

# Einstweiliger Rechtsschutz durch das BVerfG

Alle Rechte vorbehalten: Dr. Rolf Schmidt – Mai 2005

## I. Einführung

Mit Beschluss v. 22.3.2005 (NJW 2005, 1179) hat das BVerfG mehrere Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Gegenstand des Verfahrens war das **Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit**. Mit ihren Anträgen 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. Das BVerfG hat die Anträge zurückgewiesen. Ob dieses Ergebnis überzeugt, soll im Folgenden untersucht werden. Dabei wird – aus Gründen des Sachzusammenhangs – die Untersuchung innerhalb einer systematischen Darstellung des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 32 BVerfGG erfolgen.

## II. Der einstweilige Rechtsschutz durch das BVerfG

Wie alle Prozessordnungen kennt auch das BVerfGG eine Form des vorläufigen bzw. einstweiligen Rechtsschutzes. Nach § 32 BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung (e.A.) vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Die e.A. verfolgt demnach das Ziel, eine Rechtsfrage vorläufig zu regeln, insbesondere weil ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache für den Antragsteller unzumutbar ist bzw. zu nicht oder nur schwer wieder gut zu machenden Zuständen führt.<sup>1</sup> Insbesondere kann auch ein Gesetz vorläufig außer Kraft zu setzen bzw. dessen Inkrafttreten bis zur Hauptsacheentscheidung zu suspendieren sein.<sup>2</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Einstweilige Anordnungen können im Rahmen aller verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten ergehen. Gerade wegen der langen Verfahrensdauer der einzelnen Hauptsacheverfahren kommen ihr eine nicht untergeordnete Rolle zu. So kann man in einer Fallbearbeitung durchaus auf die Frage treffen, ob der Antragsteller auch einstweiligen Rechtsschutz beantragen kann und wie das BVerfG darüber entscheiden wird. Prüfungstechnisch geht der einstweiligen Anordnung ein entsprechender Antrag voraus. Dieser ist erfolgreich, wenn er **zulässig** und **begründet** ist.

### 1. Zulässigkeit eines Antrags auf Erlass einer e.A.

Über die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Antrags auf Erlass einer e.A. besteht Unklarheit. In den betreffenden Beschlüssen des BVerfG liest man stets die stereotype Formel, dass eine e.A. nur dann ergehen könne, wenn der Hauptsacherechtsbehelf „nicht unzulässig und auch nicht offensichtlich unbegründet“ sei.<sup>3</sup> Das BVerfG unterscheidet also nicht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit. Im Rahmen des juristi-

<sup>1</sup> Vgl. nur BVerfG NJW **2005**, 1179 (Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit); **2003**, 2373, 2374 (Deutsche Soldaten in AWACS-Überwachungsflugzeugen - mit Bespr. v. Sauer, JA **2004**, 19 ff.).

<sup>2</sup> Dazu BVerfG NJW **2001**, 2457 ff. (Keine e.A. in Bezug auf das Lebenspartnerschaftsgesetz).

<sup>3</sup> So zuletzt BVerfG v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04 (Umgangsrecht des leiblichen Vaters).

schen Studiums ist eine solche Vorgehensweise jedoch nicht möglich bzw. führt regelmäßig zur Beanstandung durch den Korrektor. So wird auch in den Lehrbüchern zwischen Zulässigkeit und Begründetheit unterscheiden. Teilweise werden im Rahmen der Zulässigkeit allerdings nur die *Zuständigkeit des BVerfG* und die *Antragsberechtigung des Antragstellers* als Zulässigkeitsvoraussetzungen genannt.<sup>4</sup> Diese Auffassung ist nicht haltbar. Denn sie führt zu dem absurden Ergebnis, dass für den Fall, dass der Hauptsacherechtsbehelf wegen Verfristung evident unzulässig wäre, gleichwohl der Antrag auf Erlass einer e.V. zulässig sein müsste, sofern nur die beiden o.g. Voraussetzungen vorliegen. Wenn dann auch noch behauptet wird, der Antrag auf Erlass einer e.V. sei unbegründet, wenn der Hauptsacherechtsbehelf von vornherein unzulässig sei<sup>5</sup>, wird vollends deutlich, dass diese Darstellung nicht überzeugen kann. Richtigerweise ist die Prüfung eines Antrags auf Erlass einer e.A. nach den im Folgenden näher ausgeführten Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen durchzuführen.

### a. Statthaftigkeit des Antrags

§ 32 BVerfGG kennt keine Beschränkung der e.A. auf bestimmte Verfahrensarten. Daher ist ein Antrag auf Erlass einer e.A. vor allen möglichen Verfahrensarten statthaft. Das entsprechende Hauptsacheverfahren braucht jedoch (noch) nicht anhängig zu sein.<sup>6</sup>

Fraglich ist, ob das BVerfG eine e.A. auch **ohne entsprechenden Antrag** erlassen darf (sog. Entscheidung *ex officio*). Dies scheint der Wortlaut des § 32 BVerfGG, der nichts von einem Antragserfordernis sagt, zu ermöglichen. So hat auch das BVerfG in mehreren Fällen eine e.A. auch ohne entsprechenden Antrag erlassen.<sup>7</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es der Eigenart eines Gerichts widerspricht, ohne vorherige Anrufung in der Sache zu entscheiden. Außerdem wird durch die Möglichkeit des Erlasses einer e.A. ohne entsprechenden Antrag die Stellung des BVerfG im Staatsgefüge in einer Weise gestärkt, wie es das Grundgesetz nicht vorsieht.<sup>8</sup> Das gilt zumindest für den Fall, dass das Hauptsacheverfahren noch nicht anhängig ist.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der Regel wird ein Antrag auf Erlass einer e.A. vorliegen, sodass auf die oben dargestellte Problematik nicht eingegangen werden muss. Sollte dennoch die Frage zu beantworten sein, ob das BVerfG auch ohne vorherigen Antrag eine e.A. erlassen darf, sollte folgendermaßen formuliert und entschieden werden:

- ⇒ Ist noch kein entsprechendes Hauptsacheverfahren anhängig, widerspräche es der Stellung eines Gerichts, wenn das BVerfG auch ohne Antrag eine e.A. erlassen dürfte. Darüber hinaus würde das BVerfG eine Position im Staatsgefüge erlangen, wie sie im Grundgesetz nicht vorgesehen ist.
- ⇒ Ist demgegenüber bereits ein entsprechendes Hauptsacheverfahren anhängig, greifen die o.g. Bedenken nicht. Hier sollte man die Auffassung vertreten, dass das BVerfG auch ohne Antrag eine e.A. erlassen darf.

<sup>4</sup> So von *Degenhart*, Rn 640.

<sup>5</sup> So *Degenhart*, Rn 641.

<sup>6</sup> BVerfG-K NVwZ **2002**, 1230, 1231 (Dosenpfand).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE **1**, 74, 75 (Einstweilige Anordnung auch im Verfahren der Verfassungsbeschwerde); **1**, 281, 283 (Wehrpflicht); **42**, 103, 119 (Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen).

<sup>8</sup> Vgl. *Robbers*, JuS **1994**, 1031, 1032.

## b. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist jeder, der im Hauptsacheverfahren beteiligt sein kann.

## c. Keine Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens

Zwar findet im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich keine Zulässigkeitsprüfung bezüglich des Hauptsacheverfahrens statt, ist das Hauptsacheverfahren aber unzulässig, wird man auch von der Unzulässigkeit des Antrags auf Erlass einer e.A. ausgehen müssen.<sup>9</sup> Anderenfalls würden die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Hauptsacheverfahrens umgangen.

Umstände, die zur Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens führen, sind etwa das Fristversäumnis oder die Missachtung von Formvorschriften.

## d. Grundsätzlich keine Vorwegnahme der Hauptsache

Der Antrag auf Erlass einer e.A. ist grundsätzlich unzulässig, wenn er auf die Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist. Ausnahmsweise ist der Antrag aber trotz Vorwegnahme der Hauptsache zulässig, wenn dies aus Rechtsschutzgesichtspunkten unerlässlich ist. Das BVerfG nennt hierzu zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen<sup>10</sup>:

- ⇒ Die Entscheidung müsste in der Hauptsache zu spät kommen und der Antragsteller darf in anderer Weise keinen ausreichenden Rechtsschutz mehr erlangen.
- ⇒ Das Abwarten der Hauptsache müsste für den Antragsteller einen schweren, nicht wieder gut zu machenden Schaden bedeuten.

**Beispiel<sup>11</sup>:** Um die Freilassung einiger inhaftierter Terroristen zu erzwingen, ist der Arbeitgeberpräsident Hanss-Martin Schleyer von terroristischen Gewalttätern entführt worden. Hier würde die Anordnung der Freilassung der Häftlinge im Wege einer e.A. eine Vorwegnahme der Hauptsache bedeuten. Die Entscheidung der Hauptsache würde aber möglicherweise zu spät kommen und es würde möglicherweise ein irreparabler Schaden (etwa der Tod des Entführten) entstehen. Daher war der Antrag auf Erlass einer e.A. nicht schon wegen Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig.

## e. Form und Frist

Wie alle Anträge bezüglich der Einleitung von Hauptsacheverfahren muss auch der Antrag auf Erlass einer e.A. schriftlich beim BVerfG eingereicht und begründet werden (§ 23 I BVerfGG). Die Antragsfrist muss sich dabei an der des Hauptsacheverfahrens richten. Ist das Hauptsacheverfahren verfristet, muss auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unzulässig sein. Da die Verfristung des Hauptsacheverfahrens aber zu dessen evidenter Unzulässigkeit führt, wird die Fristvoraussetzung in der Fallbearbeitung bereits im Prüfungspunkt „keine Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens“ erschöpfend behandelt worden sein.

---

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG NJW **2002**, 2458. Anders *Degenhart*, Rn 641, der die (Un-)Zulässigkeit des Hauptsacheverfahrens bei der Begründetheit des Antrags auf Erlass einer e.A. prüft, dabei jedoch die allgemein anerkannten Aufbaugrundsätze missachtet.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE **67**, 149, 151 (Wahlwerbespots beim WDR); **46**, 160, 163 f. (Entführungsfall Arbeitgeberpräsident Schleyer); **82**, 353, 363 (Verfassungswidrigkeit des § 27 I S. 2 Halbs. 2 BWhlG).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE **46**, 160 ff., dargestellt auch in allen gängigen Lehrbüchern.

## 2. Begründetheit eines Antrags auf Erlass einer e.A.

Der Antrag auf Erlass der e.A. ist begründet, wenn die Voraussetzungen des § 32 BVerfGG vorliegen. Ist das mögliche Hauptsacheverfahren jedoch von **vornherein unzulässig** oder **offensichtlich unbegründet**, scheidet ein Eilrechtsschutz beim BVerfG schon deshalb aus, ohne dass es auf eine Nachteilsabwägung, wie sie in § 32 I BVerfGG genannt wird, ankäme.<sup>12</sup> Ist das Hauptsacheverfahren hingegen „offen“, steht die **Nachteilsabwägung** im Mittelpunkt: Das BVerfG wägt die Nachteile, die einträten, wenn die e.A. nicht erginge, die beanstandete Maßnahme aber später für verfassungswidrig erklärt würde, gegen diejenigen ab, die entstünden, wenn die e.A. erginge, die beanstandete Maßnahme sich aber im Hauptsacheverfahren als verfassungsgemäß erweise.<sup>13</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Während bei Eilrechtsschutzverfahren anderer Gerichtszweige i.d.R. eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache erfolgt (siehe etwa § 123 VwGO) und der Erlass einer e.A. vom Ergebnis dieser summarischen Prüfung abhängt, findet bei der e.A. nach § 32 BVerfGG gerade *keine* summarische Prüfung des materiellen Rechts entsprechend der Hauptsache statt, sondern zunächst nur eine Prüfung des **offensichtlichen Ausgangs** des Hauptsacheverfahrens. Lediglich für den Fall, dass der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht offensichtlich ist, findet in einem zweiten Schritt eine **Nachteilsabwägung** statt. In der Fallbearbeitung ist also zunächst zu prüfen, ob das Hauptsacheverfahren von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist bzw. wäre:

- ⇒ Ist bzw. wäre das Hauptsacheverfahren von **vornherein unzulässig**, kann keine einstweilige Anordnung ergehen<sup>14</sup> (in diesem Fall wäre der Antrag auf Erlass einer e.A. i.d.R. auch schon unzulässig).
- ⇒ Das Gleiche gilt, wenn das Hauptsacheverfahren **offensichtlich unbegründet** ist bzw. wäre.
- ⇒ Ist bzw. wäre das Hauptsacheverfahren umgekehrt **offensichtlich begründet**, wird in aller Regel auch eine e.A. zugunsten des Antragstellers ergehen.
- ⇒ Bei **offenem Ausgang** des Hauptsacheverfahrens findet eine echte Nachteilsabwägung statt: Die jeweils eintretenden Folgen sind gegeneinander abzuwägen.<sup>15</sup> Bei dieser Nachteilsabwägung kann auch entscheidend sein, ob der Gesetzgeber in der Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung Vorkehrungen treffen kann, die zu einer Abmilderung oder Beseitigung der vom Antragsteller geltend gemachten Nachteile führen. Ist das der Fall, tendiert das BVerfG zum Nichterlass einer e.A.<sup>16</sup>

### Beispiel für den Fall des offensichtlichen Ausgangs des Hauptsacheverfahrens<sup>17</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

<sup>12</sup> Vgl. etwa BVerfGE **82**, 54, 57; BVerfG NJW **2002**, 2458 f. (Durchsuchung einer Kanzlei); BVerfG-K NVwZ **2002**, 1230, 1232 (Dosenpfand); BVerfG v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04 (Umgangsrecht des leiblichen Vaters); *Hoffmann-Riem*, NVwZ **2002**, 257, 258.

<sup>13</sup> St. Rspr. vgl. nur BVerfG NJW **2005**, 1179 (Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit); NJW **2003**, 2373, 2374 (Deutsche Soldaten in AWACS-Überwachungsflugzeugen); BVerfG NJW **2002**, 2458 f. (Durchsuchung einer Kanzlei); BVerfGE **104**, 51, 55 (Keine e.A. in Bezug auf das LPartG). Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, NVwZ **2002**, 257, 258; *Nolte*, NJW **2003**, 2359 ff.; *Sauer*, JA **2004**, 19 ff.

<sup>14</sup> BVerfG NJW **2002**, 2458 f. (Durchsuchung einer Kanzlei); BVerfG v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04 (Umgangsrecht des leiblichen Vaters).

<sup>15</sup> BVerfG NJW **2005**, 1179 (Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit); NJW **2002**, 2458 f. (Durchsuchung einer Kanzlei); BVerfGE **104**, 51, 55 (Keine e.A. in Bezug auf das LPartG); *Hoffmann-Riem*, NVwZ **2002**, 257, 258.

<sup>16</sup> So beim Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit (BVerfG NJW **2005**, 1179, 1180).

<sup>17</sup> Nach BVerfG v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04; bestätigt v. BVerfG v. 5.4. 2005 – 1 BvR 1664/04.

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 dem 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>18</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 i.V.m. 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 erstrecke sich die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR auf alle staatlichen Organe und verpflichte 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.

---

<sup>18</sup> BVerfG v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04.

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.

2. Soweit sich die e.A., die dem 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>19</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>20</sup>, dürfte hinreichend deutlich sein, dass das BVerfG entscheidet, wie es ihm beliebt.

3. Insgesamt bleibt somit Folgendes 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

<sup>19</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, Grundrechte, 7. Aufl. **2005**, Rn 4.

<sup>20</sup> BVerfG NJW **2004**, 3407, 3408 f. (2. Senat). Vgl. dazu Mann, NJW **2004**, 3220 f. und ausführlich R. Schmidt, Grundrechte, 7. Aufl. **2005**, Rn 277b.

EMRK auch bei der **Auslegung des Grundgesetzes** zu berücksichtigen seien.<sup>21</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 anderes 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>22</sup>

### **Beispiel für eine echte Nachteilsabwägung<sup>23</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 § 24 c 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. Kontenstände 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 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.

---

<sup>21</sup> BVerfG NJW **2004**, 3407 ff.; BVerfGE **63**, 343, 33; **74**, 358, 370; **75**, 1, 19; **82**, 106, 115.

<sup>22</sup> BVerfG 5.4.2005 – 1 BvR 1664/04.

<sup>23</sup> Nach BVerfG 22.3.2005 – 1 BvR 2357/04 und 1 BvQ 2/05.

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

Bei Erlass einer einstweiligen Anordnung (und späterer Erfolglosigkeit der VB) würde 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 entfele beim Erlass der einstweiligen Anordnung mit dem Risiko des Fortbestandes von Vollzugsdefiziten im Steuer- und Sozialrecht.

Träte indes das angegriffene Gesetz am 1.4.2005 in Kraft, wären 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 wären, jedenfalls solange die im Anwendungserlass verfügten 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 gelten. 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 Berufsheimnisträgers trage der Anwendungserlass einer möglichen Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zu Dritten Rechnung. Er gebiete eine zusätzliche Güterabwägung zwischen der Verschwiegenheitspflicht des Berufsheimnisträgers und der Bedeutung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Ferner werde ausdrücklich untersagt, dass Kontrollmitteilungen über Anderkonten der Berufsheimnisträger, 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. erginge, 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. Ein 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 den auch früher stets von ihm betonten Grundsatz der Zurückhaltung in politischen Fragen (sog. *judicial self restraint*)<sup>24</sup> als auch die ebenfalls von ihm stets betonte „weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“, die nur sehr begrenzt vom BVerfG überprüft werden könne<sup>25</sup>, hervorhebt, im Fall des Studiengebührenverbots<sup>26</sup> aber gerade nicht anerkennt.

---

<sup>24</sup> BVerfGE 68, 1 ff.

<sup>25</sup> So BVerfGE 108, 282, 294 ff.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2005, 493, 494 ff. (dazu näher *R. Schmidt*, StaatsorganisationsR, 5. Aufl. 2005, Rn 835).