese Frage folgt der Versuch

³⁶ UKHL, *Fairchild u. a. v. Glenhaven Funeral Services Ltd u. a.*, [2003] 1 A.C. 32. Das Urteil modifizierte die Kausalitätsanforderungen für bestimmte Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit Asbest.

³⁷ Per Laleng, „Is Fairchild a Leading case of the Common Law?“, Inner Temple Lecture Series 2014: Recent Landmarks in the Law, 20.1.2014.

³⁸ Jean-Claude Venezia, Petite note sous les „Grands arrêts“ in: Marie-France Christophe Tchakaloff (Hrsg.), *Au carrefour des droits: Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, 221.

einer Klassifizierung der *grands arrêts* des Verwaltungsrechts:³⁹ Venezia ordnet die Entscheidungen anhand von Beispielen drei Kategorien zu, welche die entschiedenen Rechtsfragen in der Rechtsprechung verorten. Die erste Kategorie erfasst *grands arrêts*, deren Inhalt in der nachfolgenden Rechtsprechung keine Aufnahme fand, sei es aufgrund von Gesetzesänderungen oder aufgrund von Widerstand in der Gerichtsbarkeit. In der zweiten Kategorie befinden sich *grands arrêts* zu Rechtsfragen, die bereits durch vorangegangene Rechtsprechung entschieden oder vorbereitet wurden. Als eine dritte Kategorie gruppiert der Autor diejenigen *grands arrêts*, die nicht Ergebnis einer Rechtsprechungslinie sind, sondern vielmehr den Ausgangspunkt einer solchen Linie bilden. Diese Urteile nennt er „*grands arrêts* im eigentlichen Sinne“⁴⁰ und legt so sein Begriffsverständnis offen. Demnach beschreibt der Begriff *grand arrêt* eine gerichtliche Entscheidung, die innovativ ist, weil sie auf eine bisher nicht entschiedene Rechtsfrage antwortet, eine Rechtsprechungsänderung herbeiführt oder frühere Rechtsprechung erweitert. Venezia begründet dieses Verständnis jedoch nicht. Es erweist sich auf den zweiten Blick zudem als schwierig, das von ihm als innovatives Moment Beschriebene daran festzumachen, dass eine Entscheidung in der Rechtsprechung keine Vorläufer kennt; die Kriterien für Venezias „*grands arrêts* im eigentlichen Sinne“ müssen mit zahlreichen Relativierungen auskommen.⁴¹

Auf den ersten Blick deutlicher als Venezia äußert sich Guy Braibant, Mitautor der ersten Sammlung der *grands arrêts* des Verwaltungsrechts.⁴² Grundlage seiner Äußerung sind die Erfahrungen mit jener Publikation sowie aus seiner Tätigkeit am *Conseil d'Etat*. Nach Braibant sind *grands arrêts* Entscheidungen, welche auf einem wichtigen Rechtsgebiet eingreifen, eine inhärent wichtige Frage behandeln, institutionelle oder gesellschaftliche Veränderungen nach sich ziehen, ein neues Rechtsprinzip entwickeln oder ein bekanntes Prinzip auf einen neuen Sachverhalt anwenden.⁴³ Da diese Kriterien nicht kumulativ sind, ergibt sich eine große Spannweite möglicher *grands arrêts*. Es bleibt jedoch insbesondere offen, anhand welcher Aspekte Braibant die Wichtigkeit eines Rechtsgebiets oder einer Rechtsfrage einschätzen will.

Ein Versuch, gemeinsame Charakteristika von *leading cases* empirisch auszumachen, stammt von Ivor Richardson.⁴⁴ Er bat eine Gruppe von Richterassistenten (*law clerks*) und eine Gruppe aus ehemaligen Richtern und erfahrenen Anwälten, diejenigen Fälle aufzulisten, die sie aus den ersten 50 Jahren der Rechtsprechung des neuseeländischen *Court of Appeal* als besonders wichtig für die neuseeländische

³⁹ Grundlage der Klassifizierung ist *Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant u. a., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* 1999.

⁴⁰ Venezia, *Petite note*, 225 („les Grands arrêts à proprement parler“).

⁴¹ Ebd., 226 f.

⁴² *Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1956.

⁴³ Guy Braibant, *Qu'est-ce qu'un grand arrêt?*, AJDA (2006), 1428-1430.

⁴⁴ Ivor Richardson, *What Makes a „Leading“ Case*, Vic. UW L. Rev. 41 (2010), 317-338.

Rechtsordnung empfanden. Anschließend wurden die zusammengeführten Listen dieser ersten Gruppe den Probanden der zweiten Gruppe als Anregung vorgelegt, die daraufhin jeweils ihre eigenen Listen erstellten. Zur Überraschung Richardsons, der selbst von 1977 bis 2002 am *Court of Appeal* als Richter tätig gewesen war, wiesen die Listen weder innerhalb der zwei Gruppen noch im Gruppenvergleich nennenswerte Überschneidungen auf.⁴⁵ Nachweisen konnte Richardson mit seiner Umfrage also, dass weit auseinandergehende Vorstellungen davon existieren, was einen *leading case* ausmacht. Das immerhin unter Probanden mit sehr guter Kenntnis der Rechtsprechung des *Court of Appeal*, welcher ihren gemeinsamen professionellen Hintergrund bildete. Allerdings lassen sich die geringen Überschneidungen möglicherweise auch auf die geringe Größe der befragten Gruppen (9 *law clerks*, 10 ehemalige Richter und 2 erfahrene Anwälte) zurückführen sowie auf den großen Erfahrungsabstand zwischen den *law clerks*, die alle noch am Beginn ihrer juristischen Laufbahn standen, und den restlichen Befragten. Die Begründungen der Probanden für ihre Einschätzung eines Falls als besonders wichtig unterzieht Richardson keiner weiteren Analyse, zeigt aber Bewusstsein für das erkenntnistiftende Potenzial einer solchen.⁴⁶ Seine ergänzenden Nachforschungen, die sich unter anderem auf Fachaufsätze neuseeländischer Rechtswissenschaftler⁴⁷ und die Monographie eines ehemaligen Präsidenten des *Court of Appeal*⁴⁸ stützen, untermauern das Ergebnis der Befragung: Der Konsens darüber, was einen *leading case* inhaltlich ausmache, ist bestenfalls ein sehr dünner. Abschließend zieht Richardson das Fazit, dass es weder offensichtlich noch in einer kurzen Definition fassbar sei, was ein *leading case* sei. Unvermittelt folgt darauf die Feststellung, ein *leading case* müsse den größten Einfluss „in settling an area of the law“ gehabt haben.⁴⁹ Auch Hjalte Rasmussens Überlegungen zu *landmark judgments* des EuGH gehen von einem inhärenten inhaltlichen Kriterium aus, das aber letztlich auf eine Betrachtung der Folgewirkungen der Urteile, in diesem Fall für die Europäische Gemeinschaft als politische Gemeinschaft, hinausläuft.⁵⁰

Während in den Beiträgen, die von einem inhaltlichen Kriterium für *leading cases* oder *grands arrêts* ausgehen, ein Blick auf die Folgerechtsprechung oder die noch weiter verstandenen Folgen der gerichtlichen Entscheidungen sich zumindest andeutet, löst sich die zweite Gruppe der Beiträge stärker vom Ausgangspunkt eines der Entscheidung inhärenten Kriteriums. Das in anglophonen Rechtsordnungen bekannteste Beispiel ist Brian Simpsons Werk *Leading Cases in the Common Law*. In Fallbeschreibungen bekräftigt Simpson hier wiederholt seine These, für die

⁴⁵ Ebd., 319.

⁴⁶ Ebd., 320.

⁴⁷ Ebd., 320 f.

⁴⁸ *Lord Cooke of Thorndon, Turning Points of the Common Law*, 1997.

⁴⁹ *Richardson, What Makes a „Leading Case“*, 336.

⁵⁰ *Hjalte Rasmussen, The European Court of Justice*, 1998, 301-305.

Eigenschaft einer gerichtlichen Entscheidung als *leading case* komme es auf den historischen und sozialen Kontext an, in welchem sie entstanden sei.⁵¹ Simpson bleibt jedoch bei detailreichen kontextuellen Einbettungen ausgewählter gerichtlicher Entscheidungen stehen, ohne hieraus einen verallgemeinernden Schluss dafür zu ziehen, wie historischer und sozialer Kontext sie zu *leading cases* machen.⁵²

Auch die Autoren einiger Beiträge zu einem Symposium anlässlich des 50-jährigen Jubiläums der Sammlung *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* weisen darauf hin, dass der Kontext eine wichtige Rolle spielt: Zeiten sozialer Wirren, militärischer Konflikte und allgemein „toutes les situations ou circonstances exceptionnelles“ seien die Geburtsstunden vieler *grands arrêts* gewesen.⁵³ Eine kurze Schilderung der Publikationsgeschichte erwähnt, dass die Idee zur ersten Sammlung der verwaltungsrechtlichen *grands arrêts* selbst in einer Zeit entstand, in der es nach seiner unrühmlichen Rolle im Vichy-Regime um eine Rehabilitierung des *Conseil d'Etat*, vor allem in seiner verwaltungsgerichtlichen Funktion, ging.⁵⁴ Auch die wiederholte Betonung der von Rechtswissenschaftlern und anderen Autoren der Entscheidungssammlung getroffenen Auswahlentscheidung als wesentlich dafür, was als *grand arrêt* gesehen wird,⁵⁵ weist auf die wichtige Rolle außergerichtlicher Faktoren hin. Die so hier und dort kurz aufscheinenden Sensibilitäten für die vielfältige Bedingtheit von *grands arrêts* erfahren aber keine Einordnung in ein verbindendes, grundlegendes Verständnis dieser gerichtlichen Entscheidungen.

Ein anderer Autor kommt anhand einiger *landmark cases* des Israelischen Obersten Gerichtshofs zu dem Schluss, *landmark cases* entstünden immer dann, wenn andere Staatsgewalten versuchten, ein Gericht in seinen Zuständigkeiten zu beschränken und seinen Einfluss zurückzudrängen.⁵⁶ Allerdings liegt dieser Beschreibung bereits eine enge Definition von *landmark cases* zugrunde, die maßgeblich vom israelischen Kontext der Untersuchung geprägt ist: Es handele sich um Entscheidungen, mit denen ein Gericht von der politischen Linie der Regierung abweiche oder Regierungshandeln für nichtig erkläre und somit seine Unabhängigkeit demonstriere.⁵⁷

Einen Schritt zu einem übergreifenden Verständnis, das die Relevanz des historischen Kontexts kommunikationsstrukturierender gerichtlicher Entscheidungen

⁵¹ Simpson, *Leading Cases in the Common Law*, 12. Siehe auch Susan Glazebrook, *What Makes a Leading Case? The Narrow Lens of the Law or a Wider Perspective?*, *Vic. UW L. Rev.* 4 (2010), 339-359.

⁵² Überblick über die in diese Richtung gehende Kritik an Simpson bei Ernest Lim, *Of 'Landmark' or 'Leading' Cases: Salomon's Challenge*, *JLS* 41 (2014), 523-550, 528-530.

⁵³ Jean-Louis Autin, *Les grands arrêts disparus*, *rfda* 23 (2007), 242-248, 246.

⁵⁴ Gonod, *La naissance des «Grands arrêts»*, 225.

⁵⁵ Bernard Pacteau, *Les grands arrêts ignorés*, *rfda* 23 (2007), 239-242; Autin, *Les grands arrêts disparus*, 246; Maryse Deguerge, *Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts?*, *rfda* 23 (2007), 254-261, 254 f.

⁵⁶ Ronen Shamir, „Landmark Cases“ and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, *Law & Society Review* 24 (1990), 781-805, 782.

⁵⁷ Ebd.

erklärt, macht Rainer Wahl mit seinem Konzept des Entwicklungspfads.⁵⁸ Wahl interessiert sich für „große Entscheidungen“,⁵⁹ welche er als „Weichenstellung“ für die unterscheidungsnotwendigen Merkmale einer spezifischen Rechtsordnung sieht. Als weichenstellende Entscheidungen qualifiziert Wahl exemplarisch *Marbury*, *Lüth* und *Costa / ENEL*.⁶⁰ Um die Prägekraft dieser Entscheidungen zu begründen, lehnt Wahl sich an das aus den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften bekannte Konzept der Pfadabhängigkeit⁶¹ an: Durch weitere gerichtliche Verwendung der Entscheidung geschehe eine „Vernetzung der ursprünglichen Weichenstellung mit nachfolgenden Entscheidungen, so dass der Ausstrahlungsbereich, der von einer Revision der Weichenstellung betroffen wäre, wächst – und damit zugleich der Änderungswiderstand.“⁶² Der so – ausführlich für *Lüth* – beschriebene Pfad verläuft an der gerichtlichen Weiterentwicklung dieser Entscheidung entlang und entfaltet eine eigene Gesetzmäßigkeit.⁶³ Individuen erscheinen als austauschbare Impulsgeber neben den mächtigen, personifizierten Institutionen und Rechtsfiguren.⁶⁴ So bewegt sich Wahls Konzept auf dem schmalen Grat zwischen Historisierung und Historizismus. Die Leitfrage, wie der Sachverhalt, das gesellschaftliche Umfeld und die große Bedeutung bei Entscheidungen wie *Marbury*, *Lüth* und *Costa / ENEL* zusammenhängen, beantwortet es damit, die Verbindungen seien „verschlungen und komplex“.⁶⁵ Als übergreifende Verbindung zwischen Anlassfall und weichenstellender Entscheidungsbegründung konkretisiert Wahl die institutionelle Dimension: „Große Entscheidungen“ seien diejenigen, mit denen oberste Gerichte in ihrer Gründungsphase ihre Stellung etablierten, indem sie den Rang des entscheidungsmaßstäblichen Rechts erhöhten oder seinen Anwendungsbereich erweiterten.⁶⁶

Wie Wahl unterstreichen drei weitere Beiträge die gerichtliche Weiterverwendung einer Entscheidung, um deren Position als *leading case* oder als besonders

⁵⁸ Den Begriff und dazugehörige Kategorien prägend, Rainer Wahl, Entwicklungspfade im Recht, JZ 68 (2013), 369-379, 369-379. Gegen die Beschreibung von rechtsordnungsnotwendigen Merkmalen als Ergebnis eines Sonderwegs einer Rechtsordnung siehe, im Zusammenhang mit *Lüth*, Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung: Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, 2007.

⁵⁹ Rainer Wahl, Große Entscheidungen: *Marbury v. Madison*, *Lüth*, *Costa/E.N.E.L.*, in: Andreas Anter (Hrsg.), Wilhelm Hennis' Politische Wissenschaft: Fragestellungen und Diagnosen, 2013, 181-205.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-6/64, *Costa / ENEL*, EU:C:1964:66.

⁶¹ Grundlegend zum Phänomen Paul A. David, Clio and the Economics of QWERTY, American Economic Review 75 (1985), 332-337.

⁶² Wahl, Entwicklungspfade, 375. Ähnlich für *Lüth*, Lepsius, Maßstabsetzende Gewalt, 199 f.

⁶³ Vgl. Wahl, *Lüth* und die Folgen, 386, 397.

⁶⁴ Vgl. Wahl, Große Entscheidungen, 199 (zum EuGH und zum Kläger Costa), 203 (zur objektiven Grundrechtstheorie).

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Ebd., 205.

wichtig zu beschreiben. Sie weisen indes auch auf mögliche Divergenzen der Wichtigkeit einer Entscheidung in der richterlichen Argumentation und ihrer Wichtigkeit in Rechtswissenschaft und -lehre hin. So kommt beispielsweise die Studie von Mattias Derlén und Johan Lindholm in Bezug auf den EuGH zu dem Ergebnis, dass die Einschätzung der Lehrbuchliteratur von unionsgerichtlichen Entscheidungen als wichtig für die unionsgerichtliche Rechtsprechung⁶⁷ nicht mit der Wichtigkeit dieser Entscheidungen in der Rechtsprechung selbst⁶⁸ übereinstimmt. Die Autoren folgern, möglicherweise müsse man die Prämisse revidieren, der Lehrbuchliteratur gehe es darum, die Wichtigkeit der Entscheidungen für die unionsgerichtliche Argumentation abzubilden; jedenfalls müssten gerichtliche Argumentationsmuster in das Verständnis davon einfließen, was eine bedeutende Entscheidung ausmache.⁶⁹

Im Punkt der Diskrepanzen zwischen Rechtswissenschaft und Gerichtsbarkeit sehen Urška Šadl und Yannis Panagis den größten Forschungsbedarf im Zusammenhang mit *leading cases*. In ihrer Studie zeigen die beiden Wissenschaftler ein deutliches Auseinanderfallen der Inhalte, die die Unionsgerichtsbarkeit einerseits und die Unionsrechtswissenschaft andererseits vorrangig mit dem EuGH-Urteil *Les Verts* verbinden.⁷⁰ Ein größeres Bewusstsein für die abweichende Einschätzung von gerichtlichen Entscheidungen durch Gerichte und Rechtswissenschaft fordert auch Ernest Lim in seiner Fallstudie zu *Salomon*,⁷¹ einem in Rechtswissenschaft und -lehre weithin als *leading case* für das Unternehmensrecht in England und anderen *common law*-Ordnungen anerkannten Urteil. Lim zeigt, dass eine in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung als *leading case* anerkannte gerichtliche Entscheidung auch eine sein kann, die keine bis dato ungelöste Rechtsfrage klärt und keine neue Diskussion in der Gesellschaft anstößt. Um einen *leading case* handle es sich auch dann, wenn Gerichte ein Urteil in ihrer Argumentation und für

⁶⁷ Festgemacht an der durchschnittlichen Häufigkeit, mit der ein Urteil in sieben führenden Lehrbüchern zum Unionsrecht genannt wird (*Mattias Derlén/Johan Lindholm*, *Goodbye van Gend en Loos*, *Hello Bosman?* Using Network Analysis to Measure the Importance of Individual CJEU Judgments, ELJ 20 (2014), 667-687, 669).

⁶⁸ Untersucht für die EuGH-Rechtsprechung von Dezember 1954 bis Mai 2011. Definiert anhand verschiedener netzwerkanalytischer Indikatoren: *in-degree centrality* (Anzahl der Verweise auf ein Urteil), *non-local centrality* (Anzahl der Verweise von anderen häufig referenzierten Urteilen auf ein Urteil; Position in einem Gebiet, in dem frühere Urteile besonders wichtig sind), *betweenness* (Urteile, die die meisten wichtigen Urteile miteinander verbinden), *out-degree centrality* (Anzahl der Verweise in einem Urteil auf andere Urteile), *hub score* (Anzahl der Verweise in einem Urteil auf wichtige Urteile).

⁶⁹ *Derlén/Lindholm*, *Goodbye van Gend en Loos*, *Hello Bosman*, 686.

⁷⁰ *Urška Šadl/Yannis Panagis*, What is a Leading Case in EU Law? An Empirical Analysis, ELR 40 (2015), 15-34, 31, 34. Während *Les Verts* in der Unionsrechtswissenschaft für das Unionsrecht als Verfassungsordnung und für Individualrechtsschutz steht, verwenden Unionsrichter das Urteil vorrangig für Aussagen zur unionsgerichtlichen Jurisdiktion.

⁷¹ UKHL, *Salomon v Salomon & Co Ltd*, [1897] A.C. 22.

ihr Entscheidungsergebnis als zentral behandelten.⁷² Knapp stellt Lim fest, sowohl die gerichtliche Argumentation als auch der Inhalt und der Entstehungskontext eines Urteils müssten in seine Beurteilung als *leading case* einbezogen werden.⁷³ Das Zusammenspiel der drei Komponenten und die mit dem Beispiel *Salomon* aufgedeckten Divergenzen ergründet Lim nicht weiter.

Etwas näher rücken dem John Morison und Gordon Anthony. Dafür, dass Urteile im Vereinigten Königreich zu *important cases* werden, die häufiger zitiert werden und eine bestimmte Position in einem Rechtsgebiet definieren und repräsentieren, sei ein Informationskreislauf ausschlaggebend. Dieser beginne bei den fallentscheidenden Richtern und anderen direkt involvierten Juristen. Wichtig seien in diesem innersten Expertenkreis „cases that make a change in the law or introduce ‚new‘ law“.⁷⁴ Der von hier aus gedachte Informationskreislauf verläuft über die Fachliteratur und Rechtsanwälte ohne unmittelbaren Urteilsbezug, über die Regierung und Nichtregierungsorganisationen bis hin zur breiteren Wissenschaft und potenziellen Klägern. Letztere trügen in ihrer Argumentation das Urteil wiederum vor die Gerichtsbarkeit, welche es dann als wichtig bestätigen könne.⁷⁵ Je nach Akteurskreis würden unterschiedliche Kriterien für die Wahrnehmung eines Urteils als wichtig angelegt. Was auffällt, ist, dass die Wichtigkeitskriterien, die Morison und Anthony für unterschiedliche Akteurskreise aufstellen, allesamt auf eine Veränderung abstellen, die das Urteil aus Sicht der jeweiligen Akteure bedeutet.⁷⁶ Morison und Anthony geben keine Begründung für den Wandel als Wichtigkeitskriterium. Ihr Verdienst ist es aber, die Aufmerksamkeit auf die Medien und Kanäle zu lenken, durch die verschiedene Akteure über eine gerichtliche Entscheidung kommunizieren.

⁷² *Lim*, *Salomon's Challenge*, 531. Hiermit scheint eine Verwendung gemeint zu sein, die das Urteil uneingeschränkt bestätigt (vgl. *Lim*, *Salomon's Challenge*, 546); der Grund für diese Festlegung bleibt im Dunkeln.

⁷³ Ebd., 531. Ähnlich, auch in der Knappheit, *Miguel Poiras Maduro/Loïc Azoulai*, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, xiii-xx, xiii mit ihren „judgments of systemic impact“.

⁷⁴ *John Morison*, *What Makes an Important Case? An Agenda for Research*, *Legal Information Management* 12 (2012), 251-261, 256 (Beschreibung des Forschungsprojekts gemeinsam mit Gordon Anthony, Economic and Social Research Council Reference ES/1.032.630/1).

⁷⁵ Unter Bezug auf *Ludwik Fleck*, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache: Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv*, 1993, Erstausgabe 1935 bei Benno Schwabe & Co., laut dem sich Ideen in konzentrischen Kreisen durch verschiedene Wissensgemeinschaften hindurch entwickeln und zu wissenschaftlichen Tatsachen erhärten. Das Projekt steht auf der Grundlage von 20 bis 40 Urteilen zu *judicial review*, ergangen zwischen 2005 und 2010. Die untersuchte Menge wurde zusammengestellt aus der Rubrik „Leading Cases“ der Fachzeitschrift *Judicial Review*, häufig zitierten Urteilen aus Entscheidungsdatenbanken sowie Urteilen, die in Fachblogs größere Aufmerksamkeit erfuhren. Die Forschungsergebnisse waren im Oktober 2017 noch nicht veröffentlicht.

⁷⁶ *Morison*, *What Makes an Important Case?*, 256 (Abbildung 1).

Insgesamt gesehen zerstören die Forschungsbeiträge die Anmutung, dass es offensichtlich sei, was so selbstverständlich verwendete Begriffe wie *leading case* oder *grand arrêt* bezeichnen. Die Annahme, es komme auf eine Rechtsprechungsänderung oder -neuerung an, erweist sich insgesamt als problematisch, ebenso wie die Ermittlung anderweitiger inhaltlicher Kriterien. Es fehlt aber eine befriedigende grundlegende Antwort darauf, wie diese Begriffe dann zu verstehen sind. Forschungsbeiträge beleuchten die Frage bisher meist punktuell für einzelne gerichtliche Entscheidungen oder Rechtsordnungen. In einigen Beiträgen klingt die hohe Relevanz des Entscheidungskontexts und der weiteren Verwendungszusammenhänge der Entscheidungen an. Diese Aspekte und ihr Zusammenhang sind weder detailliert noch im rechtsordnungsübergreifenden Vergleich erforscht. Die wenigen Beiträge, die interessante Beobachtungen in einen größeren Zusammenhang bringen, bleiben bei der Feststellung der Komplexität des Phänomens stehen. Dies steht im Kontrast zu seiner hohen Relevanz für Kommunikation über Recht, juristische Sozialisierung und Handlungsfähigkeit in der Rechtsordnung, mithin für die Funktionsfähigkeit des Rechts.⁷⁷

II. Das Ziel

Gerade dort, wo Begriffe in der Praxis mit großer Selbstverständlichkeit gehandhabt werden und Forschung vor der Unübersichtlichkeit verharret, die sich hinter der selbstverständlichen Handhabung verbirgt, führt eine grundlegende Begriffsentwicklung weiter.⁷⁸ Diese wird in dreierlei Hinsicht als das Ziel der Arbeit definiert.

Allgemein geht es darum, mit dem Begriff der Leitentscheidung eine Beschreibung kommunikationsstrukturierender gerichtlicher Entscheidungen zu entwickeln, die kontextsensibel die unterschiedliche Verwendung dieser Entscheidungen einbezieht und so versucht, die in bisher bestehenden Beschreibungslücken zu schließen (1.). Konkreter erweist sich eine solche Begriffsentwicklung für die Unionsrechtsordnung als notwendig. Denn die unionsgerichtlichen Entscheidungen sind im europäischen Rechtsraum zentral für Wissensvermittlung, Kommunikations- und Handlungsfähigkeit. Dies wird deutlich sichtbar anhand der Durchsetzungskraft der EuGH-Rechtsprechung, der Verfahren vor dem EuGH, der Dogmatik zu *acte clair* und *acte éclairé*, der auch in Deutschland verbreiteten Fallbuchliteratur zum Unionsrecht sowie der unionsgerichtlichen Rechtsprechung als gemeinsamem Berührungspunkt in einem ansonsten rechtskulturell überaus vielfältigen Raum (2.). Will man etwas über Leitentscheidungen im Unionsrecht

⁷⁷ Siehe oben [Kapitel 1](#), I., 1.

⁷⁸ Dies zeigen Arbeiten zur unter deutschen Juristen als Argument verbreiteten sogenannten „herrschenden Meinung“ sowie zum Begriff „Grundprinzipien“. Siehe *Zimmermann*, Relevanz einer herrschenden Meinung; *Thomas Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle: Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur, 1989; *Armin von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2009, 13-71.

in Erfahrung bringen, muss sich der Blick jenseits der Gründungsphase auf weniger weit zurückliegende unionsgerichtliche Entscheidungen richten, die intensiv debattiert worden sind oder werden. Das Urteil *Kadi* bietet in dieser Hinsicht reiches Material, um die Rahmenbedingungen für Leitentscheidungen in der heutigen Union auszuloten (3.).

1. Begriff der Leitentscheidung

Der Begriff Leitentscheidung fasst das oben skizzierte Phänomen kommunikationsstrukturierender gerichtlicher Entscheidungen in seiner Breite und Ambivalenz. „Entscheidung“ vermeidet eine Beschränkung auf Urteile. Damit bleibt der Begriff offen für andere Entscheidungsformen, die Gerichte, internationale Tribunale oder quasi-gerichtliche Entscheidungsgremien wählen. Das „Leit-“ bezeichnet sowohl die zugangsermöglichende, orientierende, als auch die ausschließende Dimension von gerichtlichen Entscheidungen, die komplexitätsreduzierend „das Auge lenken“ und somit einen gemeinsamen Verständnishorizont bilden. Es rückt somit die doppelte Funktion von Leitentscheidungen in den Vordergrund. Im Gegensatz zu Begriffen wie „Grundsatzentscheidung“ oder „Gründungsentscheidung“ bleibt der Begriff neutral in Bezug auf den Entscheidungsinhalt. Mit dieser Offenheit bei gleichzeitiger Betonung der kommunikationsstrukturierenden Eigenschaft lässt sich ein vertieftes und übergreifendes Verständnis des Phänomens entwickeln.

Dabei soll es, auch wenn „Leitentscheidung“ wegen des englischsprachigen Pendants *leading case* möglicherweise Assoziationen an *common law*-Ordnungen weckt, aber nicht um präjudizientheoretische Fragestellungen gehen. Inwiefern man von einer Rechtsbindung durch früheres Entscheiden sprechen kann, soll hier weder für *common law* noch für *civil law* untersucht werden. Denn für die leitende Eigenschaft von Leitentscheidungen spielt die Frage nach ihrer rechtlichen Verbindlichkeit keine Rolle. Zudem ist die genaue Bedeutung der Präjudizienbindung bereits in *common law*-Ordnungen selbst umstritten.⁷⁹ Ebenso wenig können Leitentscheidungen nur in Rechtsordnungen auftreten, die eine Präjudizienpraxis kennen. Erstens ist eine klare Abgrenzung zwischen Präjudizienpraxis und der Argumentation mit früheren gerichtlichen Entscheidungen nur schwer möglich.⁸⁰ Zweitens unterscheidet in der Praxis jede Rechtsordnung zwischen wichtigeren und weniger wichtigen Urteilen.⁸¹

⁷⁹ Siehe nur *Karl N. Llewellyn*, *Our Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960; *Benjamin N. Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, 1925, 142 ff.; *Jerome Frank*, *Law and the Modern Mind*, 1949, 148-159.

⁸⁰ *Marc Jacob*, *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*, in: Armin von Bogdandy/Ingo Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, 35-68, 36 ff.; *Jan Komárek*, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, *ACLJ* 61 (2013), 149-172.

⁸¹ Siehe *Neil MacCormick/Robert Summers* (Hrsg.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, 1997.

Auch die Frage, ob die kommunikationsstrukturierende Leistung besonderer gerichtlicher Entscheidungen als (legitimierte) Rechtserzeugung zu bewerten sei, kann und soll bei der Begriffsentwicklung nicht im Vordergrund stehen. Kommunikationsstrukturierende Eigenschaft besitzen Leitentscheidungen unabhängig von ihrer Legitimation und rechtstheoretischen Einordnung. Zudem kommt es für eine Grundlegung zuvörderst darauf an, zu verstehen, wie Leitentscheidungen entstehen. Mit Fragen des *law-making* verbinden einige auch den Themenkomplex des sogenannten *judicial activism*. Allgemeiner ist hiermit eine – sehr unterschiedlich definierte und bewertete – politische Rolle von Gerichten bezeichnet.⁸² Auch um *judicial activism* geht es unter dem Begriff Leitentscheidung in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht, da eine Konzentration auf das Tätigwerden von Gerichten als politische Akteure den Erkenntnishorizont erheblich beschränken würde. Wie die Rechtswissenschaft und Institutionen außerhalb der Gerichtsbarkeit mit einer gerichtlichen Entscheidung umgehen, müsste unberücksichtigt bleiben. Somit bliebe eine gerichtszentrierte Sichtweise auf Leitentscheidungen erhalten, welche, wie anhand der bisherigen Beschreibungsversuche deutlich geworden, gerade nicht ausreicht, um das Phänomen angemessen zu beschreiben.

Insgesamt steht am Ausgangspunkt der Begriffsentwicklung die Überzeugung, dass ein grundlegendes, rechtsordnungsübergreifendes Verständnis von Leitentscheidungen ihre Relevanz für die juristische Sozialisierung und ihre kommunikationsstrukturierende Leistung einbeziehen muss, ohne beim Entscheidungsinhalt stehen zu bleiben. Indem hierzu Leitentscheidungen im Kontext der gesellschaftlichen Bedingungen beschrieben werden, lässt sich das, was als selbstverständlich gesetzt erscheint, als wandelbar aufdecken. Somit fasst der Begriff der Leitentscheidung eine Phänomenbeschreibung mit erklärendem wie kritischem Potenzial. Eine solche Beschreibung verspricht insbesondere für das Unionsrecht Erkenntnisgewinn.

2. Leitentscheidungen im Unionsrecht

Unionsgerichtliche Entscheidungen entfalten im europäischen Rechtsraum⁸³ eine große Wirkmacht. Sie sind aus der Kommunikation über Unionsrecht nicht wegzudenken. Vor dem Hintergrund eines komplexen Normbestandes und der großen

⁸² Vgl. Mark Dawson/Bruno de Witte/Elise Muir (Hrsg.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, 2013; Iyiola Solanke, „Stop the ECJ“?: An Empirical Analysis of Activism at the Court, *ELJ* 17 (2011), 764-784, 771-775, die *activism* als *cause lawyering* beschreibt, dem im Gegensatz zum *conventional lawyering* eine Wert- und politische Zielgerichtetheit innewohne.

⁸³ Begriffen als Gesamtheit des Unionsrechts und des Rechts der Mitgliedstaaten. Siehe Armin von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im Europäischen Rechtsraum*, *JZ* 66 (2011), 1-6. Ebenfalls zum Begriff, Rainer Wahl, *Die Rechtsbildung in Europa als Entwicklungslabor*, *JZ* 67 (2012), 861-870.

rechtskulturellen Vielfalt seiner Verwender kommt den unionsgerichtlichen Entscheidungen eine tragende Rolle bei der Einordnung von Entwicklungen in der Union zu.

Das Unionsrecht gilt so, wie die Unionsgerichtsbarkeit es auslegt;⁸⁴ dadurch partizipieren die Entscheidungen aus Luxemburg am Vorrang und der unmittelbaren Anwendbarkeit des ausgelegten Rechts in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Doch die Bedeutung der unionsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt sich auch im Detail. Im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof beziehen sich die Parteien häufig auf frühere unionsgerichtliche Entscheidungen, um ihre Argumentation zu untermauern, es wird um die Auslegung von Rechtsprechung gestritten. In einem solchen Umfeld kann die Frage nach dem Namen der Entscheidung, in der die Unionsrichter erstmals eine bestimmte Argumentation verwendeten, entscheidend für die Schlüssigkeit eines Plädoyers sein. Und ein Ruck geht durch den Saal, wenn die Prozessvertreterin der Kommission in einer mündlichen Verhandlung auf diese Frage die falsche Antwort gibt.⁸⁵ Die Unionsrichter selbst zitieren in ihren Entscheidungen in hoher Dichte und mit ausgeprägtem Autoritätsanspruch die eigene Rechtsprechung.⁸⁶ Wenn Unionsrecht das am besten entwickelte Kommunikationsnetz in der Union ist,⁸⁷ dann sind unionsgerichtliche Entscheidungen darin der rote Faden. Anhand ihrer rekonstruieren Akteure erklärende und einordnende Erzählungen über Unionsrecht und Union.⁸⁸

Aber auch für einzelne Mitgliedstaaten hat die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit eine wichtige Funktion für die Kommunikation über Recht erlangt. Dies ist nicht zuletzt so, weil die Unionsgerichtsbarkeit von mitgliedstaatlichen Gerichten sehr deutlich eingehende Kenntnisse seiner Rechtsprechung erwartet und einfordert. Die vom EuGH entwickelten Figuren des *acte clair* und *acte éclairé*

⁸⁴ In Anlehnung an das Original von *Rudolf Smend*, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, *Das Bundesverfassungsgericht* (Festschrift), 1962, 23-37, 24.

⁸⁵ So geschehen in der mündlichen Verhandlung in der Rechtssache C-268/13 *Petru*. Zur hierfür relevanten unionsgerichtlichen Rechtsprechung siehe EuGH, Rs. C-268/13, *Petru*, EU:C:2014:2271, Rn. 31 f.

⁸⁶ *Mitchel de S.-O.l'E Lasser*, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, 2004; *Marc Jacob*, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business*, 2014, 92-94; *Mirjami Paso*, *The Court of Justice of the European Union as a Rhetorical Actor*, MJ 19 (2012), 12-36.

⁸⁷ *Tom Eijbouts*, *Europolis: The Old Continent a Town, with the Union Its City* (Editorial), EuConst 10 (2014), 1-14, 4, illustriert mit einer „EU Law Tube Map“, auf der das Unionsrecht als Verkehrsnetz abgebildet ist. Viele Haltestellen und Umsteigebahnhöfe sind EuGH-Urteile.

⁸⁸ Das bekannteste Narrativ ist hier dasjenige der „Integration through Law“. Vgl. *Mauro Cappelletti/Monica Secombe/Joseph H. H. Weiler* (Hrsg.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, 1986. Kritisch zu diesem Narrativ einer linear fortschreitenden Supranationalisierung *Mark Gilbert*, *Narrating the Process: Questioning the Progressive Story of European Integration*, JCMS 46 (2008), 641-662.

sehen vor, dass die Pflicht eines nationalen Gerichts zur Einholung einer Vorabentscheidung (Art. 267 Abs. 3 AEUV) entfällt, sofern die unionsrechtliche Auslegungsfrage offensichtlich im Rückgriff auf die bestehende unionsgerichtliche Rechtsprechung entschieden werden kann⁸⁹ oder gar inhaltlich einer bereits unionsgerichtlich entschiedenen Frage gleicht.⁹⁰ Voraussetzung dafür, dass ein nationales Gericht die Antwort als klar erkennen und von einer Vorlage absehen kann, ist Kenntnis und Verstehen der anwendbaren Unionsrechtsprechung. Diese Forderung ließe sich im Hinblick darauf, dass die zur Vorlage verpflichteten Gerichte in der Regel Höchstgerichte sind und wahrscheinlich über bessere Ressourcen verfügen als die restliche Gerichtsbarkeit, noch als leicht erfüllbar abtun. Das bekannte Wort vom nationalen Richter als Unionsrichter⁹¹ im Zusammenhang mit der Befugnis – und Pflicht – zur Nichtanwendung unionsrechtswidrigen Rechts jedoch macht den Anspruch gegenüber allen nationalen Richtern klar: Sie müssen unionsrechtliches Wissen verinnerlicht haben.⁹²

Dass man, ohne sich in der Unionsrechtsprechung zumindest fachgebietsbezogen auszukennen, auch in vielen nationalen Rechtsmaterien nicht mehr weit kommt, zeigt auch die nationale Rechtswissenschaft. So drucken wichtige deutsche Fachzeitschriften beispielsweise Rechtsprechungsberichte und -rezensionen zum Unionsrecht. Den Bedarf an Orientierung im ständig wachsenden Bestand der unionsgerichtlichen Entscheidungen zeigen *casebooks* zum Europarecht, die es auch in so wenig explizit fallorientierten Rechtslehretraditionen wie der deutschen inzwischen gibt.⁹³ Auch die Übertragung der französischen Kategorie der *grands arrêts* auf das Europarecht,⁹⁴ ebenso wie Sammlungen von *landmark*

⁸⁹ EuGH, Rs. C-283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, Rn. 14 ff.

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-28-30/62, *Da Costa en Schaake NV u. a. / Administratie der Belastingen*, EU:C:1963:6, 81 f.

⁹¹ Allan Rosas, The National Judge as EU Judge, in: Pascal Cardonnel/ders./Nils Wahl (Hrsg.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, 2012, 105-121.

⁹² Die Differenz dieses Anspruchs zu den tatsächlichen Verhältnissen zeigt eine vom Europäischen Parlament veröffentlichte Studie zu richterlicher Aus- und Fortbildung im Europarecht. Siehe *Europäisches Parlament*, *Juristische Fortbildung in den Mitgliedstaaten der EU: Studie*, PE 453.198, 2011.

⁹³ Siehe zum Beispiel Hans-Joachim Schütz/Thomas Bruha/Doris König, *Casebook Europarecht*, 2004; Hans D. Jarass/Saša Beljin, *Casebook Grundlagen des EG-Rechts*, 2003; Stefan U. Pieper/Andreas Schollmeier/Dieter Krimphove, *Europarecht – Ein Casebook*, 2000; Waldemar Hummer/Christoph Vedder/Stephan Lorenzmeier, *Europarecht in Fällen*, 2016. Walter Frenz, *Europarecht*, 2015, arbeitet den Stoff nicht anhand von Fällen auf, stellt aber jedem Kapitel neben einer Literaturliste auch eine Liste von Urteilen mit der Bezeichnung „Leitentscheidungen“ voran.

⁹⁴ Jean Boulouis/Roger-Michel Chevalier, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, 1974-1997*; Michaël Karpenschiff/Cyril Nourissant, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, 2010.

cases,⁹⁵ können als Reaktion auf hohen Wissensdruck bei großer Menge und fehlender Ordnung der in den Entscheidungstexten enthaltenen Informationen verstanden werden.

Nicht nur das eigene Zurechtfinden, auch die mitgliedstaatenübergreifende Verständigung über das Unionsrecht in einer Union mit 28 verschiedenen Rechtsordnungen bedarf eines orientierenden Rahmens. Da einheitliche Anwendung und Auslegung des Unionsrechts bei sprachlich bedingter und primärrechtlich geschützter Vielfalt⁹⁶ eine Illusion bleiben müssen, erscheinen die Entscheidungen der Unionsgerichtsbarkeit oft noch als die einzigen gemeinsamen Berührungspunkte.⁹⁷ Einige der ausführlichsten Lehrbücher zum Unionsrecht schreiben in großen Teilen den Formulierungen der Unionsgerichtsbarkeit nach,⁹⁸ welche in der wissenschaftlichen Bearbeitung weit mehr Aufmerksamkeit genießt als die anderen EU-Institutionen.⁹⁹ Auch innerhalb der Unionsgerichtsbarkeit müssen Juristen vielfältiger rechtskultureller Herkunft vor dem Hintergrund kompromissgeprägter Rechtstexte ein gemeinsames Vokabular finden. Die Bezugnahme auf die eigene Rechtsprechung ist hierfür eine – neutrale und für Mitglieder der Institution selbst schwer abzulehnende – Möglichkeit.¹⁰⁰

Aufgrund ihrer Wirkmacht und Erklärungsmacht erweist sich die unionsgerichtliche Rechtsprechung mithin als zentral für die Handlungsfähigkeit und die professionelle Sozialisierung in der Praxis wie in der Wissenschaft vom Unionsrecht. Für unionsgerichtliche Entscheidungen ist daher von besonderem Interesse, den Entwicklungsprozess zur Leitentscheidung näher zu beleuchten, und sich dabei über die Entscheidungen aus der Gründungsphase der Europäischen Gemeinschaften hinaus zu bewegen. Der Frage nach dem Schicksal unionsgerichtlicher Entscheidungen nach ihrer Verkündung wird jedoch kaum nachgegangen – die eigene Diskussion bleibt als solche unreflektiert, der Umgang der

⁹⁵ Zum Beispiel *Floris O. W. Vogelaar*, *The EU Competition Rules: Landmark Cases of the EU Courts and the Commission*, 2010.

⁹⁶ *Armin Hatje/Peter Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“: Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, *Europarecht* (2014), 155-170, 166 ff.; *Armin von Bogdandy/Stephan Schill*, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, *CML Rev.* 48 (2011), 1417-1453.

⁹⁷ *Hatje/Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“, 158.

⁹⁸ So zum Beispiel *Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel*, *European Union Law*, 2011.

⁹⁹ Beiträge, die beispielsweise das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht nicht nur mit Bezug auf den EuGH analysieren, sondern auch die Position des Unionsgesetzgebers einbeziehen, sind selten. Vgl. *Jan Wouters/Jed Odermatt/Thomas Ramopoulos*, *Worlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law*, *Leuven Centre for Global Governance Studies Paper No. 96*, August 2012.

¹⁰⁰ Eine weitere Möglichkeit liegt in der Nutzung übergreifender und umfassender Topoi in der Argumentation, vgl. *Lasser*, *Judicial Deliberations*, 206 ff., 229 ff.

Politik mit einer gerichtlichen Entscheidung interessiert selten,¹⁰¹ die nachfolgende Argumentation der Unionsgerichtsbarkeit mit der konkreten Entscheidung gerät nur punktuell in den Blick. Dieses Fehlen einer übergeordneten Perspektive fällt insbesondere im Zusammenhang mit Entscheidungen auf, die in der Fachwelt für rege Diskussionen gesorgt haben. Eine solche Entscheidung ist das Urteil *Kadi* von 2008.

3. *Kadi, eine Leitentscheidung?*

Das Urteil *Kadi* betraf die Klage eines Scheichs und einer schwedischen Stiftung gegen Sanktionsmaßnahmen und das darauf 2005 ergangene erstinstanzliche Urteil des damaligen Europäischen Gerichts Erster Instanz. Insbesondere stellte sich den Unionsrichtern die Frage, ob Umsetzungsakte der Union zu Sanktionsresolutionen des UN-Sicherheitsrats am Maßstab unionsrechtlicher Grundrechte überprüfbar seien. Als sie im November 2005 beim Gerichtshof zur Revision anhängig wurde, war die Rechtssache *Kadi* schon vier Jahre lang in Luxemburg anhängig. Insgesamt sollte Scheich Kadi die Unionsrichter etwas länger als ein Jahrzehnt beschäftigen.¹⁰²

Erst kurz nach Ende der Sommerpause 2005 hatte das Europäische Gericht Erster Instanz ein Urteil erlassen, das ihm nicht nur den zweifelhaften Titel „Professor des Völkerrechts“ einbrachte;¹⁰³ es stieß auch eine Debatte über gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz gegenüber Sanktionen der Vereinten Nationen¹⁰⁴ an, in der frühere Diskussionen zur Menschenrechtsbindung des UN-Sicherheitsrats und zum Verhältnis von Gemeinschaftsrechtsordnung und Völkerrecht aufgingen. Ursprung der Rechtssache war eine Resolution des UN-Sicherheitsrats,¹⁰⁵ die noch vor den Anschlägen des 11. September 2001 gezielt Sanktionen gegen Einzelne verhängte, welche möglicherweise mit Al-Qaida, Osama Bin Laden oder den Taliban in Verbindung standen. Diese sogenannten

¹⁰¹ Eine Ausnahme ist *Jan Komárek*, *Precedent in European Union Law: Reasoning with Previous Decisions of the Court of Justice*, D. Phil Thesis, University of Oxford, 2010 (unveröffentlichtes Manuskript), 179 ff., der kurz auch „precedent beyond judicial process“ untersucht.

¹⁰² Einschließlich des nochmaligen Gangs durch die unionsgerichtlichen Instanzen von 2008 bis 2013, der auf die Bestätigung der Sanktionen gegen Scheich Kadi durch die Kommission folgte. Siehe EuG, Rs. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi / Kommission*, EU:T:2010:418; EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, *Kommission, Vereinigtes Königreich und Rat / Yassin Abdullah Kadi*, EU:C:2013:518.

¹⁰³ *Denys Simon/Flavien Mariatte*, *Le Tribunal de première instance des Communautés: professeur de droit international?*, Europe (2005), 6-10.

¹⁰⁴ Im Folgenden: UN.

¹⁰⁵ UN-Sicherheitsratsresolution 1267 betreffend Al-Qaida und die Taliban sowie mit ihnen verbundene Personen und Einrichtungen, 15.10.1999, S/RES/1267(1999).

targeted sanctions oder *smart sanctions*,¹⁰⁶ hier erstmals in der Terrorismusbekämpfung eingesetzt, enthielten mit Kontensperrungen und Transitverboten die inzwischen für gezielte Sanktionen klassisch gewordenen Maßnahmen, nebst einer Liste mit Personen, die von allen UN-Mitgliedern mit diesen Maßnahmen belegt werden sollten. Ziel war es, internationalen terroristischen Aktivitäten die finanziellen Mittel abzuschneiden. Verwalter der konsolidierten Sanktionsliste war ein UN-Sanktionsausschuss,¹⁰⁷ zusammengesetzt aus Vertretern der Sicherheitsratsmitglieder. Auf Vorschlag der Vereinigten Staaten nahm der Sanktionsausschuss im Oktober und November 2001 auch den aus Somalia stammenden Ahmed Ali Yusuf, die in Schweden ansässige Al Barakaat International Foundation und den saudischen Geschäftsmann Yassin Abdullah Kadi in die Liste auf. Im Wege unionsrechtlicher Umsetzung¹⁰⁸ wurden die Eintragungen von Yusuf, Kadi und Al Barakaat Bestandteil eines mit unmittelbarer Anwendbarkeit und Vorrang vor nationalem Recht ausgestatteten EG-Rechtsakts.

Gegen diesen Rechtsakt klagten die drei Eingetragenen vor dem damaligen Gericht Erster Instanz. Die Klagen konfrontierten das Gericht sowohl mit der Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage für die Umsetzung gezielter Sanktionen als auch mit der Frage, ob die umsetzende Verordnung mit den Grundrechtsgarantien der Gemeinschaft vereinbar sei – Yusuf, Kadi und Al Barakaat hatten eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte, des Rechts auf effektiven Rechtsschutz sowie ihrer Eigentumsfreiheit geltend gemacht. Auf die Vorfrage, ob sie die

¹⁰⁶ Zum Begriff siehe *Katja Wahl*, Rechtsschutz gegen Individualsanktionen der UN am Beispiel der Finanzsanktionen des Taliban-Sanktionsregimes, 2009, 15-18, im Ergebnis für die im Fall *Kadi* relevanten Maßnahmen den Begriff „Individualsanktionen“ vorziehend.

¹⁰⁷ Er ist es auch noch, allerdings mit leicht verändertem Aufgabenbereich. Hierzu wie auch zum Verfahren der Aufnahme von Personen in die Liste siehe unten [Kapitel 6](#), I., 1. und 2.

¹⁰⁸ Gemeinsamer Standpunkt 2001/154/GASP des Rates vom 26. Februar 2001 über weitere restriktive Maßnahmen gegen die Taliban und zur Änderung des Gemeinsamen Standpunkts 96/746/GASP, ABl. L 57/1 vom 27.2.2001; Verordnung (EG) Nr. 2199/2001 der Kommission vom 12. November 2001 zur vierten Änderung der Verordnung Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan und die Verordnung (EG) Nr. 337/2000, ABl. L 295/16 vom 13.11.2001 (für Yusuf und Al Barakaat); Verordnung (EG) Nr. 2062/2001 der Kommission vom 19. Oktober 2001 zur drittmaligen Änderung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 337/2000, ABl. L 277/25 vom 20.10.2001 (für Kadi).

In der Europäischen Union setzt der Rat im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) die UN-Sanktionsresolutionen für alle EU-Mitgliedstaaten um. Kommission und Rat erlassen anschließend eine Umsetzungsverordnung. Zum Umsetzungsverfahren *Matthias Kottmann*, Introvertierte Rechtsgemeinschaft: Zur richterlichen Kontrolle des auswärtigen Handelns der Europäischen Union, 2014, 116 f.

wortgleiche Übernahme der UN-Sanktionslisten am Maßstab der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte überprüfen dürften, antworteten die Richter mit einer Verneigung vor dem UN-Sicherheitsrat: Sie seien zu einer solchen Überprüfung weder völkerrechtlich noch gemeinschaftsrechtlich befugt.¹⁰⁹ Insbesondere liege es ausschließlich in der Verantwortung des UN-Sicherheitsrats, festzustellen, wer eine Bedrohung für Weltfrieden und internationale Sicherheit darstelle, und welche Maßnahmen dagegen ergriffen werden müssten.¹¹⁰ Grundsätzlich. Denn in einem plötzlichen Schwenk prüften die Richter sodann, ob die Umsetzungsverordnung mit *ius cogens* vereinbar sei.¹¹¹ Im Ergebnis verneinten sie eine Rechtsverletzung und wiesen die Klage ab.

Besonders am Umgang mit der völkerrechtlichen Wunderwaffe¹¹² *ius cogens* und an der Tatsache, dass das Gericht nicht stattdessen die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsgarantien als Prüfungsmaßstab herangezogen hatte, entzündete sich eine lebhafte Debatte. Sie war noch nicht abgeflaut, als die Große Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) am 3. September 2008 das Urteil im Revisionsverfahren¹¹³ *Kadi* verkündete. Das erstinstanzliche Entscheidungsergebnis zur Rechtsgrundlage der Umsetzungsverordnung ließ der Gerichtshof stehen. Im Hinblick auf den am stärksten umstrittenen Punkt der ersten Instanz aber vollzog er eine deutliche Abkehr – jedenfalls,¹¹⁴ was seine Prüfungszuständigkeit und den anzulegenden Maßstab anbelangte. Entscheidendes Merkmal der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft sei es, dass jeder Akt ihrer Organe einer

¹⁰⁹ EuG, Rs. T-306/01, *Yusuf und Al Barakaat International Foundation / Rat und Kommission*, EU:T:2005:331, Rn. 276; EuG, Rs. T-315/01, *Kadi / Rat und Kommission*, EU:T:2005:332, Rn. 219.

¹¹⁰ EuG, T-306/01, *Yusuf und Al Barakaat* (2005), Rn. 270; EuG, T-315/01, *Kadi* (2005), Rn. 225.

¹¹¹ EuG, T-306/01, *Yusuf und Al Barakaat* (2005), Rn. 277 ff.; EuG, T-315/01, *Kadi* (2005), Rn. 220 ff. Zum Begriff der zwingenden Normen des Völkerrechts (*ius cogens*) siehe *Andreas Funke*, *Ius cogens-Normen*, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), *Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen 2014*, 248-251. Zum schwer definierbaren Inhalt dieser Normen, *Anthony Amato*, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!*, *Conn. J. Int'l Law* 6 (1990), 1-6.

¹¹² Vgl. *Andrea Bianchi*, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, *EJIL* 19 (2008), 491-508.

¹¹³ Rechtsmittel hatten nicht nur *Kadi* und die *Al Barakaat Foundation* eingelegt, sondern auch das Vereinigte Königreich, welches gegen die Überprüfung der sanktionsumsetzenden Verordnung am Maßstab des *ius cogens* voringing. Vgl. EuGH, C-402/05 P, C-415/05 P, *Kadi* (2008), Rn. 118.

¹¹⁴ Schon dieser Beschreibungsversuch führt in die Kontroverse um *Kadi*. Denn Streit herrscht sowohl darüber, ob der EuGH sich hier gegenüber dem Völkerrecht wirklich anders verhält als das EuG, als auch darüber, ob der EuGH hier die Möglichkeit einer Überprüfung am Maßstab von *ius cogens* offen lässt. Siehe u. a. *Erika de Wet*, *The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation?*, *EuConst* 5 (2009), 284-306, 286.

Überprüfung auf seine Rechtmäßigkeit unterliege.¹¹⁵ Auch wortgleiche Umsetzungen politisch brisanter UN-Sanktionsresolutionen müssen demnach auf ihre Vereinbarkeit mit gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsgarantien überprüft werden, genauso wie jeder andere EG-Rechtsakt. Zwar ist die zu dieser Schlussfolgerung hinführende Argumentation von Äußerungen begleitet, welche die Rücksichtnahmepflicht der Unionsorgane gegenüber der UN-Rechtsordnung¹¹⁶ betonen und die Hauptverantwortung des UN-Sicherheitsrats für Belange der internationalen Sicherheit¹¹⁷ hervorheben. Dennoch scheut sich der Gerichtshof nicht, unter seinem Diktum einer „umfassende[n] Kontrolle“¹¹⁸ die Verordnung auf ihre Grundrechtskonformität zu überprüfen und sie schlussendlich in allen von Kadi und Al Barakaat gerügten Punkten für defizitär zu befinden. Sowohl in Bezug auf die Verteidigungsrechte als auch auf das Recht auf effektiven Rechtsschutz und die Eigentumsfreiheit ist ein Umstand argumentationsbestimmend: Der Rat hatte keine Begründung für den Sanktionslisteneintrag übermittelt und den Eingetragenen keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.¹¹⁹ So sei weder ein angemessenes Vorgehen gegen die Eintragung möglich noch eine effektive richterliche Überprüfung derselben, befand der Gerichtshof.¹²⁰ In Folge erklärte der Gerichtshof die Listeneinträge von Kadi und Al Barakaat in der Umsetzungsverordnung für nichtig.¹²¹

Noch im selben Jahr schrieben Jean d’Aspremont und Frédéric Dopagne, das letztinstanzliche Urteil habe die Dinge wieder zurechtgerückt, und man könne nun die Debatte abhaken, die in Reaktion auf die erste Instanz aufgebrandet war. Die Autoren mutmaßten, die Kontroverse um das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht werde nun schnell vergessen sein.¹²² Hiermit irrten sie jedoch. Bereits die Aussage, das Revisionsurteil stelle im Vergleich zur Vorinstanz eine Kehrtwende dar, wurde in den nachfolgenden Monaten und Jahren heftig diskutiert. Die Auseinandersetzung mit der Thematik hielt – nunmehr unter Rückbezug auf das Urteil von 2008 – nicht nur an, sondern gewann an Intensität. Sie geriet stellenweise zu regelrechten Lagerkämpfen zwischen Völkerrechts- und Unionsrechtswissenschaftlern. In der Fachliteratur erschien eine Flut von Texten über das

¹¹⁵ EuGH, C-402/05 P, C-415/05 P, *Kadi* (2008), Rn. 281.

¹¹⁶ Ebd., Rn. 286 ff.

¹¹⁷ Ebd., Rn. 294.

¹¹⁸ Ebd., Rn. 326.

¹¹⁹ Ebd., Rn. 345 ff.

¹²⁰ Ebd., Rn. 349, 351.

¹²¹ Allerdings setzte der Gerichtshof die Wirkung der Nichtigkeitserklärung für die Dauer von drei Monaten aus. Rat und Kommission nutzten diese Gelegenheit, um ihr Verwaltungsverfahren im Hinblick auf Kadis und Al Barakaats Listeneinträge nachgebessert zu wiederholen. Gegen die hieraus resultierende Bestätigung seines Eintrags zog Scheich Kadi abermals mit einer Nichtigkeitsklage vor die erste Instanz in Luxemburg. Siehe dazu unten [Kapitel 4, III](#).

¹²² Jean d’Aspremont/Frédéric Dopagne, *Kadi: The ECJ’s Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders*, IOL Rev. 5 (2008), 371-379, 379.

Urteil. Harvardprofessoren, Doktoranden, Strafrechtsexperten, Master-Absolventen, ehemalige Richter und Generalanwälte, sie alle wollten sich zu *Kadi* äußern. Das noch junge Journal *Global Constitutionalism* verknüpfte gar sein gesamtes Programm und seinen Existenzgrund mit dem Urteil.¹²³ Die Überfülle an kürzeren Aufsätzen und Entscheidungsbesprechungen im ersten Jahr nach der Urteilsverkündung spricht im Wortsinne Bände hinsichtlich des Bedürfnisses, mit der eigenen Interpretation des Urteils möglichst schnell Teil der hitzigen Diskussion zu werden.

Doch Yassin Abdullah Kadi fand sich nicht nur in der (rechts-)wissenschaftlichen Diskussion, sondern tauchte auch in den Erwägungsgründen eines EU-Rechtsakts, in Studien von Nichtregierungsorganisationen und in den Berichten des *UN Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*¹²⁴ auf. Auch in den Entscheidungen der Unionsgerichtsbarkeit nach 2008 ist der Name des Scheichs präsent. Die intensive Debatte in der Fachliteratur sowie das weitere Aufgreifen des Urteils in Rechtsprechung und Politik lassen vermuten, dass es für andere Akteure als Herrn Kadi um noch mehr ging als „nur“ um die Vereinbarkeit seines Sanktionslisteneintrags mit den Grundrechten. Lässt sich, hiervon ausgehend, die Entstehung einer Leitentscheidung *Kadi* beobachten?

Dieser Frage nachzugehen, erscheint aus mehreren Gründen lohnenswert. Erstens haben Leitentscheidungen im Unionsrecht aufgrund der oben erläuterten Wirk- und Erklärungsmacht der unionsgerichtlichen Rechtsprechung¹²⁵ eine besondere Relevanz. Ergänzend sei bemerkt, dass Leitentscheidungen einen Beitrag zur Entstehung einer rechtsordnungsübergreifenden Kultur des Unionsrechts leisten, da sie einen gemeinsamen Verständnishorizont abstecken.¹²⁶ Zweitens existiert mit der dichten fachliterarischen Debatte, den Bezugnahmen auf *Kadi* in 107 Beschlüssen, Urteilen, Schlussanträgen oder Stellungnahmen¹²⁷ im Zeitraum bis zum 18. Juli 2013 sowie dem wiederholten Aufgreifen des Urteils durch politische Institutionen reiches Material zur Weiterverwendung von *Kadi*. Die Materialfülle ist, beschränkt auf die wissenschaftliche Debatte, nur in Ansätzen untersucht.¹²⁸ Drittens eignet sich *Kadi*, um das Verständnis von Leitentscheidungen für das Unionsrecht zu spezifizieren.

¹²³ Antje Wiener/Anthony F. Lang/James Tully u. a., *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, GlobCon 1 (2012), 1-15.

¹²⁴ Im Folgenden: *Monitoring Team*.

¹²⁵ Siehe oben [Kapitel 2](#), II., 2.

¹²⁶ Zur wichtigen Rolle eines solchen gemeinsamen Verständnishorizonts im europäischen Rechtsraum siehe Armin von Bogdandy/Stephan Hinghofer-Szalkay, *Die Selbsteinbettung staatlicher Organe: Zur horizontalen Europäisierung und neuen Bedeutung der Rechtsvergleichung*, 2014 (unveröffentlichtes Manuskript).

¹²⁷ Mit den *Kadi*-Urteilen von 2010 und 2013 sowie den dazugehörenden Schlussanträgen sind es 110 Beschlüsse, Urteile, Schlussanträge oder Stellungnahmen.

¹²⁸ Von Sara Poli/Maria Tzanou, *The Kadi Rulings: A Survey of the Literature*, Yb. Eur. L. 28 (2009), 533-558, und Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn, Hassan und Ayadi – Die Kadi-Rechtsprechung des Gerichtshofs und warum es spannend bleibt, ELR 4 (2010), 110-125. Dazu weiter unten [Kapitel 4](#), I., 3.

Zwar erlebt in letzter Zeit die historische (Re-)Kontextualisierung berühmter Gründungsmomente in der EuGH-Rechtsprechung eine Blüte.¹²⁹ Nur der Blick auf neuere Entscheidungen vermag jedoch darüber Aufschluss zu geben, wie sich die Bedingungen für das Entstehen von Leitentscheidungen in der heutigen Union darstellen. *Kadi* bietet somit unter theoretischen wie forschungspraktischen Gesichtspunkten einen sehr gut geeigneten Gegenstand für die Leitentscheidungsforschung.

III. Die Perspektive

Der zur Zielverfolgung eingeschlagene Weg ist perspektivenabhängig. Hinsichtlich der Perspektive lassen sich wiederum analytische, disziplinäre und methodische Aspekte unterscheiden. Für die Entwicklung des Begriffs Leitentscheidung erschließen sich diese Aspekte in Anknüpfung an die bereits aus Phänomen und bisherigem Beschreibungsbestand erarbeitete Zielsetzung.

In analytischer Hinsicht bleibt eine kontextsensible Begriffsentwicklung notwendigerweise nicht bei der Entscheidung und deren Inhalt stehen. Daher ist insbesondere ein starker Forschungsfokus auf die Zeit nach der Urteilsverkündung gefragt. Erforderlich ist überdies, den Inhalt, historischen Kontext und die Verwendung der Entscheidung durch verschiedene Akteure in einen Zusammenhang zu bringen (1.). Eine Arbeit mit dem Ziel, grundlegende Aussagen zu treffen, kann des Weiteren auch Forschungsergebnisse außerhalb der eigenen Disziplin nicht außer Acht lassen. Kultur- und literaturwissenschaftliche Beiträge dazu, wie orientierende Bestände, sogenannte Kanones, wirken und entstehen, versprechen für den Begriff Leitentscheidung weiterführende Einsichten (2.). Schließlich erfordert die Entwicklung eines verwendungsbezogenen Begriffs in methodischer Hinsicht, Kommunikation systematisch mit einer Sensibilität für die gegenstandsformende Kraft der Sprache zu untersuchen. Diese Voraussetzungen erfüllt die Diskursanalyse. Ein rechtsordnungsübergreifendes Begriffsverständnis legt zudem eine Rekonstruktion aus archetypischen Leitentscheidungen verschiedener Rechtsordnungen nahe (3.).

1. Die Zeit nach der Urteilsverkündung als Forschungsfokus

Bereits diejenigen Beiträge zum derzeitigen Forschungsstand, die vom konkreten Entscheidungsinhalt als maßgeblich für die Eigenschaft als *leading case*, *grand arrêt* oder *important case* ausgehen, gleichen mit der späteren Rechtsprechung ab. Denn die Frage, ob das Urteil nach Venezia und Braibant eine neue oder abweichende Rechtsprechungslinie begründet hat, oder ob es sich lediglich einen Ausreißer handelt, kann

¹²⁹ Siehe Antoine Vauchez, *The Transnational Politics of Judicialization: Van Gend en Loos and the Making of the EU Polity*, ELJ 16 (2010), 1-28; Wahl, *Große Entscheidungen*.

notwendig nur die weitere Entwicklung nach Entscheidungsverkündung beantworten. Ebenso verhält es sich mit Rasmussens Kriterium der weitreichenden Folgewirkungen oder des „settling an area of the law“, das Richardson ansetzt. Schon in den Behauptungen über inhärente Merkmale von *leading cases* und ähnlichen Entscheidungen ist also implizit zugegeben: Inhärent sind diese Merkmale nicht, sondern Frucht einer Entwicklung. Der Wortlaut der Entscheidung wie auch die Umstände ihrer Entstehung können zwar erste Anknüpfungspunkte für eine solche Entwicklung sein. Die bisherige Forschung deutet aber an, dass der Entstehungskontext nicht allein ausschlaggebend ist, denn wie Lim zeigt, wurde das Urteil *Salomon* zum anerkannten *leading case*, obwohl es bei seiner Verkündung nicht als bedeutsam aufgenommen wurde. Deshalb verdient die Zeit nach der Entscheidungsverkündung gesteigerte Aufmerksamkeit.

Hier wiederum muss das Augenmerk auf dem Umgang verschiedener Akteure mit der gerichtlichen Entscheidung liegen. Einige Beobachtungen anlässlich des Symposiums zu den *grands arrêts de la jurisprudence administrative*, die randfälligen Bemerkungen bei Lim zu *leading cases* in der Wissenschaft sowie die verschiedenen Akteurskreise in der Projektkonzeption von Morison und Anthony¹³⁰ weisen darauf hin, dass als relevante Akteure jedenfalls nicht nur Gerichte zu untersuchen sind. Zugleich können einige Beiträge aus dem Forschungsstand als Mahnung davor verstanden werden, eine einheitliche Entwicklung im Hinblick auf alle mit der gerichtlichen Entscheidung argumentierenden Akteure anzunehmen.¹³¹

Es ist somit notwendig, eine Phänomenbeschreibung in Angriff zu nehmen, die Inhalt, historischen Kontext und die Verwendung der Entscheidung durch verschiedene Akteure in einen Zusammenhang bringt. Hierauf abzielende Überlegungen sollen an dem Begriff *Leitentscheidung* kristallisieren. „Leit“ ist weniger im Sinne von Anfang als vielmehr im Sinne von führend oder – treffender – herausragend zu verstehen. Die Vorsilbe unterstreicht, dass sich das so bezeichnete Urteil vom restlichen Rechtsprechungsbestand abhebt, ohne zu suggerieren, dies sei allein einem inhaltlichen Kriterium geschuldet.¹³²

Wie die Beobachtungen zur Strukturierungsleistung zeigen, ist das Phänomen nicht auf gerichtliche Entscheidungen mit besonderen Bezeichnungen beschränkt. *Grands arrêts*, *landmark* oder *leading cases* stellen nur eine mögliche Ausprägung kommunikationsstrukturierender Entscheidungen dar. Der meist hierauf konzentrierte Forschungsstand kann nur einen schmalen Ausschnitt des umfassenderen Phänomens erschließen. Zudem erzeugt die Betonung des bekannten Begriffs *leading case*, ebenso wie die Dominanz angelsächsischer Forschung zu diesem, den Eindruck, nur in Ländern des *common law* seien gerichtliche Entscheidungen als kommunikationsstrukturierend relevant. Wie oben gesehen, strukturieren gerichtliche Entscheidungen aber auch dort die Kommunikation über Recht, wo sich eine Rechtsordnung nicht ausdrücklich zur Präjudizienbindung bekennt. Die Lücke in

¹³⁰ Siehe oben [Kapitel 2, I., 2.](#)

¹³¹ Siehe ebd.

¹³² Vgl. kontrastierend die durchaus in diese Richtung suggestive Bezeichnung „Grundsatzentscheidung“.

den bisherigen Beschreibungen will die Arbeit zu schließen versuchen, indem sie bei der kommunikationsstrukturierenden Eigenschaft von gerichtlichen Entscheidungen ansetzt und die Zeit nach ihrer Verkündung in den Blick nimmt.

2. Lernen von der Kanonforschung

Spätestens seit dem *linguistic turn* ist deutlich, dass Untersuchungen unvollständig sind, die Gesetzestexte und gerichtliche Entscheidungen nur „an sich“ betrachten, da das Verstehen ihres Inhalts auch eine Kenntnis davon voraussetzt, wie diese Texte in der Praxis verwendet werden. Rechtswissenschaftliche Forschung, die in ihren Grundlagen an den *linguistic turn* anknüpft, hat die Frage bearbeitet, wie Bedeutung im Sinne von Bedeutungsinhalt des Rechts entsteht und sich wandeln kann.¹³³ Forschung zu Bedeutsamkeit im Sinne einer kommunikationsstrukturierenden Leistung, die nicht zwangsläufig mit dem konkreten Bedeutungsinhalt einer Entscheidung zu tun hat, geht mit den linguistischen Einflüssen in der Rechtswissenschaft nicht einher.

Andere Wissenschaften aber beschäftigen sich seit einiger Zeit mit diesem Thema. Kultur- und literaturwissenschaftliche Forschung interessieren sich zunehmend für den (Text-)Bestand, der einer bestimmten sozialen Gruppe Orientierung bietet. Mit diesem Bestand, dem Kanon,¹³⁴ wird ein gemeinsamer Verständnishorizont stabilisiert und zugleich anpassungsfähig gehalten. Denn der Kanon fungiert als Speicher für Erinnerungen an vergangene Ereignisse; anhand seiner lassen sich Erinnerungen tradieren und vor dem Hintergrund sich verändernder Umstände immer wieder aufrufen, um das kollektive Selbstverständnis einer Gruppe zu vergegenwärtigen.¹³⁵ So strukturiert der Kanon die Kommunikation einer Gruppe. Neben der Beschreibung des Phänomens Kanon suchen Kultur- und Literaturwissenschaftler in diesem Forschungsfeld auch nach den Kriterien und Mechanismen, die bestimmte Texte zum Teil eines Kanons machen.

Die Grundüberzeugung der vorliegenden Arbeit ist, dass man als Rechtswissenschaftler die Einsichten solcher Forschung nicht ignorieren kann, sondern sich mit ihnen auseinandersetzen muss,¹³⁶ und dass diese Auseinandersetzung Gewinn verspricht. Im gegenseitigen Abtasten von Eigenheiten und Gemeinsamkeiten sollen daher die Erkenntnisse aus der Kanonforschung für die Entwicklung des Begriffs Leitentscheidung fruchtbar gemacht werden.

¹³³ Im Völkerrecht siehe zum Beispiel *Venzke*, How Interpretation Makes International Law.

¹³⁴ Siehe *Jan Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, 2013, 103-129; *Renate von Heydebrand* (Hrsg.), Kanon Macht Kultur: Theoretische, historische und soziale Aspekte ästhetischer Kanonbildungen, 1998.

¹³⁵ Ausführlich hierzu siehe unten [Kapitel 3](#), II., 1.

¹³⁶ Siehe *Ulrich Haltern*, Europarecht: Dogmatik im Kontext, Bd. 1: Entwicklung, Institutionen, Prozesse, 3. Auflage, 2017, Rn. 16-26.

3. Rekonstruktion und Diskursanalyse

Zur Begriffsentwicklung geht die Arbeit rekonstruktiv vor. Grundlage der Rekonstruktion sind die Urteile *Marbury*, *Lüth* und *Van Gend & Loos*. Sie stehen allgemein anerkannt für notwendige Erkennungsmerkmale ihrer jeweiligen Rechtsordnung und strukturieren daher die Kommunikation über Recht in dieser Rechtsordnung insgesamt. Insofern sind sie archetypische Leitentscheidungen, Musterbeispiele für andere Urteile, die nicht für notwendige Erkennungsmerkmale einer ganzen Rechtsordnung stehen, aber gleichwohl die Kommunikation über Recht strukturieren. *Marbury*, *Lüth* und *Van Gend & Loos* sind bekannt als Entscheidungen, mit denen sich ein Gericht in einem Akt der Selbstermächtigung als Akteur positioniert, indem es das von ihm anzuwendende Recht aufwertet.¹³⁷ Dies ist aber nur eine Dimension dieser Urteile. Nicht jede gerichtliche Entscheidung, die die Kommunikation über Recht strukturiert, ist zwingend ein Akt gerichtlicher Selbstermächtigung.

Um *Kadi* als mögliche Leitentscheidung im Unionsrecht näher zu untersuchen, bietet sich die Diskursanalyse als Methode an. Ursprünglich in der Linguistik als Gegenbewegung zur traditionellen linguistischen Methode entwickelt,¹³⁸ die sich auf einzelne Worte und Sätze konzentrierte, hat sich die Diskursanalyse inzwischen ein interdisziplinäres Anwendungsfeld erobert.¹³⁹ Die Verständnisse davon, was Diskursanalyse ist, sind so breitgefächert wie die verschiedenen Verständnisse ihres Gegenstandes. Nach dem Verständnis, mit dem der Begriff „Diskurs“ in die deutschsprachige Linguistik eingeführt wurde, bezeichnet er Kommunikation und setzt die „Kopräsenz der Kommunikationspartner im gemeinsamen Wahrnehmungsraum“ voraus;¹⁴⁰ die Ausdehnung dieses Raumes aber kann je nach disziplinärer Verwendung des Begriffs erheblich variieren.¹⁴¹ Im Folgenden wird Diskurs als ein Kommunikationszusammenhang verstanden, der sich anhand seiner Medien und spezifischen Umgangsformen von anderen Kommunikationszusammenhängen abgrenzen lässt.¹⁴²

¹³⁷ Siehe nur *Wahl*, Große Entscheidungen, 204 f.

¹³⁸ Siehe *Zellig S. Harris*, *Discourse Analysis*, *Language* 28 (1952), 1-30. Einführend *Marianne Jørgensen/Louise Phillips*, *Discourse Analysis as Theory and Method*, 2002.

¹³⁹ *Barbara Johnstone*, *Discourse Analysis*, 2008, 5-7.

¹⁴⁰ *Maximilian Scherner*, „Text“ – „Rede“ – „Diskurs“: Konkurrierende Begriffsbestimmungen in den Gründerjahren der Textlinguistik, in: *Ekkehart Felder* (Hrsg.), *Semantische Kämpfe: Macht und Sprache in den Wissenschaften*, 2006, 373-394, 383.

¹⁴¹ Zu unterschiedlichen Verwendungstraditionen des Diskursbegriffs sowie disziplinär variierender Diskursanalyse siehe *Reiner Keller/Andreas Hirsland/Werner Schneider u. a.* (Hrsg.), *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse: Theorien und Methoden*, 2011, 7-30.

¹⁴² Vgl. die Unterscheidung verschiedener „Gruppen“ nach Kommunikationsmedien und die Thematisierung ihrer Verbindungen bei *Bill Davies*, *Resisting the European Court of Justice: West Germany's Confrontation with European Law, 1949-1979*, 2012, 41 f.

Spielarten der Diskursanalyse haben gemeinsam, dass sie ihre Aufmerksamkeit auf Kommunikations- und Argumentationsprozesse richten, die systematisch und kritisch mit besonderer Sensibilität für die gegenstandsformende Kraft der Sprache untersucht werden.¹⁴³ Die Verwendung von Begriffen und die sprachliche Fassung von Äußerungen wird hierbei stets als abhängig von Kontext, Verwender und Ziel einer Äußerung verstanden. Diskursanalytisches Vorgehen bedeutet neben Aufmerksamkeit für die Details einer Aussage daher auch, Verwender, Verwendungszusammenhang, Medium und Ziel der Aussage in die Untersuchung einzubeziehen.¹⁴⁴

Mit der letzten dieser Fragen ist ein erstes *caveat* in Bezug auf Diskursanalyse als Methode erreicht: Bei aller Sensibilität für die Sprachverwender und ihre Hintergründe bleibt es doch unmöglich, über die Betrachtung ihrer Aussagen zu ihren „wahren“ Motivationen und Zielen durchzudringen. Möglich ist nur, die Aussagen unter Einbeziehung ihrer Umstände zu interpretieren und hieraus das Selbstverständnis des Verwenders zu rekonstruieren, wie es sich dem Betrachter darstellt. Auch das ist aber schon viel, denn es lässt sich immer noch erhellen, aus welchen möglichen Gründen ein und derselbe Begriff für gegensätzliche Phänomene verwendet wird oder sehr verschiedene Begriffe für dasselbe Phänomen.¹⁴⁵

Eine zweite Einschränkung ergibt sich daraus, dass Diskurs Sprache voraussetzt. Damit ist seine Analyse nicht gefeit vor den sprachlichen Beschränktheiten der Analysierenden. Dies umfasst nicht nur Verständnisfragen, sondern auch die Zugangsfrage – oft zitieren in einer bestimmten Sprache verfasste wissenschaftliche Beiträge (fast) ausschließlich Beiträge, die ebenfalls in dieser Sprache verfasst wurden. Dadurch gestaltet sich der Zugang zu anderssprachigen Diskursen zum selben Thema schwierig. Daher kann die vorliegende Arbeit in Bezug auf die Analyse verschiedener Diskurse zu *Kadi* keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Möglich ist es aber, offenzulegen, welche Bestandteile des Diskurses untersucht wurden, und welche Bestandteile außerhalb des Umfangs der eigenen Untersuchung noch vermutet werden.¹⁴⁶

¹⁴³ Jørgensen/Phillips, *Discourse Analysis*, 5 f.

¹⁴⁴ Vgl. den Fragenkatalog bei James Paul Gee, *An Introduction to Discourse Analysis: Theory and Method*, 2014.

¹⁴⁵ Ein Beispiel für ersteren Fall ist der Begriff Pluralismus. Zu den verschiedenen damit verbundenen Konzeptionen siehe unten Kapitel 4, I., 2., b. Beispiele für den zweiten Fall ist die wahlweise Beschreibung der steigenden Anzahl internationaler und regionaler Gerichte als Proliferation (Themenheft des *New York University Journal of International Law* aus dem Jahr 1999 mit dem Titel: *The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle*) oder als Gemeinschaft (*Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts*, Harv. Int'l. L. J. 44 (2003), 191-219).

¹⁴⁶ Dies geschieht jeweils zu Beginn der folgenden Kapitel.

Die Leitentscheidung

Zur Grundlegung eines Begriffs und seiner Erforschung
im Unionsrecht anhand des EuGH-Urteils Kadi

Yang, N.

2018, XI, 364 S. 3 Abb., Hardcover

ISBN: 978-3-662-54863-9