

## **Staatliche Justizgewähr**

Vortrag bei der Mitgliederversammlung  
der Vereinigung der Verwaltungsrichter Rheinland-Pfalz  
am 31. Oktober 2007 in Trier

**von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier**  
Präsident des Bundesverfassungsgerichts

**- es gilt das gesprochene Wort -**

### **I. Einleitung**

*„Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.“* Mit diesem Satz weist Art. 92 des Grundgesetzes insbesondere Ihnen - als an Gerichten eines Bundeslandes tätigen Richtern - eine Aufgabe zu, die schon als rechtsstaatliches "Urgestein"<sup>1</sup> bezeichnet worden ist: Die Pflicht des Staates zur Justizgewährung.

Die Vorhaltung qualifizierter Verfahren verbindlicher, öffentlicher Streitentscheidung und die Gewährleistung eines breiten und gleichmäßigen Zugangs zu solchen Verfahren waren im Kern freilich bereits eine Aufgabe des mittelalterlichen Reiches. In Fällen der Rechtsverweigerung erlaubte schon die Goldene Bulle von 1356 direkt am kaiserlichen Hof und Hofgericht Berufung einzulegen. Mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahr 1949 schließlich wurde bewusst ein "Justizstaat" geschaffen, in dem die Gesetzgebung und die Verwaltung prononciert der Kontrolle durch die rechtsprechende Gewalt unterworfen sind. So alt und so unangefochten die der rechtsprechenden Gewalt zugewiesene Aufgabe im Grundsatz also auch ist, muss sich ihre konkrete Verwirklichung jedoch immer wieder neu an den verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen. Mit einigen sich hieraus ergebenden Fragestellungen will ich mich heute gemeinsam mit Ihnen beschäftigen.

---

<sup>1</sup> Herzog, zitiert nach: Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, HStR, 3. Aufl., § 24 Rn. 70.

## **II. Der Rechtsstaat als Justizstaat**

Die justizstaatliche Ausrichtung unserer Verfassung ergibt sich nicht nur aus dem bereits erwähnten Art. 92 GG. Die rechtsprechende Gewalt ist im Grundgesetz vielmehr - wie Sie wissen - an zahlreichen Stellen erwähnt. So benennt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG die Rechtsprechung als eine der drei staatlichen Gewalten. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. In den Art. 92 bis 104 widmet das Grundgesetz der Rechtsprechung schließlich einen ganzen Abschnitt. Aus diesem Abschnitt hervorzuheben ist besonders Art. 97 GG, der den Richtern zur Verwirklichung ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabe sachliche und persönliche Unabhängigkeit garantiert.

Vor einem solchen verfassungsrechtlichen Hintergrund mutet es - lassen Sie mich das nur am Rande erwähnen - einigermaßen kurios an, dass der Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages nach seinem mir kürzlich übermittelten Tätigkeitsbericht für das Jahr 2006<sup>2</sup> die Forderung eines Petenten, eine nicht mit Juristen besetzte Kontrollinstanz zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu schaffen, zum Anlass einer - wie es heißt - „eingehenden“ Befassung genommen hat. Zu Ihrer Beruhigung: Im Ergebnis hat sich der Petitionsausschuss der Forderung nach einer solchen Kontrollinstanz nicht angeschlossen.

## **III. Die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes**

### **1. Allgemeines**

Wählt man bei der Betrachtung des „Justizstaates“ des Grundgesetzes die Perspektive dessen, der um gerichtlichen Rechtsschutz nachsucht, richtet sich der Blick einerseits auf die sogenannten Justizgrundrechte - wie den Anspruch auf den gesetzlichen Richter oder die Gewährleistung rechtlichen Gehörs - in Art. 101 und 103 GG und andererseits - und vielleicht zuvörderst - auf die verfassungsrechtliche Garantie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes. In einer Plenarentscheidung des Bundesverfassungs-

---

<sup>2</sup> BT-Drs. 16/6270, S.23f.

gerichts vom 30. April 2003<sup>3</sup> heißt es hierzu: *"Die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates. [...] Die grundgesetzliche Garantie des Rechtsschutzes umfasst den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung."*

Das Grundgesetz belässt dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung eines effektiven Rechtsschutzes freilich Spielräume. Dies gilt in Bezug auf die Bestimmung von Zuständigkeiten, Formen und Verfahren, aber etwa auch hinsichtlich der Besetzung der Gerichte. So ist die Frage nach der Bestellung eines Einzelrichters oder eines Kollegialgerichts oder nach der Mitwirkung von Laienrichtern an gerichtlichen Entscheidungen von Verfassungen wegen nicht vorgegeben.

Die Garantie effektiven Rechtsschutzes eröffnet auch keinen unbegrenzten Rechtsweg. Das Rechtsstaatsprinzip fordert nämlich genauso, dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet. Wann dies der Fall ist, entscheidet das Gesetz. Ich darf in diesem Zusammenhang noch einmal aus dem bereits erwähnten Plenarbeschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2003 zitieren, wo zur Frage des Rechtswegs ausgeführt wird: *"Insofern reicht es grundsätzlich aus, ist in einem Rechtsstaat aber auch als Minimum zu sichern, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können. Ein Instanzenzug ist von Verfassungen wegen nicht garantiert."*

Gewährt freilich die jeweilige Prozessordnung ein bestimmtes Rechtsmittel, darf das Rechtsmittelgericht dieses nicht ineffektiv machen oder gar „leerlaufen“ lassen. So muss sich ein Rechtsmittelgericht bei der Antwort auf die Frage, ob im jeweiligen Einzelfall für ein nach der Prozessordnung statthaftes Rechtsmittel ein Rechtsschutzinteresse besteht, von der Rechtsschutzgarantie leiten lassen.

---

<sup>3</sup> BVerfGE 107, 395.

Das Recht auf effektiven Grundrechtsschutz gebietet es auch, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung eines schwerwiegenden, wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen. Ein derart tiefgreifender Grundrechtseingriff liegt etwa bei Anordnungen vor, die das Grundgesetz vorbeugend dem Richter vorbehalten hat, wie dies bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Wohn- und Geschäftsräumen oder gar in Räumen von Medienunternehmen, wo zusätzlich der Eingriff in die Presse- und Rundfunkfreiheit ins Gewicht fällt, der Fall ist. Dies hat der Erste Senat in seinem Urteil vom 27. Februar 2007 im Fall "CICERO"<sup>4</sup> bestätigt.

Im Fall „CICERO“ war die physikalische Datenkopie einer Computerfestplatte mit Redaktionsmaterial beschlagnahmt worden. Nach Beendigung der Beschlagnahme argumentierte das zur Entscheidung berufene Landgericht, dass ein tiefgreifender Grundrechtseingriff deshalb nicht vorliege, weil dem Betroffenen durch die Beschlagnahme nicht etwa faktisch das Eigentum an einem Gegenstand entzogen worden sei. Bei dieser - ganz offensichtlich am Eigentumsgrundrecht orientierten - Überlegung hat das Landgericht jedoch das Grundrecht der Pressefreiheit unberücksichtigt gelassen. Denn dem Beschwerdeführer - Chefredakteur der Zeitschrift CICERO - ging es gar nicht um Eigentumsschutz, sondern um den Schutz redaktioneller Unterlagen vor einer Kenntnisnahme durch den Staat.

Lassen Sie mich nach diesen ersten Hinweisen zum Gewährleistungsgehalt der Rechtsschutzgarantie auf einige ihrer Ausprägungen ein wenig näher eingehen. Namentlich möchte ich zur Bedeutung prozeduraler Garantien beim Fehlen eines Instanzenzuges, zum Anspruch auf Rechtsschutz binnen angemessener Frist und schließlich zu Fragen der Beschränkung der Gewährung effektiven Rechtsschutzes einige Ausführungen machen.

## **2. Prozedurale Garantien beim Fehlen eines Instanzenzuges**

Zunächst also zur Bedeutung prozeduraler Garantien beim Fehlen eines Instanzenzuges. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutzsystem nimmt bei der Überprüfung eines Verhaltens im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens

---

<sup>4</sup> NJW 2007, 1117.

ein verbleibendes Risiko - gewissermaßen ein „Restrisiko“ - falscher Rechtsanwendung in Kauf. Dies ist im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht zuletzt deshalb hinnehmbar, weil durch institutionelle Vorkehrungen einerseits und durch verfahrensrechtliche Vorgaben andererseits dafür Sorge getragen ist, dass Rechtsanwendungsfehler möglichst unterbleiben und dass Entscheidungen willkürfrei auf einer hinreichend gesicherten Tatsachengrundlage getroffen werden. Ich verweise hier vor allem auf die Unabhängigkeit der Richter nach Art. 97 Abs. 1 GG, das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG.

Gerade der zuletzt genannte Anspruch auf rechtliches Gehör schafft einen wesentlichen Teil der Rechtfertigung dafür, dass der Gesetzgeber es den Beteiligten zumuten kann, gerichtliche Entscheidungen gegebenenfalls auch ohne eine weitere Korrekturmöglichkeit zu akzeptieren. Die Rechtsschutzgarantie verlangt dann allerdings, dass ein Rechtsbehelf gegeben ist, mit dem der Anspruch auf rechtliches Gehör - und sei es im Wege der gerichtlichen Selbstkorrektur - tatsächlich durchgesetzt werden kann. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht in dem bereits zweimal genannten Plenarbeschluss vom April 2003 die Einführung einer Anhörungsrüge eingefordert. Der Gesetzgeber ist dem Verlangen durch das Anhörungsrügensgesetz vom Dezember 2004 nachgekommen, mit dem er den Rechtsbehelf der Anhörungsrüge gegen im Übrigen nicht mehr anfechtbare Endentscheidungen flächendeckend eingeführt hat.

Noch ist es sicherlich zu früh, um alle Auswirkungen dieses Gesetzes abschließend beurteilen zu können. Soweit ich es jedoch aus meiner eigenen, spezifischen Erfahrung als Verfassungsrichter beurteilen kann, fügt sich die Anhörungsrüge noch nicht ohne jede Friktion in das Zusammenspiel zwischen einfachrechtlichem Rechtsweg und dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde ein. Auch lässt sich jedenfalls aus der Statistik des Bundesverfassungsgerichts seit Einführung der fachgerichtlichen Anhörungsrüge kein Rückgang der Verfahrenseingänge mit Rügen einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ableiten.

Festzuhalten bleibt meines Erachtens gleichwohl die folgende Erkenntnis: Je stärker die sachlichen Korrekturmöglichkeiten einer gerichtlichen Entscheidung eingeschränkt

werden, desto mehr ist auf die Einhaltung institutioneller wie verfahrensrechtlicher Standards zu achten, um die Qualität gerichtlicher Entscheidungen zu sichern.

### **3. Rechtsschutz binnen angemessener Zeit**

Von besonderer praktischer Bedeutung für die Effektivität der staatlichen Justizgewähr - wie übrigens auch für die Bewertung der Justiz durch die Verfahrensbeteiligten wie durch die Öffentlichkeit insgesamt - ist die Gewährleistung eines zeitnahen Rechtsschutzes. Wie ich meine, ist dies der Mehrzahl der Akteure - jedenfalls innerhalb der Justiz - durchaus bewusst. Auch die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geführte Qualitätsdiskussion greift zu Recht gerade auch diesen Gesichtspunkt auf. In einem gemeinsamen Papier vom Mai 2006 bezeichnen der ehemalige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts *Eckart Hien* sowie die Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und der Verwaltungsgerichtshöfe der Länder die Dauer der Verfahren für die Leistungen und das Ansehen der Gerichtsbarkeit als besonders bedeutsam.

Dies vor diesem Auditorium weiter herauszustreichen, bedeutete freilich Eulen nach Athen zu tragen: Ist doch die durchschnittliche Verfahrensdauer vor den rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichten im bundesweiten Vergleich schlichtweg als vorbildlich zu bezeichnen<sup>5</sup>. In nicht wenigen Bundesländern sieht es diesbezüglich leider erheblich schlechter aus.

Dem Erfordernis zeitgerechten Rechtsschutzes kann freilich nicht dadurch genügt werden, dass überlastete Gerichte nun einfach - womöglich unter Verletzung des rechtlichen Gehörs - "kurzen Prozess" machen. Vielmehr geht es um einen wirksamen Rechtsschutz binnen angemessener Zeit unter Beachtung aller Verfahrensgarantien.

#### **a) Regelungen des gerichtlichen Verfahrens**

Dem Ziel zeitnahen Rechtsschutzes möglichst nahe zu kommen, ist zunächst einmal eine Aufgabe des Gesetzgebers. Als Instrumente können hier etwa die Kürzung von Instanzenzügen oder sonstige Bestimmungen dienen, die - wie Fristenregelungen oder Präklusionsnormen - verhindern sollen, dass gerichtliche Verfahren unangemessen ver-

zögert werden. Derartige Regelungen können auch wegen einer Überlastung der Rechtspflege gerechtfertigt sein.

Die Ausgestaltung einer nationalen Rechtsordnung, die geeignet ist, Rechtsschutz in angemessener Zeit zu gewähren, fordert im Übrigen auch Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, nach dem die Vertragsstaaten verpflichtet sind, ihr gerichtliches System so einzurichten, dass die Gerichte Rechtssachen innerhalb angemessener Fristen entscheiden können. Erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg, die im Juni 2006 in der Rechtssache *Sürmeli* gegen die Bundesrepublik Deutschland<sup>6</sup> ergangen ist. Der Beschwerdeführer *Sürmeli* wandte sich - im Jahr 2001 und nach der Erhebung einer erfolglos gebliebenen Verfassungsbeschwerde - wegen der Dauer eines 1989 eingeleiteten zivilgerichtlichen Verfahrens an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die Große Kammer des Gerichtshofs hat 2006 - also nach etwa fünf Jahren - entschieden, dass sowohl Art. 13 EMRK, der das Recht auf eine wirksame innerstaatliche Beschwerde bei der Verletzung von Konventionsrechten gewährt, als auch der bereits erwähnte Art. 6 Abs. 1 EMRK, der das Recht auf ein faires Verfahren binnen angemessener Frist garantiert, durch die Bundesrepublik Deutschland verletzt worden seien. In seiner Entscheidung hat der Gerichtshof weiter festgestellt, dass die gegenwärtig nach deutschem Recht vorhandenen Möglichkeiten, gegen eine überlange Verfahrensdauer vorzugehen - wie die Dienstaufsichtsbeschwerde, die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung und die Verfassungsbeschwerde - keine wirksamen Rechtsbehelfe im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen. Der Gerichtshof hält vielmehr einen präventiven Rechtsbehelf zur Beschleunigung von Verfahren für die beste Lösung.

In diesem Sinn hat Straßburg den im Sommer 2005 vorgelegten Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde in der zitierten Entscheidung ausdrücklich begrüßt und die zügige Verabschiedung einer diesbezüglichen, in Deutschland bislang nicht vorhandenen gesetzlichen Regelung ange-

---

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 28. September 2006 (BT-Drs. 16/2828), wonach die durchschnittliche Verfahrensdauer vor den Verwaltungsgerichten - bezogen auf das Jahr 2004 - in Rheinland-Pfalz 4,3 Monate, in Brandenburg hingegen 27,2 Monate betragen hat.

<sup>6</sup> NJW 2006, 2389.

regt. Mehr als zwei Jahre nach der Vorlage des Referentenentwurfs ist allerdings derzeit noch immer offen, wann genau und wie im Detail es zu der wohl zu erwartenden gesetzlichen Neuregelung kommen wird.

### **b) Personelle und sächliche Ausstattung der Gerichte**

Soviel an dieser Stelle zur Rolle des Gesetzgebers. Doch bei weitem nicht nur legislatorische Maßnahmen können zur Gewährleistung einer effektiven staatlichen Justizgewähr erforderlich sein, sondern selbstverständlich auch die Verbesserung der personellen und der sächlichen Ausstattung der Gerichte. Eine solche Verbesserung der Personal- und der Sachausstattung der Gerichte kann sich sogar zu einem Verfassungsgebot verdichten. Virulent kann dies ganz besonders dann werden, wenn das Tätigwerden der Justiz - wie gerade auch in Haftsachen - mit intensiven Grundrechtseingriffen in untrennbarer Weise verbunden ist.

Lassen Sie mich in diesem Zusammenhang zunächst auf einen schon älteren Senatsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 hinweisen<sup>7</sup>. Der Beschwerdeführer der damals erhobenen Verfassungsbeschwerde befand sich wegen des dringenden Verdachts der Körperverletzung mit Todesfolge seit März 1972 wegen Fluchtgefahr in Untersuchungshaft. Ein gutes Jahr später, im Mai 1973 - ein Hauptverhandlungstermin war noch nicht bestimmt -, beantragte der Beschwerdeführer, den gegen ihn gerichteten Haftbefehl aufzuheben oder jedenfalls außer Vollzug zu setzen, was vom Landgericht wie vom Oberlandesgericht abgelehnt wurde. Die Überlastung des zuständigen Schwurgerichts stelle einen "wichtigen Grund" im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung dar, der die Haftfortdauer rechtfertige.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem widersprochen. Nach der am 12. Dezember 1973 ergangenen Senatsentscheidung kann sich der Staat - ich zitiere - "*dem Untersuchungsgefangenen gegenüber nicht darauf berufen, dass er seine Gerichte nicht so ausstattet, wie es erforderlich ist, um die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abzuschließen. Es ist seine Aufgabe, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und ihr dort, wo sie eintritt, rechtzeitig abzuwehren. Er hat die dafür erforderlichen*

---

<sup>7</sup> BVerfGE 36, 264.

- personellen wie sächlichen - Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen. Diese Aufgabe folgt aus der staatlichen Pflicht zur Justizgewährung, die Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips ist." Soweit also das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1973.

Auf jene Senatsrechtsprechung nimmt die neuere - in der Öffentlichkeit ja auch durchaus wahrgenommene - Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug. In einem Beschluss vom November 2005 ergänzt die 3. Kammer des Zweiten Senats<sup>8</sup>: "*Hilft der Staat der Überlastung der Gerichte nicht ab, so muss er es hinnehmen und gegebenenfalls auch seinen Bürgerinnen und Bürgern erklären, dass mutmaßliche Straftäter auf freien Fuß kommen, sich der Strafverfolgung und Aburteilung entziehen oder erneut Straftaten von erheblichem Gewicht begehen.*" Ich hoffe - und erwarte eigentlich auch -, dass die zweifellos deutlichen Worte der Kammer, deren Rechtsprechung zu Haftsachen ja hinsichtlich bestimmter Aspekte nicht ohne Kritik aus der Praxis geblieben ist - bei den Verantwortlichen in der deutschen Politik jedenfalls insoweit vernommen werden, als sie die zitierte Senatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerspiegeln.

### **c) Gerichtsorganisatorische Maßnahmen**

Doch nicht nur die Politik, sondern auch die Gerichte werden von der Kammer an die ihnen obliegenden Pflichten erinnert, wenn es in der bereits zitierten Entscheidung vom November 2005 - und übrigens ganz ähnlich auch in zwei einschlägigen Kammerentscheidungen vom September diesen Jahres<sup>9</sup> - in aller Deutlichkeit weiter heißt: "*Die mit der Haftprüfung betrauten Gerichte verfehlen die ihnen obliegende Aufgabe, den Grundrechtsschutz der Betroffenen zu verwirklichen, wenn sie angesichts des Versagens des Staates, die Justiz mit den erforderlichen personellen und sächlichen Mitteln auszustatten, die im Falle einer Verletzung des Beschleunigungsgebots gebotenen Konsequenzen nicht ziehen.*"

---

<sup>8</sup> NJW 2006, 668.

<sup>9</sup> Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. September 2007, Az. 2 BvR 1847/07 und 2 BvR 1850/07.

In diesem Sinne ist es Sache der Gerichte - und dies natürlich weit über den besonders sensiblen Bereich der Haftsachen und der Strafverfolgung hinaus - alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Beschleunigung von Verfahren zu ergreifen.

#### **4. Einschränkungen des Anspruchs auf Justizgewähr**

Nach diesen gleichsam "strafprozessual inspirierten" Ausführungen möchte ich nun auf eine Entscheidung des Ersten Senats aus dem Bereich des Vergaberechts vom Juni 2006<sup>10</sup> zu sprechen kommen, bei der die Frage zu beantworten war, ob und inwieweit der Rechtsschutzgarantie durch andere, ebenfalls verfassungsrechtlich fundierte Interessen Grenzen gesetzt werden können.

Konkret ging es um die Frage, ob es mit dem verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch vereinbar ist, dass bei Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftragssummen unterhalb eines bestimmten Schwellenwerts nicht das besondere Rechtsschutzregime der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gilt, sondern einem unterlegenen Bieter „nur“ die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten offen stehen. Auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten ist es erfolglosen Bietern jedoch in aller Regel faktisch nicht möglich, eine Vergabeentscheidung zu verhindern, weil sie meist schlicht nicht rechtzeitig Kenntnis von ihr erlangen. In der Folge bleibt den Betroffenen nur der Rechtsschutz in Form einer Schadensersatz- oder Feststellungsklage.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine solche Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes den Justizgewährungsanspruch verletzt, war von Bedeutung, dass es bei der gerichtlichen Kontrolle von Vergabeentscheidungen - wie übrigens auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Bestellung zum Insolvenzverwalter, zu der der Erste Senat im vergangenen Jahr ebenfalls eine Entscheidung zu treffen hatte<sup>11</sup> - eine Konfliktlage zu bewältigen gilt, an der mehrere Personen mit unterschiedlichen Interessen beteiligt sind: Da ist (1.) die staatliche Stelle, die den Auftrag vergibt, um auf zügige und wirtschaftliche Weise ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen, da ist (2.) der erfolgreiche Bieter, der ein Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung und einer zuverlässigen Vertragserfüllung

---

<sup>10</sup> BVerfGE 116, 135.

<sup>11</sup> BVerfGE 116,1.

hat, und da sind schließlich (3.) die erfolglosen Bieter, die ein Interesse an möglichst effektivem Schutz ihres Anspruchs auf Gleichbehandlung haben.

In solch einem mehrpoligen Verhältnis verlangt der Justizgewährungsanspruch nicht die schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten eines einzelnen Rechtssuchenden. Vielmehr steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, wenn er bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes miteinander kollidierende und verflochtene Interessen in einen Ausgleich bringt, der allen in verhältnismäßiger Weise gerecht wird. Die sich hieraus ergebende Beschränkung des Primärrechtsschutzes unterlegener Bieter verletzt nicht den verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch.

Hinweisen möchte ich vor diesem Auditorium auch noch darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung ausdrücklich festgestellt hat, dass die streitgegenständliche Vergabeentscheidung nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG erfolgt ist. Dies unbeschadet dessen, dass es um die Entscheidung eines Trägers öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von Leistungen zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben - namentlich Verkehrssicherungsmaßnahmen auf einer Autobahn - gegangen ist. Denn, so das Bundesverfassungsgericht, nicht jedes staatliche Handeln eröffnet die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Dieses Grundrecht soll Rechtsschutz vielmehr dort gewährleisten, wo der Einzelne sich zu einem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befindet. Von diesem spezifischen Schutzzweck her ist der Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu bestimmen.

Eine Vergabestelle aber handelt bei einer Auftragsvergabe nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt in diesem Sinne. Der Staat wird bei der Auftragsvergabe vielmehr als Nachfrager am Markt tätig. In dieser Rolle unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht greift der Staat bei einer Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass besteht, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen.

In unmittelbarer Anknüpfung an diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat denn auch - dies sei noch ergänzend erwähnt - das Bundesverwaltungsgericht

in einem Beschluss vom Mai diesen Jahres<sup>12</sup> für Streitigkeiten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs verneint. Die öffentliche Hand treffe in diesen Vergabeverfahren eine Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teile. Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen.

#### **IV. Zur Rolle des Richters**

Gestatten Sie mir nach diesen Bemerkungen zu verschiedenen Facetten der Rechtsschutzgarantie noch einige Hinweise zur Rolle des Richters im demokratischen Rechtsstaat und damit zum Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht. Auch diese Frage ist in letzter Zeit durchaus wieder in die Diskussion geraten.

So hat etwa der emeritierte Konstanzer Arbeitsrechtler *Rüthers* im vergangenen Jahr in einem in der *Juristen Zeitung* veröffentlichten Beitrag<sup>13</sup> die Beobachtung geäußert, Deutschland verwandele sich von einer parlamentarischen Demokratie in einen oligarchischen Richterstaat. Grund hierfür sei, dass die Richter die historische Auslegung, also die Entstehungsgeschichte einer Norm, vernachlässigten und stattdessen unter dem Deckmantel einer angeblich "objektiven Auslegung" eigene Gerechtigkeitsvorstellungen zur Verwirklichung brächten.

Der Präsident des Bundesgerichtshofs, *Günter Hirsch*, hat demgegenüber in einem wenig später in der *Zeitschrift für Rechtspolitik* veröffentlichten "Zwischenruf"<sup>14</sup> das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber mit dem Verhältnis des Pianisten zum Komponisten verglichen: Der Pianist interpretiere die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er habe Spielräume, dürfe aber das Stück nicht verfälschen.

---

<sup>12</sup> BVerwG NJW 2007, 2275.

<sup>13</sup> JZ 2006, 53.

<sup>14</sup> ZRP 2006, 161.

Ob dieses von Präsident *Hirsch* gewählte und von ihm erst jüngst in einem Beitrag für die *Juristen-Zeitung*<sup>15</sup> bekräftigte, zum Teil jedoch stark kritisierte<sup>16</sup> Bild vom Pianisten und Komponisten das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber treffend beschreibt, will ich dahingestellt sein lassen. Jedenfalls aber erscheint auch mir der gegen die Richterschaft geäußerte generelle Vorwurf der Usurpation von Funktionen legislativer Gewalt - mag er vereinzelt auch zutreffen - als zu weitgehend, ja aus der Luft gegriffen.

Ich habe den Eindruck, dass derartige Vorwürfe von einer antiquierten Gewaltenteilungsidee vergangener Jahrhunderte getragen sind, die weder den positiven grundgesetzlichen Normierungen, noch den heutigen Gegebenheiten und Möglichkeiten der Gesetzgebung, noch den realen Entscheidungsfindungsprozessen der Judikative gerecht wird.

Für *Montesquieu* - dem großen Staatstheoretiker der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts - war die richterliche Gewalt "*en quelque facon invisible et nulle*", und die Richter erschienen ihm nur als "*der Mund*", der die Gesetze des Staates spreche, "*leblose Wesen, die weder seine Stärke noch seine Härte zu mildern vermögen*"<sup>17</sup>. *Montesquieu* und viele nach ihm ließen sich jedoch naturgemäß von der Gerichtsbarkeit ihrer Zeit inspirieren, die sich als Straf- und Zivilgerichtsbarkeit im Wesentlichen nur auf die privaten Lebensbereiche erstreckte. Die heutige Justiz - und hier insbesondere die Verwaltungsgerichtsbarkeit wie auch die Verfassungsgerichtsbarkeit - hat kraft Verfassungsrechts demgegenüber Aufgaben zu übernehmen, die, so der frühere Präsident des Bundesverwaltungsgerichts *Fritz Werner*, „*in das Zentrum unserer gegenwärtigen politischen Existenz führen*"<sup>18</sup>.

Gerade auch durch Art. 19 Abs. 4 hat der vom Grundgesetz konstituierte Rechtsstaat eine besondere Prägung erfahren. Kennzeichnend für diese Prägung ist es, dass der rechtsprechenden Gewalt die Kontrolle von Verwaltung und Gesetzgebung übertragen ist. Und schon mit der Anerkennung eines materiellen Prüfungsrechts des Richters

---

<sup>15</sup> JZ 2007, 853.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *Möllers*, FAZ v. 26. Oktober 2006; *Rüthers*, JZ 2006, 958.

<sup>17</sup> Zitiert nach: *Werner Weber*, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Festschrift für *Carl Schmitt* zum 70. Geburtstag, 1959, S. 253 (256f.).

<sup>18</sup> *Fritz Werner*, Bemerkungen zur Funktion der Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, in: *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971, S. 171.

entfielen Grundvoraussetzungen eines zu eng verstandenen Gesetzespositivismus und der klassischen Gewaltenteilungsdoktrin, namentlich die Richtigkeitsvermutung zugunsten des Gesetzes.

Zu einer solchen Prononcierung der rechtsprechenden Gewalt tritt die Absage an die Vorstellung hinzu, dass alles, was nicht Gesetzgebung sei, sich in einem subsumtiven und deduktiven Rechtsanwendungsprozess erschöpfe, also ausschließlich erkenntnishafter Vollzug eines geschlossenen gesetzlichen Normensystems sei. Jene Vorstellung mag auf dem Höhepunkt des Gesetzgebungsstaats, in der Zeit der großen Kodifikationen, die von der Idee der Lückenlosigkeit des Gesetzesrechts geleitet waren, eine gewisse Berechtigung gehabt haben.

Der heutige, die massengesellschaftlichen Bedürfnisse befriedigende und die massengesellschaftlichen Funktionsabläufe steuernde Gesetzgeber kann mit seinem „*kompasslosen Voluntarismus*“ (*Hans Huber*<sup>19</sup>) und augenblicksgeprägten Dezisionismus hingegen nicht mehr unter dem Anspruch eines der Idee nach geschlossenen Normensystems auftreten. Seinen Rechtssätzen und Instituten fehlt überwiegend auch die "Vorformung" durch im Wesentlichen einheitliche und allgemein anerkannte gesellschaftliche Ordnungsvorstellungen. Seine Begriffe sind vor diesem Hintergrund mehrheitlich mehr oder minder traditionslose Zweckschöpfungen.

Auf der Grundlage der heutigen Plan- und Zweckgesetze, eines reglementierenden, technisierten und spezialisierten "*Situationsrechts*" (nochmals *Hans Huber*<sup>20</sup>) - nicht selten überdies voller dilatorischer Formelhaftigkeit - ist die richterliche Rechtsschöpfung offenbar geworden. Die richterliche Tätigkeit beschränkt sich mithin nicht auf reine Erkenntnisakte, ist nicht allein auf das Auffinden und das Nachvollziehen bereits getroffener gesetzlicher Wertungen beschränkt. Vielmehr umfasst sie auch schöpferische Willensakte, ist geprägt durch subjektiv-dezisionäre und wertende Faktoren.

So hat denn auch das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden *Soraya*-Entscheidung vom Februar 1973<sup>21</sup> dem Richter die Aufgabe und die Befugnis zu

---

<sup>19</sup> *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von *Zaccaria Giacometti*, 1953, S. 82.

<sup>20</sup> Siehe auch *Hans Huber*, a.a.O. (Fußn. 19), S. 79ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 34, 269.

"schöpferischer Rechtsfortbildung" zugewiesen und dabei unter Hinweis auf Art. 20 Abs. 3 GG - also der verfassungsrechtlichen Bindung der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" - einem zu eng verstandenen Gesetzespositivismus eine Absage erteilt. Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht jedoch auch einer allzu weiten Rechtsfortbildung Grenzen gezogen. Es verlangt nämlich, dass eine richterliche Entscheidung auf rationaler Argumentation beruht, die in Wortlaut, Systematik und Sinn des Gesetzes einen Anhaltspunkt findet<sup>22</sup>.

Krisenerscheinungen im Verhältnis der rechtsprechenden Gewalt zu den übrigen Staatsgewalten sind im Grunde vor allem auf zwei Ebenen möglich: Entweder übt der Richter rechtsschöpferische Tätigkeit auch dort aus, wo der Normgeber selbst abschließende politische Wertungen und Entscheidungen getroffen hat. Oder aber der Gesetzgeber unterlässt dort, wo es um an sich der gesetzlichen Regelung zugängliche Sachverhalte geht, die notwendige politische Gestaltung, Wertung und Entscheidung.

Im zweiten Fall überträgt der Gesetzgeber dem Richter Kontrollfunktionen, ohne ihm die Kontrollmaßstäbe mitzuliefern. Auf der Grundlage eines Rechtsverweigerungsverbots werden dem Richter eigene Wertungen, Maßstabsbildungen und letztlich politische Entscheidungen dann geradezu aufgedrängt. Mit diesem Phänomen muss die rechtsprechende Gewalt mehr oder weniger auskommen, sie kann es im Grunde nicht beeinflussen, sondern nur versuchen, es so behutsam wie möglich zu bewältigen.

Hiervon streng zu unterscheiden ist freilich die erstgenannte Situation, in der sich ein Richter - womöglich unter Berufung auf übergeordnete Aspekte der Gerechtigkeit oder der Billigkeit - aufgefordert fühlt, den in einer vorhandenen Vorschrift zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen zu negieren oder zu korrigieren. In einer solchen Situation hat die richterliche Rechtsfortbildung keinen Platz. Vielmehr hat der Richter eine vorhandene gesetzliche Regelung anzuwenden oder - hält er die Vorschrift für verfassungswidrig - im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen. Für einen dritten Weg ist unter der Geltung des Grundgesetzes kein Raum.

---

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 65, 182.

## V. Schluss

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich mit diesen Gedanken zur Rolle des Richters im demokratischen Rechtsstaat zum Ende meines Vortrags kommen. Sie alle stehen in Ihren Gerichten tagtäglich Ihre Frau und Ihren Mann und prägen so ganz wesentlich das Bild unseres Rechtsstaats. Lassen Sie sich von manchen Ärgernissen, die sicher auch in Zukunft nicht ausbleiben werden und die klar benannt werden müssen, bei der Ausfüllung dieser so wichtigen Aufgabe nicht entmutigen.

Auch die wohl zu erwartende Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde sollte Sie nicht allzu sehr schrecken. Schon zu Zeiten als *Johann Wolfgang von Goethe* Praktikant beim - von Spöttern als „Reichsjammergericht“ gescholtenen - Reichskammergericht in Wetzlar war, gab es intensive Klagen über zu lange Verfahrenslaufzeiten. Seitdem wurden aber nicht nur die "lange Bank" und die Schnüre auf dem Dachboden abgeschafft, an denen die Akten hängen und erst dann bearbeitet werden, wenn sie wegen Fäulnisbefalls herabstürzen, sondern - davon bin ich überzeugt - eine staatliche Justizgewährung in Deutschland verwirklicht, auf die wir, im Ganzen betrachtet, wirklich stolz sein können. Arbeiten wir daran, dass das auch so bleibt!

-----