

Das Bundesverfassungsgericht und der Dissens um die Divergenz

Der "Kind als Schaden"-Beschluß des Ersten Senats¹ und seine prozessuale Vorgeschichte²

Einleitung

Der Erste Senat des BVerfG kommt aus den Schlagzeilen nicht heraus. Nachdem bereits seine Entscheidungen zu "Kruzifix"³ und "Soldaten sind Mörder"⁴ in der jüngeren Vergangenheit zu einer über die Fachwelt weit hinausreichenden Diskussion geführt haben, hat Ende 1997 eine weitere Entscheidung des Senats für ein beträchtliches Medienecho gesorgt.⁵ Freilich war es dieses mal weniger der Inhalt der Entscheidung, der die öffentliche Aufmerksamkeit weckte, als vielmehr eine in der Tat bislang einzigartige Prozeßgeschichte.

¹ BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 12. 11. 1997 - Az. 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94- = EuGRZ 1997, 635 = NJW 1998, 519.

² BVerfG (Zweiter Senat), Beschl. v. 22. 10. 1997 zu den Verfassungsbeschwerde-Verfahren 1 BvR 479/92 und 1 BvR 307/94 = EuGRZ 1997, 645 = NJW 1998, 523.

³ BVerfGE 93, 1 (13ff.).

⁴ BVerfGE 93, 266 (289ff.).

⁵ Vgl. statt vieler "Der Spiegel" Nr. 52 v. 22. 12. 1997, S. 22ff.

Der Beschluß des Ersten Senats vom 12. 11. 1997

In seinem Beschluß vom 12. 11. 1997 hatte der Erste Senat des BVerfG über die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden zweier Ärzte gegen ihre zivilgerichtliche Verurteilung zum Ersatz von Unterhaltsleistungen und zur Leistung von Schmerzensgeld zu befinden.⁶ In dem einen Fall hatte ein Arzt an einem Patienten auf dessen Wunsch einen Eingriff zur Sterilisation vorgenommen, der mißlungen war. Hierüber war der Patient nicht aufgeklärt worden. Seine Ehefrau bekam von ihm ein (weiteres) Kind. Das LG verurteilte den Arzt zum Ersatz von Unterhaltsleistungen an das Kind und zur Zahlung von Schmerzensgeld an die Mutter; die Entscheidung wurde vom OLG bestätigt. Im zweiten Fall hatten die Eltern, die bereits ein von Geburt an geistig und körperlich behindertes Kind zur Welt gebracht hatten, bei dem beschwerdeführenden Arzt eine genetische Beratung durchführen lassen, um vor dem Entschluß zu einem weiteren Kind die Gefahr von Erbkrankheiten abklären zu lassen. Der Beschwerdeführer teilte den Eltern mit, eine vererbte Störung sei äußerst unwahrscheinlich; dem Ehepaar müsse nicht von einer weiteren Schwangerschaft abgeraten werden. Das Ehepaar brachte daraufhin ein zweites Kind zur Welt, das an den gleichen geistigen und körperlichen Behinderungen litt wie das erste. Auch in diesem Fall sprachen die Gerichte - letztinstanzlich der BGH⁷ - den klagenden Eltern Unterhaltersatz für das behinderte Kind und Schmerzensgeld für die Mutter zu. In beiden Fällen argumentierten die Fachgerichte in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung des BGH,⁸ daß die Ärzte schuldhaft ihre vertraglichen Pflichten verletzt hätten und dafür haftungsrechtlich einstehen müßten. Dabei stelle nicht die Geburt des Kindes selbst einen Schaden dar, wohl aber die damit verbundene eintretende Unterhaltsverpflichtung. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügten beide verurteilten Ärzte vorrangig, daß die Gerichte die ihnen gesetzten Grenzen der Rechtsfortbildung überschritten hätten. Die Geburt eines Kindes könne auch dann nicht als Schaden angesehen werden, wenn es ungewollt oder behindert sei. Eine solche Betrachtung sei mit der Menschenwürde des Kindes (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht zu vereinbaren.⁹

⁶ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635ff.; vgl. auch die Pressemitteilung des BVerfG Nr. 106/97 v. 15. 12. 1997, abgedruckt in NJW 1998, Heft 4, S. XIVff.

⁷ BGH, NJW 1994, 788.

⁸ Vgl. etwa BGHZ 100, 363 (367f.); 105, 189 (194); 120, 376 (382ff.).

⁹ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (636, 639).

Der Erste Senat des BVerfG ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat die Verfassungsbeschwerden - mit einer Mehrheit von sechs zu zwei Stimmen - zurückgewiesen. Er ist der Auffassung, die Gerichte hätten durch ihre Entscheidung die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung nicht überschritten; die angegriffenen Entscheidungen ließen aber auch im übrigen keinen Verfassungsverstoß erkennen. Insbesondere verstoße die Verurteilung der Ärzte zum Ersatz der Unterhaltszahlungen nicht gegen die Menschenwürde des Kindes. Zwar könne eine Verletzung des dem Menschen kraft Art. 1 Abs. 1 GG zukommenden Achtungsanspruchs grundsätzlich auch in einer Kommerzialisierung menschlichen Daseins liegen. Die Anerkennung der Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden stelle aber keine solche Kommerzialisierung dar; das Kind werde durch sie nicht seines personalen Eigenwertes beraubt.¹⁰

Ob diese Sichtweise des Ersten Senats in der Sache zutreffend ist, soll an dieser Stelle unerörtert bleiben. Festzuhalten ist allerdings, daß der Zweite Senat des BVerfG in seinem sog. zweiten § 218-Urteil vom 23. 5. 1993 eine konträre Position eingenommen hatte. Dort heißt es wörtlich: "Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen [d.h. im Unterschied zu einer Leistung von Schmerzensgeld an die Mutter, die auch der Zweite Senat konzidiert] von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Beratungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche [...] ist im Hinblick darauf der Überprüfung bedürftig."¹¹ Diese Aussage erschien dem Zweiten Senat so wichtig, daß er sie im Kern als Leitsatz 14 des Urteils übernahm.¹²

¹⁰ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (640ff.).

¹¹ BVerfGE 88, 203 (296).

¹² BVerfGE 88, 203 (204).

Zur Prozeßgeschichte

In der Sache offenbart sich in dieser Frage mithin eine tiefgreifende und kaum überbrückbare Differenz zwischen der Rechtsposition des Ersten und der des Zweiten Senats. Allein dies ist bemerkenswert genug. Zusätzliche Brisanz verlieh dem Konflikt allerdings erst das folgende Geschehen: Der Zweite Senat forderte - in Kenntnis der anstehenden Entscheidung des Ersten Senats und offenbar von der sicheren Ahnung des bevorstehenden Dissenses geleitet - durch (mehrheitlich gefaßten) Beschluß vom 22. 10. 1997¹³ den Ersten Senat auf, in dieser Sache das Plenum des BVerfG anzurufen. Zur Begründung führte er aus, bei seiner oben zitierten Auffassung handele es sich um eine die damalige Entscheidung tragende Rechtsauffassung. Sei unter den Senaten des BVerfG streitig, ob einer von einem Senat geäußerte Rechtsauffassung tragende Bedeutung zukomme, so sei diese (Vor-) Frage ebenfalls vom Plenum zu klären.

Daß diese Aufforderung des Zweiten Senats im Ersten Senat für erhebliche Verstimmung gesorgt hat, läßt sich der erwähnten¹⁴ Pressemitteilung des BVerfG unschwer entnehmen. Die diesbezüglichen Ausführungen beginnen mit dem (angesichts der sonst üblichen Courtoisie innerhalb des Gerichts ungewöhnlich deutlichen) Satz: "Der Erste Senat hat sich mit dieser Äußerung des Zweiten Senats nicht förmlich befaßt."¹⁵ Zur Begründung¹⁶ entwickelt die Senatsmehrheit¹⁷ folgenden Argumentationsgang: Zunächst sei es alleine Sache des erkennenden Senats, darüber zu befinden, ob eine abweichende Auffassung des anderen Senats für dessen Entscheidung tragend gewesen sei. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters. Hiervon ausgehend sei es zum einen bereits zweifelhaft, ob in der Sache eine Abweichung des Ersten Senats von der Entscheidung des Zweiten Senats vorliege, da jener sich über ärztliche Verträge über Schwangerschaftsabbrüche geäußert habe, während Gegenstand des vorliegenden Verfahrens Verträge über eine ärztliche Tätigkeit ohne Bezug zu einem Schwangerschaftsabbruch waren. Selbst wenn aber insoweit ein Dissens zu der Rechtsauffassung des Zweiten Senats vorliege, so sei diese jedenfalls für das seinerzeit zu entscheidende Verfahren nicht von tragender Bedeutung gewesen. Der Umstand, daß der Zweite Senat seinen damaligen Ausführungen grundsätzliche Bedeutung zumesse, könne ebenfalls nicht zur Anrufung des Plenums führen, da diese durch die Regelung des [§ 16 BVerfGG](#) nicht gedeckt sei.

¹³ BVerfG (Zweiter Senat), EuGRZ 1997, 645. Das exakte Stimmenverhältnis wird dort nicht mitgeteilt

¹⁴ Oben Fußn. 6.

¹⁵ Nach "Der Spiegel" Nr. 52 v. 22. 12. 1997, S. 22 ("Drama in der Kantine") scheiterte der Versuch der Präsidentin des BVerfG, innerhalb eines abendlichen inoffiziellen "Plenums" in der Kantine des Hauses doch noch Einvernehmen herzustellen.

¹⁶ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (643f.).

¹⁷ Insoweit erging die Entscheidung im Stimmenverhältnis von fünf zu drei Stimmen.

Die Divergenzentscheidung gem. § 16 Abs. 1 BVerfGG

Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz weist dem Plenum, das aus sämtlichen Richterinnen und Richtern der beiden Senate besteht, eine Reihe von Aufgaben zu. So ist das Plenum zuständig für den Erlass der GOBVerfG ([§ 1 Abs. 3 BVerfGG](#)), es hat in bestimmten Fällen das Vorschlagsrecht für die Richterwahl ([§ 7a BVerfGG](#)) und das Recht, von der in [§ 14 Abs. 1-3 BVerfGG](#) festgeschriebenen Zuständigkeit beider Senate bei nicht nur vorübergehender Überlastung eines Senats abzuweichen ([§ 14 Abs. 4 BVerfGG](#)). Insbesondere bestimmt aber [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#), daß in dem Fall, daß ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will, hierüber das Plenum zur Entscheidung berufen ist. Die Entscheidung des Plenums tritt dabei nicht an die Stelle der Senatsentscheidung, sondern stellt lediglich ein "Zwischenverfahren" dar, in dem über die streitige Rechtsfrage, nicht aber über den Verfahrensgegenstand entschieden wird.¹⁸ Ergänzende Verfahrensbestimmungen enthalten die [§§ 48, 49 GOBVerfG](#). Nach [§ 48 Abs. 1 GOBVerfG](#) obliegt die Anrufung des Plenums demjenigen Senat, der in einer Rechtsfrage von der Rechtsauffassung des anderen Senats oder des Plenums abweichen will. Einer Anrufung des Plenums bedarf es gem. [§ 48 Abs. 2 GOBVerfG](#) nicht, wenn der andere Senat auf Anfrage erklärt, daß er an seiner Rechtsauffassung nicht festhalte. Wie die Senate der obersten Bundesgerichte eine Anrufung des jeweils zuständigen Großen Senates bei Divergenzen untereinander tunlichst vermeiden ("horror pleni"), scheuten auch die beiden Senate des BVerfG in der Vergangenheit vor der Anrufung des Plenums zurück: Bisher existieren - soweit ersichtlich - erst drei Entscheidungen des Plenums, die im Verfahren nach [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) ergangen sind.¹⁹

¹⁸ Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl. 1996, § 16 Rn. 6.

¹⁹ BVerfGE 4, 27 (30f.) - Geltendmachung einer Verletzung der Statusrechte politischer Parteien nur im Organstreit; 54, 277 (285ff.) - Verfassungskonforme Auslegung des § 554b ZPO; 95, 322 (327ff.) - Bestimmung der Sitz- oder Spruchgruppen von Berufsrichtern in überbesetzten gerichtlichen Spruchkörpern.

Das Erfordernis der "tragenden" Rechtsauffassung: Zwei unterschiedliche Konzeptionen

Obwohl [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) seinem Wortlaut nach sehr weit gefaßt ist und die Plenarentscheidung bereits dann fordert, wenn ein Senat von der in einer Entscheidung des anderen Senats "enthaltenen" Rechtsauffassung abweichen will, besteht kein Streit darüber, daß nicht jeder rechtliche Dissens den Weg zum Plenum eröffnet. Vielmehr muß die in Rede stehende Abweichung sich auf eine Rechtsauffassung des anderen Senats beziehen, die dessen vorhergehende Entscheidung *getragen* hat.²⁰ Eine Abweichung von Hilfserwägungen bzw. obiter dicta eröffnet den Weg zum Plenum nicht.²¹ Dies entspricht der Auslegung der prozessualen Vorschriften über die Anrufung der jeweiligen Großen Senate (vgl. etwa [§ 132 Abs. 2, 3 GVG](#); [§ 11 Abs. 2, 3 VwGO](#); [§ 45 Abs. 2, 3 ArbGG](#)) durch die obersten Bundesgerichte und die h.M. in der Literatur.²²

Damit erhebt sich die Frage, wann eine Rechtsauffassung für eine Entscheidung tragend in der Weise ist, daß der andere Senat, der von dieser Rechtsauffassung abweichen will, das Plenum anrufen muß. Das Problem, welche Begründungsteile einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung als tragend anzusehen sind, stellte sich in der Vergangenheit vordringlich im Hinblick auf die Regelung des [§ 31 Abs. 1 BVerfGG](#). Nach dieser Vorschrift entfalten die Entscheidungen des BVerfG Bindungswirkung für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie für alle Gerichte und Behörden. Die ständige Rechtsprechung des BVerfG hat von jeher in diese Bindungswirkung nicht nur den Entscheidungsausspruch, sondern auch die ihn tragenden Gründe einbezogen.²³

²⁰ Lechner/Zuck (Fußn. 18), § 16 Rn. 3.

²¹ BVerfGE 77, 84 (104); Niebler, Plenarentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: FS P. Lerche, 1993, S. 801 (803); Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1991, § 20 Rn. 64 m. Fußn. 165.

²² Vgl. nur BVerwG, DVBl. 1992, 1227; BSG, NJW 1985, 2355 (2356); Albers, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 51. Aufl. 1993, § 132 GVG Rn. 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 42. Aufl. 1995, § 132 GVG Rn. 15; Geiger, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Aufl. 1998, § 11 Rn. 2, 3; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Aufl. 1994, § 11 Rn. 4; Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl. 1994, § 11 Rn. 2.

²³ Vgl. nur BVerfGE 19, 377 (392); 20, 56 (87); 24, 289 (297); 40, 88 (93); 79, 256 (264).

Zu der Frage, wann eine Rechtsauffassung als tragend zu bezeichnen ist, hat der Erste Senat hat in seinem hier in Rede stehenden Beschluß folgendes ausgeführt:

"Tragend für eine Entscheidung sind jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne daß das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiere. Nicht tragend sind dagegen bei Gelegenheit einer Entscheidung gemachte Rechtsausführungen, die außerhalb des Begründungszusammenhangs zwischen genereller Rechtsregel und konkreter Entscheidung stehen."²⁴

Diesem zweiten Satz stimmt auch der Zweite Senat zu. Übereinstimmender Ausgangspunkt beider Senate ist damit jedenfalls, daß eine Abweichung von sog. obiter dicta im wörtlichen Sinne, d.h. von "beiläufigen Bemerkungen" des anderen Senats die Vorlagepflicht nicht begründet.²⁵

²⁴ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (644).

²⁵ BVerfG (Zweiter Senat), EuGRZ 1997, 645.

Die Auffassung des Ersten Senats

Nach Auffassung des Ersten Senats ist bei der Beurteilung, ob ein tragender Grund vorliegt, von der niedergelegten Begründung in ihrem objektiven Gehalt auszugehen. Die nach [§ 31 BVerfGG](#) rechtlich bindenden Aussagen müssen demnach auf den auch für Außenstehende erkennbaren Gehalt beschränkt sein. Nach dieser Konzeption kommt es nicht darauf an, ob den Richtern bestimmte Rechtsauffassungen wichtig erscheinen, sondern ob sie erkennbar im Begründungszusammenhang für die Entscheidung des Falles erheblich geworden sind.²⁶ Der Erste Senat vertritt mithin in dieser Frage eine verfahrensgegenstandbezogene, objektiv-rechtliche Auffassung.

²⁶ BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (644).

Die Auffassung des Zweiten Senats

Hingegen legt der Zweite Senat seiner Interpretation des Begriffs der tragenden Gründe eine sehr viel stärker auf den subjektiven Willen des zunächst erkennenden Senats abstellende Konzeption zugrunde. Wann eine Rechtsauffassung entscheidungstragende Bedeutung hat, richtet sich demnach nach der in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Auffassung des Senats, der die Entscheidung getroffen hat; dessen Lösungsweg ist maßgebend. Es ist also nicht zulässig, daß der später mit der Rechtsfrage befaßte andere Senat einen anderen Lösungsweg aufzeigt, bei dem es auf die Rechtsfrage im Ergebnis nicht ankommt. Ein obiter dictum liegt nur dann vor, wenn die Rechtsfrage oder Rechtsauffassung *nach Ansicht des erkennenden Senats* für die Entscheidung unerheblich ist.²⁷ Bemerkenswert ist aber insbesondere, daß der Zweite Senat den Begriff der tragenden Gründe vom ursprünglichen Verfahrensgegenstand zu lösen sucht:

"§ 16 BVerfGG stellt nicht auf die Gleichheit des Verfahrensgegenstandes ab, sondern darauf, ob von einer die frühere Rechtsauffassung tragenden Entscheidung abgewichen werden soll. Es ist nicht selten der Fall, daß eine Rechtsauffassung Konsequenzen für Sachverhalte hat, die nicht Gegenstand des zuerst entschiedenen Verfahrens waren. Eine Abweichung von der Rechtsauffassung liegt auch dann vor, wenn der später entscheidende Senat nicht bereit ist, diese Konsequenzen für eine der bei ihm anhängig gewordenen Sachverhaltsvarianten gelten zu lassen. Auch in einem solchen Fall käme es in Entscheidungen der beiden Senate zu gegensätzlichen Rechtsauffassungen, die die Entscheidung tragen; dies soll aber durch § 16 BVerfGG verhindert werden."²⁸

²⁷ BVerfG (Zweiter Senat), EuGRZ 1997, 645 (Hervorhebung durch Verf.). Vgl. - in einer extremen Ausprägung - bereits BVerfGE 36, 1 (36): Seine Darlegungen zur Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik beschließt der Zweite Senat mit dem bemerkenswerten Satz: "Alle Ausführungen der Urteilsbegründung, auch die, die sich nicht ausschließlich auf den Inhalt des Vertrages selbst beziehen, sind nötig, also im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Teil der die Entscheidung tragenden Gründe." Hierzu zu Recht krit. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1994, Rn. 452.

²⁸ BVerfG (Zweiter Senat), EuGRZ 1997, 645.

Stellungnahme

Bei näherer Betrachtung entstehen Bedenken gegen die Richtigkeit der Auffassung des Zweiten Senats, nach der maßgeblich auf den subjektiven Willen des zunächst erkennenden Senats abzustellen ist.

Dabei sind folgende Aspekte maßgebend:

[Der Grundsatz der Selbständigkeit beider Senate,](#)

[ein Vergleich mit den übrigen Prozeßordnungen](#)

und insbesondere

[das Recht auf den gesetzlichen Richter.](#)

Die Rechtsauffassung des Zweiten Senats als richtig unterstellt, ergäbe sich im Hinblick auf die Verpflichtung zur Anrufung des Plenums das folgende Bild: Beabsichtigte ein erkennender Senat, in einer Entscheidung von der in einer früheren Entscheidung des anderen Senats geäußerten Rechtsmeinung abzuweichen, so hätte er nicht nur, wie es [§ 48 Abs. 2 GOBVerfG](#) vorsieht,²⁹ den anderen Senat dazu zu befragen, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält. Er hätte zuvor noch die Auskunft des anderen Senats einzuholen, ob dieser seine Rechtsmeinung als für die frühere Entscheidung tragend ansehe und ob er (im Falle, daß er an seiner Rechtsmeinung festhalte) der Auffassung sei, daß seine damaligen Erwägungen auch in der vom erkennenden Senat zu entscheidenden Fallkonstellation Anwendung finden müßten. Beide Auskünfte des anderen Senats, sowohl die Auskunft darüber, daß er seine geäußerte Rechtsmeinung als tragend ansehe, wie auch die Auskunft darüber, ob diese tragenden Erwägungen auch für die nunmehr zu entscheidende Fallkonstellation gelten sollten, hätte der erkennende Senat als für seine weitere Entscheidung verbindliche Grundlage anzusehen oder aber bei insoweit abweichender Beurteilung die Entscheidung des Plenums einzuholen.³⁰ Sollte das Plenum - für den erkennenden Senat bindend - zu der Auffassung gelangen, die von dem anderen Senat aufgestellte Rechtsauffassung sei für die seinerzeitige Entscheidung tragend gewesen und entfalte Geltung auch für die vorliegende Fallkonstellation, so hätte der erkennende Senat nunmehr - in einem weiteren Schritt - darüber zu befinden, ob er von diesen tragenden Gründen abweichen will und müßte ggf. abermals das Plenum anrufen, um über die Divergenz endgültig entscheiden zu lassen. Es liegt auf der Hand, daß eine derart weite Auslegung des [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#), die im Ergebnis (abgesehen von den Verzögerungen) zu einem weitgehenden "Hineinregieren" des Plenums (und des jeweils anderen Senats) in die Senatsentscheidungen führen müßte, mit dem Grundsatz, daß beide Senate innerhalb ihrer Zuständigkeiten selbständig und gleichgeordnet nebeneinanderstehen, und jeder Senat für sich "Das Bundesverfassungsgericht" bildet,³¹ schlechterdings kaum noch zu vereinbaren wäre.

²⁹ Vgl. etwa auch §§ 132 Abs. 3 S. 1 GVG, 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG, 11 Abs. 3 S. 1 VwGO.

³⁰ So jedenfalls - was eine Divergenz der Senate über die Beurteilung der Gründe als tragend betrifft - BVerfG (Zweiter Senat), EuGRZ 1997, 645 in Ziff. 2 des Beschlußtenors. Insoweit erscheint der Beschluß allerdings wenig konsequent und wird durch die Begründung, der die Entscheidung darüber eindeutig dem Senat zugewiesen hat, der die fragliche Rechtsauffassung in der früheren Entscheidung vertreten hat, nicht gedeckt. Man tritt dem Zweiten Senat wohl nicht zu nahe, wenn man mutmaßt, daß er dem Ersten Senat mit Ziff. 2 des Beschlußtenors eine Art "goldene Brücke" bauen wollte.

³¹ Vgl. nur Schlaich (Fußn. 27), Rn. 38 m.w.Nachw.

[§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) zwingt - trotz relativ weitgehenden Wortlauts und auch in Ansehung des Zwecks der Vorschrift, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung beider Senate zu sichern³² - keineswegs zu einer derartigen Interpretation. Vielmehr ergibt ein Vergleich dieser Bestimmung mit den Regelungen der Prozeßordnungen über die Anrufung der Großen Senate im Gegenteil, daß die Anrufung des Plenums des BVerfG nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sein soll als die Anrufung der Großen Senate in der Fachgerichtsbarkeit. Während nämlich z.B. nach [§ 132 Abs. 4 GVG](#), [§ 45 Abs. 4 ArbGG](#) oder [§ 11 Abs. 4 VwGO](#) der erkennende Senat auch eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen kann, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist,³³ sieht das Bundesverfassungsgerichtsgesetz eine solche Möglichkeit gerade nicht vor. Selbst dann, wenn der "bei Gelegenheit" einer Entscheidung geäußerten (sie also nicht tragenden) Rechtsauffassung, von der der andere Senat abweichen will, grundlegende Bedeutung zukommt, muß über diese Abweichung nicht vom Plenum entschieden werden, vielmehr verbleibt die Befugnis, über eine derartige Rechtsauffassung abweichend zu entscheiden, beim erkennenden Senat. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, daß das Gesetz in diesem Punkt eine "planwidrige Lücke" enthält. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Entscheidung auch und gerade von Rechtsfragen grundsätzlicher Natur (sie werden jedenfalls bei Senatsentscheidungen regelmäßig grundsätzlicher Natur sein) dem jeweiligen Senat überantworten und den Schwerpunkt der Entscheidungsmacht gerade nicht auf das Plenum verlagern wollte.³⁴ Das Fehlen einer Regelung über die Anrufung des Plenums wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache im Bundesverfassungsgerichtsgesetz kann deshalb auch nicht durch eine extensive Auslegung des Begriffs der tragenden Gründe, wie sie der Zweite Senat vorgenommen hat, "kompensiert" werden.

³² Lechner/Zuck (Fußn. 18), § 16 Rn. 3.

³³ Zu den Vorlagevoraussetzungen im einzelnen vgl. BGH (GrS), NJW 1986, 1764 (1765).

³⁴ Lechner/Zuck (Fußn. 18), § 16 Rn. 5.

Die dargelegte Auffassung des Zweiten Senates gerät aber insbesondere in Konflikt mit dem durch [Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG](#) garantierten Recht auf den gesetzlichen Richter. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gilt für alle gerichtlichen Verfahren, einschließlich der Prozesse vor den Verfassungsgerichten,³⁵ mithin auch für Verfahren vor dem BVerfG selbst.³⁶ Er besagt, daß über ein anhängiges Verfahren nur die durch Gesetz und Geschäftsordnung, ggf. auch Geschäftsverteilungspläne zuvor abstrakt generell bestimmten Richter zur Entscheidung berufen sind.³⁷ Die Vorschrift will insbesondere verhindern, daß ein dazu nicht gesetzlich berufener Richter oder ein sonstiges Staatsorgan die Sache an sich zieht oder annimmt.³⁸ Vom Gesetzgeber verlangt die Vorschrift, daß er Vorschriften erläßt, die die Bestimmung des im Einzelfall zuständigen Richters "möglichst eindeutig" zulassen.³⁹ Von den Gerichten verlangt die Vorschrift die genaue Beachtung der vorgeschriebenen Zuständigkeitsordnung. Das BVerfG hat bereits frühzeitig entschieden, daß eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter auch in der willkürlichen Bejahung oder Verneinung seiner Zuständigkeit durch ein Gericht selbst liegen kann.⁴⁰

Das Recht auf den gesetzlichen Richter beinhaltet, daß innerhalb der vorgeschriebenen Zuständigkeitsordnung einzig das hierzu berufene Gericht die für die Entscheidung eines Falles maßgeblichen Tatsachenfeststellungen trifft (sofern es sich um eine Tatsacheninstanz handelt) und den festgestellten Sachverhalt anhand der gesetzlichen Bestimmungen umfassend rechtlich würdigt. Zu der vorgeschriebenen Zuständigkeitsordnung zählen dabei auch die Vorschriften über die Pflicht zur Vorlage der Sache an eine höhere Instanz (z.B. der Oberlandesgerichte an den BGH zur Klärung einer divergierenden Rechtsprechung, [§ 121 Abs. 2 GVG](#); der Gerichte an das BVerfG, [Art. 100 Abs. 1 GG](#), oder an den EuGH, [Art. 177 Abs. 2, 3 EGV](#)). Auch die Nichtvorlage einer bei einem obersten Bundesgericht anhängigen Sache an den Großen Senat trotz Vorliegens der Voraussetzungen kann einen Verstoß gegen [Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG](#) darstellen.⁴¹ Umgekehrt kann aber auch die Vorlage einer Sache an den Großen Senat bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen.⁴² Denn auch in diesem Fall entscheidet ein hierzu nicht gesetzlich vorgesehenes Gericht mit bindender Wirkung über Rechtsfragen, deren Entscheidung nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, und damit auch gem. [Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG](#), alleine dem hierfür vorgesehenen Gericht obliegen hätte. Diese Grundsätze lassen sich auf die Anrufung des Plenums nach [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) ohne weiteres übertragen.

Obliegt es dem Gesetzgeber, wie gesehen, die Zuständigkeit der Gerichte "möglichst eindeutig" zu bestimmen, so korrespondiert damit die Pflicht der Gerichte, die gesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen "möglichst eindeutig" - und das bedeutet tendenziell: eng - auszulegen. Die Anrufung des Plenums nach [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) kann demgemäß gegenüber der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung nur eine - wenn auch aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung notwendige⁴³ - eng umgrenzte Ausnahme darstellen. Die

³⁵ BVerfGE 82, 286 (296).

³⁶ Zutreffend BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (643).

³⁷ Vgl. zuletzt BVerfGE 95, 322 (327ff.); Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 1996, Art. 101 Rn. 5ff.

³⁸ Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 101 Rn. 21.

³⁹ St. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 6, 45 (50f.); 17, 294 (298f. [Ls. 2]); 18, 65 (69f.); 19, 52 (59f.); 20, 336 (344); 22, 254 (258); 27, 18 (34); 30, 149 (152f.); 40, 268 (271); 40, 356 (360f.); 48, 256 (263); 63, 77 (79). Zum Streit darüber, welche Anforderungen an das Begriffsmerkmal "möglichst eindeutig" zu stellen sind etwa Kunig (Fußn. 38), Art. 101 Rn. 23ff. m.w.Nachw.

⁴⁰ BVerfGE 3, 359 (364); seitdem st. Rspr.

⁴¹ BVerfGE 13, 132 (143); 18, 441 (447); 19, 38 (43); 23, 288 (319); 29, 198 (207); 31, 145 (171f.); 42, 237 (241); 64, 1 (12f.); 76, 93 (96); 87, 282 (285).

⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfGE 6, 222 (230ff.).

⁴³ Lechner/Zuck (Fußn. 18), § 16 Rn. 3.

Auslegung des [§ 16 Abs. 1 BVerfGG](#) durch den Zweiten Senat wird diesem Postulat in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Sie nimmt dem zuständigen Senat die Prüfung einer für die Entscheidung wesentlichen Rechtsfrage aus der Hand, nämlich der, ob die Vorlagevoraussetzungen an das Plenum - das Abweichen von tragenden Gründen einer Entscheidung des anderen Senats - vorliegen. Dabei soll der Senat sogar an den Lösungsweg des früheren Senats gebunden werden. Schließlich soll der erkennende Senat aber auch nicht mehr selbst befugt sein, darüber zu befinden, ob die tragenden Gründe einer früheren Entscheidung des anderen Senats auf eine (nunmehr zu entscheidende) anders gelagerte Sachverhaltskonstellation zu übertragen sind. Dem erkennenden Senat würde hierdurch die Kompetenz zur verfassungsrechtlichen Würdigung eines ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalts in wesentlichen Punkten entzogen. Die Auffassung des Zweiten Senats legt m.a.W. wesentliche Elemente der Fallentscheidung faktisch in die Hände des nach der vorgegebenen Zuständigkeitsordnung nicht zur Entscheidung berufenen anderen Senats, der in dieser Sache gerade nicht gesetzlicher Richter i.S.v. [Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG](#) ist. Deshalb kann sie nicht zutreffen.

Aus alledem ergibt sich, daß sich der Erste Senat zu Recht die alleinige Kompetenz zur Entscheidung der Frage vorbehalten hat, ob seine Beurteilung der "Kind als Schaden"-Fälle von einer das zweite § 218-Urteil des Zweiten Senats tragenden Rechtsauffassung abweicht. Daß er hierbei zu dem Ergebnis gekommen ist, daß einerseits bereits eine Abweichung zweifelhaft ist, weil die zu entscheidenden Sachverhalte unterschiedlich waren, daß aber jedenfalls die Gründe des Zweiten Senats, von denen ggf. abgewichen werden sollte, für die seinerzeitige Entscheidung nicht tragend waren, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Bereits in dem der seinerzeitigen Entscheidung beigegebenen Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer waren die diesbezüglichen Ausführungen der Senatsmehrheit als durch den Verfahrensgegenstand nicht veranlaßtes obiter dictum bezeichnet worden.⁴⁴ Der Auffassung, daß es sich bei den Ausführungen der Senatsmehrheit zu dieser Frage nicht um tragende Gründe handelt, haben sich der BGH⁴⁵ und die ganz überwiegende Meinung des Schrifttums angeschlossen.⁴⁶ Angesichts dessen kann die Nichtanrufung des Plenums jedenfalls nicht als offensichtlich fehlsam bzw. als "willkürlich" angesehen werden.⁴⁷

Fazit

Dem Bundesverfassungsgericht geht es wie dem Gesetzgeber, wie jedem Schriftsteller: Ist ein Gesetz, ist ein Buch oder Aufsatz, ist ein Urteil in der Welt, ist es der Rezeption und Interpretation durch andere ausgeliefert. Es ist durchaus keine Seltenheit, daß bei diesem Vorgang Ergebnisse herauskommen, die von den Autoren in keiner Weise beabsichtigt waren. Damit müssen sie leben; ihre Korrekturmöglichkeiten sind begrenzt. Denn unabhängig von den dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Auffassung des Zweiten Senats in dieser Frage, gilt auch für das Bundesverfassungsgericht das geflügelte Wort: Ein Autor, der sich selbst interpretiert, geht unter sein Niveau.

⁴⁴ Abw. Meinung zu BVerfGE 88, 203, BVerfGE 88, 338 (358).

⁴⁵ BGH, NJW 1994, 788 (790).

⁴⁶ Vgl. die umfangr. Nachw. in BVerfG (Erster Senat), EuGRZ 1997, 635 (644).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 42, 237 (242).