

### Beispiel für einen offensichtlichen Ausgang des Hauptsacheverfahrens<sup>1</sup>:

V ist der Vater eines 1999 nicht ehelich geborenen Kindes. Die leibliche Mutter M gab das Kind einen Tag nach der Geburt zur Adoption frei und erklärte ihre Einwilligung zur Adoption durch die Pflegeeltern, bei denen das Kind seit seiner Geburt lebt. Seit Oktober 1999 bemüht sich V in verschiedenen gerichtlichen Verfahren um die Übertragung des Sorgerechts und die Einräumung eines Umgangsrechts. Auf seine Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK erklärte eine Kammer der Dritten Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit Urteil vom 26.2.2004 einstimmig, dass die Sorgerechtsentscheidung und der Ausschluss des Umgangsrechts eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellten. Dennoch versagte der 14. Senat des OLG Naumburg V die Wahrnehmung des Umgangs mit seinem Kind. Die entsprechende Entscheidung hob der 2. Senat des BVerfG mit Beschluss vom 14.10.2004 (2 BvR 1481/04) auf und verwies die Sache an einen anderen Senat des OLG zurück. Dieser vertrat jedoch die Auffassung, nicht zu einer Sachentscheidung befugt zu sein. In der Folge hat das Amtsgericht Wittenberg eine einstweilige Anordnung betreffend das Umgangsrecht des V mit seinem Kind getroffen und ihm das Recht eingeräumt, seinen Sohn an jedem Sonnabend in der Zeit von 15 bis 17 Uhr zu sehen.

Gegen diese Entscheidung haben sich wiederum das Jugendamt und die Verfahrenspflegerin des Kindes mit ihren sofortigen Beschwerden gewandt. Aufgrund dieser Beschwerden setzte der 14. Senat des OLG Naumburg zunächst mit Beschluss vom 8.12.2004 die Vollziehung der amtsgerichtlichen Entscheidung aus, hob diesen Beschluss aber am 20.12.2004 wieder auf. Mit einem weiteren Beschluss vom 20.12.2004 gab der 14. Senat des OLG Naumburg dem Amtsgericht auf, das (Hauptsache-)Verfahren zum Umgangsrecht „mit äußerster Beschleunigung weiterzuführen und zum Abschluss zu bringen“. Bis zu einer abschließenden Entscheidung des Amtsgerichts sei der Umgang des V mit seinem Kind „zwecks Meidung einer sonst drohenden Gefährdung des Kindeswohls“ ausgeschlossen.

Gegen die Entscheidung des OLG erhob V Verfassungsbeschwerde (VB) vor dem BVerfG und verband diese mit einem Antrag auf Erlass einer e.A. Er rügt u.a. die Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte aus Art. 3 I GG, Art. 6 I, II GG und Art. 101 I S. 2 GG.

Die 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG hat eine e.A. erlassen.<sup>2</sup> Die VB sei nicht unzulässig und auch nicht offensichtlich unbegründet. Vielmehr spreche vieles dafür, dass das OLG gegen Art. 101 I S. 2 GG gegen Art. 3 I GG verstoßen und damit willkürlich das Recht des V auf den gesetzlichen Richter verletzt habe.

Ein Verstoß gegen Art. 101 I S. 2 GG liege u.a. dann vor, wenn sich eine Entscheidung bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt habe, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen, also willkürlich sei. Diese Voraussetzungen dürften hier erfüllt sein. Der bisherige objektive Verfahrensablauf lege die Vermutung nahe, dass sich das OLG bei seiner Entscheidung von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen, indem es die materielle Umgangsregelung des Amtsgerichts überprüft und damit die Regelungen der Zivilprozessordnung umgangen habe, wonach eine Beschwerde gegen einstweilige Umgangsregelungen nicht zulässig ist (vgl. § 620 c S. 2 ZPO). Außerdem dürfte das OLG die Vorgaben des EGMR wiederum nicht hinreichend beachtet und damit V in seinem Recht aus Art. 6 II S. 1 GG i.V.m. Art. 20 III GG verletzt haben. Der EGMR habe entschieden, dass V durch den Umgangsrechtsausschluss in seinem Recht aus Art. 8 EMRK verletzt sei und dass ihm zumindest der Umgang mit seinem Kind gewährleistet werden müsse. Nach dem aus Anlass dieser Entscheidung ergangenen Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004 erstreckte sich die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR auf alle staatlichen Organe und verpflichtete diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden sowie einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen. Gerichte seien zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betreffe, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen könnten.

Diese Vorgaben habe das OLG ersichtlich abermals nicht beachtet. Insbesondere habe es sich nicht ansatzweise mit der Frage auseinandergesetzt, wie V eine Familienzusammenführung überhaupt erreichen könne, wenn ihm der Aufbau jeglicher Kontakte mit seinem Kind versagt bleibe. Auch habe es sich nicht hinreichend mit den Erwägungen des EGMR befasst, wonach es dem Kindeswohl entspreche, die familiären Beziehungen aufrechtzuerhalten, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen Wurzeln bedeute, was nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sei. Dass die vom OLG pauschal erwogene und mit keinen konkreten Tatsachen belegte Kindeswohlgefährdung durch die vom Amtsgericht angeordnete Anwesenheit einer geschulten Begleitperson gebannt werden könne, habe das OLG ebenso wenig in Betracht gezogen wie die Tatsache, dass der Umgang ohnehin nur für eine Dauer von zwei Stunden pro Woche vorgesehen sei.

**Ergebnis:** Die Anordnung des BVerfG bedeutet, dass die amtsgerichtliche Umgangsregelung für die Dauer der durch das BVerfG erlassenen einstweiligen Anordnung Bestand hat und von daher - vorbehaltlich einer Änderung der Sachlage - solange einer gerichtlichen Überprüfung durch das OLG entzogen ist.

### Bewertung:

1. Der vorstehende Fall hat gezeigt, dass das BVerfG nicht bzw. nicht strikt zwischen Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrags auf Erlass einer e.A. unterscheidet. Vielmehr hat es schlicht eine e.A. erlassen, weil der Hauptsacherechtsbehelf (hier eine VB) nicht unzulässig und auch nicht offensichtlich unbegründet war. Von einer solchen Vorgehensweise ist im Rahmen des juristischen Studiums aber abzuraten.

<sup>1</sup> Nach BVerfG NJW 2005, 1105, 1106; bestätigt von BVerfG NJW 2005, 1765, 1766.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2005, 1105, 1106.

2. Soweit sich die e.A., die V den Umgang bis zur Entscheidung über die VB ermöglicht, auf eine Verletzung des Art. 101 I S. 2 GG, Art. 6 II GG, Art. 3 I GG und des Art. 8 EMRK durch das OLG Naumburg stützt, ist sie richtig. Denn das OLG Naumburg hat eine Entscheidung getroffen, obwohl es nicht zuständig war (vgl. § 620 c S. 2 ZPO). Trifft ein Gericht eine Entscheidung, obwohl es nicht zuständig ist, kann die Entscheidung vor dem Rechtsstaatsprinzip keinen Bestand haben und verletzt (u.a.) die Grundrechte des von der Entscheidung negativ betroffenen Bürgers. Problematisch ist es aber, wenn das BVerfG seine e.A. darauf stützt, dass das OLG Naumburg bei seiner Entscheidung die Rspr. des EGMR nicht beachtet habe. Zwar ist es richtig, dass sich gem. Art. 46 I EMRK die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR auf alle staatlichen Organe erstreckt und diese verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden sowie einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen.<sup>3</sup> Wenn das BVerfG aber im Fall Caroline von Monaco, bei dem der EGMR entgegen der Rechtsauffassung des BVerfG entschied, meint, dass Urteile des EGMR von deutschen Behörden und Gerichten zwar „angemessen zu berücksichtigen“ und „schonend“ in die nationale Rechtsordnung einzupassen seien, jedoch *kein* zwingendes Recht darstellten und daher für deutsche Gerichte *nicht* bindend seien<sup>4</sup>, dürfte hinreichend deutlich sein, dass das BVerfG entscheidet, wie es ihm beliebt.

3. Insgesamt bleibt somit festzuhalten: Die **EMRK**, die 1950 als multilateraler Vertrag im Rahmen des Europarats geschlossen wurde und den Zweck verfolgt, auf dem Vertragsgebiet die Einhaltung der Menschenrechte zu gewährleisten, ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der einer speziellen Transformation bedurfte, um innerstaatliche Geltung zu erlangen. Kraft gesetzlicher Übernahme durch Zustimmungsgesetz kommt ihr der Rang eines **einfachen Bundesgesetzes** zu. Daraus folgt, dass die EMRK in ihrem Rang *unterhalb* der Grundrechte des Grundgesetzes steht. Allerdings ist es auch zutreffende st. Rspr. des BVerfG, dass aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtung Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK auch bei der **Auslegung des Grundgesetzes** zu berücksichtigen seien.<sup>5</sup> Da diese staats- und völkerrechtlichen Vorgaben vom OLG Naumburg ebensowenig beachtet wurden wie die zivilprozessuale Unzuständigkeit nach § 620 c S. 2 ZPO, war der Erlass der e.A. im Fall des Umgangsrechts des V richtig.

Bemerkenswert ist es schließlich, wenn die 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG konstatiert, dass Gerichte zur Berücksichtigung eines Urteils des EGMR, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet seien, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entschieden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen könnten. Denn mit der Formulierung „jedenfalls“ hat sich die 3. Kammer eine „Hintertür“ offen gehalten, in anderen Fällen anders zu entscheiden und damit einen offenen Bruch mit der Rspr. des 2. Senats im Fall Caroline von Monaco zu vermeiden.

Mittlerweile hat das BVerfG in der Hauptsache entschieden und die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte Rechtsverletzung bestätigt.<sup>6</sup>

#### 760c Beispiel für eine echte Nachteilsabwägung<sup>7</sup>:

Hinsichtlich des **Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit** wandten sich die Antragsteller (ein inländisches Kreditinstitut, ein Rechtsanwalt und Notar, eine Bezieherin von Wohngeld sowie ein Empfänger von Sozialhilfe) gegen Regelungen zum **automatisierten Abruf von Kontostammdaten**, der zu Zwecken der Erhebung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie der Überprüfung der Berechtigung für Sozialleistungen erfolgen kann. Sie beantragten, die Regelungen vorläufig auszusetzen.

Die Neuregelung erlaubt den Finanzbehörden im Steuerverfahren seit dem 1.4.2005 - im Anschluss an den Ablauf der sog. Steueramnestie - einen heimlichen Zugriff auf bestimmte Daten, die von den Kreditinstituten nach § 24c des Kreditwesengesetzes (KWG) vorgehalten werden müssen. Dabei handelt es sich um die Kontostammdaten der Bankkunden und sonstigen Verfügungsberechtigten wie z.B. Name, Geburtsdatum, Kontonummern und Depots. Kontostände und -bewegungen können auf diese Weise zunächst nicht abgefragt werden. Über die Finanzbehörden erhalten auch andere Behörden der Sozialverwaltung und Gerichte Auskunft, wenn die anfragende Behörde oder das anfragende Gericht ein Gesetz anwendet, das an „Begriffe des Einkommensteuergesetzes“ (z.B. Einkommen, Einkünfte) anknüpft und eigene Ermittlungen dieser Behörde ihrer Versicherung nach nicht zum Ziel geführt haben oder keinen Erfolg versprechen.

Die Antragsteller rügten eine Verletzung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, ihres Grundrechts auf Berufsfreiheit und ihres Anspruchs auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Sie beantragten, den Vollzug der Regelungen vorläufig auszusetzen.

Das BVerfG hat entschieden, dass der Ausgang der Verfassungsbeschwerden offen sei und dass daher über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung entschieden werden müsse. Dabei sei zu berücksichtigen, dass in Fällen, in denen die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt werde, ein besonders strenger Maßstab für den Erlass einer e.A. anzulegen sei. Denn mit dem vorläufigen Außervollzugsetzen eines Gesetzes sei ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers verbunden. Ein Gesetz dürfe deshalb nur dann vorläufig am Inkrafttreten gehindert werden, wenn die Nachteile, die mit seinem Inkrafttreten nach späterer

<sup>3</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, Grundrechte, Rn 4.

<sup>4</sup> BVerfG NJW **2004**, 3407, 3408 f. (2. Senat). Vgl. dazu Mann, NJW **2004**, 3220 f. und ausführlich R. Schmidt, Grundrechte, Rn 284 (mit Verweis auf die Internetseite des Verlags).

<sup>5</sup> BVerfG NJW **2004**, 3407 ff.; BVerfGE **63**, 343, 33; **74**, 358, 370; **75**, 1, 19; **82**, 106, 115.

<sup>6</sup> BVerfG NJW **2005**, 1765, 1766.

<sup>7</sup> Nach BVerfG NJW **2005**, 1179, 1180 ff.

Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, in Ausmaß und Schwere die Nachteile, die im Falle der vorläufigen Verhinderung eines an sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten, deutlich überwögen.

Bei einer solchen Folgenabwägung könne bedeutsam sein, ob von den Behörden auf der Anwendungsebene Vorkehrungen getroffen worden seien, die zu einer Nachteilsbegrenzung führten:

Bei Erlass einer einstweiligen Anordnung (und späterer Erfolglosigkeit der VB) werde den zuständigen Behörden und Gerichten vorläufig ein Instrument genommen, das zum gleichmäßigen Vollzug von Abgaben- und Sozialleistungsgesetzen beitragen solle. Die Gleichmäßigkeit der Erhebung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie die Verhinderung des unberechtigten Bezugs von Sozialleistungen seien gewichtige Gemeinwohlbelange. Bei hinreichendem Anlass könnten allerdings schon bisher Auskünfte bei Kreditinstituten, insbesondere über konkrete Kontostände und -bewegungen, verlangt werden. Dafür müsse aber bekannt sein, bei welchen Kreditinstituten der Steuerpflichtige Konten unterhalte. Diese Kenntnis werde durch die Abfrage der Kontostammdaten erlangt. Die Möglichkeit zur Ermittlung zuvor nicht bekannter Konten und Depots entfalle beim Erlass der einstweiligen Anordnung mit dem Risiko des Fortbestands von Vollzugsdefiziten im Steuer- und Sozialrecht.

Trete indes das angegriffene Gesetz am 1.4.2005 in Kraft, seien die Behörden und Gerichte befugt, durch Abruf der Kontostammdaten personenbezogene Informationen zu gewinnen, die vorher nicht zugänglich gewesen seien. Der daraus folgende Nachteil für den Steuerpflichtigen bestehe nicht darin, dass den Finanzbehörden auf diese Weise einzelne der für die Besteuerung maßgebenden tatsächlichen Umstände bekannt werden könnten und die Steuer dementsprechend nach den gesetzlichen Vorgaben festgesetzt werden könne, sondern in der Kenntnis personenbezogener Daten über das Bestehen von Konten und Depots, die zur weiteren Ermittlung von steuererheblichen Tatsachen genutzt werden könne. Die Steuerpflichtigen seien zwar ohnehin zur Offenlegung der steuererheblichen Tatsachen verpflichtet, grundsätzlich aber nicht zur Angabe von Konten. Daran ändere die Neuregelung nichts, erlaube aber eine Erkenntniserlangung über Konten und Depots ohne Mitwirkung des Steuerpflichtigen. Die damit verbundenen Nachteile träten hinter diejenigen zurück, die beim Nicht-In-Kraft-Treten des Gesetzes für die Allgemeinheit zu erwarten seien, jedenfalls solange die im Anwendungserlass verfügbaren Einschränkungen der Kontenabfrage beim Gesetzesvollzug beachtet würden.

Die Nachteile für den Steuerpflichtigen einerseits und für die öffentliche Hand andererseits seien daher zu gewichten. Die Schwere des Eingriffs für den Steuerpflichtigen hänge davon ab, ob der Abruf der Kontostammdaten an einengende Tatbestandsmerkmale, insbesondere an einen konkreten Anlass geknüpft sei. Das Gesetz schließe die Ermittlung von Kontostammdaten „ins Blaue hinein“ oder durch anlasslosen rasterhaften Abgleich aller Konten aus. Für die Schwere des Nachteils sei ferner erheblich, ob der Betroffene ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten habe. Die Neuregelung knüpfe die neuen Ermittlungsbefugnisse an tatbestandliche Voraussetzungen, die auch sonst bei finanzbehördlichen Ermittlungen Geltung hätten. Der im Vorfeld des geplanten Inkrafttretens vom Bundesministerium der Finanzen verfügte Anwendungserlass zur Abgabenordnung konkretisiere die Schutzvorkehrungen für die Betroffenen und schwäche damit die möglichen Belastungen durch die neuen Ermittlungsbefugnisse ab. So betone der Anwendungserlass, dass ein Abruf der Kontostammdaten nur anlassbezogen und zielgerichtet und unter Bezugnahme auf eindeutig bestimmte Personen zulässig sei. Die vorgesehenen Formulare erforderten die Dokumentation des Abrufgesuchs und die Angabe des Aktenzeichens. Der Anwendungserlass stelle im Übrigen grundsätzlich eine vorherige, jedenfalls aber eine nachfolgende Information des Betroffenen sicher, die es ihm erlaube, Rechtsschutz zu erlangen.

Bei einem Kontoabruf im Besteuerungsverfahren eines Berufsgeheimnisträgers trage der Anwendungserlass einer möglichen Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zu Dritten Rechnung. Er gebiete eine zusätzliche Güterabwägung zwischen der Verschwiegenheitspflicht des Berufsgeheimnisträgers und der Bedeutung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Ferner werde ausdrücklich untersagt, dass Kontrollmitteilungen über Anderkonten der Berufsgeheimnisträger, die in seinem Besteuerungsverfahren festgestellt werden, ergingen.

Auch im Hinblick auf die von den Auskunftersuchen der Behörden der Sozialverwaltung Betroffenen würden die möglichen Nachteile durch den Anwendungserlass und die für das Ersuchen vorgesehenen Formulare gemildert. Es sei davon auszugehen, dass die ersuchten Finanzbehörden solchen Ersuchen keine Folge leisten würden, die den Anforderungen des Anwendungserlasses und den für das Auskunftersuchen vorgesehenen Formularen nicht genügten. Insgesamt überwögen damit die Nachteile der Allgemeinheit, wenn zunächst eine e.A. ergehe, sich aber die Regelungen später als verfassungsgemäß erwiesen. Daher sei es den Betroffenen zumutbar, bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu warten.

**Bewertung:** Die Auffassung des BVerfG geht unter vielen Aspekten fehl. Vor allem ist nicht ersichtlich, warum das Gesetz unbedingt am 1.4.2005 in Kraft treten musste. Immerhin konnten die Finanzbehörden mehrere Jahrzehnte lang nicht automatisiert Kontostammdaten abrufen. Einem um ein paar Monate verzögertes Inkrafttreten des Gesetzes kann daher keine entscheidende Bedeutung zukommen, zumal die Rechtsverletzung bei den Betroffenen für den Fall, dass später die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes festgestellt würde, irreversibel ist. Bedenklich ist ferner, dass das BVerfG im vorliegenden Fall den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont, im Fall des Studiengebührenverbots einen solchen aber gerade nicht anerkennt. Überzeugend ist eine solche Vorgehensweise nicht. Schließlich verkennt das BVerfG im vorliegenden Fall, dass auch die Einschränkung der Finanzbehörden, lediglich anlassbezogenen Konten abzufragen, nicht gerade einen rechtsstaatlichen Fortschritt darstellt. Denn ein Anlass lässt sich praktisch bei jeder Bearbeitung der Einkommensteuererklärung finden.

Insgesamt scheint das Urteil eher willkürlich. Widersprüchlich ist vor allem, dass das BVerfG nunmehr wieder sowohl den auch früher stets von ihm betonten Grundsatz der Zurückhaltung in politischen Fragen (sog. *judicial self restraint*)<sup>8</sup> als auch die ebenfalls von ihm stets betonte „weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“, die nur sehr begrenzt vom BVerfG überprüft werden könne<sup>9</sup>, hervorhebt, im Fall des Studiengebührenverbots<sup>10</sup> aber gerade nicht anerkennt.

---

<sup>8</sup> BVerfGE **68**, 1 ff.

<sup>9</sup> So BVerfGE **108**, 282, 294 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE **112**, 226 ff. (vgl. dazu Rn 833h).