

Dr. Dr. Hanjo Hamann, Berlin/Bonn*

Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung

Wen interessiert schon, was Instanzgerichte entscheiden? Die Frage klingt provokant – hat doch jedes Gerichtsverfahren mindestens zwei Beteiligte, die sich lebhaft dafür interessieren, was „ihr“ Instanzgericht entscheidet. Mitunter interessieren sich – wie beim Telekom-Börsengang oder zuletzt den Dieselfällen – sogar ganze Völkerscharen für den Ausgang eines Verfahrens.

Zugleich ist die Frage ernst gemeint: Die institutionell organisierte Praxis des Rechts hat einen blinden Fleck, denn Präjudizien¹ der Instanzgerichte werden in einem Maße geringgeschätzt,² das nicht nur Rechtslaien erstaunen muss. Drei Fragen ist hier nachzugehen: *Wie kann das sein?* Warum stagniert der publizierte³ Anteil der Rechtsprechung seit mindestens fünfzig Jahren, obwohl seither der Mikroprozessor erfunden und die Präjudizienpublikation zur gerichtlichen Amtspflicht erhoben wurde? (dazu I.) *Soll das so sein?* Oder sollten juristische Akteure (nicht trotz, sondern) wegen ihrer verschiedenen Motivlagen und Interessen darüber besorgt sein, dass Gerichte inzwischen sogar in China sechshundert Mal so transparent judizieren wie in Deutschland? (II.) *Warum nicht?* Was spricht heute noch dagegen, Gerichtsentscheidungen grundsätzlich und flächendeckend zu publizieren? (III.)

I. Das Paradox der prekären Präjudizienpublizität

Gerichtsentscheidungen sind gemeinfrei. So will es § 5 Abs. 1 Var. 5 UrhG, wonach „amtliche [...] Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen [...] keinen urheberrechtlichen Schutz“ genießen. Die Vorschrift geht zurück auf das kaiserliche Gesetz Nr. 2778 von 1901, das Abdruck (§ 16 LUG) und Verbreitung (§ 26 LUG) „von Gesetzbüchern, Gesetzen, Verordnungen, amtlichen Erlassen und Entscheidungen sowie von anderen zum amtlichen Gebrauche hergestellten amtlichen Schriften“ zulässig machte.⁴ Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber erweiterte diese

bloße Urheberrechtsschranke 1965 zur völligen Urheberrechtsfreiheit – für gerichtliche Entscheidungen und amtliche Leitsätze, da „das öffentliche Interesse die möglichst weite Verbreitung solcher Werke erfordere“:

„Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, daß zugleich mit den Entscheidungen auch die amtlich verfaßten Leitsätze vervielfältigt und der Öffentlichkeit mitgeteilt werden dürfen.“⁵

Damit war erfunden, was heute „Open Legal Data“ heißt.⁶ Doch sichert allein die rechtliche Zulässigkeit freier Nachnutzung tatsächlich die „möglichst weite Verbreitung solcher Werke“? Ein Vergleich von normativem Anspruch (1.) und empirischer Wirklichkeit (2.) weckt Zweifel: Die Präjudizienpublizität ist in geradezu paradoxer Weise prekär, weil Gerichte die Definitionsmacht darüber behalten, was einer Veröffentlichung „würdig“ oder „unwürdig“ sei (3.).

1. Normativer Anspruch: Entscheidungspublikation als Amtspflicht

Die Forderung nach „vollständigen [...] Entscheidungssammlungen“, die „die gesamte Judikatur enthalten“, ist älter als das Grundgesetz,⁷ und es ist längst anerkannt, dass Gerichte aller Instanzen ihre Entscheidungen öffentlich verfügbar machen müssen:

a) Vor genau dreißig Jahren musste das *Bundespatentgericht* entscheiden, ob eine Sozietät von Rechtsanwälten einen im „Warenzeichenbeschwerdeverfahren ergangenen, nicht veröffentlichten Beschluss“ übersandt verlangen durfte, obwohl eine Verfahrensbeteiligte der vermeintlichen Akteneinsicht widersprach.⁸ Der 27. Senat des BPatG verwies auf die schon damals „gängige Praxis“ vieler Gerichte, anonymisierte Entscheidungen auch ohne Akteneinsichtsrecht zu versenden,⁹ und folgte einer „jüngeren Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle“, wonach „insbesondere Instanzgerichte verpflichtet seien, ihre Entscheidungen in angemessener Weise zu veröffentlichen“.¹⁰ Dem folgte auch der 26. Senat des BPatG kurz darauf „aus gegebener Veranlassung“ und stützte in einer „Entschließung“ als erstes Bundesgericht die „allgemein verbreitete [...] Publikation neutralisierter Gerichtsentscheidungen“ auf einen förmlichen „Rechtsanspruch auf Unterrichtung über eine gerichtliche Entscheidung“.¹¹

b) Zur gleichen Zeit schwelte im Steuerrecht bereits seit Jahren ein folgenreicher Konkurrentenstreit: Der Düsseldorf markt intern-Verlag als Herausgeber des Informations-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn und externer Habilitand an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag wurde angeregt durch ein Fellowprojekt der Daimler und Benz Stiftung und ausgearbeitet als Senior Fellow am Deutschen Internet-Institut (Weizenbaum-Institut) in Berlin. Für hilfreiches Feedback danke ich *Herbert Zech* und den Teilnehmern des Weizenbaum Colloquiums am 8. 12. 2020, *Christian Wolf* und anderen Teilnehmern des Heidelberger Arbeitskreises der Rechtslinguistik am 29. 1. 2021, sowie *Til Martin Bußmann-Welsch*, *Elke Brebm*, *Paul Eberstaller*, *Seán Fobbe*, *Dirk Hartung*, *Daniel Hürlimann*, *Andreas Knobelsdorf*, *Bettina Rentsch* und *Jochen Zenthöfer*. Der Beitrag von *Thiele ÖstRiZ* 1999, 215 konnte hier nicht berücksichtigt werden, weil aufgrund ungekennzeichneter Textübernahmen aus *Albrecht CR* 1998, 373 ein wissenschaftliches Fehlverhalten nicht ausgeschlossen werden kann.

1 „Präjudiz“ meint hier jede verkündete Gerichtsentcheidung; zur rechtstheoretischen Debatte um deren Verbindlichkeitsanspruch für künftige Rechtsprechung siehe noch unten bei Fn. 60.

2 Bezeichnend etwa die Zitate unten bei Fn. 138.

3 Von „veröffentlicht“ kann nach der Theorie der öffentlichen Güter nicht gesprochen werden, dazu unten bei Fn. 24.

4 Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. 6. 1901, RGBL. 1901, Nr. 27, S. 227, 230, 232.

5 Begründung zu § 5 UrhG-RegE v. 23. 5. 1962, BT-Drs. IV/270, S. 39.

6 So treffend *Fobbe* VOTUM 1/2021, 21 (abrufbar unter <doi.org/10.5281/zenodo.4646697>).

7 So *Wengler* JR 1949, 298, 299 mit Blick auf die „Fragen einer zukünftigen deutschen Verfassung“; zur Rechtslage in Österreich demnächst *Eberstaller* in: *Zugang zum Recht* (JTÖR 61), 2022.

8 *BPatG*, Beschluss v. 23. 4. 1991 – 27 ZA (pat) 19/91 = *BPatGE* 32, 133.

9 *BPatG* (Fn. 8), S. 135 mit Verw. auf *Leistner*, Über die Veröffentlichungspraxis oberster und höherer Gerichte in Westeuropa, 1975, S. 14, 18, 20, 23.

10 *BPatG* (Fn. 8), S. 134 mit Verw. auf die „ausführliche Begründung“ unter „Hinweis auf einschlägige Rechtsprechung“ in *OLG Celle*, Beschluss v. 12. 6. 1990 – 1 VAs 4/90 = <openjur.de/u/258907.html>.

11 *BPatG*, Entschließung v. 29. 7. 1991 = *BPatGE* 31, 172 – der Anlass ließ sich nicht rekonstruieren.

briefes „steuertip“ beanspruchte seit mindestens 1986 von deutschen Finanzgerichten die Belieferung mit denselben Entscheidungen, die der konkurrierende Stollfuß-Verlag für seine Fachzeitschrift „Entscheidungen der Finanzgerichte“ (EFG) exklusiv erhielt.¹² Der Streit wurde bundesweit mehrfach gerichtskundig, bevor der 6. Senat des *Bundesverwaltungsgerichts* 1997 in einer „immer noch seltenen Kehrtwendung“¹³ eine „Rechtspflicht der Gerichtsverwaltung zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen [...] auch für die Instanzgerichte“ anerkannte.¹⁴ Diese Pflicht leitete er aus dem „Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot“, dem „Grundsatz der Gewaltenteilung“ sowie aus der „Gemeinfreiheit von Gerichtsentscheidungen und amtlichen Leitsätzen“ und „der Öffentlichkeit gerichtlicher Verhandlungen und Urteilsverkündungen“ her.¹⁵ Die frühere BPatG-Entscheidung erwähnte er nicht, dafür aber die „nahezu unumstrittene Meinung“ der Oberlandesgerichte (München, Bremen, Celle, Berlin) „und in der Literatur“.¹⁶

c) Knapp zwanzig Jahre später wurde 2015 auch das *Bundesverfassungsgericht* mit der Frage befasst. Die Verlagsgruppe Handelsblatt beanspruchte von der Thüringer Justizverwaltung die Übersendung eines damals¹⁷ noch nicht rechtskräftigen Strafurteils des Meininger Landgerichts gegen den früheren Landesinnenminister Köckert wegen Vorteilsannahme und Abgeordnetenbestechung, das seinerzeit große öffentliche Aufmerksamkeit erregte. Nach dem Auskunftsbegehren des Handelsblattes stritt man über die presserrechtliche Abwägung zwischen der Berichterstattung über Personen des öffentlichen Lebens und der sachgemäßen Durchführung des Berufungsverfahrens.¹⁸ In der hier interessierenden Frage indes waren sich alle angerufenen Gerichte einig: Beide Verwaltungsgerichte und die stattgebende Kammer des BVerfG stützten sich jeweils auf das frühere BVerwG-Urteil und die „Verpflichtung der Justiz zur Veröffentlichung gerichtlicher, die [Ö]ffentlichkeit interessierender Entscheidungen“.¹⁹ Diese „Rechtspflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen“ hielten die Verfassungsrichter Gaier, Masing und Baer bereits für „allgemein anerkannt“.²⁰

d) Zwei Jahre nach dem BVerfG schwenkte auch der *Bundesgerichtshof* auf die vorgezeichnete Linie der Bundesgerichte ein. Vorangegangen war ein Schadensersatzurteil gegen eine Bank in Frankfurt/M. „wegen fehlerhafter Anlageberatung“: Die Bank hatte in zweiter Instanz die Berufung

zurückgenommen, nachdem das OLG Frankfurt auf deren „beabsichtigte Zurückweisung [...] hingewiesen“ hatte, und wollte anschließend verhindern, dass Rechtsanwälte, die „eine Reihe von Verfahren“ mit jeweils „vergleichbarer Fallgestaltung“ führten, diesen Hinweisbeschluss zu sehen bekommen.²¹ Dem erteilte der BGH in letzter Instanz eine Absage unter Berufung auf die frühere Judikatur der Bundesgerichte und erkannte seinerseits „eine Rechtspflicht der Gerichtsverwaltung zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen“ an, die auch „nicht auf rechtskräftige Entscheidungen beschränkt“ sei.²²

2. Empirischer Befund: Entscheidungspublikation als Ausnahmefall

Trotz der skizzierten bundesgerichtlichen Judikatur konstataren Rechtswissenschaftler und Journalisten: „Verbreitet ist noch immer der Irrtum, dass gerichtliche Entscheidungen nur in Ausnahmefällen herausgegeben werden müssen.“²³

Zieht man die Theorie der öffentlichen Güter heran, lassen sich drei Grade von Ausschließbarkeit unterscheiden: „öffentliche Güter“ sind jedermann frei zugänglich, „Klubgüter“ nur einem privilegierten Nutzerkreis, während „private Güter“ individueller Zugangssteuerung unterliegen.²⁴ Nach dieser Theorie zerfallen Präjudizien in *veröffentlichte* (etwa unter <www.rechtsprechung-im-internet.de>), die wegen § 5 Abs. 1 UrhG frei nachnutzbar sind; *private*, deren Inhaber (Verfahrensbeteiligte oder – wie unten in 3. c – die Staatsanwaltschaft) die Macht über den Zugang ausübt; sowie *Klub-Präjudizien* (v. a. in kostenpflichtigen Datenbanken wie juris und Beck Online), deren Exklusivität primär auf § 87a Abs. 1 Satz 1, § 95a Abs. 1 UrhG beruht.

Übersetzt in diese Kategorien, musste sich ein Senat des BGH noch 2018 vorrechnen lassen, dass sechs Prozent seiner begründeten Entscheidungen nach wie vor *privat* bleiben und weitere zwei Prozent nur als *Klubgut* (in juris) bereitstehen.²⁵ Wenn schon ein oberster Gerichtshof mit der Öffentlichkeitswirkung des BGH und der ausgesprochenen Rechtsüberzeugung, dass Präjudizien öffentlich sein müssen, jede zwölfte Entscheidung davon ausnimmt – wie stellt sich die Situation dann bei Instanzgerichten dar? Behalten *Coupette* und *Fleckner* recht, dass „die Frage [...] eine größere Dimension“ hat „als viele Juristen vermuten dürften“?²⁶

Tatsächlich wird die Publizität der Instanzrechtsprechung (ob als Klubgut oder öffentlich) seltener untersucht als die der höchstrichterlichen Judikatur.²⁷ Immerhin eine

¹² Damalige Praxis geschildert in *OVG Bremen*, Urteil v. 25. 10. 1988 – 1 BA 32/88 = <openjur.de/u/196429.html>, Rn. 4f., wonach Stollfuß einen Finanzrichter als „EFG-Vertrauensmann“ sowie den Gerichtspräsidenten als „Hauptschriftleiter EFG“ bezahlte, der zugleich die „Anfragen anderer Fachzeitschriften nach vergleichbarer Belieferung [...] seit Jahren abschlägig“ beschied.

¹³ *Huff* NJW 1997, 2651.

¹⁴ *BVerwG*, Urteil v. 26. 2. 1997 – 6 C 3.96 = <openjur.de/u/86548.html>, Rn. 26, 30.

¹⁵ *BVerwG* (Fn. 14), Rn. 27–30.

¹⁶ *BVerwG* (Fn. 14), Rn. 26 m. w. N.

¹⁷ Inzwischen *BGH*, Urteil v. 17. 3. 2015 – 2 StR 281/14 = <lexetius.com/2015,1270>; *LG Meiningen*, Urteil v. 15. 12. 2015 – 2 KLs 620 Js 27 798/11, vergänglich angefragt (dazu unten 3. c).

¹⁸ Ersteres überwog laut *OVG Weimar*, Beschluss v. 13. 3. 2015 – 1 EO 128/15 = <openjur.de/u/764667.html>, Rn. 20f., das die „Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten“ gefährdet sah. Anders das *BVerfG*, Kammerbeschluss v. 14. 9. 2015 – 1 BvR 857/15 = <lexetius.com/2015,3241>, Rn. 24, weil es auch „um strafrechtliche Vorwürfe geht, die aufgrund der geschützten Rechtsgüter [...] im öffentlichen Interesse liegen“.

¹⁹ *OVG Weimar* (Fn. 18), Rn. 17; zuvor schon *VG Meiningen*, Beschluss v. 25. 2. 2015 – 8 E 464/14 Me = <openjur.de/u/767702.html>, Rn. 27.

²⁰ *BVerfG* (Fn. 18), Rn. 16; enger Rn. 20: „weithin anerkannt“.

²¹ *BGH*, Beschluss v. 5. 4. 2017 – IV AR (VZ) 2/16 = <lexetius.com/2017,980>, Rn. 2f.; allgemein zur „prozesstaktischen Flucht aus der Revision, die sich bis dato insbesondere im Banken- und Versicherungsbereich einiger Beliebtheit erfreut“ jüngst *Voß* JZ 2020, 286, 287.

²² *BGH* (Fn. 21), Rn. 17, 19; zu Strafsachen allerdings unten Fn. 44.

²³ *Putzke/Zenthöfer* NJW 2015, 1777, 1783.

²⁴ Allgemein dazu *Magen*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, Rn. 221–227; ausführlich *Engel* (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998.

²⁵ So für den XI. Zivilsenat *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379, 382 (errechnet aus Abb. 1: (136 + 49)/2247). Die deutlich geringere, ebd. S. 381 berichtete Veröffentlichungsquote „zwischen 9,4 % (2015) und 31,2 % (2009)“ bezog sich auf „alle erledigten Verfahren“ – also auch solche, die ohne Entscheidung beendet wurden.

²⁶ *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379, 381; neuerer „call for action with regard to access to information“ auch bei *Beckedorf/Hartung/Sittig*, in: *Whalen* (Hrsg.), *Computational Legal Studies*, 2020, S. 328, 337; jüngst auch *Heese*, in: *Festschrift für Herbert Roth*, 2021, S. 283, 284: „Tatsächlich fehlt in der breiten Fachöffentlichkeit ein Stück weit das Problembewusstsein.“

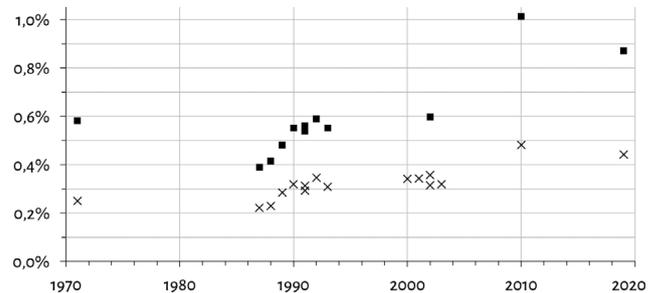
²⁷ Dazu neben *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379 auch jede der unten in Fn. 30–33 zitierten Studien sowie etwa *Walker*, in: *Standort Juris. Fest-*

Handvoll Studien hat sich seit 1971 jedoch um diese Frage verdient gemacht.²⁸ Obwohl diese Studien in Erkenntnisinteresse und Umfang stark variierten, verwendeten sie über ein halbes Jahrhundert hinweg nahezu die gleiche Methodik und dokumentierten auch detaillierte Rohdaten, so dass sich diese Daten nachträglich zusammenführen, für neuere Erhebungszeitpunkte (2002, 2010 und 2019) replizieren und vergleichbar machen ließen. Um diesen Vergleich so transparent und nachvollziehbar wie möglich zu gestalten, wurden die Rohdaten zunächst in eine Excel-Tabelle übertragen, bevor eine gemeinsame Metrik errechnet wurde, um die Daten im Zeitverlauf zu untersuchen.

Als Vergleichsmetrik dient der Quotient zwischen der absoluten Anzahl von zumindest als Klubgut bereitgestellten Entscheidungen eines Gerichts (meist anhand der juris-Datenbank²⁹) und dessen amtlich berichteten Erledigungszahlen (meist aus Statistischen Jahrbüchern oder der Justizstatistik). Dieser Quotient hieß anfangs „Publikationsquote“,³⁰ später „Dokumentationsdichte“,³¹ „Veröffentlichungsrate“ oder „Publikationsrate“³² und zuletzt „Publikationsdichte“. ³³ Diese uneinheitliche Nomenklatur erklärt vielleicht, warum der Quotient bislang nicht dafür entdeckt wurde, Studienresultate im Zeitverlauf zu vergleichen. Denn obwohl die zitierten Studien unterschiedlich zugeschnitten waren, erlaubten sie alle die Errechnung eines solchen Quotienten zumindest für die ordentliche Gerichtsbarkeit – meist nicht nur anhand der Gesamtzahl aller Erledigungen (sog. „formaler“ Quotient),³⁴ sondern auch anhand der Erledigungen, „die sich überhaupt zur Veröffentlichung eignen“ (sog. „bereinigter“ Quotient).³⁵ Diese Bereinigung variierte im Detail, lief aber stets darauf hinaus, die Zahl *begründeter* Entscheidungen ins Verhältnis zu setzen zur Gesamtzahl *streitiger* Entscheidungen.³⁶ Führt man die bisherigen Daten nun zu-

sammen und ergänzt sie um aktuell verfügbare Daten aus Justizstatistik und juris-Datenbank, so entsteht folgendes Bild:

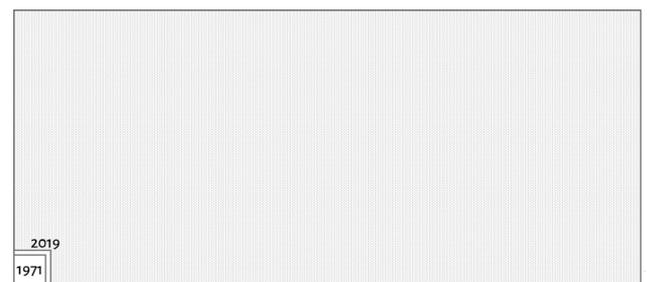
Abb. 1: Publikationsdichte formal (x) und bereinigt (■) seit 1971 für die ordentliche Gerichtsbarkeit



Anm.: Daten und Literaturnachweise sind im Repository <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-64888-p0011-9> zur freien Nachnutzung hinterlegt: <doi.org/10.17176/20210506-123319-0>. Wo verschiedene Autoren divergierende Werte für dasselbe Jahr berichteten, wurden mehrere Werte abgetragen.

Die vorstehende Grafik belegt dreierlei: Erstens scheint die verwendete Metrik sehr zuverlässig (reliabel) zu sein, da verschiedene Autoren zu ähnlichen Werten kamen, wo sich Erhebungszeiträume überlappten (1991 und 2002). Zweitens laufen der formale und bereinigte Quotient durchweg parallel (sie korrelieren), da schon immer ein etwa doppelt so hoher Anteil der streitigen Entscheidungen wie aller Erledigungen bereitgestellt wurde. Drittens schließlich – und das ist für die vorliegende Frage entscheidend – blieben beide Quotienten seit dem Jahr der Erfindung des Mikroprozessors (1971) nahezu unverändert: Selbst der bereinigte Quotient stieg in keinem untersuchten Jahr über 1,01 %. Um zu verdeutlichen, was das für die Entwicklung der Publizität deutscher Präjudizien über die letzten fünfzig Jahre hinweg bedeutet, stellt die folgende Grafik diese Quoten als Flächenanteile an der Gesamtzahl streitiger Entscheidungen dar.

Abb. 2: Bereinigte Publikationsdichte 1971 und 2019 als Flächenanteil an der gesamten Rechtsprechung



Anm.: Die schraffierte Fläche repräsentiert 100 % der streitigen Entscheidungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit eines Jahres, die weißen Quadrate links unten den davon jeweils bereitgestellten Anteil.

Die Grafik illustriert den im Titel dieses Beitrags annoncierten „blinden Fleck“ als schraffierte Fläche, die nicht von weißen Quadraten verdeckt ist: Mindestens 99 von 100 streitigen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte bleiben unveröffentlicht. Ein halbes Jahrhundert technischen Fortschritts hat daran so gut wie nichts geändert.

schrift zum 10jährigen Bestehen der Juris GmbH, 1996, S. 197, und *Kuntz jurPC* 189/2007 (<doi.org/10.7328/jurpcb/20072211186>); rechtsvergleichend demnächst *D'Andrea et al., Asymmetric Cross-Citations in Private Law: An Empirical Study of 28 Supreme Courts in the EU*, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 2021 (<ssrn.com/abstract=3837193>), sub „4. Transparency and ease of access to supreme court decisions“.

²⁸ Ausführlich bald *Bußmann-Welsch*, Gläserne Richter:innen? (Diss.), vssl. 2022, Kap. 2; qualitativ jüngst auch *Heese*, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 308 – 323.

²⁹ Unklar blieb, ob ältere Studien alle Suchtreffer in juris erfassten oder nur Datensätze, denen auch der Entscheidungstext beigegeben war. Für frühe Jahre ist der Unterschied erheblich: Die Abfrage im juris-Rechtsprechungsmodul „DATUM:1971 DOKTYP:*urteil“ ergab am 3.3.2021 insgesamt 4087 Urteile, davon nur 2057 mit Volltext („LANGT:ja“) – also 50,3 %. Für 2019 beträgt derselbe Anteil 98,3 %, deshalb wurden zur Nacherhebung 2002, 2010 und 2019 jeweils alle Treffer gezählt.

³⁰ *Wollschläger DRV* 1978, 1 f.

³¹ *Berkemann/Siebert CR* 1987, 385, 386; *Siebert*, in: Standort Juris (Fn. 27), S. 145, 161.

³² Beides bei *Wagner-Döbler CR* 1994, 305.

³³ *Walker*, Die Publikation von Gerichtsentscheidungen, Diss. Saarbrücken 1998 – auszugsweise veröffentlicht als *Walker jurPC* 1998, Web-Dok. 34, 36, 97 und 100 – letztes verfügbar unter <doi.org/10.7328/jurpcb/199813799> mit Links zu den drei ersten. Ebenso im Jahr 2006 *Kuntz jurPC* 169/2020, bspw. S. 36 im pdf-Dokument (<jurPC.de/jurpcbpdf/Stu die_Endfassung_022006.pdf>).

³⁴ *Siebert* (Fn. 31), 161; ausführlich *Walker jurPC* 36/1998 (<doi.org/10.7328/jurpcb/199813331>), Abs. 3: „formal, denn berücksichtigt wird weder die qualitative Publikationswürdigkeit noch der Umstand, daß in einem Verfahren auch mehrere veröffentlichungswürdige Entscheidungen (Zwischen-, Teilentscheidungen) ergehen können“.

³⁵ So *Walker jurPC* 36/1998 (Fn. 34), Abs. 25 ff.; schon Abs. 6 verwies auf „die große Zahl der Erledigungen ohne Sachaussagen sowie eine Vielzahl gleichgelagerter Routinefälle vor den ordentlichen Gerichten“.

³⁶ *Wollschläger DRV* 1978, 1 erhob für den Nenner des Quotienten die Zahl der „rechtsbegründeten Erledigungen“, *Walker jurPC* 36/1998 (Fn. 34), Abs. 27 die Zahl streitiger Urteile (und für den Zähler die in juris publizierten Urteile), *Wagner-Döbler CR* 1994, 305 die Zahl aller Urteile

und Beschlüsse (und für den Zähler alle in juris enthaltenen Urteile und Beschlüsse); die eigene Nacherhebung folgt *Walker*.

3. Des Paradoxons Kern: Die sogenannte „Veröffentlichungswürdigkeit“

Wie erklärt sich diese paradoxe Divergenz zwischen Anspruch und Wirklichkeit der Präjudizienpublizität? Durch das kleine Attribut „veröffentlichungswürdig“, das alle Bundesgerichte für den Rechtsanspruch auf Zugang zu Entscheidungen voraussetzen. Seine selbstverständliche Schlichtheit (warum sollte publiziert werden, was einer Publikation nicht *würdig* ist?) verdeckt eine trügerische Zirkularität. Denn wonach entscheidet sich, was *würdig* ist? Warum sollte ein Rechtsstreit, der den Parteien die Prozesskosten *wert* war und der von einem steuerfinanzierten Staatsbeamten „im Namen des Volkes“ beendete wurde, der Öffentlichkeit desselben Volkes nicht *würdig* sein?

Gleichwohl hält kein Bundesgericht das Erfordernis der Veröffentlichungswürdigkeit bislang für rechtfertigungsbedürftig. Genügen soll immerhin, dass die „Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann“, was „in der Regel bei entsprechenden Anfragen aus der Öffentlichkeit“ anzunehmen sei.³⁷ Doch ein näherer Blick in die Publikationspraxis zeigt immer wieder, „daß es nicht die Veröffentlichungswürdigkeit einer Gerichtsentscheidung allein sein kann, die den Ausschlag für oder gegen eine Publikation gibt“.³⁸ Wo „Wissenschaftler in die gesamte Rechtsprechung eines Gerichtes Einblick nehmen“, habe sich schon mancher „dahingehend geäußert, daß er kein Kriterium erkennen konnte dafür, warum etwas veröffentlicht war“.³⁹

„Wie kommt ein Richter dazu, sein Judikat für veröffentlichungswürdig zu halten? (Hier spielen eine ganze Reihe anderer Fragen hinein: Wie steht der betreffende Richter innerhalb seines Spruchkörpers, wenn er mit der von ihm verfaßten Entscheidung an die Öffentlichkeit tritt? Wie sieht es aus, wenn gerade diese Entscheidung gefällt wurde, um der Vorlagepflicht zu entgehen? Ganz abgesehen von der normativen Frage: Handelt es sich etwa um Grundsätzliches?)“⁴⁰

Wie gering die Justiz jedenfalls die durch „Anfrage aus der Öffentlichkeit“ dokumentierten Interessen tatsächlich schätzt, belegen bereits die Recherchen für diesen Text. Denn trotz größter Mühen ließ sich für keine der oben (I. 1.) zitierten Entscheidungen pro Präjudizienpublizität auch nur deren Verfahrensgang rekonstruieren:

a) Einer der Beschlüsse des BPatG, die erstmals einen Rechtsanspruch auf Präjudizienpublizität begründeten (Az. 27 ZA (pat) 3/91), wurde vom 26. Senat in der BPatGE-Sammlung ausdrücklich zitiert. Dennoch hielt man ihn wohl nicht für veröffentlichungswürdig, sondern vernichtete ihn (laut Auskunft aus dem Gericht) zusammen mit der Akte. Das unterstreicht die andernorts berichtete Beobachtung, „daß auch nicht veröffentlichte Entscheidungen von den Gerichten immer wieder als Beleg in späteren Entscheidungen zitiert werden“, so dass eine „Zuordnung in ‚veröffentlichungswürdig‘ und ‚nicht veröffentlichungswürdig‘ nur sehr unvollständig möglich ist“.⁴¹

b) Auch eine Entscheidung des VG Düsseldorf – das der Verlag intern angerufen hatte (Az. 15 K 5966/85), bevor er 1997 die wegweisende Entscheidung des BVerwG erstritt – wurde nach Auskunft des Gerichts „nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist bereits vernichtet“; sogar die nachfolgende Berufungsentscheidung des OVG Münster (Az. 13 A 946/87) ist laut Verfahrenspflegestelle „nicht

mehr auffindbar“. Das belegt, dass „sich die Einschätzung bezüglich der ‚Wichtigkeit‘ einer Entscheidung im Laufe der Zeit ändern“ kann.⁴² Womöglich schließt sich eine jahrzehntelange Serie von Rechtsstreitigkeiten an, die auch zig Jahre nach den ersten Entscheidungen noch zum Wiederaufleben des Interesses an der frühen Judikatur führt.

c) Vergeblich blieb auch mein Versuch, das vom BVerfG 2015 an das Handelsblatt herausgegebene Strafurteil einzusehen. (Az. „620 Js 27798/11-1 Kls“ laut juris, „600 Js 27798/11 I Kls“ laut OVG Weimar), weil nach Auffassung des betroffenen LG Meiningen „nach Abschluss des Verfahrens gemäß §§ 476, 478 StPO die Staatsanwaltschaft Meinungen zu entscheiden“ habe. Damit wurde also just jenes „umständliche und zeitraubende Akteneinsichtsverfahren“ erforderlich, das schon das BPatG dreißig Jahre zuvor für entbehrlich erklärt hatte und das der BGH 2017 „weder unmittelbar noch entsprechend“ angewendet sehen wollte.⁴³ Anders indes der Fünfte Strafsenat des BGH,⁴⁴ der die Praxis des LG Meiningen stützt, ohne dass eine Klärung durch den Großen Senat ersichtlich wäre.⁴⁵ Mir jedenfalls erteilte der zuständige Staatsanwalt in den 15 Wochen bis zum Abschluss dieses Textes trotz Nachfrage nicht einmal eine Antwort – geschweige denn Urteileinsicht.

d) Auch die BGH-Entscheidung infolge des Schadensersatzprozesses gegen eine bis heute unbekannte Bank lässt sich nur unvollständig rekonstruieren. Der BGH zitiert kein Aktenzeichen der Vorinstanzen, und das OLG Frankfurt als Berufungsgericht redigierte sie sogar gezielt aus seinem veröffentlichten Beschluss heraus. Auf Anfrage berief man sich auf „Anonymisierungsrichtlinien des Hauses, die in bestimmten Fällen auch die Anonymisierung von Aktenzeichen vorsieht“, und verweigerte trotz wiederholten Ersuchens den Zugang zum ursprünglichen Schadensersatzurteil: Es sei eben „nicht zur Veröffentlichung vorgesehen“. Nachdem ich das ursprüngliche Aktenzeichen trotzdem rekonstruieren konnte (23 U 111/12) und eine förmliche Begründung beantragte, brach das Gericht vor sieben Wochen den Kontakt ab. Ein Schelm, wer darin die „Tendenz mancher Richter“ wiedererkennt, sich im Vertrauen auf „das fehlende Interesse der Öffentlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zu entziehen“?⁴⁶

Wenn sich also trotz monatelanger Bemühungen nicht einmal die Genese der Grundsatzentscheidungen zur Präjudizienpublizität rekonstruieren lässt: Was taugt dann die Veröffentlichungswürdigkeit als allgemeines Abgrenzungskriterium? Dass sie sich durch „Anfragen aus der Öffentlichkeit“ begründen lasse, ist jedenfalls illusorisch: Auch die Herausgeberin der „steuertip“ klagt noch fast zwanzig Jahre nach ihrem Sieg beim BVerwG vor den Verwaltungsgerichten auf die Belieferung mit Entscheidungen,⁴⁷ und ein OLG-Präsident berichtete unlängst freimütig:

„Ich bekomme fast wöchentlich Anfragen von [...] Universitäten, auch teilweise von Privaten, die eine große Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen benötigen für bestimmte Forschungsvorhaben. Die bekommen sie aber nicht.“⁴⁸

Aufgrund dieser inzwischen deutlich gewordenen Durch- und Umsetzungsdefizite spricht viel dafür, dass sich „die Veröffentlichungswürdigkeit oder -unwürdigkeit überhaupt nicht objektiv feststellen“ lässt: „Nur wenige Entscheidungen interessieren jedermann, und ebenso gibt es nur wenige Entscheidungen, die niemanden interessieren.“⁴⁹

⁴² Kuntz jurPC 12/2006, Abs. 52.

⁴³ BPatG (Fn. 11), S. 172f.; BGH (Fn. 21), Rn. 11, 15.

⁴⁴ BGH, Beschluss v. 20. 6. 2018 – 5 AR (Vs) 112/17 = <openjur.de/ur/2110287.html>, Rn. 11.

⁴⁵ Dazu schon Bußmann-Welsch jurisPR-ITR 14/2020, Anm. 5; Altenhain, Gutachten C zum 17. DJT, 2016, S. 107, 109.

⁴⁶ So Kuntz jurPC 12/2006, Abs. 28 mit Verw. auf Hirte EWIR 1997, 935.

⁴⁷ VG München, Urteil v. 22. 10. 2013 – M 22 E 13 3871 = <openjur.de/ur/679008.html>; vgl. schon Huff NJW 1997, 2651, 2653 zum offenen Widerstand des FG Berlin gegen die vermeintlich „fehlerhafte Entscheidung“ des BVerwG.

⁴⁸ Dickert, Video Roundtable: Digitalisierung des Zivilprozesses, 7. 12. 2020, 26:18–28:54, <www.youtube.be/o6tgAY4Fwg?t=1578>.

⁴⁹ Meilicke DB 1997, Beil. 1 zu H. 1, nach Fn. 14 (ohne Offenlegung der Prozessvertretung für Stollfuß: Huff NJW 1997, 2651, Fn. 6); jüngst deutlich auch Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 301–313: „Abgesang auf das Kriterium der ‚Veröffentlichungswürdigkeit‘; ebenso

³⁷ BVerwG (Fn. 14), Rn. 25, 30, 32; zust. BGH (Fn. 21), Rn. 18; zu potentiellen Interessen („haben kann“) sogleich unter II.

³⁸ Walker jurPC 36/1998 (Fn. 34), Abs. 8.

³⁹ Berger, in: Rödig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1976, S. 742, 745.

⁴⁰ Meurer, in: Rödig (Fn. 39), S. 744; aus heutiger Sicht vgl. noch unten bei Fn. 123.

⁴¹ Walker jurPC 34/1998, Abs. 161 m. w. N., in Abs. 101 auch zur (wiederholten) Berufung des BGH auf seine „ständige (unveröffentlichte) Rechtsprechung“; neuerdings auch LG Dresden, Beschluss v. 30. 8. 2006 – 3 Qs 84/06, 3 Qs 89/06, juris Rn. 24.

Gerichtsentscheidungen sollten deshalb ganz grundsätzlich publiziert werden, soweit nicht deutlich dokumentierte Gründe dagegen sprechen.

II. Plurale Perspektiven auf Präjudizienpublizität

Da Gerichte bislang auf dem verfehlten Kriterium der „Veröffentlichungswürdigkeit“ beharren, seien sie zumindest probenhalber beim Wort genommen: Welche „tatsächlichen oder mutmaßlichen Interessen der Öffentlichkeit“⁵⁰ an Präjudizien lassen sich identifizieren? Das Interesse der *allgemeinen* Öffentlichkeit ist hinlänglich durch das Informationsbedürfnis der Presse dokumentiert,⁵¹ dem schließlich auch die Entscheidungen von BVerwG und BVerfG entsprangen. Welche Interessen aber hat die *Fachöffentlichkeit* an Instanzjudikatur? Sechs verschiedene seien nun beleuchtet.

1. Rechtspraxis

Besonders engagiert zeigt sich die anwaltliche Beratungspraxis. Wie eingangs dargestellt, erstritten Rechtsanwälte bereits die Entscheidungen von BPatG und BGH. Zudem fordern sie schon lange „eine flächendeckende Publikation der Gerichtsentscheidungen“,⁵² und auf dem 70. Deutschen Anwaltstag 2019 gar „den Aufbau einer frei zugänglichen, umfassenden gerichtlichen Entscheidungsdatenbank“.⁵³ Bislang betreibt die Anwaltschaft mancherorts einen regelrechten Tauschhandel mit Präjudizien,⁵⁴ handelt also in der Währung eines Geheimwissens, das als solches gar nicht existieren dürfte. Das bekommen zunehmend auch Gerichte zu spüren. So berichtet eine Gerichtspräsidentin „von einem Wandel in der Qualität der Auskunftsanträge“:

„Nachdem vor 10–15 Jahren die Anträge der Antragsteller relativ klar und eindeutig auf eine bestimmte Auskunft oder auf eine konkrete Akte oder ein Schriftstück begrenzt gewesen seien, mehrten sich in jüngerer Vergangenheit umfassende Anträge, mit denen Zugang zu allen Informationen aus einem bestimmten Themenbereich beantragt werden.“⁵⁵

Mithin liegt größere Präjudizienpublizität nicht nur im Interesse der Anwaltschaft, sondern könnte zugleich Gerichte entlasten – von Auskunftsansprüchen ebenso wie als Arbeitserleichterung beim Abfassen eigener Entscheidungen.⁵⁶ Weitere Entlastung winkt dank höherer anwaltlicher „Prognosezuverlässigkeit“,⁵⁷ denn schon das BPatG versprach sich vor dreißig Jahren „eine durch schnellen Zugriff auf Präjudizien ermöglichte Verbesserung der Rechtsberatung im Vorfeld“ und dadurch eine „wünschenswerte Entlastung des

Gerichts“.⁵⁸ Umgekehrt mag zwar auch mangelnde Präjudizienpublizität entlastend wirken, soweit sie Rechtssuchende von der Geltendmachung ihrer Rechte „abschreckt“,⁵⁹ doch kann dies wohl kaum im rechtsstaatlichen Interesse liegen.

2. Rechtstheorie

Auch die Rechtstheorie hat ein Interesse an Präjudizienpublizität. Denn ob und inwieweit Präjudizien im (hier gebrauchten) deskriptiven Sinn auch normative Bindungswirkung entfalten, ist Gegenstand einer jahrzehntelangen rechtstheoretischen Debatte.⁶⁰ So gehört es längst zum juristischen Allgemeinwissen, dass auch das kontinentaleuropäische Kodifikationsrecht von einem „vielschichtigen Richterrecht“ überlagert wird,⁶¹ das auch ohne formellen Rechtsquellenstatus erhebliche faktische Diskursmacht entfaltet.⁶² Die Grenzziehung zwischen Gesetzes- und Präjudizienrecht ist längst fragwürdig geworden und „im Rahmen der Globalisierung verschwinden zunehmend die Unterschiede zwischen dem präjudizienorientierten Common Law und dem ursprünglich einzig dem Gesetz verpflichteten Civil Law“.⁶³

Dieser Befund lässt zwei gegenläufige Strategien zu: Entweder muss „das maßgebende Fallrecht für jedermann zugänglich“ werden,⁶⁴ so dass auch Rechtstheoretiker die Diskursstrukturen des Fallrechts nachvollziehen könnten. Oder die Publizität von Präjudizien muss zur „Reinhaltung“ des kodifizierten Rechts *erst recht* eingedämmt werden. Damit jedoch würden die rechtstheoretischen Grundfragen – was ist, was kann, was darf Richterrecht? – lediglich noch weiter in den Schatten der Intransparenz abgedrängt, und Lobbyinteressen gewinnen umso mehr Einflusspotential:

„Infolge einer unterschiedlichen Veröffentlichungspraxis und Dokumentation haben Grundsatzentscheidungen, die Belange gut organisierter Gruppen berühren [...] eine größere Chance, zum Richterrecht zu erstarken als Entscheidungen, die sich mit den Rechten schwächerer Schichten und Gruppen befassen.“⁶⁵

Dieser Effekt lässt sich deutlich an der oben skizzierten BGH-Entscheidung von 2017 beobachten: Die wegen Anlegerschädigung verurteilte Bank spekulierte zwar auf einen öffentlichkeitswirksamen Freispruch durch das OLG; als sich aber das Gegenteil abzeichnete, ließ sie die Öffentlichkeit aussperren. Mit Erfolg bis heute (s. o. I. 3. d).

Geheimniskrämerei – das zeigt auch die Intransparenz der gewerblichen Streitschlichtung immer wieder – ist kein guter Lehrmeister für die Rechtsentwicklung.⁶⁶ Sie befördert „medienwirksame Desinformation“, wie jüngst im Diesel-

ders. JZ 2021, 665, 671, in diesem Heft) zur „Veröffentlichungswürdigkeit als zunehmend entbehrlichem Funktionsvorbehalt“.

⁵⁰ BVerwG (Fn. 14), Rn. 30.

⁵¹ Vgl. schon Putzke/Zenthöfer NJW 2015, 1777, und Zenthöfer myops 23/2015, 38 und 31/2017, 56.

⁵² Scherf jurPC 12/2006 (<doi.org/10.7328/jurpcb/20062119>), Vorwort Abs. 9, und weiter: „Das Verhältnis Entscheidung und Publikation muss sich einem Verhältnis von 1:1 annähern“.

⁵³ Fusbahn IPRB 2019, 188, 190.

⁵⁴ Für diesen Hinweis danke ich Rechtsanwältin Anne Lessner, Berlin.

⁵⁵ Fusbahn IPRB 2019, 188, 189.

⁵⁶ Thielner-Mevissen, in: Rödiger (Fn. 39), S. 749; Fobbe (Fn. 6), S. 25: „deutliche Entlastung von zeitraubenden Routine-Tätigkeiten“.

⁵⁷ So Herr, in: Festschrift für H. Kirchner, 1985, S. 137, 140, wonach „es um so seltener zu einem Rechtsstreit kommt, je größer die Sicherheit der beteiligten Anwälte bezüglich einer gefestigten Rechtsprechung im konkreten Fall ist“; später etwa Albrecht CR 1998, 373, 374; Hürlimann sui generis 2014, 82, 94.

⁵⁸ BPatG (Fn. 11), S. 173.

⁵⁹ So Kramer, in: Rödiger (Fn. 39), S. 749, zuvor schon S. 728: „Es ist nun einmal ein großer Unterschied, ob der um Rat angegangene Rechtsanwalt seinen Klienten auf einschlägige Grundsatzentscheidungen hinweisen kann oder nicht. Rechtsverwirklichung hängt von Rechtskenntnis ab“.

⁶⁰ Statt aller vgl. Nachw. in Voß JZ 2020, 286 Fn. 1 sowie Wolf, in: *Wilbelmi/Stürner* (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren 2018, S. 88, 94 ff.

⁶¹ D. Fischer JuS 1995, 654 m. w. N., und weiter: „Dies gilt im besonderen Maß für die deutsche Zivilrechtsordnung und ihre durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geprägte Ausgestaltung“.

⁶² Wagner-Döbler JurPC 1994, 2454, 2455; Voß JZ 2020, 286.

⁶³ Hürlimann sui generis 2014, 82, 89; vgl. auch Wolf, in: *Wilbelmi/Stürner* (Fn. 60), S. 98 zum „zunehmenden Umfang des Richterrechts“ und der Präjudizienbindung, die „in bestimmtem Umfang im deutschen Recht sehr wohl angelegt“ sei.

⁶⁴ So Hürlimann, sui generis 2014, 82, 89; Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 332.

⁶⁵ Kramer, in: Rödiger (Fn. 39); ausführlich Walker jurPC 34/1998, Rn. 129 ff.

⁶⁶ Bspw. Wolf, in: *Wilbelmi/Stürner* (Fn. 60), S. 112: „Auf dem Gebiet der Post-M&A-Streitentscheidung liegt deutlich zu wenig Fallmaterial vor, um das Rechtsgebiet diskursiv weiterzuentwickeln.“

skandal zu beobachten.⁶⁷ Da inzwischen Legal-Tech-Unternehmen das verfügbare Textmaterial in Algorithmen einspeisen, perpetuieren sie dessen Unwuchten zusätzlich (*algorithmic bias*).⁶⁸ Damit ist rechtstheoretisch belegt: Das Recht der Zukunft schreibt nicht, wer die Prozesse gewinnt, sondern wer deren Publizität steuert.⁶⁹

3. Rechtsdogmatik

Versteht man Rechtsdogmatik als methodengeleitete Systematisierung divergierender Rechtsansichten, so dringt auch sie auf Präjudizienpublizität: „Kommentarliteratur behauptet oft die systematische Untersuchung eines Rechtsgebietes, mit Open Legal Data und statistischen Methoden wird [diese Behauptung] Wahrheit.“⁷⁰

Auch wenn die von der Rechtsdogmatik oft als Autorität angerufene „herrschende Meinung“ fast nie als demokratisch auszählbare Stimmenmehrheit definiert wird,⁷¹ beruft sich die Rechtsprechung doch immer wieder auf die „Mehrzahl der Instanzgerichte“, wie drei Beispiele aus den „amtlichen“ Sammlungen verdeutlichen: Der V. Zivilsenat des BGH sah einen „Standpunkt der Mehrzahl der Instanzgerichte“ in einer Rechtsansicht, die sieben der zehn zitierten Untergerichte teilten.⁷² Dem IX. Zivilsenat genügte später sogar drei von fünf bzw. zwei von vier.⁷³ Das BVerfG ließ wiederum acht von zehn genügen.⁷⁴ Keinem dieser Gerichte fiel jedoch auf, dass so geringe Fallzahlen bei einer Dunkelziffer von 99 Prozent keinen seriösen Anhalt bieten können:

„Empirisch ist der Begriff im Sinne von ‚vorherrschend‘ oder ‚überwiegend vertretener‘ Rechtsmeinung jedenfalls aufgrund der Veröffentlichungszahlen der Instanzrechtsprechung nicht belegbar.“⁷⁵

Wie eingangs gezeigt, stellt die „Veröffentlichungswürdigkeit“ keineswegs sicher, dass publizierte Entscheidungen die Gesamtjudikatur repräsentieren – im Gegenteil werden oft gerade ungewöhnliche Entscheidungen publiziert. Deshalb könnte die Masse der unveröffentlichten Entscheidungen die Mehrheitsverhältnisse in den zitierten Fällen geradezu umkehren. Zumal unterschiedliche Dokumentationsrichtlinien der Länder verstärkte Unwucht bei Rechtsfragen mit regionaler Varianz erwarten lassen.

Brisant werden diese Überlegungen auch, weil der BGH haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten an die Erkennbarkeit einer „einheitlichen Rechtsprechung oder einer herrschenden Meinung“ knüpft.⁷⁶ Auch auf diesem Weg fließt Präjudizienpublizität (oder ihr Fehlen) also in die Dogmatik ein. Nicht

umsonst waren Forderungen nach vollständiger Entscheidungsdokumentation von der Hoffnung getragen, „die ‚ständige‘ Rechtsprechung gerade in ihren Anfängen als solche“ erkennen zu können.⁷⁷

4. Rechtstatsachenforschung

Auch die Rechtstatsachenforschung interessiert sich schon lange für Präjudizien: „Weil die veröffentlichten Entscheidungen eine Auswahl aus allen tatsächlich ergangenen bilden, könnte man sie zu diesem Zweck als Stichprobe auffassen und die aus ihnen zu gewinnenden Daten mit Hilfe statistischer Methoden hochrechnen.“⁷⁸ Diese Hoffnung auf eine „einzigartige Erhebungsgrundlage“⁷⁹ für quantitative Rechtstatsachenstudien setzt indessen eine „Repräsentativität der Stichprobe“ voraus,⁸⁰ an der es im bisherigen Modus der Rechtsprechungsdokumentation fehlt:

„Denn der Rechtsprechungsalltag also findet in ‚juris‘ keinen Wiederhall. Insofern handelt es sich bei diesem Dokumentationssystem [...] keineswegs um eine repräsentative Wiedergabe der Rechtsprechungstätigkeit von Gerichten, sondern um eine Auswahl, die wohl vor allem den Rechtswandel dokumentiert. Dies sollte man für die Ausnutzung zu Forschungszwecken stets im Auge behalten.“⁸¹

Was das für die Rechtstatsachenforschung konkret bedeutet, lässt sich an drei willkürlich gegriffenen Beispielen verdeutlichen:

a) In einer 1976 publizierten Studie „zur Effektivität des sozialen Mietrechts“ am Beispiel der Sozialklausel in der Wohnraumbekanntmachung erwog der Autor, seine quantitative Erhebung auf die in der Fachliteratur publizierten Entscheidungen zum damaligen § 556a (heute § 574) BGB zu stützen.⁸² Obwohl damals in den Fachzeitschriften bereits „eine Vielzahl derartiger Urteile zu finden“ war, entschied sich der Autor für die deutlich aufwändigere Untersuchung von Prozessakten, da die Fachliteratur gerade keine „Alltagsfälle“ dokumentiere, sondern „nur, was die Gerichte und Verlage als veröffentlichenswert empfinden“; daher erschien es ihm ausgeschlossen, aus der Fachliteratur „Tendenzen der erstinstanzlichen Alltagsurteile zu erfahren“.⁸³

b) Auch in neuerer Zeit ist das Wohnraummietrecht illustrativ: So gehören Räumungsverfügungen gegen Dritte nach § 940a Abs. 2 ZPO zum „Alltag“ der Rechtspraxis, obwohl Entscheidungen dazu fast „nie veröffentlicht“ werden.⁸⁴ Eine zwei Jahre nach Erlass der Vorschrift publizierte Dissertation, die das „Meinungsspektrum“ im Schrifttum darstellte, konnte gerade einmal zwei Gerichtsentscheidungen untersuchen,⁸⁵ ein Aufsatz aus dem Folgejahr immerhin vier.⁸⁶

⁶⁷ Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 318–323; zuvor Voß JZ 2020, 286 zur zunehmenden „Flucht aus der Revision“.

⁶⁸ Allg. zur Rechtserzeugung durch Legal Tech jüngst Fries AcP 221 (2021), 108.

⁶⁹ Zur Rechtsquellenfrage von Legal Tech etwa Vanderstichele, The Normative Value of Legal Analytics. Is There a Case for Statistical Precedent?, SSRN v. 30. 8. 2019 (<doi.org/10.2139/ssrn.3474878>); dazu demnächst Bußmann-Welsch (Fn. 28), Kap. 3.

⁷⁰ Fobbe (Fn. 6), S. 24.

⁷¹ Statt vieler Schnur, in: Festgabe Forsthoff, 1967, S. 46; Zimmermann, Die Relevanz einer herrschenden Meinung pp., 1983; Drosdeck, Die herrschende Meinung: Autorität als Rechtsquelle, 1989; Djeffal ZJS 2013, 463 (<zjs-online.com/dat/artikel/2013_5_727.pdf>). Aufschlussreich jüngst Vanderstichele (Fn. 69).

⁷² BGH, Urteil v. 27. 5. 1952 – V ZR 81/51 = BGHZ 6, 185.

⁷³ BGH, Urteil v. 5. 12. 1991 – IX ZR 275/90 = BGHZ 116, 233; dem Senat folge „die Mehrzahl der Instanzgerichte“, nämlich drei von fünf zitierten Gerichten – wobei eines bereits Normenkontrollantrag gegen die streitentscheidende Norm eingereicht hatte.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss v. 2. 5. 2012 – 2 BvL 5/10 = BVerfGE 131, 20: „Instanzgerichte schlossen sich der Rechtsauffassung des BVerfG überwiegend an“.

⁷⁵ Kuntz jurPC 12/2006, 37.

⁷⁶ BGH, Urteil v. 4. 6. 1987 – III ZR 88/86 = ZMR 1987, 458; noch unter Berufung auf das Reichsgericht einst BGH, Urteil v. 18. 5. 1955 – I ZR 8/54 = BGHZ 17, 266.

⁷⁷ Wengler JR 1949, 298, 299.

⁷⁸ Wollschläger DRV 1978, 1, 2.

⁷⁹ Wagner-Döbler jurPC 1994, 2454; ähnl. Wagner-Döbler CR 1994, 305, 309: „täte sich der Rechtstatsachenforschung [...] in Form öffentlich zugänglicher Urteilsdokumentationen eine Materialbasis bisher nicht bekannten Umfangs und großer Differenziertheit auf“; neuerdings bspw. Röhl VVdStRL 2015, 7, 21 zu „Gerichtsentscheidungen“ als „Fallmaterial“ für die „Juristenempirie“.

⁸⁰ So schon Wollschläger DRV 1978, 1, 2.

⁸¹ Wagner-Döbler jurPC 1994, 2454, 2455; missverständlich zuvor S. 2454: „Man kann sagen, daß ‚juris‘ Rechtsprechung [...] seit 1976 in repräsentativer Form nachweist.“

⁸² Hilden, Rechtstatsachen im Räumungsrechtsstreit, 1976, S. 27.

⁸³ Hilden (Fn. 82).

⁸⁴ RiOLG Jost Emmerich, persönliches Gespräch beim Dt. Mietgerichtstag in Dortmund, 16. 3. 2018.

⁸⁵ Wendt, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a Abs. 2 ZPO, 2015, S. 90f.

⁸⁶ Hofmann ZJS 2016, 431.

Bis heute weist juris gerade einmal 27 Suchtreffer zu § 940a Abs. 2 ZPO nach – also bundesweit nur etwa drei Entscheidungen pro Jahr seit Erlass der Vorschrift. Paradoxe führt die aktuelle Publikationspraxis also dazu, dass gerade das Häufige nahezu unsichtbar wird, während das Seltene überproportional Raum einnimmt.

c) Das wird auch in einem ganz anderen Rechtsgebiet deutlich: Eine Studie zur praktischen Relevanz der Aktionärsklage (§ 148 AktG) stellte fest, dass bislang „nur wenige Gerichtsentscheidungen zu § 148 AktG veröffentlicht“ sind.⁸⁷ Statt dies aber als „Indiz für die fehlende praktische Relevanz der Aktionärsklage“ hinzunehmen, zeigten die Autorinnen auf, „dass Landgerichtsentscheidungen nur veröffentlicht werden, wenn sie als besonders veröffentlichungswürdig eingeordnet werden. Folglich kann von der Anzahl der Veröffentlichungen nicht unmittelbar auf die Anzahl erhobener Aktionärsklagen geschlossen werden.“⁸⁸ Den Autorinnen blieb deshalb auch im Jahr 2019 nichts anderes übrig als alle KfH-Vorsitzenden (341 Richter) einzeln per Post zu befragen – keine zehn Jahre nachdem ein anderer Autor für dieselbe Frage sieben Landgerichte, zwei Anwaltssozietäten und das Bundesjustizministerium befragt hatte.⁸⁹ Rechtstatsachenforschung wird damit umso schwieriger, je mehr die dynamische Entwicklung eines Rechtsgebietes wiederholte Erhebungen erfordert. Schnell läuft dann der Zeitaufwand aller Beteiligten aus dem Ruder.

5. Rechtsdidaktik

Auch die juristische Fachdidaktik könnte zur Vermittlung praxistauglicher Fähigkeiten von größerer Präjudizienpublizität profitieren. Insbesondere das von *Fritjof Haft* in der Ausbildungsliteratur angemahte „Normalfalldenken“ passt denkbar schlecht zur aktuellen Publikationspraxis, die *Haft* als „Sensationsverbreitungssystem“ beschreibt:⁹⁰

„Wollte man einem ‚Alien‘ das Wesen der Sachbeschädigung anhand der veröffentlichten Fallentscheidungen [...] nahebringen, müsste man Dinge wie das Luftablassen aus Autoreifen oder das Dressieren des Papageis einer würdigen alten Dame zum Sprechen unzüchtiger Wörter nennen.“⁹¹

Auch *Bernhard Großfeld* mahnte eindringlich, man könne „Fußball nicht nur an Regelverstößen erleben. Das Atypische kommt häufiger vor Gericht, das eher Sensationelle, Besondere gilt als veröffentlichungswürdig.“⁹² Deshalb lässt größere Präjudizienpublizität auch didaktische Impulse erwarten, da sie den Nachwuchs für die praktische Relevanz von „Normalfällen“ sensibilisiert und eine systematische Einarbeitung in häufige Praxisprobleme anstelle exotischerer Lehrbuchfälle („Kolibris“⁹³) ermöglicht.

Überraschenderweise scheinen ausgerechnet die zitierten Fürsprecher des Normalfalldenkens einer digitalen Präjudizienpublizität nicht besonders zugeneigt.⁹⁴ Vielleicht lässt

sich das mit der Erfahrung erklären, dass gerade Grenzfälle lehrreich und „Exoten“ einprägsam sein können – das aber schließt ja nicht aus, „ein konsequentes Normalfallstudium mit begrenztem Problemfalldenken“ vorzusehen.⁹⁵

6. Rechtsinformatik

Auch die Rechtsinformatik drängt seit ihren Anfängen auf größere Präjudizienpublizität – stellvertretend sei eine Stellungnahme zitiert, die schon vor bald dreißig Jahren etwas vorschlug, das heute in digitalen Geisteswissenschaften und Legal-Tech-Industrie „Natural Language Processing“, „Argumentation Mining“ oder „Machine Learning“ heißt:

„Wie schön wäre es, wenn man einen Computer mit Urteilstexten ‚füttern‘ könnte und anschließend eine Liste der verwendeten Argumente erhalte, klassifiziert nach klassischen Auslegungstypen, also Wortlautmethode, systematischer, teleologischer, historischer Methode usw.“⁹⁶

Eine solche Datenbanknutzung „für analytische Zwecke“ läuft freilich ihrer bis heute „üblichen Beanspruchung“ zuwider, „die darin besteht, nach Urteilen und Literatur zu konkreten juristischen Fragestellungen zu suchen.“⁹⁷ Juristische Datenbanken sind auch heute noch „im Wesentlichen sog. Text-Retrieval-Systeme“, die „fast ausschließlich der Suche nach Einzeldokumenten“ dienen.⁹⁸ Schon diese Struktur des Informationssystems erschwert eine computergestützte Textanalyse – ebenso wie die Tatsache, dass die Publikation von Instanzrechtsprechung „keinen nachvollziehbaren Kriterien“ unterliegt und „nur in Einzelfällen“, nach „nur höchst vage spezifizierbaren Relevanzkriterien“ erfolgt.⁹⁹ Neben diesem bereits mehrfach problematisierten Befund und der verzerrenden Wirkung intransparenter Vorauswahlentscheidungen¹⁰⁰ deckt die Rechtsinformatik aber auch eine transnationale Problemdimension auf:

„Weltweit wird an dem Problem der Auswertung unstrukturierter Datenbestände geforscht, nur nicht in Deutschland, wo die Rechtsinformatik abgeschafft wurde.“¹⁰¹

Denn die allerorten beschworenen Algorithmen des maschinellen Lernens erfordern sog. Trainingsdaten, also große Sammlungen einschlägiger Beispieltexthe – für die Justiz also Gerichtsentscheidungen.¹⁰² Für solche Sammlungen bedarf es regelmäßig nicht Hunderter oder Tausender Texte derselben Art, sondern Hunderttausender oder Millionen. Die deutsche juris-Datenbank verfügt bislang über etwa 1,15 Mio. Entscheidungstexte aller Rechtsgebiete, Instanzen und Jahre.¹⁰³ In China hingegen – das nicht gerade für die Transparenz seiner Justiz bekannt ist – verfügt das 2016 gegründete Internetportal *China Judgments Online* bereits über 116 Millionen Gerichtsentscheidungen,¹⁰⁴ also recht genau um den Faktor einhundert mehr. Erste Studien, die diesen Datenschatz auswerten, lassen erkennen, dass etwa in der chinesischen Provinz Sichuan gut 54 % der erstinstanzli-

⁸⁷ *Redenius-Hövermann/Henkel* AG 2020, 349, 354.

⁸⁸ *Redenius-Hövermann/Henkel* AG 2020, 349, 354.

⁸⁹ *Peltzer*, in: Festschrift für Uwe Schneider, 2011, S. 953, 955 Fn. 7–9.

⁹⁰ *Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 182f. – und weiter: „Auch die Gerichtsentscheidungen werden nur veröffentlicht, soweit sie sich mit Problemfällen befassen“; ebenso *ders.* (Fn. 91), S. 199, 203.

⁹¹ *Haft*, Juristische Methodenschule 2014, S. 197.

⁹² *Großfeld*, Zeichen und Zahlen 1995, S. 23.

⁹³ So *Hartmann*, zit. in *Hamann* ZJS 2020, 507, 511.

⁹⁴ *Haft* (Fn. 91), S. 203 hält es für „widersinnig“, „normale Entscheidungen“ zu veröffentlichen, das sei „Informationsmüll“; *Großfeld* (Fn. 92), S. 23 hält „das eher Sensationelle, Besondere“ für besonders „rechnerwürdig“ und unterstellt (nur) der digitalen Dokumentation, ein „falsches Bild“ zu zeichnen.

⁹⁵ Dafür dann wiederum doch *Haft* (Fn. 90), S. 194.

⁹⁶ *Wagner-Döbler* jurPC 1994, 2454, 2457.

⁹⁷ *Wagner-Döbler* CR 1994, 305, 306.

⁹⁸ *Schubr*, in: *Vogel* (Hrsg.), Zugänge zur Rechtssemantik, 2015, S. 93, 95.

⁹⁹ *Schubr*, in: *Vogel* (Fn. 98), S. 96; früher schon *Noll* JZ 1977, 71: „nach weithin unbekanntem, höchstens zu vermutenden Kriterien“.

¹⁰⁰ Dazu schon oben bei Fn. 68 und nach Fn. 75 sowie jüngst *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021; dazu *Zenthöfer* FAZ v. 1. 3. 2021, S. 16.

¹⁰¹ *Haft* (Fn. 91), S. 193.

¹⁰² Ausführlich *Heese*, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 337f. zu „Big Data als Vorbedingung von Legal Technology und künstlicher Intelligenz“.

¹⁰³ Am 3. 3. 2021 ergab die Abfrage „LANGT:ja“ im juris-Rechtsprechungsmodul 1.150.961 Treffer.

¹⁰⁴ Am 3. 3. 2021 verzeichnete das Portal 中国裁判文书网 (<wenshu.court.gov.cn>) 116.020.808 Dokumente.

chen Strafurteile veröffentlicht werden.¹⁰⁵ Für denselben Zeitraum, dasselbe Sachgebiet und dieselbe Instanz liegt die Quote in Deutschland – einem Land mit ähnlicher Einwohnerzahl wie Sichuan – um den Faktor 634 niedriger.¹⁰⁶

Es bedarf wohl keiner weiteren Erläuterung, was dies für die Entwicklung computergestützter Methoden der Rechtstextanalyse bedeutet: Die Technologieführerschaft Chinas wird uneinholbar,¹⁰⁷ die deutsche Forschung an computergestützten Methoden in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft fällt im Wettbewerb rasant zurück.¹⁰⁸

III. Protestrufe gegen Präjudizienpublizität

Die verstärkte Publikation von Instanzrechtsprechung sieht sich Einwänden ausgesetzt, die hier schon aus Platzgründen nicht umfassend referiert werden können. Die meisten davon stammen allerdings aus vordigitaler Zeit und wurden nie explizit überprüft oder revidiert. Vor allem drei haben sich bis heute gehalten und seien hier abschließend hinterfragt: Ein quantitativer (1.), ein qualitativer (2.) und ein prozessualer (3.) Protest.

1. Quantitativ: Grundsatzbedeutung statt Rechtsleibeigenschaft?

Schon „in den Anfangsjahren der Rechtsinformatik“ wurde diskutiert „über die Flut von [...] Gerichtsentscheidungen, die niemand mehr bewältigen könne“:¹⁰⁹ Würden „ausnahmslos alle Entscheidungen veröffentlicht“,¹¹⁰ so drohe eine „Informationskrise des Rechts“.¹¹¹ Beschworen wurden eine „Desinformation“ durch die „nicht mehr zu bändigende Informationsflut“¹¹² oder gar die „Rechtsleibeigenschaft“ und der „rechtliche Erstickungsstod“.¹¹³ Dies gründete wohl auf der Sorge, der „Präjudizienkultur“¹¹⁴ verführe Juristen dazu, „das eigene Denken zurückzustellen“ und stattdessen nach „dem ähnlichen Fall zu suchen“.¹¹⁵ Dabei hielten andere schon damals dagegen, Präjudizienpublizität werde einem „Erstarrungseffekt gerade entgegenwirken“,¹¹⁶ weil sie jedem Juristen klarmache, dass „er sich beschränken und be-

scheiden muß“ und deshalb „Arbeiten ohne eigenes Nachdenken“ erschwere.¹¹⁷

Aus heutiger Perspektive lässt sich diese Diskussion unangeregt resümieren: „Das war ein Scheinproblem.“¹¹⁸ Es „mag Gültigkeit gehabt haben, solange man noch keine computergestützten Recherchemöglichkeiten“ zur Verfügung hatte,¹¹⁹ doch die „Einflüsse der Linguistik auf die Entwicklung von neueren Algorithmen machen unbegrenzte Datenmengen heutzutage durchsuchbar und dadurch beherrschbar“.¹²⁰ Bislang wusste die Menschheit noch jede Informationsflut zu bewältigen, und auch die Rechtswissenschaft wird ihr Methodenarsenal dem Informationsangebot anpassen.¹²¹ Dennoch befürchtet die Zivilrichterschaft noch heute eine „Überforderung“ durch „die große Menge der veröffentlichten Entscheidungen“, wenn eine „Vorauswahl [...] durch die Gerichte unterbleibt“.¹²² Dabei räumen dieselben Richter freimütig ein, dass ihnen diese Vorauswahl schon bisher „teilweise“ nicht „in dem gebotenen Umfang“ gelinge:

„Ob eine Gerichtsentscheidung veröffentlichungswürdig ist, [...] richtet sich nicht stets nach einem zu vermutenden Interesse der Öffentlichkeit an der Entscheidung. Die eigene Arbeitsbelastung, die Befürchtung, sich der Kritik der Fachöffentlichkeit auszusetzen, ein fehlender ‚Mut‘ und vielfältige andere Motive lassen die Richterinnen und Richter von einer Veröffentlichung Abstand nehmen.“¹²³

Als Abhilfe schlägt die Richterschaft eine „bundesweite Regelung“ zur „Veröffentlichung von Entscheidungen mit grundsätzlicher Bedeutung“ vor.¹²⁴ Damit jedoch wäre nichts gelöst, sondern nur die „Veröffentlichungswürdigkeit“ umbenannt und der „selbst bei Richtern [...] häufig anzutreffende Irrtum“ festgeschrieben,

„dass nur grundsätzliche Judikate mit einer neuen, so noch nicht vertretenen Rechtsauffassung zu publizieren seien. Auch in der Konkretisierung allgemein anerkannter Rechtssätze und in deren Anwendung etwa auf bisher nicht im Vordergrund stehende Sachverhalte kann ein wichtiger Beitrag zur Fortentwicklung des Rechts und zur Information der Öffentlichkeit liegen.“¹²⁵

Deshalb widerspricht jede Vorauswahl durch Gerichte den oben dargestellten Informationsbedürfnissen der mündigen (Fach-)Öffentlichkeit: „der Konsument einer Gerichtsentscheidung“ kann „für sich in Anspruch nehmen, über die Frage der Relevanz“ für „sein Informationsinteresse selbst zu entscheiden.“¹²⁶

2. Qualitativ: Wust von Mediokritäten statt Re-Nuancierung?

Ein zweiter Protestruf hält die Instanzrechtsprechung schlicht für irrelevant: Einerseits wegen des „unvertretbaren Aufwands“, dessen es bedürfe, „um unsinnige Informationen

¹⁰⁵ *Zhang/Zuo* Wisconsin Int. L.J. 37 (2020), 441 (<repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/304621>), 444 f. mit Fn. 17: Für 2015/16 waren 54.409 erstinstanzliche Strafentscheidungen bei einer Gesamtzahl von 100.380 erstinstanzlichen Strafgerichtsverfahren verfügbar.

¹⁰⁶ Das Statistische Bundesamt (Fachserie 10 Reihe 2.3) dokumentiert 275.049 amtsgerichtliche Strafurteile für 2015 und 270.934 für 2016. Davon waren 467 zum 8. 6. 2021 in juris eingestellt (Abfrage: LANGT:ja DATUM: „2015 bis 2016“, Filter Strafrecht und Amtsgerichte), also 0,086 %.

¹⁰⁷ So auch *Tang/Liu*, in: *Whalen* (Fn. 26), S. 124, 130 f.: „Free access to a huge number of court decisions [...] allows legal scholars to use more advanced statistical tools“.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379, 389: „Legislative, Exekutive und Judikative täten daher gut daran, mehr juristische Daten zu veröffentlichen, die vollständig, unverändert und unmittelbar automatisiert weiterverwertbar sind“; ebenso demnächst *Eberstaller* (Fn. 7), Thesen 2, 4.

¹⁰⁹ *Haft* (Fn. 91), S. 193.

¹¹⁰ *Meurer*, in: *Rödiger* (Fn. 39), 744; ähnl. *Hirte*, in: *Festschrift für Großfeld*, 1999, S. 393, 402.

¹¹¹ *Simitis*, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, 1970, S. 42: „Die Judikatur droht an der Materialflut zu ersticken, keines der traditionellen Informationsmittel hilft weiter, sie erhöhen nur die Verwirrung und vertiefen die Resignation.“

¹¹² *Eßer* jurPC 119/2001, Abs. 8, 12, 14; *Albrecht* CR 1998, 373, 374: diese „Informationsflut würde das gewünschte Ergebnis geradezu verhindern. Der Rechtsuchende könnte aktuelle Trends kaum noch aufspüren.“

¹¹³ *Großfeld* (Fn. 92), S. 25 f.

¹¹⁴ Begriff nach *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare*, 2016, S. 279–281.

¹¹⁵ *Schneider* MDR 1997, 305, 306.

¹¹⁶ *Kramer*, in: *Rödiger* (Fn. 39), S. 748.

¹¹⁷ *Becker*, in: *Standort Juris* (Fn. 27), S. 339, 342, 345.

¹¹⁸ *Haft* (Fn. 91), S. 193.

¹¹⁹ *Hürlimann* sui generis 2014, 82, 94; ähnl. schon *Teschner* SchlHA 2008, 191, 193 gegen „das häufig zu hörende Argument“, dass „Entscheidungsveröffentlichungen [...] das Recht eher verdunkeln als erhellen würden“: Dies sei durch „Rechtsprechungsdatenbanken“ überholt.

¹²⁰ *Kuntz* jurPC 12/2006, Abs. 55.

¹²¹ Impulse hierzu bspw. in *Talley* JITE 174 (2018), 183, 201 ff.; *Vogel* et al. *Law & Soc. Inq.* 43 (2018), 1340; *Hartung*, in: *Vogl* (Hrsg.), *Research Handbook on Big Data Law*, 2021, Kap. 12.

¹²² AG Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier zum Zivilrichtertag 2021 (<web.archive.org/20210317131408/justiz.bayern.de/ge-richte-und-behoerden/oberlandesgerichte/nuernberg/aktuelles.php>), S. 70 f.

¹²³ AG Modernisierung (Fn. 122), S. 70.

¹²⁴ AG Modernisierung (Fn. 122), S. 71.

¹²⁵ So OLG-Richter *Teschner* SchlHA 2008, 191, 192.

¹²⁶ So OLG-Richter *Eßer* jurPC 119/2001, Abs. 3.

(etwa Entscheidungen ohne Begründung) ins Internet zu stellen¹²⁷ – noch heute insistieren Zivilrichter, dass „viele Entscheidungen nur beweiswürdige Aussagen treffen und keine Rechtsfragen“ betreffen.¹²⁸ Andererseits wird aber auch der Inhalt der Judikate kritisiert: Beklagt wird ein „Übermaß an Publikation singulärer Entscheidungen“¹²⁹ und „juristischer Eintagsfliegen“, die „statistisch abnorme oder völlig banale und unwichtige Sachverhalte“ betreffen und „besser in den Gerichtsakten verborgen“ blieben.¹³⁰ Richter würden mit „unnützer Puzzlearbeit“ und „unmöglich“ zu bewältigender „Komplexität des Entscheidungsfindungsprozesses“ konfrontiert, wenn „marginale Probleme von zahlreichen Untergerichten“ publiziert würden.¹³¹

Dagegen wurde inzwischen oft genug festgestellt, dass gerade Instanzgerichte in vielen Rechtsgebieten „fast die einzigen Schrittmacher der Rechtsentwicklung“ sind,¹³² und dass viele „Problemzonen der Praxis“ gar „nicht in Karlsruhe“ ankommen, weil „das Landgericht schon letzte Instanz“ ist.¹³³ Auch das BVerwG wollte 1997 „die Veröffentlichungswürdigkeit von Gerichtsentscheidungen [...] nicht allein auf Entscheidungen der obersten Bundesgerichte beschränken“, weil „durchaus nicht alle grundsätzlichen oder doch das Allgemeininteresse berührenden Rechtsstreitigkeiten zu ihnen“ gelangen.¹³⁴ Zudem kann sogar

„in der vierten oder fünften scheinbar ähnlich begründeten Entscheidung zu einem Thema [...] ein Aspekt eines juristischen Problems behandelt sein, der für die Lösung der gerade anstehenden Frage wichtig ist. [...] Umgang mit Recht bedeutet [...] auch die Fortentwicklung des Rechts durch Hervorheben immer wieder anderer Nuancen in den zu entscheidenden Rechtsfällen.“¹³⁵

Dieser kontinuierlichen Re-Nuancierung bedarf es umso mehr infolge des Einsatzes digitaler Technologien: Ein auf Ausnahmefälle trainierter Algorithmus ist für Normalfälle nutzlos – also gerade jene, denen man bislang das größte Automatisierungspotential zuschrieb. Die oben skizzierte Mündigkeit von Konsumenten zur Selektion des für ihr Bedürfnis Relevanten korreliert deshalb mit einer Eigenverantwortung von solcher Selektion – nötigenfalls unterstützt durch Dienstleister auf diesen Geschäftsfeldern.¹³⁶ Warum die deutsche Richterschaft „bezweifelt“, dass bei „Veröffentlichung aller Urteile“ keine „ausreichende Aufbereitung durch Fachverlage und Anbieter juristischer Datenbanken“ (oder Universitäten/Startups) stattfände,¹³⁷ bleibt rätselhaft.

Freilich geben sich auch einzelne Wissenschaftler „an dem Kleinkram, der die Datenbanken verstopft, sowieso nicht interessiert“, weil „wegen der bloßen Zahl der zu analysierenden Entscheidungen jeder innovative Gedanke in einem Wust von Mediokritäten zu ersticken“ drohe.¹³⁸ Darin

liegt eine erstaunliche Geringschätzung nicht nur der Instanzgerichte, sondern auch der Recherchekompetenz von Rechtswissenschaftlern und der Erkenntnisinteressen heutiger juristischer „Methodenpluralität“.¹³⁹

3. Prozessual: Anonymisierung statt Öffentlichkeitsbezug?

Als wohl wichtigster Einwand gegen größere Präjudizienpublizität gilt schon seit langem „die erforderliche Anonymisierung“ der Entscheidungen.¹⁴⁰

„Selbst dann, wenn die Entscheidung an Institutionen übermittelt wird, die in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stehen [...] rechtfertigt dies in Anbetracht der datenschutzrechtlichen Regelungen keine Überlassung des nicht-anonymisierten Volltextes.“¹⁴¹

Dieses auf das Volkszählungsurteil zurückgeführte¹⁴² Mantra wird selten hinterfragt, obwohl Gerichte in der „weit überwiegenden Zahl der Staaten dieser Welt“¹⁴³ ganz unbekümmert von einer Anonymisierung absehen. Selbst in der Schweiz, die als einer von wenigen Staaten die datenschutzrechtlichen Bedenken der Deutschen teilt, werden inzwischen Zweifel laut, „inwiefern in der Publikation von Parteinamen eine Verletzung des Datenschutzes liegen soll“.¹⁴⁴ Auch ein Richter des BPatG argumentierte (ebenso wie später der BGH¹⁴⁵):

„Die Beteiligung an einem Gerichtsverfahren stellt einen Sozialbezug her, der nicht zum unantastbaren innersten Lebensbereich gehört. [...] Gegenüber dem Interesse der Öffentlichkeit auf Publikation von Gerichtsurteilen müssen die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten selbst dann zurückstehen, wenn sie [...] identifizierbar bleiben.“¹⁴⁶

Es spricht deshalb viel dafür, „daß die Inanspruchnahme der staatlichen Institution Justiz mit dem Risiko der nicht zur Disposition der Parteien stehenden Öffentlichkeit verbunden ist“.¹⁴⁷ Positiv gewendet stellt die Identifizierbarkeit der Parteien sicher, „dass einflussreiche Personen von der Justiz nicht anders als alle anderen behandelt werden“,¹⁴⁸ und ermöglicht erst die zunehmend „als Aufgabe der Rechtswissenschaft“ erkannte Kontextualisierung von Entscheidungstexten.¹⁴⁹ Statt pauschal-genereller Anonymisierung empfiehlt sich deshalb eine sachgerechte Differenzierung derjenigen Sonderfälle, in denen das Gerichtsverfahren ausnahmsweise tatsächlich „zum unantastbaren innersten Le-

¹²⁷ Eßer jurPC 119/2001, Abs. 14.

¹²⁸ AG Modernisierung (Fn. 122), S. 71.

¹²⁹ Kramer, in: Rödiger (Fn. 39), S. 727.

¹³⁰ Schneider MDR 1997, 305, 306.

¹³¹ Braun JZ 2020, 353, 354 f.

¹³² Wengler JR 1949, 298, 299; nach Kramer, in: Rödiger (Fn. 39), S. 729 „kann die durch den Mangel einer rechtsvereinheitlichenden Instanz entstehende Rechtsunsicherheit besonders drückend und zum Schichtenproblem werden“; auch laut Teschner SchLHA 2008, 191, 193 „kann auch die Veröffentlichung erstinstanzlicher Entscheidungen oder von Berufungsentscheidungen der Landgerichte wichtig sein, die im Übrigen dort erforderlich erscheint, wo [...] Verfahren häufig nicht [...] zu den Obergerichten gelangen.“

¹³³ Schneider MDR 1997, 305, 306.

¹³⁴ BVerwG (Fn. 14).

¹³⁵ Kuntz jurPC 12/2006, Abs. 52.

¹³⁶ So jüngst auch Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 335.

¹³⁷ AG Modernisierung (Fn. 122), S. 70 f.

¹³⁸ Braun JZ 2020, 353, 355.

¹³⁹ Dazu Kuntz AcP 219 (2019), 254, 263.

¹⁴⁰ Eßer jurPC 119/2001, Abs. 14; auch Teschner SchLHA 2008, 191, 193 verweist auf „die erforderliche Anonymisierung und Neutralisierung“; demnächst auch Eberstaller (Fn. 7), III. 2.

¹⁴¹ Kockler jurPC 2/1996, 46, 52.

¹⁴² Hirte NJW 1988, 1698 f. bei Fn. 4; Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 329.

¹⁴³ Hirte, in: Festschrift für Großfeld, 1999, S. 393 f.; Albrecht CR 1998, 375.

¹⁴⁴ Hürlimann sui generis 2014, 82, 99; ausf. Hürlimann/Kettiger, Anonymisierung von Urteilen, 2021 (<doi.org/10.17176/20210407-110857-0>).

¹⁴⁵ BGH (Fn. 21), Rn. 16.

¹⁴⁶ Albrecht CR 1998, 373.

¹⁴⁷ Hirte, in: Festschrift für Großfeld, 1999, S. 393, 404 – deutlich skeptisch sowohl zum „(angeblichen) Persönlichkeitsinteresse der Beteiligten“ (S. 393) als auch zur „(angeblich) erforderlichen Anonymisierung“ (S. 402); ähnlich deutlich nun auch Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 330: „Tatsächlich besteht an einer anonymen Inanspruchnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich kein anerkannteswertes Interesse, und das schließt die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen unter Namensnennung zwanglos ein“; ders. JZ 2021, 665, 666 f., in diesem Heft).

¹⁴⁸ Hürlimann sui generis 2014, 82, 97 f.: Dies „kann nur nachgewiesen werden, wenn die Urteile nicht anonym sind.“

¹⁴⁹ Lepsius JZ 2019, 793; ders., in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, 119; ähnl. Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten 2018, S. 21: „Entscheidungsmaterial noch stärker sachverhaltsbezogen aufarbeiten“.

bensbereich“ gehört.¹⁵⁰ Denkbar wäre eine Anknüpfung an die §§ 170 – 172 GVG, also ein Gleichlauf von Gerichts- und Entscheidungsöffentlichkeit. Kaum einsichtig ist die Anonymisierung jedenfalls zugunsten juristischer Personen ohne datenschutzrechtlichen Individualbezug (§ 46 Abs. 1 BDSG, Art. 1 Abs. 1 DSGVO)¹⁵¹ – wie dem Bankunternehmen im BGH-Fall von 2017. Einstweilen jedoch halten die Bundesgerichte an der Anonymisierungspraxis fest, so dass wohl nur auf „automatisierte Möglichkeiten zur Unkenntlichmachung von personenbezogenen Daten“ zu hoffen bleibt:

„[...] wenn die Dokumente unter Einsatz von EDV-Textverarbeitungssystemen erstellt werden, eignen sich die üblicherweise in derartigen Programmen enthaltenen Möglichkeiten nach der Erfahrung des Verfassers in besonderem Maße dazu, die zu anonymisierenden Stellen bereits bei der Erstellung des Textes zu kennzeichnen.“¹⁵²

Diese „Erfahrungen des Verfassers“ mit „EDV-Textverarbeitungssystemen“ liegen inzwischen ein Vierteljahrhundert zurück und haben die richterliche Arbeitspraxis nicht gerade revolutioniert.¹⁵³ Deshalb fördert das BMBF nun die Anonymisierung mittels künstlicher Intelligenz – wie beim „Human-in-the-Loop Lernverfahren für verteilte inkremen-

telles Anonymisierung“, das „neue Technologien aus dem Bereich Natural Language Processing“ mit einem „so genannten Federated Learning-Modell“ kombiniert,¹⁵⁴ oder bei Open Redact, das „Entitäten mit Hilfe von regulären Ausdrücken, Deep Learning, sowie spaCy's Entity Ruler und dem FlashText Algorithmus“ erkennen und entfernen kann.¹⁵⁵ Dass solche Ansätze trotz ihrer technischen Komplexität in der Gerichtspraxis funktionieren können, zeigen vielversprechende Experimente der französischen *Cour de Cassation*.¹⁵⁶ Auch die deutsche Zivilrichterschaft setzt ihre Hoffnungen in ein „automatisiertes intelligentes Anonymisierungstool“ der Universität Nürnberg:¹⁵⁷

„Ermöglicht der technische Fortschritt eine zuverlässige Anonymisierung, insbesondere mittels des Einsatzes Künstlicher Intelligenz, können Entscheidungen unmittelbar aus der E-Akte zur Veröffentlichung bereitgestellt werden, ohne dass es eines zusätzlichen Aufwands des Gerichts bedarf.“¹⁵⁸

Es bleibt also zu hoffen, dass technische Innovationen irgendwann diejenige Präjudizienpublizität ermöglichen, die wegen der verfehlten Dogmen von Veröffentlichungswürdigkeit und Anonymisierungspflicht ein halbes Jahrhundert lang versäumt wurde.¹⁵⁹

¹⁵⁰ So auch Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 330 f.; man denke an Familienrechtsstreitigkeiten; bereits in strafrechtlichen Fällen ließ das *BVerfG* (Fn. 18), Rn. 24 f., eine Entscheidungspublikation zu, obwohl der Angeklagte erkennbar war.

¹⁵¹ Deutlich differenzierter demnächst *Bußmann-Welsch* (Fn. 28), Kap. 3.

¹⁵² *Kockler* jurPC 2/1996, 46, 53; *Hürlimann* sui generis 2014, 82, 96: „der Anonymisierungsaufwand hängt auch maßgeblich davon ab, wie anonymisierungsfreundlich ein Urteil verfasst wird“, auch zum „Einsatz von Spezialsoftware“; ebenso Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 334.

¹⁵³ Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 334: „Anonymisierung erfolgt [...] noch immer händisch“.

¹⁵⁴ Projektbeschreibung zu HILANO (*Hartung* u. a.) unter <hilano.de>.

¹⁵⁵ Projektbeschreibung zu Open Redact (*Berrang* u. a.) unter <openredact.org/prototypefund>.

¹⁵⁶ *Sommer* *Vie publique* 9. 2. 2021 (<www.t1p.de/vq72>).

¹⁵⁷ *Dickert* (Fn. 48).

¹⁵⁸ AG Modernisierung (Fn. 122), S. 71.

¹⁵⁹ Noch deutlicher Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, für einen „Paradigmenwechsel“ (S. 329) und „gesetzgeberischen Handlungsbedarf“ (S. 283) mit konkretem Regelungsvorschlag in § 173 GVG (S. 340); dazu nun *ders.* JZ 2021, 665, 673, in diesem Heft).

Professor Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale), Regensburg*

Die praktisch uneingeschränkte Pflicht des Staates zur Veröffentlichung der Entscheidungen seiner (obersten) Gerichte

Zugleich Besprechung von *OLG Karlsruhe*, Urteil v. 22. 12. 2020 – 6 VA 24/20

Der Staat ist von Verfassungs wegen zur lückenlosen und ungekürzten Veröffentlichung der Entscheidungen seiner Gerichte verpflichtet. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll nach überwiegender Auffassung zwar die Anonymisierung persönlicher Angaben und Umstände erforderlich machen. Weitergehende Schwärzungen von Sachverhalt oder Entscheidungsgründen lassen sich mit den Persönlichkeitsrechten der Beteiligten dagegen typischerweise nicht begründen. An einem unlängst gescheiterten Versuch, die Veröffentlichung zweier BGH-Entscheidungen unter Berufung auf den Ehrschutz in größtmöglichem Umfang zu verhindern (*OLG Karlsruhe* JZ 2021, 687, in diesem Heft), lassen sich diese Grundsätze und einige verfahrensrechtliche Besonderheiten veranschaulichen.

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er dankt seinem Fakultätskollegen Professor Dr. Dr. h. c. *Ekkehard Schumann* für kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise, wie auch den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Herrn Ass. jur. *Nikolaus Schröder* und Herrn Ref. jur. *Lukas Schneider*.

I. Entscheidungsöffentlichkeit und Persönlichkeitsrecht

1. Entscheidungsöffentlichkeit als Verfassungsgebot

Die Öffentlichkeit gerichtlicher Entscheidungen ist Ausfluss des Rechtsstaatsgebots, des Demokratieprinzips und der Gewaltenteilung und steht damit auf breiter verfassungsrechtlicher Grundlage. Diese Einordnung der originär staatlichen Aufgabe entspricht allgemeiner Auffassung¹ und ist, wie andernorts noch einmal herausgearbeitet wurde², alles andere als zu hoch gegriffen. Im Gegenteil sprechen weitere gewichtige und wiederum teils verfassungsrechtlich fundierte Gründe dafür, dass gerichtliche Entscheidungen umfänglich und

¹ Vgl. *BVerfG* NJW 2015, 3708, 3710; siehe auch *BVerwG* NJW 1997, 2694, 2695; *BGH* NJW 2017, 1819 f.; *BPatG* GRUR 1992, 53; sowie weitere Nachw. aus der Literatur bei Heese (Fn. 2), S. 283, 294.

² Heese, Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung, in: *Althammer/Schärtl*, Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283, 293 ff.