

---

Professor Dr. Volker Rieble und Stephan Vielmeier, München\*

## Riskante Anhörungsrüge

Die Anhörungsrügelast erschwert den Zugang zum BVerfG. Das Problem daran: Ihre Anforderungen sind unklar. Derjenige, der (auch) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen will, kann nach Lektüre der einschlägigen Vorschriften und der Judikatur nicht sicher wissen, ob er nun eine Anhörungsrüge erheben soll oder gleich Verfassungsbeschwerde. So macht er am besten beides, was zur Verdreifachung der Beschwerdelast führt: erste Verfassungsbeschwerde gegen die Hauptsacheentscheidung und zugleich Anhörungsrüge und sodann Verfassungsbeschwerde gegen den die Rüge zurückweisenden oder verwerfenden Beschluß. Ist zudem der Fristbeginn für die Rüge unklar, kommt eine Doppelung der Anhörungsrüge hinzu. Das ist unbefriedigend und rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

### I. Anhörungsrüge

#### 1. Entlastung des BVerfG

Mit Plenarbeschluß vom 30. 4. 2003 forderte das *BVerfG* den Vorrang fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Gehörsverletzungen ein – zur eigenen Arbeitsentlastung und ohne klare normative Grundlage.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber pflanzte zum 1. 1. 2005 die Anhörungsrüge als Sonderrechtsbehelf in alle Verfahrensordnungen ein.<sup>2</sup> Vorbild war der mit der ZPO-Reform zum 1. 1. 2002 eingeführte § 321a ZPO a.F., der für berufungsunfähige Urteile die richterliche Selbstkorrektur

<sup>1</sup> Plenum des Bundesverfassungsgerichts v. 30. 4. 2003 – 1 PBvU<sup>1</sup>/02 = *BVerfGE* 107, 395 = *NJW* 2003, 1924. Dazu *Vofskuhle* *NJW* 2003, 2193, 2196: „nur schwer nachvollziehbar“. Zur Bindung auch des *BVerfG* an das Gesetz *Rieble* *NJW* 2011, 819.

<sup>2</sup> § 321a ZPO, §§ 33a, 356a StPO, § 55 Abs. 4 JGG, § 44 FamFG, § 61 FamGKG, § 81 Abs. 3 GBO, § 89 Abs. 3 Schiffsregisterordnung, § 71a GWB, § 78a ArbGG, § 152a VwGO, § 178a SGG, § 133a FGO, § 69a GKG, § 131d KostO, § 13 Abs. 2 Justizverwaltungskostenverordnung, § 4a JVEG, § 12a RVG, § 121a Wehrdisziplinarordnung, § 23a Abs. 3 Wehrbeschwerdeordnung.

\* Professor Dr. Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der LMU München und ist Direktor des ZAAR. Stephan Vielmeier ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Beide haben für eine Verfassungsbeschwerde gegen den CGZP-Beschluß über die Anhörungsrüge nachdenken dürfen.

ermöglichte.<sup>3</sup> Klarer wäre eine einheitliche Regelung im GVG gewesen; die nur weithin wortgleichen Einzelnormen werfen die Frage nach inhaltlichen Unterschieden auf. Am Beispiel von § 321a ZPO versus § 44 FamFG: Unterschiedliche Betroffenheit („Partei“ versus „Beteiligter“), fehlende Abhilfe (nur im FamFG „oder eine andere Abänderungsmöglichkeit“), Frist (nur in der ZPO die Bezeichnung „Notfrist“). Im FamFG fehlt eine Regelung zum Fristbeginn bei formloser Zustellung, ebenso daß das Gericht von Amts wegen die Formalien zu prüfen hat. Im FamFG ist unzureichend geregelt, was bei erfolgreicher Rüge geschieht. Die Literatur problematisiert das nicht, sondern geht von einer einheitlichen Anhörungsrüge aus. In der Tat spricht wenig dafür, daß dieser Selbstrechtsschutz gegen den Richter bedeutsame Unterschiede in den einzelnen Verfahrensordnungen erfahren sollte. Im Folgenden zitieren wir vorrangig § 321a ZPO.

Verfahrensrechtlich bedeutet die Anhörungsrüge: Will der Beschwerdeführer sein Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG geltend machen, muß er das gehörsverweigernde oder -verkürzende Gericht konfrontieren und kann erst danach Verfassungsbeschwerde erheben.<sup>4</sup> Der weite Anwendungsbereich der Anhörungsrüge begrenzt den Zugang zum *BVerfG* und schafft Risiken<sup>5</sup>, zumal Zweifelsfragen den Rechtsschutz erschweren, ja kontraproduktiv arbeitsvermehrend die doppelte Einlegung von Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde nahelegen. Sonderzweifeln begegnet die Anhörungsrüge im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren.

## 2. Anwendungsbereich

Die Anhörungsrüge ist als außerordentlicher Rechtsbehelf statthaft, wenn das Gericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt und kein anderer Rechtsbehelf möglich ist.

### a) Das geschützte Gehör

Auch wenn die Anhörungsrüge das *BVerfG* vor Arbeit bewahren soll, ist das geschützte rechtliche Gehör zunächst einfachgesetzlich zu verstehen: Art. 103 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht und harrt der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Nicht jede einfachgesetzliche Prozessregel ist von der Verfassung gefordert. Art. 103 Abs. 1 GG garantiert nur ein Mindestmaß an Verfahrensbeteiligung.<sup>6</sup> Schützt eine Norm das „Wie“ des Äußerns, so greift deren Verletzung tendentiell nicht in den Schutzbereich des Grundrechts ein, wenn der Betroffene trotz Verfahrensverstöße die Gelegenheit zur Äußerung hatte. Wird umgekehrt dem Betroffenen jegliche Möglichkeit der Äußerung genommen, so betrifft dies den verfassungsrechtlich geschützten Kern.<sup>7</sup> Eine abstrakt-generelle Abgrenzung scheitert an dieser Vagheit; es bleibt nur die wiederum riskante Analyse des Einzelfalls. So hat das *BVerfG* erkannt, daß „die über § 137

Abs. 3 ZPO eröffnete Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren Beweisanträge durch Bezugnahme auf das Vorbringen im ersten Rechtszug zu stellen, [...] über das von Art. 103 Abs. 1 GG gebotene Mindestmaß“ hinausgeht.<sup>8</sup> Nicht jede überschießende Präkklusion im Zivilprozeß verletzt das spezifische Verfassungsrecht.<sup>9</sup>

Dem Gesetzgeber stand es frei, die Gehörsrüge großzügiger zu gestalten, als er von Verfassung wegen gehalten ist. Mangels Anhaltspunkten im Wortlaut und auch im Telos ist nicht erkennbar, warum nun im Rahmen der Anhörungsrüge, die ja gerade Teil des einfachen Rechts ist, anders als im übrigen Prozeßrecht nur noch das spezifische Verfassungsrecht kontrolliert werden sollte. Es wären plötzlich die Fachgerichte – zum Teil sogar solche der unteren Instanzen – berufen, durch rechtskräftigen Beschluß über die Reichweite des Schutzbereiches zu befinden. Dies ist aber vielmehr originäre Aufgabe des *BVerfG*. Der Rügeführer würde – neben den schon bestehenden, im Verlauf aufgezeigten – Zweifelsfällen mit einem weiteren Zweifel konfrontiert, nämlich ob der beschriebene Gehörsverstoß nun „lediglich“ einfaches Recht oder gar spezifisches Verfassungsrecht verletzt – und dies, obzwar die Grenzziehung wie dargestellt sehr schwierig und einzelfallgeprägt ist. Daneben ist es zweckmäßig wenn das Fachgericht alle Arten von begangenen Gehörsverletzungen korrigieren kann. Die von *Zuck*<sup>10</sup> bemühte Gesetzesbegründung ist anders zu verstehen: es sollte insofern streng an den Vorgaben des *BVerfG* entlang umgesetzt werden, als nur die Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG und nicht von anderen Prozeßgrundrechten (etwa Verletzung des gesetzlichen Richters) Gegenstand der Anhörungsrüge sein sollte. Zum Umfang des Anwendungsbereichs bezüglich der Verletzung rechtlichen Gehörs trifft die Begründung keine Aussage. Folglich ist der Anwendungsbereich der Anhörungsrüge hier schlicht weiter als der einer späteren Verfassungsbeschwerde.<sup>11</sup>

Für den Rügeführer heißt das: Er kann jeglicher Gehörsverletzung mit der Anhörungsrüge begegnen, muß aber für die anschließende Verfassungsbeschwerde eine genuin verfassungsrechtliche Begründung finden. Auf der anderen Seite ist jede Gehörsverletzung, die in der Anhörungsrüge „vergessen“ worden ist, auch für die Verfassungsbeschwerde verbraucht.

### b) Kein anderer Rechtsbehelf

Gegen zahlreiche Entscheidungen sind Rechtsbehelfe, insbesondere Rechtsmittel, nicht statthaft. Das eröffnet der Rüge einen weiten Anwendungsbereich – und verpflichtet den Anwalt, nicht bloß die letztinstanzlichen Entscheidungen im Auge zu haben. Die Anhörungsrüge greift gegen eine erfolglose Richterablehnung<sup>12</sup>, gegenüber Verweisungsbeschlüs-

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 24. 11. 2000, BT-Drucks 14/4722, S. 63, 85 f.

<sup>4</sup> Zum zweifelhaften Nutzen schon *Zuck* NVwZ 2005, 739 ff.; *ders.* AnwBl 2008, 168 ff.; *Sangmeister* NJW 2007, 2363; *Gravenhorst* NZA 2005, 24 f.

<sup>5</sup> Appellativ auch *Zuck* NJW 2005, 1226 ff.

<sup>6</sup> *Nolte*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 1 Rn. 8; *BVerfG* v. 8. 6. 1993 – 1 BvR 879/90 = *BVerfGE* 89, 28.

<sup>7</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 147; daneben aber auch *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 Abs. 1 Rn. 31: „gemeinsam ist diesen Kriterien, daß ein unerläßliches Minimum an Gehör verfehlt wird.“

<sup>8</sup> *BVerfG* v. 21. 4. 1982 – 2 BvR 810/81 = NJW 1982, 1636, Rn. 17.

<sup>9</sup> Offengelassen von *BVerfG* v. 29. 4. 1980 – 2 BvR 1441/79 = NJW 1980, 1737; näherungsweise Darstellung bei *Eschelbach/Geipel/Weiler* StV 2010, 325, 330 ff.; Nachweise auch bei *Zuck* NJW 2005, 1226, 1227.

<sup>10</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21. 9. 2004, BT-Drucks 15/3706; *Zuck* NVwZ 2005, 739.

<sup>11</sup> So auch *Sangmeister* NJW 2007, 2363, 2366; anders aber *Berchthold* NZS 2006, 9, 15; skeptisch auch *Zuck* NJW 2005, 1226, 1228; auch *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 321a Rn. 3a; auch *Musielak*, in: *MünchKommZPO*, 3. Aufl. 2008, § 321a Rn. 12; *Lohse* StraFo 2010, 433, 434; anders aber *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 321a Rn. 38 f.

<sup>12</sup> *BGH* v. 15. 6. 2010 – XI ZB 33/09 = NJW-RR 2011, 427; und *BGH* v. 6. 2. 2009 – 1 StR 541/08 NJW 2009, 1092; anders noch *Hinz* WuM 2005, 83 ff.; *BAG* v. 14. 2. 2007 – 5 AZA 15/06(B) = NJW 2007, 1379; *Werth* DStZ 2008, 534; umfassend *BVerfG* v. 23. 10. 2007 – 1 BvR 782/07 = NZA 2008, 1201, Rn. 18; *Kettinger* StB 2006, 259 ff.

sen<sup>13</sup>, gegen einen Zuschlagungsbeschuß<sup>14</sup> oder einen Titelherausgabebeschuß<sup>15</sup> in der Zwangsvollstreckung, gegen die Gewährung von Wiedereinsetzung<sup>16</sup>, Beschlüsse auf Bewilligung von PKH<sup>17</sup>, die Bestellung eines Ersatzzustellungsververtreters im Bereich des WEG-Rechts<sup>18</sup>, gegen einen die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschuß<sup>19</sup> oder auch gegen einen Streitwertbeschuß.<sup>20</sup>

Nicht statthaft ist die Anhörungsrüge gegen eine Nicht-Endentscheidung; dann nämlich soll die Korrektur vorrangig durch die Endentscheidung erfolgen.<sup>21</sup> Deshalb bedürfen Rügen gegen die Befangenheitsverneinung oder gegen Verweisungsbeschlüsse einer Begründung. Sie liegt darin, daß die Prozeßordnungen in diesen Fällen keine Korrektur im Verfahrensverlauf gestatten.<sup>22</sup>

### 3. Fristen

#### a) Fristlänge

Die Anhörungsrüge ist als außerordentlicher Rechtsbehelf nur innerhalb der kurzen Notfrist von zwei Wochen möglich (wie beim Einspruch gegen das Versäumnisurteil nach § 339 Abs. 1 ZPO und nach dem Vorbild der sofortigen Beschwerde des § 569 ZPO sowie der Wiedereinsetzung nach § 234 ZPO). Das begründet für den Anwalt erhebliche Gefahr<sup>23</sup>, weil diese Verfristung zugleich die Verfassungsbeschwerdebefugnis vernichtet: Wer den vorrangigen Rechtsbehelf nicht einlegt, dessen Verfassungsbeschwerde ist unzulässig; auf die Verfassungsbeschwerdefrist von einem Monat kommt es nicht mehr an.

#### b) Fristbeginn

Die Anhörungsrügefrist beginnt „nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs“ (etwa § 321a Abs. 2 Satz 1 ZPO, § 78a Abs. 2 Satz 1 ArbGG); dagegen stellte § 321a Abs. 2 Satz 3 in der von 2002 bis 2004 geltenden Fassung auf die „Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils“ ab.

Darin liegt ein Unterschied zur Verfassungsbeschwerdefrist: Jene nämlich beginnt gegenüber gerichtlichen Entscheidungen grundsätzlich erst ab Zustellung zu laufen.<sup>24</sup> Nur in den Fällen, in denen eine Entscheidung gegenüber Personen wirkt, die nicht am Verfahren beteiligt gewesen sind, kommt es auf den Moment an, in dem der Nichtbeteiligte von der mit vollständigen Entscheidungsgründen abgefaßten Fassung Kenntnis erlangt.<sup>25</sup> Wenn ein Bundesgericht auf seiner

Homepage eine Entscheidung als Pressemitteilung veröffentlicht, kann das womöglich die Anhörungsrügefrist in Gang setzen. Die Verfassungsbeschwerdefrist hingegen beginnt erst mit Zustellung, gegenüber Nichtbeteiligten womöglich mit Veröffentlichung auch der Entscheidungsgründe auf der Homepage des Gerichtes.

Der Anhörungsrügefristbeginn mißrät noch komplizierter mit Blick auf die Begründungslast: § 321a Abs. 2 Satz 5 ZPO (wie Parallelvorschriften) verlangt nämlich, daß die Anhörungsrüge die angegriffene Entscheidung bezeichnet und die Rügevoraussetzung von Absatz 1 Nr. 2 darlegt, also daß „das Gericht den Anspruch dieser Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat“. Ist neben der Gehörsverletzung auch die Entscheidungserheblichkeit darzulegen? Wie will der Rügeföhrer zu dieser vortragen, wenn er die Entscheidungsbegründung nicht kennt, also gar nicht weiß, welche Gesichtspunkte für das Gericht maßgebend gewesen sind?

Hieraus schließt ein Teil der Literatur, daß die Anhörungsrügefrist erst mit Kenntnis von den Entscheidungsgründen (auch ohne Zustellung) zu laufen beginnt.<sup>26</sup> Auch der 1. Zivilsenat des BGH meint, daß die Kenntnis nur des Tenors keine Rügebegründung erlaube.<sup>27</sup> Damit aber wird die Neufassung der Rügevorschriften zum 1. 1. 2005 praktisch ignoriert: Der Gesetzgeber hatte ursprünglich auf die Zustellung abgestellt und wollte nunmehr „beschleunigend“ die Notfrist mit Kenntnis von der Gehörsverletzung beginnen lassen.<sup>28</sup> Kritik aus dem Bundesrat wurde verworfen.<sup>29</sup> Richtig betont die Gegenmeinung, daß die Zustellung der Entscheidungsgründe nicht „abgewartet werden“ dürfe<sup>30</sup>. Man muß nur § 321a Abs. 2 Satz 1 ZPO wörtlich nehmen.<sup>31</sup> Die Frist beginnt mit der Kenntnis von der Gehörsverletzung; die Begründungslast ist in Ansehung der Entscheidungserheblichkeit entsprechend zu lockern.

Gerade in den Verfahrensordnungen, in denen rechtlich Betroffene von Amts wegen am Verfahren zu beteiligen sind – also in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 7 Abs. 2 FamFG), dem verwandten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren (§ 83 ArbGG), dem verwaltungsgerichtlichen (§ 65 Abs. 2 VwGO), dem sozialgerichtlichen (§ 75 Abs. 2 SGG) und auch dem finanzgerichtlichen Verfahren (§ 60 Abs. 3 FGO) – kann die Gehörsverletzung darin liegen, daß Betroffene entgegen eigenem Antrag oder in Vernachlässigung der Amtspflicht zur Beteiligung gar keine Gelegenheit erhalten haben, ihren Standpunkt vorzutragen. In diesem Fall müssen die Ignorierten ab Kenntnis vom Tenor die Rügelast beachten, da sie spätestens dann wissen, daß die Entscheidung ohne ihre Beteiligung ergangen ist.

Mißverständlich formuliert eine Kammer des BVerfG: Die Rügefrist „knüpft nicht an die Bekanntgabe der ange-

<sup>13</sup> *ArbG Oldenburg* v. 30. 9. 2009 – 4 Ca 346/09 = NZA 2010, 527 f.; anders noch *Hessisches LAG* v. 5. 6. 2008 – 10 Ta 153/07 = NZA-RR 2008, 605.

<sup>14</sup> *Bayerischer VerfGH* v. 13. 7. 2010 – Vf. 72-VI-09 (juris).

<sup>15</sup> *Bayerischer VerfGH* v. 9. 3. 2009 – Vf. 6-VI-08 (juris).

<sup>16</sup> *BGH* v. 20. 1. 2009 – Xa ZB 34/08 = MDR 2009, 520.

<sup>17</sup> So zumindest *BFH* v. 17. 6. 2005 – VI S 3/05 = NJW 2005, 2639.

<sup>18</sup> *LG Berlin* v. 15. 8. 2008 – 85 T 103/08 = NJW 2009, 85.

<sup>19</sup> *BGH* v. 19. 5. 2008 – VII ZR 159/07 (juris).

<sup>20</sup> *OLG Düsseldorf* v. 24. 4. 2008 – I-24 W 16/08 (juris).

<sup>21</sup> Ausführlich *Leipold*, in: *Stein/Jonas* (Fn. 11), § 321a Rn. 14 ff.; *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 321a Rn. 5.

<sup>22</sup> Ausführlich *BVerfG* v. 23. 10. 2007 – 1 BvR 782/07 = NZA 2008, 1201, Rn. 26; kritisch *Abramenko* FGPrax 2009, 198.

<sup>23</sup> Mit deutlichen Hinweisen an handelnde Anwälte schon *Zuck* AnwBl 2008, 168.

<sup>24</sup> Etwa *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 844; *Heusch/Sennekamp*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 93 Rn. 11.

<sup>25</sup> *BVerfG* v. 14. 4. 1987 – 1 BvR 332/86 = BVerfGE 75, 201 (214): Verfassungsbeschwerde einer Nichtbeteiligten gegen einen Beschuß betreffend einer Kindesherausgabe; *Zuck* (Fn. 24), Rn. 847; *Heusch/Sennekamp*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Fn. 24), § 93 Rn. 32.

<sup>26</sup> *Schwab*, in: *Schwab/Weth*, 3. Aufl. 2011, § 78a Rn. 17: „Die Kenntnis wird die Partei idR erst aus der Lektüre der vollständig begründeten Entscheidung erlangen“; *Abramenko* NJW 2005, 1226, 1227; ausdrücklich auch *Vollkommer*, in: *Zöller* (Fn. 11), § 321a Rn. 14.

<sup>27</sup> *BGH* v. 15. 7. 2010 – I ZR 160/07 (juris); hierzu *Rensen* MDR 2007, 695 ff.; wie der *BGH* im Ergebnis *Zuck* NJW 2005, 1226 ff.

<sup>28</sup> Gesetzentwurf vom 21. 9. 2004, BT-Drucks 15/3706, S. 16; *Hinz* WuM 2005, 85 ff.; *Treber* NJW 2005, 97, 99; *Guckelberger* NVwZ 2005, 11, 14; *Prütting*, in: *Germelmann*, ArbGG 7. Aufl. 2009, § 78a Rn. 15.

<sup>29</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 2 zur BT-Drucks 15/3966, S. 6.

<sup>30</sup> Etwa *Gross*, in: *Natter/Gross*, ArbGG, 2010, § 78a Rn. 2.

<sup>31</sup> *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 69. Aufl. 2011, § 321a Rn. 23: „nach dem klaren Wortlaut von Abs. 2 Satz 1 Hs 1 ist eine Kenntnis aber nur von der Verletzung notwendig, nicht auch von deren Entscheidungserheblichkeit“; ebenso *Leipold*, in: *Stein/Jonas* (Fn. 11), § 321a Rn. 26; anders aber *Vollkommer*, in: *Zöller* (Fn. 11), § 321a, Rn. 14: frühestens mit Bekanntgabe des in vollständiger Form abgefaßten Urteils.

fochtenen Entscheidung an, sondern beginnt mit der tatsächlichen subjektiven Kenntnis des Betroffenen von der Verletzung des rechtlichen Gehörs.<sup>32</sup> Keinesfalls beginnt die Frist erst mit dem (späten) Bewußtwerden des Gehörsverstoßes – typischerweise im Zuge der Verfassungsbeschwerdeprüfung.<sup>33</sup> Die Notfrist erlegt dem Rügeführer eine eigenständige Prüfungslast auf. Der Anwalt darf nicht „die Augen verschließen“, etwa nach Entgegennahme der Entscheidung (Berufungszurückweisung) in Urlaub fahren und die Gehörsprüfung aufschieben.<sup>34</sup> Entscheidend ist also das Kennenkönnen des Gehörsverstoßes und insofern die Kenntnis von der Entscheidung im Sinne einer zumutbaren Kenntnismöglichkeit. Deshalb kann eine Bekanntgabefiktion nach Aufgabe zur Post mit dem *BVerfG* niemals die kurze Rügenotfrist auslösen<sup>35</sup> – wohl aber die absolute Jahresfrist (§ 321a Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 178a Abs. 2 Satz 2 SGG, § 78a Abs. 2 Satz 2 ArbGG).

#### c) Fristversäumnis und Verfassungsbeschwerdeverlust

Der Rechtsweg ist erst nach Gebrauch auch der außerordentlichen Rechtsbehelfe und der Anhörungsrüge erschöpft. Für den Rechtsanwender und vor allem seinen Anwalt ist der Streit um den Rügefristbeginn hochriskant: Folgt er der ersten Meinung (Fristlauf ab Kenntnis vom Tenor), dann riskiert er, daß seine Rüge zu spät kommt und verfristet ist. Rügt er umgekehrt schon auf der Basis des bekannt gewordenen Entscheidungsinhalts/Tenors, so rügt er womöglich zu früh und nicht in der gesetzlichen Form.<sup>36</sup> Auch hier ist dem vorsichtigen Anwalt womöglich die Doppelrüge anzuraten<sup>37</sup>, die aber auch wirklich in doppelte Arbeit ausartet: Eine Anhörungsrüge auf Tenorbasis ist weniger intensiv zu begründen als jene nach Auswertung der Entscheidungsgründe.

Der Gesetzgeber, der zu § 321a ZPO nunmehr schon die vierte Fassung seit 2001 „liefert“, ist nicht in der Lage, dem Anwender klare Vorgaben zur Wahrung der eigenen Rügeobliegenheit zu machen. Das darf man als anstößig, ja als Behinderung begreifen. Ein klares Wort aus Karlsruhe könnte zur Transparenz in der Rügelast und damit gerade zur erwünschten Arbeitsentlastung führen. Wiewohl die Wiedereinsetzung in die versäumte Rügefrist grundsätzlich nicht auf Rechtsirrtümer gestützt werden kann<sup>38</sup>, hat das *BVerfG* mit einer Kammerentscheidung eine Ausnahme gemacht – weil die Anhörungsrügevorschriften im GWB seinerzeit falsch bekannt gemacht worden waren.<sup>39</sup>

### 4. Darlegungslast

#### a) Gehörsverletzung

Der Rügeführer hat darzulegen, wodurch er in seinem (einfachrechtlichen) Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde. In Zweifelsfällen bedarf es der Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung. So hat das *BAG* verlangt,

daß nicht nur der vermeintlich unterlassene rechtliche Hinweis gerügt wird, sondern auch, inwiefern dies das rechtliche Gehör verletzen soll.<sup>40</sup>

#### b) Beruhensmöglichkeit

Zweitens muß die Rüge die Entscheidungserheblichkeit darlegen. Sie ist nur begründet, wenn die Entscheidung im Falle (rechtzeitiger) Gehörsverletzung anders hätte ausfallen können. Die Darlegungslast korrespondiert mit dem gerügten Gehörsverstoß und dem daraus resultierenden Fristbeginn: zeigt sich ein Gehörsverstoß erst in den Urteilsgründen (etwa weil eine überraschende Rechtsansicht ohne richterlichen Hinweis vertreten wird) so kann und muß substantiiert dargelegt werden, was vorgetragen worden wäre, wenn das Gericht einen rechtzeitigen Hinweis erteilt hätte, und inwiefern dies Einfluß auf die Entscheidung hätte haben können. Es verhält sich nicht anders als bei der Begründungslast für Verfahrensrügen in der Revision mit ihrer spezifischen Beruhensmöglichkeit.<sup>41</sup> Mithin steigen die Anforderungen an Anwälte auch in den Tatsacheninstanzen deutlich.

Wird einem Betroffenen hingegen in einem FG-Verfahren das Gehör komplett verweigert, dürfen die Anforderungen an eine Beruhensmöglichkeit nicht überspannt werden.<sup>42</sup> Die Beteiligten sind gehalten, auf Grund des ihnen bekannten Tenors und ohne Kenntnis des Schriftsatzmaterials und der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung zu argumentieren. Nicht-Beteiligte sind von vornherein nicht in der Lage, zum Verfahrensverlauf Konkretes vorzutragen, eben weil sie von der Teilnahme am Verfahren insgesamt und nicht bloß punktuell ausgeschlossen sind. Von ihnen kann auch schwerlich erwartet werden, daß sie ihre gerügte Nichtbeteiligung dadurch kompensieren, daß sie andere Beteiligte zum Prozeßverlauf befragen.

Ergänzungen der rechtzeitig erhobenen Anhörungsrüge sind möglich, der Vortrag eines neuen bisher nicht gerügten Sachverhaltes ist hingegen ausgeschlossen.<sup>43</sup> Immerhin: nicht jede Fehlbezeichnung des Rechtsbehelfs schadet.<sup>44</sup>

### 5. Verfahren

Nach Eingang der Anhörungsrüge ist dem Gegner (oder anderen Beteiligten) Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 321a Abs. 3 ZPO und die Entsprechungen in anderen Verfahrensordnungen). Die Anhörungsrüge kann als unzulässig verworfen (mit womöglich negativen Folgen für die Verfassungsbeschwerde) oder als unbegründet zurückgewiesen werden. Ist die Anhörungsrüge begründet, so ist das Verfahren in die Lage zurückzusetzen, in der es vor Schluß der mündlichen Verhandlung war. Die schon rechtskräftige Entscheidung wird also zunächst „aufgehoben“ und das Verfahren wie bei der Wiedereinsetzung wieder eröffnet. Folge ist also typischerweise eine Terminanberaumung; bei exkludierten materiell Beteiligten müssen die Gerichtsakten zugänglich gemacht und ein Schriftsatzrecht eingeräumt werden.

Der Gang des Hauptsacheverfahrens soll – zumindest nach Ansicht des *BAG* – von der Gehörsrüge nicht tangiert werden.<sup>45</sup> Insbesondere sei es nicht etwa geboten, das Ab-

<sup>32</sup> *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats) v. 4. 4. 2007 – 1 BvR 66/07 = NJW 2007, 2242.

<sup>33</sup> *BGH* v. 11. 5. 2006 – IX ZR 171/03 (juris); ebenso *BSG* v. 9. 9. 2010 – B 11 AL 4/10 C (juris).

<sup>34</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 14. 4. 2010 – 1 BvR 299/10 = NJW-RR 2010, 1215.

<sup>35</sup> *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats) v. 4. 4. 2007 – 1 BvR 66/07 = NJW 2007, 2242; anders noch *Berchtold* NZS 2006, 9 ff.

<sup>36</sup> So ausdrücklich *BGH* v. 15. 7. 2010 – I ZR 160/07 (juris); so im Ergebnis auch *Zuck* NJW 2005, 1226 ff.

<sup>37</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 26. 2. 2008 – 1 BvR 2327/07 = NJW 2008, 2167 Rn 28 m. w. N.

<sup>38</sup> *BVerwG* v. 13. 4. 2006 – 7 B 5/06 (juris).

<sup>39</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 26. 2. 2008 – 1 BvR 2327/07 = NJW 2008, 2167.

<sup>40</sup> *BAG* v. 31. 5. 2006 – 5 AZR 342/06 (F) = NJW 2006, 2346.

<sup>41</sup> Zur Darlegungslast in der ZPO-Revision *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. 2007, § 551 Rn. 22; *Heßler*, in: *Zöller* (Fn. 11), § 551 Rn. 14.

<sup>42</sup> So wohl auch *Sangmeister* NJW 2007, 2363, 2367.

<sup>43</sup> *BGH* v. 15. 7. 2010 – I ZR 160/07 (juris).

<sup>44</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 10. 7. 2007 – 1 BvR 143/07 (juris).

<sup>45</sup> *BAG* v. 15. 3. 2011 – 1 ABR 86/10 (F) – nicht veröffentlicht; wohl auch *OLG München* v. 29. 1. 2008 – 34 Wx 89/07 = ZWE 2008, 343, 344 mit Anm. *Briesmeister*.

setzen der Entscheidung auszusetzen und mit der Bekanntgabe der Urteilsgründe abzuwarten. Nur die erfolgreiche Anhörungsrüge habe eine Auswirkung auf das Ausgangsverfahren – indem die dortige Hauptsacheentscheidung gegenstandslos wird. Auf den Rügeföhrer macht das einen anderen Eindruck: Wenn das Gericht in Kenntnis einer Anhörungsrüge – die schon auf den Tenor hin eingelegt werden muß – die Entscheidungsgründe absetzt, dann mag er seine Hoffnung fahren lassen. Gerade indem das Gericht seine Entscheidung in Kenntnis der Anhörungsrüge absetzt, verfestigt sich seine Auffassung: Wie soll der Spruchkörper sich selbst sodann eine Gehörsverletzung attestieren und die zwischenzeitlich abgesetzte Entscheidung als nullum betrachten? Prozeßökonomie ist das nicht, zumal die kurze Notfrist dem Gericht hinreichenden Spielraum läßt, innerhalb der Absetzungsfrist von fünf Monaten (§ 317 Abs. 1 Satz 2 ZPO) und actu die Gehörsrüge zu bescheiden.

## II. Problematische Wechselwirkungen

### 1. Ausstrahlung auf andere Grundrechtsverletzungen?

Die Anhörungsrüge ist vorgegeben nur für die Gehörsverletzung. Womöglich will der Rügeföhrer aber mit der Verfassungsbeschwerde auch noch anderes rügen, andere Verfahrensgrundrechte (gesetzlicher Richter) oder materielle Grundrechte. Strahlt die Rügeobliegenheit auf andere Grundrechtsverletzungen aus?

#### a) Verfassungsbeschwerdehemmung

Kann die Anhörungsrüge – mit ihrem begrenzten Anwendungsbereich und Prüfungsumfang – die Verfassungsbeschwerdefrist für andere Grundrechtsrügen hemmen? Oder ist der Rügeföhrer gehalten, zweigleisig zu fahren und die Gehörsverletzung mit der Anhörungsrüge und andere Grundrechtsverletzungen mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen? Die 3. Kammer des Ersten Senates des *BVerfG* meinte im Nichtannahmebeschuß „Queen Mary II“ das Erste.<sup>46</sup> Prozeßökonomisch ist das, weil eine erfolgreiche Anhörungsrüge dem Ausgangsspruchkörper den Weg zu umfassender Selbstbesinnung eröffnet. Jedenfalls aber war die Kammer nicht der gesetzliche Richter, weil die Rechtsfrage ungeklärt und also vom Senat zu klären war.<sup>47</sup>

#### b) Zulässigkeitsvoraussetzung

Daneben stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeföhrer, der die Anhörungsrüge nicht oder zu spät erhebt, dann nur bezüglich seiner Rüge von Art. 103 Abs. 1 GG gesperrt ist, oder aber ob er insgesamt keine Grundrechtsverletzungen mehr geltend machen kann. Auch hierzu meint die Kammerentscheidung Queen-Mary-II: umfassende Unzulässigkeit.<sup>48</sup> Dem haben sich zwei andere Kammern angeschlossen<sup>49</sup>, die insoweit ebenfalls nicht der gesetzliche Richter sind. Für das Landesverfassungsrecht hat der *Bayerische VerfGH* die Frage offengelassen.<sup>50</sup>

Doch ist es mit der Bindung an die Anhörungsrügevorschriften schwerlich zu vereinbaren, daß derjenige, der das rechtliche Gehör gar nicht rügen will, gleichwohl eine Anhörungsrüge erheben muß, damit er materielle Rechtsverletzungen geltend machen kann. Das hieße letztlich, daß das *BVerfG* eine Verfassungsbeschwerde damit „abbügeln“ könnte, daß es dem Beschwerdeföhrer vorwirft, eine zu bejahende Gehörsverletzung übersehen und nicht zur Anhörungsrüge gebracht zu haben: Ein Mehr an Rechtsverletzung führte zu einem Weniger an Rechtsbehelf. Überdehnt wird schließlich die Konzeption des Plenarbeschlusses. Immerhin deuten die Kammern an, daß der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG wenigstens „behauptet“ sein müsse, damit die Obliegenheit greife.<sup>51</sup> Die Literatur hält dagegen: Es dürfe nicht in der Hand des Beschwerdeföhrers liegen, durch das Rügeausmaß die Reichweite der Subsidiarität und damit die Zulässigkeit seiner Beschwerde zu gestalten.<sup>52</sup> Indes liegt eben dies in der Konsequenz der Anhörungsrüge als einem Sonderrechtsbehelf nur gegen eine bestimmte Rechtsverletzung.

### 2. Statthaftigkeit der Anhörungsrüge als Sonderrisiko?

Weiteres Risiko dräut dem Beschwerdeföhrer bei Zweifeln über die Statthaftigkeit der Anhörungsrüge. Stellt sich später heraus, daß die Anhörungsrüge unzulässig ist, war der Rechtsweg bereits mit dem letztinstanzlichen Urteil erschöpft, so daß die Monatsfrist zur Verfassungsbeschwerde bereits begonnen hatte und mit dem Verwerfungsbeschuß längst abgelaufen ist.

Der Beschwerdeföhrer in spe hat selbst die Rechtsfrage zu entscheiden, ob die Anhörungsrüge statthaft ist. Jedenfalls offensichtlich unzulässige Anhörungsrügen hindern den Fristlauf nicht.<sup>53</sup> Wer will hier die Zulässigkeit der Anhörungsrüge im Vorhinein zuverlässig beurteilen?<sup>54</sup> Überdies: Über die Zulässigkeit der Anhörungsrüge entscheidet das Fachgericht; über diejenige der Verfassungsbeschwerde das Verfassungsgericht.<sup>55</sup> Divergenzen sind schädlich: Weist das Fachgericht die Anhörungsrüge als unbegründet zurück, so kann das Verfassungsgericht befinden, die Anhörungsrüge sei unzulässig gewesen und also die Verfassungsbeschwerde verfristet. Eben das ist im Fall 1 BvR 730/07 geschehen. Umgekehrt darf nach einer Verwerfung durch das Fachgericht spekuliert werden, ob das Verfassungsgericht die Rüge nicht doch als zulässig ansieht.

<sup>50</sup> Etwa *Bayerischer VerfGH* v. 1. 4. 2009 – Vf. 93-VI-06 = BayVBl 2009, 501; ausführlich hierzu *Heinrichsmeier* NVwZ 2010, 228, 229; offen wohl ursprünglich noch *VerfGH des Landes Berlin* v. 21. 3. 2005 – 152/04 (juris), Rn. 13; abweichend dann aber *VerfGH des Landes Berlin* v. 2. 7. 2007 – 136/02 (juris); anders ursprünglich noch *VerfGH des Freistaates Sachsen* v. 20. 4. 2006 – Vf. 61-IV-05 (juris); dann aber *VerfGH des Freistaates Sachsen* v. 13. 12. 2007 – Vf. 59-IV-07 (juris).

<sup>51</sup> So etwa die 3. Kammer des 2. Senates des *BVerfG* v. 24. 2. 2011 – 2 BvR 45/11 (juris); Rn 5; auch die 2. Kammer des 1. Senates des *BVerfG* v. 17. 2. 2011 – 1 BvR 279/11 (juris) Rn. 3.

<sup>52</sup> So jetzt auch *BVerfG* (Kammer) v. 14. 7. 2011 – 1 BvR 1468/11 (juris); *Tegebauer* DÖV 2008, 954, 955; *Zuck* AnwBl 2008, 168, 170 unter Verweis auf „unveröffentlichte AR-Schreiben und Kammerbeschlüsse“; *Zuck* NVwZ 2006, 1119, 1123; umfassend zum Problem auch *Desens* NJW 2006, 1243, 1246f.; NVwZ 2010, 228, 229; es komme darauf an, was bei objektiver Betrachtung gerügt werde; für die Zulässigkeit einer Rügebeschränkung aber *Detterbeck* NdsVBl 2010, 116, 117.

<sup>53</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 26. 8. 2008 – 2 BvR 1516/08 (juris).

<sup>54</sup> Richtig dürfte eine Fallgruppenbetrachtung sein; dazu *Werth* DStZ 2008, 534, 537.

<sup>55</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 14. 5. 2007 – 1 BvR 730/07 = NJW-RR 2008, 75; ebenso *Bayerischer VerfGH* v. 19. 10. 2010 – Vf. 111-VI-09 (juris).

<sup>46</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 25. 4. 2005 – 1 BvR 644/05 = NJW 2005, 3059; ebenso *BVerfG* (Kammer) v. 17. 2. 2011 – 1 BvR 279/11 (juris); auch *BSG*, 3. Senat v. 18. 5. 2009 – B 3 KR 1/09 C = NJW 2010, 1694. Kritisch *Zuck* NVwZ 2005, 739, 741f. mit Hinweis auf den *BayVerfGH*, der diese Frage explizit offen gelassen hat auch *Heinrichsmeier* NVwZ 2010, 228ff.

<sup>47</sup> *Zuck* NVwZ 2005, 739, 742; wieder *Zuck* NVwZ 2006, 1119, 1123.

<sup>48</sup> *BVerfG* v. 25. 4. 2005 – 1 BvR 644/05 = NJW 2005, 3059; bestätigt in *BVerfG* (Kammer) v. 30. 5. 2008 – 1 BvR 27/08 (juris). Eingehend *Desens* NJW 2006, 1243, 1225.

<sup>49</sup> *BVerfG* (Kammer) v. 17. 2. 2011 – 1 BvR 279/11 (juris); *BVerfG* (Kammer) v. 24. 2. 2011 – 2 BvR 45/11 (juris).

Die Kammerrechtsprechung ist uneinheitlich. Mal soll die zweifelhafte Anhörungsrüge zu erheben sein, so daß nur die offensichtlich unzulässige Anhörungsrüge nicht geboten sei. Maßstab sei, daß „der Beschwerdeführer nach dem Stand von Rechtsprechung und Lehre nicht im Ungewissen sein konnte.“<sup>56</sup> Ein andermal genügt es, wenn der Beschwerdeführer nicht erkennen konnte, dass der Rechtsbehelf unzulässig ist.<sup>57</sup> Dann wieder fordert eine Kammer umfassende Bildungsanstrengung ein: „Auf Stimmen in der Literatur, denen zufolge die zivilprozessuale Anhörungsrüge auch in Fällen offensichtlicher Unrichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen zulässig sein sollte, kann sich die Beschwerdeführerin nicht berufen.“<sup>58</sup>

Ist der Beschwerdeführer im Zweifel, kann auch hier nur wieder zur Doppelung der Verfassungsbeschwerde geraten werden. Ob dies der Arbeitserleichterung in Karlsruhe dient?

### 3. Beteiligungsexklusion als neues Problem

In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren und den Verfahren vor den Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichten ist die Parteilstellung nicht kontradiktorisch gewillkürt, und Dritte sind nicht nur ausnahmsweise einzubeziehen (Streitverkündung und Nebenintervention). Vielmehr sind solche Personen, die von der Entscheidung materiell-rechtlich betroffen sind, von Amts wegen am Verfahren zu beteiligen. Werden sie ignoriert, bedeutet das den Totalausfall des rechtlichen Gehörs.

Für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren hat das BAG nun eine „spezielle Einschränkung“ der Anhörungsrüge nach § 78a ArbGG verfügt<sup>59</sup>: „Die Anhörungsrüge ist unzulässig(!), da sie nicht von einem Verfahrensbeteiligten erhoben worden ist.“ Damit also geht das Gericht davon aus, daß nur formell Beteiligte auch anhörungsrügebefugt sind. Die (womöglich rechtswidrige) Exklusion im rechtlichen Gehör setze sich in der Rügeberechtigung fort. Die Anhörungsrüge wäre dann beschränkt auf die reinen Negligenz- und Überraschungsentscheidungen als „klassische“ Anhörungsrügefälle.<sup>60</sup> Im konkreten Fall geht es um ein besonderes arbeitsrechtliches Beschlußverfahren nach § 97 ArbGG, dessen Statusfeststellung umfassende Rechtskraftwirkung gegenüber allen betroffenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auslöst.<sup>61</sup>

Formal läßt sich das ohne weiteres hören: Die Rügeberechtigung ist so verstanden nur die Fortsetzung der Verfahrensteilnahme. Wer faktisch nicht am Verfahren teilgenommen hat, der wäre nicht bloß vom Rügerecht ausgeschlossen und mithin von der Rügelast befreit, könnte also unmittelbar Verfassungsbeschwerde erheben. Effektiver Rechtsschutz wäre dann nur und unmittelbar vor dem BVerfG zu suchen. Indes hatte das BVerfG in seinem Plenarbeschluß vom 30. 4. 2003 doch gerade gemeint, daß es „gegen das Rechtsstaatsprinzip i. V. mit Art. 103 Absatz 1 GG verstoße, wenn eine Verfahrensordnung keine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall vorsehe, dass ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze“.<sup>62</sup> Auch steht Art. 3 GG der greifbaren Systemwid-

rigkeit entgegen, wonach die „Nichtbeteiligung“ als „große“ Gehörsverletzung zu weniger Rechten führt als die einfache „Schlechtbeteiligung“ im Verfahren.

Dementsprechend sehen die vom BAG nicht konsultierten Stimmen in den anderen „beteiligungsorientierten“ Verfahrensordnungen dies anders: Gerade im Verwaltungsrechtsstreit muß mitunter eine Vielzahl von Beteiligten von Amts wegen berücksichtigt werden, weswegen deren rechtswidriger Ausschluß im Wege der Anhörungsrüge aufzugreifen ist. Das Rügerecht schützt gerade jene, die zu Unrecht als Nichtbeteiligte angesehen wurden.<sup>63</sup> Und auch für das FamFG wird betont: „Eine Gehörsverletzung kann auch darauf gestützt werden, dass eine formelle Beteiligung eines materiell Beteiligten durch Hinzuziehung unterblieben ist.“<sup>64</sup> Nur scheinbar anders gelte für die Finanzgerichtsordnung: „eine Anhörungsrüge, mit der die unterlassene notwendige Beiladung geltend gemacht wird, ist unzulässig“.<sup>65</sup> Doch ging es im BFH-Beschluß<sup>66</sup> um die Rüge des (durchweg beteiligten) Klägers wegen der unterbliebenen fremden Beiladung dritter Personen, die in der Tat keine eigene Gehörsverletzung bedeuten kann. Immerhin gibt es zur FGO eine Stimme, die dem zu Unrecht nicht Beigeladenen die Anhörungsrüge verwehrt, dafür aber eine außerordentliche Beschwerde einräumt.<sup>67</sup> Im sozialgerichtlichen Verfahren wird mehrheitlich ein eigenes Rügerecht des zu Unrecht nicht Beteiligten abgelehnt.<sup>68</sup> Vereinzelt wird aber auch (ohne Begründung) die prozessuale Stellung für die Anhörungsrügebefugnis für unbeachtlich erklärt.<sup>69</sup>

Allerdings kann die unterbliebene notwendige Beiladung in den öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen als Sonderfall gesehen werden: Sowohl für das SGG<sup>70</sup> wie für die FGO<sup>71</sup> wird vertreten, daß der zu Unrecht nicht Beigeladene von jeder Rechtskraftwirkung des Urteils verschont wird (§ 141 Abs. 1 Nr. 2 SGG, § 110 Abs. 1 Nr. 1 und 3 FGO). Eine solche Rechtskraftfreistellung kennen weder das FamFG noch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren. In den öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen wird die Beteiligung überdies durch einen konkreten verfahrensrechtlichen Beiladungsakt (Beschluß) vollzogen<sup>72</sup>; erst dieser macht aus dem materiell Betroffenen einen Beteiligten. Im FamFG gibt es nach § 7 lediglich eine rechtsförmige Zurückweisung, nicht aber den positiven Beteiligungsakt<sup>73</sup>. Das

des Verfahrensrechts ab, die zur Unstatthaftigkeit der Anhörungsrüge führte.

<sup>63</sup> Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 152a Rn. 23; ausführlich zu § 152a VwGO Guckelberger NVwZ 2005, 11, 13.

<sup>64</sup> Bumiller, in: Bumiller/Harders, FamFG, 9. Aufl. 2009, § 44, Rn. 14; Elzer, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2009, § 44 Rn. 12; ebenso Meyer-Holz, in: Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 44 Rn. 21. Enger dagegen Kretz, in: Jürgens, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2010, § 44 FamFG Rn. 3, der nur auf die Beschwerdeberechtigung des § 59 FamFG und nicht auf die materielle Beteiligung abstellt.

<sup>65</sup> Ledevag, in: Gräber, FGO, 7. Aufl. 2010, § 60 Rn. 153; i. E. wohl auch Schoenfeld DB 2005, 850, 853.

<sup>66</sup> BFH v. 13. 6. 2005 – IX S 5/05 (juris).

<sup>67</sup> Kühn/von Wedelstädt, AO und FGO, 19. Aufl. 2008, § 133a FGO Rn. 3.

<sup>68</sup> Littmann, in: Lüdtke, SGG, 3. Aufl. 2009, § 75 Rn. 14; Berchold, in: Henning, SGG (Stand 09/2010), § 178a Rn. 71, 81 ff.

<sup>69</sup> Frehse SGB 2005, 265, 269.

<sup>70</sup> Ulmer, in: Henning, SGG (Stand 09/2010), § 75 Rn. 34, 41; Littmann, in: Lüdtke (Fn. 68), § 75 Rn. 13.

<sup>71</sup> Ledevag, in: Gräber (Fn. 65), § 60 Rn. 152.

<sup>72</sup> Ledevag, in: Gräber (Fn. 65), § 60 Rn. 34; Leitherer, in: Meyer-Lade- witz/Keller, SGG, 9. Aufl. 2008, § 75 Rn. 14a.

<sup>73</sup> Borth, in: Musielak/Borth, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 9; Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2009, § 7 Rn. 62 ff.

<sup>56</sup> BVerfG (Kammer) v. 14. 5. 2007 – 1 BvR 730/07 = NJW-RR 2008, 75.

<sup>57</sup> BVerfG (Kammer) v. 9. 7. 2007 – 1 BvR 646/06 = NJW 2007, 3418.

<sup>58</sup> BVerfG (Kammer) v. 14. 5. 2007 – 1 BvR 730/07 = NJW-RR 2008, 75.

<sup>59</sup> BAG v. 16. 3. 2011 – 1 ABR 86/10 (F), nicht veröffentlicht.

<sup>60</sup> Zu diesen Zucke NVwZ 2006, 1119, 1120.

<sup>61</sup> BAG v. 14. 12. 2010 – 1 ABR 19/10 = NZA 2011, 289.

<sup>62</sup> Auch in einem aktuellen Beschluss (2. Kammer des 1. Senates vom 16. 3. 2011 – 1 BvR 2398/10 [juris]) lehnt das BVerfG wieder eine Auslegung

ArbGG kennt nichts dergleichen.<sup>74</sup> Die Erforderlichkeit eines formalen (zuzustellenden) Beiladungsaktes in den öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen wird damit begründet, daß damit negative Folgen – nämlich gerade die Herstellung der Rechtskrafterstreckung – verbunden sind. Genau umgekehrt ist es im FamFG und ArbGG: dort begründet die Entscheidungsbetroffenheit die herbeizuführende formelle Beteiligung.

Damit bleibt aber die Verweigerung der Anhörungsrüge in den öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen hinter den Vorgaben des *BVerfG* zurück. Betroffen ist der Dritte nicht nur von formeller Rechtskraft, sondern ebenso durch mittelbare Entscheidungswirkungen, sei es eine präjudizielle Bindungswirkung oder eine Tatbestandswirkung oder auch nur eine rein faktische Urteilsfolge, für die aber wiederum umgekehrt in jedem Einzelfall gefragt werden muß, ob diese faktische Betroffenheit rechtliches Gehör impliziert. Man denke an den Fall, daß die unzweifelhaft gebotene Beiladung der Mutter unterbleibt – im Streit darüber, ob Kindergeld dem Pflegevater oder dem leiblichen Vater zusteht.

Auch hier wirkt die Entzweigung mißlich: Ist der Exkludierte von der Rüge ausgenommen, so darf und muß er sogleich Verfassungsbeschwerde einlegen – wartet er die Bescheidung der unzulässigen Anhörungsrüge ab, riskiert er Fristversäumnis. Legt er dagegen sofort Verfassungsbeschwerde ein, so riskiert er, wegen Nichterschöpfung des Rechtsweges zu scheitern. Also muß er doppeln! Mit womöglich belastenden Kostenfolgen, weil nur eine Beschwerde erfolgreich sein kann.

### III. Risiken des Beschwerdeführers

#### 1. Nichtbeschreitung des Rechtsweges

Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, den zulässigen Rechtsweg auszuschöpfen – sonst ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Das kann aus Unkenntnis, wegen der kurzen Fristen und des abweichenden Fristlaufes (oben I) geschehen, aber auch aus Zweifeln über die Notwendigkeit oder Zulässigkeit der Anhörungsrüge (oben II). Irrtümer führen unweigerlich zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, da die Anhörungsrüge zum zu beschreitenden Rechtsweg gehört.<sup>75</sup>

#### 2. Verfristung

Umgekehrt ist der Beschwerdeführer gehalten, sich innerhalb der Monatsfrist gegen Akte der öffentlichen Gewalt mit der Verfassungsbeschwerde zu wenden, wenn der Rechtsweg erschöpft ist. Ist die Anhörungsrüge eindeutig (!) unzulässig, hätte er bereits innerhalb der Monatsfrist Verfassungsbeschwerde erheben müssen.

#### 3. Sperrung von Landesverfassungsbeschwerden

Für die Landesverfassungsbeschwerde gilt nichts anderes, weil auch hier die Rechtswegerschöpfung vorausgesetzt ist, also Unzulässigkeit droht.<sup>76</sup>

### 4. Lösung

Die durch das *BVerfG* erzwungene Anhörungsrüge wirft (zu) viele Zweifelsfragen auf.<sup>77</sup> Der Gesetzgeber hat es allenfalls gut *gemeint*. So hat der damalige rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion *Jürgen Gebb* unmittelbar nach der flächigen Einführung der Anhörungsrüge harte Kritik an diesem Gesetz geäußert.<sup>78</sup> Senate des *BVerfG* haben sich hierzu nicht geäußert, weswegen Beschwerdeführer die Anforderungen durch eine Gesamtschau der Kammer-Rechtsprechungen<sup>79</sup> ermitteln müssen. Das Risiko einer anderweitigen Senatsentscheidung bleibt; ebenso die Gefahr, daß dem Beschwerdeführer vorgeworfen wird, er habe die Unzulässigkeit der Anhörungsrüge erkennen müssen.

Diese Unklarheiten dürfen nicht zu Lasten der Rechtsschutzsuchenden gehen.<sup>80</sup> Deshalb duldet das *BVerfG* bislang, daß in Zweifelsfällen trotz laufender Anhörungsrüge die Verfassungsbeschwerde fristwährend vorab eingelegt wird.<sup>81</sup> Auf Anregung wird das Verfahren zunächst nur im Allgemeinen Register eingetragen.<sup>82</sup> Sobald die Anhörungsrüge verworfen oder zurückgewiesen ist, ist gegen diesen Beschluß als Akt der öffentlichen Gewalt und insofern „letztinstanzliche“ Entscheidung<sup>83</sup> – erneut Verfassungsbeschwerde innerhalb der neu laufenden Monatsfrist zu erheben. Zeitgleich kann die im AR-Register „geparkte“ Verfassungsbeschwerde aufgerufen und die Verfahrensverbindung angeregt werden. Wer noch sicherer gehen will, erhebt beide Verfassungsbeschwerden – eine gegen die Hauptsacheentscheidung und eine gegen den Anhörungsrüge bescheidenden Beschluß<sup>84</sup> – parkt nicht, bereitet dem *BVerfG* ein wenig mehr Arbeit und erhöht das Kostenrisiko.

Die offenen Fragen zur Anhörungsrüge sind den Fachgerichten zugewiesen. Ihnen obliegt die Auslegung des Prozeßrechts – wenn auch stets die Gefahr besteht, daß das *BVerfG* manches im Rahmen einer anschließenden Verfassungsbeschwerde anders sieht. Wenn aber der Plenarbeschluß des *BVerfG* den fachgerichtlichen Rechtsbehelf als Verfassungsgebot fordert, so heißt das konsequent: fachgerichtliche Kompetenz. Also sind Divergenzen in der fachgerichtlichen Anhörungsrügerechtsprechung dem Großen Senat vorzulegen und auch der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes ist anzurufen. Allerdings ist sehr genau zu prüfen, ob Anhörungsrügen nach unterschiedlichen Verfahrensordnungen die gleiche Rechtsfrage aufwerfen.<sup>85</sup> Immerhin kann dieselbe Rechtsfrage in unterschiedlichen Gesetzen geregelt sein.<sup>86</sup> Insofern ist genau zu prüfen, wie sich die Rechtsfragen der Anhörungsrüge als Besonder-

*Bayerischer VerfGH* v. 19.12.2005 – Vf. 26-VI-05 (juris); *VerfGH des Landes Brandenburg* v. 21.1.2011 – 63/10 (juris); allgemein festhaltend *Heinrichsmeier* NVwZ 2010, 228.

<sup>77</sup> So auch *Schnabel* (Anmerkung zu 1 BvR 66/07) NJW 2007, 2244, 2245.

<sup>78</sup> *Gebb* DRiZ 2005, 121 ff.

<sup>79</sup> Sprachliches Analog zu Semmelknödeln (*Karl Valentin*).

<sup>80</sup> *Zuck* NVwZ 2005, 739, 741; *Lohse* StraFo 2010, 433, 434, 437.

<sup>81</sup> So ausdrücklich auch die 3. Kammer des 1. Senates des *BVerfG* v. 14.5.2007 – 1 BvR 730/07 = NJW-RR 2008, 75, Rn 20; auch *Sperlich*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Fn. 24), § 90 Rn.123; ebenso *Hömig*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 33. EL 2010, § 93 Rn.34 f.

<sup>82</sup> Skeptisch zu diesen „Park-Gesuchen“ *Zuck* AnwBl 2008, 168, 170.

<sup>83</sup> So auch *Zuck* NJW 2005, 1226, 1229; sehr deutlich auch *Detterbeck* NdsVBl 2010, 116, 118.

<sup>84</sup> Freilich mit dem Risiko, keine Kosten erstattet zu bekommen; *BVerfG* (Kammer) v. 24.4.2008 – 1 BvR 206/08 (juris); skeptisch zur vorsorglichen Verfassungsbeschwerde *Detterbeck* NdsVBl 2010, 116, 119, 121.

<sup>85</sup> Ausführlich hierzu *Kissel*, in: *Festschrift 75 Jahre BFH*, 1993, S. 591, 599.

<sup>86</sup> *GmS OGB* v. 6.2.1973 – GmS OGB 1/72 = NJW 1973, 1273.

<sup>74</sup> *Mattbes*, in: *Grundmann/Mattbes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 83, Rn.17; *Weth*, in: *Schwab/Weth*, ArbGG, 3. Aufl. 2011, § 83 Rn.51a.

<sup>75</sup> Sehr deutlich *Zuck* AnwBl 2008, 168, 170.

<sup>76</sup> Etwa auch *VerfGH des Landes Sachsen* v. 26.3.2009 – Vf. 173-IV-08 (juris); *StGH des Landes Hessen* v. 13.4.2005 – P.St. 1885 = NJW 2005, 2217; *Thüringer VerfGH* 21.12.2004 – 29/03 = NVwZ-RR 2005, 145;

heit der jeweiligen Verfahrensordnung begreifen lassen. Ob ignorierte materiell Beteiligte berechtigt sind, Anhörungsrüge zu erheben, ist etwa im arbeitsrechtlichen Beschlußverfahren und im FamFG gleich zu beantworten. Die Frage nach dem Fristbeginn stellt sich in allen Verfahrensordnungen gleich. Nur die fachgerichtliche Klärung kann Klarheit für den Rügeföhrer schaffen. Solange aber die geschilderten Zweifelsfragen bestehen, gilt die Diagnose im Plenarbeschluß des *BVerfG* von 2003 auch heute:

„Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit sind bei den zur Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 103 Abs. 1 GG

gegenwärtig verfügbaren außerordentlichen Rechtsbehelfen nicht erfüllt. Infolgedessen gibt es erhebliche Unsicherheiten bei der Entscheidung über die Frage, ob erst ein außerordentlicher Rechtsbehelf oder sogleich die Verfassungsbeschwerde einzulegen ist. Zur Vermeidung von Rechtsverlusten werden daher häufig beide Rechtsbehelfe parallel eingelegt. Derartige Zwänge illustrieren die rechtsstaatlichen Defizite der außerordentlichen Rechtsbehelfe. Zugleich führen sie zu einer unnötigen Belastung der Bürger und der Gerichte.“<sup>87</sup>

<sup>87</sup> *BVerfG* (Fn. 1), unter IV 2 b.

---