

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre
Kybernetik und Soziologie des Rechts

Herausgegeben von

Karl Engisch †, H. L. A. Hart, Hans Kelsen †
Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper

23. Band 1992 Heft 2



Duncker & Humblot · Berlin

Inhalt

<i>Editorial: Franz Weyr und die Brüner Schule einer normativen Theorie des Rechts (Werner Krawietz)</i>	147
--	-----

Abhandlungen und Aufsätze

<i>Robert Walter, Franz Weyr als deutschsprachiger juristischer Autor</i>	149
<i>Pavel Hungr, Weyr und Kelsen – Geistesverwandte Persönlichkeiten</i>	161
<i>Ota Weinberger, Ontologie der Normen, vor allem der Rechtsnormen. Gegenüberstellung der Auffassungen von František Weyr, Hans Kelsen und des Institutionalistischen Rechtspositivismus</i>	167
<i>Jan M. Broekman, Poetic Justice and Perelman</i>	177
<i>Mihály Samu, Korrelation von Macht und Recht</i>	187

Berichte und Kritik

<i>Fritz Ossenbühl, Probleme der Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland</i>	207
<i>Roland Wagner-Döbler / Lothar Philipps, Präjudizien in der Rechtsprechung: Statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte</i>	228
<i>Michael Moeskes, Citizen Suits and Concepts of Law in the U.S. and German Environmental Law Perspective</i>	242
<i>Reinhard Mehring, Zu Carl Schmitts Dämonologie – nach seinem Glossarium</i> ...	258

Anschriften der Mitarbeiter

Prof. Dr. Dr. <i>Robert Walter</i> , Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10 - 16, A-1010 Wien
Univ.-Doz. Dr. <i>Pavel Hungr</i> , Juristische Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn, ČSFR-61180 Brünn 11
Prof. Dr. Dr. <i>Ota Weinberger</i> , Institut für Rechtsphilosophie, Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstraße 27 II, A-8010 Graz
Prof. Dr. <i>Jan M. Broekman</i> , Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Leuven, Tiense Straat 41, B-3000 Leuven

- Prof. Dr. *Mihály Samu*, ELTE Állam-és Jogtudományi Kar, Egyetem tér 1 - 3, H-1053 Budapest
- Prof. Dr. *Fritz Ossenbühl*, Institut für Öffentliches Recht, Adenauerallee 44, D-5300 Bonn 1
- Dr. *Roland Wagner-Döbler*, Institut für Philosophie, Technische Universität München, Lothstraße 17, D-8000 München 2
- Prof. Dr. *Lothar Philipps*, Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, D-8000 München 22
- Ass. *Michael Moeskes*, c/o Rechtsanwaltskanzlei Pünder, Volhard, Weber & Partner, Frankfurter Bürocenter, Mainzer Landstraße 46, D-6000 Frankfurt a. M.
- Dr. *Reinhard Mehring*, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht, Bayer. Julius-Maximilians-Universität, Domerschulstraße 16 (Alte Univ.), D-8700 Würzburg

PRÄJUDIZIEN IN DER RECHTSPRECHUNG:
STATISTISCHE UNTERSUCHUNGEN
ANHAND DER ZITIERPRAXIS DEUTSCHER GERICHTE

Von Roland Wagner-Döbler und Lothar Philipps*

Daß Präjudizien nicht nur im angelsächsischen Rechtskreis, sondern auch bei uns in der Rechtspraxis eine überragende Rolle spielen, ist mittlerweile unbestritten. Umstritten ist jedoch die rechtstheoretische und methodologische Einordnung dieses Phänomens, um die sich eine breite Diskussion entfaltet hat¹. Diese Diskussion kann sich allerdings nicht auf umfassendere Informationen über den tatsächlichen Umfang des Gebrauchs von Präjudizien stützen. Es überwiegen Intuitionen, gelegentlich auch Spekulationen, so daß etwa die Behauptung, daß untere Instanzen sich „sklavisch“ an die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe hielten², der gegenteiligen Vermutung gegenübersteht, daß gerade von unteren Instanzen Innovationen ausgingen³.

Wir wollen im folgenden anhand einiger Beispiele zu demonstrieren versuchen, daß mittlerweile ein Instrument zur Verfügung steht, das zu einer Reihe solcher und ähnlicher Fragen *empirische* Informationen bereitzustellen vermag. So wird sich beispielsweise herausstellen, daß empirische Indikatoren eher für die Behauptung von C.-E. Eberle und H. Garstka sprechen: Die unteren Instanzen verhalten sich – im Spiegel ihrer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung anderer Gerichte betrachtet – zumindest nicht *innovationsfeindlicher* als unsere obersten Gerichtshöfe.

Bei dem Instrument, von dem soeben die Rede war, handelt es sich um die juristische Datenbank „Juris“, die die Rechtsprechung der deutschen Gerichte seit 1976 in einem Umfang verzeichnet, der demjenigen des Gesamtsystems der allgemein bekannten „Fundhefte“ des Beck-Verlags im großen und ganzen vergleichbar ist⁴.

* Die Untersuchung wurde von der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördert (Az Ph 21/5-1).

¹ Siehe z. B. den Sammelband: Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, hrsg. von Uwe Blaurock, Frankfurt a. M. 1985. Ferner *Ellen Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie, Berlin 1986. *Friedrich Müller*, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift d. Jurist. Fak. zur 600-Jahres-Feier d. Ruprecht-Karls- Univ. Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65 - 84. *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. erg. Aufl., Berlin 1976, besonders T. 3. Ein Standardwerk immer noch: *Oscar A. Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, Stockholm 1960.

² *Schlüchter* (FN 1), S. 51.

³ *Carl-Eugen Eberle/Hansjürgen Garstka*, Funktion und Legitimation von Informationsprozessen bei innovativen Richterentscheidungen, in: Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, hrsg. von Jan Hardenburg/Adalbert Podlech/Bernhard Schlink, Darmstadt 1980, S. 123 - 149, S. 142.

Gründliche Kenntnis seines Erfassungsumfangs, seiner Struktur sowie Retrievalsprache vorausgesetzt, bietet dieses Datenbanksystem zahlreiche Möglichkeiten, rechtssoziologisch und rechtstheoretisch nutzbare Informationen über Rechtsprechung und ihre Rezeption zu gewinnen. Der konventionellen Erhebung einschlägiger Daten stand bisher der teilweise immense Arbeitsumfang im Wege⁵.

Intuitionen und Eindrücke – wie beispielsweise die oben erwähnten über „Innovationsfreudigkeit“ – können sich in Zukunft mit Hinweisen auf empirischen Daten besser absichern. Andererseits wird demjenigen, der den Ergebnissen so gestützter Analysen widerspricht, eine empirische Beweislast aufgebürdet.

Als Präjudiz betrachten wir im folgenden *jede* Entscheidung eines Gerichts, mit der sich andere Gerichte diskursiv auseinandersetzen – gleich ob als Richtschnur, Vergleichsmaßstab oder auch in kontrastierender Weise. Ferner gehen wir davon aus, daß die *Zitation* einer Entscheidung einen guten Indikator für ihre Verwendung in einem anderen Urteil darstellt. Ein verlässlicher Überblick mit Hilfe dieses Indikators läßt sich allerdings nur geben, wenn man von einer annähernd einheitlichen und konsistenten Zitationspraxis der Gerichte ausgehen kann, der im Idealfall wohl folgende Regeln zugrundeliegen: „Die Hinweise ... auf Entscheidungen anderer Gerichte sind auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken.“ „Auf der anderen Seite darf aber die Bezugnahme auf andere Entscheidungen ... nicht völlig fehlen, vor allem dann nicht, wenn in einer entscheidenden Frage das Gesetz selbst keine unmittelbar verwertbare Lösung anbietet.“⁶ Die Annahme, daß diese Regeln annähernd einheitlich und konsistent befolgt werden, ist freilich eine Voraussetzung, die ihrerseits nicht von vornherein als erwiesen gelten kann; vielmehr müssen auch hierfür empirisch gefundene Indizien sprechen. Die im folgenden präsentierten Daten sprechen unseres Erachtens jedoch für die Akzeptierbarkeit dieser Voraussetzung als Arbeitshypothese.

In der Rechtsprechungsdatenbank von Juris werden Zitate am Schluß eines Urteildokuments aufgeführt und nach Aktenzeichen, Gericht und Zeitpunkt recherchierbar gemacht; ferner wird eine Zitierung in der Regel auch im zitierten Dokument vermerkt. Die Praxis der einzelnen Dokumentationsstellen der Bundesgerichte – die Urteile in Juris einspeisen – ist hinsichtlich des Umfangs der Berücksichtigung von Zitierungen jedoch nicht einheitlich: ausschließlich im Urteilstext vorkommende Zitierungen werden nicht von allen Dokumentationsstellen berücksichtigt. Zitate des Bundesfinanzhofs beispielsweise werden unabhängig davon ausgewertet, ob sie im

⁴ *Wagner-Döbler*, Fundhefte und juris. Ein quantitativer Vergleich, in: *Computer und Recht* 6 (1990), S. 412 - 414.

⁵ Die Alternative zu Totalerhebungen, nämlich mit Stichproben zu arbeiten, ist mit dem Problem konfrontiert, daß man es bei dieser Materie in der Regel nicht mit Normalverteilungen zu tun hat, so daß eine Vielzahl statistischer Standardverfahren nicht anwendbar ist.

⁶ *Wilhelm Sirp*, Bericht, Gutachten und Urteil. Eine Einführung in die Rechtspraxis, 28., neubearb. Aufl., München 1980, S. 238 f.

Volltext des Urteils vorkommen oder nicht, während etwa die Dokumentationsstelle des Bundessozialgerichts im wesentlichen nur in Leitsätzen erscheinende Zitate berücksichtigt. Dies ist stets ebenso zu beachten wie die generelle Einschränkung, daß alle im folgenden getroffenen Aussagen *auf der Basis des Inhalts des Dokumentationssystems Juris* gesehen werden müssen. So wünschenswert auch immer eine Befreiung von dieser Einschränkung erscheinen mag, man könnte kaum verhindern, sie mit beträchtlichen Einschränkungen anderer Art erkaufen zu müssen.

Alle hier verwendeten Daten beruhen auf Online-Recherchen in „Juris“, die zwischen dem 1. 3. 91 und 4. 4. 91 abgewickelt wurden.

Die im folgenden dargestellten Beobachtungen bewegen sich nicht immer nur vor juristischem, ja nicht einmal immer rechtssoziologischem Hintergrund; vielmehr kommt hier zusätzlich eine informationswissenschaftliche, und schließlich auch eine Perspektive der empirischen Wissenschaftstheorie (Wissenschaftsforschung) zur Geltung. Da wir diesen Perspektiven hier nicht ausführlicher nachgehen können, beschränken wir uns auf Hinweise auf die (meistens englischsprachige) Literatur.

In wie vielen bundesdeutschen Gerichtsurteilen werden Entscheidungen anderer Gerichte zitiert?⁷ *Keinerlei* Zitate enthielten etwa 1600 von 3046 in Juris gespeicherten Urteilen der obersten Bundesgerichte aus dem Jahre 1980⁸. Bei Urteilen aus dem Jahr 1988 war dieser Anteil mit etwa 2100 von 5603 Urteilen noch etwas geringer. Man kann also sagen, daß in weit mehr als der Hälfte aller Urteile dieser Gerichte auf mindestens ein Urteil eines anderen Gerichts Bezug genommen wird. Wesentlich geringer ist dieser Anteil bei den anderen Gerichten: Von den 10 143 in Juris gespeicherten Urteilsdokumenten aus dem Jahre 1980, die nicht von den obersten Bundesgerichten stammen, wurde in weniger als einem Viertel auf andere Urteile verwiesen, 1988 stieg dieser Anteil immerhin auf ein knappes Drittel (etwa 3800 von 13 376).

Besonders im zweiten Fall kann man wohl auf eine deutliche Zunahme der Bedeutung der Kasuistik schließen.

In diesen Zitaten dominiert ganz deutlich die Rechtsprechung der Bundesgerichte. Gleichgültig, ob man Zitierungen von 1980, 1984 oder 1988 ergangenen Urteilen heranzieht: Von allen Entscheidungen, die jeweils mindestens ein Urteil aus diesem Zeitraum aufgreifen, beziehen sich vier Fünftel auf ein oder mehrere Urteile eines Bundesgerichts. Nur ein Fünftel bezieht sich ausschließlich auf die Rechtsprechung anderer Instanzen. Die –

⁷ „Urteile“, „Entscheidungen“, „Beschlüsse“ gelten im folgenden als Synonyma. Die ehemalige DDR wird nicht berücksichtigt. Als „Zitation“ oder „Verweisung“ gilt selbstverständlich nicht die Anführung eines Rechtszuges oder ähnliches. Literaturzitate oder Zitate in der Literatur werden nicht berücksichtigt; einen qualitativen Überblick hierüber gibt *Hein Koetz*, Die Zitierpraxis der Gerichte, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 52 (1988), S. 644 - 662.

⁸ Aus sprachlichen Gründen werden – nicht ganz korrekt – im folgenden die fünf obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie das Bundesverfassungsgericht „oberste Bundesgerichte“ genannt.

jedem Praktiker bekannte – Tatsache der überragenden Bedeutung der obergerichtlichen Präjudizien gegenüber denjenigen anderer Instanzen läßt sich anhand dieser Zahlen deutlich belegen. Es läßt sich aber noch ein weiterer Konzentrationsprozeß beobachten, der hier am Beispiel von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts belegt werden soll.

Aus dem Jahre 1980 sind in Juris 156 Urteile dieses Gerichts nachgewiesen. Wir gingen der in Juris nachgewiesenen Zitierung jedes einzelnen dieser Urteile bis zum heutigen Tage nach. Es zeigte sich, daß nur etwa die Hälfte der Urteile jemals in einem anderen Urteil aufgegriffen wurde (siehe Abb. 1). Ein bis zwei mal wurde ein Viertel seiner Urteile zitiert. Nur das restliche Viertel wurde häufiger zitiert, und darunter nur etwa ein Zehntel in größerem Umfang, nämlich sieben mal oder mehr. Die Tatsache, daß es sich hier um Urteile des mit den höchsten Kompetenzen versehenen deutschen Gerichts handelt, läßt vermuten, daß ähnliche Konzentrationsprozesse erst recht auch bei Urteilen anderer Gerichte zu beobachten sind. Untersuchungen solcher Verteilungsmuster nehmen in der modernen Wissenschaftsforschung breiten Raum ein⁹.

Selbstverständlich werden diese Zitierhäufigkeiten vom Umfang der entsprechenden Nachweise des Datenbanksystems beeinflußt. An der Verteilung würde sich jedoch auch bei veränderter Dokumentationspraxis vermutlich wenig ändern.

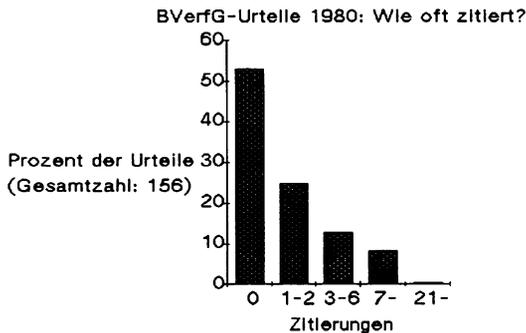


Abb. 1: Zitierung von 156 BVG-Urteilen aus dem Jahr 1980

Betrachtet man, in wie vielen Entscheidungen die BVG-Urteile im Zeitablauf zitiert werden, fällt sofort die geringe „Abwertungsrate“ dieser Urteile auf – im Gegensatz zu Urteilen des Bundesfinanzhofs, die am schnellsten veralten (siehe Abb. 2 sowie 2a). Und dessen Kurve wiederum ähnelt der entsprechenden Kurve all derjenigen Urteile des Jahres 1980, die nicht von den sechs obersten Gerichtshöfen des Bundes stammen. Bleibende Bedeutung genießen auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts. Für jedes Jahr

⁹ Aus der umfangreichen Literatur sei als Einstieg empfohlen: *John J. Hubert*, General bibliometric models, in: *Library Trends*, Vol. 30, 1981, S. 65 - 81.

von 1980 bis 1990 wird angegeben, wie viele aller in Juris gespeicherten Urteile jeweils mindestens eine Entscheidung eines obersten Bundesgerichts (bzw. in einem Fall: einer beliebigen anderen Instanz) aus dem Jahre 1980 zitieren.

Zitierung von Urteilen aus dem Jahr 1980 im Zeitablauf

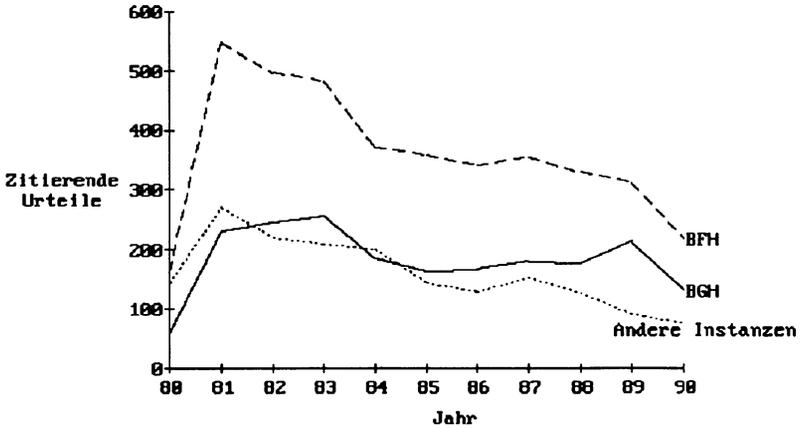


Abb. 2.: Zitierung von Urteilen aus dem Jahr 1980 im Zeitablauf (Bundesfinanzhof, untere Instanzen, Bundesgerichtshof)

Zitierung von Urteilen aus dem Jahr 1980 im Zeitablauf

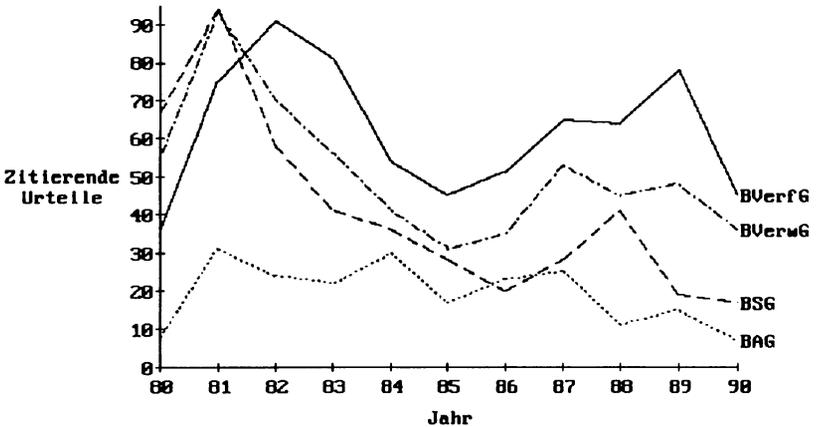


Abb. 2a: Zitierung von Urteilen aus dem Jahr 1980 im Zeitablauf (Bundesverfassungsgericht, Bundessozialgericht, Bundesarbeitsgericht, Bundesverwaltungsgerichtshof)

Es handelt sich hier um den Versuch, einfache Verfahren der Zitationsanalyse auf eine neuartige Materie anzuwenden. Damit wird vor allem das Ziel verfolgt, zu Analysen anzuregen, die das vorliegende Datenmaterial sowohl unter rechtswissenschaftlichen als auch unter Aspekten der Wissenschaftsforschung und Informationswissenschaft eingehender ausschöpfen.

In welchem Umfang greift die Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichts auf die eigene Jurisdiktion zurück, und in welchem Umfang wird auch die Rechtsprechung anderer Gerichtsbarkeiten herangezogen? Dazu untersuchten wir, wie groß der Anteil der Verweisungen ist, in denen sich die Bundesgerichte auf die eigene Judikatur beziehen, und wie groß der Anteil anderer Bundesgerichte an diesen Verweisungen ist. Es zeigt sich die überragende Bedeutung der Judikatur der eigenen Gerichtsbarkeit (siehe Tabelle 1). Nur für einen sehr geringen Anteil aller Urteile spielt die Rechtsprechung anderer Gerichtszweige eine Rolle; dieser Anteil bewegt sich im Promille-Bereich, nur gelegentlich steigt er auf mehr als 5 %.

Lies: Von ... Fällen (Spalte 3), in denen in einem Urteil eines obersten Bundesgerichts auf mindestens ein eigenes Urteil oder dasjenige eines anderen Bundesgerichts verwiesen wird, betreffen ...% (mindestens) ein Urteil des ... Gerichts.

Tabelle 1

Fremd- und Eigenzitierung der obersten Bundesgerichte

Zitierendes Gericht			Zitiertes Gericht (Anteile in Prozent der Zitate)					
1	2	3	4	5	6	7	8	9
Zitierendes Gericht	Gesamtzahl Urteile	Zitate	BVerfG	BGH	BSG	BAG	BVerwG	BFH
BVerfG	4684	1677	83,9	5,9	1,4	1,3	4,0	3,5
BGH	37951	9637	2,0	95,9	0,1	0,6	0,8	0,3
BSG	19305	6063	2,9	1,6	93,2	0,6	1,4	0,3
BAG	10671	2717	1,3	5,5	0,5	91,7	0,8	0,1
BVerwG	22216	5680	5,0	2,2	0,8	0,8	90,7	0,4
BFH	28936	29781	7,9	6,8	0,8	0,7	3,5	80,2

Eine nennenswerte Rolle spielt die Kasuistik anderer Gerichte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesfinanzhofs: Hier beziehen sich die Richter immerhin in einem knappen Fünftel der Zitate auf Entscheidungen anderer Bundesgerichte.

Obwohl die Judikatur anderer Gerichtszweige für die eigene Spruchpraxis keine große Rolle spielt, zeigt sich die überragende Ausstrahlungskraft der Urteile des BVG, wenn man vergleicht, wie oft im Durchschnitt ein Urteil dieses Gerichts von anderen Bundesgerichten, und wie oft wiederum deren Urteile aufgegriffen werden. Dazu wurde die Gesamtzahl der Fremd-

zitationen (Spalte 4 bis 9 in Tabelle 1) in Beziehung gesetzt zur Zahl der vom betreffenden Gericht insgesamt in Juris gespeicherten Entscheidungen (Spalte 2).

Die Spaltenwerte geben an, wie oft ein Urteil im Durchschnitt von einem anderen Bundesgericht zitiert wurde. Mehrfachzitation eines Gerichts innerhalb eines Urteils bleibt unberücksichtigt.

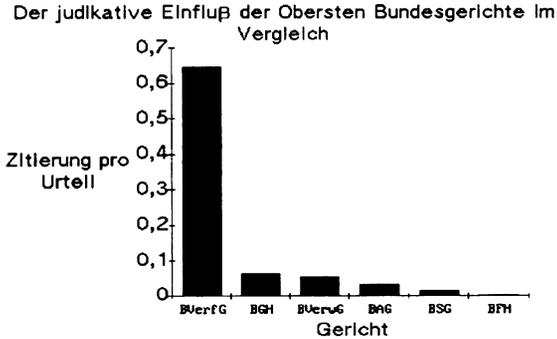


Abb. 3: Der judikative Einfluß von Urteilen der obersten Bundesgerichte im Vergleich

Wenden wir uns nun der Frage zu, ob die Zitationsrate sich von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterscheidet. Es ist anzunehmen, daß sie dort hoch ist, wo die Kasuistik eine besonders große Rolle spielt, das heißt in Rechtsgebieten mit mangelhafter oder geringer Kodifikation und in besonderem Maße klärungs- und interpretationsbedürftigen Rechtsnormen. Zu diesem Zweck gliederten wir die Urteile des Jahres 1988 entsprechend den Hauptsachgebietsgruppen von Juris und prüften, in wieviel Urteilen eines Sachgebiets jeweils Entscheidungen eines obersten Bundesgerichts zitiert werden. Anhand der durchschnittlichen Zitationsrate, das heißt der Zitation mindestens einer Entscheidung eines obersten Bundesgerichts pro Urteil einer Sachgruppe, bildeten wir eine Rangfolge der Bedeutung von Präjudizien (siehe Abb. 4).

Die Ordinate gibt die durchschnittliche Zitationsrate an, d. h. die Zitierung mindestens eines Urteils eines obersten Bundesgerichts pro Urteil eines Sachgebiets. Die Sachgebiete überschneiden sich.

Schlüssel zu den Sachgebiets-Nummern der Abszisse (gemäß Juris-Notationen):

- 02 Staats- und Verfassungsrecht
- 04 Rechtspflege und Gerichtsverfassung
- 05 Allgemeines Verwaltungsrecht
- 06 Besonderes Verwaltungsrecht
- 07 Finanz- und Abgabenrecht
- 09 Sozialrecht
- 11 Wirtschaftsrecht
- 16 Kirchenrecht

- 17 Verkehrsrecht
- 18 Strafrecht
- 21 Bürgerliches Recht
- 25 Handelsrecht
- 25 - 20 Gesellschaftsrecht
- 27 Privatversicherungsrecht
- 29 Urheberrecht
- 31 Arbeitsrecht

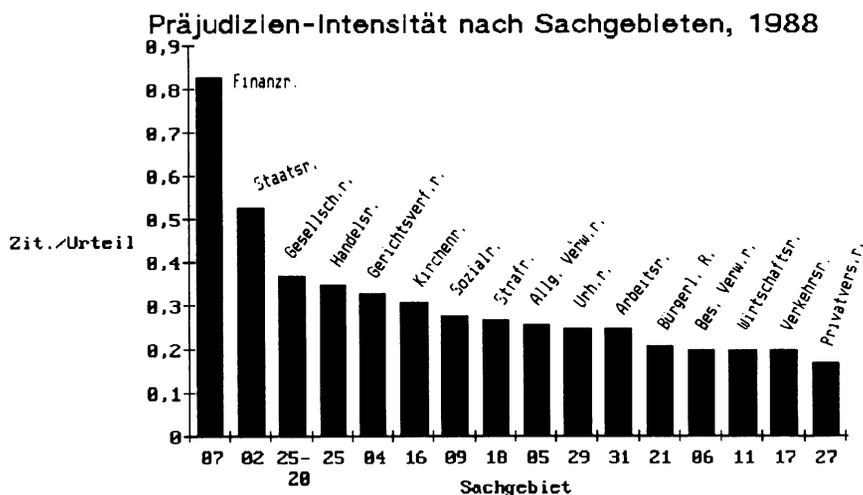


Abb. 4: Präjudizien-Intensität nach Sachgebieten, 1988

Die Ergebnisse können jedoch nur mit Vorsicht interpretiert werden. Die „Zitationsfreudigkeit“ von Urteilen im Bereich Finanz- und Abgabenrecht ist auch die Folge dessen, daß in Urteilen des BFH vorkommende Zitate in Juris weitgehend vollständig gespeichert werden, was zur Erhöhung der Zahl der Zitations-Nachweise führt – ein Effekt, der jedoch dadurch gemildert wird, daß pro Urteil nur ein einziges Zitat berücksichtigt wird, unabhängig davon, wieviel weitere Zitate vorkommen. Ohne weiteres vergleichbar sind beispielsweise das Gesellschaftsrecht und das Privatversicherungsrecht, da Urteile desselben Gerichts maßgeblich sind.

Um Trendänderungen auch zwischen den Gerichten vergleichen zu können, wiederholten wir die Prozedur für Urteile aus dem Jahre 1980 und verglichen die Steigerung der Präjudizien-Intensität des Jahres 1988 gegenüber 1980. Hier ist vor allem die große Steigerung im Staats- und Verfassungsrecht bemerkenswert, gefolgt vom Steuer- und Abgabenrecht, Strafrecht sowie Gerichtsverfassungsrecht (siehe Abb. 4a).

Es wäre hier wünschenswert, den *Verlauf* der Intensitätsänderungen von 1980 bis 1988 zu verfolgen, um beispielsweise den Einfluß von Gesetzesänderungen zu lokalisieren, sowie die einzelnen Rechtsgebiete stärker aufzuschlüsseln.

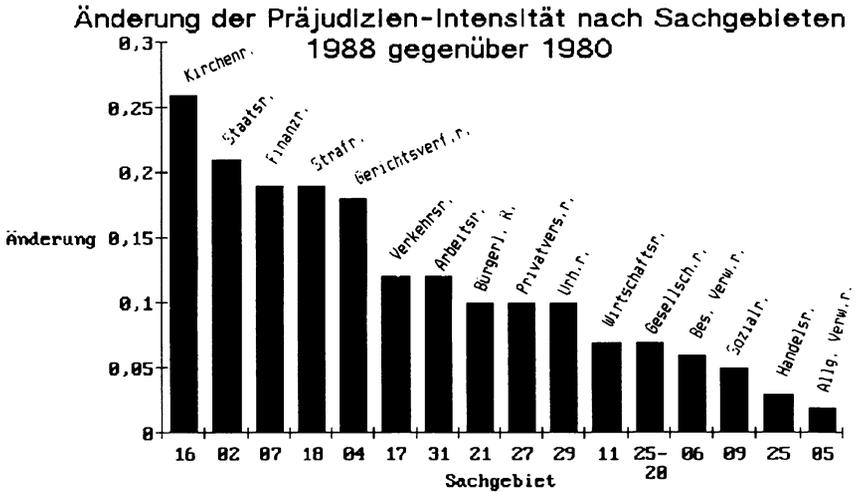


Abb. 4a: Änderung der Präjudizien-Intensität nach Sachgebieten, 1988 gegenüber 1980

Dem würde entgegenkommen, daß die in Juris vorliegenden Daten wesentlich differenzierter und ausgewogener abgerufen werden können. So läßt sich beispielsweise die Behauptung nachprüfen, die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sei besonders einflußreich gewesen¹⁰. Zu diesem Zweck wurden die Urteile des Jahres 1988 ermittelt, die dieses Rechtsgebiet tangieren. Sodann wurde festgestellt, in wieviel Fällen auf (mindestens) ein Urteil des BGH Bezug genommen wird und dieser Anteil mit dem entsprechenden Anteil der anderen Bundesgerichte verglichen. Dieselbe Prozedur wurde für alle oben schon benutzten Sachgebieten durchgeführt. In der Tat zeigt sich die Bedeutung der Judikatur des BGH zum Gesellschaftsrecht. Es stellt sich jedoch heraus, daß dem BGH auch in einigen anderen Rechtsgebieten ein ähnlich hoher Einfluß zukommen dürfte (siehe Abb. 5).

Die Kolumnen geben an, wie hoch der Anteil der Zitationen ist, der in Urteilen des Jahres 1988 (jeweils eines Sachgebiets) auf den BGH entfällt – verglichen mit dem Anteil der anderen obersten Bundesgerichte.

Wir wollen nun der Frage nachgehen, ob sich die unteren Instanzen tatsächlich „sklavisch“ an die Rechtsprechung der Obergerichte halten. Zu diesem Zweck prüften wir, wie oft in Urteilsdokumenten unterer Instanzen anderen Urteilen zugestimmt oder aber widersprochen wird und verglichen dies mit dem entsprechenden Verhalten der obersten Bundesgerichte. Zunächst ermittelten wir sämtliche Urteile der obersten Bundesgerichte aus dem Jahre 1980, die Urteile aus dem ersten Halbjahr 1978 – damals also

¹⁰ Peter Ulmer, Höchstrichterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht 1971 - 1985, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg 1986, S. 389 - 415. Es wird in unserem Beispiel davon ausgegangen, daß der Einfluß im Jahre 1988 forbestand.

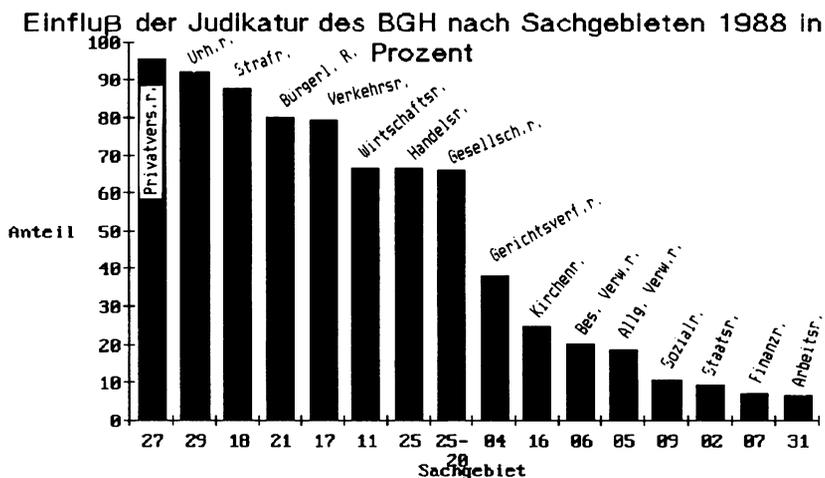


Abb. 5: Einfluß der Judikatur des BGH nach Sachgebieten

etwa zwei Jahre alt – zitierten¹¹. Das Jahr des zitierten Urteils wurde vor allem aus pragmatischen Gründen gewählt. Zum Vergleich zogen wir alle Urteile aller anderen Gerichte heran, die Urteile aus demselben Zeitraum zitierten. Auf diese Weise erhielten wir 140 bzw. 143 zitierende Urteile. Alle in diesen Urteilen von Juris nachgewiesenen und kategorisierten Zitate (insgesamt 330) wurden in drei Klassen zusammengefaßt, nämlich Festhaltungen, Abweichungen und „distinguishing“ (siehe Aufstellung in Tabelle 2). Bei der letztgenannten Klasse handelt es sich um Charakterisierungen wie „vergleiche“, Abgrenzung, Anschluß und Ergänzung – Kategorien, die auf differenzierendes Deliberieren schließen lassen, nicht jedoch auf eindeutige Ablehnung oder Bestätigung.

Tabelle 2

Charakterisierungen der Bezugnahme auf Präjudizien
(entsprechend dem Wortlaut in den Dokumenten)

Gruppe 1: <i>Festhaltungen:</i>	Gruppe 2: <i>„distinguishing“:</i>	Gruppe 3: <i>Abweichungen und Neuerungen:</i>
So auch. Bestätigung. Parallelentscheidung. Festhaltung, Aufrechterhaltung.	Vergleiche. Anschluß. Abgrenzung. Ergänzung.	Aufgabe. Abweichung. Entgegen. Änderung, Übernahme [einer anderen Rechtsauffassung]. Fortführung, Weiterführung, Weiterentwicklung.

¹¹ Durch Heranziehung des Datums des zitierten Urteils als Auswahlkriterium sollte der Einfluß von Datenerfassungseigenheiten von Juris möglichst gering gehalten werden, die beispielsweise darin bestehen könnten, daß Urteile bestimmter Gerichte zeitlich gehäuft erfaßt werden.

In Abbildung 6 ist der Anteil der drei Klassen an den Zitierungen zu ersehen. Offensichtlich ist bei nachgeordneten Instanzen einerseits der Anteil bestätigender Bezugnahmen geringer, andererseits der Anteil negatorischer oder innovativer Bezugnahmen höher als bei den obersten Bundesgerichten. Hieraus läßt sich schließen, daß sich die unteren Instanzen in ihren Urteilen keineswegs sklavisch an die vorgegebene Rechtsprechung hielten. Unerheblich ist dabei, ob die Abweichungen die Urteile oberster Bundesgerichte oder Urteile anderer Instanzen betrafen. Denn wenn zwei Gerichte divergent urteilen, ist es unwahrscheinlich, daß sie in *beiden* Fällen in Einklang mit der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte liegen. Dieselbe Prozedur wurde für Urteile aus dem Jahre 1988 wiederholt, soweit sie – im Fall der Bundesgerichte – Urteile aus dem ersten Quartal 1986 und im Fall der anderen Gerichte Urteile aus dem ersten Halbjahr 1986 zitierten. Die Auswertung der insgesamt 1531 Zitate aus 187 Urteilen der obersten Bundesgerichte und 188 Urteilen anderer Instanzen zeigt gegenüber 1980 eine weitgehende Annäherung des Anteils der drei Klassen (siehe Abb. 6a). Etwa 90 % der Präjudizien wurden im Rahmen des „distinguishing“ herangezogen¹². Etwas geringer ist dieser Anteil bei den anderen Instanzen; der Anteil der Abweichungen ist nun bei ihnen nur noch geringfügig größer als bei den Höchstinstanzen.

Das Ausmaß der in Juris nachgewiesenen – und damit auch veröffentlichten – *nicht* kontroversen Urteile auch unterer Instanzen relativiert Schlüchters Vermutung, die konforme Jurisdiktion dieser Instanzen werde kaum veröffentlicht¹³. Andererseits wird sicher nur eine eher kleine Auswahl von Entscheidungen unterer Instanzen überhaupt veröffentlicht. Wir halten jedoch die Arbeitshypothese für plausibel, daß die fachpublizistische Aufmerksamkeit hinsichtlich des *Verhältnisses* von abweichenden und konformen Urteilen nicht zwischen Bundesgerichten und anderen Instanzen unterscheidet; ob ein Urteil veröffentlicht wird, hängt von einer Vielzahl verschiedener Faktoren ab, von denen die Qualität des Zusammenhangs mit Präjudizien nur einer ist.

Offen ist, ob Schlüchters Behauptung auf die zahlreichen nicht veröffentlichten Urteile unterer Instanzen zutrifft. Es ist jedoch auf jeden Fall fragwürdig, von Anpassung der Rechtsprechung an obergerichtliche Jurisdiktion zu sprechen und eine unkritische Rezeption zu insinuieren, wenn lediglich eine Grundstruktur unseres Rechtssystems, nämlich seine Einheitlichkeit, beobachtet wird.

¹² Der große Unterschied der Mengen der Zitate 1980 und 1988 beruht darauf, daß 1980 der Anteil der im Dokumentationssystem nicht nachgewiesenen Qualifizierungen von Zitaten wesentlich größer ist. Es wurden jedoch nur kategorisierte Zitate berücksichtigt. Repräsentativität läßt sich vermuten; in keinem Fall werden die Minimalwerte für szientometrische Stichproben nach Keitz unterschritten (*Wolfgang von Keitz*, Erfahrungen mit EXTRACT SHOW für szientometrische Analysen online-erfaßter Datenpools, in: *Von der Information zum Wissen – Vom Wissen zur Information*, hrsg. von Hilde Strohl-Goebel, Weinheim 1988, S. 202 – 220).

¹³ *Schlüchter* (FN 1).

"So auch" oder "Entgegen"? Präjudizien bei Obersten Bundesgerichten und anderen Gerichten im Vergleich, 1988

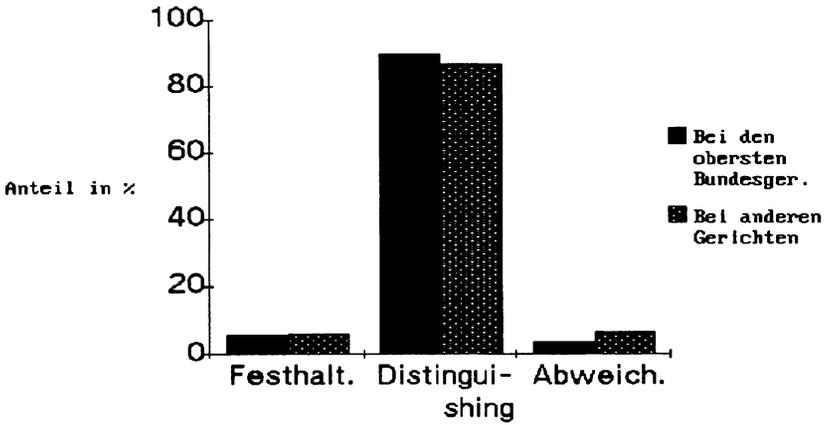


Abb. 6: Präjudizien bei obersten Bundesgerichten und anderen Gerichten im Vergleich, 1980

"So auch" oder "Entgegen"? Präjudizien bei Obersten Bundesgerichten und anderen Gerichten im Vergleich, 1980

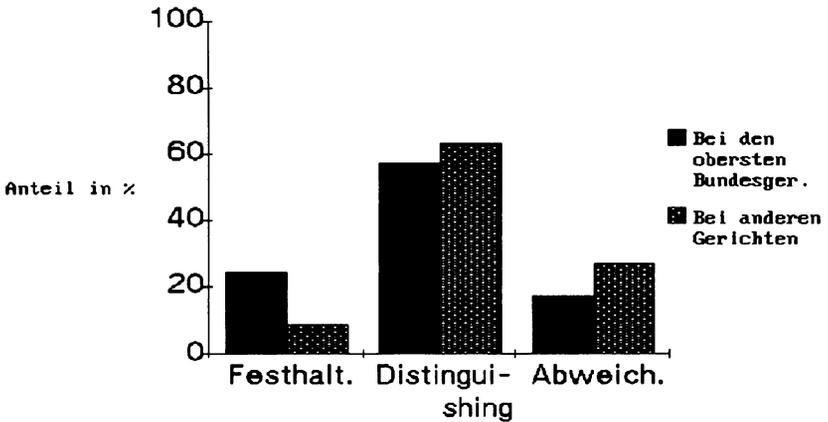


Abb. 6a: Präjudizien bei obersten Bundesgerichten und anderen Gerichten im Vergleich, 1988

Das Ergebnis läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Soweit ihre Urteile veröffentlicht werden und soweit sie sich mit der Rechtsprechung anderer Gerichte explizit auseinandersetzen, unterscheiden sich untere Instanzen nicht wesentlich im Ausmaß ihrer Konformität oder Nonkonformität von den obersten Bundesgerichten.

Selbstverständlich könnte die eben vorgestellte Analyse der „Innovationsfreundlichkeit“ weiter differenziert werden. So wären beispielsweise Gerichtstypen weiter aufzuschlüsseln; man könnte Gerichte desselben Typs anhand unterschiedlicher sozioökonomischer Zuordnungen vergleichen usw.¹⁴. Geht man ferner von der Annahme aus, daß das große Ausmaß der Kasuistik beispielsweise im Bereich des Finanz- und Abgabenrechts auf große Rechtsunsicherheit hindeutet, ist es naheliegend, auch mit einem größeren Ausmaß von Abweichungen von Präjudizien anderer Gerichte zu rechnen. Dies ließe sich anhand entsprechender Daten empirisch nachprüfen.

Untersuchungen dieser Art wären nicht nur von rechtssoziologischem Interesse, sondern dienen auch umgekehrt der Erhärtung des Instruments der Zitationsanalyse – hier angewandt auf die juristische Fachkommunikation¹⁵. Dies bietet sich insbesondere deshalb an, weil die Vermutung besteht, daß in Urteilen *präziser* zitiert wird als im wissenschaftlichen Kontext. Die Ursache dürfte darin liegen, daß hier mit einer kritischen Nachprüfung des argumentativen Werts jedes einzelnen Präjudizes gerechnet werden muß – ohne Zweifel ein starker Kontrollmechanismus. Zitationsanalysen im juristischen Bereich würden es erlauben, spezifische Merkmale eines besonders stark normierten und kontrollierten Zitationsverhaltens herauszukristallisieren¹⁶.

Ausblick

Das in Form von Rechtsdatenbanken bereitstehende Potential an Daten erlaubt es nicht nur, Aspekte der Rechtswirklichkeit auf neuartige Weise zu beleuchten, sondern auch, an theoretische Modelle anzuknüpfen, in denen

¹⁴ Ein Versuch in diese Richtung: *Peter Harris*, Ecology and culture in the communication of precedent among state supreme courts 1870 - 1970, in: *Law and Society Review* 19 (1985), S. 449 - 486.

¹⁵ Zitationsanalysen sind mittlerweile in Sozial- und Naturwissenschaften vor allem im angloamerikanischen Raum zu einer Standardmethode herangereift, deren Anwendungsmöglichkeiten wie Grenzen nun schon gut beurteilt werden können. Standardwerk: *Eugene Garfield*, Citation indexing. Its theory and application in science, technology, and humanities, New York 1979 u. ö. Als einzige deutschsprachige monographische Übersicht sei empfohlen: *Peter Weingart/Matthias Winterhagen*, Die Vermessung der Forschung, Theorie und Praxis der Wissenschaftsindikatoren, Frankfurt/M. 1984, insbesondere Kap. IV u. VI. Als Übersicht aus der angesprochenen informations- sowie kommunikationswissenschaftlichen Perspektive: *Christine L. Borgmann*, Bibliometrics and scholarly communication, in: *Communication Research* 16 (1989), S. 583 - 599.

¹⁶ Eine neuere Arbeit hierzu: *Peter Clinch*, The use of authority: citation patterns in the English courts, in: *Journal of Documentation* 46 (1990), S. 287 - 317, mit weiteren Literaturhinweisen.

beispielsweise davon ausgegangen wird, daß es sich bei Präjudizien um ein formal mit einem Kapitalstock vergleichbares Phänomen handle, das einem Abwertungssatz unterliege¹⁷. Wie auch immer man der hier zum Ausdruck kommenden ökonomischen Theorie des Rechts gegenüberstehen mag, die vorhandenen Daten böten genügend Anhaltspunkte, um solche Überlegungen auch in Deutschland systematisch mit empirischen Gegebenheiten zu konfrontieren.

Wir wollen abschließend noch eine weitere Nutzungsmöglichkeit der in Juris verfügbaren Informationen zur Sprache bringen. Während bei uns vor allem organisatorische, ökonomische und ähnliche Faktoren als Hindernisse der breiteren Nutzung elektronischer Informationsspeicher diskutiert werden, wendet man bestimmten Mängeln des „Information Retrieval“ als solchem wenig Aufmerksamkeit zu, anders als in den angelsächsischen Ländern¹⁸. Es dürfte jedoch wenig Zweifel daran geben, daß das begriffsorientierte Retrieval mit Booleschen Operatoren teilweise zu sehr mangelhaften Rechercheergebnissen (insbesondere Recall) führt. Ebenso wenig Zweifel gibt es daran, daß das Retrieval über Zitationsbeziehungen zumindest *eine* erfolgversprechende Verbesserungsmöglichkeit darstellt¹⁹, insbesondere vor dem Hintergrund, daß – wie bereits angedeutet – bei Zitaten im gerichtlichen Kontext eine besondere kritische und überlegte Auswahl unterstellt werden kann. Wir hoffen, hier quantitative Anhaltspunkte für Möglichkeiten gegeben haben, Zitationsrelationen *systematisch* als Instrument des juristischen Information Retrieval einzusetzen, wie es neuerdings beispielsweise in den CD-ROM-Ausgaben des bekannten „Science Citation Index“ unter dem Suchbefehl „Related records“ geschieht²⁰.

¹⁷ Siehe *William M. Landes/Richard A. Posner*, Legal precedent: A theoretical and empirical analysis, in: *The Journal of Law & Economics* 19 (1976), S. 249 - 307.

¹⁸ Wo man diese Probleme schon früh diskutierte; und wo diese Probleme Anfang der 60er Jahre zur Gründung des größten bibliographischen Dienstleistungsunternehmens der Welt führten, dem schon erwähnten Science Citation Index des Institute for Scientific Information in Philadelphia.

¹⁹ Vgl. *Colin Tapper*, Citations as a tool for searching law by computer, in: *Computer science and law*, ed. by Bryan Niblett, Cambridge 1980, S. 209 - 217, und weitergehend: *Richard K. Belew*, A connectionist approach to conceptual information retrieval, in: *Proceedings of the 1st International Conference on Artificial Intelligence*, New York 1987, S. 116 - 126; *Daniel E. Rose/R. K. Belew*, Legal information retrieval, A hybrid approach, in: *Proc. of the 2nd Intern. Conf. on Artificial Intelligence*, New York 1989, S. 138 - 146; *Philipps*: Per una banca di dati „più giuridici“: Le possibilità di accrescere la qualità del retrieval, in: *Diritto e CD-ROM*. A cura di Mario G. Locano e L. Philipps, Milano 1990, S. 3 - 18.

²⁰ Die CD-ROM-Speichertechnologie bietet sich hier an: „online“ ist dieser Befehl im Science Citation Index nicht verfügbar.