

Stellungnahmen der Äußerungsberechtigten (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 77, § 94) oder Dritter einholen und sich mit Ersuchen an die in § 82 Abs. 4 genannten Gerichte (oberste Gerichtshöfe des Bundes und oberste Landesgerichte) wenden (§ 41 GO-BVerfG).

Die Rolle des Berichterstatters sollte **weder über- noch unterschätzt** werden.⁵⁷ Einerseits kann er das Verfahren durch die Art und Weise der Aufbereitung des Sach- und Streitstoffes prägen. Und im Kammerverfahren wird dem Berichterstatter de facto eine Entscheidungsprärogative zugestanden (siehe Rn. 10). Andererseits kommt es – insbesondere in Senatsverfahren – durchaus vor, dass die Entscheidung in der Begründung, aber auch im Ergebnis von dem (ursprünglichen) Vorschlag des Berichterstatters abweicht, der dann ggf. ein Sondervotum veröffentlicht.⁵⁸

§ 16 [Plenarentscheidung bei Rechtsprechungsdivergenz]

(1) Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so entscheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungsgerichts.

(2) Es ist beschlußfähig, wenn von jedem Senat zwei Dritteln seiner Richter anwesend sind.

Zu § 16 enthält die **Geschäftsordnung des BVerfG** folgende Bestimmungen:

§ 47 GO-BVerfG

(1) Der Senat, der in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats oder des Plenums enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will, ruft das Plenum durch Senatsbeschluss an.

(2) Die Anrufung des Plenums entfällt, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden will, auf Anfrage erklärt, dass er an seiner Rechtsauffassung nicht festhalte.

§ 48 GO-BVerfG

(1) Zur Vorbereitung der Entscheidung des Plenums benennen die Vorsitzenden der Senate jeweils ein berichterstattendes Mitglied. Diese legen spätestens zehn Tage vor der Plenarsitzung ein Votum vor.

(2) Der Beschluss des Plenums ist zu begründen. Er ist ebenso wie Entscheidungen der Senate zu behandeln.

57 Siehe auch *Wieland*, in: FS Mahrenholz, S. 885 (888 ff.); zur diesbezüglichen Einschätzung der Verfassungsrichter *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 91, 133 ff.; *ders.*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 30 (2009), 135 ff.

58 Beispiele für diese Konstellation: BVerfGE 118, 1 ff. (Kappungsgrenze für Gegenstandswertfestsetzung im RVG) mit Sondervotum *Gaier*, ebenda, 29 ff.; BVerfGE 120, 224 ff. (Strafbarkeit des Geschwisterinzelst) mit Sondervotum *Hassemer*, ebenda, 255 ff.; BVerfGE 129, 300 ff. (Sperrklausel bei Europawahl) mit Sondervotum *Mellinghoff* (und *Di Fabio*), ebenda, 346 ff.

Burkiczak

Übersicht	
Rn	Rn
A. Allgemeines	
I. Bedeutung der Norm	1
II. Entstehungsgeschichtliche Hinweise	1
III. Anwendungsfälle	5
1. BVerfGE 4, 27 ff. (Antragsberechtigung von Parteien im Organstreitverfahren)	8
2. BVerfGE 54, 277 ff. (Verfassungskonforme Auslegung des § 554b ZPO a.F.)	8
3. BVerfGE 95, 322 ff. (Anforderung an die Bestimmung der Sitz- oder Spruchgruppen von Berufsrichtern in überbesetzten gerichtlichen Spruchkörpern)	10
4. BVerfGE 107, 395 ff. (Selbstkontrolle der Fachgerichte hinsichtlich des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs)	14
	16
B. Kommentierung im Einzelnen	24
I. Divergenzlage	24
1. Abweichung von Rechtsauffassung	25
2. Tragende Charakter der Rechtsauffassung	34
3. Kompetenz zur Entscheidung hinsichtlich des Tragensmerkmals	36
II. Anrufung des Plenums und Rücknahme der Anrufung	38
III. Verfahren im Plenum	42
IV. Entscheidung des Plenums und Fortsetzung des Ausgangsverfahrens	45

Schrifttum: *E. Benda*, Streit als Schaden, NJW 1998, 3330f.; *H. M. Heinig*, Kurswechsel in der Kopftuchfrage: nachvollziehbar, aber mit negativen Folgewirkungen, VerfBlog 2015/3/13; *ders.*, Von tragenden Gründen und abstrakter Gefahr, VerfBlog 2015/3/31; *M. Hong*, Sicher, es geht um Verfassungsrecht: zu obiter dicta und „stare decisis“, VerfBlog 2015/3/29; *ders.*, Two Tales of Two Courts: zum Kopftuch-Beschluss und dem „horror pleni“, VerfBlog 2015/3/27; *Chr. Möllers*, Geht es nicht um Verfassungsrecht?, VerfBlog 2015/3/27; *ders.*, A Tale of two Courts, VerfBlog 2015/3/14; *E. Niebler*, Plenarentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 16 BVerfGG, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungsliebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 801 ff.; *B. Sangmeister*, „Der Krieg der Richter“ – BVerfG, NJW 1998, 519, JuS 1999, 21 ff.; *A. Sattler*, Die Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§§ 14, 16 BVerfGG), in: *Starck* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz und Grundgesetz, Festschrift aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, Bd. I, 1976, S. 104 ff.

A. Allgemeines

I. Bedeutung der Norm

- 1 § 16 Abs. 1 ordnet die Zuständigkeit des Plenums des BVerfG, dem alle Mitglieder des Ersten und Zweiten Senats angehören, für den Fall an, dass ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will. § 16 Abs. 2 regelt für diesen Fall die Frage der Beschlussfähigkeit des Plenums. § 16 ähnelt damit den Vorschriften der fachgerichtlichen Verfahrensordnungen, die für die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei den einzelnen obersten Gerichtshöfen des Bundes die Errichtung von Großen Senaten und zusätz-

lich beim Bundesgerichtshof eines Vereinigten Großen Senats¹ (§ 45 ArbGG; § 11 FGO; § 132 GVG; § 41 SGG; § 11 VwGO) vorsehen. Die Errichtung eines Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes wird unmittelbar durch Art. 95 Abs. 3 GG angeordnet.²

§ 16 Abs. 1 **bezoagt** „die Sicherung einer einheitlichen Rechtsauffassung in allen nach außen gerichteten Bekundungen des Gerichts“.³ Das BVerfG hat in einer frühen Entscheidung davon gesprochen, dass das Gesetz das Plenum als „die höchste Autorität des Bundesverfassungsgerichts“ vorsehe.⁴ Das Plenum ist genauso wie die beiden Senate jeweils „das Bundesverfassungsgericht“,⁴ aber keine Rechtsmittelinstanz oberhalb der beiden Senate.⁵

Zu Plenumsverfahren nach § 16 Abs. 1 kam es bislang fünf Mal. Diese geringe Fallzahl wird gerne mit dem „**horror pleni**“⁶ begründet, der dazu führt, dass Abweichungen von der Rechtsprechung des anderen Senats möglichst vermieden, hilfsweise kaschiert und nötigenfalls negiert würden.⁷

Von dem Plenumsverfahren nach § 16 **zu unterscheiden** ist das Verfahren im Plenum nach § 105 (§§ 49 bis 54 GO-BVerfG) über die **Versetzung** eines Bundesverfassungsrichters in den Ruhestand oder über die **Entlassung** von Bundesverfassungsrichtern, die Zuständigkeit des Plenums nach § 7a Abs. 2, Vorschläge für die Wahl von Verfassungsrichtern zu machen, die Zuständigkeit für den Beschluss einer Geschäftsordnung (§ 1 Abs. 3), für die Regelung der Zuständigkeiten der Senate nach § 14 Abs. 4 sowie die Zuständigkeit des Plenums für Verwaltungsangelegenheiten (Verwaltungsplenum), die in §§ 1 bis 3 GO-BVerfG näher geregelt ist. Die anfangs bestehende Regelung, nach der das Plenum des BVerfG **Rechtsgutachten** erstattet (§ 97 a.F), ist mit Wirkung zum 25.7.1956 abgeschafft worden (siehe noch Rn. 7).⁸

1 § 132 Abs. 1 Satz 2 GVG spricht von den „Vereinigten Großen Senaten“. Gleichwohl handelt es sich um einen einzigen einheitlichen Spruchkörper (Kissel/Mayer, GVG, § 132 Rn. 11).

2 Die Anordnung wurde umgesetzt durch das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 19.6.1968 (BGBl. I S. 661); zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 5.12.2012 (BGBl. I S. 2418).

3 BVerfGE 2, 79 (90).

4 BVerfGE 2, 79 (95).

5 BVerfGE 1, 89 (91); vgl. auch BVerfGE 7, 17 (18).

6 *Eschelbach*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 16 Rn. 5; *E. Klein*, AÖR 108 (1983), 560 (615); *Niebler*, in: FS Lerche, S. 801 (813); *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 16 Rn. 5 (März 1998).

7 Kritisch etwa *O. Klein*, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 170; *ders.*, in: FS *E. Klein*, S. 425 (435); *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. III, Art. 94 Rn. 21, der davon spricht, dass die Senate versuchen, die Vorlagepflicht zu umgehen; Zusammenstellung von Umgehungsfällen etwa bei *Sattler*, in: FG 25 Jahre BVerfG, Bd. I, S. 104 (139f.); *E. Klein*, AÖR 108 (1983), 560 (615); gegen den Vorwurf hingegen *Hörmig*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 16 Rn. 25 (Februar 2014); *Niebler*, in: FS Lerche, S. 801 (811 ff.); siehe auch unten Rn. 22f. und Fn. 60.

8 Gesetz v. 21.7.1956, BGBl. I S. 662.

II. Entstehungsgeschichtliche Hinweise

- 5 § 16 Abs. 1 ist seit Inkrafttreten des BVerfGG am 17.4.1951 unverändert. § 16 Abs. 2 enthielt zunächst die Bestimmung, dass das Plenum beschlussfähig ist, wenn von jedem Senat neun Richter anwesend sind. Diese Regelung wurde mit Wirkung zum 25.7.1956 durch die heutige Fassung ersetzt, weil zeitgleich die Größe jedes Senats von zwölf auf acht Richter reduziert wurde.⁹
- 6 Ursprünglich enthielt § 16 auch noch einen dritten und vierten Absatz. § 16 Abs. 3 regelte bis zum 24.7.1956, dass das Plenum auch entscheidet, welcher Senat für ein anhängig werdendes Verfahren zuständig ist, wenn nach den gestellten Anträgen sowohl der Erste als auch der Zweite Senat zuständig oder wenn die Zuständigkeit sonst zweifelhaft ist. Seit dem 25.7.1956 ist für derartige Entscheidungen der sog. **Sechser-Ausschuss** gemäß § 14 Abs. 5 zuständig.¹⁰ § 16 Abs. 4 a.F. schließlich ordnete die entsprechende Geltung des § 15 Abs. 2 Satz 4 a.F. (jetzt § 15 Abs. 4 Satz 3) an, wurde aber ebenfalls mit Wirkung zum 25.7.1956 gestrichen,⁹ weil der Gesetzgeber davon ausging, dass die Norm ohnehin auch für das Plenum gälte;¹¹ § 15 Abs. 4 Satz 3 gilt auch ohne ausdrückliche Verweisung immer noch entsprechend (siehe Rn. 45).
- 7 Ursprünglich begründete § 97 Abs. 3 a.F. eine Zuständigkeit des Plenums für die Erstattung von **Rechtsgutachten** über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage, um die zum einen der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung in einem gemeinsamen Antrag (§ 97 Abs. 1 a.F.) und zum anderen der Bundespräsident (§ 97 Abs. 2 a.F.) ersuchen konnten. Das Plenum des BVerfG erstattete zwei derartige Gutachten,¹² bevor § 97 a.F. mit Wirkung zum 25.7.1956 gestrichen wurde.¹³

III. Anwendungsfälle

1. **BVerfGE 4, 27 ff. (Antragsberechtigung von Parteien im Organstreitverfahren).**
- 8 Anlass für den **ersten Plenumsbeschluss** war ein beim Zweiten Senat anhängiges Organstreitverfahren zwischen dem Südschleswigschen Wählerverband als Antragssteller und der Landesregierung sowie dem Landtag von Schleswig-Holstein als Antragsgegner. Der Zweite Senat vertrat die Auffassung, dass politische Parteien die Verletzung ihrer Rechte durch die Gestaltung des Wahlverfahrens im Wege des Organstreitverfahrens geltend machen können, während der Erste Senat zuvor den politischen Parteien zur Verfolgung dieser Rechte den Weg der Verfassungsbeschwerde eröffnet hatte.¹⁴ Da der Zweite Senat der Ansicht war, dass nur einer der beiden Rechtsbehelfe zulässig sein könne, rief er das Plenum an.
- 9 Das Plenum hielt die Anrufung für zulässig. Die Zuständigkeit des Plenums sei nicht nur dann gegeben, wenn in Entscheidungen der beiden Senate gegensätzliche Rechts-

9 Gesetz v. 21.7.1956, BGBl. I S. 662.

10 Gesetz v. 21.7.1956, BGBl. I S. 662; dazu *Burkiczak*, § 14 Rn. 32 ff.

11 Begründung des Gesetzentwurfes auf BT-Drucks. II/1662, S. 14.

12 BVerfGE 1, 76 ff.; 3, 407 ff.; im dritten Fall war das Gutachten durch Rücknahme des Antrages des Bundespräsidenten „hinfällig geworden“: BVerfGE 2, 79 (98).

13 Gesetz v. 21.7.1956, BGBl. I S. 662; zum Hintergrund *Eschelbach*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 16 Rn. 3. Für die Wiedereinführung eines Gutachtenverfahrens für völkerrechtliche Verträge plädiert *F. Burmeister*, Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Verträgen, 1998.

14 BVerfGE 3, 19 (22 f.); 3, 383 (390 ff.).

auffassungen, die die Entscheidung tragen, ausdrücklich ausgesprochen würden, sondern nach dem Zweck des § 16 auch dann, wenn die Rechtsauffassung, die der Entscheidung eines Senats unausgesprochen zugrunde liege, nach ihrem Sinne und Inhalt, „zu Ende gedacht“, mit einer von dem anderen Senat vertretenen Auffassung nicht vereinbar sei.¹⁵ In der Sache entschied das Plenum im Sinne des Zweiten Senats, dass politische Parteien die Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status¹⁶ durch die rechtliche Gestaltung des Wahlverfahrens vor dem BVerfG nur im Wege des Organstreitverfahrens geltend machen können.¹⁷ Entsprechend erachtete der Zweite Senat den Antrag des Südschleswigschen Wählerverbandes anschließend für zulässig.¹⁸

2. BVerfGE 54, 277 ff. (Verfassungskonforme Auslegung des § 554b ZPO a.E.). Das zweite Plenumsverfahren betraf die Frage der Auslegung des § 554b Abs. 1 ZPO in der mit Wirkung zum 15.9.1975 in Kraft getretenen Fassung.¹⁹ Danach konnte das Revisionsgericht die Annahme der Revision in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert der Beschwer vierzigtausend Deutsche Mark übersteigt, ablehnen, wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.

Der Zweite Senat hatte wiederholt entschieden, dass § 554b Abs. 1 ZPO mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz nur zu vereinbaren sei, wenn die Vorschrift so ausgelegt werde, dass die Annahme von Revisionen in nichtgrundsätzlichen Rechtssachen, bei denen der Wert der Beschwer vierzigtausend Deutsche Mark übersteigt, nicht abgelehnt werden dürfe, wenn eine Überprüfung im Annahmeverfahren ergebe, dass das Rechtsmittel im Endergebnis Erfolg verspreche.²⁰ Der Zweite Senat hatte eine Prüfung der Erfolgsaussichten lediglich darauf, ob ein schwerwiegender Verfahrensfehler vorliege oder ob die vom Berufungsgericht gezogenen rechtlichen Folgerungen im Ergebnis mindestens vertretbar gewesen seien, für verfassungswidrig erachtet.²¹

Der Erste Senat rief, nachdem der Zweite Senat mitgeteilt hatte, an seiner Auffassung festhalten zu wollen, das Plenum an,²² weil er in zwei Punkten von der Rechtsauffassung des Zweiten Senats abweichen wollte: Es sei verfassungsrechtlich nicht geboten, die gesetzlich vorgesehene Befugnis des Revisionsgerichts, die Annahme von Revisionen ohne grundsätzliche Bedeutung abzulehnen, auf Sachen zu beschränken, die im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg haben. Verfassungsrechtlich sei eine Nichtannahme derartiger Revisionen beispielsweise auch dann statthaft, wenn das Revisionsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass schwerwiegende Verfahrensfehler nicht vorliegen und dass die vom Berufungsgericht gezogenen rechtlichen Folgerungen im Ergebnis mindestens vertretbar gewesen sind. Falls gleichwohl eine Einschränkung der Ablehnungsbefugnis des Revisionsgerichts in dem vom Zweiten Senat genannten Sinn verfassungsrechtlich geboten sein sollte, könne diesem Gebot nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 554b Abs. 1 ZPO, sondern nur durch eine (Teil-)Nichtigerklärung dieser Vorschrift Rechnung getragen werden.

15 BVerfGE 4, 27 (28).

16 BVerfGE 4, 27 ff.

17 BVerfGE 4, 31 (35 f.).

18 Gesetz v. 8.7.1975, BGBl. I S. 1863.

19 BVerfGE 49, 148 (156 ff.); 50, 115 (121 ff.).

20 BVerfGE 50, 115 (122).

21 BVerfG, DRiZ 1979, 124.

- 13 Das **Plenum** entschied, dass § 554b Abs. 1 ZPO von Verfassungs wegen nicht dahin ausgelegt werden dürfe, dass die Annahme von Revisionen, die nach der in diesem Stadium gebotenen Prüfung im Endergebnis Aussicht auf Erfolg besitzen, abgelehnt werden dürfe.²² Die Auslegung durch das BVerfG, die zu diesem Ergebnis führe, überschreite nicht die Grenzen verfassungskonformer Auslegung.²³ Die beim Ersten Senat anhängige Verfassungsbeschwerde, die Anlass für die Anrufung des Plenums war, hatte anschließend Erfolg.²⁴
- 14 **3. BVerfGE 95, 322 ff. (Anforderung an die Bestimmung der Sitz- oder Spruchgruppen von Berufsrichtern in überbesetzten gerichtlichen Spruchkörpern).** Das **dritte Plenumsverfahren** betraf die Anforderungen, die das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) an die Bestimmung der Sitz- oder Spruchgruppen von Berufsrichtern innerhalb eines überbesetzten gerichtlichen Spruchkörpers stellt. Der **Zweite Senat** hatte 1965 und 1985 entschieden, dass es verfassungsrechtlich unbedenklich sei, wenn der Vorsitzende eines überbesetzten Spruchkörpers die richterlichen Mitglieder nach seinem Ermessen und nicht nach einem vorher festgelegten Plan zur gerichtlichen Verhandlung heranziehe.²⁵ Hiervon wollte der **Erste Senat** abweichen und rief, nachdem der Zweite Senat mitgeteilt hatte, an seiner Auffassung festhalten zu wollen, das Plenum an.²⁶
- 15 Das **Plenum** entschied im Sinne des Ersten Senats, dass es wegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich geboten sei, für mit Berufsrichtern überbesetzten Spruchkörpern eines Gerichts im Voraus nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen, welche Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken haben.²⁷ Da das Plenum für eine knapp dreimonatige Übergangszeit die bisherigen Mitwirkungsregeln in überbesetzten Spruchkörpern hinnahm, blieb die Verfassungsbeschwerde, die für den Ersten Senat Anlass für die Anrufung des Plenums war, ohne Erfolg.²⁸
- 16 **4. BVerfGE 107, 395 ff. (Selbstkontrolle der Fachgerichte hinsichtlich des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs).** Das **vierte Plenumsverfahren** betraf die fachgerichtliche Selbstkontrolle hinsichtlich des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG. Der **Erste Senat** vertrat in einem bei ihm anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren die Auffassung, dass es den im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten verankerten Justizgewährungsanspruch verletze, dass es keine gesetzliche Rechtsschutzmöglichkeit gebe, sich vor den Fachgerichten gegen die Verletzung des Gehörsanspruchs durch diese zu wenden. Damit wollte der Senat von der bisherigen Rechtsprechung beider Senate, wonach das Grundgesetz keinen Rechtsschutz gegen den Richter gewährleiste,²⁹ mit Blick auf das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG abweichen und rief, nachdem der Zweite Senat mitgeteilt hatte, an seiner Auffassung festhalten zu wollen, das Plenum an.³⁰

22 BVerfGE 54, 277 (285 ff.).

23 BVerfGE 54, 277 (285, 297 ff.).

24 BVerfGE 55, 205 f.

25 BVerfGE 18, 344 (351 f.); 69, 112 (120 f.).

26 BVerfG, Beschl. v. 10.8.1995, 1 BvR 1644/94, NJW 1995, 2703 ff.

27 BVerfGE 95, 322 (327 ff.).

28 BVerfGE 97, 1 (10 f.).

29 BVerfGE 11, 263 (265); 42, 243 (248); 49, 329 (340 f.); 65, 76 (90); 76, 93 (98).

30 BVerfGE 104, 357.