

Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre

*Festschrift für Herbert Roth
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von
Christoph Althammer und Christoph Schärtl

Mohr Siebeck

Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung*

Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite einer
Funktionsbedingung des modernen Rechtsstaats

Michael Heese

Die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen ist ein zentraler und gleichwohl wenig beachteter Bestandteil der Gerichtsöffentlichkeit. Mit den folgenden Überlegungen zu Ehren von *Herbert Roth* möchte ich ein strukturelles Defizit offenlegen und eine überfällige Debatte anstoßen. In dem beeindruckenden wissenschaftlichen Werk des Jubilars finden sich nicht nur Beiträge zur Rechtsdogmatik. Stets hat sich *Herbert Roth* dem Prozessrecht im Kontext von Verfassung und Gesellschaft in besonderer Weise verpflichtet gefühlt¹. Seiner fortwährenden Diskussionsbereitschaft und seiner fördernden Zugewandtheit wegen bin ich ihm zu großem Dank verpflichtet. Ich würde mich freuen, wenn das Thema sein Interesse findet.

I. Ein unerledigtes Reformthema jenseits des Bewusstseins der Fachöffentlichkeit

1. Die Kernthese der Abhandlung

Die Praxis der Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen ist immer noch in ganz erheblichem Umfang defizitär. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Das ist die Kernthese dieses Beitrags, die während seiner Entstehungszeit an

* Das Manuskript wurde am 06.04.2020 abgeschlossen; zu diesem Datum wurden auch die zitierten Webseiten letztmals besucht. Der Gegenstand des Beitrags wurde durch den Dieselskandal mitinspiert, von dem der Verfasser nicht betroffen und mit dem er gutachterlich nicht vorbefasst war. Für vielfältige Unterstützung, vor allem auch im Rahmen der Durchführung des unter IV. vorgestellten Projekts zur Rechtstatsachenforschung, gebührt meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern herzlicher Dank, allen voran *Jakob Baumgartner, Andreas Glenz, Nikolaus Schröder* und *Michael Basche, Maria Bruno*, Verlag C. H. Beck, schulde ich herzlichen Dank für ihre Bereitschaft, einen erheblichen Anteil der im Rahmen dieses Projekts erhobenen Rechtsprechung zeitnah in der Datenbank BeckRS zu erfassen.

¹ Vgl. aus jüngerer Zeit nur *H. Roth* JZ 2013, 637: Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation; *ders.* JZ 2014, 801: Modernisierung des Zivilprozesses; *ders.* ZZP 129 (2016), 3: Die Zukunft der Ziviljustiz; *ders.* ZfPW 2017, 129: Gewissheitsverluste in der Lehre vom Prozesszweck?; *ders.* ZZP 131 (2018), 3: Prozessmaximen, Prozessgrundrechte und die Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts.

fachkundigen Gesprächspartnern aus Wissenschaft, Anwaltschaft, Justiz und Justizverwaltung ausgiebig erprobt werden konnte. Dabei reagierten diese Gesprächspartner auf Anhieb überwiegend eher ablehnend und wiesen auf die seit einigen Jahren von den Bundesgerichten im Internet praktizierte lückenlose Veröffentlichung von Entscheidungen hin. Auf die gerade *gegenteilige* Lage bei den Instanzgerichten angesprochen, waren es vor allem die Angehörigen der Justiz und der Justizverwaltung, die sich mit dem gegenwärtigen Zustand gleichwohl zufrieden zeigten und die vorliegend erhobene Forderung nach einer *lückenlosen Veröffentlichung auch aller instanzgerichtlichen Entscheidungen* in den Bereich des Utopischen zu rücken suchten. Die juris GmbH sieht für eine vollständige Veröffentlichung der Rechtsprechung schlicht kein Bedürfnis, glaubt an keinen Erkenntnisgewinn aufgrund der Masse (vermeintlich) nur bestätigender Entscheidungen und verweist auf die Geltung des Grundsatzes einer „qualitativen Vollständigkeit“. Strukturelle Defizite werden dort lediglich bei der Dokumentationsgeschwindigkeit eingeräumt².

Tatsächlich fehlt in der breiten Fachöffentlichkeit ein Stück weit das Problembewusstsein. Und das, obwohl Reformen schon seit vielen Jahren und wiederholt angemahnt wurden³. Hinter der geltenden Praxis steht die Annahme, dass alle Entscheidungen, die von öffentlichem Interesse sein könnten, auch veröffentlicht werden. Das trifft bei der Fachgerichtsbarkeit aber nur für die obersten Gerichtshöfe des Bundes zu. Dabei ist eigentlich bekannt, dass ganze Rechtsgebiete – auch angesichts des seit Jahren zu beobachtenden Rückbaus der Rechtsmittel⁴ – nur noch selten die Oberlandesgerichte oder gar den BGH erreichen⁵. *Herbert Roth* hat unlängst daran erinnert, dass der einstweilige Rechtsschutz, die eigentliche verfahrensrechtliche Arena ganzer Rechtsgebiete, der Revision gänzlich entzogen und dem BGH „die Ordnung dieses Rechtsgebiets weitgehend versagt ist“⁶. So herrscht in der Praxis häufig selbst dort Unsicherheit, wo angesichts der Typizität des Sachverhalts von der Existenz einer Fülle instanzgerichtlicher Entscheidungen und einer klaren Tendenz in der Rechtsprechung tatsächlich auszugehen ist⁷.

² Antwortschreiben des Geschäftsführers der juris GmbH *van Oostrom* an den Verf. v. 30.04.2019.

³ Vgl. zuletzt *Bruns*, in: Tichý/Holländer/Bruns, Begründung von Gerichtsentscheidungen, 2011, S. 471, 483; s. auch bereits *Mensching* AfP 2007, 534, 537, 539; *Bobne* NVwZ 2007, 656, 657; *Kramer* ZRP 1976, 84ff.

⁴ Vgl. nur die Abschaffung der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde im Bereich des Insolvenzrechts m.W.v. 27.10.2011, hierzu BT-Drucks. 17/5334, S. 8f. und §7 InsO (a.F.).

⁵ Vgl. nur *Tiedemann* NVwZ 1997, 1187. Zu den in der Veröffentlichungspraxis besonders unterbelichteten Rechtsgebieten zählt etwa das Mietrecht, vgl. *Hartung*, in: Handelsblatt, Warum der Weg zum Roboter-Anwalt in Deutschland lange dauert, 14.08.2019, abrufbar unter www.handelsblatt.com.

⁶ *H. Roth* NJW 2018, 3636 mit Hinweis auf §542 Abs. 2 S. 1 ZPO.

⁷ Hingewiesen sei nur auf das – lesenswerte! – Beispiel bei *Kramer*, dessen Ausführungen im Jahr 1976 unverändert Geltung beanspruchen, vgl. ZRP 1976, 84f. Zum Veröffentlichungsdefizit im Bereich der Kontrolle der Schiedsgerichtsbarkeit s. unlängst *Gleim*, Letztwillige Schiedsverfügungen, 2020, S. 5.

2. Der Dieselskandal und die Zuspitzung des Problems

Die zivilgerichtliche Bewältigung des Dieselskandals, die der Verfasser mit einem Projekt aus dem Bereich der Rechtstatsachenforschung begleitet hat, hat für das behandelte Thema zentrale Erkenntnisse zu Tage gefördert. Anhand der gegen die Volkswagen AG massenhaft geführten Individualklagen lässt sich zeigen, dass eine *lückenlose und unverzügliche* Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen sehr wohl geboten ist. Überdies wurde in diesem Zusammenhang eindrucksvoll demonstriert, dass Gesellschaft und Recht zunehmend im Fokus medienwirksamer Desinformation stehen. Dieser Entwicklung, die durch die bestehende Intransparenz der Instanzrechtsprechung maßgeblich begünstigt wird, ist entgegenzuwirken.

Der Verfasser hat sich eingehend auch mit der haftungsrechtlichen Beurteilung des Inverkehrbringens manipulierter Dieselmotorkraftfahrzeuge und ihrer prozessualen Durchsetzung beschäftigt⁸. Während eine erste Entscheidung des BGH im Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrags noch ausstand⁹, hatte die überwältigende Mehrzahl der Land- und Oberlandesgerichte die Herstellerin bereits wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung verurteilt¹⁰. Klarzustellen ist, dass die Kernthese dieser Abhandlung unabhängig davon Geltung beansprucht, wie man zu den gegen die Volkswagen AG erhobenen Vorwürfen in der Sache steht. Es geht vorliegend allein um die *Publizität* von Entscheidungen, nicht um deren inhaltliche Richtigkeit.

3. Gang der Darstellung

Nach einem Überblick über Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite des gegenwärtigen Veröffentlichungswesens (II.) wird herausgearbeitet, dass und warum eine umfassende Entscheidungspublizität zu den zentralen Funktionsbedingungen des modernen Rechtsstaats zählt (III.). Im Anschluss wird der Reformbedarf am Beispiel der zivilprozessualen Bewältigung des Dieselskandals nochmals veranschaulicht (IV.). Der Beitrag mündet in der Forderung nach einer lückenlosen Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen. Hierzu werden die notwendigen Reformschritte ebenso skizziert wie die Ausräumung (vermeintlich) bestehender Hürden bei der praktischen Umsetzung (V.). Ein Hinweis auf

⁸ Vgl. Heese NJW 2019, 257 und ders. JZ 2020, 178; s. auch ders. VuR 2019, 123 f.; ders. JZ 2019, 429, 432 f.; ders. NZV 2019, 273 ff.; s. auch Schaub NJW 2020, 1028; Weller u. a. JZ 2019, 1015, 1021 ff.; Berkemann ZUR 2019, 643; Harriehausen NJW 2018, 3137, 3140; Staudinger/Ruks NJW 2019, 1179, 1181 f.; J. Bruns NJW 2019, 801 f.

⁹ Vgl. sodann BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555 = juris: Volkswagen AG haftet als Herstellerin des manipulierten Motors EA 189 dem Käufer des (Gebraucht-)Fahrzeugs wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung auf Schadensersatz. Kritisch zur Anrechnung von Nutzungen im Konzert mit der Versagung von Deliktzinsen Heese NJW 2020, 2779 ff.

¹⁰ Zum Stand der Diskussion zu Beginn des Jahres 2020 s. eingehend Heese JZ 2020, 178 ff. mit umfangr. Nw. aus der Rechtsprechung. Eingehender noch unten IV.2.b).

die Bedeutung der Themenstellung für die Digitalisierung der Rechtsdienstleistung rundet die Darstellung ab (VI.).

II. Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite der Entscheidungspublizität

1. Veröffentlichungspraxis der europäischen und bundesdeutschen Justizverwaltungen

Der aktuellen Veröffentlichungspraxis der europäischen und der bundesdeutschen Justizverwaltungen ist gemeinsam, dass die von den zugehörigen Gerichten erlassenen Entscheidungen seit einigen Jahren zeitnah und – mehr oder minder auch – lückenlos veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung erfolgt digital in Online-Datenbanken und der Zugang zu den Entscheidungen ist kostenfrei.

Die Datenbank des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* HUDOC¹¹ steht in englischer und französischer Sprache zur Verfügung und dokumentiert seit 1998 sämtliche Entscheidungen der Großen und Kleinen Kammern sowie der Ausschüsse. Das veröffentlichte *case law* des EGMR zählt so inzwischen über 166.000 digitale Dokumente. Der vorangegangene Zeitraum ab 1959 wird dagegen bisher nur durch eine kleine amtliche Auswahl von Entscheidungen abgedeckt. Hinzuweisen ist auf das verdienstvolle Online-Fundstellenverzeichnis von *Breuer*, das die wörtlich in die deutsche Sprache übersetzte EGMR-Rechtsprechung erfasst, mit dem Ziel, dieser „im deutschsprachigen Raum größere Beachtung zu verschaffen“¹².

Die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* und des *Gerichts der Europäischen Union* wird ebenfalls seit Mai 2004 im Wesentlichen lückenlos veröffentlicht¹³. Soweit es die Urteils- oder Beschlussformeln der Endurteile und der das Verfahren beendenden Beschlüsse angeht, erfolgt dies im Amtsblatt der Europäischen Union¹⁴. Der Volltext der Entscheidungen wird überdies seit 2010 (Sammlung Öffentlicher Dienst) bzw. 2012 (allgemeine Sammlung) nur noch in digitaler Form auf der Webseite EUR-Lex zur Verfügung gestellt¹⁵. Das gilt insbesondere für die aus der Perspektive des Zivilrechts vor allem interessierenden Vorabentscheidungsverfahren¹⁶, zu denen die Datenbank inzwischen über 20.500 Einträge verzeichnet.

¹¹ Human Rights Documentation, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹² Vgl. www.egmr.org.

¹³ Vgl. zum Veröffentlichungsumfang im Einzelnen https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/de.

¹⁴ Vgl. Art. 122 Verfahrensordnung des Gerichts idF. v. 10.02.2015, Abl. L 105/10.

¹⁵ Vgl. Ziff. I. Abschn. K. der Praktischen Durchführungsbestimmungen zur Verfahrensordnung des Gerichts v. 20.05.2015, Abl. L 152/1 sowie die hierzu beschlossenen Modalitäten, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html>.

¹⁶ Allerdings können die Kammern mit drei oder mit fünf Richtern seit September 2011

ge Veröffentlichungsdichte in Deutschland längst beklagen³⁰³. Die praktische Umsetzung der vorliegend geforderten ausnahmslosen Veröffentlichung erhält durch die technische Entwicklung damit weiteren argumentativen Auftrieb. Wenn sich der Gesetzgeber den vorliegenden Reformforderungen nicht zeitnah annimmt, wird es nicht bei der fortgesetzten Erosion der verfassungsrechtlichen Grundsätze und Individualgewährleistungen bleiben. Es steht vielmehr auch der Innovationsstandort Deutschland im Wettlauf um die Entwicklung und Nutzung von Legal Technology und künstlicher Intelligenz auf dem Spiel. Die Europäische Union hat die Bedeutung der durch öffentliche Stellen erstellten Datensätze für die „Wissenswirtschaft“ längst im größeren Zusammenhang erkannt³⁰⁴. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich von solchen Entwicklungen nicht nur treiben lassen, sondern selbst die Initiative ergreifen.

VII. Zusammenfassung

1. Thesen

1. Die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen zählt zu den zentralen Funktionsbedingungen des modernen Rechtsstaats. Als originär staatliche Aufgabe ist ihre Gewährleistung Ausfluss des Rechtsstaatsgebots, des Demokratieprinzips, der Gewaltenteilung wie auch der Justizgewährungspflicht und der gebotenen Rechtsanwendungsgleichheit. Entscheidungspublizität ist eine Grundbedingung ebenso für die Berufsausübung in der Branchen- und Interessenvertretung wie für den sachlichen Diskurs, sei es in der Medienöffentlichkeit, der Fachöffentlichkeit oder in der mündigen Bürgerschaft. Mit der Pflicht zur Veröffentlichung korrespondiert ein subjektiver Zugangsanspruch.
2. Die Pflicht zur Veröffentlichung besteht umfassend und ist nicht auf „veröffentlichungswürdige“ Entscheidungen beschränkt oder beschränkbar. Das BVerwG hatte mit diesem Kriterium tatsächlich keine Beschränkung in der Sache bezweckt; es räumte der Justizverwaltung auf diesem Wege vielmehr den in technisch analogen Zeiten noch notwendigen Umsetzungs- und Entwicklungsspielraum ein. Mit den Errungenschaften des digitalen Zeitalters hat der faktische Vorbehalt seine Berechtigung verloren.

³⁰³ Vgl. nur die Aussage des Gründers der Claim Solutions GmbH (www.iubel.de) *Stemplewski*, in: Handelsblatt, Warum der Weg zum Roboter-Anwalt in Deutschland lange dauert, 14.08.2019: „Ein Problem für iubel ist, dass in Deutschland nur wenige solcher Falldaten publik werden. Teure Fachmagazine veröffentlichen einzelne, von den Richtern als besonders interessant angesehene Urteile. Die Masse, die für eine statistische Analyse interessant wäre, bleibt hingegen unveröffentlicht“.

³⁰⁴ Vgl. nur Erwägungsgründe 1–4 der Richtlinie 2003/98/EG v. 26. Juni 2013 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. L 175/1.

3. Die Entscheidungspublizität erstreckt sich auf alle gerichtlichen Äußerungen mit sachlichem Inhalt ungeachtet deren Anfechtbarkeit und unter Einschluss dokumentationspflichtiger Hinweisbeschlüsse. Die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen mit vorläufigen Einschätzungen zur Rechtslage kann auf solche Fälle beschränkt werden, in denen es um höchstrichterlich bisher nicht geklärte Rechtsfragen geht und es nicht zum Erlass einer Endentscheidung kommt. Die in der Literatur geäußerte Kritik an der entsprechenden jüngeren Praxis des BGH verfängt nicht.
4. Die europäischen Justizverwaltungen und die der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind bereits zu einer praktisch lückenlosen Veröffentlichungspraxis übergegangen. Gleichwohl ist die staatliche Praxis insgesamt noch immer in erheblichem Umfang defizitär. Das betrifft im Besonderen die Instanzgerichtsbarkeit, deren Veröffentlichungsquote bis heute marginal bleibt und deren Entscheidungen im Übrigen nur selektiv-willkürlich publiziert werden. An diesem Befund hat sich auch durch die Einrichtung digitaler Landesrechtssprechungsdatenbanken wenig geändert. Vielmehr ist die Vielzahl von Online-Datenbanken auf Bundes- und Landesebene mit uneinheitlichen Benutzeroberflächen nicht hilfreich.
5. Die im Bereich der Instanzgerichtsbarkeit bestehenden Entwicklungsdefizite konnten anhand einer rechtstatsächlichen Studie zur gerichtlichen Aufarbeitung des Dieselskandals konkret nachgewiesen werden. Auswirkungen auf Justizgewährleistung und Rechtsanwendungsgleichheit waren dabei unübersehbar. Überdies ist deutlich geworden, dass Gesellschaft und Recht zunehmend im Fokus medienwirksamer Desinformation stehen, die durch mangelhafte Entscheidungspublizität ermöglicht und begünstigt wird.
6. Die lückenlose Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen bleibt eine Reformaufgabe. Der Gesetzgeber sollte sowohl die umfassende staatliche Veröffentlichungspflicht wie auch den umfassenden individuellen Zugangsanspruch im Kontext des Öffentlichkeitsgrundsatzes der Gerichtsverfassung einfach-gesetzlich klarstellen. Der im Bereich der staatlichen Rechtsprechungsdatenbanken bestehende Flickenteppich ist zugunsten einer bundeseinheitlichen und überdies kostenfrei zugänglichen Rechtsprechungsdatenbank aufzulösen.
7. In diese Datenbank ist auch die bisher nur kostenpflichtig über den privaten Dienstleister juris zugänglich gemachte Rechtsprechung einzubringen. Im Zusammenspiel mit privaten Anbietern wäre sodann zwischen kostenfreier Grundversorgung und kostenpflichtigen Zusatzangeboten zu unterscheiden.
8. Die gegenüber den vorliegenden Forderungen bestehenden praktischen Bedenken verfangen im Zeitalter der Digitalisierung nicht mehr. Die umfassende Veröffentlichung aller gerichtlichen Entscheidungen führt nicht zu einer unbeherrschbaren Informationsflut. Digitale Datenbanken mit sich ständig verbessernden Verfahren der statistischen Inhaltsschließung gewährleisten schon heute den tatsächlichen Nutzen umfassender Entscheidungspublizität.

9. Durchgreifende Bedenken ergeben sich auch nicht aus dem Persönlichkeitsrechtsschutz. Wenn man mit der herrschenden Meinung überhaupt vom Erfordernis einer lückenlosen Anonymisierung personenbezogener Daten in veröffentlichten Entscheidungen ausgeht, sind mögliche Maßnahmen zur digitalen Vorsorge bei der Entscheidungsabfassung und zur automatisierten Anonymisierung zu ergreifen. Ungeachtet dessen wäre in der deutschen Gerichtsbarkeit ein Paradigmenwechsel hin zur offenen Namensnennung der Verfahrensbeteiligten wünschenswert. Die Veröffentlichung der Parteinamen entspricht dem Gebot der Öffentlichkeit der Justiz und ist im öffentlichen Interesse und im Interesse wirksamer individueller Justizgewährleistung vielfach dringend angezeigt.
10. Die Entscheidungen der Gerichte zählen zu den zentralen Datengrundlagen für die Entwicklung und den Einsatz zahlreicher Anwendungen im Bereich von Legal Technology und künstlicher Intelligenz. Die geforderte umfassende Entscheidungspublizität ist deshalb auch für den Innovationsstandort Deutschland vital.

2. Regelungsvorschlag

§ 173 GVG sollte um folgende Absätze erweitert werden:

- (3) Das Gericht veranlasst unverzüglich nach der Zustellung seiner Zwischen- und Endentscheidungen deren Veröffentlichung. Der Bundesgerichtshof und die Oberlandesgerichte veröffentlichen darüber hinaus ihre in prozessleitenden Hinweisen geäußerten vorläufigen Rechtsauffassungen, sofern ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung besteht. Ein öffentliches Interesse ist insbesondere anzunehmen, wenn die vorläufige Rechtsauffassung eine höchstrichterlich bisher nicht geklärte Rechtsfrage betrifft und es nicht zum Erlass einer Endentscheidung kommt.
- (4) Die Veröffentlichung erfolgt durch eine zentrale und länderübergreifende Entscheidungsdatenbank im Internet. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der zentralen und länderübergreifenden Veröffentlichung im Internet zu regeln.
- (5) Jedermann hat Anspruch auf unentgeltlichen Zugang zur bundeseinheitlichen Entscheidungsdatenbank.