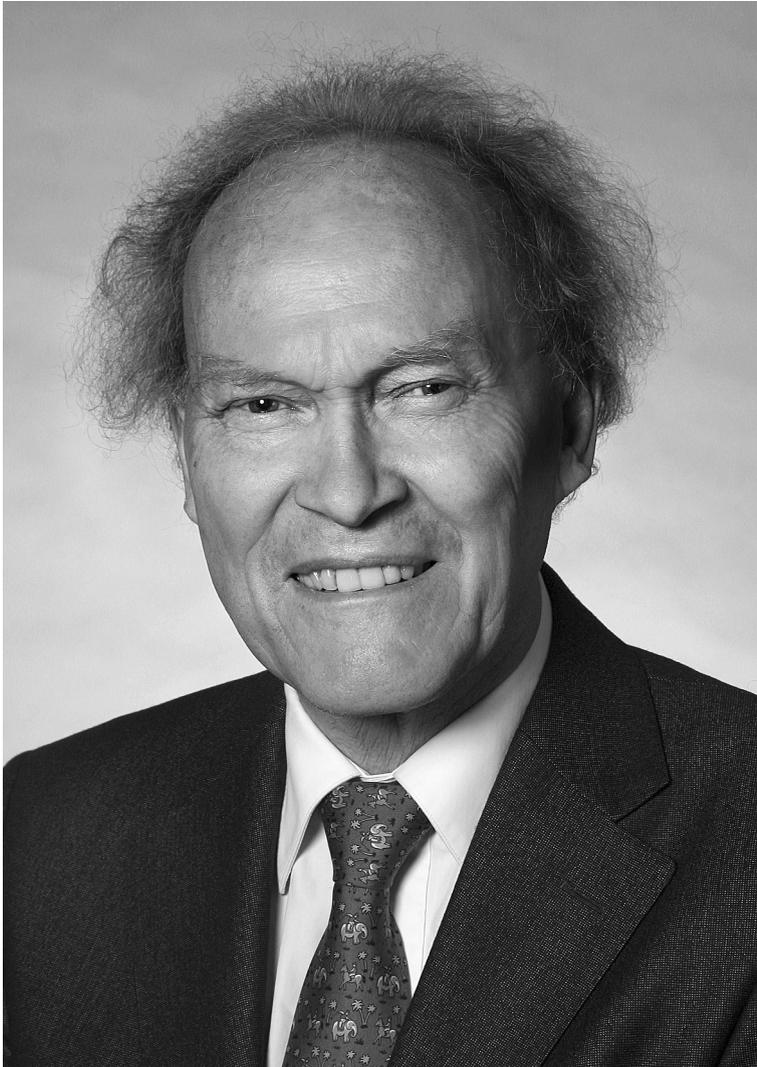


Festschrift für Achim Krämer
zum 70. Geburtstag



Festschrift für
ACHIM KRÄMER
zum 70. Geburtstag
am 19. September 2009

herausgegeben von

Uwe Blaurock Joachim Bornkamm
Christian Kirchberg



De Gruyter Recht · Berlin

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-558-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Achim Krämer
zum 19. September 2009

BERNHARD ALTEHENGER
ALFRED BERGMANN
KARL OTTO BERGMANN
UWE BLAUROCK
JOACHIM BORNKAMM
SIEGFRIED BROSS
HELMUT BRUCHNER
HERMANN BÜTTNER
KATHARINA DEPPERT
KONRAD DEUFEL
THOMAS DREIER
FRIEDRICH-WILHELM ENGEL
HANNS ENGELHARDT
REINHARD GAIER
CORNELIE VON GIERKE
WULF GOETTE
HANS-PETER GREINER
NORBERT GROSS
WILHELM GÜDE
REINER HALL
ERIK JAYME
HARTMUT KILGER
CHRISTIAN KIRCHBERG
GERHART KREFT

WOLFGANG KRÜGER
JOHANNES MASING
THOMAS MAYEN
WENDT NASSALL
GERD NOBBE
ANDREAS PIEKENBROCK
NINA POLT
PETER RAUE
GERHARD ROBBERS
WOLFGANG SCHLICK
KLAUS SCHRENK
ANDREAS W. TILP
EIKE ULLMANN
VOLKERT VORWERK
HERMANN WEBER
MATTHIAS WELLER
JOACHIM WENZEL
HARM PETER WESTERMANN
MARION WESTPFAHL
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN
JÖRG WINTER
THOMAS WINTER
ACHIM VON WINTERFELD
RÜDIGER ZUCK

Vorwort

Es gilt, einen „vir elegantissimus eloquii et multae undecumque scientiae“ zu ehren, einen Mann also, dessen überragendes juristisches Fachwissen sich immer mit einer weitgespannten Allgemeinbildung, insbesondere auf den Gebieten der Kunst, der Musik, der Literatur und vor allem auch der Theologie, gepaart hat. Anlass für diese Ehrung ist der 70. Geburtstag, den der Jubilar, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof *Achim Krämer*, am 19. September 2009 feiert und zu dem Freunde, Kollegen und Wegbegleiter ihm mit dieser Festschrift einen spätsommerlichen Strauß unterschiedlicher fachlicher und literarischer Provenienz überreichen wollen.

Kurz nach Beginn des Zweiten Weltkriegs in Freiburg geboren, hat *Achim Krämer* nach dem Abitur am Bismarck-Gymnasium in Karlsruhe die Studienrichtung seiner Väter und Vorväter eingeschlagen: Der Großvater mütterlicherseits, *Karl Schneider*, war Präsident des Badischen Verwaltungsgerichtshofs und sein Vater, *Theodor Krämer*, ein bekannter und angesehener Richter am Landgericht Karlsruhe. Das Studium der Rechtswissenschaften hat *Achim Krämer* in Heidelberg und München absolviert, um dann bereits in der Referendarzeit eine Tätigkeit in der seinerzeit hochangesehenen BGH-Kanzlei *Möhring/Nirk*, einer Art „Kaderschmiede“ für viele spätere BGH-Anwälte, aufzunehmen. Er hat diese Tätigkeit in der Folge als persönlicher wissenschaftlicher Mitarbeiter von *Philipp Möhring* fortgesetzt, ab 1973 aber gleichzeitig eine Stelle als Wissenschaftlicher Assistent am Seminar für Rechtsphilosophie und Kirchenrecht der Universität Freiburg wahrgenommen, im Jahre 1977 sodann die eigene Instanzkanzlei in Karlsruhe gegründet, um im Jahre 1980 schließlich als Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof zugelassen zu werden.

Die unter der Obhut von *Erik Wolf*, *Alexander Hollerbach* und *Günther Wendt* erstellte, 1973 abgeschlossene Dissertation zur „Gegenwärtigen Abendmahlordnung in der Evangelischen Kirche in Deutschland“ steht für eine weitere Entwicklungslinie der beiderseitigen Herkunftsfamilien des Jubilars. Theologische und religiöse Fragestellungen und Probleme haben den Lebens- und Berufsweg von *Achim Krämer* fortwährend begleitet, und er hat sich ihnen in Wort und Tat gewidmet. Hervorzuheben sind seine Mitwirkung als Gast des Theologischen Ausschusses der Evangelischen Kirche der Union an der Erarbeitung von Voten zu den Thesen der Barmer Theologischen Erklärung („Barmen III“) in der Zeit von 1975 bis 1980, ferner seine langjährige Mitgliedschaft im Verwaltungsgericht der Badischen Landeskirche und schließlich auch etwa seine großzügige Unterstützung kir-

chenmusikalischer Projekte in Karlsruhe, insbesondere des aktuell stattfindenden Orgelneubaus in der Christuskirche, der er sich – auch als deren früherer Kirchenältester – in besonderer Weise verbunden fühlt.

Wer *Achim Krämer* nicht nur bei Gericht oder im sonstigen beruflichen oder gesellschaftlichen Umfeld, sondern auch im engsten Familien- und Freundeskreise erlebt, will gerne glauben, dass ihn in jungen Jahren die Schauspielerei und die Musik durchaus verlockten, vom (vorgezeichneten) Pfad der Jurisprudenz und/oder der Theologie abzuweichen. Vor allem die intime Kenntnis des musikalischen Repertoires und der diversen Aufführungspraxen, die Leidenschaft, mit der er sich für oder – lieber – gegen eine aktuelle Aufführung oder Inszenierung ausspricht, die ihm eigene Gabe zur sprachlich zugespitzten, mitunter sogar gereimten Formulierung, der (gespielt) scharfe, fast mephistophelisch zu nennende Blick, mit dem er zuweilen sowohl beim Plädoyer vor Gericht als auch bei Diskussionen im gesellschaftlichen oder privaten Kreise seinen Gegner oder Gegenüber ins Visier nimmt und in seinen Bann zu ziehen sucht – das alles ist Ausdruck eines musisch höchst sensiblen und zugleich darstellenden Talents, das seinesgleichen sucht.

So nimmt es denn auch nicht Wunder, dass *Achim Krämer* sich im Privaten wie im Beruflichen in besonderer Weise für Fragen der Kunst – im weitesten Sinne – und für die damit zusammenhängenden Rechtsprobleme nicht nur interessiert, sondern auch engagiert. Seit vielen Jahren ist er Vorsitzender des Förderkreises der Staatlichen Kunsthalle Karlsruhe und des Vereins der Freunde der Kunsthalle. Unter seiner Ägide und dem Direktorat von *Klaus Schrenk* hat diese renommierte Einrichtung aufgrund der Unterstützung von Förderkreis und Freundesverein eine Vielzahl zusätzlicher Aktivitäten entfalten und insbesondere ihre Sammlungen durch den Ankauf von Kunstwerken komplettieren können. Die Mitgliedschaft im Beirat des Instituts für Kunst und Recht an der Universität Heidelberg schlägt die Brücke oder ist die verbindende Klammer zu *Achim Krämers* beruflicher Tätigkeit auf dem Gebiet des Kunst- und insbesondere auch des Urheberrechts, in jüngerer Zeit etwa als anwaltlicher Vertreter bei der Auseinandersetzung um den „Esra“-Roman von *Maxim Biller* oder im Streit um die Rechte an der spektakulären Erstaufführung der erst 2002 wieder entdeckten Oper „Montezuma“ von *Antonio Vivaldi*.

Bei der Tätigkeit des Jubilars als Revisionsanwalt vor dem BGH standen und stehen allerdings das Wirtschaftsrecht, insbesondere das Bank-, Kartell- und Wettbewerbs- sowie das Energiewirtschaftsrecht, daneben aber auch etwa das traditionsgemäß vor dem III. Zivilsenat verhandelte Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen (Staatshaftungsrecht) im Vordergrund. Gleichzeitig ist er auf diesen Gebieten ein gesuchter Vortragender bei Tagungen und Kongressen und war langjährig Mitglied des Kuratoriums der Bankrechtlichen Vereinigung. Zivilprozessuale und vor allem auch verfassungsrechtliche Fragestellungen sind der „basso continuo“ von *Achim Krä-*

mers beruflichem Wirken. Als Vorsitzender des Verfassungsrechtsausschusses des DAV hat er die Entfesselung der deutschen Anwaltschaft aus ihren herkömmlichen Bindungen durch die in den letzten 20 Jahren zunehmend forcierter vom Bundesverfassungsgericht betriebene Liberalisierung des anwaltlichen Berufsrechts hautnah und gewissermaßen am eigenen Leibe erlebt, ohne dass im Rahmen dieser Entwicklung allerdings, wie von manchen gefürchtet und von manchen gehofft, auch der Stab über die BGH-Anwaltschaft gebrochen wurde. Sein Betätigungsfeld und damit, wie es scheint, auch sein Lebenselixir bleiben dem Jubilar im Hinblick auf das erst unlängst wieder vom Bundesverfassungsgericht betonte Gemeinwohlinteresse an der „*Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft*“ also (einstweilen) weiter erhalten. Ehefrau Melanie und die vier allerdings größtenteils schon erwachsenen Kinder werden das mit gemischten Gefühlen sehen.

Achim Krämer berufliches Wirken ist nicht auf die Tätigkeit als Revisionsanwalt und auf vergleichbaren Feldern beschränkt (geblieben). Es hat seinen Niederschlag insbesondere auch in einer umfangreichen wissenschaftlichen Veröffentlichungs-Tätigkeit gefunden, von der das eindrucksvolle Schriftenverzeichnis, das dieser Festschrift beigelegt ist, Zeugnis ablegt. Die – nach entsprechender Lehrtätigkeit – im Jahre 1996 erfolgte Ernennung des Jubilars zum Honorarprofessor an der Universität Göttingen lag in der Konsequenz dieses zusätzlichen Engagements auf wissenschaftlichem Gebiet.

Die Herausgeber und Autoren dieser Festschrift haben sich mit ihren Beiträgen an dem bisherigen Lebenswerk von *Achim Krämer* orientiert, sind sich angesichts des Temperaments und der ungebrochenen Leistungsbereitschaft des Jubilars allerdings darüber im Klaren, insofern allenfalls eine Momentaufnahme geliefert zu haben.

Freiburg i. Br. und Karlsruhe, im Juni 2009

Uwe Blaurock

Joachim Bornkamm

Christian Kirchberg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
-------------------	-----

I. Verfassungsrecht

SIEGFRIED BROSS	
Überlegungen zum „materiellen Verfassungsrechtsverhältnis“ im Sinne des Staatsorganisationsrechts ausgehend vom Bund- Länder-Streitverfahren und damit zusammenhängende Fragen	3
KONRAD DEUFEL	
Die Kommunale Selbstverwaltung – Grundgestalt unseres demokratischen Gemeinwesens	15
REINHARD GAIER	
Wohnungsmietrecht und Verfassung	29
CHRISTIAN KIRCHBERG	
Die Anhörungsrüge – viel Aufwand, wenig Ertrag?	43
JOHANNES MASING	
Vielfalt nationalen Grundrechtsschutzes und die einheitliche Gewährleistung der EMRK	61
ACHIM VON WINTERFELD	
Das Bundesverfassungsgericht, der Bundesgerichtshof und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Gefüge des nationalen deutschen Rechts.	75
RÜDIGER ZUCK	
Die Konkurrenz von Verfahrensgrundrechten	85

II. Recht der freien Berufe

KARL OTTO BERGMANN	
Das heutige Bild des Arztes. Verfassungs-, berufs- und haftungs- rechtliche Aspekte	107

HERMANN BÜTTNER	
Der BGH-Anwalt zwischen Schein und Wirklichkeit	123
HARTMUT KILGER	
Berufsethische Überlegungen	135
MARION WESTPFAHL	
Veränderungen und Bedrohungen des anwaltlichen Berufsbildes	149

III. Wirtschaftsrecht

ALFRED BERGMANN	
Richtlinienkonforme Auslegung im Unlauterkeitsrecht am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG	163
UWE BLAUROCK	
Haftung des Scheinsozius	177
HELMUT BRUCHNER	
Rechtliche Überlegungen zu strukturierten Finanzinstrumenten – insbesondere zu US-CDO's	197
KATHARINA DEPERT	
Die Kapitalgesellschaft als Rechtsform anwaltlicher Zusammen- arbeit	207
THOMAS DREIER	
Thumbnails als Zitate? Zur Reichweite von § 51 UrhG in der Informationsgesellschaft	225
CORNELIE VON GIERKE	
Der Konflikt zwischen kirchlichen Werkeigentümern und Urhebern. Zugleich ein Beitrag zum methodischen Vorgehen bei der Prüfung von Werkänderungen	241
WULF GOETTE	
Zum Schicksal der Sozialverbindlichkeiten beim Gesellschafter- wechsel in der Personengesellschaft	253
REINER HALL	
Alter Hut oder neues Gewand? Darlegungslast, Schlüssigkeit und Substantiierung im KapMuG-Verfahren	265
ERIK JAYME	
Das Folgerecht an Originalen der bildenden Künste (§ 26 UrhG) und die deutsche Auktionspraxis – Eine kritische Betrachtung zur „Folgerechtsumlage“	277

GERHART KREFT	
Paralipomena zum Ombudsmann der privaten Banken	287
THOMAS MAYEN	
Bankaufsichtsrecht und öffentliche Förderbanken	303
NINA POLT	
Die Zahlung von debitorischen Konten – ein Fall der Gläubiger- benachteiligung im Sinne des § 129 InsO?	317
ANDREAS W. TILP	
Der Frankfurter Telekom-Prozess: Momentaufnahme im Februar 2009 zu den beiden KapMuG-Verfahren	331
EIKE ULLMANN	
Der Kirchenraum – ein rechtsfreier Raum?	361
HARM PETER WESTERMANN	
Neues zur Risikoanlage der Anleger in geschlossenen Immobilien- fonds	373
THOMAS WINTER	
§ 723 Abs. 3 BGB als „Einbruchstelle“ der Berufsfreiheit in das Gesellschaftsrecht	397

IV. Zivil- und Zivilprozessrecht

BERNHARD ALTEHENDER	
Der allgemeine Sprachgebrauch – ein Erfahrungssatz?	413
JOACHIM BORNKAMM	
Ruhe nach dem Sturm. Die zivilprozessuale Zulassungsrevision . .	425
FRIEDRICH-WILHELM ENGEL	
Berufungen an den Bundesgerichtshof	441
HANS-PETER GREINER	
Die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats	461
WOLFGANG KRÜGER	
Wiederverwendung einer Vormerkung?	475
GERD NOBBE	
Leistungshandlung, Erfüllung und Wegfall der Erfüllung bei Holschulden insbesondere im Lastschrifteinzugsermächtigungs- verfahren	497

ANDREAS PIEKENBROCK	
Rechtsschutz gegen gerichtliche Säumnis und Gehörsverletzungen in Österreich	513
WOLFGANG SCHLICK	
Rechtsweg in Amtshaftungssachen	527
VOLKERT VORWERK	
Beweisaufnahme im Ausland – Die EG-BeweisaufnahmeVO und der Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit	551
JOACHIM WENZEL	
Zur Konformität von Gesellschaftsrecht und Gemeinschaftsrecht der Wohnungseigentümer am Beispiel der Verkündung von Beschlüssen	563
V. Kirche, Kultur und Recht	
HANNS ENGELHARDT	
Zwischenkirchliche Vereinbarungen – ein Weg zu mehr öku- menischer Gemeinsamkeit?	583
NORBERT GROSS	
War Friedrich Schiller Schwabe oder Franzose? Staatsbürger, Ehrenbürger, Erbbürger in Krieg und Frieden	597
WILHELM GÜDE	
<i>Dr. jur. Mizzi Kisch</i> (1906–1942). Ein Gedenken. Verbunden mit einer späten Rezension ihrer Doktorarbeit von 1930 „Der Rechts- schutz der Schauspielerleistung bei Prominenten“	619
WENDT NASSALL	
Ichthyophagen am Ichthyotroph	637
PETER RAUE	
Der postmortale Guss – (k)ein Rechtsproblem?	651
GERHARD ROBBERS	
Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften im europäischen Recht	663
KLAUS SCHRENK	
Der Kampf um die Pressefreiheit zu Beginn der Juli-Monarchie und König Louis-Philippe	677

HERMANN WEBER	
Kurt Tucholsky als Jurist	695
MATTHIAS WELLER	
Die rechtsverbindliche Rückgabebezug	721
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN	
Renaissance der Religion im Fadenkreuz der Säkularisierung	737
JÖRG WINTER	
Das Kirchliche Verwaltungsgericht der Evangelischen Landes- kirche in Baden. Ein rechtshistorischer Fall	753
Verzeichnis der Schriften von Achim Krämer	767
Autorenverzeichnis	775

I. Verfassungsrecht

Überlegungen zum „materiellen Verfassungsrechtsverhältnis“ im Sinne des Staatsorganisationsrechts ausgehend vom Bund-Länder-Streitverfahren und damit zusammenhängende Fragen

SIEGFRIED BROSS

I. Einführung

1. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet unter anderem gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht. Für das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ordnet § 69 in Verbindung mit § 64 Abs. 1 BVerfGG an, dass der Antrag nur zulässig ist, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Hierin liegt keine Verschärfung für die Eröffnung des Rechtswegs zum Bundesverfassungsgericht, die mangels Ermächtigungsgrundlage ohnehin verfassungswidrig wäre, sondern die verfahrensmäßige Konturierung einer Staatsorganisationsnorm des Grundgesetzes.¹ An und für sich ist diese Erkenntnis nicht überraschend; denn das Grundgesetz hält sich mit Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zurück. Vielmehr hat der Verfassungsgeber den Weg eingeschlagen, den Gesetzgeber gemäß Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG zu ermächtigen, Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts auszuformen und auch zu bestimmen, in welchen Fällen seine Entscheidungen Gesetzeskraft haben. Zudem kann dieses Gesetz für Verfassungsbeschwerden die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges zur Voraussetzung machen und ein besonderes Annahmeverfahren vorsehen. Betrachtet man diese Regelungstechnik des Verfassungsgebers vor dem Hintergrund der Bestimmungen über die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts, ist festzustellen, dass Art. 93 GG, wie etwa

¹ BVerfGE 13, 54, 72.

auch Art. 100 GG, der Staatsorganisationsebene zugehören. Die nähere Ausgestaltung der jeweiligen Verfahrensart ist Sache des Gesetzgebers und ist folglich der Ebene unterhalb der Verfassung zuzurechnen.

Die Bedeutung dieser an sich nicht gerade überwältigenden Einsicht wird sinnfälliger, wenn man noch eine weitere Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in die Betrachtung einbezieht. Insoweit ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG mit seiner Regelung der kommunalen Verfassungsbeschwerde in den Blick zu nehmen. Über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 GG durch ein Gesetz entscheidet das Bundesverfassungsgericht, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann (spezielle Ausprägung der Subsidiarität). Betrachtet man die Regelungen in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4b GG im Zusammenhang, ergibt sich zum einen, dass das Bundesverfassungsgericht nur über verfassungsrechtliche Fragen zu befinden hat, sein Maßstab ist sonach ausschließlich das Grundgesetz. Zum anderen aber ist unter diesem Gesichtspunkt auch zu erwägen, dass die nur enumerativ und insoweit für einen genau beschriebenen Einzelfall eröffnete Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich den Gegenstand der verfassungsrechtlichen Streitigkeit vor dem Bundesverfassungsgericht und demzufolge auch den jeweils begrenzten Prüfungsmaßstab vorgibt. Es kann kein allgemeiner weit ausgreifender sein, der alle denkbaren verfassungsgesetzlichen Regelungen als Prüfungsmaßstab erfassen könnte. Damit würde das Bundesverfassungsgericht die ihm ausschließlich zugewiesene Stellung als „Hüter der Verfassung“ verlassen und in die Rolle einer „Superrevisionsinstanz“ hineinwachsen.²

Darüber hinaus ergibt der Wortlaut der Regelung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 (und Nr. 4b) GG noch Weiteres. Es geht bei dem Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht nicht um eine allgemeine objektive Verfassungsaufsicht, wie dies bei einer abstrakten Normenkontrolle üblicherweise der Fall ist. Vielmehr wird über Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder entschieden. Das Grundgesetz nennt hierzu beispielhaft die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und die Ausübung der Bundesaufsicht. Dadurch wird der Gegenstand des Bund-Länder-Streits eng auf Kompetenzen und Zuständigkeiten von Bund und Ländern nach dem Grundgesetz beschränkt. Weitere verfassungsrechtliche Fragen, etwa der Bedeutung von Grundrechten, spielen deshalb in einem solchen Staatsorganisationsstreit keine Rolle. Weder der Bund noch die Länder sind in einem solchen Rechtsstreit Wahrer des objektiven Verfassungsrechts; sie können nur die ihnen durch staatsorganisationsrechtliche Bestimmungen des Grundgesetzes zugewiesenen Positionen ins Feld führen.

² Hierzu schon BVerfGE 18, 85, 92.

Nicht anders verhält es sich mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde. Der Wortlaut des Grundgesetzes ist insoweit eindeutig. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG beschränkt die Erhebung der kommunalen Verfassungsbeschwerde darauf, dass eine Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 GG geltend gemacht wird. Hier geht es noch viel weniger um eine allgemeine objektive Verfassungsaufsicht, welche die Kommunen über die Erhebung einer kommunalen Verfassungsbeschwerde erzwingen könnten. Das erschließt sich allerdings noch aus einer anderen Beobachtung. Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind nicht in die Staatsorganisation des Grundgesetzes eingebunden.³

So erwähnen Art. 30, Art. 70, Art. 83 wie auch Art. 84 Abs. 1 a.F. GG die Gemeinden gerade nicht. Aus einer Zusammenschau von Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4b GG folgt sonach weiter, dass die kommunale Verfassungsbeschwerde wegen der Ansiedelung der Kommunen unterhalb der Staatsorganisationsebene des Bundes auch bei der Rüge einer Verletzung von Art. 28 GG nur einen eng begrenzten Streitgegenstand haben kann. Anders als den Ländern kommt ihnen jedenfalls auf der Bundesebene nach der Ausgestaltung des Grundgesetzes keinerlei Bedeutung bezüglich Gewaltenteilung und Gewaltentrennung zu. Nicht von ungefähr sind sie in ihrem Bestand durch das Grundgesetz nicht geschützt, wie dies etwa Art. 29 GG für die Länder durch besondere Kautelen vorsieht.

Die Neuregelung in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, wonach durch Bundesgesetz Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden dürfen, stützt diese Auffassung. Schon die Stellung der Vorschrift innerhalb des Art. 84 Abs. 1 GG macht deutlich, dass es sich nicht um eine Schutzvorschrift zugunsten der Kommunen, sondern um eine solche zugunsten der Länder handelt. Es bedürfte vor diesem Hintergrund ganz erheblicher Anstrengungen, die Zulässigkeit einer kommunalen Verfassungsbeschwerde, die eine Verletzung des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG rügt, nachzuweisen.⁴

2. Wegen des begrenzten Streitgegenstandes des Bund-Länder-Streits vor dem Bundesverfassungsgericht war es folgerichtig, für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern (und zwischen verschiedenen Ländern) eine Zuständigkeit – nahe liegend bei der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit – insoweit zu eröffnen. Dem trägt § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Rechnung und mit der alleinigen

³ Sehr gut gelungen sind hierzu die Ausführungen in BVerwGE 100, 56 und BVerwG, Urteil vom 15.5.2008 – 5 C 25/07 –, NVwZ 2008, S. 1369; siehe in diesem Zusammenhang auch *Engelken* Kommunen und bundesrechtliche Aufgaben nach der Föderalismusreform, VBl BW 2008, S. 457 ff.

⁴ Eingehend hierzu nunmehr *Engelken* (Fn. 3); *Huber* Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda, DÖV 2008, S. 844, 849.

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts auch dem Umstand, dass die Parteien eines solchen Rechtsstreits der Staatsorganisationsebene der Bundesrepublik Deutschland angehören und deshalb die allgemeine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach § 40 VwGO nicht angemessen wäre. Andererseits gibt der Gesetzgeber durch diese Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung auch zu erkennen, dass es solche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern unterhalb der Staatsorganisationsebene geben muss. Solche Streitigkeiten können aber nicht Kompetenzen und Zuständigkeiten, die im Grundgesetz im staatsorganisationsrechtlichen Zusammenhang geregelt sind, betreffen. Nahe liegend fallen deshalb alle „Meinungsverschiedenheiten“ zwischen dem Bund und den Ländern, die nicht auf originären Kompetenzen sowie Zuständigkeiten und darauf beruhenden Positionen beruhen, sondern solche zum Gegenstand haben, wie sie jedem in unserem Rechtsstaat zustehen können, auf unter der verfassungsrechtlichen Ebene liegend in die Entscheidungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts.

II. Einzelheiten

1. Die zuvor geschilderten Zusammenhänge kleidet das Bundesverfassungsgericht sprachlich dahin ein, dass „die Zulässigkeit eines Bund-Länder-Streits eine Maßnahme oder Unterlassung voraussetzt, die innerhalb eines Bund und Land umspannenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses eine verfassungsrechtliche Rechtsposition des Landes verletzen oder unmittelbar gefährden kann“⁵. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht bisher generelle Kriterien für die Bestimmung eines Bund und Land umschließenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses nicht entwickelt.⁶

Gleichwohl ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insoweit nicht ohne Konturen. Für die Bestimmung der Rechtsnatur des Streites um geltend gemachte Ansprüche zwischen Bund und Land kommt es auf den Charakter des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses an.⁷ Dabei ist maßgebend auf das verfassungsrechtliche Grundverhältnis abzustellen; denn die geltend gemachten Ansprüche können (daneben auch) in einem engeren Rechtsverhältnis wurzeln, und dann sind dieses engere Rechtsverhältnis und seine Rechtsnatur für die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche entscheidend.⁸

⁵ Vgl. hierzu BVerfGE 13, 54, 72; 81, 310, 329; 92, 203, 226; 95, 250, 262; 104, 238, 245.

⁶ BVerfGE 109, 1, 6.

⁷ BVerfGE 42, 103, 113; 62, 295, 313.

⁸ Hierzu mwN BVerfGE 109, 1, 6.

Dieses verfassungsrechtliche Grundverhältnis wird allerdings seinerseits wieder durch die inmitten stehende Klage, für die allein das Bundesverfassungsgericht zuständig ist, konturiert, nicht allein durch materielle verfassungsrechtliche Vorschriften. Das heißt, dass es darum geht, ob die „Meinungsverschiedenheiten“ zwischen Bund und Land unmittelbar an Staatsorganisationsnormen angebinden sind und sich gleichsam auf direktem Weg auf solche zurückführen lassen. Schon das Hinzutreten wesentlicher Begründungselemente für einen im Bund-Länder-Streit verfolgten Anspruch, die nicht auf einer Staatsorganisationsnorm, sondern auf Vorschriften von Gesetzen oder auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, ist ein Indiz dafür, dass es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, weil das Grundverhältnis, so wie es jetzt streitbefangen ist, eben nicht mehr das Bund und Land umspannende materielle Verfassungsrechtsverhältnis ist.

Diese Zusammenhänge hat das Bundesverfassungsgericht schon zuvor in einer anderen Entscheidung auf den Punkt gebracht. Dort hatte die Frage wegen der Ausgangskonstellation nicht die zentrale Bedeutung für den Gegenstand des Rechtsstreits wie in anderen Fällen. Gleichwohl formuliert das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 99, 361 (366) in Bezug auf das materielle Verfassungsrechtsverhältnis, dass bei einem im Streit stehenden finanziellen Anspruch dem Zahlungsbegehren, einer etwaigen Vollstreckung aus einem vorliegenden Urteil und diesem selbst im Bund-Länder-Streit keine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Insoweit gehe es nur um einen verwaltungsrechtlichen Anspruch (dort auf Schadensersatz) und seine Durchsetzung, nicht aber um verfassungsrechtliche Fragen, die zum Gegenstand eines Bund-Länder-Streits im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gemacht werden könnten. So fußt etwa ein Zinsanspruch, der selbstverständlich auch bei finanziellen Auseinandersetzungen zwischen Bund und Land keine unbedeutende Rolle spielen kann, ausschließlich auf Regelungen des einfachen Rechts und kann deshalb in einem Bund-Länder-Streit nicht vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden.⁹

2. Naheliegend möchte man annehmen, dass in Anbetracht dieser klaren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts das Bund und Land umspannende materielle Verfassungsrechtsverhältnis, das einen Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht bei Meinungsverschiedenheiten eröffnen kann, im Staatsalltag verhältnismäßig einfach bestimmt werden kann. Die Praxis lehrt anderes.

a) Werden im Bund-Länder-Streit Zahlungsansprüche geltend gemacht, lässt sich das Bund und Land umspannende materielle Verfassungsrechtsverhältnis eindeutig bestimmen. Das Grundgesetz selbst gibt Auskunft darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Bund von einem Land oder ein

⁹ So ausdrücklich BVerfGE 99, 361, 366 unter Verweis auf BVerfGE 18, 85, 92 f.

Land vom Bund Geld fordern darf. So ordnet Art. 104a Abs. 1 GG als Grundsatz an, dass der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben tragen, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben. Erhebt sich hierüber eine Meinungsverschiedenheit, so ist ohne weiteren Begründungsaufwand eine verfassungsrechtliche Streitigkeit eröffnet, weil es um das Bund und Land umspannende materielle Verfassungsrechtsverhältnis geht. Das Grundgesetz selbst regelt den Anspruchsgrund. Selbstverständlich kann das Grundgesetz anderes bestimmen, was auch nachfolgend der Fall ist. Gemäß Art. 104a Abs. 2 GG trägt der Bund die Ausgaben, wenn die Länder im Auftrage des Bundes handeln. Wenn man diese und die nachfolgenden Bestimmungen des Art. 104a GG wie auch des Art. 104b GG durchmustert, springt ins Auge, dass die Verfassung – naheliegend – sich immer nur zur Anspruchsgrundlage verhält, weil nur diese ihrem Inhalt nach staatsorganisationsrechtlicher Natur sein kann. Das Grundgesetz trifft hingegen keinerlei Aussage dazu, wie eine bestehende finanzielle Verpflichtung zu erfüllen ist. Das ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass hierfür die allgemeinen Gesetze und die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten. Dies hat BVerfGE 99, 361 (366) wie erwähnt zusammengefasst. So gelten für Ratenzahlung, Stundung, Verjährung und Verwirkung von Ansprüchen die allgemeinen Regeln, weil das Grundgesetz hierzu schweigt. Das Grundgesetz hat es bis auf die im Rahmen der Föderalismusreform getroffene Neuregelung des Art. 104b Abs. 2 Satz 3 GG nicht einmal für erforderlich gehalten, für die Modalitäten zur Erbringung der finanziellen Leistung irgendeinen Hinweis auf die unterverfassungsrechtliche Ebene zu geben.

Das ist wenig überraschend; denn das Staatsorganisationsrecht verhält sich naheliegend nur dazu, welchen Kompetenzen, Zuständigkeiten und Verpflichtungen Bund und Länder im Verhältnis zueinander obliegen. Die Modalitäten der Ausführung liegen unterhalb der Staatsorganisationsebene, es sei denn, es würden noch die anerkannten geschriebenen Verfassungsgrundsätze des Staatsorganisationsrechts eingreifen: bund-länder-freundliches Verhalten oder Organtreue. Allerdings sind auch das Institute, die auf der Ebene rechtlicher Beziehungen zwischen Privaten nicht bekannt sind.

b) Trotz dieser Eindeutigkeit kommt es bei der Verfolgung von Zahlungsansprüchen durch den Bund oder ein Land immer wieder dazu, dass Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht von den Parteien wechselseitig angerufen werden.¹⁰ In jüngster Zeit kam es zur Anrufung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht durch jeweils verschiedene Länder in einem Rechtsstreit, in dem es um die Erstattung von Zweckausgaben für die endlagerfähige Aufbereitung zwischengelagerter Nuklearabfälle ging. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu in Urteilen vom

¹⁰ Z.B. BVerfGE 99, 361.

24.7.2008¹¹ in einem Rechtsstreit nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO befunden, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Es hat hierzu überzeugend darauf verwiesen, dass keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliege. Eine solche sei nur anzunehmen, wenn um föderale Ansprüche, Verbindlichkeiten oder Zuständigkeiten gestritten werde, die auf Normen des Grundgesetzes gestützt würden, die gerade das verfassungsrechtlich geordnete Verhältnis zwischen Bund und Ländern betreffen.¹²

In dem von ihm zu entscheidenden Rechtsstreit hat das Bundesverwaltungsgericht darauf aufmerksam gemacht, dass bei der geltend gemachten Forderung auf § 24 Abs. 1 Satz 1 AtG abzustellen sei. Das hierauf fußende Auftragsverhältnis zwischen Bund und Land sei prägend. Die Regelung erhele, dass die Errichtung und der Betrieb eines atomrechtlichen Landesammellagers im Auftrag des Bundes ausgeführt werde. Der Streitpunkt zwischen den Beteiligten betreffe nicht den Rechtsgrund, sondern die Höhe des Erstattungsanspruchs und die Begründetheit von Einwendungen oder Einreden.

Dem vergleichbar ist der Gegenstand des Rechtsstreits 2 BvG 2/05 vor dem Bundesverfassungsgericht. Auch in ihm wehrt sich der Bund nicht gegen seine Erstattungspflicht dem Grunde nach. Vielmehr macht er, was nicht den Rechtsgrund, sondern Art und Umfang der Erfüllung seiner finanziellen Verpflichtung betrifft, Gegenrechte bis hin zur Verwirkung geltend. Zu solchen Fragen verhält sich das Grundgesetz, wie näher erläutert, nicht. Es geht also gerade nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um föderale Ansprüche, Abgrenzung von Zuständigkeiten und dergleichen mehr.

Die Problemstellung, wie sie hier in Bezug auf den Bund-Länder-Streit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG im Hinblick auf die Verfassungsrechtsnatur einer Streitigkeit erörtert wird, kann sich auch anderweit ergeben. So etwa, wenn politische Parteien fehlerhaft Rechnung legen und deshalb ihnen an sich im Rahmen der Parteienfinanzierung zustehende Geldmittel nicht ausgekehrt werden. Hiermit hat sich das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 17.6.2004 näher befasst.¹³ Für den vorliegenden Zusammenhang ist dieser Verfassungsrechtsstreit deshalb aufschlussreich, weil die Verfassungsbeschwerde von einer politischen Partei erhoben wurde und für politische Parteien an sich das Organstreitverfahren verpflichtend ist. Auch hier wird auf die Staatsorganisationsebene mit dem verfassungsrechtlichen Grundverhältnis und auf darunter angesiedelte rechtliche Beziehungen zwi-

¹¹ BVerwG 7 A 2 und 3.07 – juris.

¹² Unter Hinweis auf BVerfGE 81, 310, 319.

¹³ BVerfGE 111, 54.

schen am Staatsleben teilnehmenden Institutionen abgehoben. Das Bundesverfassungsgericht legt dar, dass die Beschwerdeführerin als politische Partei im Verfassungsbeschwerde-Verfahren antragsberechtigt ist; denn sie mache die Verletzung von Rechten durch Verwaltungsmaßnahmen – hier durch den vom Präsidenten des Deutschen Bundestages als mittelverwaltende Stelle erlassenen Bescheid – geltend. Grundrechte, die den Parteien unabhängig von ihrem besonderen verfassungsrechtlichen Status wie jedermann zustehen, seien nicht Bestandteil der durch Art. 21 GG geschützten Rechtsstellung und könnten deshalb nicht im Organstreitverfahren verfolgt werden. Ihre Verletzung könne nur auf dem Rechtsweg mit der Verfassungsbeschwerde abgewehrt werden.¹⁴

Auch hier wird wiederum sinnfällig, dass Staatsorganisationsrecht und darunter liegende Rechtsebene letztlich doch zweifelsfrei und eindeutig geschieden werden können. Bei allen bisher erörterten Fallgestaltungen war es so, dass das verfassungsrechtliche Grundverhältnis durch seine unmittelbare Anbindung und Zurückführung auf verfassungsrechtliche Organisationsnormen von der darunter liegenden Ebene geschieden werden konnte, weil es sich nicht um „Meinungsverschiedenheiten“ über das Bestehen einer Primärpflicht gehandelt hat, sondern weil Modalitäten in der Abwicklung inmitten standen, ohne dass das verfassungsrechtliche Grundverhältnis hierauf substantiellen Einfluss gehabt hätte.

c) Im Gegensatz zu den zuvor geschilderten Sachverhaltsgestaltungen ging es bei dem Organstreit um die „Verhaltensregeln für Abgeordnete“¹⁵ um das materielle Verfassungsrechtsverhältnis dem Grunde nach. Zentraler Gegenstand des Rechtsstreits war die Frage, ob die durch das 26. Gesetz zur Änderung des Abgeordnetengesetzes vom 22.8.2005 getroffenen Neuregelungen über die Ausübung des Mandats des Bundestagsabgeordneten, über die Anzeige und Veröffentlichung von neben dem Mandat ausgeübten Tätigkeiten und erzielten Einkünften einschließlich der insoweit vom Präsidenten des Deutschen Bundestages erlassenen Ausführungsbestimmungen und der für den Fall der Nichtbeachtung vorgesehenen Sanktionen mit dem Verfassungsrecht und dem Status des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 48 Abs. 2 GG, hilfsweise mit den Grundrechten auf informationelle Selbstbestimmung und Berufsfreiheit, vereinbar sind.

In der Beurteilung der Verfahrensart und der Parteifähigkeit wie auch der Antragsbefugnis legt das Bundesverfassungsgericht die auch für den Bund-Länder-Streit und andere Staatsorganisationsstreitigkeiten maßgeblichen Kriterien zugrunde. Es erachtet den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht für eröffnet, weil vorliegend über den Umfang der Rechte und Pflichten

¹⁴ BVerfGE 111, 54, 80 f. mwN.

¹⁵ BVerfGE 118, 277.

eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch das Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind, gestritten wird. Des Weiteren sind die seinerzeitigen Antragsteller als Abgeordnete des Deutschen Bundestages parteifähig im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Sodann wird im Zusammenhang mit der Antragsbefugnis darauf hingewiesen, dass im Organstreit der einzelne Abgeordnete die Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist, geltend machen kann.¹⁶

Es geht erkennbar unmittelbar um die Staatsorganisationsebene, um die Ausgestaltung des Status des Abgeordneten des Deutschen Bundestages und den Umfang der Befugnisse für den Gesetzgeber, diesen Status und die Pflichten des Abgeordneten zu konturieren. Alle damit zusammen hängenden Fragen lassen sich unmittelbar auf die Staatsorganisationsebene zurückführen, ihre Beantwortung hängt essentiell von den Vorschriften der Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 48 Abs. 2 GG ab.

3. Der Zugang zum materiellen Verfassungsrechtsverhältnis scheint schwierig zu sein, wenn es sich um eine kommunale Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG handelt. Das wird an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.12.2007 zu § 44b SGB II augenfällig.¹⁷ § 44b SGB II wurde mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Art. 83 GG für unvereinbar erklärt.¹⁸ Hinter der Begründung steht letztlich der Gedanke, dass es sich bei den durch Gesetz angeordneten Arbeitsgemeinschaften um eine unzulässige Mischverwaltung handle. Dem mag für eine Mischverwaltung als solche so sein; doch selbst dann wäre nicht jede „Mischverwaltung“ von der Staatsorganisationsebene her beachtlich. Die Gemeinden können im Rahmen der kommunalen Verfassungsbeschwerde nur eine Verletzung des Art. 28 GG rügen, nicht hingegen eine Verletzung des Art. 83 GG und nachfolgender Bestimmungen. Wie eingangs unter I. näher ausgeführt, weist das Grundgesetz durch die Eröffnung von nur enumerativen Zuständigkeiten an das Bundesverfassungsgericht zugleich einen begrenzten Prüfungsmaßstab für dieses aus. Die zuvor näher erörterten Beispiele haben deutlich gemacht, dass in jedem Streitfall die Frage zu stellen ist, ob es sich bei den verfolgten Ansprüchen um „Meinungsverschiedenheiten“ in Bezug auf Befugnisse, Zuständigkeiten oder Kompetenzen auf der Staatsorganisationsebene handelt. Die Gemeinden gehören ihr – wie näher ausgeführt – nicht an. Sie haben insoweit nur eine abgeleitete mindere Stellung, die durch das jeweilige Land repräsentiert wird.

¹⁶ Vgl. im Einzelnen hierzu BVerfGE 118, 277, 316 f.

¹⁷ BVerfGE 119, 331 mit abweichender Meinung von *Broß, Osterlob* und *Gerhardt*, S. 386 ff.

¹⁸ BVerfGE 119, 331, 361 ff.

Von daher hätte sich für die Gegenposition von vornherein die Frage gestellt, ob nicht im Sinne der Subsidiarität, wie sie in anderem Zusammenhang in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG zum Ausdruck kommt, sich eine Kommune vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht vor dem jeweiligen Landesverfassungsgericht hätte bemühen müssen, eine Verpflichtung des Landes herbeizuführen, über den Bundesrat eine entsprechende Initiative zur Änderung des mit Zustimmung des Bundesrates beschlossenen Gesetzes zu ergreifen. Sie macht nämlich im Kern vor dem Bundesverfassungsgericht ein verfassungswidriges Versagen von Landesregierung (und ggf. Landesparlament) geltend. Eine juristische Delikatesse!

Möchte man allerdings die in Rede stehende Bestimmung des SGB II wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 2 und Art. 83 GG scheitern lassen, bedarf es einiger gedanklicher Anstrengungen. Zunächst einmal muss man die Gemeinden auf die Staatsorganisationsebene im Bereich des Art. 83 GG heben. Des Weiteren ist ein eng umgrenzter Streitgegenstand gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG zu erwägen, weil die kommunale Verfassungsbeschwerde nicht zu einer objektiven allgemeinen Verfassungsaufsicht gleich einer abstrakten Normenkontrolle mutieren kann. Das alles sind Fragen, die in einer Konstellation wie der vorliegenden und anderen auftreten, wenn nicht das zugrunde liegende materielle Verfassungsrechtsverhältnis mit der unmittelbaren Zurückführung auf die Staatsorganisationsebene präzisiert und eingegrenzt, sondern unter allgemein verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu einem Verfassungsrechtsbehelf der Beliebigkeit umgestaltet wird. Art. 93 Abs. 1 GG lehrt schon durch sein Enumerationsprinzip anderes.

III. Zusammenfassung und Ausblick

1. Was das „materielle Verfassungsrechtsverhältnis“ im Sinne des Staatsorganisationsrechts betrifft, sind in der Entwicklung verschiedene Tendenzen zu beachten und kritisch in den Blick zu nehmen. Es ist gerade im Staatsorganisationsrecht nicht angängig, den „Rechtsschutz“ von Akteuren auf der Staatsorganisationsebene auszudehnen. Dies ist nur möglich, wenn ihnen über ihre durch die Verfassung konturierte Position ein darüber hinausreichender „subjektiver Mehrwert“ zuerkannt wird. Hier wird ein grundlegendes Fehlverständnis des Staatsorganisationsrechts deutlich.¹⁹ Die Akteure auf der Staatsorganisationsebene – beim Bund und den Ländern besonders sinnfällige – handeln dort nicht in Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Sie sind immer –

¹⁹ Eingehend und überzeugend hierzu mit zahlreichen Nachweisen *Müller/Mayer/Wagner* Wider die Subjektivierung objektiver Rechtspositionen im Bund-Länder-Verhältnis, *Verwaltungsarchiv* 93 (2002), S. 585, 94 (2003), S. 127 ff. und 295 ff.

wie auch die obersten Bundesorgane – als Institution und entpersönlicht in das Staatsorganisationsgeflecht eingebunden. Dieses wird aber nicht von Grundrechten oder ihnen gleich zu erachtenden subjektiven Rechtspositionen geprägt, sondern ausschließlich von Fragen der Kompetenz und Zuständigkeit sowie darauf beruhenden Ansprüchen und Befugnissen.

Das bedingt auch, dass ein irgendwie gearteter „Minderheitenschutz“ bei entsprechenden Konstellationen auf der Staatsorganisationsebene nicht unter einem subjektiven Blickwinkel gesehen werden darf. Das wäre nicht nur völlig verkehrt, sondern würde das sorgsam geknüpfte Staatsorganisationsgeflecht in Widerspruch zu Demokratie- wie auch Rechtsstaatsprinzip ins Rutschen bringen und könnte es letztlich zerstören. So kann Minderheitenschutz etwa im parlamentarischen Bereich nicht bedeuten, dass eine nicht vorhandene staatsorganisationsrechtliche Position über eine Anreicherung mit subjektiven Elementen aufgeladen und dieser entgegen der Staatsinstitution „aufgeholfen“ wird. Hierauf ist bei der Beurteilung von Streitigkeiten innerhalb des parlamentarischen Raums gezielte Aufmerksamkeit zu schenken, weil eben auch das Mehrheitsprinzip eine Ausprägung des Demokratieprinzips ist und nicht über Subjektivierung von Minderheitenpositionen unterlaufen werden darf. Es ist also immer danach zu fragen, welche Vorgaben die Verfassung in ihren staatsorganisationsrechtlichen Regelungen im Einzelnen festlegt. Sie dürfen nicht überspielt werden.

2. Bei der Ausgestaltung von Verfahren mit Auswirkung auf die Staatsorganisationsebene ist die Trennlinie, die die Verfassung über das Enumerationsprinzip für Klagen vor dem Bundesverfassungsgericht in Art. 93 GG zieht, ein deutlicher Hinweis für die rechtliche Bewertung. Da das Bundesverfassungsgericht nicht aufgrund einer verfassungsgerichtlichen Generalklausel, sondern nur in einzelnen vom Verfassungsgeber genau umschriebenen Verfahren und zudem nur nach dem Antragsprinzip zur Entscheidung berufen ist, hat diese Wertentscheidung des Verfassungsgebers auch Bedeutung für den Prüfungsmaßstab. Dieser hängt von der konkreten Verfahrensort ab und ist durch diese eng begrenzt. Er darf vom Bundesverfassungsgericht nicht ausgeweitet werden, weil es damit der Wertentscheidung des Verfassungsgebers zuwider handeln würde.

Diese Erkenntnis wiederum bedingt, dass Verfahren von Akteuren der Staatsorganisationsebene, die sich aber nicht auf das „materielle (Grund) Verfassungsverhältnis“ gründen, sondern auf rechtliche Beziehungen zwischen ihnen auf der darunter liegenden Ebene, nun nicht beliebig jedem Instanzgericht der zuständigen Fachgerichtsbarkeit zugewiesen werden dürften. Der Symmetrie zwischen den „Rechtsuchenden“ und ihrer Stellung auf der Staatsorganisationsebene kann im demokratischen Rechtsstaat nur angemessen dadurch Rechnung getragen werden, dass solche – gleichsam Annexstreitigkeiten zur Staatsorganisationsebene – vor den jeweils obersten Gerichtshöfen des Bundes der zuständigen Fachgerichtsbarkeit angesiedelt werden.

Jede andere Lösung widerspräche der Stellung auf der Staatsorganisationsebene.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und etwa in § 36 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages jeweils sachgerechte und der Problematik angemessene Regelungen zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, diese repräsentiert durch das jeweils oberste Gericht, getroffen.

3. Allerdings ist in Bezug auf die mögliche weitere Entwicklung zu erwägen, ob für Staatsorganisationsstreitigkeiten der Grundsatz der Subsidiarität für die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nicht der Fortentwicklung bedarf. Das würde etwa für Staatsorganisationsstreitigkeiten bedeuten, dass im Entscheidungsfindungsprozess auf der Staatsorganisationsebene jeder Akteur die ihm dort zur Verfügung stehenden Mitwirkungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen und von ihnen vollumfänglich Gebrauch machen muss.²⁰ Versäumnisse in dieser Hinsicht können dann nicht mehr durch die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts in einem Staatsorganisationsrechtsstreit behoben und geklärt werden. Konkret würde das für eine parlamentarische Minderheit bedeuten, dass sie nicht gegen Maßnahmen der Exekutive vor dem Bundesverfassungsgericht vorgehen kann, wenn sie im Gesetzgebungsverfahren zu der inmitten stehenden Problematik keinerlei Stellung genommen und vor allem keinen Versuch unternommen hat, das nunmehr bestandene Ergebnis des parlamentarischen Entscheidungsfindungsprozesses mit den ihr zur Verfügung stehenden parlamentarischen Mitteln zu verhindern. Desgleichen wäre es einem Land verwehrt, im Bund-Länder-Streit gegen den Bund vorzugehen, wenn es im Bundesrat eine entgegenstehende positive Stellung bezogen hatte. Diese Überlegungen gelten auch für die kommunale Verfassungsbeschwerde, für die über die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG angeordnete Subsidiarität hinaus auch danach zu fragen ist, ob ungeachtet eines nichtbestehenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses auf der Staatsorganisationsebene des Bundes deren Erhebung zum Bundesverfassungsgericht zwangsläufig schon daran scheitert, dass die nach Landesverfassungsrecht eröffneten prozessualen Möglichkeiten zum Landesverfassungsgericht nicht ergriffen wurden.

²⁰ In diese Richtung bereits BVerfGE 68, 1, 77 f.

Die Kommunale Selbstverwaltung – Grundgestalt unseres demokratischen Gemeinwesens

KONRAD DEUFEL

I. Einleitung

„Ohne Städte ist kein Staat zu machen“, lautete vor einigen Jahren das Thema einer Hauptversammlung des Deutschen Städtetags, der Zusammenkunft aller Großstädte und zahlloser großen, mittleren und kleineren Städte in der Bundesrepublik. War das großsprecherisch oder nur selbstbewusst, übertrieben oder zutreffend?

Richtig ist, dass nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs der Aufbau des Landes zuerst in den Städten begann, lange bevor die Bundesrepublik Deutschland konstituiert wurde. Nicht anders nach der Wiedervereinigung: Die Kraft des Neuanfangs im gemeinsamen Land entstand in den Rathäusern der Städte der ehemaligen DDR.

Im „Deutschen Wörterbuch“ der Brüder *Grimm* ist der Begriff „Stadt“ ein durch Mauern, Türme und Tore befestigter Ort, auch ein mit „besonderen Rechten der Selbstverwaltung und Jurisdiction begabter Ort, wobei die Befestigung etwas Selbstverständliches, aber mehr oder weniger Nebensächliches ausgemacht habe“.¹

Schiller findet in seinem Gedicht von der Glocke dazu die klugen Worte:

„Heilige Ordnung, segensreiche
Himmelstochter, die das gleiche
frei und leicht und freudig bindet,
die der Städte Bau gegründet“²,

will sagen:

Die Stadt schafft Ordnung, Freiheit, Gleichheit und gewährt so Lebensperspektive und Zuversicht.

¹ *Grimm* Deutsches Wörterbuch, 10. Band/II. Abt., I. Teil, Leipzig/Berlin 1960 (Nachdruck München 1984), 421 f.

² AaO, 423.

Das war schon bei den frühesten Städtegründungen so:

- Jericho entstand im Übergang vom 9. zum 8. Jahrhundert vor Christus, war ummauert, ist als wirtschaftliches Zentrum mehrmals überfallen worden und die Bibel erzählt von der Eroberung dieser Stadt mit Pauken und Trompeten.
- Seit dem 5. Jahrhundert vor Christus gibt es Städtegründungen in den fruchtbaren Tälern von Nil, Euphrat und Tigris.
- Seit dem 2. Jahrhundert vor Christi Geburt entwickelten sich im östlichen Mittelmeerraum bedeutende Städte: Knossos, Kreta – und allen voran als Beispiel städtischer Demokratie und Selbstverantwortung: Athen und Korinth.
- Vom 1. Jahrhundert nach Christus an begannen die römischen Stadtgründungen am Rhein, dem Strom von Verkehr und Handel; sie sind organisatorische Mittelpunkte des öffentlichen Lebens, politische, kulturelle und wirtschaftliche Zentren.
- Nach dem Zusammenbruch des römischen Reiches leben diese Städte weiter und es kommt später die Entstehung spezifisch städtischer Lebensformen hinzu: Köln, Trier und die Pfalzen entlang der Heer- und Handelsstraßen, an Dom und Bischofssitzen, oft die Kaufmannssiedlung in Anlehnung an eine Burg.
- Etwa seit 1120 gibt es planmäßige Stadtgründungen mit wesentlichen Rechten: Marktrecht, Zunftwesen, dem Recht auf Selbstverteidigung. „Nach Jahr und Tag“ hieß es und „Stadtluft macht frei“, frei von Bevormundung, Fron, Zehntem und Kriegsdienst für den Fürsten, wenn man einen Tag länger als ein Jahr sich in einer Stadt aufgehalten hatte. Diese Freiheit, die Rechtsgleichheit und die besseren wirtschaftlichen Möglichkeiten waren es, die die Städte zu Anziehungspunkten und zu Zentren der Entwicklung gemacht haben.

Das hat *Schiller* in seinem Lied besungen.

Stellt man darüber hinaus einen Vergleich an, in welcher Weise Staatsgeschichte oder Stadtgeschichte im öffentlichen Bewusstsein verankert sind, so wird man leicht finden, dass Staatsgeschichte in den Geschichtsbüchern steht, Stadtgeschichte aber lebendige Wirklichkeit ist: Wie wichtig den Bürgerinnen und Bürgern die Geschichte ihrer Stadt ist, zeigt sich an den zahlreichen Wiederaufbauten alter Gebäude nach den Zerstörungen des Zweiten Weltkriegs und übrigens genauso der beispielhafte Erhalt und Wiederaufbau alter Stadtkerne nach der Wende in den neuen Bundesländern.

Was macht heute darüber hinaus eine Stadt eigentlich aus? Sind es Häuser, Straßen, Plätze, Wasser, Strom, Straßenlaternen und Autos? Oder gehören nicht auch dazu Kindertagesstätten, Alteneinrichtungen, Jugendclubs, Krankenhäuser, Museen, Kinos, Musik, Kultur, regionale Kunst, eine gute Einkaufslandschaft, eine funktionierende Innenstadt, schöne Wohnlagen und

eine fruchtbare Beziehung ins Umland der Städte: Das ist es wohl, was die Städte heute darstellen sollen und anbieten müssen.

Auch das Bruttosozialprodukt unseres Landes wird im Wesentlichen in den Städten erarbeitet: Dort wird um Arbeitsplätze gekämpft, für Arbeitsplätze gesorgt, dort sucht man den engen Kontakt zu den ortsansässigen Firmen – aller Globalisierung zum Trotz –, dort wirbt man um Ansiedlung neuer Investoren, dort finden Menschen Lebenszufriedenheit, weil Arbeit ihrem Leben Sinn und Existenz gibt.

Es dürfte sich also lohnen, über diese Grundgestalt unseres demokratischen Gemeinwesens nachzudenken, sich auf seine Grundlagen, seine Strukturen und die anstehenden Herausforderungen zu besinnen.

II. Grundlagen

Am Anfang der Geschichte der Kommunalen Selbstverwaltung steht die Idee der Freiheit. In den Städten konnte man der Armut auf dem Lande entgehen, es gab die sichernde Struktur der Zünfte, die Möglichkeiten des Lebens und Arbeitens stellten sich viel stabiler dar, es gab Ansätze des Gesundheitswesens mit Ärzten, Apotheken und Spitälern – und man war nach Jahr und Tag frei von den Lasten gegenüber dem früheren Lehnsherren. Darüber hinaus konnte man in der Stadt weiterkommen: Von außerhalb der Zünfte in die Zünfte hinein, in besonders erfolgreichen Lebenslagen bis in den Rat.³ Allerdings griff die Gesetzgebung des Rates als wichtigster Rechtsquelle „tiefer in das Leben der Stadtbewohner ein als die entsprechenden ländlichen Normen“⁴: So zum Beispiel durch Bauordnung, Lebensmittelrecht, Polizei, städtisches Strafrecht. Die Schönheit und das Gleichmaß des Städtebaus in Spätmittelalter und Renaissance, nicht nur in den italienischen Städten, sind regelmäßig in der strikten Anwendung und Durchsetzung der baurechtlichen Vorschriften begründet. „Die Dialektik von Rechtssicherheit und Zwang, von Frieden und obrigkeitlicher Gewalt bestimmte ... das Zusammenleben in den Städten; das Gewaltmonopol der politischen Führung hatte hier seine Anfänge.“⁵

Nun wurde allerdings – ein zweiter Schritt hin zur Erweiterung der Räume innerstädtischer Freiheit – „in nicht wenigen Städten ... im Laufe des 14. und 15. Jahrhunderts die traditionelle Herrschaftsordnung umgestürzt“⁶: Die wenigen tonangebenden Familien, die die Macht im Rat inne hatten,

³ Vgl. *Boockmann* Die deutschen Städte am Ende des Mittelalters, in: *Das Reich und die Deutschen/Stauerzeit und spätes Mittelalter/Deutschland 1125 bis 1517*, Berlin 1987, 362, 364.

⁴ AaO, 368.

⁵ AaO, 370.

⁶ AaO, 367.

wurden oft gewaltsam aus ihren Machtpositionen verdrängt, mussten sie mindestens ganz oder teilweise mit neuen Mitgliedern des Rates teilen, die aus den Zünften kamen. Oft hatten die Zünfte schon zuvor zum Ausdruck gebracht, dass ihnen eigentlich die Macht zustehe: So ist der Giebel des „Knochenhaueramtsshauses“ in Hildesheim vis-a-vis zum Rathaus – trotz leicht abfallenden Marktplatzes – höher als der First des Rathauses; hier wollte die Zunft der Metzger dem Rat zeigen, wer die wirtschaftliche Macht in der Stadt in Händen hatte.

Am Ende des Mittelalters „waren es die Städte und nicht die Burgen oder Klöster auf dem Lande, in denen sich die Wege der Waren und die Bahnen der Gedanken kreuzten“⁷. Bald suchten viele Städte auch einen Zusammenhalt: Sie schlossen sich zum Bund der Hanse zusammen, übrigens keineswegs nur auf die Städte am Meer beschränkt, man baute die Handelsrouten mit Städten als Zwischenstationen aus und trug so zur wirtschaftlichen Entwicklung der eigenen Stadt und des ganzen Landes bei.

Die wesentliche Grundlage für die Kommunale Selbstverwaltung schuf dann allerdings die *Preussische Städteordnung* vom 19.11.1808, die auf *Freiherr vom und zum Stein* zurückging, dem Reformers der preußischen Staatsverwaltung. Was ursprünglich auch zur Stärkung der Widerstandsmöglichkeiten Preußens gegen Frankreich gedacht war, wurde zur Stärkung im Staatsaufbau durch Mitarbeit und Mitverantwortung des Bürgers⁸. Dadurch wurde die „politische Partizipation jedes männlichen Bürgers erreicht, der nur noch einen Einkommensnachweis, aber keine Zugehörigkeit zu einer Zunft oder einer anderen Kooperation mehr benötigte“⁹.

Dieses preußische Vorbild führte unter anderem dazu, dass in *Baden* 1831 ähnliche Strukturen des Gemeinderechts auf dem Hintergrund naturrechtlicher Ideen eingeführt wurden, nachdem zuvor schon das *Bayrische Gemeindeedikt* von 1818 und in *Württemberg* das *Verwaltungsedik*t von 1822 auf die „Allseitigkeit des gemeindlichen Wirkungskreises gerichtet“¹⁰ war.

Dass die Städte ihre Verantwortung sehr ernst genommen und ihren Aufgabenbereich umfassend selbst definiert haben, lässt sich am *Elberfelder System* erkennen. Es ist dies ein 1852 eingeführtes System der Hilfe für die Armen nach den Grundsätzen der Dezentralisierung, der Individualisierung und der Ehrenamtlichkeit: die öffentliche Aufgabe der Armenpflege unter der Regie der Stadtverwaltung durch ehrenamtliche Hilfsorgane. Diese Struktur wurde vielerorts übernommen und war die Grundlage für das, was wir heute Sozialhilfe nennen.

⁷ AaO, 356.

⁸ Vgl. *Wallthor* Stein, Karl Freiherr von und zum, in: Staatslexikon, Freiburg/Basel/Wien, 7. Auflage, 1989, 278.

⁹ *Duchhardt* Stein – Eine Biographie, Münster 2007, 198.

¹⁰ *Becker* u.a., Gemeinde, politische, in: Staatslexikon, Herder 1986, 823.

Ähnliches gilt für die meisten *Sparkassen*, gemeinnützig und sozial orientiert, ehemals als Teil städtischer Verwaltung und mit dem Ursprung in der „mündelsicheren Anlage“: Damit sollte das Vermögen der Vollwaisen vor dem Zugriff des Vormundes bis zur Volljährigkeit des Mündels geschützt sein, eine Aufgabe der Kommunalen Selbstverwaltung, die sie zum Schutze für die Minderjährigen sich selbst gestellt hatte.

Den nächsten Schritt vollzog sodann die *Weimarer Reichsverfassung*. Unter dem Gesamttitel „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ und unter dem Untertitel „Das Gemeinschaftsleben“ definiert Art. 127 WRV die gemeindliche Selbstverwaltung. Ein wesentlicher Fortschritt lag allerdings in Art. 17, II WRV, der auch für die Organe der Kommunalen Selbstverwaltung galt, nämlich das allgemeine, gleiche, unmittelbare und geheime Wahlrecht. Bisher war der Handlungsraum des liberalen Bürgertums durch Wahlrechtsbeschränkungen innerhalb des Obrigkeitsstaates „wohl abgeschottet gegen die Dominanz breiter Volksmassen“¹¹, jetzt war der Freiheits- und Selbstbestimmungsgedanke umfassend verfassungsrechtlich grundgelegt.

Was so hoffnungsvoll mit „Weimar“ begonnen hatte, erlebte durch den nationalsozialistischen Umsturz des Jahres 1933 eine tiefgreifende Veränderung: Die Einführung des Führerprinzips, die Ausrichtung der Kommunalpolitik an Zielen der Staatsführung und die Zwangseingemeindungen führten zum Niedergang der Idee der Kommunalen Selbstverwaltung.

Dem freiheitlichen Gedanken der Kommunalen Selbstverwaltung konnte diese Phase nationalsozialistischer Unterdrückung allerdings nichts anhaben. Die ersten Gemeindeordnungen nach 1945 haben noch provisorischen Charakter¹², aber im *Grundgesetz* des Jahres 1949 definiert als Grundrecht eigenen Typs.

Art. 28, II, 1:

„Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“

Damit garantiert diese Vorschrift die Satzungsautonomie, die Organisationshoheit, die Personalhoheit, die Finanzhoheit, die Gebietshoheit und die Planungshoheit der Städte und Gemeinden, als Gemeindeverbände auch die der Landkreise, in der Bundesrepublik Deutschland. Diese können in frei gewählter Rechtsform gemeindliche Einrichtungen, zum Beispiel der Wirtschaft, Umwelt und Energieversorgung betreiben; die gemeindliche Autonomie umfasst die Ermessens-, Gestaltungs- und Weisungsfreiheit bei

¹¹ Rudzio Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2006, 333.

¹² Vgl. Becker 824.

gleichzeitiger Gesetzesbindung.¹³ Dabei sind Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben“ (BVerfGE 79, 127/151; BVerfGE 92, 56/62). So sind die Städte und Gemeinden politisch-verwaltungsmäßige Wirkungseinheiten, die die Bevölkerung in ihrer sozialen Unterschiedlichkeit und räumlichen mobilen Orientierung örtlich einbeziehen; sie sind Anknüpfungspunkte demokratischen Lebens, Fundament der Demokratie und Ebene vielfältigen öffentlichen Handelns.¹⁴ Garanten der Rechtsstellung der Kommunalen Selbstverwaltung sollen die Länder sein und nach der Föderalismusreform darf der Bund gemäß Art. 84 GG den Kommunen zukünftig keine Aufgaben mehr direkt übertragen, was übrigens ganz aktuell bei der Frage der Ausweitung der Kindertagesstätten mit Krippenplätzen – einer Initiative der Bundesregierung – bereits zu erheblichen verfassungsrechtlichen und strukturellen Problemen geführt hat.

Das Gemeindeverfassungsrecht ist in den Ländern zum Teil neu geordnet worden: Die Zweigleisigkeit in der Stadtspitze ist beendet oder läuft aus, überall werden die Oberbürgermeister und Bürgermeister direkt gewählt, oft auch die Landräte. Die Kompetenzen der jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten sind in den verschiedenen Gemeindeordnungen allerdings höchst unterschiedlich ausgebildet, dabei sagen rechtliche Gegebenheiten gelegentlich nur wenig über die tatsächlichen Machtverhältnisse aus. Überall sind repräsentative Elemente eingeführt, wobei die Gremien mit Initiativ- und Kontrollaufgaben doch Teil der Verwaltung sind und nicht im engeren Sinn als „Parlament“ gelten können.

Es lässt sich festhalten: Die Geschichte der Städte in Deutschland ist – mit Unterbrechungen – die einzige bis heute im Wesentlichen durchgehende Linie der Freiheitsgeschichte in unseren deutschen Landen.

III. Aufgaben, Probleme, Herausforderungen

So sehr die Kommunale Selbstverwaltung in der Bundesrepublik auf diese Wurzeln stolz sein kann, so sehr muss sie sich der täglichen Bewährung stellen und die Berechtigung ihrer Existenz in dieser in Europa eher ungewöhnlichen, weil eben so umfassenden Form, beweisen.

¹³ Vgl. *Jarras/Pieroth* Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 2004, 670.

¹⁴ Vgl. *Lübking* Gemeinde, in: Fachlexikon der sozialen Arbeit, Baden-Baden 2007, 175.

1. Politisierung

Auch wenn die Gemeindeordnungen nun weitgehend einander angepasst sind, wird im Alltag die Tendenz zu einer politischeren Sicht in den Kommunen unübersehbar¹⁵: Es gibt kommunalpolitische Grundsatzprogramme der Parteien; die Parteien wissen, wollen sie in Land und Bund regierungsfähig werden oder bleiben, müssen sie in den Rathäusern beginnen. Die kommunalen Gremien sind dabei oft in Gefahr, zu politischen Parlamenten zu mutieren, weg von ihrer ursprünglichen Aufgabe, Teil der Verwaltung zu sein. Dazu kommt andererseits das Aufkommen von Bürgerinitiativen, die sich oft nur einem einzigen Problem verschreiben und denen viele Gemeindeordnungen die Möglichkeit zu Bürgerentscheiden einräumen. Übrigens hat Baden-Württemberg eine lange und gut eingeübte Tradition: So heiß umkämpft manche Bürgerentscheide sind und so heftig gestritten wird, allenthalben trägt das letztendlich erzielte Ergebnis doch zur politischen Befriedung bei. Die Freien Wählergruppen hingegen, die früher oft eine große Rolle gespielt haben, treten – mit Ausnahmen, so zum Beispiel neuerdings in Bayern – eher zurück, reichen auch selten an die Einflussmöglichkeiten politischer Parteien vor Ort heran, weil ihnen die landes- oder bundespolitische Verknüpfung fehlt.

So wie einerseits die plebiszitäre Bürgermeisterverfassung einen Siegeszug hinter sich hat¹⁶, steigt andererseits die Belastung der ehrenamtlichen Mitglieder kommunaler Gremien deutlich an¹⁷. Nicht nur, dass man – um zum Beispiel Ratsmitglied zu werden – sich dauerhaft im vorpolitischen Raum, von der Elterninitiative bis zum Kirchenchor und auch in der Partei und ihren Gremien engagieren muss, die Mitarbeit in Rat oder Kreistag verlangt die Bewältigung vieler schriftlicher Vorlagen, die Teilnahme an zahlreichen Ausschuss- und Fraktionssitzungen bis hin zur abschließenden Sitzung von Rat oder Kreistag. Das führt vielfach dazu, dass sich zum Beispiel Mittelständler oder Freiberufler kaum die Mitarbeit leisten können und sich das Schwergewicht der Gremienmitgliedschaft in den Bereich des öffentlichen Dienstes, auch hin zu Rentnern und Pensionären verlagert. Damit wird immer mehr die eigentlich doch nötige Querschnittsrepräsentanz aus der Bürgerschaft für die kommunalen Gremien verfehlt. Zudem führt die Überlastung der ehrenamtlich Tätigen regelmäßig dazu, dass die Verwaltung die Initiative ausüben will und wird, sie ihre Anträge einbringt und – durchaus mit Modifikationen nach den Beratungen – auch durchsetzt.¹⁸ Dieses geschieht umso leichter, als manche Verwaltung die von ihr angedachten Vor-

¹⁵ Vgl. *Rudzio* 334.

¹⁶ AaO, 340.

¹⁷ Vgl. aaO, 342.

¹⁸ Vgl. aaO, 345.

haben mit dem überall bestehenden „Kreis einflussreicher Vorentscheider“¹⁹ abstimmt, um letztendlich auch etwas bewegen zu können. Problematisch wäre dieses Verfahren im Übrigen nur dann, wenn es sich dabei um undurchschaubare Zirkel handelte, anders aber, wenn die Abläufe transparent und die handelnden Personen bekannt und in ihren Entscheidungen erkennbar sind.

2. Finanzierung

Auch wenn der Kommunalen Selbstverwaltung Verfassungsrang zukommt, so hängt ihre Gestaltungskraft doch wesentlich von ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Stärke ab. Tatsächlich aber haben Gemeinden und Kreise bei vielen Entscheidungen von Bund und Ländern „nur die Stellung von Hintersassen der Bundesländer“²⁰. Schon lange kämpfen die kommunalen Spitzenverbände, also die Vereinigungen der Städte, Gemeinden und Landkreise im Bundesgebiet, darum, förmlich und nicht nur durch Anhörung am Gesetzgebungsverfahren beteiligt zu werden; bislang ohne Erfolg. Im Hinblick darauf, dass mittlerweile zahlreiche Aufgaben von Bund oder Land den Kommunen zur Erledigung übertragen sind, wäre das für die Umsetzung von Gesetzen und die Finanzierung der Dienstleistungen von besonderer Bedeutung.

Das zeigt sich an erster Stelle im Bereich der Finanzen. „Kommunale Selbstverwaltung“ wird ein hohler Begriff, wenn die wirtschaftlichen Nöte der Kommunen immer größer und damit die Gestaltungsspielräume immer geringer werden. Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass übertriebenen Begehrlichkeiten nicht immer notwendige Grenzen gesetzt worden sind, mancher Rat, manche Verwaltung auch gern das Füllhorn ausgeschüttet hat und manche Entscheidung wenig verantwortlich war. Das allein ist aber nicht die Wurzel der kommunalen Finanzkrise. Die wechselhafte wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre und Jahrzehnte, von Bund und Ländern übertragene Aufgaben ohne ausreichende Finanzierungserstattung, die notwendige Beteiligung der Kommunen an der innerdeutschen Solidarität, das alles waren wesentliche Gründe für das Anschwellen der Schulden der Kommunen und die zunehmende Beschränkung der kommunalen Finanzkraft. Erst neuerdings greift der Gedanke der Konnexität, wonach der staatlichen Aufgabenübertragung der finanzielle Ausgleich folgen muss. Die finanzielle Situation der Kommunen in Deutschland ist dennoch durchgängig außerordentlich schwierig geblieben; es gibt zwar wirtschaftlich besonders bevorzugte Städte und regionale Räume, das ändert aber nichts daran, dass der Grad der Verschuldung grundsätzlich steigt. Auch die Kassenkredite nehmen

¹⁹ AaO, 346.

²⁰ AaO, 350.

dramatisch zu, dabei sind diese doch nur dafür gedacht, kurzfristige Liquiditätslücken zu überbrücken, nicht aber laufende Ausgaben der Kommunen mit einer gewissen Dauerhaftigkeit zu decken.

3. *Privatisierung*

Manche Stadt hat sich daher darauf besonnen, verstärkt zu privatisieren, andere sagen, „das Tafelsilber zu verkaufen“.

Dass sich die Einschätzungen dabei wandeln, liegt auf der Hand. So stand vor Jahren die Privatisierung der Stadtwerke, verantwortlich für Strom, Gas, Wasser und meist auch für den öffentlichen Personennahverkehr, als besonders dringlich auf der ordnungspolitischen Agenda. Das Ziel war mehr Markt, Verbesserung der Standortqualität Deutschlands im Energiesektor und für alle am Ende günstigere Preise. Gewiss war es nicht falsch, private Energieunternehmen in der Folge mit ihrem technischen und wirtschaftlichen Know-how in die Stadtwerke hineinzunehmen und mancher Haushalt einer Kommune hat durch den dabei erzielten Kaufpreis wesentliche Entlastung erfahren. Die ursprünglichen Markterwartungen sind aber keineswegs eingetreten, denn mittlerweile haben derzeit Oligopolisten den deutschen „Markt“ fest im Griff. Allenthalben regt sich auch deswegen Widerstand bei den Bürgern, wenn „ihre“ Stadtwerke verkauft werden sollen, so zuletzt in Düsseldorf und in Leipzig. Dazu kommt, dass sich die Stadtwerke neu auf ihre Stärken besinnen, weit mehr als bisher eigene Energieerzeugung anstreben und im Bereich der regenerativen Energien sich zu Schrittmachern entwickeln.²¹

Ähnlich zwiespältig stellt sich die Situation beim Verkauf von kommunalem Wohnungsbestand dar. Gewiss kann eine Stadt sich schuldenfrei stellen, wenn sie ihren Wohnungsbestand, zum Beispiel in Form ihrer städtischen Gesellschaft, gänzlich veräußert. Damit gehen aber, weil die Wohnungen meist in ganz bestimmten Stadtteilen kompakt angesiedelt sind, diese Stadtteile komplett in die Hand der Investoren über. Deren Interesse ist – legitimerweise – auf Rendite, aber nicht darauf gerichtet, zu Lasten des Gewinns sich in meist problematischen Stadtbereichen sozial zu engagieren. Wie weit die bei einem solchen Verkauf regelmäßig abgeschlossene „Sozialcharta“ auf Dauer, zum Beispiel beim zweiten oder dritten Weiterverkauf, Bestand hat, wird die Zukunft erst erweisen müssen. Dass die Bürger einen solchen Totalverkauf ablehnen, hat zuletzt ein Bürgerentscheid in einer süddeutschen Großstadt, nämlich in Freiburg i.Br, erwiesen.

²¹ Vgl. dazu auch *Reck* Die Zukunft der Stadtwerke – Megatrends für die Kommunalwirtschaft, ICG-Stadtwerkekongress 2007/Dresden, 27.11.2007 (www.vku.de), 2–10, 18–21.

Ähnliche Betrachtungen lassen sich auch anstellen – mit allem Für und Wider – für den Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens, nämlich der kommunalen Krankenhäuser, wo der Trend zur Privatisierung weiter zunimmt, beim öffentlichen Personennahverkehr, bei Wasser und Abwasser, nicht zuletzt bei Straßenunterhaltung, Straßenreinigung, Winterdienst und Grünflächenbetreuung. Jede Kommune muss hier für sich nach ihren Kriterien abwägen und entscheiden und es ist bemerkenswert, dass hier mittlerweile bei Kommunen, die sich zu einer nachhaltigen Privatisierung entschlossen hatten, wieder Rekommunalisierungsvorgänge auf den Weg gebracht worden sind.

Ganz sicher ist auch zu berücksichtigen, dass dann, wenn eine Stadt tatsächlich schuldenfrei geworden ist, gerade wieder neue Begehrlichkeiten entstehen können, mögen diese aus der Bürgerschaft oder aus dem Rat kommen.

4. *Selbstvergewisserung*

Nichts führt daran vorbei, dass Kommunen sich auf ihren Kern und ihre Möglichkeiten immer wieder neu rückbesinnen müssen: Wie ist der Ruf der Stadt? Wo und wie kann man sich mit anderen Städten zusammentun, um sich gegenseitig zu stärken und zu stützen?

Was erwarten die Bürger von ihrer Stadt: was muss sie davon selbst erledigen, wo handelt sie aus eigener Entscheidung, wo sind ihr Pflichten gesetzlich übertragen worden, wo hat sie Aufgaben freiwillig übernommen, und sodann: muss sie das, was sie tut, selbst erledigen, kann und soll sie sich durch Dritte dabei helfen lassen oder wo können Aufgaben Dritten ganz übertragen werden?

Nach Innen, in die Verwaltung selbst betrachtet: Lassen sich Aufgaben „schlanker“ erledigen? Macht man stetige Aufgabenkritik? Sind die Mitarbeiter richtig eingesetzt? Sind sie im Sinne einer klugen Personalpolitik ausreichend qualifiziert und motiviert? Wo kann man Leistungen reduzieren, wo muss man sie ausbauen?

Diese selbstkritische Vergewisserung gilt für alle Bereiche kommunalen Handelns: Für Jugend und Soziales, für Kultur und Bildung, für Stadtentwicklung und Städtebau, für Wirtschaft und Wirtschaftsförderung und alle anderen Tätigkeitsfelder. Besonders wichtig ist dabei, die Bürger einzubeziehen; das geschieht durch die öffentliche Diskussion über die Stadtkonzeption, das Leitbild, die Zukunftsperspektiven und durch regelmäßige Überprüfung, ob und wie die Ziele erreicht worden sind. So lassen sich Bürgersinn und Mitverantwortung wecken und erhalten.

5. Gestaltungsaufgaben

Es wäre von vielen Gestaltungsbereichen der Kommunalen Selbstverwaltung zu sprechen, allem voran den Aufgaben der Sozial- und Jugendpolitik. Eine Stadt, die den sozialen Frieden sichert, indem sie gute und verlässliche Infrastruktur für Kinder, Jugendliche und Familien, aber auch für Menschen mit Behinderung, für alte Menschen, für Pflegebedürftige und für Menschen mit Migrationshintergrund anbietet oder für solche Angebote sorgt, qualifiziert sich mit einem wichtigen Standortfaktor.

Nicht anders steht es mit den kulturellen Angeboten. Oft haben Städte ein eigenes Theater, ein „Stadttheater“, und sie mühen sich Jahr für Jahr, die Zuschüsse zu sichern. Allem öffentlichen Eindruck zum Trotz betragen die Ausgaben für alle Theater in Deutschland gerade einmal 1,73 % der öffentlichen Ausgaben und damit werden immerhin 38.200 Personen beschäftigt.

Es mag in der Argumentation zur Erhaltung der Theaterlandschaft – eine in Europa ungewöhnlich vielfältige, von zahlreichen öffentlichen Trägern finanzierte Struktur – der Pisa-Schock recht heilsam gewesen sein. Mit ihm hat sich ein neuer Sinn für ästhetische Bildung, insbesondere für Kinder und Jugendliche entwickelt. Das aber begründet ein Stadttheater nicht eigentlich, so wichtig es auch sein mag. Vermutlich ist darüberhinaus da und dort das Vorhandensein von Schauspielern, Orchestern, Chören und Tänzern in einer Stadt, übrigens auch von Museen, ein vielleicht zu gering geschätzter Reichtum gewesen, ihr breites Einwirken in das gesellschaftliche Leben zu wenig erkannt worden.

Es ist eine Kernaufgabe des Theaters, der Kultur insgesamt, „zur falschen Zeit die richtigen Fragen zu stellen“ (*Peter Iden*). Erst wenn sich Kunst völlig auflösen würde als Schmuck, Unterhaltung oder Werbung, käme sie an ihr Ende. Demgegenüber kann Kunst und Kultur in einer Stadt, zum Beispiel durch das Stadttheater, ein Ort sein, an welchem die Alltagsgetriebenheit konfrontiert wird mit Innehalten, Nachdenken, Kontemplation und geduldigem Erörtern.²² Auch dadurch zeigt sich, was Kommunale Selbstverwaltung leisten kann.

6. Europäisierung

Zwar achtet Art. 6, III des *Vertrages über die Europäische Union* (in der konsolidierten Fassung vom 24.12.2002) „die nationale Identität ihrer Mitgliedsstaaten“, wozu in Deutschland auch die Kommunale Selbstverwaltung gehört, die mit anderen kommunalen Strukturen in Europa wegen des Umfangs der örtlichen Verantwortung nicht vergleichbar ist. Schon zuvor hatte die *Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung* vom 15.10.1985

²² Vgl. *Khuon* Berliner Lektionen, Thalia-Theater Hamburg 2008 (www.thalia.de/service/1), 1.

in Teil 1, Art. 3 und 4 Begriff und Umfang der Kommunalen Selbstverwaltung als europäische Norm formuliert. Dennoch greift „Europa“ immer mehr in die Aufgabenerfüllung der Kommunalen Selbstverwaltung ein. Das geschieht beispielweise im Bereich des Landschafts- und Naturschutzes. Oft wird dadurch die geordnete und sorgfältige, die Belange von Natur und Umwelt vor Ort sehr wohl, aber anders berücksichtigende Entwicklung beeinträchtigt. Weitere Themen überbordender, durch die Kommission gestützter Bürokratie sind viele andere – an sich aus gutem Grund europäisch geregelte – Rechtsfragen, so zum Beispiel die Gleichstellungsrichtlinie und das Antidiskriminierungsrecht, schließlich die außerordentlich komplizierte Antragstellung für Förderung aus europäischen Mitteln und die Unübersichtlichkeit europäischer Fördermaßnahmen als ganzer. Unter dem Begriff der „Daseinsvorsorge“²³ will die europäische Kommission immer weiter jene Bereiche regeln, die in Deutschland zur Verantwortung vor Ort zählen. In den Rathäusern und Kreishäusern kann man davon ein Lied singen.

Andererseits gibt es zum wachsenden Europa keine Alternative; die Kommunen müssen sich damit zurechtfinden. So sind beispielweise in den letzten Jahren in Deutschland die sogenannten „Metropolregionen“ entstanden, mit denen Städte und Kreise ihre Stärken bündeln, ihre Schwächen ausgleichen, einen gemeinsamen Antritt suchen und sich so in Gesamteuropa neu positionieren.

Im Übrigen waren und sind es auch die Städte, die Europa vorantreiben: so geschehen zum Beispiel bei der Entstehung der deutsch-französischen Freundschaft und derzeit mit Partnerschaften, die über den Kreis des heutigen Europa hinaus zu Städten in den Bereich der ehemaligen Sowjetunion reichen.

7. Bevölkerungsentwicklung

Eine ganz besondere Herausforderung liegt in der demographischen Entwicklung unseres Landes. Wenn Städte von einem Rückgang ihrer Bevölkerungszahl betroffen sind, können schwerwiegende Folgen eintreten: Die Zahl allein lebender Menschen steigt an, die Haushalte altern, die Schülerzahlen sind rückläufig, die Nachfrage nach Freizeit- und Kulturangeboten verändert sich, der Immobilienmarkt unterliegt einem erheblichen Wandel, der Pflegebedarf für Ältere steigt, die Unternehmen finden nicht mehr genug Nachwuchskräfte und wechseln den Standort, weswegen die Steuereinnahmen sinken, kurz: Die Anforderungen an die städtische Dienstleistung ver-

²³ Vgl. dazu *Kämmerer* Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas soziales Gewissen, in: NVwZ 2002, 1042 ff.

ändern sich tiefgreifend.²⁴ Wer das als Bedrohungsszenario wahrnimmt, hat schon verloren, denn demographischer Wandel kann auch zu Innovationen führen: Qualifizierung und Weiterbildung, Veränderung des Wohnungsmarktes durch neue Wohnformen, Pflegekonzepte, die Ambulant und Stationär verknüpfen, angepasste Angebote für Kultur, Freizeit, Bildung und Konsum, Maßnahmen zur Vereinbarung von Familie und Beruf, Mehrgenerationenhäuser zur Begegnung zwischen Alt und Jung, Weiterentwicklung des Nahverkehrsnetzes: Jede Stadt kann und muss ihre eigenen Ideen entwickeln, Kommunale Selbstverwaltung wird sich auch bei diesem Wandel beweisen.

IV. Schluss

Die Kommunale Selbstverwaltung ist auch Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips: Was auf dieser Ebene erfüllt werden kann, soll die nächst höhere Ebene nicht an sich ziehen, denn was die Kommunale Selbstverwaltung kann, hat sie in Geschichte und Gegenwart bewiesen. Lebendige und schöne Städte in der Vielfalt unserer Regionen und unseres demokratischen Gemeinwesens prägen unser Land, jede Stadt mit ihrer eigenen Geschichte, ihrem Selbstbewusstsein, ihren alten und neuen Gebäuden, ihren kulturellen Traditionen, ihrer aktuellen Lebhaftigkeit und Lebendigkeit, ihrem ganz eigenen Bürgersinn, ihren Zukunftsperspektiven, ihrem Mut und ihrer Aufbruchstimmung. Die Kommunale Selbstverwaltung ist dann zukunftssicher unterwegs,

„wenn die Schönheit unserer Städte der Spiegel einer gerechten, sich ständig erneuernden und damit faszinierenden Gesellschaft ist“²⁵.

²⁴ Vgl. zum folgenden *Brandt* u.a., Zwischen Schrumpfen und Wachsen – Regionale Strategien zur Gestaltung des demographischen Wandels, in: Neues Archiv für Niedersachsen. Zeitschrift für Stadt-, Regional- und Landesentwicklung, 2/2005, 9 f., 11–16.

²⁵ *Hammel* Unsere Zukunft: Die Stadt, Frankfurt am Main, 1972, 209.

Wohnungsmietrecht und Verfassung

REINHARD GAIER

I. Einleitung

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Zivilrecht sind immer von besonderer Brisanz. Obwohl das Grundgesetz schon 60 Jahre in Kraft ist und seit dem Lüth-Urteil,¹ das die Ausstrahlungswirkung oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht erstmals ausspricht, schon 51 Jahre vergangen sind, werden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu zivilrechtlichen Themen nicht selten als unerwünschte Einmischung empfunden. Dem Verfassungsrecht wird dogmatisches Störpotential beigelegt, es erscheint als Fremdkörper in den klaren, bestimmten und fest gefügten Strukturen des Zivilrechts. Gegen die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte wird „Strahlenschutz“ beansprucht.²

So führte vor etwa 15 Jahren ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu einem Mietrechtsfall zu Irritationen. Zu dieser Entscheidung wurde etwa angemerkt, das Bundesverfassungsgericht habe über Nacht ein „Volk von Eigentümern“ erstehen lassen; ein Satz des höchsten deutschen Gerichts habe genügt und der bloße Besitz des Mieters von Wohnraum sei zu Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG erstarkt.³ Damit habe das Privatrecht ein weiteres Stück Eigenständigkeit verloren. Was mit der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht begonnen habe, habe sich zum Grundrechtsprotektorat über das bürgerliche Recht ausgewachsen: Die Anwendung des Privatrechts werde grundrechtsunmittelbar. Eine weitere Beeinträchtigung von Rechtsklarheit und Rechtsgewissheit sei ebenso abzu sehen wie eine weitere Kompetenzverlagerung von den Zivilgerichten hin auf das Bundesverfassungsgericht.⁴

Was war geschehen? Das Bundesverfassungsgericht hatte in einem Senatsbeschluss aus dem Jahre 1993 nichts anderes getan, als das Recht zum Besitz, das dem Wohnungsmieter nach dem Zivilrecht zukommt, dem Schutz des

¹ BVerfGE 7, 198, 207.

² Vgl. *Kennitner* NJW 2005, 785, 788.

³ *Depenheuer* NJW 1993, 2561; krit. auch *Rüthers* NJW 1993, 2587; *Sendler* NJW 1994, 709; zustimmend jedoch etwa *Derleder* WuM 1993, 514.

⁴ *Depenheuer* NJW 1993, 2561, 2564.

Art. 14 Abs. 1 GG zu unterstellen.⁵ Die Befürchtung, das Wohnungsmietrecht werde von nun an vom Verfassungsrecht dominiert, dürfte schon damals ohne Grundlage gewesen sein; noch viel weniger berechtigt war von Anfang an der Vorwurf einer „Umverteilung von Grundrechtssubstanz.“⁶ Den Vermietern wurde nichts genommen, den Mietern nichts gegeben. Eigentum wurde nicht sozialisiert und schon gar nicht zugunsten der Mieter enteignet.

II. Grundlagen

Treffen Mietrecht und Verfassungsrecht aufeinander, sind zwei Besonderheiten zu beachten, die zunächst als bloße begriffliche Probleme erscheinen, tatsächlich aber einen nicht geringen Beitrag zu Verständnisschwierigkeiten leisten können.

1. Eigentum

Für mietrechtliche Fragestellungen ist in erster Linie die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG das einschlägige Grundrecht. Das leuchtet aus der Sicht des Vermieters unmittelbar ein, wenn er Wohnungseigentümer⁷ oder Eigentümer des Hausgrundstücks ist, auf dem die vermietete Wohnung gelegen ist. Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff geht jedoch über den des Sachenrechts deutlich hinaus. Die Eigentumsgarantie zielt darauf, dem Einzelnen einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen. Deshalb wird von ihr nicht nur das Eigentum im sachenrechtlichen Sinne des BGB geschützt, sondern schlechthin jede vermögenswerte Rechtsposition, die das „einfache“ Gesetzesrecht gewährt.⁸ Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff umfasst grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.⁹ Der Eigentumsschutz erstreckt sich daher auch auf Abspaltungen der Nutzungs- und Verwertungsbefugnisse des Eigentümers in Form der beschränkten ding-

⁵ BVerfGE 89, 1, 5 f.

⁶ So aber *Depenheuer* NJW 1993, 2561, 2564.

⁷ Vgl. dazu BVerfG (K) NJW 2005, 801, 802; *Maunz/Düring/Papier* GG (Stand: Oktober 2008), Art. 14 Rn. 56.

⁸ Vgl. *Maunz/Düring/Papier* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 55; v. *Münch/Bryde* Bd. I, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rn. 11; *Jarass/Pieroth* GG, 10. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 7.

⁹ BVerfGE 83, 201, 208; 95, 267, 300; 105, 17, 30; 112, 93, 107; 115, 97, 111.

lichen Rechte.¹⁰ Damit ist der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG jedoch noch nicht erschöpft. Als Eigentum schützt Art. 14 Abs. 1 GG nicht nur die absolut, also gegenüber allen wirkenden dinglichen Rechte, sondern auch schuldrechtliche Positionen, also die obligatorischen Forderungsrechte, die nur den jeweiligen Schuldner zu einer Leistung verpflichten.¹¹

Vor diesem Hintergrund ist es geradezu zwangsläufig, dass das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung¹² auch das Recht zum Besitz des Wohnungsmieters dem Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterstellt. Auf der Grundlage der Merkmale, die das Bundesverfassungsgericht als maßgebend für die Annahme von Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG ansieht, kann die Parallelität zwischen Besitzrecht und Sacheigentum und damit der Schutz durch die Eigentumsgarantie schwerlich in Abrede gestellt werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt eine dem Sacheigentum vergleichbare rechtliche Zuordnung fest, indem es die gegen jedermann wirkenden Schutzrechte des Besitzers heranzieht, die dem Mieter durch den Vermieter eingeräumt sind (§ 862 Abs. 1, § 861 Abs. 1 BGB). Hinzu kommen der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB für das Recht zum Besitz als sonstigem Recht im Sinne dieser Norm und das auch im Falle der Veräußerung fortbestehende Recht des Wohnungsmieters zum Besitz aus § 566 BGB.¹³ Dabei wird nicht verkannt, dass dem Mieter über die Wohnung nur eine eingeschränkte Verfügungsbefugnis zukommt; er kann diese etwa nur in den Grenzen der §§ 540, 553 BGB Dritten zum Gebrauch überlassen. Dies ist jedoch unschädlich. Die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand ist zwar ein wesentliches Merkmal des Eigentums auch im verfassungsrechtlichen Sinne; schafft die Rechtsordnung jedoch vermögenswerte Rechte mit nur eingeschränkter Verfügungsmöglichkeit, so sind diese ebenfalls geschützt.¹⁴ Es stellt also keine Umverteilung von Grundrechtssubstanz dar, sondern ist die schlichte Konsequenz aus dem Eigentumsverständnis der Verfassung, wenn auch das Recht des Wohnungsmieters zum Besitz dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterstellt wird.

Was aber folgt aus dem Umstand, dass sich bei Konflikten zwischen Vermieter und Mieter grundsätzlich beide Seiten auf die Eigentumsgarantie berufen können? Ist zu befürchten, dass sich beide Grundrechte gewissermaßen blockieren und damit letztlich keine Veränderungen im Mietverhältnis mehr vollzogen werden können, weil Veränderungen zugunsten des Vermieters das Eigentumsrecht des Mieters ebenso entgegensteht wie umgekehrt

¹⁰ *Maunz/Düring/Papier* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 56; *Jarass/Pieroth* (Fn. 8), Art. 14 Rn. 9.

¹¹ Vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 8.

¹² BVerfGE 89, 1, 5 f.

¹³ BVerfGE 89, 1, 6 f.

¹⁴ BVerfGE 89, 1, 7 unter Hinweis auf BVerfGE 83, 201, 209; vgl. auch BVerfGE 89, 1, 7; 101, 239, 258; 114, 1, 59.

Veränderungen zugunsten des Mieters das Eigentumsrecht des Vermieters? Solch unsinnige Ergebnisse sind in der Verfassung selbstredend nicht angelegt. Geraten unterschiedliche Grundrechtspositionen in multipolaren Rechtsbeziehungen miteinander in Konflikt, so zeigt vielmehr das Gebot praktischer Konkordanz den Lösungsweg auf. Danach darf nicht eine Grundrechtsposition vorschnell zugunsten der anderen aufgegeben werden. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind vielmehr in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.¹⁵ Für die Eigentumsgarantie steht allerdings die Lösung durch Herstellung praktischer Konkordanz, wenn für sie überhaupt Raum sein sollte, jedenfalls nicht im Vordergrund. Der Ausgleich konfligierender Positionen findet hier auf anderem Wege statt und dieser führt zur zweiten Besonderheit des Art. 14 GG.

2. Ausgestaltung

a) Grundlagen

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet „das Eigentum“. Im Unterschied etwa zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, der Leben und körperlicher Unversehrtheit schützt, hat die Eigentumsgarantie keinen vorgegebenen, keinen gewissermaßen natürlichen Schutzgegenstand. Eigentum ist – wie schon ausgeführt – eben nur das, was die Rechtsordnung dem Einzelnen als vermögenswertes Recht gibt und ihm mit bestimmtem Inhalt zuordnet. Nur das durch die Gesetze ausgeformte Eigentum bildet den Gegenstand der Eigentumsgarantie und ist verfassungsrechtlich geschützt.¹⁶ Art. 14 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht, nicht anders als der Schutz von Ehe und Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG oder die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG oder das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Es handelt sich – wie *Roman Herzog* es nannte¹⁷ – um ein Grundrecht aus der Hand des Gesetzgebers.

Ohne gesetzliche Ausgestaltung ist die Eigentumsgarantie ein leeres Gefäß. Der Gesetzgeber muss dieses Grundrecht zunächst mit Leben füllen. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach die Gesetze Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen, ist in diesem Kontext zu lesen. Obwohl dort von den „Schranken“ des Eigentums die Rede ist, handelt es sich nicht um einen Eingriffsvorbehalt.¹⁸ Die Regelung beinhaltet stattdessen ein an den Gesetzgeber gerichtetes Ausgestaltungsgebot.¹⁹ Der Gesetzgeber darf daher, um im Bild

¹⁵ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 24, 367, 396.

¹⁷ In Festschrift für *Zeidler* 1987, Bd. II S. 1415.

¹⁸ Vgl. v. *Münch/Bryde* (Fn. 8), Art. 14 Rn. 50.

¹⁹ Ähnlich *Dreier/Wieland* GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 75.

zu bleiben, das Gefäß nicht ohne Inhalt lassen, sondern er hat vermögensrechtliche Positionen zu schaffen, die die Bezeichnung als Eigentum verdienen. Die Ausgestaltung ist also aus Sicht des Gesetzgebers Befugnis und Verpflichtung zugleich.

Kennzeichnend für die Ausgestaltung durch Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums ist die generelle und abstrakte Festlegung der Rechte und Pflichten hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne anzusehen sind.²⁰ Es geht also um die Schaffung von Rechtssätzen, die vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an den Inhalt von Eigentumsrechten für die Zukunft in allgemeiner Form bestimmen.²¹ Die gesetzliche Regelung kann privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein.²² Lässt sich die Ausgestaltung verfassungsrechtlich nicht beanstanden, so liegt darin keine Einschränkung des Eigentumsgrundrechts.²³

Für diese Bestimmung des Eigentumsinhalts kann der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsbereich beanspruchen.²⁴ Dies kann allerdings nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber beliebig darüber befinden kann, in welcher Weise er das Eigentum ausgestaltet. Wäre das anders, wäre Art. 14 Abs. 1 GG auf Leerlauf angelegt: Könnte der Gesetzgeber im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis vermögensrechtliche Positionen nach Gusto einschränken, beschneiden oder gleich ganz entziehen, käme der Schutz der Eigentumsgarantie immer zu spät, weil der Schutz nur an das anknüpfen kann, was das Gesetz zuvor geschaffen hat. Anders gewendet: das Gefäß des Art. 14 GG mag noch so stabil und aus Eisen gegossen sein, sein Mantel bleibt ohne Nutzen, wenn es nicht einen Inhalt von Substanz zu schützen gilt. Das Ausgestaltungsgebot darf daher nicht nur vorgeben, dass das Gefäß zu füllen ist, es muss auch Bestimmungen zum Inhalt treffen.

b) Ausgestaltungs-korridor

Zum Ergebnis der Ausgestaltung lassen sich die maßgeblichen Hinweise der Verfassung selbst entnehmen. Dem Gesetzgeber bleibt für die Ausgestaltung ein Korridor, der einerseits durch die verfassungsrechtliche Anerkennung des Privateigentums und andererseits durch das Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung begrenzt ist.²⁵

²⁰ Vgl. BVerfGE 58, 300, 330.

²¹ BVerfGE 72, 66, 76 mwN.

²² BVerfGE 53, 300, 330.

²³ Vgl. BVerfGE 21, 92, 93; 24, 367, 396.

²⁴ Vgl. BVerfGE 21, 73, 83.

²⁵ Vgl. BVerfGE 52, 1, 29.

aa) Institutsgarantie

Die eine Grenzlinie ergibt sich aus dem Umstand, dass die Eigentums-garantie nicht nur ein Freiheitsgrundrecht zugunsten des Einzelnen zum Gegenstand hat, sondern daneben auch das Privateigentum als Rechtsinstitut gewährleistet.²⁶ Inhalt und Bedeutung dieser Einrichtungs- oder Institutsgarantie werden bisweilen in Zweifel gezogen.²⁷ Sie ist jedoch wegen der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung des Eigentums und der daraus folgenden Befugnisse unverzichtbar, eben weil sie dem Gesetzgeber bei der ihm obliegenden Ausgestaltung eine Grenze vorgibt. Die Institutsgarantie verhindert, dass der Gesetzgeber solche Sachbereiche der Privat-rechtsordnung entzieht, die zum elementaren Bestand grundrechtlich ge-schützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören.²⁸ Hiernach enthält Art. 14 Abs. 1 GG eine konstitutionelle Zusicherung, nach der das Privateigentum als Rechtseinrichtung erhalten bleibt, der Gesetzgeber mithin gehalten ist, einen entsprechenden Kernbestand von Normen zur Verfügung zu stellen.²⁹

bb) Sozialgebot

Die andere Grenzlinie markiert das Sozialgebot aus Art. 14 Abs. 2 GG. Hiernach muss der Gesetzgeber bei der Erfüllung seines Ausgestaltungsauftrages das verfassungsrechtliche Konzept eines sozialgebundenen Privat-eigentums umsetzen. Um dieses Sozialmodell zu verwirklichen, müssen die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich, also ohne einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung in ein ausgewogenes Ver-hältnis gebracht werden.³⁰

Innerhalb des Korridors macht die Verfassung ebenfalls Vorgaben für die Ausgestaltung. Denn die Entscheidungen des Gesetzgebers müssen auch in Einklang mit allen übrigen Verfassungsnormen stehen, also insbesondere dem Gleichheitssatz, dem Grundrecht auf Verhaltensfreiheit und den Prinzi-pien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit entsprechen.³¹ Hieraus ergeben sich für die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers unterschiedliche Schranken je nachdem, ob der Schutz individueller Freiheit oder der gesellschaftliche Kontext im Vordergrund steht. Soll das Eigentum im konkreten Fall die per-sönliche Freiheit des Bürgers im vermögensrechtlichen Bereich sichern, muss der Gesetzgeber beachten, dass der Einzelne hier einen besonders ausgepräg-

²⁶ Vgl. BVerfGE 20, 351, 355; 58, 300, 339.

²⁷ Vgl. *Maunz/Düring/Papier* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 11; *Jarass/Pieroth* (Fn. 8), Art. 14 Rn. 4.

²⁸ BVerfGE 24, 367, 389; 58, 300, 339.

²⁹ *Maunz/Düring/Papier* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 11.

³⁰ BVerfGE 52, 1, 29.

³¹ BVerfGE 14, 263, 278.

ten Schutz genießt; demgegenüber ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist.³²

III. Das soziale Mietrecht als Verfassungsauftrag

Das geltende Wohnungsmietrecht ist hiernach das Ergebnis des Ausgestaltungsauftrages, den die Verfassung dem Gesetzgeber erteilt hat. Hier werden die beiderseits durch Art. 14 GG geschützten Positionen von Mieter und Vermieter zugeordnet und abgegrenzt.³³ Da der grundrechtliche Schutz des Besitzes des Mieters dann mobilisiert wird, wenn ihm dieser entzogen werden soll, geraten zuerst die Vorschriften über die Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter in den Blick. Wie schon angedeutet, kann die Lösung nicht darin bestehen, generell dem Bestandsinteresse des Mieters zur Durchsetzung zu verhelfen. Ebenso wenig kann dem Erlangungsinteresse des Vermieters grundsätzlich Vorrang zukommen. Beides wäre kein angemessener Ausgleich, der die beiderseitigen Interessen berücksichtigt. Wie ein solcher aussehen kann, zeigen die Vorschriften über die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter (§ 573 BGB) und den Widerspruch des Mieters gegen die Kündigung (§§ 574 ff. BGB). Beide bewegen sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in dem schon beschriebenen Gestaltungskorridor und sind daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.³⁴

1. Kernstück des sozialen Mietrechts

§ 573 BGB macht die ordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum vom Vorliegen eines berechtigten Interesses abhängig. Die Norm enthält, ansonsten wäre sie angesichts der sozialen Realitäten praktisch wirkungslos, zugunsten des Mieters zwingendes Recht (§ 573 Abs. 4 BGB). Zu Recht wird diese Regelung als Kernstück des sozialen Mietrechts angesehen.³⁵ Sie schützt den Mieter vor einem ins Belieben des Vermieters gestellten Entzug der Räumlichkeiten, die seinen Lebensmittelpunkt ausmachen. Ihr wichtigster Anwendungsbereich, die Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB), soll daher im Folgenden näher betrachtet werden.

Die Begrenzung der Möglichkeit, das Mietverhältnis zu beenden, stellt nicht nur einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie und damit in die

³² Vgl. BVerfGE 42, 263, 294; 95, 64, 84; 100, 226, 241.

³³ Vgl. BVerfGE 89, 1, 8.

³⁴ BVerfGE 89, 1, 9.

³⁵ So BVerfGE 68, 361, 363.

durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Verhaltensfreiheit des Vermieters dar. Berührt ist vielmehr auch der Schutzbereich des Eigentums; denn für dieses ist die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über das Eigentumsobjekt kennzeichnend.³⁶ Die Rechtsposition des Eigentümers ermöglicht allerdings auch Willkür und vor ihr hat der Mieter einer Wohnung Schutz verdient. Deutschland liegt mit einer Eigenheimquote von lediglich 41 % mehr als 20 % unter dem europäischen Durchschnitt.³⁷ Daher gilt noch immer, was das Bundesverfassungsgericht schon vor mehr als zwanzig Jahren ausgeführt hat:³⁸ Große Teile der Bevölkerung sind nicht in der Lage, aus eigener Kraft Wohnraum für sich zu schaffen, und daher auf Mietwohnungen angewiesen. Die Mietwohnung ist für diese Menschen Mittelpunkt ihrer Existenz. Ein erzwungener Wohnungswechsel bedeutet eine erzwungene Neuorientierung der Lebensumstände und ist nicht nur mit beträchtlichen Kosten verbunden, sondern auch mit persönlichen, familiären und sozialen Belastungen. Sozialgebundenes Eigentum, wie es Art. 14 GG fordert, kann hier der bloßen Willkür keinen Vorzug geben.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere die gesetzlichen Regeln zur Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) als verfassungsgemäß angesehen. Dies ist bereits geschehen, bevor das Bundesverfassungsgericht den Besitz des Mieters ausdrücklich dem Schutz des Art. 14 GG zugewiesen hatte,³⁹ und an diesem Ergebnis hat sich auch in der Folgezeit nichts geändert.⁴⁰ Die bereits angesprochene Umverteilung von Grundrechtssubstanz zu Lasten der Vermieter fand also auch insoweit nicht statt.

2. Rechtsanwendung

Mit der Feststellung, dass die gesetzliche Regelung über die Beschränkung des Kündigungsrechts des Vermieters verfassungsgemäß ist, ist für die Praxis nur ein erster Schritt getan. In einem zweiten Schritt ist noch zu prüfen, ob auch die Auslegung und die Anwendung der maßgeblichen Vorschriften des Zivilrechts den Anforderungen der Verfassung genügen. Da die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG auch für die Fachgerichte unmittelbar geltendes Recht sind, müssen auch sie die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessensabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den Eigentumsschutz auf Seiten des Vermieters wie auf Seiten des Mieters beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen vermeidet.⁴¹

³⁶ Vgl. BVerfGE 101, 54, 74 f.

³⁷ Berliner Zeitung vom 15.3.2003.

³⁸ BVerfGE 68, 361, 370 f.

³⁹ BVerfGE 68, 361, 370 f.

⁴⁰ BVerfGE 89, 1, 9.

⁴¹ BVerfGE 89, 1, 9.

a) Grundlegende Senatsentscheidungen

Für die praktischen Auswirkungen dieser Rechtsprechung gibt das Bundesverfassungsgericht selbst Hinweise unter Heranziehung der eigenen Rechtsprechung.⁴² Da die Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung einen vernünftigen Erlangungswunsch des Vermieters voraussetzt,⁴³ kann der Mieter verlangen, dass das Gericht seinen hiergegen vorgebrachten Einwänden in einer Weise nachgeht, die der Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses gerecht wird. Dazu gehört, dass nachgeprüft werden muss, ob der Selbstnutzungswunsch ernsthaft verfolgt wird oder nur vorgeschoben ist.⁴⁴ Zu klären ist ferner, ob der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, oder ob er zwar vorhanden ist, jedoch die Möglichkeit in Betracht kommt, ihn ohne Inanspruchnahme der gekündigten Wohnung zu verwirklichen, etwa weil eine andere im Eigentum des Vermieters stehende Wohnung frei ist, in der der geltend gemachte Wohnbedarf ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden könnte. In einer anderen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass sich der Vermieter dieser Prüfung nicht dadurch entziehen kann, dass er die freigewordene Wohnung sofort an einen Dritten weitervermietet, um anschließend die Unmöglichkeit der Nutzung dieser Wohnung geltend zu machen.⁴⁵

Der Blick darf aber nicht nur auf den Eigentumsschutz zugunsten des Mieters gerichtet sein. Kennzeichnend für die Eigenbedarfskündigung ist das Zusammentreffen zweier Nutzungsinteressen mit beiderseits starkem personalen Bezug. Nicht nur der Mieter, auch der Vermieter will die umstrittenen Räume als Lebensmittelpunkt für sich oder für seine Familienangehörigen nutzen. In einer Senatsentscheidung aus dem Jahr 1989 hat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten, dass in diesem Konflikt zwischen Bestands- und Erlangungsinteresse grundsätzlich dem Anliegen des Vermieters stärkere Durchsetzungsfähigkeit zukomme, weil ihm die Räume als Eigentum zugeordnet seien.⁴⁶

Die Schlussfolgerungen, die der Senat aus dem von ihm festgestellten Prioritätsverhältnis zieht, gehen in zwei Richtungen. Bei richtigem Verständnis ist die erste Aussage unproblematisch. Nach ihr darf die Wirksamkeit einer Eigenbedarfskündigung nicht schon daran scheitern, dass der Eigentümer den Bedarfsgrund willentlich herbeigeführt hat.⁴⁷ Damit wird nicht etwa Willkür zulässig, sondern es wird lediglich klargestellt, dass auch der schlichte Wunsch des Vermieters, die Wohnung künftig selbst zu nutzen oder durch

⁴² BVerfGE 89, 1, 10.

⁴³ Vgl. BGHZ 103, 91, 96.

⁴⁴ So bereits BVerfGE 79, 292, 305.

⁴⁵ Vgl. dazu BVerfGE 83, 82, 86 f.

⁴⁶ BVerfGE 81, 29, 33.

⁴⁷ BVerfGE 81, 29, 34, so auch bereits BVerfGE 79, 292, 305.

Familienangehörige nutzen zu lassen, die Voraussetzungen eines berechtigten Interesses nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllen kann. Unbeachtlich ist ein solcher Erlangungswunsch allerdings dann, wenn er nicht ernsthaft, sondern nur vorgeschoben ist, oder aber in Fällen des Missbrauchs. Missbräuchlich handelt der Vermieter insbesondere dann, wenn er angesichts anderweit freierwerdender oder freigewordener Wohnungen keine vernünftigen und nachvollziehbaren Gründe für seinen Nutzungswunsch vorbringen kann.⁴⁸

Mit der zweiten Aussage hat das Bundesverfassungsgericht dann die Bindung an den Erlangungswunsch des Vermieters auf dessen schon vor Eintritt des Eigenbedarfs getroffene Nutzungsentscheidung erstreckt. Der Vermieter brauchte sich daher nicht auf eine im selben Haus gelegene Wohnung verweisen zu lassen, die er bisher als Ferienwohnung vermietet hatte.⁴⁹ Diese Ansicht war von Anfang umstritten. Drei Richter haben der Entscheidung ein Sondervotum beigefügt, mit dem sie der Auffassung der Senatsmehrheit nachdrücklich widersprechen.⁵⁰ Das Prioritätsargument, auf das sich die Mehrheitsauffassung stützt, ist jedenfalls kaum mehr tragfähig, seitdem das Bundesverfassungsgericht in dem bereits zitierten Beschluss aus dem Jahr 1993 auch dem Mieter Eigentumsschutz zugebilligt hat. Die Mieträume sind danach eben nicht nur dem Vermieter, sondern auch dem Mieter als Eigentum zugeordnet.

Allerdings sollte die praktische Bedeutung der strittigen Frage nicht überschätzt werden; denn regelmäßig wird eine Nutzungsänderung auch bauliche Maßnahmen – etwa die Umgestaltung von Büro- in Wohnräume – erforderlich machen, die dem Vermieter bei Verweis auf eine Alternativwohnung grundsätzlich wohl kaum zumutbar sind. Eine gewisse Relevanz erlangt die Problematik noch für die Prüfung einer Anbietpflicht des Vermieters, also für die Frage, ob der Vermieter verpflichtet ist, dem von einer Eigenbedarfskündigung betroffenen Mieter eine freie Wohnung als Ausgleich anzubieten. Das Bundesverfassungsgericht hat zu dieser Problematik zwar noch nicht abschließend Stellung genommen; es hat aber klargestellt, dass eine Anbietungspflicht – wenn überhaupt – nur für solche Wohnungen bestehen kann, die der Vermieter ohnehin zu vermieten beabsichtigt. Will er die betreffende Wohnung hingegen nicht vermieten, so dürfen die Gerichte in diese Disposition nicht eingreifen.⁵¹

⁴⁸ BVerfGE 79, 292, 305.

⁴⁹ BVerfGE 81, 29, 34.

⁵⁰ Abweichende Meinung der Richter *Grimm, Dieterich* und *Kühling* BVerfGE 81, 29, 35.

⁵¹ Vgl. BVerfG(K), NJW 1994, 435.

b) Einzelfragen und Kammerrechtsprechung

Mit den zitierten Entscheidungen sind die Grundrisse einer verfassungsgemäßen Rechtsanwendung im Bereich der Eigenbedarfskündigung skizziert. Einige Gesichtspunkte verdienen allerdings näherer Betrachtung.

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die Maßgeblichkeit des Erlangungswunschs des Vermieters herausgestellt. Er sei von den Gerichten zu akzeptieren.⁵² Dies soll auch insoweit gelten, als die Gerichte grundsätzlich die Einschätzung des Eigentümers hinzunehmen haben, welchen Wohnbedarf er für sich oder seine Familienangehörigen für angemessen hält.⁵³ Die Gerichte seien nicht berechtigt, ihre eigenen Vorstellungen von angemessenem Wohnen verbindlich an die Stelle der Lebensplanung des Eigentümers zu setzen.⁵⁴ So dürfe es nicht beanstandet werden, wenn der Vermieter seiner Tochter wegen einer beabsichtigten Familiengründung eine Fünfstimmwohnung mit 150 m² Wohnfläche überlassen wolle.⁵⁵

Auf den ersten Blick lässt sich das schwerlich mit dem – verfassungsrechtlich zumindest unbedenklichen, wenn nicht gar gebotenen – Anliegen des Gesetzgebers vereinbaren, den Mieter durch das Erfordernis eines berechtigten Interesses (§ 573 Abs. 1 BGB) vor einer willkürlichen Entziehung der Mieträume zu bewahren. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts ist indes gerechtfertigt, weil das Eigentum auch und zuallererst deshalb durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist, um dem Einzelnen eine Grundlage für private Freiheit zu verschaffen; der Gegenstand des Eigentums soll ihm „in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen“ sein.⁵⁶ Im Konflikt mit den Grundrechten anderer, hier der Mieter, bedarf dies allerdings einer Einschränkung; denn andernfalls wäre eine Grundrechtsposition zugunsten einer anderen rückstandslos aufgegeben worden. Der gebotene Ausgleich wird zunächst durch eine strenge Prüfung der Ernsthaftigkeit des Selbstnutzungswunsches erreicht. Insoweit ist nur konsequent, dass dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast zugewiesen wird: Verbleibende Zweifel an der Ernsthaftigkeit gehen zu seinen Lasten.⁵⁷ In der Konsequenz dieser Rechtsprechung liegt es ferner, dass das Bundesverfassungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Mieters im Fall einer unberechtigten Kündigung wegen nur vorgespiegelten Eigenbedarfs ausdrücklich gebilligt hat.⁵⁸ Im konkreten Fall war gekündigt worden, um dem Sohn des Vermieters die Wohnung zu überlassen; tatsächlich ist dieser erst nahezu sechs Jahre nach Auspruch der Kündigung dort eingezogen.

⁵² BVerfGE 79, 292, 305.

⁵³ BVerfGE 68, 361, 373 f.; 79, 292, 305.

⁵⁴ BVerfG(K), NJW 1995, 1480.

⁵⁵ BVerfG(K), NJW 1995, 1480.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 52, 1, 30.

⁵⁷ BVerfG(K), WuM 2002, 21.

⁵⁸ BVerfG(K), WuM 2002, 21.

Dem Ausgleich dienen ferner die Fallgruppen, die das Bundesverfassungsgericht – möglicherweise begrifflich unscharf – als Missbrauch kennzeichnet. Als Missbrauch ordnet das Bundesverfassungsgericht einmal die Fälle ein, bei denen dem Vermieter eine oder mehrere freigewordene oder freiwerdende „Alternativwohnungen“ zur Verfügung stehen, die den geltend gemachten Wohnbedarf ohne wesentliche Abstriche zufrieden stellen können. Hier ist zu prüfen, ob sich der Nutzungswunsch des Vermieters gleichwohl noch auf vernünftige und nachvollziehbare Gründe stützen lässt.⁵⁹ In diesem Zusammenhang gerät erneut die Einschätzungsprärogative des Vermieters hinsichtlich der Angemessenheit des Wohnbedarfs in den Blick. Seine Vorstellungen sollen auch hier zu respektieren sein.⁶⁰

Damit verlangt das Bundesverfassungsgericht von den Fachgerichten Zurückhaltung auch bei dem Verweis auf eine Alternativwohnung. Hier gilt wiederum der Grundsatz, dass es zunächst Sache des Vermieters ist, darüber zu befinden, welchen Wohnbedarf er für sich und seine Familienangehörigen als angemessen erachtet. Soll die Wirksamkeit einer Eigenbedarfskündigung daran scheitern, dass dem Vermieter eine andere Wohnung zur Verfügung steht, so darf das Gericht nicht seine eigenen Vorstellungen von angemessenem Wohnen an die Stelle der Einschätzung des Vermieters setzen.⁶¹ Die Bindung der Gerichte an die vorrangige Einschätzung des eigenen Wohnbedarfs durch den Vermieter findet allerdings eine Grenze, wenn der Vermieter eine Alternativwohnung ablehnt und sich der dabei geltend gemachte Wohnbedarf als „weit überhöht“ darstellt.⁶² Um weit überhöhten Wohnbedarf zu begründen, muss anhand tatsächlich festgestellter objektiver Kriterien eine auf den konkreten Fall bezogene Würdigung erfolgen. Eher formelhafte Wendungen, wie es stehe „ausreichend großer und geräumiger“ Wohnraum zur Verfügung, reichen insoweit nicht aus.⁶³ Die Frage eines weit überhöhten Wohnbedarfs kann im Übrigen unter dem Gesichtspunkt eines missbräuchlich geltend gemachten Eigenbedarfs auch bereits bei der Prüfung eines aner kennenswerten Erlangungswunsches des Vermieters Bedeutung erlangen. Auch hier markiert der weit überhöhte Bedarf die Grenze der Einschätzungsprärogative des Vermieters. Verlangt er eine Wohnung zur Eigennutzung, deren Raumangebot im Hinblick auf die Lebensverhältnisse weit überhöht erscheint, so ist der Erlangungswunsch missbräuchlich und kann kein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses begründen.⁶⁴

⁵⁹ BVerfGE 79, 292, 305.

⁶⁰ Vgl. BVerfG(K), NJW 1994, 995; 1995, 1480.

⁶¹ BVerfGE 79, 292, 305 f.

⁶² Vgl. BVerfG(K), NJW 1994, 995.

⁶³ Vgl. BVerfG(K), NJW 1994, 995.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 79, 292, 305.

Noch ein praktisch bedeutsamer Gesichtspunkt verdient Erwähnung: Es geht um das Begründungserfordernis, das nach § 573 Abs. 3 BGB für die ordentliche Kündigung des Vermieters und damit auch für die Eigenbedarfskündigung gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorschrift nicht beanstandet, sondern in ihr einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Vermieters einerseits und denen des Mieters andererseits gesehen.⁶⁵ Lässt ein Kündigungsschreiben keine Begründung für den geltend gemachten Eigenbedarf erkennen, so stellt es keine Verfassungsverletzung dar, wenn schon aus diesem Grund die Räumungsklage abgewiesen wird.⁶⁶

Bei der Anwendung der Norm dürfen die Anforderungen an den Begründungszwang jedoch nicht in einer Weise überspannt werden, die dem Vermieter die Verfolgung seiner Interessen unzumutbar erschweren.⁶⁷ Entscheidend ist die Orientierung am Normzweck. Die Regelung verfolgt vorrangig das Ziel, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen, damit er in die Lage versetzt wird, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen. So reicht es zwar nicht aus, wenn der Vermieter sich auf die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes beschränkt.⁶⁸ Es dürfen jedoch umgekehrt keine Angaben verlangt werden, die über das aner kennenswerte Informationsbedürfnis des Mieters hinausgehen.⁶⁹ Überspannt werden die Begründungsanforderungen etwa dann, wenn die Personen, zu deren Gunsten der Eigenbedarf geltend gemacht wird, namentlich bezeichnet werden sollen, obwohl diese durch eine allgemeine Bezeichnung identifizierbar sind.⁷⁰

IV. Schlussbemerkung

Bei unbefangener Würdigung zeigt sich, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eigenbedarfskündigung einen wesentlichen, wenn nicht gar den entscheidenden Beitrag für eine sachgerechte Auslegung und Anwendung der einschlägigen mietrechtlichen Bestimmungen geleistet hat. Der Maßstab eines angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen hat einen übertriebenen Mieterschutz ebenso verhindert wie die einseitige Bevorzugung der Vermieterbelange. Hier jedenfalls erweist sich das Verfassungsrecht nicht als störendes Element, sondern als notwendiger Aspekt bei der Interpretation zivilrechtlicher Normen.

⁶⁵ BVerfGE 85, 219, 223.

⁶⁶ Vgl. BVerfG(K), WuM 1995, 142.

⁶⁷ Vgl. BVerfG(K), NJW-RR 2000, 232; 2003, 1164.

⁶⁸ BVerfGE 85, 219, 223 f.

⁶⁹ Vgl. BVerfG(K), NJW-RR 2003, 1164.

⁷⁰ Vgl. BVerfG(K), NJW-RR 2003, 1164.

Die Anhörungsrüge – viel Aufwand, wenig Ertrag?

CHRISTIAN KIRCHBERG*

I. Das Revisionsrecht und das Plenum des BVerfG

Achim Krämer gehört zu den erfahrensten und erfolgreichsten Angehörigen seiner Zunft, der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof. Aber nicht nur das: Wie kein Zweiter hat er es stets verstanden, die verfassungsrechtlichen Bezüge und Rahmenbedingungen bei der Rechtsbetrachtung und Rechtsgewinnung herauszustellen und zu aktivieren – entweder zur Verstärkung der auf der Ebene des jeweiligen Fachrechts aufgemachten Argumentation oder gar zur Eröffnung einer weiteren Dimension der Argumentation, wenn die einfach-rechtliche Auseinandersetzung definitiv an ihre Grenzen stieß. Davon zeugt nicht nur eine Vielzahl einschlägiger Abhandlungen des Jubilars;¹ seine verehrten Herren Gegner und speziell die Richter des BGH werden das in gleicher Weise bezeugen können.

Zu den verfassungsrechtlichen Determinanten, die die revisionsrechtliche Tätigkeit des seinerzeit noch ganz jungen BGH-Anwalts *Krämer* bestimmten, gehörte zunächst fraglos der – von ihm auch mehrfach kommentierte – Beschluss des Plenums des BVerfG vom 11.6.1980.² Aufgrund dieser Entscheidung war die Bestimmung des § 554b Abs. 1 ZPO a.F. fortan dahingehend auszulegen, dass die Annahme einer Revision, die im Endergebnis Aussicht auf Erfolg besaß, nicht allein deshalb abgelehnt werden durfte, weil die Rechtssache nach Meinung des BGH keine grundsätzliche Bedeutung hatte. Dies führte dann über mehr als 20 Jahre, bis zur ZPO-Reform von 2001, auf-

* Für wertvolle Mithilfe bei der Materialsammlung danke ich Frau Rechtsreferendarin *Constanze Winter*.

¹ Vgl. die entsprechenden Titel im Schrifttumsverzeichnis dieser Festschrift. Das besondere Engagement des Jubilars in diesem Rechtsbereich hat auch in der jahrzehntelangen und beim 57. Deutschen Anwaltstag 2006 in Köln mit der Überreichung der Hans-Dahs-Plakette gewürdigten Leitung des DAV-Verfassungsrechtsausschusses Ausdruck gefunden, vgl. AnwBl 2006, 464. Der edle Wettstreit dieses Ausschusses mit dem vom *Verf.* geleiteten BRAK-Verfassungsrechtsausschuss, insbesondere bei Stellungnahmen gegenüber dem BVerfG, hat sicherlich seinen Teil zur verfassungskonformen Fortentwicklung des anwaltlichen Berufsrechts beigetragen.

² BVerfGE 57, 244; s. dazu *Krämer* NJW 1981, 799 sowie *Idem* FS Brandner 1996, 701.

grund deren auch der Zugang zur Revisionsinstanz neu geregelt wurde, bei den Nichtannahmebeschlüssen des BGH nach der Verneinung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zu der üblichen Standardformulierung: „Die Revision hat auch im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg (BVerfGE 54, 277).“ Ein vergleichsweise magerer und auch kaum überprüfbarer Ertrag der machtvollen verfassungsgerichtlichen Vorgabe.

Plenums- oder Plenarentscheidungen des BVerfG nach Maßgabe des § 16 BVerfGG (Rechtsprechungsdivergenz) sind nicht nur selten; sie sind eine ausgesprochene Rarität. Umso bemerkenswerter ist es, dass von den lediglich vier bisher ergangenen Entscheidungen dieser Art³ nicht nur der bereits erwähnte Beschluss vom 11.6.1980 zu § 554 b Abs. 1 ZPO a.F., sondern auch die zwei weiteren Plenarentscheidungen des BVerfG vom 8.4.1997 und vom 30.4.2003 unmittelbare Auswirkungen auch und gerade auf die anwaltliche Tätigkeit im Revisionsverfahren zeitigten:

So beendete der Beschluss vom 8.4.1997⁴ eine hitzige, seinerzeit auch von richterlichen Mitgliedern des BGH beförderte Debatte⁵ darüber, ob und in welcher Weise für die Bestimmung der Sitz- und Spruchgruppen von Berufsrichtern in überbesetzten gerichtlichen Spruchkörpern eine abstrakte Regelung anstelle einer Ermessensentscheidung des Vorsitzenden vonnöten sei. Das BVerfG bejahte dieses Erfordernis unter Berufung auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Anspruch auf den gesetzlichen Richter); und das sollte auch und gerade im Blick auf den jeweiligen Berichterstatter jedenfalls dann gelten, wenn, wie das auch beim BGH durchaus die Regel war/ist, die Zusammensetzung der für die einzelnen Sache zuständigen Sitz- oder Spruchgruppe an die Person des Berichterstatters anknüpft. Der Jubilar hat auch zu dieser Problematik kommentierend Stellung bezogen.⁶

Die vorläufig letzte Plenarentscheidung des BVerfG vom 30.4.2003⁷ enthielt den Auftrag an den Gesetzgeber, für die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegen letztinstanzliche Entscheidungen flächendeckend die so bezeichnete Anhörungsrüge einzuführen. Um dieses neue prozessuale Rechtsinstitut, das dann Gegenstand des Anhörungsrügen-

³ BVerfGE 4, 27 (Anfechtung der rechtlichen Gestaltung des Wahlverfahrens durch die Parteien nur im Wege des Organstreitverfahrens); BVerfGE 54, 277 (§ 554b ZPO a.F. – Zulassung der Revision); BVerfGE 95, 322 (Mitwirkungsgrundsätze im überbesetzten Spruchkörper eines Gerichts); BVerfGE 107, 395 (Anhörungsrüge); vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Eschelbach* in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, Mitarbeiterkomm., 2. Aufl. 2005, Rn. 6 ff. zu § 16.

⁴ BVerfGE 95, 322.

⁵ Vgl. *Quack* BB 1992, 1 u. etwa *Wiebel* BB 1992, 573 u. BB 1995, 1197; umfassend zur „Karlsruher Palastrevolution“ sowie höchst kritisch zum Plenarbeschluss des BVerfG v. 8.4.1997 *Sangmeister* NJW 1998, 721.

⁶ *Krämer* WuB VII A § 579 ZPO 1.93.

⁷ BVerfGE 107, 395; der Jubilar hat auch insoweit „Vorarbeit“ geleistet, vgl. *Krämer* AnwBl 1998, 617.

gesetzes vom 9.12.2004⁸ wurde und das per 1.1.2005 zur Anreicherung sämtlicher Prozessordnungen der ordentlichen und der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten um identische Bestimmungen über die Anhörungsrüge geführt hat⁹, soll es in dem vorliegenden Beitrag gehen. Die Reaktionen speziell des BVerfG auf den Umgang der Parteien und der Gerichte mit der Anhörungsrüge stehen dabei im Vordergrund. Von besonderem Interesse wird schließlich, um noch einmal auf das Tätigkeitsfeld des Jubilars zurückzukommen, dasjenige sein, was sich im Zusammenspiel von BGH und BVerfG inzwischen an Auswirkungen der Anhörungsrüge auf das Revisionsrecht und auf das Verfassungsbeschwerde-Verfahren ergeben hat und möglicherweise noch ergeben wird.

II. Die „Karriere“ der Anhörungsrüge

Die Anhörungsrüge ist in ihrer seit 2005 kodifizierten Form letztlich eine Kopfgeburt des Bundesverfassungsgerichts, nicht unbedingt ein Herzensanliegen des Gesetzgebers. Dieser hat den ihm erteilten Gesetzgebungsauftrag dann auch eher widerwillig-minimalistisch erfüllt, das ihm insoweit erklärtermaßen eröffnete Ermessen¹⁰ also möglichst restriktiv gehandhabt.¹¹

Anders als die im Zusammenhang mit der ZPO-Reform 2001 geschaffene Vorgängervorschrift des § 321a ZPO a.F.¹², die eine Anhörungsrüge nur gegenüber unanfechtbaren Urteilen der I. Instanz im Zivilprozess vorsah,¹³ hat die durch das Anhörungsrügensgesetz von 2004 neu gefasste und in ihrem Anwendungsbereich auf alle nicht mehr anfechtbaren Endentscheidungen erstreckte Anhörungsrüge nach dem Muster des § 321a ZPO n.F. jedoch regelrecht „Karriere gemacht“, wenn auch eine zweifelhafte.

⁸ BGBl I, S. 3220.

⁹ S. neben § 321a ZPO vor allem §§ 33a, 356a StPO, § 78a ArbGG, § 29a FGG, § 152a VwGO, § 178a SGG, § 133a FGO, § 69a GKG, § 71a GWB, § 12a RVG u. etwa § 121a WDO; teilweise sind die vorstehend zitierten Vorschriften in weiteren Verfahrens- und Prozessgesetzen für entsprechend anwendbar erklärt worden; vgl. zur Regelungstechnik im Einzelnen den Gesetzentwurf v. 21.9.2004, BT-Drs. 15/3706, S. 13 ff.

¹⁰ Vgl. die entsprechenden Ausführungen im Plenumsbeschluss d. BVerfG v. 30.4.2003 (BVerfGE 107, 411 ff.) einerseits und im Gesetzentwurf v. 21.9.2004 (o. Fn. 9, S. 13) andererseits.

¹¹ So ausdrücklich *Gebh* DÖV 2005, 683, sowie etwa *Kettinger* ZRP 2006, 152 u. *Desens* NJW 2006, 1243.

¹² Art. 2 Nr. 49 ZPO-RG v. 27.7.2001, BGBl I, S. 1887.

¹³ Was die in der Folge nicht nur diskutierte, sondern von der Rechtsprechung auch praktizierte Erstreckung dieser Vorschrift insbesondere etwa auf Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO, mit denen die Berufung im Zivilprozess ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen werden kann, nicht hindert, vgl. dazu die Darstellung bei *Nassall* ZRP 2004, 164, 166.

Zunächst in wissenschaftlicher Hinsicht: Die literarischen Äußerungen zur Anhörungsrüge sind Legion¹⁴ und zollen damit der Einzigartigkeit der verfassungsgerichtlich bedingten Genese dieses Rechtsinstituts mehr als angemessen Tribut. Die einschlägige fachgerichtliche Rechtsprechung steht dem in nichts nach.¹⁵ Vor allem aber hat die Anhörungsrüge im Blick auf die Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG (und inzwischen auch vor den Landesverfassungsgerichten¹⁶) insofern „Karriere gemacht“, als nach feststehender Rechtsprechung der Rechtsweg grundsätzlich erst dann erschöpft und mithin eine Verfassungsbeschwerde zulässig ist, wenn gegen eine letztinstanzliche Entscheidung auch noch die Anhörungsrüge erhoben und zurückgewiesen worden ist – vorausgesetzt, es soll mit der Verfassungsbeschwerde auch die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht werden oder dies liegt auf der Hand. In einer solchen Situation kann dann auch wegen weiterer, insbesondere materieller Grundrechtsverletzungen, zunächst noch auf die Erhebung der Verfassungsbeschwerde verzichtet und das Ergebnis des Anhörungsrüge-Verfahrens abgewartet werden.¹⁷

Diese „Karrieresprünge“ der Anhörungsrüge ändern allerdings nichts an dem Befund, dass die Anhörungsrüge neuen Rechts – genauso wie bereits die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO a.F.¹⁸ – ganz überwiegend als erfolglos bzw. ineffektiv gilt; begründet wird dies vor allem damit, dass der iudex a

¹⁴ Vgl. – statt vieler – die Schrifttumsübersichten in den gängigen ZPO-Kommentaren sowie bei *Schnabl* Die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO, 2007, S. 259 ff., *Zuck* Die Anhörungsrüge im Zivilprozess, 2008, S. XV f. u. *Tavolari* Das Recht auf Gehör und die Anhörungsrüge, 2008, S. 261 ff. Vgl. darüber hinaus aktuell auch noch etwa *Tegebauer* DÖV 2008, 954; *Werth* DSStZ 2008, 534; *Zuck*, AnwBl 2008, 168 u. NJW 2008, 479; *Lindner* AnwBl 2008, 362.

¹⁵ Vgl. allein aus der BGH-Rechtsprechung BGH, NJW 2005, 1438 (Begründungstiefe von Beschlüssen über die Anhörungsrüge gegen die Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden); BGH, NStZ 2005, 462 (Antragsfrist nach § 356a StPO); BGH, NJW-RR 2006, 63 (Spruchkörperbesetzung im Anhörungsrüge-Verfahren); BGH, NJW 2006, 3786 (Kausalität der im Anhörungsrüge-Verfahren geltend gemachten Gehörsverletzung für die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde); BGH, NJW 2007, 3786 (Unzulässigkeit der Anhörungsrüge gegen unanfechtbare Entscheidungen wegen Besorgnis der Befangenheit, Unzulässigkeit der Gegenvorstellung neben der Anhörungsrüge); BGH, NJW 2008, 923; NJW 2008, 2126; *ZfBR* 2008, 668 sowie *Beschl. v. 31.1.2008 – III ZR 57/07 –*, juris (Anhörungsrüge nur zulässig bei „neuer und eigenständiger“ Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch den BGH); BGH, MDR 2008, 1175 (Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 321a ZPO auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör).

¹⁶ Vgl. *VerfG Brandenburg*, LKV 2007, 176; *VerfGH Berlin*, NJW 2008, 3421 sowie *DVBl* 2008, 1136 (LS); *VerfGH Sachsen*, *Beschl. v. 15.12.2005 – Vf.73-IV-05 –*, juris, st. Rspr.; *VerfGH Saarland*, *Beschl. v. 10.1.2008 – Lv 4/07 –*, juris.

¹⁷ BVerfG, NJW 2005, 3059 – „*Queen Mary II*“; s. dazu auch die nachstehend unter III. gemachten Ausführungen.

¹⁸ So ausdrücklich etwa *Vollkommer* (in: *FS Musielak* 2004, 619, 650 f.) aufgrund einer entsprechenden, breit angelegten rechtstatsächlichen Untersuchung.

quo, und nicht ein anderer, höherer Richter für die Entscheidung über die Anhörungsrüge zuständig ist.¹⁹ Außerdem lässt sich auch nicht bzw. nicht mit hinreichender Signifikanz die gewünschte Entlastung des BVerfG im Bereich der auf eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerden nachweisen.

Dabei ist – soweit überhaupt Zahlenmaterial oder Informationen vorliegen – zu differenzieren. Vor allem in den erst- und letztinstanzlichen Verfahren vor den Amtsgerichten scheint die Anhörungsrüge, möglicherweise sogar mit zunehmender Tendenz, tatsächlich die konkrete Chance zur Ausräumung von Gehörsrügen und dementsprechend zur Fortsetzung der Verfahren zu bieten.²⁰ Sollte das zutreffen und sollte dieser Trend anhalten, könnte daraus in den einschlägigen Fällen tatsächlich ein Rückgang der Fälle „zivilprozessualer Pannenhilfe“²¹ beim BVerfG resultieren; um diesen Effekt zu erreichen, hätte man es allerdings auch bei der bisherigen Fassung des § 321a ZPO belassen können. Denn umgekehrt sind etwa beim BGH bisher nur zwei Fälle bekannt geworden, in denen Anhörungsrügen nicht zurückgewiesen oder verworfen wurden.²² Ob dies, wofür einiges spricht, dem Befund bei den übrigen obersten Bundesgerichten und bei den Instanzgerichten entspricht, soweit sie in letzter Instanz entscheiden, ist bisher wohl (noch) nicht ermittelt oder gar zum Gegenstand einschlägiger Veröffentlichungen gemacht worden.

Beim BVerfG wird über die Inanspruchnahme von Grundrechten und/oder grundrechtsgleichen Rechten bei der Einlegung von Verfassungsbeschwerden nicht Buch geführt. Die alljährlich veröffentlichte Statistik²³ listet die Zahl und die Gegenstände der Verfassungsbeschwerden, die Art und den Umfang ihrer Erledigungen sowie die durchschnittliche Verfahrensdauer auf,

¹⁹ In diesem Sinne bereits *Voßkuhle* NJW 2003, 2193, 2197; ebenso etwa *Nassall* ZRP 2004, 164, 167; *Bloching/Kettinger* NJW 2005, 860, 863; *Huber* JuS 2005, 109, 113; *Gravenhorst* NZA 2005, 24 f.; *Sangmeister* NJW 2007, 2363, 2369; a.A. *Treber* NJW 2005, 97, 99: „Dass es das Vermögen des Richters generell übersteigt, einen Irrtum – und gar schwarz auf weiß – zugeben zu müssen, ist eine nicht näher belegbare Vermutung.“

²⁰ Vgl. schriftliche Beantwortung der Frage des Abgeordneten *Dr. Krings* (CDU/CSU) durch die Bundesministerin der Justiz v. 22.11.2007, BT-Drs. 16/7374, S. 12 f.; s. auch Statistisches Bundesamt, www.destatis.de, „Fachserie 10, Reihe 2.1“, Justizstatistik der Zivilgerichte 2007, 18 ff.

²¹ *Vollkommer* (u.a. in: *Zöller, ZPO, Komm.*, 27. Aufl. 2009, Rn. 9 ff. zu § 321a) hat, darüber hinausgehend, vier Hauptgruppen von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus der Rechtsprechung des BVerfG extrahiert, nämlich neben den (echten, weil unbeabsichtigten) „Pannenfällen“ die von ihm so bezeichneten „Präklusionsfälle“, die „Hinweisfälle“ und die „Nichtberücksichtigungsfälle“.

²² *Beschl. v. 14.5.2005 – X ZR 186/00 –*, sowie *Beschl. v. 11.5.2006 – I ZR 103/05 –*, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen.

²³ www.bundesverfassungsgericht.de/Aufgaben, Verfahren und Organisation des BVerfG/Jahresstatistiken.

gibt sogar Auskunft darüber, in welchem Umfang sich die Beschwerdeführer von Bevollmächtigten haben vertreten lassen, enthält aber keinerlei Angaben darüber, auf welche Bestimmungen des Grundgesetzes sich die Beschwerdeführer und/oder ihre Bevollmächtigten berufen haben.²⁴

Über die Auswirkungen der Anhörungsrüge auf das Aufkommen der Verfassungsbeschwerden oder, noch spezieller, auf die Inanspruchnahme der Verfahrensgarantie des Art. 103 Abs. 1 GG im Rahmen von Verfassungsbeschwerde-Verfahren lässt sich deshalb zurzeit allenfalls spekulieren. So dürfte jedenfalls in den ersten ein bis zwei Jahren nach Einführung der Anhörungsrüge eine nicht unerhebliche Vielzahl von Verfassungsbeschwerden deshalb bereits im Allgemeinen Register (AR)²⁵ hängen geblieben und dort auch erledigt worden sein, weil es die Beschwerdeführer offensichtlich versäumt hatten, die von ihnen gerügte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zunächst form- und vor allem fristgerecht zum Gegenstand einer Anhörungsrüge zu machen; das entspricht auch der beruflichen Erfahrung des Verfassers als Rechtsanwalt auf dem Gebiet des Verfassungsrechts. Inzwischen hat es sich allerdings weitestgehend herumgesprochen, dass die Anhörungsrüge zu dem vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg gehört, wenn eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Debatte steht. Dass sich potentielle Beschwerdeführer nach bzw. aufgrund eines erfolglos durchgeführten Anhörungsrüge-Verfahrens entmutigen oder davon abschrecken lassen, weiterhin wegen einer Gehörsverletzung oder wegen weiterer Grundrechtsverletzungen auch noch Verfassungsbeschwerde einzulegen, lässt sich nicht ausschließen, aber auch nicht belegen. Das hängt nicht zuletzt von einer realistischen Einschätzung der Verfassungsrechtslage durch den ggf. zur Beratung hinzugezogenen Rechtsanwalt sowie davon ab, ob und inwieweit dieser bereit ist, die Konsequenzen aus dem Ergebnis seiner Beratung zu ziehen.

So viel steht allerdings fest: das Gesamtaufkommen von Verfassungsbeschwerden beim BVerfG ist seit Inkrafttreten des Anhörungsrügen-Gesetzes nicht geringer, sondern tendenziell eher noch größer geworden.²⁶

²⁴ Hinsichtlich der Rüge von Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG schwanken die jedenfalls in der Literatur kolportierten Zahlen zwischen 45 % und 75 %, vgl. *Waldner* Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, Rn. 3 mwN sowie etwa *Zuck* NJW 2005, 1226. In dem vom BMJ herausgegebenen Kommissionsbericht „Entlastung des Bundesverfassungsgerichts“ (1998, S. 63) heißt es lapidar: „Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs stellt die am häufigsten erhobene Rüge in den Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht dar.“

²⁵ Vgl. dazu §§ 60–62 GO-BVerfG; zu der Bearbeitung von Vorgängen des Allgemeinen Registers durch die Präsidialräte, die ganz erheblich zur Entlastung der Kammern und Senate des BVerfG beiträgt, s. *Langrock* in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (o. Fn. 3), nach §§ 90–93, Rn. 1 ff.

²⁶ 2005: 4857 Verfassungsbeschwerden; 2006: 5771 Verfassungsbeschwerden; 2007: 5822 Verfassungsbeschwerden; 2008: 6105 Verfassungsbeschwerden; dabei sind die im Allgemei-

III. Verfassungsgerichtliche Klarstellungen und Korrekturen

Die gesetzlichen Vorgaben der Anhörungsrüge und die sich bei der Anwendung des § 321a ZPO (und der identischen Vorschriften in den übrigen Prozessordnungen bzw. -gesetzen) üblicherweise ergebenden Fragen und Probleme brauchen an dieser Stelle nicht im Einzelnen dargestellt und erläutert zu werden; hierzu kann auf die Vielzahl einschlägiger Kommentierungen und monografischer Darstellungen verwiesen werden.²⁷

In den Fokus der weiteren Ausführungen soll vielmehr dasjenige gerückt werden, was unter verfassungsgerichtlichen Gesichtspunkten zur (neuen) Anhörungsrüge angemerkt worden ist und was sich hieraus insbesondere an Rückbezügen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH ergeben hat:²⁸

1. Anhörungsrüge und Rechtswegerschöpfung

Bereits wenige Monate nach Inkrafttreten des Anhörungsrügen-Gesetzes hat das BVerfG in dem viel beachteten *Queen Mary II*-Beschluss vom 25.4.2005²⁹ mit der Entlastungsfunktion der Anhörungsrüge, so wie sie von ihm gewollt war, ernst gemacht. Seitdem entspricht es ständiger (Kammer-) Rechtsprechung³⁰, dass eine Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig ist, wenn sie auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gestützt wird, ohne dass zuvor – erfolglos – das Anhörungsrüge-Verfahren durchgeführt worden ist. Das soll für diesen Fall auch im Blick auf die Behauptung weiterer Grundrechtsverletzungen gelten; es wäre „... nicht nur nicht prozessökonomisch, sondern auch mit dem Sinn und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes unvereinbar“, so das Gericht,³¹ in einem solchen Fall neben der Anhörungsrüge die fristwahrende Erhebung der Verfassungsbeschwerde wegen der anderen Grundrechtsverletzungen zu verlangen, zumal die erfolgreiche Durchführung des Anhörungsrüge-Verfah-

ren Register (AR) eingetragenen und dort erledigten Verfassungsbeschwerden noch gar nicht berücksichtigt, vgl. dazu die Abschn. A IV. 8. u. D der Jahresstatistiken des BVerfG (o. Fn. 23).

²⁷ Vgl. die Nachweise o. Fn. 14.

²⁸ Vgl. dazu auch *Tegebauer* DÖV 2008, 954 sowie *Papier* DVBl 2009, 473 476 f.; da eine Vielzahl der einschlägigen Beschlüsse allenfalls bei juris dokumentiert ist und um die entsprechenden Entscheidungen eindeutig zu identifizieren bzw. um Verwechslungen zu vermeiden, werden sie nachfolgend ausnahmslos mit Datum, Aktenzeichen und Fundstelle/Nachweis zitiert.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.4.2005 – 1 BvR 644/05 –, NJW 2005, 3059.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 120/07 – juris; Beschl. v. 27.6.2007 – 1 BvR 1470/07 –, NJW 2007, 3054; Beschl. v. 13.9.2007 – 2 BvR 304/05 –, HFR 2007, 1240 = juris; Beschl. v. 30.5.2008 – 1 BvR 27/08 –, FamRZ 2008, 1600 (LS) = juris; Beschl. v. 9.6.2008 – 2 BvR 947/08 –, juris.

³¹ Vgl. erneut BVerfG, Beschl. v. 25.4.2005 (o. Fn. 29).

rens auch die übrigen Grundrechtsrügen obsolet machen bzw. ausräumen könnte. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn sich die behauptete Gehörsverletzung nicht auf den gesamten Streitgegenstand erstreckt.

Den Versuch, die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde durch die Rücknahme der Gehörsrüge für den Fall, dass das Gericht eine vorherige Anhörungsrüge für erforderlich halten sollte, zu vermeiden, hat das BVerfG zurückgewiesen und in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich die Notfrist von lediglich zwei Wochen für die Erhebung der Anhörungsrüge für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt.³² Ist die Anhörungsrüge aber offensichtlich aussichtslos, darf der Beschwerdeführer nicht auf deren vorherige Erhebung verwiesen werden.³³

2. Unzulässigkeit der Anhörungsrüge

Ebenso hat sich das BVerfG gegen den Versuch zur Wehr gesetzt, mit dem Mittel der Anhörungsrüge die Zulässigkeitsbarrieren einer Verfassungsbeschwerde zu überwinden. Ist die Anhörungsrüge also offensichtlich unzulässig, insbesondere etwa deshalb, weil nach dem Vortrag des Beschwerdeführers die Möglichkeit einer Gehörsverletzung überhaupt nicht in Betracht kam, so muss dies nach Meinung des BVerfG – ohne Bindung an die Entscheidung des Fachgerichts – zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führen: „Anderenfalls würde sich für den Beschwerdeführer die Möglichkeit ergeben, durch Einlegung eines offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfs den Ablauf der mit der letztinstanzlichen Entscheidung in Gang gesetzten Frist zu verhindern“³⁴.

In gleicher Weise hat sich das BVerfG – umgekehrt – von den Entscheidungen der Fachgerichte unabhängig gemacht, wenn diese die Anhörungsrüge in verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbarer Weise für unzulässig erklärt bzw. verworfen haben. Als „Willkür“ hat das BVerfG dementsprechend etwa die Verwerfung der Anhörungsrüge durch ein Landgericht deshalb gegeißelt, weil dieses dabei ersichtlich von der alten Fassung des § 321a ZPO ausgegangen war, die die Erhebung der Anhörungsrüge gegen Berufungsurteile (noch) nicht vorsah.³⁵ Auch die Verwerfung einer Anhörungsrüge unter Hinweis auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH, obwohl die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO (20.000 €) nicht überschritten war, ist vom BVerfG als unvertretbar und als Verletzung des

³² BVerfG, Beschl. v. 13.12.2007 – 1 BvR 2532/07 –, juris.

³³ BVerfG, Beschl. v. 15.3.2006 – 2 BvR 917/05 –, BVerfGK 7, 403.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.5.2007 – 1 BvR 730/07 –, NJW-RR 2008, 75, unter Verweis auf *Desens* NJW 2006, 1243, 1246; ebenso bereits BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 120/07 –, juris.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.8.2005 – 1 BvR 1165/05 –, juris.

Art. 103 Abs. 1 GG qualifiziert worden.³⁶ Mit der gleichen Begründung hat das BVerfG die Auffassung eines Landesarbeitsgerichts beanstandet, die Zwei-Wochen-Frist zur Erhebung der Anhörungsrüge beginne – fiktiv – mit dem dritten Tag nach Aufgabe der angefochtenen Entscheidung zur Post und nicht erst mit der tatsächlichen subjektiven Kenntnis des Betroffenen von der Verletzung des rechtlichen Gehörs.³⁷

In einem weiteren Schritt hat das BVerfG darüber hinaus die Heilung einer Gehörsverletzung im Anhörungsrüge-Verfahren selbst – anstelle der vom Gesetz (§ 321a Abs. 1 ZPO) vorgesehenen Fortführung des Verfahrens – für statthaft erachtet,³⁸ gleichzeitig aber die dahingehenden Ausführungen in einem konkreten, die Anhörungsrüge zurückweisenden Beschluss als unzureichend und ungeeignet erklärt, die gerügte Gehörsverletzung auszuräumen, und deshalb der Verfassungsbeschwerde gegen den vorangegangenen oberlandesgerichtlichen Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO stattzugeben.³⁹

3. Anhörungsrüge gegen Zwischenentscheidungen

Die Vorschrift des § 321a Abs. 1 Satz 2 ZPO wonach die Anhörungsrüge gegen eine der Endentscheidung vorausgehende Entscheidung „nicht stattfindet“, hat das BVerfG verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass dies auf solche Zwischenentscheidungen zu begrenzen sei, die im Hinblick auf mögliche Gehörsverletzungen im weiteren fachgerichtlichen Verfahren noch überprüft und korrigiert werden könnten. Fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen eine mögliche Gehörsverletzung im Zwischenverfahren der Richterablehnung sei daher notwendig, wenn in diesem Zwischenverfahren abschließend und mit Bindungswirkung für das weitere Verfahren über den Ablehnungsantrag befunden werde und die Entscheidung später nicht mehr im Rahmen einer Inzidentprüfung korrigiert werden könne. Dies ist – im Rahmen einer der seltenen Senatsentscheidungen zum Problemkreis der per 1.1.2005 neu und weiter gefassten Anhörungsrüge⁴⁰ – für die Ablehnung eines Richters am Bundesarbeitsgericht⁴¹ und dann in einem weiteren Kam-

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2007 – 1 BvR 2748/06 –, NJW 2007, 2241.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 4.4.2007 – 1 BvR 66/07 –, NJW 2007, 2242.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 12.11.2008 – 1 BvR 2788/08 –, NJW 2009, 39; Beschl. v. 26.11.2008 – 1 BvR 670/08 –, ZEV 2009, 142 = juris; Beschl. v. 24.2.2009 – 1 BvR 188/09 u. 1 BvR 189/09 –, juris.

³⁹ Vgl. erneut BVerfG, Beschl. v. 26.11.2008 (o. Fn. 38).

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2007 – 1 BvR 782/07 –, BVerfGE 119, 292.

⁴¹ In einem vorangegangenen Kammerbeschluss d. BVerfG v. 17.7.2007 – 1 BvR 1710/07 –, juris, ist diese Frage noch offen gelassen worden, da es jedenfalls „... für die Anhörungsrüge des Beschwerdeführers mit ihrer konkreten Begründung keinen vernünftigen Anlass gab.“

merbeschluss, bei dem es um die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs durch das OLG ohne Zulassung der Rechtsbeschwerde ging,⁴² so entschieden worden.

4. Die Anhörungsrüge als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde

Die zuletzt angesprochenen Beschlüsse des Ersten Senats und seiner Kammern, mit denen die Zurückweisung von Anhörungsrügen gesondert zum Gegenstand von Verfassungsbeschwerden gemacht und hierüber auch befunden wurde, stehen allerdings in einem erklärten Gegensatz zu der vom Zweiten Senat ausgehenden Rechtsprechung, wonach die erwähnten fachgerichtlichen Entscheidungen „keine eigenständige Beschwer“ begründeten, sondern „allenfalls eine bereits durch die Ausgangsentscheidung eingetretene Verletzung rechtlichen Gehörs fortbestehen“ ließen, weshalb ein schutzwürdiges Interesse an der gesonderten verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung über die Anhörungsrüge nicht bestehe, was insoweit zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führen müsse.⁴³ Vermittelnder stellen sich hinsichtlich dieser Frage weitere Beschlüsse des gleichen Senats dar, wonach die Auslegung des entsprechenden Rechtsschutzbegehrens regelmäßig ergeben soll, dass der Beschwerdeführer der Sache nach die Ausgangsentscheidung angreifen wolle.⁴⁴

Eine Kammer des Ersten Senats hat dies im Rahmen der Verbescheidung der Verfassungsbeschwerde gegen das „Flughafen Berlin-Schönefeld“-Urteil des BVerwG in der Weise aufgegriffen, dass bei einer Gehörsverletzung zur Erschöpfung des Rechtsweges zwar auch das Anhörungsrüge-Verfahren durchgeführt, die Entscheidung über die Anhörungsrüge aber nicht notwendig mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden müsse, weil diese im Verhältnis zur Gehörsverletzung durch die Ausgangsentscheidung keine neue Beschwer begründe.⁴⁵ Damit ist aus der Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses die Verneinung einer prozessualen Obliegenheit (zur vollständigen und ausdrücklichen Erschöpfung des Rechtswegs) geworden.

Diese abstrakte Betrachtungsweise allein hilft jedoch nicht weiter. Wenn man sich die Fälle anschaut, in denen die fachgerichtlichen Entscheidungen über die Anhörungsrüge erklärtermaßen und gesondert zum Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung gemacht worden sind, leuchtet ein, dass es dort nicht nur um eine Perpetuierung der Gehörsverletzung durch die

⁴² BVerfG, Beschl. v. 12.1.2009 – 1 BvR 3113/08 –, NJW 2009, 833.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 547/07 –, juris, sowie Beschl. v. 17.7.2007 – 2 BvR 496/07 –, NSStZ-RR 2007, 381.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2007 – 2 BvR 746/07 –, StraFo 2007, 370 = juris, sowie Beschl. v. 5.3.2009 – 2 BvR 1615/06 –, juris.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.2.2008 – 1 BvR 2722/06 –, NVwZ 2008, 780.

Ausgangsentscheidung, sondern darum ging, dass die Art und Weise, wie die Fachgerichte mit der Anhörungsrüge umgingen, insbesondere etwa durch willkürliche Verneinung ihrer Zulässigkeit, eine eigenständige, verfassungsrechtliche Beschwer begründete. Dass im Regelfall das „Risiko fehlerhafter Überprüfung“ der Gehörsverletzung hinzunehmen ist und ein „Fehler im Zuge der Überprüfung, ob Art. 103 Abs. 1 GG bei der vorangegangenen gerichtlichen Verfahrensdurchführung beachtet worden ist“, nicht „zur erneuten Eröffnung des [regulären] Rechtswegs“ führt,⁴⁶ ändert daran, d.h. an der verfassungsgerichtlichen Interventionsmöglichkeit, nichts.⁴⁷

5. Die Anhörungsrüge und andere, informelle Rechtsmittel

Das BVerfG hatte sich in seinem Plenumsbeschluss vom 30.04.2003⁴⁸ darauf beschränkt, für die Geltendmachung von Gehörsverletzungen im fachgerichtlichen Verfahren aus Gründen der Rechtsmittelklarheit anstelle informeller Rechtsmittel einen in der geschriebenen Rechtsordnung klar geregelten und in seinen Voraussetzungen für den Bürger erkennbaren ergänzenden Rechtsbehelf zu verlangen. Gleichzeitig hatte das Gericht allerdings deutlich gemacht, dass der Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechtsschutz nicht nur bei Gehörsverletzungen, sondern in allen Fällen der erstmaligen Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch die Gerichte ermögliche, also etwa auch wegen der Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), wenn dies rechtsstaatlich geboten sei.⁴⁹ Da es bei der Vorlage an das Plenum und, damit korrespondierend, bei dem Gesetzgebungsauftrag jedoch primär um Rechtsschutz gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Gerichte ging,⁵⁰ sah auch der Gesetzgeber erklärtermaßen keinen Anlass, hierüber hinauszugehen und auch die Verletzung anderer grundrechtlicher Verfahrensgarantien einschließlich des prozessualen Willkürverbots zum Gegenstand eines ergänzenden, fachgerichtlichen Rechtsbehelfssystems zu machen.⁵¹ Das ist von vornherein als Defizit gerügt⁵² und dementsprechend immer wieder versucht worden, entweder durch analoge Anwendung der Anhörungsrügen-Regelung oder aber daneben mit Hilfe informeller bzw. außerordentlicher Rechtsbehelfe wie Gegenvorstellung, außerordentliche Beschwerde u.ä. Möglich-

⁴⁶ So ausdrücklich der Plenumsbeschluss d. BVerfG v. 30.4.2003, BVerfGE 107, 395, 411.

⁴⁷ So – im Ergebnis – auch BVerfG, Beschl. v. 5.5.2008 – 1 BvR 562/08 –, NJW 2008, 2635.

⁴⁸ BVerfGE 107, 395.

⁴⁹ BVerfGE 107, 395, 407.

⁵⁰ BVerfGE 107, 395, 408 ff.

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 15/3706 v. 21.9.2004, S. 14.

⁵² Vgl. nur Nassall ZRP 2004, 164, 168; Bloching/Kettinger JR 2005, 441, 444 f.; Rensen MDR 2005, 181, 182 f.; Kettinger ZRP 2006, 152; Schneider MDR 2006, 969, 970.

keiten zu schaffen, der Verletzung von grundrechtlichen Verfahrensgarantien durch die Gerichte zu begegnen⁵³.

Das BVerfG hat sich in der Folgezeit auf einen eher formellen Standpunkt zurückgezogen und es unter Berufung auf den Plenumsbeschluss vom 30.4.2003 gebilligt, dass der Bundesfinanzhof eine außerordentliche Beschwerde wegen einer (angeblich) bewussten und greifbar gesetzwidrigen Fehlentscheidung für unzulässig erklärt hat.⁵⁴ Auf der anderen Seite hat das BVerfG es jedenfalls zunächst offen gelassen, ob eine Anhörungsrüge, mit der nicht die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zum Gegenstand gemacht wird, sondern mit der aufgrund einer erweiternden Auslegung des § 321a ZPO durch die Fachgerichte etwa die Verletzung des Willkürverbots oder des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter gerügt werden sollte, die Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG wahrte.⁵⁵ Mit dem Senatsbeschluss vom 25.11.2008⁵⁶ ist dann aber wohl endgültig der Stab zumindest über die Gegenvorstellung gebrochen und gleichzeitig deutlich gemacht worden, dass das BVerfG ungeachtet seiner früheren, ausgefeilten Subsidiaritäts-Rechtsprechung⁵⁷ die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht länger von der vorherigen erfolglosen Einlegung insbesondere einer Gegenvorstellung abhängig mache.

Zu dem Kuriosum dieser Entscheidung gehört, dass das BVerfG nicht nur dem dortigen Beschwerdeführer, der Gegenvorstellung erhoben hatte, von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, sondern gleichzeitig allen Beschwerdeführern, die in anhängigen Verfahren geglaubt hatten, mit der Erhebung der Gegenvorstellung die Verfassungsbeschwerdefrist gewahrt zu haben, bis spätestens Montag, den 2.3.2009, die Möglichkeit eingeräumt hat, ihrerseits Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen und gleichzeitig erneut Verfassungsbeschwerde einzulegen.

6. Die sekundäre Anhörungsrüge im Nichtzulassungsbeschwerde-Verfahren

Einer besonderen Betrachtung sind die Beschlüsse des BVerfG wert, mit denen das Verhältnis von Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH, Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde thematisiert worden ist. Dies ins-

⁵³ Vgl. *Bloching/Kettinger* NJW 2005, 860; *Schenke* NVwZ 2005, 729, 739 sowie insbesondere *Schnabl* (o. Fn. 14), S. 93 ff.; in der Rechtsprechung ist diese Diskussion naturgemäß auch geführt bzw. aufgegriffen sowie unterschiedlich beantwortet worden und deshalb schließlich in einem Vorlagebeschluss des BFH an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes kulminiert (BFHE 219, 27 = NJW 2008, 543).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.1.2007 – 1 BvR 2803/06 –, NJW 2007, 2538.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.5.2007 – 1 BvR 730/07 –, NJW-RR 2008, 75.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2008 – 1 BvR 848/07 –, NJW 2009, 829.

⁵⁷ S. dazu eingehend *Lübbe-Wolff* EuGRZ 2004, 669.

besondere auch deshalb, weil die entsprechenden Beschlüsse sich einerseits an die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Aktivierung von Verfahrensverstößen im Rahmen der Revisionszulassung „anhängen“ und diese beförderten, andererseits aber auch zur Klärung dessen beitragen, was zum Gegenstand des Anhörungsrüge-Verfahrens gegen die Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden gemacht werden müsste, sowie schließlich deshalb, weil sich daraus kurz- oder mittelfristig sogar eine Modifizierung der bisherigen Anschauungen zur Begründung von Nichtzulassungsbeschwerde-Entscheidungen bzw. von Entscheidungen über Anhörungsrügen ergeben könnte.

a) Die bisherige Praxis

Die Anhörungsrüge ist, so bereits das BVerfG in seinem Plenumsbeschluss vom 30.4.2003, von Verfassungen wegen als zusätzlicher Rechtsbehelf nur dann erforderlich, wenn eine „neue und eigenständige“ Gehörsverletzung in der letzten in der Prozessordnung vorgesehenen Instanz gerügt wird bzw. gerügt werden soll.⁵⁸ Ob speziell im Nichtzulassungsbeschwerde-Verfahren gem. § 544 ZPO vor dem BGH der Anspruch auf rechtliches Gehör „neu und eigenständig“ verletzt worden ist, ließ und lässt sich jedoch anhand der regelmäßig – unter Berufung auf die eingeschränkte Begründungspflicht des § 544 Abs. 4 ZPO – nur formularmäßig sowie unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 543 Abs. 2 ZPO begründeten Beschwerdeentscheidungen nicht nachvollziehen. Um im Blick auf das insoweit zu beachtende Gebot der Rechtswegerschöpfung (*Queen Mary II*-Beschluss des BVerfG⁵⁹) auf der sicheren Seite zu sein, wurde deshalb insbesondere in den Fällen, in denen bereits die Nichtzulassungsbeschwerde (u.a.) mit einer Gehörsverletzung der Vorinstanz begründet worden war, von den BGH-Anwälten gegen den die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss auch noch Anhörungsrüge erhoben, ohne dass sich der BGH aber deswegen – abgesehen von Einzelfällen – eine weitere Begründung für seinen Umgang mit der Nichtzulassungsbeschwerde entlocken ließ⁶⁰. Am Ende dieser „Leerlaufkette“,⁶¹ die

⁵⁸ BVerfGE 107, 395, 410 f.

⁵⁹ Beschl. v. 25.4.2005 (o. Fn. 17).

⁶⁰ Vgl. BGH, NJW-RR 2006, 63, 64: „Weder aus § 321a Abs. 4 S. 5 ZPO, nach dem der Beschluss kurz begründet werden soll, noch unmittelbar aus Verfassungsrecht ergibt sich eine Verpflichtung zu einer weitergehenden Begründung der Entscheidung. Ansonsten hätte es eine Partei in der Hand, mittels einer Anhörungsrüge nach § 321a ZPO die Bestimmung des § 544 Abs. 4 S. 2 ZPO im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auszuhebeln. Auch nach der Gesetzesbegründung kann eine Gehörsrüge gegen eine Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht dazu eingelegt werden, eine Begründungsergänzung herbeizuführen (BT-Drs. 15/3706, S. 16; vgl auch Senat, NJW 2005, 1432 [1433]).“

⁶¹ So die zutreffende Apostrophierung von *Zuck* NJW 2008, 479, 481.

die Anhörungsrüge bestenfalls zum Durchlauferhitzer degenerierte, stand dann doch wieder das dadurch in keiner Weise entlastete, sondern eigentlich mehr belastete Bundesverfassungsgericht, das sich ohne nachvollziehbare Vorgaben durch den Bundesgerichtshof in der Pflicht sah, den Gehörsrügen gegen die Entscheidung der Vorinstanz des Bundesgerichtshofs nachzugehen.

b) Die Kammerbeschlüsse von 2007

Damit und mit der sog. sekundären Gehörsrüge hat jedenfalls der Erste Senat des BVerfG in zwei Kammerbeschlüssen aus dem Jahre 2007⁶² und einem weiteren, sich auf die inzwischen geänderte Rechtsprechung des BGH⁶³ beziehenden Kammerbeschluss aus dem Jahre 2008⁶⁴ Schluss gemacht. Unter Berufung auf die von ihm als „inzwischen gefestigt“ bezeichnete – und dadurch noch mehr gefestigte – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG stets einen Verfahrensfehler darstelle, der für die Zulassung der Revision nach Maßgabe des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) ausreiche,⁶⁵ hat das BVerfG zunächst deutlich gemacht, dass die Nichtzulassungsbeschwerde geeignet und dazu vorgesehen sei, (auch) die Rüge von Gehörsverletzungen durch die Vorinstanz, das Berufungsgericht, zu überprüfen. Damit sei den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG hinreichend Rechnung getragen und daran ändere auch eine fehlerhafte Beurteilung der Gehörsrüge durch das Rechtsmittelgericht nichts. Werde also die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen und dementsprechend eine Gehörsverletzung durch die Vorinstanz (im Ergebnis) verneint, entfalle nicht nur die Notwendigkeit der Anhörungsrüge; sie erweise sich darüber hinaus auch als (offensichtlich) unzulässiger Rechtsbehelf, mit dem sich die Beschwerdefrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG nicht wahren lasse.

c) „Neue und eigenständige Gehörsverletzung“

Etwas anderes kann und soll nach dieser Rechtsprechung nur dann gelten, wenn mit der Anhörungsrüge eine „neue und eigenständige“ Gehörsverlet-

⁶² BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007 – 1 BvR 646/06 –, NJW 2007, 3418, sowie Beschl. v. 23.10.2007 – 1 BvR 2208/07 –, juris.

⁶³ BGH, NJW 2008, 923; diese Entscheidung nimmt ihrerseits Bezug auf den Beschl. d. BVerfG v. 9.7.2007 (o. Fn. 62).

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2008 – 1 BvR 562/08 –, NJW 2008, 2635 m. Anm. *Zuck*.

⁶⁵ BGHZ 154, 288; BGH, NJW 2003, 3205, 3206; BGHZ 159, 135; BGH, NJW 2005, 1950; zu der früheren Kontroverse hinsichtlich dieser Frage s. *Scheuch/Lindner* NJW 2004, 112, 114, sowie zur Billigung der früheren BGH-Rechtsprechung, wonach nur ein offenkundiger und durchgehender Verstoß u.a. gegen Verfahrensgrundrechte die Revisionszulassung rechtfertigt, BVerfG, Beschl. v. 26.7.2005 – 1 BvR 85/04 –, NJW 2005, 3345.

zung durch das letztinstanzlich zuständige Rechtsmittelgericht gerügt wird. Bei den formularmäßig begründeten (negativen) Nichtzulassungsbeschwerde-Beschlüssen des BGH ist man jedoch – und damit schließt sich der Kreis – insoweit auf Vermutungen angewiesen. Und selbst wenn der BGH inzwischen diese Vorgabe des BVerfG aufgegriffen hat⁶⁶ und glauben sollte, damit ein Mittel gefunden zu haben, sich der lästigen (sekundären) Anhörungsrüge zu entledigen, so erscheint es doch nicht von vornherein ausgeschlossen, die Anhörungsrüge mit dem Argument zulässig zu machen, diese richtet sich nicht gegen die Gehörsverletzung durch die Vorinstanz, sondern erklärtermaßen dagegen, dass der BGH trotz Erhebung einer entsprechenden Gehörsrüge im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde diese formularmäßig zurückgewiesen habe, was nur den Schluss auf eine „neue und eigenständige“ Gehörsverletzung durch den BGH selbst zulasse.⁶⁷ Denn auch nach dem erwähnten Kammerbeschluss des BVerfG von 2008 ist dies erklärtermaßen nicht ausgeschlossen, sondern lediglich die Annahme, die fehlerhafte Behandlung der Rechtsbehauptung über das Vorliegen eines Gehörsverstößes bedeute „stets“ bzw. regelmäßig eine weitere Gehörsverletzung.⁶⁸

Dieser *Circulus vitiosus* wird sich wohl erst dann durchbrechen lassen, wenn die Begründungspflicht nach § 544 Abs. 4 ZPO ernster genommen wird, ggf. aufgrund einer ergänzenden Intervention des BVerfG⁶⁹. Konsequenterweise sollte zur weiteren Entlastung des BVerfG dann auch der im nachfolgenden Anhörungsrüge-Verfahren ergehende Beschluss nicht nur „kurz“ (so der Wortlaut des § 321a Abs. 4 S. 5 ZPO), sondern jedenfalls so umfangreich begründet werden, dass ein präsumtiver Beschwerdeführer die Chancen eines Verfassungsbeschwerde-Verfahrens wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG einigermaßen realistisch einschätzen kann und für den Fall der Einlegung der Verfassungsbeschwerde tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich inhaltlich mit der Begründung des entsprechenden Beschlusses auseinanderzusetzen, „... um Sinn und Zweck des Gebots der Rechtswegerschöpfung ausreichend Rechnung zu tragen.“⁷⁰

⁶⁶ BGH, NJW 2008, 923; NJW 2008, 2126; Beschl. v. 31.1.2008 – III ZR 57/07 –, juris; Beschl. v. 19.5.2008 – VII ZR 159/07 –, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen.

⁶⁷ So *Sangmeister* NJW 2007, 2363, 2364, sowie etwa *Zuck* AnwBl 2008, 168, 171; dagegen *Lindner* AnwBl 2008, 362.

⁶⁸ Vgl. erneut BVerfG, Beschl. v. 5.5.2008 (o. Fn. 64).

⁶⁹ In dem noch beim Ersten Senat des BVerfG anhängigen Verfahren 1 BvR 2649/06 hat der Berichterstatter die dortige Verfassungsbeschwerde dem BGH mit der Bitte um eine Stellungnahme u.a. zu der Frage gestellt, „... wie die Zivilsenate des Bundesgerichtshofs die Vorschrift über die Begründung eines die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschlusses (§ 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO) handhaben und wie sie den Aufwand von Begründungen in seiner Auswirkung auf die Erledigung der Verfahren einschätzen“. Das Anhörungsverfahren ist abgeschlossen, die Entscheidung des BVerfG steht aus.

⁷⁰ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 23.10.2007 (o. Fn. 62).

Nur bei einer solchen Abfolge und inhaltlichen Anreicherung der einschlägigen fachgerichtlichen Entscheidungen ist tatsächlich gewährleistet, dass das BVerfG entsprechend seiner allenfalls subsidiären Funktion im Urteils-Verfassungsbeschwerde-Verfahren einen von den Fachgerichten hinreichend vorgeklärten und vom Beschwerdeführer gezielt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wieder aufgegriffenen und zur Entscheidung gestellten Sachverhalt unterbreitet erhält und hierüber abschließend entscheiden kann.

d) „a.A. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2005“

Bleibt nachzutragen, dass sich der Erste Senat des BVerfG auch mit seiner Kammerrechtsprechung zur (Unzulässigkeit) der sekundären Gehörsrüge erklärtermaßen in Widerspruch zu einer anders lautenden Beschlussfassung aus den Reihen des Zweiten Senats gesetzt hat.

Denn dessen 2. Kammer hatte es in Ansehung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde für erforderlich gehalten, Anhörungsrüge auch dann zu erheben, wenn es das zuständige Beschwerdegericht abgelehnt hatte, die Rechtsbeschwerde gem. § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG wegen Versagung des rechtlichen Gehörs ganz oder teilweise zuzulassen. Damit „... würde sich das Beschwerdegericht den Gehörsverstoß des Amtsgerichts zu eigen machen und den Verfassungsverstoß (Art. 103 Abs. 1 GG), den zu beseitigen es bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG gehalten ist, im Beschlussverfahren perpetuieren.“⁷¹

Solange sich diese divergierende Kammerrechtsprechung unverbunden und unvermittelt gegenüber steht, wird wohl nichts anderes übrig bleiben, als jedenfalls auch Anhörungsrüge zu erheben, gleichzeitig aber fristwährend Verfassungsbeschwerde, um die Gratwanderung zwischen dem Gebot der Rechtswegerschöpfung und der Fristversäumung wegen öffentlicher Unzulässigkeit des zuletzt eingelegten Rechtsmittels zu bestehen.

IV. Ergebnis

Diese Betrachtungen über die Irrungen und Wirrungen eines vom BVerfG initiierten, jedoch nicht effektiv umgesetzten und in seinem verfassungsprozessualen Ansatz nicht weiter verfolgten Sonderrechtsbehelfs im Bereich der Verfahrensgrundrechte nötigt zu folgendem eher pessimistischen, um nicht zu sagen negativen Resümee:

1. Der Plenumsbeschluss des BVerfG vom 30.4.2003 sollte erklärtermaßen zur Entlastung des Gerichts von den auf die Verletzung von Verfahrens-

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 21.6.2005 – 2 BvR 658/05 –, BVerfGK 5, 337, 338 f.

grundrechten gestützten Verfassungsbeschwerden dienen und gleichzeitig die entsprechenden Kompetenzen der Fachgerichtsbarkeit stärken. Diese zunächst vergleichsweise breit angelegte Zielsetzung erschöpfte sich jedoch konkret in der Forderung nach Einführung eines zusätzlichen Rechtsbehelfs im Bereich der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, der sog. Anhörungsrüge. Und der Gesetzgeber ist hierüber trotz des ihm insoweit eröffneten Ermessens auch nicht hinausgegangen.

2. Das BVerfG hat die Geister, die es rief, nach Art des Goetheschen Zaubermeisters („sei's gewesen“) auch selbst wieder in den Abstand verwiesen. Weitere informelle Rechtsmittel zur Stärkung oder Durchsetzung der Verfahrensgrundrechte neben oder in analoger Anwendung der Anhörungsrüge hat es bisher nicht nur nicht zugelassen, sondern auch nicht für erforderlich erklärt, um den Rechtsweg zu erschöpfen. Damit hat es zwar für Klarheit gesorgt, gleichzeitig aber die Fachgerichte wieder aus der Verantwortung entlassen und sein Bemühen um Entlastung im Bereich der Verfahrensgrundrechte selbst relativiert.
3. Aber auch soweit es nur um den Umgang mit der Anhörungsrüge geht, ist die Rechtsprechung des BVerfG nicht frei von Diskrepanzen und Dissonanzen, die dem Entlastungseffekt zusätzlich zuwider laufen. Das betrifft sowohl die Frage der gesonderten Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Anhörungsrüge, als auch insbesondere die Problematik der sekundären Gehörsrüge, die in der Kammerrechtsprechung unterschiedlich beantwortet bzw. gelöst werden. Eine gewisse Abhilfe könnte geschaffen werden, wenn sich das BVerfG in einem dazu geeigneten Verfahren entschließen würde, speziell den BGH zu einer umfassenderen Begründung seiner Nichtzulassungsbeschwerde-Entscheidungen zu verpflichten und darüber hinaus generell darauf zu drängen, auch negative Anhörungsrügen-Beschlüsse in einem solchen Umfang zu begründen, dass die Frage der Gehörsverletzung bei der nachfolgenden Anrufung des BVerfG besser eingeschätzt werden kann und dieses in die Lage versetzt wird, den entsprechend fachgerichtlich aufbereiteten Sachverhalt kurzfristig zu entscheiden.
4. Bereits die „kleine“ Anhörungsrüge des § 321a ZPO a.F. hat zu einer erheblichen Produktion von einschlägiger Rechtsprechung und Literatur geführt. Erst recht galt und gilt dies für die auf alle letztinstanzlichen Endentscheidungen erstreckte Anhörungsrüge §§ 321a ZPO n.F. und für die identischen Bestimmungen in den übrigen Prozessordnungen. Die tatsächliche Bedeutung und vor allem die Effektivität der Anhörungsrüge dürften jedoch zu dem damit entfalteten Aufwand in keinem mehr zu rechtfertigenden Verhältnis stehen. Das muss auch und gerade im Blick auf die damit beabsichtigte Entlastung des BVerfG angenommen werden. Allenfalls in den Verfahren vor den Amtsgerichten lässt sich eine gewisse

Effektivität der Anhörungsrüge nachweisen; dazu hätte aber auch die Anhörungsrüge in der Fassung des § 321a ZPO a.F. ausgereicht.

5. Jedenfalls so lange, wie der Anhörungsrüge des § 321a ZPO n.F. weder ein Suspensiv- noch insbesondere ein Devolutiveffekt zukommt, wird sich die Anhörungsrüge deshalb in unserem ausdifferenzierten Rechtsmittelsystem, von Einzelfällen abgesehen, weiterhin als Fremdkörper bzw. als Blindgänger erweisen. Zwar ist speziell die Erfolgsquote von (Sonder-) Rechtsbehelfen, wie das Beispiel der Verfassungsbeschwerde zeigt, nicht unbedingt und nicht allein ein Gradmesser für ihre Notwendigkeit oder Bedeutung. Anders als den häufig über den konkreten Fall hinauswirkenden Beschlüssen des BVerfG in Verfassungsbeschwerde-Verfahren kommt der Verbescheidung der (massenhaft erhobenen) Anhörungsrügen jedoch allenfalls auf den Einzelfall bezogene, singuläre Bedeutung zu. Sinnvoller und zielführender wäre deshalb der verantwortungsbewusste und sowohl an den Verfahrensgrundrechten der beteiligten Parteien orientierte als auch der Entlastung des BVerfG verpflichtete Umgang der Gerichte mit den zu ihnen erhobenen Klagen und Rechtsmitteln, einschließlich der aussagekräftigen Begründung ihrer Entscheidungen. Das würde es dann auch den anwaltlichen Bevollmächtigten und Beratern der Parteien erlauben, realistischer die Chancen zu beurteilen, die streitgegenständlichen Ansprüche ihrer Mandanten in einer weiteren Instanz, möglicherweise sogar im Rahmen von Verfassungsbeschwerde-Verfahren, durchzusetzen.

Vielfalt nationalen Grundrechtsschutzes und die einheitliche Gewährleistung der EMRK

JOHANNES MASING

I. Einleitung: Grundrechte mit universellem Anspruch und nationaler Verbürgung

Das Verhältnis von Europäischer Menschenrechtskonvention und nationalem Grundrechtsschutz führt in eine Grundspannung des modernen Verfassungsstaats, die diesen seit seiner Geburtsstunde kennzeichnet: Das Verhältnis von Universalismus und nationaler Selbstbestimmung.¹ Zwar bezieht sich die EMRK ihrem Geltungsanspruch nach nur auf Vertragsstaaten in Europa, jedoch nimmt sie mit der Idee einer überstaatlichen Grundrechtsgewährleistung das universalistische Moment des Verfassungsstaats auf: Die Überzeugung, dass die Freiheit und Gleichheit der Bürger dem Staat vorausliegt und damit den Bürgern unveräußerliche Menschenrechte zustehen, die zu achten und zu schützen Grundlage jeder staatlichen Herrschaftsausübung sein muss. Das Konzept einer auf die einzelnen Staaten übergreifenden Konvention, die über alle Partikularismen hinweg diese allgemeine Idee Wirklichkeit werden lässt und ihr gegenüber *allen* Regierungen machtvoll Raum verschafft, knüpft an die Überzeugung der Philosophie der Aufklärung und des Idealismus an. Danach gibt es unverfügbare Rechte des Menschen, die ihren Grund in der Idee der Freiheit und damit in der Würde der Person selbst haben. *Eine* übergreifende Konvention, *ein* Gericht, *eine* Dogmatik scheint danach ein naheliegendes Postulat.

Diese universalistische Perspektive bricht sich indes an der nationalen Radizierung der Verfassungsidee. Die Verfassung ist Ausdruck selbstbestimmter Rechtsetzung. Als politische Entscheidung wird sie – unter Hineingefügen aller althergebrachten Rechte – durch Proklamation geschaffen und setzt eine Ordnung in Kraft, in der nur das als Recht Anerkennung finden kann, was auf der Grundlage der Gleichheit und Freiheit beschlossen wird. Die Verfassung ist Ausdruck eines kollektiven Willensaktes, getragen alleine von denen, die sich als politische Einheit konstituieren und unter dieser Ver-

¹ *Gosewinkel/Masing* Einführung in die Texte: Grundlinien der europäischen Verfassungsentwicklung, in: dies. (Hrsg.), *Die Verfassungen in Europa 1789–1949*, 2006, 9, 13 ff.

fassung leben wollen: der Nation. Auch die in den Verfassungen enthaltenen Grundrechtsverbürgungen sind damit Ausdruck eines politischen Willenaktes und bilden eine in bestimmten Bezügen ausgeformte und gestaltete kulturelle Errungenschaft. Sie knüpfen an die Überzeugung allgemeiner Menschenrechte an, verstehen sich aber als kontingente Antwort auf spezifisch-kollektive Problemlagen angesichts je eigener historischer Erfahrungen und Herausforderungen. Die nationalen Grundrechtskataloge bzw. ihre Surrogate sind soweit mehr und anderes als nur der Verweis auf die allgemeine Idee des immer Gleichen: Grundrechtsschutz ist geronnene kollektive Erfahrung – in seinem Inhalt wie in seiner Organisation.

Der moderne Verfassungsstaat trägt diese Spannung stets in sich, und diese prägt den Grundrechtsschutz seit jeher. Fruchtbar bewältigt werden kann sie nur, wenn die verschiedenen Momente dialektisch ineinander geführt werden – wenn das Besondere im Allgemeinen aufgehoben bleibt. Für die EMRK lässt sich hiermit zunächst an ihre historische Grundidee anknüpfen.² Sie war eine gegenseitige Versicherung zum Schutz vor nationalen Aus- und Unfällen. Als Reservegarantie, die in Europa ein neues gemeinsames Fundament und übergreifende Mindestgarantien für jeden Bürger schaffen wollte, wollte sie nie die Vorhand oder Leitschnur für die verschiedenen Rekonstruktionen von Rechtsstaatlichkeit in den verschiedenen Ländern übernehmen. Sie war aber das gemeinsame Band, das ein Zurückfallen in die Barbarei, wie sie damals leidvoll erlebt worden war, europaweit ein für alle Mal verhindern sollte.

II. Nationale Verantwortung für Grundrechtsschutz und den Schutz der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die Konvention stellt nicht in Frage, dass Grundrechtsschutz in den verschiedenen Staaten Europas sehr verschieden ins Werk gesetzt wird. Ob Grundrechtsschutz durch nationale Grundrechtskataloge oder durch eine Inkorporierung der Konvention unmittelbar gewährleistet wird, ob Grundrechte als höherrangige Normen oder mittels ausgestaltender Fachgesetze gewährleistet werden, gibt die Konvention ebenso wenig vor wie die Entscheidung, ob die Durchsetzung durch spezialisierte Gerichte erfolgt oder im Rahmen des fachgerichtlichen Rechtsschutzes.³ Sie gewährt nur das Ergebnis – aber das mit Pathos: dass künftig in ganz Europa die Menschenrechte

² Vgl. *Grote* in: ders./Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 1 S. 9 ff.

³ EGMR, Schwedischer Lokomotivführerverband gegen Schweden, Urteil vom 6.2.1976, No. 5614/72, § 50, EuGRZ 1976, 62, 67; *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, § 3 Rn. 1; Van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., 2006, 26; *Geiger* Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl., 2009, § 73 VI Rn. 1.

hinreichend gesichert sind. Naturgemäß formuliert die Konvention insoweit eigene Maßstäbe, die der Europäische Gerichtshof zu entfalten hat und auf die sich Bürger ihm gegenüber auch unmittelbar berufen können. Diese müssen aber nicht auch unmittelbar Maßstäbe des innerstaatlichen Rechts sein, welche als solche von innerstaatlichen Gerichten durchzusetzen sind. Insoweit ist es nicht Ignoranz, sondern grundsätzlich konventionsadäquat, wenn in vielen Ländern und auch in Deutschland die Konvention lange Zeit keine eigenständige Rolle gespielt hat.⁴

Entsprechend der Reservefunktion der EMRK sieht diese auch keine Inkorporierung des Gerichtshofs und seiner Entscheidungen in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen vor: Der EGMR ist nicht hierarchisch übergeordnet, er kann Entscheidungen der nationalen Gerichte oder Behörden nicht aufheben, er kann keine unmittelbar bindenden Anordnungen erlassen und seine Entscheidungen haben auch sonst keine unmittelbare Wirkung in die nationalen Rechtsordnungen hinein.⁵ Daran ändert auch Art. 46 EMRK nichts, der die Vertragsparteien verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, die Urteile des Gerichtshofs zu befolgen. Diese Befolgungspflicht richtet sich allein an den Vertragsstaat und bezieht sich in ihrem rechtsförmlich vertraglich vereinbarten Umfang nur auf die je konkrete einzelne Entscheidung, die durch den jeweiligen Streitgegenstand bestimmt wird.⁶ Dieser kann, insbesondere im Fall der Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK), zwar durchaus auch sehr weit gefasst und grundsätzlicher Natur sein. Im Fall der Individualbeschwerde beschränken sich die Urteile aber in der Regel darauf, eine bereits abgeschlossene Einzelentscheidung ggf. für konventionswidrig zu erklären und den Konventionsstaat dazu zu verpflichten, Wiedergutmachung in Form einer Geldzahlung zu leisten.

Allerdings setzt die Konvention aber doch voraus, dass ggf. bestehende strukturelle Defizite des Grundrechtsschutzes auch dauerhaft behoben und prinzipielle Konflikte gelöst werden. Mit einer übergreifenden Konvention, getragen von dem Anspruch der Menschenrechtsgewährleistung, ist dieses unweigerlich verbunden. Die vertragliche Verpflichtung aus der EMRK be-

⁴ Grote in: ders./Marauhn (Hrsg.) (Fn. 2), EMRK/GG, 2006, Kap. 1 Rn. 54 f.; Eblers Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, 26; zur Bedeutung der EMRK im Vereinigten Königreich durch den Human Rights Act 1998 *Baum Rights Brought Home*, EuGRZ 2000, 281 ff.

⁵ Vgl. aber zur mittelbaren Wirkung: Bindung an vorläufige Maßnahmen seit EGMR, Mamatkulov u. Askarov gegen Türkei, Urteil vom 4.2.2005, No. 46827/99 und 46951/99, § 128 f.; vgl. *Grabenwarter* (Fn. 3), § 12; *Harris/O'Boyle/Warrick* Law of the European Convention on Human Rights, 2009, 842 f.

⁶ BVerfGE 111, 307 (322 f.); Cremer in: Grote/Marauhn (Hrsg.) (Fn. 2), EMRK/GG, 2006, Kap. 32 Rn. 70 ff; *Vedder* Integrierter Grundrechtsschutz in Europa, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat – Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, 179, 187 ff.