



---

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

## Aus dem Inhalt

*Prof. Dr. Werner Schubert*  
200 Jahre Code civil –  
französisches Zivilrecht und seine  
Bedeutung für Deutschland

*Hans-Ernst Böttcher*  
Richter in Europa –  
deutsche Rechtskultur,  
französische Rechtskultur,  
europäische Rechtskultur

*Barbara Krix*  
Die Ausbildung  
französischer «auditeurs» am  
Landgericht in Itzehoe

*Schwerpunkt*  
*Frankreich–Deutschland:*  
*Rechtskulturen und Perspektive*

**April 2005**

C 6117 E

# Inhalt

## I. Aufsätze

Prof. Dr. Werner Schubert	200 Jahre Code civil – französisches Zivilrecht und seine Bedeutung für Deutschland	97
Hans-Ernst Böttcher	Richter in Europa – deutsche Rechtskultur, französische Rechtskultur, europäische Rechtskultur	103
Barbara Krix	Die Ausbildung französischer «auditeurs» am Landgericht in Itzehoe	108

## II. Amtliche Veröffentlichungen

AV d. MJF v. 25. Februar 2005 – II 313/5607 – 19 SH –	Änderung der Kostenverfügung	109
AV d. MJF v. 21. März 2005 – II 408/3831 – 3 SH –	Änderung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare	110
Gem. AV d. MJF u. d. IM v. 18. März 2005 – II 302/4701 – 21 SH –/IV 423 19.68/35.05	Änderung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren	76
Bek. d. Präs. d. SchlHLSG v. 7. März 2005 – 3712 E –04/05	Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit	113
Bek. d. Präs. d. SchlHLSG v. 7. März 2005 – 3712 E –05/05	Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit	113
Bek. d. MJF. v. 8. März 2005 – II 408/5413 E – 494 –	Ungültigkeitserklärung der Amtssiegel eines Notars	114
Bek. d. MJF. v. 8. März 2005 – II 408/5413 E – 495 –	Ungültigkeitserklärung der Amtssiegel eines Notars	114
Vfg. der Vors. d. JPA v. 14. März 2005 – 2232 E – 154 –	Besetzung des Justizprüfungsamtes für die Erste Juristische Staatsprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht	114

## III. Personalnachrichten

114

## IV. Ausschreibungen

115

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

SchiHOLG	13. 5. 2004	16 U 11/04	Zur Sittenwidrigkeit von Schuldanerkenntnissen von Kunden eines Nachtclubs mit Bordellbetrieb	116
SchiHOLG	30. 9. 2004	5 U 146/03	Nachweis der Gesellschafterstellung gegenüber GmbH (§ 16 GmbHG)	118
SchiHOLG	24. 6. 2004	11 U 38/03	Belehrungspflichten des Notars bei Firmenfortführung	119
SchiHOLG	30. 9. 2004	16 W 126/04	Richterablehnung: Anforderungen an ein Befangenheitsgesuch	121

**Terminankündigung**

## Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

### Gerhard Polt – solo –

#### Kabarettabend

Sonnabend, den 23. April 2005, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2 – Plenarsaal –

„Brauchts’ des? Ja, freilich!“ Nämlich Antworten auf elementare Fragen wie nach „Democracy“, der „Zeit“, der „Schweinsbratenkultur“ und: „wo ist Vogt?“ Antworten von Gerhard Polt, dem Kabarettisten, Schauspieler und Schriftsteller, Philosophen und Querdenker, Leute- und Bayernbeobachter. Doppelbödig, hinterfotzig, sozialkritisch, treffsicher.

Fast wäre der 1942 in München geborene Gerhard Polt Lehrer geworden. Doch trotz Studiums u. a. der Skandinavistik ist er „dahoam“ bei Kleinkunst und Kabarett. Häufig mit seiner Begleitgruppe „Biermösl Blossn“ oder mit Gisela Schneeberger, aber auch solo: ab 1978 in der Serie „Fast wie im richtigen Leben“, später im „Scheibenwischer“, in Filmen („Kehraus“, 1986; „Man spricht deutsch“, 1988 „Germanikus“, 2004), aber auch in Büchern (zuletzt „Hundskrüppel“, 2004). Vielfach ausgezeichnet, u. a. mit dem Deutschen Kleinkunstpreis (1980), dem Grimmepreis (1982 und 1983) und dem Bayerischen Literaturpreis (2001), ist Polt seit 2003 Mitglied der Bayerischen Akademie der schönen Künste.

**Kostenbeitrag:** 15 Euro (Schüler und Studenten: 7 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 18. April 2005 unter Tel.: 04621/86-1425 (montags bis donnerstags, 14.00–16.00 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

#### Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 18. Juli 2005: Lesung Günter Kunert
- 15. September 2005: Lesung F.C. Delius „Mein Jahr als Mörder“
- 31. Oktober 2005: Lesung Herbert Rosendorfer

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein in Kiel,  
das die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung beauftragt hat.  
Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt

ERSCHEINT SEIT 1750

AUSGEGEBEN IM APRIL 2005

TEIL A NUMMER 4

## 200 Jahre Code civil – französisches Zivilrecht und seine Bedeutung für Deutschland<sup>1</sup>

Prof. Dr. Werner Schubert, Kiel

Der Code civil<sup>2</sup>, dessen 200-Jahr-Feier im Jahr 2004 in Frankreich festlich begangen wurde, ist auch für die deutsche Rechtsentwicklung des 19. Jhts. von nicht wegzudenkender Bedeutung. Zusammen mit fast dem gesamten französischen Recht hat der Code civil als Code Napoléon in Norddeutschland südlich der Elbe und zusätzlich noch in Hamburg, Lübeck und in Lauenburg<sup>3</sup> – in den sog. hanseatischen Departementen – von 1811–1814 gegolten. Der von Frankreich schon 1807 nahegelegten freiwilligen Übernahme des C.N. hatten sich die Hansestädte mit Entschiedenheit widersetzt. So stellte 1808 die Lübecker Kommission, die sich mit der Einführung des französischen Rechts befasste, fest, die Hauptquelle aller Verschiedenheit zwischen dem Lübecker und dem französischen Recht bestehe darin, dass der C.N. „auf den Flor aller Stände gerichtet sei“<sup>4</sup>. Die Lübecker Gesetzgebung habe dagegen als einziges Ziel „den Credit des Kaufmanns im Allgemeinen und das Aufblühen seiner Geschäfte“. Lübeck mache „eine einzige blos auf Handel und Wandel gewidmete Kaufmannstadt“ aus. Bereits 1814 wurde in den drei Hansestädten und im Königreich Hannover das französische Recht als aufgedrungenes Recht aufgehoben. Gleichwohl konnten sich die Hansestädte den französischrechtlichen Einflüssen nicht ganz entziehen, wie die Neuordnung des Zivilprozesses in den Hansestädten und insbesondere des Notariats und der Handelsgerichtsbarkeit in Hamburg zeigt<sup>5</sup>.

Dem französischen Zivilrecht lagen nach Meinung der Liberalen der Vormärzzeit die Prinzipien der „modernen Staats- und Gesellschaftsordnung“<sup>6</sup> zugrunde. Im C.N. kam das zum Ausdruck durch den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz, die Gewährleistung der persönlichen Freiheit und der Unverletzlichkeit des Eigentums, der Unabhängigkeit des bürgerlichen Rechts von dem religiösen Bekenntnis (insbesondere im Eherecht) sowie durch den Wegfall der feudalen Institutionen (Fideikommiss, Lehen) und solcher Vereinbarungen, die eine dauernde Abhängigkeit von einem Grundstücksbesitzer haben würden. Hinzu kamen aus den ande-

ren napoleonischen Kodifikationen<sup>7</sup> das öffentliche und mündliche Gerichtsverfahren, die Einrichtung der Staatsanwaltschaft, die Geschworenengerichte, die Handelsgerichte, die Gewerbegerichte sowie das Notariat.

### I. Die Geltung des Code Civil (Code Napoléon) in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts:

Der C.N. galt während der napoleonischen Zeit in folgenden Gebieten im Wesentlichen unmodifiziert<sup>8</sup>: in den vier linksrheinischen Departementen (umfassend die Städte Zweibrücken, Mainz, Saarbrücken, Trier, Köln und Aachen), im Königreich Westphalen (Hauptstadt: Kassel), im Großherzogtum Berg, welches das ehemalige Herzogtum Berg (Düsseldorf, Elberfeld) sowie das heutige Ruhrgebiet umfasste, in den drei hanseatischen Departementen (Hamburg/Lübeck, Bremen, Osnabrück) sowie in den Departementen Ems-Oriental (seit 9.7.1810 bei Frankreich) und im Departement de la Lippe (Münster/Westfalen). Allerdings hob man in den rechtsrheinischen Territorien nur die Leibeigenschaft und die Personalfronen sowie alle zeitlich unbestimmten Dienste auf<sup>9</sup>. Dagegen blieben die Grundabgaben, die als Preis für die Überlassung des nutzbaren Eigentums zu betrachten waren, bestehen<sup>10</sup>; in Westphalen blieb sogar das geteilte Eigentum unangetastet. Baden übernahm zum 1.1.1810 den C.N. „mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Großherzogtum Baden“<sup>11</sup>. Die Zusätze, aber auch die deutsche Übersetzung des Originals änderten den C.N. in vielfältiger Weise ab: So blieb die feudale Bodenordnung in vollem Umfang bestehen. Ein Zusatzartikel zu Art. 340 C.N.<sup>12</sup> ließ zu, dass auch der Mann zum Vater eines nichtehelichen Kindes erklärt werden konnte, der „freiwillig geständig“ war, der Mutter während der Empfängniszeit beige- wohnt zu haben. LRS 1148 a beruhte für das Mitverschulden auf dem Grundsatz der Kompensation: „Schuld ist gegen Schuld wett- zuschlagen“<sup>13</sup>. Die LRS 1150 a–c enthielten Bestimmungen über das Tatbestandsmerkmal der Voraussehbarkeit des Schadens in

<sup>1</sup> Die Abhandlung beruht auf einem Vortrag des Verfassers auf der „Commemoration du Code civil“ in Brüssel am 19.2.2004.

<sup>2</sup> Zur Entstehung und Kennzeichnung des Code civil Jean-Louis Halpérin, *Le code civil*, 2. ed. Paris 2003; ders., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2. éd. Paris 2001. Eine deutsche Übersetzung des Code civil in der heutigen Fassung liegt nicht vor.

<sup>3</sup> Hierzu W. Schubert, *Fransösisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jhts.*, Köln, Wien 1977, S. 153 ff.; Burghart Schmidt, *Hamburg im Zeitalter der Französischen Revolution und Napoleons (1789-1813)*, Bd. 1, Hamburg 1998, insbes. S. 500 ff., 600 ff.; H. Stubbe *da Luz*: „Franzosenzeit“ in Norddeutschland (1803-1814), Napoleons hanseatische Departements, Bremen 2003.

<sup>4</sup> Hierzu W. Schubert, *Zeitschrift des Vereins für Lübeckische Geschichte und Altertumskunde*, Bd. 57 (1977), S. 138 ff., Zitat S. 141 m.w.N.

<sup>5</sup> Schubert, *Sav. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. (ZRG GA)*, Bd. 94, S. 145 ff.

<sup>6</sup> Carl Crome, *Allg. Theil der modernen franz. Privatrechtswissenschaft*, Mannheim, S. 15 ff.; J. Becker, *JuS* 1985, S. 340 ff.

<sup>7</sup> Code de procédure civile, Code de commerce, Code pénal (hierzu Christian Brandt, *Die Entstehung des Code pénal und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jhts.*, am Beispiel Bayerns und Preußens, Frankfurt a.M. 2002) und Code de procédure criminelle.

<sup>8</sup> Hierzu E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des C.N. in den Rheinbundstaaten*, 2. Aufl. 1978; Schubert, aaO. (Fn. 2), S. 70 ff.

<sup>9</sup> Hierzu Schubert, aaO. (Fn. 3), S. 362 ff.

<sup>10</sup> Diese Grundstückslasten waren zum 20–25-fachen Betrag ablösbar (vgl. K. Rob, *Regierungsakten des Kgr. Westphalen 1807–1813*, München 1992, S. 116 ff.).

<sup>11</sup> Hierzu u.a. Julius Federer, in: *Baden im 19. und 20. Jht.*, Bd. 1, Karlsruhe, S. 81 ff.; W. Andreas, *Die Einführung des C.N. in Baden*, in: *SZRG GA* Bd. 31 (1910), S. 182 ff. – Zitiert wird das Bad. Landrecht nach „Sätzen“ (LRS).

<sup>12</sup> Art. 340 C.N. untersagte jede gerichtliche Nachforschung nach dem nichtehelichen Vater (la recherche de la paternité est interdite).

<sup>13</sup> Der C.N. enthält keine Regelung über das Mitverschulden, dessen Berücksichtigung im heutigen franz. Recht selbstverständlich ist (vgl. M. Ferid, *Das Franz. Zivilrecht*, Frankfurt a.M. 1971, Bd. 1, 2 B 100; hierzu auch D. Schumacher, *Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jhts.*, Stuttgart 1969, 116 ff.).

Art. 1150 C.N.<sup>14</sup> Die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung brachte unterschiedliche Regelungen für vorsätzliche und fahrlässige Taten. Insbesondere war in LRS 1382 a die entschädigungspflichtige Tat dahin umschrieben: „Jede unrechte That eines Menschen, welche einen Anderen beschädigt, verbindet den Thäter zur Entschädigung.“

In dem für Eugène Beauharnais bestimmten Großherzogtum Frankfurt<sup>15</sup> führte Karl Theodor von Dalberg zum 1.1.1811 den C.N. im Original zusammen mit der nicht sonderlich genauen Übersetzung von Erhard ein. Allerdings waren wichtige Teile der Kodifikation modifiziert. Zwar wurde die obligatorische Zivilehe eingeführt, jedoch war eine Eheschließung nur möglich, wenn kein kirchliches Ehehindernis vorlag. Für die Ehescheidung von Katholiken waren weiterhin die kirchlichen Gerichte zuständig, da Dalberg „als letzter geistlicher Fürst“ nicht „der erste Erzbischof“ sein wollte, „der seiner Geistlichkeit einen tausendjährigen Vorzug entzieht“<sup>16</sup>. Zu Art. 530 C.N.<sup>17</sup> kam eine Regelung über die Ablösung der Grundabgaben nicht mehr zustande; ebenfalls nicht eine dem C.N. entsprechende Justizverfassung. Intensiv befassten sich mit den Voraussetzungen einer Einführung des C.N. Hessen-Darmstadt und Nassau<sup>18</sup>. Jedoch wollte der für die Einführungsarbeiten zuständige Nassauische Jurist Ludwig Harscher von Almendingen die Übernahme des C.N. solange wie möglich hinausschieben.

Die wohl beste kodifikatorische Arbeit der Rheinbundzeit war der Entwurf zu einem „Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Baiern“ von 1808/09<sup>19</sup>, der im wesentlichen auf den Vorschlägen von Paul Johann Anselm von Feuerbach beruhte. Der bayerische König Maximilian IV. hatte mit der Aufnahme der Kodifikationsarbeiten dem Drängen Napoleons nachgeben wollen, seinen Code auch in Bayern einzuführen<sup>20</sup>. Feuerbach stellte in einem Bericht für das Justizministerium „über die Art der Einführung des C.N. in einem deutschen Lande“<sup>21</sup> 1808 als Hauptideen des C.N. heraus: Freiheit der Person, rechtliche Gleichheit der Untertanen; Gleichheit der Gesetze für alle Bürger des Staates; Freiheit des Eigentums sowie Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Staates von der Kirche zu allen bürgerlichen Dingen. Der C.N. war für ihn ein Resultat der Französischen Revolution<sup>22</sup>: „Es war Zweck der französischen Gesetzgebung, einerseits die Revolution vollkommen zu beenden, andererseits die wohlthätigen Resultate der Revolution zu verewigen“. Wer die Grundideen eines Gesetzbuchs durch Modifikation zerstören wolle, töte „das wahrhaft geistige Lebende desselben und macht den lebendigen Leib zum Leichnam. In der Modificationsretorte, auf welcher der unbequeme spiritus rector verflüchtigt werden sollte, bliebe zuletzt nicht mehr als ein caput mortuum zurück, welches kaum des Aufhebens Werth sein dürfte. Gerade diejenigen Theile der französischen Gesetzgebung, welche unseren bestehenden teutschen Grundsätzen widersprechen, sind dessen glänzendste Punkte“. Als die Beratungen des Entwurfs im Geheimen Rat nahezu abgeschlossen waren, brachte 1809/10 die konservative Adelsopposition die Vorlage zu Fall. Der bayerische Entwurf stellt insbesondere wegen der von Feuerbach vorgeschlagenen Änderungen des Hypothekenrechts eine dem französischen Original durchaus ebenbürtige deutsche Fassung des C.N. dar. Besondere Sorgfalt legte Feuerbach auf die sprachliche Fassung: Sofern eine Regelung des C.N.

beibehalten werden sollte, ging es ihm darum, das französische Original in eine „reine, durch keine Provinzialismen befleckte, deutsche Gesetzes-Sprache womöglich mit gleichen Vorzügen“ zu übertragen<sup>23</sup>. Doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Kommission häufig die Grenzen einer bloßen Übersetzung überschritten hat. Die wichtigste Änderung bestand darin, dass im Entwurf fast alle Spuren der französischen Justizverfassung getilgt waren. Modifiziert war auch Art. 530 C.N. dahin, dass die Ablösung immerwährender Grundrenten nur im Einverständnis beider Parteien zulässig sein sollte. Dem Erbrecht lag die Erbfolgeordnung des österreichischen Rechts zugrunde<sup>24</sup>. Das vom C.N. fast vollständig übergangene Besitzrecht war in einem eigenen Kapitel geregelt.

Die Übersetzung des C.N. ins Deutsche<sup>25</sup> erwies sich anfangs als sehr schwierig, da die französische Rechtsterminologie, die eng mit der Justizverfassung und dem Prozessverfahren zusammenhing, so gut wie unbekannt war. Am gelungensten ist die offizielle, für das Königreich Westphalen von *Burchard Wilhelm Pfeiffer* stammende Übersetzung<sup>26</sup>. Diese zeichnete sich durch ein Höchstmaß an Genauigkeit aus, die durch ein intensives Studium der Materialien zum C.N. einschließlich der Werke von *Domat* und *Pothier* erreicht wurde. Hilfestellungen dürfte auch der westfälische Justizminister *Siméon*<sup>27</sup>, ehemals Staatsratsmitglied in Paris, gegeben haben. Im Gegensatz zu den schon vorliegenden Übersetzungen, die Pfeiffer im übrigen sehr geschickt benutzte, hatte er besonderes Augenmerk auf die Wiedergabe der verfahrensrechtlichen Ausdrücke der französischen Rechtssprache gelegt, ohne dass er dabei die deutsche Sprache vernachlässigte.

## II. Die Beurteilung des Code Napoléon zwischen 1807 und 1814:

Nach der Gründung des Rheinbundes 1806 gehörte die Einführung des C.N. zu den wichtigsten rechtspolitischen Themen der zeitgenössischen Publizistik<sup>28</sup>. Die Mehrheit der Autoren begrüßte den C.N. als willkommenes Mittel, im rheinbündischen Deutschland nicht nur die Rechtseinheit herbeizuführen, sondern auch notwendige Reformen auf dem Gebiet des Privatrechts, des Prozessrechts und der Gerichtsverfassung in die Wege zu leiten. Allerdings fand die verfassungs- und gesellschaftspolitische Seite des C.N. bei nur wenigen Autoren die erforderliche Beachtung. Repräsentativ für die Befürworter einer Rezeption der C.N. war das Urteil des Jenaer Universitätsprofessors *Seidensticker* von 1808. Im Anschluss an französische Stimmen aus dem Jahre 1806 stellte er die römischrechtliche, d.h. die für ihn übernationale Komponente des C.N. deutlich heraus<sup>29</sup>: „Im zweiten und dritten Buche des C.N. herrschen die Grundsätze des römischen Rechts durchaus. Aber nicht bloß von Stelle zu Stelle, und von Buch zu Buch zeigt sich die Übereinstimmung, sondern es ist auch die auf das römische Recht (in) doctrineller Weise durch ganz Europa gegründete *Wissenschaft* des Rechts, worin der Geist der Gesetze ruht, welche den C.N. ausmachen. Es lässt sich daher, eben so wie vorher, eine Wissenschaft des französischen Rechts nicht wohl anders darstellen, als vom römischen Rechte her“. Frankreich, dessen erster Zivilgesetzbuchentwurf mit dem Sturz *Robespierres* „seinen rechten Platz unter den Monstris der Revolution angewiesen erhielt“, war für den Rezensenten „bey der bekannten Universalität der römischen Jurisprudenz, der Hauptsache nach in den allgemeinen Civilrechtsverband wieder mit eingetreten“. Einer Vollrezeption stand allerdings entgegen, dass der C.N. in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Revolution auf einer individualistischen Eigentumsordnung beruhte. Wenn man den C.N. „im Ganzen verpflanzen“ wolle<sup>30</sup>, dann „wird es nöthig seyn, ihn vorher für die Verfassung, oder aber umgekehrt, so weit es statthaft und ausführbar sey, diese für jenen einzurichten“. Ohne sich mit Einzelfragen zu

<sup>14</sup> Diese und die folgenden Regelungen weichen vom franz. Recht ab; insbesondere fehlt dem franz. Recht eine klare Abgrenzung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld (vgl. *Ferid/Sonnenberger*, Das franz. Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 460 ff.).

<sup>15</sup> Hierzu P. *Darmstädter*, Das Großherzogtum Frankfurt, Frankfurt a.M. 1901; K. Rob. *Regierungsakten des Primatialstaates und des Großherzogtums Frankfurt 1806-1813*, München 1995; *Schubert*, aaO. (Fn. 3), S. 292 ff.

<sup>16</sup> *Darmstädter*, aaO., S. 239 (Anm. 3).

<sup>17</sup> Art. 530 C.N. lautet: „Toute rente établie à perpetuité pour le prix de la vente d'une immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.“ (Jede Rente, die als Kaufpreis eines Grundstückes oder als Preis einer Bedingung der unter einem lästigen oder einem wohlthätigen Titel geschehenen Abtretung eines Immobilienstücks für immer errichtet worden, ist ihrem Wesen nach ablösbar; zitiert nach J. Cramer, Les cinq Codes. Die fünf franz. Gesetzbücher, Koblenz, o.J.).

<sup>18</sup> Hierzu U. *Ziegler*, Regierungsakten des Herzogtums Nassau 1803–1814, München 2001, S. 114 ff.; ders., Regierungsakten des Großherzogtums Hessen-Darmstadt 1802–1820, München 2002, S. 252 ff.; *Schubert*, aaO. (Fn. 3), S. 242 ff.

<sup>19</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Bayern, Entwurf von 1808/09, neu hrsg. und ergänzt von W. *Schubert*, Frankfurt a.M. 1986.

<sup>20</sup> Über Bayern in der Rheinbundzeit M. *Schimke*, Regierungsakten des Kurfürstentums und Kgrs. Bayern 1799–1815, München 1996, S. 238 ff.

<sup>21</sup> Der Bericht von Feuerbach ist enthalten in „Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung“, Landshut 1812, S. 3–69 (vgl. auch *ders.*, Naturrecht und positives Recht, Freiburg, Berlin 1993, S. 131 ff. [Vortrag von 1809]); über Feuerbach G. *Kleinheyer/U. Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, S. 126 ff.

<sup>22</sup> *Feuerbach*, aaO., S. 12; das folgende Zitat S. 14 f.

<sup>23</sup> Prot. vom 21.1.1809 (Bayr. HStA München, Staatsrat 9).

<sup>24</sup> Vgl. Edikt Joseph II. über die gesetzliche Erbfolge vom 11.5.1786 (vollständige Sammlung aller ...höchsten Verordnungen und Gesetze, Bd. 6, Wien, 1788 ff., S. 179 ff.); Art. 726 ff. bayr. Entwurf.

<sup>25</sup> Zu den ersten Übersetzungen des C.N. W. *Schubert*, in: B. Eckert/H. Hattenhauer, Sprache – Recht – Geschichte, Karlsruhe 1991, S. 133 ff.

<sup>26</sup> Über Pfeiffer R. *Bovensiepen*, in: Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck, Bd. 2, 1940, S. 308 ff.; J. Nolte, B. W. Pfeiffer, Göttingen 1969.

<sup>27</sup> Über *Siméon Chr. zur Nedden*, Die Strafrechtspflege im Kgr. Westphalen (1807 bis 1813), Frankfurt a.M. 2003, S. 13 mwN.

<sup>28</sup> Überblick bei *Schubert*, aaO. (Fn. 3), S. 47 ff., 312 ff.

<sup>29</sup> J.A.L. *Seidensticker*, Jen. ALZ 1807 I, Sp. 29.

<sup>30</sup> *Seidensticker*, aaO., Sp. 45.

befassen, trat Seidensticker für eine vorherige Anpassung des C.N. an deutsche Verhältnisse ein, falls man dieses Gesetzbuch rezipiere, was allein von den souverän gewordenen Rheinbundfürstentümern abhängige. Diese Sicht des C.N. musste dazu führen, dass Seidensticker die Schwierigkeiten einer Rezeption des C.N. unterschätzte. So sah er durchaus den Zusammenhang des C.N. mit dem Code de procédure civile, ohne hieraus jedoch die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Er meinte nur recht allgemein<sup>31</sup>, dass in der „bisherigen Gerichtsverfassung und den Processformen ... einige Änderungen vorgenommen werden“ müssten, da sonst Deutschland der C.N. nicht in seinen praktischen Folgen zustatten kommen werde. Dagegen konnte man seiner Ansicht nach notfalls alle „deutschen Rechtsinstitute“ zunächst beibehalten, über die der C.N. keine Regelung brachte, weil dieser sie nur stillschweigend als abgeschafft voraussetzte.

Ein warmer Befürworter des C.N. war auch *Feuerbach*. Zwar schätzte er die Systematik des C.N. nicht sehr hoch ein. Jedoch war er für ihn mehr als alle anderen Gesetzbücher eine „höchst lehrreiche Schule der Politik und Gesetzgebungskunst“<sup>32</sup>. Die französische Gesetzgebung sonderte nach ihm „das Analytische, welches sie der Jurisprudenz überließ, wenigstens größtenteils von ihrem Umfange aus, setzte sich das Allgemeine, die Prinzipien und Regeln, die eigentliche Synthese der Rechtsgesetzgebung, wo sich Recht und Politik notwendig vereinigen, zum Hauptziel ihres Unternehmens und ist dadurch für uns ein Muster der Gesetzgebung geworden.“ Seiner Ansicht nach konnten nur die dem C.N. zugrunde liegenden Grundentscheidungen Ausgangspunkt einer Reform des Zivilrechts sein.

*Almendingen*, einer der besten Kenner des französischen Zivilrechts und der mit ihr zusammen hängenden Justizverfassung, wandte sich schon im Oktober 1807 gegen eine unkritische Übernahme französischer Gesetze und trat ein für eine „deutsche Reform“ der Rechtspflege und der Gesetze „aus den Bedürfnissen der Zeit, aus den Fortschritten deutscher Kultur, aus den Ansichten deutscher Gesetzgebungsphilosophie“<sup>33</sup>. Er wies darauf hin, dass die deutschen Gesetze auf guten Grundlagen beruhten und dass die „revolutionäre Einführung der Gesetzgebung eines fremden, wenn schon höchst gebildeten Volks, die Keime selbständiger Entwicklung ersticken“ würden. Bereits 1807 hob er die Individualität einer jeden nationalen Rechtsordnung hervor, wie es später auch die Historische Rechtsschule tat. Almendingen lehnte eine Rezeption des C.N. durch einen einzelnen Rheinbundstaat ab. Seine vielfältigen Aktivitäten hatten zum Ziel<sup>34</sup>, „entweder alle deutschen Regierungen gegen die Annahme eines für jede schädlichen und untauglichen Gesetzbuchs zu warnen oder sie zu überzeugen, dass das nämliche Gesetzbuch, wenn sie sich über seine Tendenz und seine Zubehörenden unter sich und mit dem Protektor verständigten, für alle der Vehikel einer Verfassung und mithin für das durch gränzenlose Willkür und Verfassungslosigkeit misshandelte deutsche Volk, dem damals noch keine Morgenröthe einer bessern Zukunft tagte – eine Wohlthat werden könnte.“

### III. Der Code civil in Deutschland zwischen 1814 und 1848:

Die Gegner einer Übernahme des C.c. durch deutsche Staaten meldeten sich alsbald mit dem Ende der napoleonischen Herrschaft<sup>35</sup>. Sie kamen sowohl aus dem konservativ-restaurativen als auch aus dem national-freiheitlichen Lager<sup>36</sup>. Der hannoversche Staatsmann *August Wilhelm Rehberg* lehnte die Kodifikation vor allem deswegen ab, weil sie auf den Prinzipien der Gleichheit und Freiheit beruhte<sup>37</sup>. Seine Hauptkritik richtete sich gegen das Familien-, Boden- und Hypothekenrecht. Nach *Thibaut* hatte der C.N. die großen liberalen Ideen der Revolution verraten, den Redak-

toren sei jegliche Philosophie des Zivilrechts fremd gewesen. Die Revolution habe den „Einzelnen zur vollen Originalität und Selbstständigkeit erheben wollen“<sup>38</sup>, während „umgekehrt seit der neuen monarchischen Verfassung alles hervorgesucht ward, den Einzelnen wieder durch die Knechtschaft alter Gebräuche zu fesseln, den Menschen durch Eigennutz und Ehrgeiz zu gängeln, freyes Nachdenken unmöglich zu machen und so aus allen Einzelnen gleichförmige Werkzeuge des unermesslichen, undurchdringlichen Willens des Machthabers zu bilden“. Der C.N. bewies ihm dies auf jeder Seite. Wollte man dem deutschen Volk ein fremdes Recht aufdrängen, so müsse wenigstens die Hauptbedingung sein, dass es in formeller Hinsicht die Probe bestehe: „Gerade da aber ist die schwächste Seite des Code.“<sup>39</sup>

*Savigny*<sup>40</sup>, mit dem Inhalt des C.N. bestens vertraut, bezeichnete ihn 1814 als eine „überstandene politische Krankheit“<sup>41</sup>. Seine Abneigung gegen den C.N. beruhte auf seiner konservativen Grundhaltung, die er mit *Rehberg* teilte. Er erkannte zwar an, dass der C.N. Frankreich eine halbe Rückkehr zu den „vorigen ruhigen Zuständen“ gebracht habe<sup>42</sup>. Für Deutschland aber, das der „Fluch dieser Revolution nicht getroffen“ habe, war der C.N. in seinen Augen ein „Schritt vorwärts in den Zustand der Revolution hinein, folglich verderblicher und heillos als für Frankreich selbst“. Der Hauptteil seiner Kritik richtete sich gegen die Rechtsquellenlehre des französischen Rechts und den technischen Teil des C.N., „welcher gedacht werden könnte als ohne alle Revolution, indem er schon bestehendes Recht enthält“.

Der C.N. wurde in fast allen rechtsrheinischen Gebieten nach dem Ende der napoleonischen Herrschaft außer Kraft gesetzt<sup>43</sup> und blieb zusammen mit den vier weiteren napoleonischen Kodifikationen nur in der preußischen Rheinprovinz (einschließlich des rechtsrheinischen Düsseldorf und der Gebiete des ehemaligen Herzogtums Berg)<sup>44</sup>, in Rhein Hessen (Mainz) und in der bayerischen Rheinpfalz (Zweibrücken) sowie in Baden in der Fassung des „Landrechts“ bis 1900 bestehen. Lediglich in Preußen war es zu scharfen Auseinandersetzungen zwischen der rheinischen Bevölkerung und der preußischen Ministerialbürokratie über die Beibehaltung des französischen Rechts gekommen. Mit Hilfe des preußischen Königs Friedrich Wilhelm IV. erreichten es die Rheinländer, dass die Abschaffung des C.N. von der Revision des preußischen Zivilrechts<sup>45</sup> abhängig gemacht wurde, die jedoch in der Folgezeit nicht zustande kam. Für Rhein Hessen und Rheinbayern kam es zu garantieähnlichen Erklärungen der Landesherren, das französische Recht vorerst nicht anzutasten. In der Vormärzzeit bekamen unter dem Frühliberalismus der C.N. und die weiteren Institutionen des französischen Rechts Modellcharakter für soziale und institutionelle Reformen. Für Hessen-Darmstadt war im Rahmen der Kodifikationsarbeiten<sup>46</sup> bereits in den 40er Jahren geplant, für das Personen- und Familienrecht zu wesentlichen Teilen das erste Buch des C.N. zu übernehmen. Der Entwurf stärkte jedoch über das französische Recht hinaus die Eigenverantwortlichkeit des Individuums und der Familie, indem er die vielen lästigen, von Misstrauen gegen die menschliche Natur beherrschten Formvorschriften nur zum Teil übernahm. Die Verhandlungen über den Personenrechtsentwurf von 1846 in der zweiten Kammer der hessischen Stände 1846/47<sup>47</sup> lassen das Streben der Rheinländer nach einem gesetzlich festgelegten Freiheitsraum und das den Frühliberalismus kennzeichnende Beharren auf den vom französischen Recht abgeleiteten Rechtsinstitutionen sowie dessen Vertrauen auf die politische Wirksamkeit erkennen. Kenn-

<sup>38</sup> A.F.J. *Thibaut*, Heidelberg, Jahrbücher 1814, S. 6.

<sup>39</sup> *Thibaut*, aaO, S. 20.

<sup>40</sup> Über *Savigny J. Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Philosophie bei Fr. Carl von *Savigny*, Ebelsbach 1984; *Kleinheyer/Schröder*, aaO (Fn. 21), S. 352 ff.

<sup>41</sup> *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, hrsg. von H. Hattenhauer, 2. Aufl., München 2002, S. 116.

<sup>42</sup> *Savigny*, aaO, S. 84; das folgende Zitat S. 85.

<sup>43</sup> Hierzu *Schubert*, aaO (Fn. 4), S. 134 ff.

<sup>44</sup> *Becker*, JuS 1985, S. 340 ff.; *Ernst Landsberg*, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814–1819, Bonn 1914 (Neudruck Düsseldorf 2000); *Schubert*, aaO (Fn. 4), S. 154 ff.

<sup>45</sup> Zur preuß. Gesetzrevision *W. Schubert/J. Regge*, Gesetzrevision (1825–1848), Abt. I, Bd. 1, Vaduz 1981, Einleitungen der Hrsg.

<sup>46</sup> Zum folgenden *B. Dölemeyer*, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III 2, München 1982, S. 1518 ff.; *Schubert*, Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogtum Hessen. Entwürfe und Motive (1842–1852), neu hrsg., Frankfurt a.M. 1986, Einleitung in Bd. 1.

<sup>47</sup> Vollständig hrsg. von *W. Schubert*, Beratungen über den Hessischen Personenrechtsentwurf, Verhandlungen der I. und II. Kammer der Landstände, Frankfurt a.M. 1988.

<sup>31</sup> *Seidensticker*, Einleitung in den Kodex Napoleon, Tübingen 1808, S. 491, 489.

<sup>32</sup> *Feuerbach*, Themis, S. 37; hieraus auch das folgende Zitat.

<sup>33</sup> *Almendingen*, Metaphysik des Civilprozesses, Gießen 1808, S. V; das folgende Zitat S. VII.

<sup>34</sup> So *Almendingen* in: Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Bd. 1, Wiesbaden 1814, S. 375.

<sup>35</sup> Hierzu im Überblick *Schubert*, aaO (Fn. 2), S. 594 ff.

<sup>36</sup> Beispielsweise wurde auf dem Wartburgfest 1817 auch eine Ausgabe des C.N. verbrannt (*Th. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800–1866, München 1983, S. 280). Das preuß. ALR stellte wegen seiner veralteten Kodifikationstechnik und seiner gesellschaftspolitischen Rückständigkeit keine Alternative dar; am ehesten kam noch das österr. ABGB von 1811 als Vorbild für eine gesamtdeutsche oder einzelstaatliche Zivilrechtskodifikation in Betracht.

<sup>37</sup> A.W. *Rehberg*, Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland, Hannover 1814, S. 14 ff.

zeichnend für die Einstellung der Vormärzzeit und der Revolution von 1848/49 war die liberale Interpretation des französisch-napoleonischen Rechts. Die französischen Gesetzbücher, so der rheinhessische Abgeordnete *Josef Brunck*<sup>48</sup>, „sind uns mit Gewalt aufgedrungen worden, wir hassten sie anfangs deshalb und gewannen sie erst dann lieb, als wir wieder deutsch wurden ... und wie diese Gesetze nun in unserer Muttersprache angewendet wurden, und zu einer Zeit, wo wir auch Vergleiche anstellen konnten, wie sich unsere Gesetze zu den Gesetzen unserer Brüder jenseits des Rheins verhielten, lernten wir sie erst recht hoch schätzen und achten. Zu seiner Zeit verachtete man mit dem Franzosenthum auch ihre Institutionen, jetzt ist das Verhältniß ganz anders. Man verlangt jetzt überall öffentliches und mündliches Verfahren, Geschworenengerichte und zeitgemäße Gesetzbücher, wobei die französischen nicht umgangen werden können. In diesem Sinne will man jetzt Vieles mit den Franzosen gemein haben.“

Mit der Revolution von 1848/49 erreichte der Einfluss des französischen Rechts als eines gesellschaftspolitischen Emanzipationsmodells seinen Höhepunkt. Im Abschnitt der Frankfurter Verfassung über die Grundrechte des Deutschen Volkes war festgelegt, dass die bürgerliche Gültigkeit der Ehe nur von der Vollziehung des „Civilactes abhängig“ sei<sup>49</sup>; die kirchliche Trauung könne nur nach der Vollziehung des „Civilactes“ stattfinden. Die Standesamtsbücher sollten von den „Bürgerlichen Behörden“ geführt werden. Nach § 168 waren, wie nach Art. 530 C.N. „alle auf Grund und Boden haftenden Abgaben und Leistungen, insbesondere die Zehnten“ ablösbar. Hätte Deutschland zu dieser Zeit eine Zivilrechtskodifikation erhalten, so wäre diese zumindest im Familien- und Personenrecht stark vom C.N. beeinflusst gewesen.

#### IV. Der Code civil in Deutschland zwischen 1850 und 1900:

Zwischen 1850 und 1900 setzten sich im deutschen Recht fast alle die Grundprinzipien durch, die in der Vormärzzeit den Inbegriff der rheinisch-französischen Institutionen bildeten. 1875 wurde im Deutschen Reich die obligatorische Zivilehe mit der Möglichkeit der Wiederheirat auch geschiedener Katholiken eingeführt<sup>50</sup>. Nicht voll durchsetzen konnte sich das Substitutionsverbot des Art. 896 C.N.<sup>51</sup>, da Familienfideikommiss und Stammgüter weiterhin zulässig blieben. Sämtliche feudalen Bodenbelastungen waren entsprechend dem Entschädigungsprinzip der frühen Revolutionsgesetzgebung ablösbar. Übertreffend waren die Einflüsse des französischen Rechts auf das Strafrecht, den Strafprozess und den Zivilprozess sowie allgemein auf die Gerichtsverfassung, insbesondere auch auf das Notariatsrecht. 1861 erhielt Bayern eine dem Ventöse-Gesetz entsprechende Notariatsordnung<sup>52</sup>. Zu erwähnen sind auch die Einflüsse des Code de commerce auf das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, dessen Abschnitt über die Handelsgeschäfte auch vom C.N. nicht unberührt war, maßgeblich vermittelt durch die preußischen Juristen *Bischoff* und *Heimsoeth*<sup>53</sup>.

Dagegen waren die Einflüsse des C.N. auf das deutsche Zivilrecht im einzelnen gering. Bei der Ausarbeitung des BGB von 1896 wurde der C.N. neben den partikularrechtlichen Kodifikationen und Entwürfen durchgehend herangezogen. Nur selten folgten die BGB-Kommissionen dem französischen Recht, wenn sie vom gemeinen bzw. partikularen Recht abwichen. Unmittelbar übernommen wurde der conseil de famille im Vormundschaftsrecht als fakultative Institution<sup>54</sup> und, wenn auch erst durch Beschluss des Reichstags, d.h. kurz vor der Verabschiedung der Kodifikation, das handschriftliche Testament<sup>55</sup>. Dagegen lehnte das BGB den wei-

ten deliktsrechtlichen Tatbestand der Art. 1382, 1383 C.N. ab und forderte als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs entweder die rechtswidrige Verletzung eines absoluten Rechtsguts oder eines Schutzgesetzes. Die actio doli des § 826 BGB war auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung beschränkt. Da die Judikatur des Reichsgerichts strikt am römischrechtlichen Deliktstatbestand festhielt, erzwangen die wirtschaftlichen Verhältnisse Sonderregelungen, die wie das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb von 1896/1908 die aus den Art. 1382, 1383 hergeleitete Judikatur zur concurrence déloyale bis in die Einzelheiten übernahmen<sup>56</sup>.

#### V. Die wissenschaftliche Bearbeitung des Code civil:

Das französische Recht hatte bis 1900 einen festen Platz in Forschung und Lehre an den Universitäten Bonn (hier erst ab 1844), Heidelberg und Freiburg. Da in den linksrheinischen Gebieten und Berg die Originalfassung des C.N. galt, spielten die Übersetzungen der Kodifikation nur eine untergeordnete Rolle. Die verbreitetste deutsche Fassung stammte von *Johann Cramer*, von der 1879 eine verbesserte Fassung erschien und die erst 1932 durch die erheblich gelungener Übersetzung des Code civil von *Heinsheimer*<sup>57</sup> ersetzt wurde. Das führende Lehrbuch zum C.N. war das von Zachariä begründete „Handbuch des französischen Civilrechts“, bis 1837 von ihm selbst bearbeitet, anschließend 1853 von *Anschütz*, 1875 von *Puchelt*, 1886 von *Dreyer* und 1894/95 von *Carl Crome*. Weiter sind zu erwähnen die Lehrbücher von *Bauer*, *Bauerband*, *Dreyer*, *Frey* und *Thibaut*<sup>58</sup>. Weitere noch heute lesenswerte Darstellungen insbesondere zum französischen Familien- und Personenrecht kamen von *Caesar Barazetti*<sup>59</sup> und für zahlreiche Einzelfragen von *Josef Kohler*.

Alle Lehrbücher orientierten sich am römischen Recht und an der französischen Judikatur. Kennzeichnend war vor allem die „selbständige Lösung eines Problems aus allgemeinen Rechtsprinzipien“<sup>60</sup>. Nach Zachariä war es der Zweck seines Handbuchs<sup>61</sup>, „das gesamte allgemeine französische Zivilrecht in einer dem inneren Zusammenhange der einzelnen Lehren entsprechenden Ordnung vollständig darzustellen, die gesetzlichen Vorschriften, insofern es ihr Inhalt zulässt, auf Grundsätze zurückzuführen“. Zachariäs Werk wurde 1839 von *Ch. Aubry* und *Ch. Fr. Rau* ins Französische übertragen<sup>62</sup> und beeinflusste die systematischen Darstellungen des Zivilrechts auch in Frankreich in weitem Umfang. Allerdings beruhte das Werk von Zachariä aus der Sicht der deutschen Zivilistik des 19. Jhts. auf teilweise veralteten Theorien und auf einer wenig überzeugenden Systematik, so dass Zachariä nach Kohler nur selten zum Kern der juristischen Probleme, wie sie die Pandektistik sah, vorgedrungen war<sup>63</sup>. Erst die Bearbeitung des Handbuchs durch *Crome* und dessen separate Darstellungen der allgemeinen Lehren und des allgemeinen Schuldrechts<sup>64</sup> brachten den Anschluss an die gemeinrechtliche Rechtsdogmatik und damit ein weiteres Abrücken von der französischen Rechtskultur.

Bis 1879 existierte keine einheitliche letztinstanzliche Judikatur zum C.N. Vielmehr befassten sich letztinstanzlich mit dem C.N. zunächst der Rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin<sup>65</sup> (seit 1852 ein Senat des Obertribunals), der Kassationshof für Rhein Hessen in Darmstadt und das Kassations- und Revisionsgericht in München sowie das Oberhofgericht in Karlsruhe. Erst die Judikatur des Reichsgerichts führte zu einer Vereinheitlichung der unterschiedlichen Stellungnahmen zum französischen

<sup>48</sup> Prot. 71 vom 10. 11. 1846, aaO (Fn. 46), Bd. 2, S. 53.

<sup>49</sup> § 150 der Frankfurter Verfassung (bei *E.R. Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, Stuttgart 1961).

<sup>50</sup> Und zwar durch das Personenstandsgesetz (hierzu *Schubert*, SZRG GA, Bd. 97, 1980, S. 43 ff.).

<sup>51</sup> Hierzu *Björn Eckert*, Der Kampf um die Fideikommiss in Deutschland, Frankfurt a.M. 1992, bes. S. 565 ff.

<sup>52</sup> Text im Bayr. Gesetz- und Verordnungsblatt von 1860/61, Sp. 129 ff. (153 Bestimmungen); zum Einfluss des franz. Notariatsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung *W. Schubert*, DNotZ 2003, S. 181 ff.; *ders.*, SchIHA 2003, S. 234 ff.

<sup>53</sup> Über *Bischoff*, vgl. *Preuß. Justizministerialblatt* 1857, S. 261 ff.; über *Heimsoeth*, vgl. *Wolfram/Klein* (Hrsg.), Recht und Rechtspflege in den Rheinländern, 1969, Köln, S. 159 ff.; zur Entstehung des ADHGB *Schubert*, in: Protokolle der Commission zur Berathung eines ADHGB, Bd. 1, Neudruck Frankfurt a.M., 1984, Bd. 1, S. IX ff.

<sup>54</sup> §§ 1858 ff. BGB a.F.

<sup>55</sup> Hierzu die Materialien bei *H.H. Jakobs/W. Schubert*, Die Beratung des BGB, Erbrecht, Berlin 2002, S. 1549 ff. (zu § 2331 BGB a.F.).

<sup>56</sup> Zur franz. Judikatur ausführlich *H. v. Stechow*, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Entstehungsgeschichte und Wirkung, Berlin 2002, S. 63 ff.; zur RG-Judikatur *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 92 ff.

<sup>57</sup> *K. Heinsheimer* (Hrsg.), Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1: Frankreich, Mannheim 1932.

<sup>58</sup> Hierzu die Detailnachweise bei *Detlev Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 163 ff.

<sup>59</sup> Hierzu die Detailnachweise bei *Schubert*, aaO (Fn. 3), S. 612 f.

<sup>60</sup> *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 41.

<sup>61</sup> *K.S. Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des franz. Civilrechts, 4. Aufl. Heidelberg 1837, Vorwort in Bd. 1.

<sup>62</sup> Cours de droit français, Strasbourg 1839-1846, 5 Bde. (3. Aufl. Paris 1856-1858); hierzu *A.B. Schwarz*, Rechtsgeschichte und Gegenwart, Karlsruhe 1960, S. 40 ff.; *N.K.H. Neumeyer*, in: Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinlein, Tübingen 1969, S. 165 ff.

<sup>63</sup> *Josef Kohler*, in: Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire, Bd. 2, Paris 1904, S. 617.

<sup>64</sup> *Crome*, aaO (Fn. 6) und *ders.*, Die Grundlehren des franz. Obligationenrechts, Karlsruhe 1894.

<sup>65</sup> Hierzu *G. Seynsche*, Der Rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin (1819-1852), Berlin 2003.

Recht<sup>66</sup>. Obwohl die rheinischen Richter mit der französischen Judikatur und Rechtslehre zum Code civil gut vertraut waren, kamen sie in nicht wenigen Fällen zu abweichenden Ergebnissen. Beispielsweise machte die deutsche Judikatur Schadensersatzansprüche nach den Art. 1382, 1383 C.N. von dem Vorliegen der Rechtswidrigkeit<sup>67</sup> der unerlaubten Handlung abhängig, was zu einer Einschränkung des Tatbestandes gegenüber der französischen Rechtspraxis führte. Die Rheinischen Gerichte und später auch das Reichsgericht versagten Schadensersatzansprüche wegen Verlöbnißbruchs und Schwängerung, während die rhein-hessische und rheinbayerische Judikatur sich der französischen Judikatur anschloss<sup>68</sup>. Zurückzuführen ist dies vor allem darauf, dass das römische Recht für die sich aus dem C.N. ergebenden Rechtsgrundsätze als Autorität oder als Interpretationshilfe herangezogen wurde, so insbesondere bei der Auslegung der Art. 1382, 1383 C.N.<sup>69</sup> Zugunsten der Rechtseinheit entschied das Reichsgericht nicht selten im Sinne der gemeinrechtlichen Tradition abweichend vom französischen Recht. Schließlich gingen die Richter bei der Entscheidung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und abstrakten Rechtssätzen aus, die aus einzelnen Bestimmungen des C.N. hergeleitet wurden. Die Lösung eines jeden juristischen Problems, so Schumacher<sup>70</sup>, „wird aus juristischen allgemeinen Prinzipien hergeleitet und in ein geschlossenes Ganzes gestellt“, so etwa der deliktsrechtliche Unterlassungsanspruch: „Das Reichsgericht interpretiert die Generalklausel des Art. 1382 Code Civil als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, dass jedermann zur Unterlassung von schädigenden Handlungen verpflichtet sei. Erst in Anwendung dieses Grundsatzes kommt es im konkreten Fall zur Entscheidung, zur Bejahung eines Unterlassungsanspruchs.“ Dagegen beruhten die französischen Entscheidungen in der Regel auf einer konkreten Bestimmung des C.N. und auf dem vorgegebenen Sachverhalt.

## VI. Die Kritik an Einzelregelungen des Code civil:

Die schärfste Kritik am technischen Teil des C.N. stammt von Savigny in seinem Werk „Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ von 1814. Einen Hauptfehler des C.N. sah Savigny darin, dass die der Kodifikation zugrunde liegende „Theorie des Vermögensrechts“, die man nur aus dem römischen Recht herleiten könne, unzureichend sei.<sup>71</sup> „Bekanntlich beruht aber das Römische Vermögensrecht auf zwey Grundbegriffen, der dinglichen Rechte nämlich und der Obligationen, und jeder weiß, wie viel die Römer mit der Schärfe und Bestimmtheit dieser Begriffe ausrichteten. Diese Grundbegriffe nun sind hier nicht etwa bloß nirgends definiert, was ich gar nicht tadeln wollte, sondern sie kennen sie gar nicht in dieser Allgemeinheit, und diese Unkunde verbreitet über das ganze Werk mehr Dämmerung, als man glauben sollte.“ Als absolut unbefriedigend bezeichnete Savigny ferner die Behandlung der Ungültigkeit juristischer „Handlungen“ in Anwendung auf die Verträge, insbesondere auch auf die actes de l'état civil und die Ehe. Auch hatte nach ihm der C.N. keine Maßstäbe dafür gegeben, nach welchen Grundsätzen nicht geregelte Fälle entschieden werden sollten.

In der Rheinbundzeit und auch später fand eine wissenschaftlich beachtliche Auseinandersetzung mit dem *Schuld- und Sachenrecht* des C.N. so gut wie nicht mehr statt. Monographien wie die von Windscheid über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte von 1847 blieben die seltene Ausnahme. Auf Unverständnis stieß das in den Art. 1138 Abs. 2, 1583 C.N. enthaltene Konsensprinzip, wonach das Eigentum an beweglichen Sachen und Grundstücken mit Abschluss des obligatorischen Vertrags übergehen sollte. In Deutschland herrschte dagegen die Lehre des *usus modernus* vom *titulus* und *modus adquirendi*<sup>72</sup>. Der Erwerbmodus war Tradition und deren Surrogate. Für Almendingen war Art. 1138 C.N. weder wissenschaftlich, noch der gesetzgeberischen Klugheit angemessen, noch konsequent durchgeführt<sup>73</sup>. Den Verstoß gegen die Wissenschaftlichkeit erblickte er darin, dass der Vertrag mit

dessen Vollzug vermengt werde. Dagegen bezeichnete er die Regelung des Art. 2279 C.N. als eine „wohlthätige Verbesserung“ des römischen Rechts, durch die der Grundsatz des alten deutschen Rechts „Hand muss Hand wahren“ wieder hergestellt wurde<sup>74</sup>. Feuerbach übernahm in dem bayr. Entwurf zwar das Konsensprinzip, verlangte aber bei Grundstücken die Eintragung des Eigentumsübergangs im Hypothekenbuch.

Das französische *Hypothekenrecht*<sup>75</sup> stieß in Deutschland auf Widerstand, vor allem in den Hansestädten und im Großherzogtum Berg, in welchem zum Teil vor der Einführung des C.N. das preußische Hypothekenrecht gegolten hatte. Dieses beruhte auf der Hypothekenordnung von 1783, welche die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jht. stark beeinflusste, sowie auf dem ALR und war dank des Realfoliensystems konsequent auf den Grundsätzen der Spezialität und Publizität aufgebaut<sup>76</sup>. Jede, und zwar auch die gesetzliche Hypothek, wurde nur „durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher“ erworben. Für Berg schlug die dortige Ministerialbürokratie vergeblich vor<sup>77</sup>, Hypothekenbücher auf der Grundlage des Realfoliensystems einzuführen und die Legalthypotheken abzuschaffen<sup>78</sup>. – Auch mit dem *Erbrecht* des C.N. hatten Bayern und Baden Schwierigkeiten. Feuerbach übernahm zwar die Rechtstechnik des französischen Erbrechts, unterlegte ihm aber das österreichische Erbfolgerecht, so dass dem überlebenden Ehepartner neben den gesetzlichen Erben Nießbrauchsrechte und Unterhaltsansprüche zustehen sollten<sup>79</sup>. Das holographische geheime Testament lehnte Feuerbach ab und verlangte für die Errichtung eines Privattestaments die Anwesenheit von sieben Zeugen. Dagegen änderte Brauer (Baden) das Erbfolgesystem des C.N. nicht, sah aber ebenfalls eine Besserstellung des überlebenden Ehegatten vor. Ähnlich wollte auch Almendingen verfahren, der zudem die Art. 960–966 C.N. über den Widerruf von Schenkungen wegen nach der Schenkung geborener Kinder scharf kritisierte. Weder in Westphalen noch in den hanseatischen Departementen übernahm man das Verbot von Substitutionen ohne Einschränkung<sup>80</sup>. Vielmehr ließ man dort – nicht aber im Großherzogtum Berg – noch eine weitere Fideikommiß- und Lehensukzession zu. Außerdem konnten entsprechend dem aus Frankreich übernommenen Majoratsrecht unteilbare Vermögen geschaffen werden. Auch in Baden, Bayern und im Großherzogtum Frankfurt wurde Art. 896 entweder überhaupt nicht oder nur teilweise durchgeführt.

Wesentlich positiver wurde das *Personen- und Familienrecht* des C.N. beurteilt. Bis auf das Großherzogtum Frankfurt wurde in allen französischrechtlichen Gebieten das Personenstandsrecht, die obligatorische Zivilehe und das Ehescheidungsrecht auch für Katholiken eingeführt<sup>81</sup>. Auch Bayern beabsichtigte, das Eherecht des C.N. unmodifiziert zu übernehmen, während Baden die Wiederheirat eines geschiedenen Katholiken praktisch unmöglich machte. Keinen Anklang fanden in Deutschland das Ehehindernis für Verschwägerter zweiten Grades in der Seitenlinie, für das auch in Westphalen eine Dispensmöglichkeit vorgesehen war – dagegen nicht im Großherzogtum Berg –, und die Benachteiligung der Ehefrau bei einer Scheidung wegen eines Ehebruchs<sup>82</sup>, die Feuerbach und Almendingen abschaffen wollten und Brauer für Baden einschränkte. Die obligatorische Zivilehe und die Möglichkeit einer Ehescheidung nach den Bestimmungen des C.N. blieben auch nach 1814 in den französischrechtlichen Gebieten bestehen<sup>83</sup>.

<sup>74</sup> Diese Vorschrift lautet: „En fait de meubles la possession vaut titre“ (Bei Mobilien gilt der Besitz als Titel).

<sup>75</sup> Zum franz. Hypothekenrecht *Zachariä/Crome*, Franz. Civilrecht, 8. Aufl. Freiburg 1894, Bd. 2, S. 41 ff.; Schubert, aaO (Fn. 3), S. 407 ff.

<sup>76</sup> Hierzu *Stephan Buchholz*, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld, Frankfurt a.M. 1978, S. 142 ff.; das folgende Zitat aus ALR I 20 § 411 (ed. H. Hattenhauer, 3. Aufl. 1996).

<sup>77</sup> Hierzu *Schubert*, aaO (Fn. 3), S. 415 ff. – Über Berg in der napoleonischen Zeit Klaus Rob, Regierungsakten des Großherzogtums Berg 1806–1813, München 1992, bes. S. 167 ff., 314 ff.; *Charles Schmidt*, Das Großherzogtum Berg, 1796–1813, aus dem Franz. (Originalausgabe Paris 1905), Neustadt/Aisch 1999.

<sup>78</sup> Feuerbach schlug in seinem Entwurf von 1808/09 (Fn. 19) in Art. 2222 das Eintragungsprinzip vor (hierzu *Schubert*, aaO [Fn. 3], S. 419 ff.; für Baden *Schubert*, aaO, S. 425 ff., für Nassau *Schubert*, aaO, S. 428 ff.).

<sup>79</sup> Nach dem Erbrecht des C.N. hatte der überlebende Ehegatte nur dann ein gesetzliches Erbrecht, wenn keine gesetzlichen Erben vorhanden waren.

<sup>80</sup> Zum folgenden *Schubert* (Fn. 3), S. 373 ff.

<sup>81</sup> Hierzu und zum folgenden *Schubert*, aaO (Fn. 3), S. 440 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 230 C.N.: Die Frau kann wegen Ehebruchs des Mannes auf Ehescheidung klagen, wenn derselbe seine Beischläferin in dem gemeinschaftlichen Hause gehalten hat („... lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune“).

<sup>83</sup> In Frankreich war eine Ehescheidung zwischen 1816 und 1884 nicht zulässig (*Holthöfer*, in: Coing aaO (Fn. 45), S. 957 ff.

<sup>66</sup> Hierzu ausführlich *Schumacher*, aaO (Fn. 13) zu mehreren Problemkreisen.

<sup>67</sup> *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 67.

<sup>68</sup> *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 44 ff.

<sup>69</sup> *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 144 ff., 157 f.

<sup>70</sup> *Schumacher*, aaO (Fn. 13), S. 152, 156 f.

<sup>71</sup> *Savigny*, aaO (Fn. 41), S. 88.

<sup>72</sup> Hierzu *Franz Hofmann*, Die Lehre vom *titulus* und *modus adquirendi* und von der *iusta causa traditionis*, Wien 1873.

<sup>73</sup> *Almendinger*, in: Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik, Bericht II in Bd. 12, Gießen, Wetzlar 1811, S. 119 f.

Auf heftige Ablehnung stieß das Verbot der recherche de la paternité unehelicher Kinder<sup>84</sup> und das Verbot der Anerkennung ehewidriger Kinder. Baden sah für das Verbot der recherche mehrere Ausnahmen vor und ließ zudem die polizeiliche Verfolgung von Unzuchtsvergehen zu, so dass die Regelung des Art. 340 C.N. weitgehend entschärft war. Almendingen bezeichnete diese Norm als mit „deutschen Sitten und deutscher Denkart“<sup>85</sup> sowie mit der Humanität unvereinbar. Art. 340 C.N. blieb nach 1814 in den französischrechtlichen Gebieten bestehen. In Hessen-Darmstadt war das Verbot der recherche 1821 sogar für den Gesamtstaat eingeführt worden<sup>86</sup>. Das BGB von 1896 wies die Regelung des Art. 340 C.N. zurück, schränkte aber die Rechte nichtehelicher Kinder durch die Möglichkeit der exceptio plurium concubentium<sup>87</sup> erheblich ein.

Das *Vormundschaftsrecht* des C.N., insbesondere der entscheidende Familienrat, fand bei den Juristen der Rheinbundzeit soviel Zustimmung wie kaum eine andere Einrichtung des französischen Rechts<sup>88</sup>. Dies zeigt, wie stark die obrigkeitstaatlichen Tendenzen des aufgeklärten Absolutismus, denen noch das ALR gefolgt war, schon im Schwinden begriffen waren. Der bayerische Entwurf übernahm das Vormundschaftsrecht des C.N. mit einigen zweckmäßigen Verbesserungen fast vollständig. *Brauer* stellte als Hauptvorteil des Familienrats heraus, dass der Obrigkeit viel „Verantwortlichkeit“ abgenommen<sup>89</sup>, auch die „Sorge in die Hände solcher Personen gelegt werde, die ein näheres Interesse am Minderjährigen als Fremde in der Regel nehmen“. Er versprach sich davon eine günstige Wirkung auf das Vormundschaftswesen in den Städten: „Man darf“, so schrieb er Anfang 1809<sup>90</sup>, „hoffen, es werde unter den Städtebürgern und unter den höheren Ständen diese Einrichtung gar bald ihren wesentlichen Nutzen in wohlfeiler und besserer Besorgung des Vortheil der Waisen bewähren.“ Jedoch konnte sich *Brauer* mit seinen Vorschlägen nicht durchsetzen, so dass es in Baden bei einem weitgehend staatlich reglementierten Vormundschaftsrecht verblieb. Nach *Almendingen* stärkte der Familienrat die Zusammengehörigkeit der Familie, in dem er von den Verwandten „eine Theilnahme, welche die Natur von kalten Tribunalsrichtern nicht fordern kann“, erwarte<sup>91</sup>. Er bezeichnete ihn als eine „philanthropische und liberale, aus der menschlichen Natur in den Schoos der Civilgesetzgebung hinüber verpflanzte Idee“. Nach 1814 gehörte der Familienrat zu den Institutionen des französischen Rechts, die man neben der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Prozesses am stärksten verteidigte<sup>92</sup>. Wie weit verbreitet die Forderung nach einem Familienrat war, zeigt Art. 131 der Kurhessischen Verfassung von 1831<sup>93</sup>: „Die wichtigeren Angelegenheiten der Vormundschaften und Kuratelen sollen unter Mitwirkung von Familienräthen ... besorgt werden.“ In der zweiten Hälfte des 19. Jhts. ging das Interesse der Rheinländer am Familienrat mit der Lockerung der Familienbände sukzessive zurück. Mit Rücksicht auf das Rheinland übernahmen das preußische Vormundschaftsgesetz von 1875<sup>94</sup> und das BGB den Familienrat; jedoch hatte er im Rheinland bereits Ende des 19. Jhts. keine praktische Bedeutung. Die Vorschriften des BGB über den Familienrat wurden allerdings erst 1979<sup>95</sup> aufgehoben.

<sup>84</sup> Vgl. Fn. 12.

<sup>85</sup> *Almendingen*, Hauptstaatsarchiv Wiesbaden 151/828 a. (Vorschläge vom 10. 7. 1809).

<sup>86</sup> Vgl. das Gesetz über die Aufhebung der sog. Fornikationsstrafen, in: Großherzogl. Hess. Regierungsbl. 1821, S. 193; Art. 2, „Ein gerichtliches Verfahren, welches zum Zweck hat, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes zu entdecken oder zu überführen, findet auch wegen früherer noch nicht anhängiger Fälle nicht mehr Statt.“ Zu Art. 340 C.N. s. Fn. 12.

<sup>87</sup> Vgl. § 1717 BGB a.F. (aufgehoben durch das Nichtehechengesetz von 1969; hierzu mit den Quellen *W. Schubert*, Die Reform des Nichtehelehenrechts [1961-1969], Paderborn 2003, S. XXXIX f.).

<sup>88</sup> *Chr. Rachel*, Die Diskussion um den franz. Familienrat in Europa während des 19. Jhts., Berlin 1994; *Schubert*, aaO (Fn. 3), S. 480 ff.

<sup>89</sup> Protokoll der Sitzung des Bad. Staatsrats vom 12. 11. 1808 (Generallandesarchiv Karlsruhe, 234/10045).

<sup>90</sup> *J.N.Fr. Brauer*, Erläuterungen über den C.N. und die Großherzogl. Badische bürgerliche Gesetzgebung, Bd. 1, Karlsruhe 1809, S. 280.

<sup>91</sup> *Almendingen*, Hauptstaatsarchiv Wiesbaden 210/2942 I Bl. 191.

<sup>92</sup> Zur Verteidigung des Familienrats in der 2. Kammer durch die Rheinländer *Schubert*, SZ RG GA Bd. 88 (1971), S. 154 ff.

<sup>93</sup> *Huber*, aaO (Fn. 47), S. 219.

<sup>94</sup> Preuß. Gesetzesammlung 1875, S. 431 ff. (§§ 71 ff.); zur Entwicklung des preuß. Vormundschaftsrechts *Schubert*, in: *J. Wolff* (Hrsg.), Das Preuß. ALR. Politische, rechtliche und soziale Fortwirkungen, Karlsruhe 1995, S. 241 ff.

<sup>95</sup> Gesetz vom 18. 7. 1979 (BGBl. I 1061).

## VII. Schlussbemerkungen:

Zusammenfassend lässt sich die Bedeutung des Code civil für Deutschland wie folgt umschreiben:

1. Die Kritik der rechtsdogmatischen Grundlagen dieser Kodifikation diente der Abgrenzung gegenüber der deutschen Dogmatik des Pandektenrechts<sup>96</sup>. Zu der rechtsdogmatischen Durchdringung des C.N. hat die deutsche Rechtslehre und Judikatur in der zweiten Hälfte des 19. Jhts. einen auch heute noch beachtlichen Beitrag geliefert. Allerdings ist die deutsche Rechtslehre oft bei einer oberflächlichen Zurückweisung des französischen Rechts geblieben. Es war im wesentlichen nur *Kohler*, der unter Einbeziehung der französischen Rechtsgeschichte unter dem Ancien régime zu einer positiven Bewertung insbesondere des Art. 1138 kam:<sup>97</sup> „Wir müssen die Satzung des Code civil, diese Vergeistigung des Rechtes, diese Emancipation des Geistes von schroffen äußerlichen Bedürfnissen für einen der größten Fortschritte des franz. Rechts ansehen. Die Stipulation hat das gemeine Recht abgeschüttelt, die Tradition hat das französische Recht zu Fall gebracht. Und wie farblos und abgeblasst ist die Tradition in den neueren Gesetzbüchern.“ Das Traditionsprinzip müsse geopfert werden: „Der Verkehr hat gezeigt, dass die Besitzübergabe als die notwendige Form des Eigentumsvertrages zur hemmenden Schranke, ja zur unausstehlichen Fessel wird.“ Nirgends ließen sich aber genügend Gründe für die Beibehaltung „dieses beschwerlichen Systems“ ermitteln.“ Erst die rechtshistorischen Arbeiten von *Hedemann* und *Mitteis* haben die innerfranzösische Sicht in größerem Umfang berücksichtigt<sup>98</sup>.

2. Der C.N. hatte Deutschland schon zu Beginn des 19. Jhts. gezeigt, dass die Rechtseinheit durch Verschmelzung des römischen Rechts mit dem von durchrechtlichen Grundsätzen geprägten Partikularrecht – in Frankreich waren dies die coutumes – möglich war. Wenn auch die Ausarbeitung des BGB unendlich viel länger dauerte und erheblich gründlicher erfolgte, war der C.N. das Vorbild für die Zusammenfassung der unterschiedlichen Rechtsmassen, zu denen auch die partikuläre Spezialgesetzgebung seit 1848 gehörte.

3. Am bedeutsamsten war, dass der von Anfang an als liberal interpretierte C.N. als Vorbild für eine egalitäre, auf das Besitzbürgertum zugeschnittene, sozialkonservativ verfasste Gesellschaft gesehen wurde. *Heinrich Zoepfl* hatte 1841 in einem Aufsatz über das „germanische Element im C.N.“ festgestellt<sup>99</sup>, dass sich nach 1814 im Rheinland „bald eine ungemaine, mit dem längeren Gebrauch fortwährend wachsende Anhänglichkeit des Volkes und Juristenstandes an das französische Recht“ durchgesetzt habe, „so dass nunmehr ein Versuch, dasselbe aufzuheben, ohne ein neues zeitgemäßes an seine Stelle zu setzen, kaum anders als der Versuch eines Angriffes auf die bürgerliche Freiheit selbst gefunden werden würde“. Eine solche „zeitgemäße“, dem französischen Recht vergleichbare Justizreform brachten für Gesamtdeutschland die Reichsjustizgesetze von 1877/78 und als Schlusspunkt das BGB. Die Bedürfnisse des liberalen Bürgertums sollte das BGB – man denke vor allem an das Grundstücksrecht – im noch höheren, fortentwickelten Maße befriedigen als der C.N. *Gottlieb Planck*, einer der wichtigsten Mitautoren des BGB, stellte 1899 fest, dass das Eigentum, das Erbrecht und die auf der Ehe sich gründende Familie die Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung bildeten und dass auf diesen Rechtsinstitutionen das BGB beruhe<sup>100</sup>.

4. „Es war ein günstiges Geschick“, so schrieb *Kohler* 1908<sup>101</sup>, „dass die französische Rechtskultur uns befruchtete und uns Rechtsgedanken, Rechtseinrichtungen und vor allem eine ganze Methode der Rechtsübung brachte, die wir in Deutschland noch lange nicht kannten und die wir ... erst in Jahrhunderten wieder-

<sup>96</sup> Hierzu die Kritik von *B. Windscheid*, Zur Lehre des C.N. zur Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, S. V: „Die vielgerühmte Präzision des C.N. im Ausdruck sei „häufig genug nur eine äußere, nicht jene wahre innere, welche sich aus der vollständigen Klarheit des Gedankens ergibt; selbst seine Terminologie ist nicht selten schwankend“ (Vorwort).

<sup>97</sup> *Kohler*, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht, Mannheim 1883, S. 12.

<sup>98</sup> *J.W. Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jh., Bde. 1 und 2, Teile 1–2, 1910, 1930, 1935; *Mitteis*, ZRG GA Bd. 63 (1943), S. 136 ff.

<sup>99</sup> *Zoepfl*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 5 (1841), S. 110, 113.

<sup>100</sup> *G. Planck*, DJZ 1899, Sp. 181.

<sup>101</sup> *Kohler*, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, Bd. 1 (1908), S. 2; vgl. auch *E. Wadle*, Französisches Recht in Deutschland. Acht Beiträge zur Geschichte des 19. Jhts., Köln 2002, S. 41 ff.



erlangt hätten.“ Die undogmatische Methode der Rechtsfindung und die Anpassungsfähigkeit des C.c. an neue wirtschaftliche Entwicklungen insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes hat das deutsche Rechtsleben vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jhts. beeindruckt und beeinflusst. Auch das Reichsgericht war von der französischen Rechtsfindungsmethode nicht unbeeinflusst und griff, ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, in einer grundlegenden Entscheidung vom 6.3.1903<sup>102</sup> auf Art. 1184 C.c. zurück. Nach dieser Norm kann ein Vertragspartner sich von einem zweiseitigen Vertrag lösen, wenn der andere Teil seinem Versprechen kein Genüge leistete. Nach deutschem Recht war ein Rücktritt vom Vertrag entsprechend § 326 BGB a. F. nur in eingeschränktem Maße möglich. Das Reichsgericht hat in der genannten Entscheidung das Rücktrittsrecht über die Voraussetzungen des § 326 BGB hinaus bei jeder Gefährdung des Vertragszwecks dem in seinen Rechten verletzten Vertragsteil gewährt und in diesem Zusammenhang von positiver Vertragsverletzung gesprochen. Diese Möglichkeit, bei Vertragsverletzungen vom Vertrag abzugehen, kannten die Richter des Reichsgerichts, die auch schon vor 1900 aufgrund des C.N. zu entscheiden hatten, aus Art. 1184 C.N. Ohne diese Norm in der Entscheidung zu nennen, füllten die Reichsgerichtsräte die im BGB enthaltene Lücke unter Rückgriff auf den ihnen vertrauten Art. 1184 C.N. aus, ein schönes Zeichen dafür, wie sehr der Geist des C.N. und dessen Rechtspraxis auch noch nach dem Inkrafttreten des BGB fortwirkte.

5. Stärker als die deutsche Rechtsentwicklung hat der Code civil die Gesetzgebung Italiens, der Niederlande, Portugals, Rumäniens, Spaniens, der lateinamerikanischen Staaten und der kana-

<sup>102</sup> RGZ 54, 98 (hierzu H.P. Glöckner, in: U. Falk/H. Mohnhaupt, Das BGB und seine Richter, Frankfurt a.M. 2000, S. 153 ff.).

dischen Provinz Quebec beeinflusst<sup>103</sup>, hat aber insgesamt im 20. Jh. an Ausstrahlungskraft verloren.

Gleichwohl wird es bei einer Vereinheitlichung des Zivilrechts in Europa eine starke Stellung einnehmen, so dass die Beschäftigung mit dem französischen Recht für den deutschen Juristen über den Kreis der Rechtsvergleicher hinaus unverzichtbar ist. Auch wenn die heutige Fassung des Code civil in weiten Teilen als ein „neuer Kodex“ angesehen werden muss<sup>104</sup>, so sind gleichwohl die rechtsdogmatischen Grundlagen in weiten Bereichen des Schuldrechts, des Sachenrechts sowie im Erbrecht erhalten geblieben. Während die Änderungen<sup>105</sup> der Kodifikation bis 1950 gering blieben (Verbesserung der Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder sowie der erb- und rechtsgeschäftlichen Stellung der Ehefrau), wurde wie in Deutschland seit den 50er Jahren das Familienrecht fast völlig umgestaltet (Ehescheidungs- und Kindschaftsrecht; Adoptionsrecht, weitere Verbesserung der erbrechtlichen Stellung der Ehefrau). Für das Sachenrecht ist wichtig die tiefgreifende Reform der Immobilienpublizität und die Neuordnung des Wohnungseigentumsrechts. Für das Schuldrecht sind von Bedeutung die Gesetze über den Verbraucherschutz (Haustürgeschäfte, Kreditgeschäfte, Produkthaftung, Vertragsklauseln, Überschuldung).

<sup>103</sup> Überblick bei Ferid/Sonnenberger, aaO (Fn. 13), Bd. 1, 1994, S. 107 ff.; 1 A 338 ff.).

<sup>104</sup> Vgl. Ferid/Sonnenberger, S. 107. – Zu den Unterschieden zwischen der deutschen und franz. Rechtstechnik vgl. O. Béaud/E.V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-franz. Rechtswissenschaft?, Baden-Baden 1999; F. Ranieri, Franz. Recht und franz. Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: eine unwiderrufliche Entfremdung?, in: Béaud/Heyen, S. 183 ff.; V. Lasserre-Kiesow, La technique législative. Etude sur les codes civil français et allemand, Paris 2002 (Rez. von Ranieri in der Sav. ZRG, Bd. 120).

<sup>105</sup> Überblick über die Änderungen des Code civil bei Ferid/Sonnenberger, Bd. 1, S. 112 ff.; auch Nachtragsband Bd. 4/1. Teil, 1993; U. Hübner/Vl. Constantinesco, Einführung in das franz. Recht, 4. Aufl., München 2001, S. 156 ff.

## **Richter in Europa – deutsche Rechtskultur, französische Rechtskultur, europäische Rechtskultur\***

Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts, Lübeck

Ob deutsche oder französische Richterinnen und Richter, ob Richterin und Richter in einem anderen Land der Europäischen Union oder des Europarates: Wir sind inzwischen alle *europäische* Richter.

Da macht es Freude, auf Bitten der Redaktion der Schleswig-Holsteinischen Anzeigen und im Kontext mit der Veröffentlichung eines Beitrags über 200 Jahre Code civil einmal Gedanken über jedenfalls einige Elemente der *deutschen* und der *französischen* Rechtskultur als Bestandteile einer sich mehr und mehr entwickelnden *europäischen* Rechtskultur niederzulegen.

Ich werde mit der französischen Rechtskultur beginnen (I.), weil bekanntermaßen das Betrachten einer fremden Landschaft (auch) die scheinbaren Selbstverständlichkeiten des eigenen Terrains um so deutlicher hervortreten lässt. Die Betrachtung der deutschen Rechtskultur wird dann also folgen (II.). Den Abschluss wird ein Ausblick auf die europäische Rechtskultur bilden (III.).

### **I. Französische Rechtskultur**

#### **1. „la magistrature“**

Die Franzosen haben es schon einmal einfacher als wir Deutschen, wenn sie von „Richtern und Staatsanwälten“ (heute: Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten) re-

den: Sie sprechen einfach von *magistrats*. Alle Justiz-Amtsträger (Das heißt es ja eigentlich, magistrats) bilden zusammen *la magistrature*. Das ist ebenso kurz, knapp und für jeden Franzosen verständlich, wie es ins Deutsche unübersetzbar ist. Oder möchten Sie hören: „Die Summe (der Inbegriff) aller Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte“? Die *Verwaltungsrichter* sind auch magistrats, aber sie sind Richter (*juges*) *de l'ordre administratif*, während die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit und, wie gezeigt, die Staatsanwälte *magistrats de l'ordre judiciaire* sind. Wir kennen diesen feinen Unterschied auch aus Bayern, wo die Richter „bei der Justiz“ und „bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ unterschieden werden – Das ist kein Zufall, ist doch das gesamte bayerische Justizwesen stark aus der Zeit der napoleonischen Verwaltung am französischen Modell orientiert.

Übrigens: Die *Staatsanwälte* heißen nicht etwa *procureur d'état* (oder auch nur: *procureur*). So heißt nur der Leitende Oberstaatsanwalt. Die übrigen Staatsanwälte werden *substitut* genannt, oder auch (im ersten Beförderungsamt) *premier substitut* (Erster Staatsanwalt/Oberstaatsanwalt).

Und noch eines: Fachgerichtsbarkeiten anderer Art gibt es in Frankreich nicht. Das, was bei uns in die weiteren besonderen Gerichtsbarkeiten sind, ist in die allgemeine (ordentliche) Justiz integriert, mit der Besonderheit, dass die Arbeitsgerichte (*conseil de prud'hommes*) und die unseren Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten entsprechenden *tribunaux de commerce* in erster Instanz ohne berufsrichterliche Vorsitzende tagen; sie sind also ganz und nur mit ehrenamtlichen Richtern besetzt – und auch das funktioniert.

Die schon erwähnten Verwaltungsgerichte haben sich erst in jüngerer Zeit – ähnlich wie bei uns schon länger die Sozialgerichtsbarkeit und die Finanzgerichtsbarkeit – aus verwaltungsinfernen Widerspruchseinrichtungen zu „richtigen“ Gerichten entwickelt. Nationale oberste Instanz in der Verwaltungsgerichts-

\* Ich widme diesen Essai gleichermaßen

– meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Eugen D. Graue, der mir die Augen für die Rechtsvergleichung geöffnet und mir das erste und einzige Stipendium meines Lebens (für einen einjährigen Studienaufenthalt 1968/69 in Rennes) ermöglicht hat.

– und der französischen Freundin und Richterkollegin *Simone Gaboriau* Vorsitzende Richterin an der *Cour d'Appel* (=OLG) Versailles), geboren am 8. Mai 1945, zu ihrem 60. Geburtstag, die mich mit ihrem Mann *Patrick Gaboriau* (Vorsitzender Richter am OLG Bordeaux) bei einer richterlichen Hospitation 1979 in Bordeaux kollegial aufgenommen und eingeführt hat, in die Gerichtswelt und in das *Syndicat de la Magistrature*, dessen Vorsitzende sie später als erste Frau war.

barkeit ist der *conseil d'état* (wörtlich übersetzt: Staatsrat), der zugleich, auf Antrag der Regierung, die Aufgabe der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Gesetzen vor deren Verabschiedung hat. Es existiert ein weiteres Quasi-Verfassungsgericht, der *conseil constitutionnel* (wörtlich: Verfassungsrat). Dieser wiederum wird auf Antrag bestimmter Antragsberechtigter, insbesondere aus der Mitte des Parlaments, ebenfalls zur verfassungsrechtlichen Vorprüfung tätig. Der *conseil constitutionnel* ist mehr und mehr auf dem Wege, sich zu einem regelrechten Verfassungsgericht zu entwickeln. Der *conseil constitutionnel* ist auch in der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte akzeptiert. Allerdings ist dem französischen Rechtsdenken nach wie vor die Vorstellung schwer zugänglich, der *Gesetzgeber*, der Vertreter des Souveräns, könne sich geirrt haben und ein *Gericht* dürfe ein einmal *erlassenes* Gesetz korrigieren. Daher gibt es immer noch keine Kontrolle auf Verfassungswidrigkeit *nach* dem Gesetzgebungsakt.

Eine große Bedeutung für die Rechtspflege in Frankreich hat die *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*, da in Frankreich ein eigener Grundrechtskatalog und eine auf Individualverfassungsbeschwerde tätig werdende Verfassungsgerichtsbarkeit nicht existieren. Die EMRK bildet denn auch, ebenso wie das Völkerrecht insgesamt, einen wichtigen Bestandteil der Aus- und Fortbildung der französischen Richterinnen und Richter.

## 2. Gerichtsverfassung/Justizverwaltung

Die französische Justiz ist, dem gesamten Staatsaufbau entsprechend, äußerst stark *zentralistisch* organisiert. Alles läuft über Paris. Allerdings wird kaum jemand, wenn vom zuständigen *Justizministerium* die Rede ist, diesen Terminus gebrauchen, ebenso wenig wie man vom Justizminister sprechen wird. Die Rede ist vielmehr von „*la chancellerie*“, der Justizminister aber ist nun nicht etwa „der Kanzler“ (*le chancelier*), sondern wird als *le garde des sceaux* bezeichnet (also etwa „Siegelbewahrer“, wie es ja auch in Großbritannien den „Lordsiegelbewahrer“ gibt. Beides, *la chancellerie* und *le garde des sceaux*, erklärt sich mit gewissen in die Verfassung der V. Republik übernommenen traditionellen Aufgaben des Justizministers, ändert aber nichts daran, dass der Inhaber des Amtes die klassischen Aufgaben eines Justizministers hat, nämlich die parlamentarische Verantwortlichkeit für Rechtspflege und Strafvollzug. Spricht man vom Justizministerium, ist manchmal auch vom *Place Vendôme* die Rede: Das bezeichnet, wie bei anderen Ministerien, den Ort des Amtssitzes in Paris. Ich benenne diese sprachlichen Besonderheiten nicht aus Koketterie, sondern damit etwa ein Teilnehmer an einer deutsch-französischen Juristentagung in Trier oder bei einer Hospitation in Frankreich sich nicht von vornherein über einige (zusätzlich) verwirrende sprachliche Elemente wundert.

Noch eine Besonderheit des französischen Justizministeriums: Dort arbeiten als Referenten, Abteilungsleiter etc. nahezu ausschließlich *abgeordnete Richter und Staatsanwälte*. Sie heißen *MACJ (magistrats à l'administration centrale judiciaire)*.

Ich erwähnte eben bei der Zuständigkeit den *Strafvollzug*. Ich lasse ihn, einschließlich der Untersuchungshaft, im Folgenden eher beiseite. Ich wage die Behauptung, dass er nicht zu den schmückenden Elementen der französischen Justizkultur zählt. Viele Vollzugsanstalten befinden sich noch heute in alten Kasernen, Festungen und Burgen. Der ehemalige Staatssekretär im Verteidigungsministerium Pfahls wird gewusst haben, warum er letztendlich doch zunächst den deutschen U-Haft-Vollzug vorzieht ...

Die französische Justiz, die im Aufbau durchaus der deutschen ähnelt (insbesondere der ordentlichen Gerichtsbarkeit) und die qualitativ und quantitativ annähernd die gleichen Aufgaben zu erfüllen hat, kommt – was im Vergleich wechselseitig immer großes Erstaunen auslöst – mit *knapp einem Drittel des Personals* aus. Es gibt in Frankreich insgesamt (nur) circa 8000 magistrats, verglichen mit den circa 25000 deutschen Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten. Entsprechend knapper und kürzer sind in den meisten Fällen die Verfahren, wie man insbesondere am Strafprozess beobachten kann. Die Kultur (?) der langen schriftlichen Urteilsbegründung ist in aller Regel in Frankreich weit weniger ausgeprägt als in Deutschland. Andererseits kommen zusätzliche richterliche Aufgaben hinzu, wie zum Beispiel der für bedeutende Verfahren immer noch vorhandene Untersuchungsrichter (*juge d'instruction*).

Die Justizbehörden vor Ort (z.B.: Landgericht, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht) verstehen sich als eine Behörde mit einer *Doppelspitze (dyarchie)*. Präsident des LG und Leitender Oberstaatsanwalt sind zu kollegialem Einvernehmen verpflichtet, was im Einzelfall zu Konflikten führen kann. Überliefert ist aus den Neunzigerjahren des vorigen Jahrhunderts in Perpignan: Nachdem es zu Verwüstungen des jüdischen Friedhofs gekommen war, hielt der *procureur* eilige richterliche Ermittlungshandlungen für geboten, der *président* nicht. Der (öffentlich ausgetragene) Streit führte zu einem Disziplinarverfahren gegen ... den *procureur*, wegen Verletzung der Pflicht zu Kollegialität. Er wurde „im Interesse eines geordneten Dienstbetriebes“ als Leitender Oberstaatsanwalt zur Behörde des Generalstaatsanwalts nach Lyon versetzt.

Die französische Justiz ist durch eine *starke Hierarchisierung* geprägt. Man lasse sich nicht dadurch täuschen, dass es grundsätzlich nur vier „Grade“ in den Richterämtern und damit vor allem in der Besoldung gibt. Diese decken, nach unseren Maßstäben, etwa R 1 bis R 3 ab. Alles andere ist *hors cadre*, unterliegt also eigenen (höheren) Besoldungsregelungen. Dabei ist eine weitere Besonderheit, dass die Gerichte in Paris und einige herausgehobene Gerichte an anderen Orten (z. B. Versailles) auch für vergleichbare Ämter in der Besoldung höher rangieren als entsprechende Ämter „in der Provinz“. Das leistet einer starken Sonderung der Richterinnen und Richter in solche mit Orientierung auf Paris Vorschub (man spricht von „*le parisanisme*“), man kann es aber auch ganz banal als eine französische Ausprägung unseres Ortszuschlages sehen, der ja ursprünglich auch wegen Lebenshaltungskosten je nach Zuschnitt des Ortes differenziert war.

Die französische Justiz ist geprägt von einer äußerst starken *Mobilität*. Es ist überhaupt nichts Besonderes, wenn eine Richterin oder ein Richter (entsprechend eine Staatsanwältin oder ein Staatsanwalt) etwa von Valenciennes im Norden Frankreichs nach Nice an der Côte d'Azur wechselt – und umgekehrt. Letzteres allerdings in aller Regel weit weniger gern. Was sind die Motive für den Wechsel, häufig auch verbunden mit einem Überwechseln vom Richterstuhl (*la magistrature assise*) auf ein staatsanwaltliches Amt (*la magistrature debout, le parquet*)? Natürlich das Geld und die berühmte Karriere.

Französische Kolleginnen und Kollegen sind immer ganz erstaunt, wenn sie in Deutschland die regional geprägte Justiz und die starke Verankerung der Richterinnen und Richter in ihrem lokalen sozialen Umfeld erleben.

## 3. Selbstverwaltungselemente/richterliche Berufsorganisationen

Frankreich hat, dem europäischen Trend entsprechend (vgl. dazu zuletzt den Aufsatz von Giacomo *Oberto*, Richterliche Unabhängigkeit – Rechtsvergleichende Betrachtung ihrer institutionellen Ausgestaltung in den Ländern Europas, in ZRP 2004, S. 207 ff., *meinen* Beitrag „Reform der Justizstrukturen – technokratisch-fiskalisch oder substantiell?“, in SchIHA 2004, S. 253 ff.), sowie den europäischen Überblick in DRiZ 2003, S. 44 f.) ein im Wesentlichen aus gewählten Angehörigen der *magistrature* bestehendes Organ eingerichtet, das über „Beförderungen“ von Richtern und Staatsanwälten entscheidet, bei den Erstgenannten als echtes (nicht nur Mitbestimmungs-, sondern) Selbstverwaltungsorgan, das die für den Justizminister verbindliche Entscheidung trifft, für die zweite Gruppe lediglich mit Anhörungsrechten. Die protokollarische Besonderheit dieses Organs, des *conseil supérieur de la magistrature (c. s. m.)* besteht darin, dass der französische Staatspräsident den Vorsitz führt. Allerdings lässt er sich in aller Regel von seinem Stellvertreter, dem Justizminister, vertreten.

Man muss sich die Arbeit des *c. s. m.* im landesweiten Maßstab vorstellen: in dem beschriebenen zentralstaatlichen Rahmen, in einem stark hierarchisierten System der Justizverwaltung mit wenig direkter Kommunikation „von oben nach unten“, wo jeglicher schriftlicher Verkehr mit dem Ministerium über die Oberlandesgerichtspräsidenten und die Generalstaatsanwälte läuft. Man bedenke nur, dass die jährlichen großen „Besetzungs-Kampagnen“ notwendigerweise dazu führen, dass über weite Strecken des Jahres ein vorhersehbarer Prozentsatz von Stellen nicht besetzt ist.

Aber wir wollen die Probleme dieses Systems nicht überbetonen: Dieses Stück permanente Arbeit auf dem steinigen Acker einer in Richtung Unabhängigkeit tendierenden Justizverwaltung wird mit Erfolg getan.

Der *c. s. m.* fungiert im Übrigen auch – s. o., der Fall aus Perpignan – als *Richterdienstgericht*.

Großen Anteil am Funktionieren des *c. s. m.* haben die *richterlichen Berufsorganisationen*, deren Mitglieder, über Listen gewählt, in dem Selbstverwaltungsorgan mitarbeiten.

Traditionell hatte Frankreich, wie auch die Bundesrepublik Deutschland, nur *eine* richterliche Berufsorganisation. Was hier der *Deutsche Richterbund* ist, ist dort die *USM (Union Syndicale des Magistrats)*. Inzwischen sind (seit 1968) die eher „linke“ *Richtergewerkschaft Syndicat de la Magistrature (SM)* und (seit Anfang der Achtzigerjahre, sozusagen als Reaktion auf die erste Präsidentschaft Mitterrands) die eher konservative *Association Professionnelle des Magistrats (APM)* hinzugetreten.

In grundsätzlichen Fragen zur Unabhängigkeit der Justiz treten sie, insbesondere die beiden Erstgenannten, vielfach miteinander gegen (in Frankreich traditionell starke) exekutivistische Tendenzen auf. Man muss dazu wissen, dass in der französischen verfassungsrechtlichen Diskussion und in der realen Rechtspolitik bis heute nicht gesichert ist, dass die Justiz eine „Staatsgewalt“ (*pouvoir*) und damit die *Dritte Gewalt* ist, oder nur eine abgeleitete staatliche Institution, die man in Frankreich *autorité* nennt.

#### 4. Ausbildung, Fortbildung: Die Ecole Nationale de la Magistrature (ENM)

Von großer Bedeutung für die Justiz in Frankreich ist die gänzlich andere Ausbildung und Auswahl der Justizjuristen und in diesem Zusammenhang die *Richterhochschule (Ecole Nationale de la Magistrature, ENM)*.

Wer in Frankreich Richter oder Staatsanwalt werden will, muss zunächst ein juristisches Studium absolviert haben. Will er/sie sich anschließend für die Richterhochschule und nach deren erfolgreicher Absolvierung in die Justiz gehen, ist es nahezu unumgänglich, nach dem Universitätsabschluss noch an eigens hierfür eingerichteten Vorbereitungszentren in einigen Universitätsstädten besondere, schon praxisorientierte Vorbereitungskurse über mehrere Semester zu belegen. Entscheidend ist dann der Auswahlwettbewerb (*concours*) für die Richterhochschule. Jährlich wird eine bestimmte Anzahl von (freien) Stellen ausgeschrieben, die Aufnahmeprüfung ist das entscheidende Nadelöhr. Interessant ist, dass es neben dem „normalen“ Wettbewerb noch weitere Eingangswege gibt: Zum einen eröffnet die französische Justiz auch *Spitzen-Rechtspflegern (greffier – en – chef)* den Zugang zum Richteramt, zum anderen wird eine gewisse Anzahl Stellen für Bewerberinnen und Bewerber mit mehr oder weniger verwandter Berufserfahrung (nicht immer nach Absolvierung eines akademischen Studiums) eröffnet. Man staune: Es können sich z. B. hier höhere Polizeibeamte ebenso wie Studienräte bewerben. Nach Absolvierung der Richterhochschule, auf der sie zunächst in den ersten Phasen durch juristische Einführungskurse behutsam „eingefädelt“ werden, müssen sie freilich dasselbe rechts- und justizorientierte Examen ablegen wie die von vornherein in diese Richtung vorgebildeten Juristinnen und Juristen. Die Glücklichen, die den Eintritt in die ENM geschafft haben, heißen *auditeurs de justice*. Sie sind, nach deutschen Maßstäben, weder Referendare noch Richterinnen und Richter auf Probe. Einerseits gehören sie schon zum *corps*, zur *magistrature*, das unterscheidet sie von den Referendaren; andererseits nehmen sie trotz dieses richterlichen Status noch nicht eigenverantwortlich richterliche oder staatsanwaltliche Aufgaben wahr, befinden sich vielmehr in Phasen an der Hochschule und in „Stationen“ (*stages*) bei Gerichten, Staatsanwaltschaften und anderen Stellen noch in der Ausbildung. Schon in dieser zweiten Phase der Richterausbildung zählt übrigens eine Auslandsstation, verbunden mit Fremdsprachenkenntnissen, zum Pflichtpensum.

Der Lehrkörper der Richterhochschule besteht nahezu ausschließlich aus abgeordneten Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, die mit der gleichen Selbstständigkeit dort als *professeur* bezeichnet werden wie die

Lehrenden an jeder höheren Bildungsstätte in Frankreich. Sie bleiben dort für einige Jahre und kehren sodann wieder in richterliche oder staatsanwaltliche Aufgaben zurück. Es leuchtet unmittelbar ein, dass so für die Praxisnähe der Ausbildung gesorgt ist und dass zugleich hochmotivierte, didaktisch begabte jüngere Richterinnen und Richter als Ausbilder tätig sind und anschließend den Elan und das fachliche, stets aktuelle Niveau der Schule wieder nach ganz Frankreich in die Justiz tragen, wie auch die Absolventen selbst in ihren Ausbildungsstationen und bei ihren ersten Verwendungen.

Die Hochschule, die ihren Sitz in Bordeaux hat, unterhält eine internationale Abteilung in Paris, die, ebenso wie die „Zentrale“ im Allgemeinen, für den internationalen Bereich auch in der *Fortbildung* äußerst wichtig ist. Denn die französischen Richterinnen und Richter absolvieren auch später in der Fortbildung Hospitationen im Ausland. Ich brauche nicht weiter zu betonen, dass sich daraus auch große Vorteile für Frankreich im europäischen und internationalen Wettbewerb herleiten.

Die Hochschule schickt die *auditeurs* nicht nur regelmäßig „in die Welt hinaus“, die Welt kommt sozusagen auch ständig nach Bordeaux und natürlich Paris: Journalisten, Manager, Gewerkschafter, Hochschullehrer, Verantwortliche aus den Systemen der sozialen Sicherheit – sie alle geben sich für Seminare und Projekte dort sozusagen die Klinke in die Hand. Das sorgt bei den Absolventen für ein höheres Maß an sozialer Kompetenz und sozialer Phantasie als etwa bei (auch über-)durchschnittlichen Absolventen der deutschen Juristenausbildung.

Der ENM sind, direkt oder indirekt, Forschungsprojekte zur Rechtstatsachenforschung/Rechtssoziologie angegliedert, insbesondere in Gestalt des (als Verein organisierten, aber von an die Hochschule abgeordneten Richtern geleiteten und betriebenen) Institut de Hautes Etudes Judiciaires.

Der Leiter (*directeur*) der Richterhochschule übt ein sehr herausgehobenes Amt aus, das nach deutschen Maßstäben mindestens bei R 3/R 4 anzusiedeln wäre. Er ist – zwar nicht offiziell, aber *de facto* – „politischer Beamter“. Es besteht stillschweigende Übereinkunft im politischen Raum, dass er/sie (möglicherweise nach einer gewissen „Schonzeit“, *dezent*) ausgewechselt wird nach einem dauerhaften grundlegenden Wechsel in Regierung und Justizministerium. Trotzdem (oder gerade deshalb) ist die – immer glänzend besetzte – Stelle sozusagen eine gehobene „Startposition mit Langzeitwirkung“ in Richtung etwa der (wesentlich) späteren Position eines OLG-Präsidenten, eines Generalstaatsanwalts oder in hoher und höchster Funktion am Kassationsgerichtshof oder wieder im Ministerium.

Schließlich ist anzumerken, dass in der französischen Juristen- und Richterausbildung nicht nur die fallbezogene Submissionslehre dominiert, sondern mindestens ebenso stark die Kunst der themenbezogenen Stellungnahme und des literarischen und politischen Essays gefragt ist.

#### 5. Justiz/Anwaltschaft, Justiz/Medien

Ich erwähne am Ende meines (alles andere als vollständigen) *tour d'horizon* zur französischen Rechts-(oder besser: Justiz-)kultur noch Zweierlei:

Zunächst die gänzlich andere, nämlich (noch) weit höher geachtete Stellung der Anwaltschaft (des *barreau*) und ihres jeweiligen zentralörtlichen Repräsentanten, des *bâtonnier* (= Präsident der Anwaltskammer). Es mag freiheitlicher Tradition der (trotz zweier kaiserlicher *Intermezzi* und eines königlichen *Intermezzos*) wesentlich älteren französischen rechtsstaatlichen Demokratie entsprechen, dass der Sprecher des freien Berufs als Organ der Rechtspflege in jeglicher Hinsicht gleichen Rang genießt wie die Repräsentanten der staatlichen Justizgremien, nämlich der jeweilige Gerichtspräsident und der Leiter der Behörde der Staatsanwaltschaft.

Schließlich gehört zur Rechtskultur in Frankreich noch die unvergleichlich größere Rolle der Medien, insbesondere der Presse, in der rechtspolitischen und justizbezogenen (auch personalpolitischen) Debatte. Das berührt sich auch mit der erwähnten Zentralstaatlichkeit. Anders als in Deutschland, geht auch ein an der Peripherie des Landes behandelnder Fall von grundsätzlicher Bedeutung oder eine personalpolitische Skandalgeschichte nicht unter, sondern wird von Paris aus über das ganze Land diskutiert,

insbesondere im berühmten Blatt *Le Monde*, in dem auch Justizangehörige (nicht nur hoher Ränge) Raum bekommen.

## II. Deutsche Rechtskultur

Man sollte meinen, dass ich mich zu Deutschland sehr kurz fassen könnte. Schließlich sind jeder Leserin und jedem Leser doch die Bausteine zur *Deutschen Rechtskultur* aus der Ausbildung und aus der täglichen Praxis vertraut.

Aber schon durch die Darstellung der Kultur des Nachbarlandes dürfte – sozusagen spiegelbildlich – das eine oder andere als besonders deutlich oder vielleicht – im vielfachen Sinne des Wortes – fragwürdig aus der Selbstverständlichkeit aufgetaucht sein.

### 1. Richter und Staatsanwalt – grundsätzlich zwei verschiedene Berufe

Wir haben also, um damit anzufangen, *nicht* – jedenfalls nicht außerhalb Bayerns – die ganz eindeutige Beschreibung der Angehörigen der Richterschaft und der Staatsanwaltschaft insgesamt als *einer einheitlichen Gruppe von Justizjuristen*. Unterschiedlich ausgeprägt in den einzelnen Ländern der Bundesrepublik finden wir vielmehr zwei je eigene Justizberufe, wie es denn ja auch im unterschiedlichen Status (hier Richter, dort Beamter, sieht man davon ab, dass auch der angehende Staatsanwalt seine Probezeit im Status des Richters auf Probe absolviert) deutlich wird. Schon gar nicht haben wir die für Frankreich typische gemeinsame Leitung von Gericht und Staatsanwaltschaft als Doppelbehörde (*dyarchie*), vielmehr sagt § 150 GVG eindeutig: „Die Staatsanwaltschaft ist in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig.“

### 2. Föderalismus

Als ganz entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zum zentralstaatlichen Frankreich können wir die Auswirkung des *Föderalismus* auf die Justiz, die grundsätzlich Länderangelegenheit ist, feststellen. Es fällt nicht leicht, einem französischen Richterkollegen klarzumachen, dass nicht nur die Bundesjustizministerin nur für die Bundesrichter zuständig ist, sondern dass es für die übrigen Richterinnen und Richter in der Bundesrepublik 16 Länderminister und im Übrigen 16 *Richterstatute* (Landesrichtergesetze etc.) gibt.

### 3. Weniger Mobilität

Wenn man die außerordentliche Mobilität unter den Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten in Frankreich gesehen hat, wird einem (stärker) bewusst, wie relativ immobil die deutschen Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sind. Es ist die Regel, dass man im eigenen Land bleibt. Variationen hierzu haben sich allenfalls nach 1990 im Zuge der Hilfe beim Aufbau rechtsstaatlich-demokratischer Justizstrukturen in den neuen Ländern ergeben – wir wollen sehen, ob das dauerhaft zu einer größeren Mobilität zwischen den Ländern geführt hat und führen wird.

### 4. Einzelne Elemente unabhängigkeitsschützender und demokratieadäquater Justizverwaltung

Wir haben zu Frankreich festgestellt, dass dort ein (bei Richtern und Staatsanwälten unterschiedlich „mächtiges“) Selbstverwaltungsorgan existiert: der *c. s. m.*, dem außer („Beförderungs“-) Nominierungsangelegenheiten auch Aufgaben eines Disziplinargerichts anvertraut sind.

Festzustellen ist, dass es in Deutschland (im föderalen Staat möglicherweise naturgemäß) an einem zentralen Selbstverwaltungsgremium dieser Art fehlt. Es fehlt hieran aber auch auf der Ebene der Länder.

Was dafür in Deutschland vorhanden ist, habe ich an anderer Stelle (vgl. unter anderem den schon erwähnten Aufsatz in SchIHA Oktober 2004, S. 253 ff., sowie den ebenfalls aus einem Vortrag hervorgegangenen Aufsatz „Der Richter als zentrales und unabhängiges Organ der Rechtspflege – eine Skizze“ in SchIHA 2004, S. 83 ff. und neuestens den Beitrag „Reformen im Recht der

Präsidien der Gerichte“ in: Bub, Knieper, Metz, Winter (Hrsg.), *Zivilrecht im Sozialstaat – Festschrift für Prof. Dr. Peter Derleder* zum 65. Geburtstag, Baden-Baden (Nomos) 2005, S. 677 ff.) näher ausgeführt:

- die Präsidien der Gerichte als Selbstverwaltungsorgan auf Gerichtsebene
- die Mitbestimmung durch Richter- und Präsidialräte
- die Richterdienstgerichte, mit der besonderen Möglichkeiten für die einzelne Richterin/den einzelnen Richter, diese nach § 26 Abs. 3 DRiG von sich aus anzurufen
- die Richterwahlausschüsse
- die Konstruktion des *juge citoyen* in § 39 DRiG, des Richters also, der grundsätzlich seine freien staatsbürgerlichen Rechte behält und *in diesem Rahmen* zu beachten hat, dass nicht das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährdet wird.

Die *Gemeinsamkeit* mit Frankreich läge – sozusagen auf der defizitären Seite – darin, dass, abgesehen von den jeweils aufgeführten Elementen einer von der Verwaltung durch die Exekutive losgelösten Justizverwaltung, die Justiz nach wie vor sozusagen am Tropf der Exekutive hängt.

### 5. Aus- und Fortbildung/richterliche Berufsorganisationen

Zur *Juristenausbildung* bleibt festzuhalten, dass diese sich nach wie vor als *einheitliche und generalistische Ausbildung* sich an den zwei Staatsexamina orientiert. Lediglich einzelne Prüfungsteile des ersten Examens sind jetzt auf die Universitäten verlagert.

Es gibt, vordergründig wie in Frankreich, *drei Richterorganisationen*, allerdings nicht wie in Frankreich sozusagen je eine weitere „links“ und eine „rechts“ des *Deutschen Richterbundes*; vielmehr sind beide mit der größten Berufsorganisation konkurrierenden allgemeinen Gewerkschaften bzw. Verbände im Spektrum links (der Mitte) des *Deutschen Richterbundes* anzusiedeln: Die *Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in ver.di (früher ötv)* und die *Neue Richtervereinigung*, gegründet 1968 bzw. 1987. Im Übrigen gibt es, teils mit korporativer Mitgliedschaft im DRiB (Arbeitsrichter), teils ohne eine solche (Verwaltungsrichter) noch fachspezifische Berufsverbände.

### 6. Die Bedeutung des Verfassungsrechts und des Bundesverfassungsgerichts

Ganz entscheidend für die deutsche Justizkultur ist die Bindung aller staatlichen Gewalt und damit auch der Justiz an die *Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht* (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Dann vor allem die Existenz einer *Verfassungsgerichtsbarkeit*, mit der Judikative i. Ü. verknüpft durch die mit Bindungswirkung versehenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einerseits und die Vorlagemöglichkeit für die Richterinnen und Richter der Fachgerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG andererseits.

Damit mag ein weniger starkes Bewusstsein der deutschen Richterschaft für die Bedeutung der Grundrechtsartikel der EMRK einhergehen, zumal das „Mutterprozessgrundrecht“ aus Art. 6 EMRK u. a. in den deutschen Prozessgrundrechten in Art. 101 ff. sozusagen durchdekliniert ist.

### 7. Dogmatik/Verrechtlichung

Ganz allgemein ist zur *Anwendung und Auslegung des (nicht nur Verfassungs-)Rechts in Deutschland* und insbesondere durch die Gerichte zu sagen: Der Rechtsstoff ist stark „dogmatisiert“. Über die nach den Regeln der juristischen Dogmatik erfolgende individual-richterliche Interpretation hinaus ist dies sicher auf die beherrschende Rolle der Kommentar-Literatur (weltweit ein Unikum) zurückzuführen.

Aus *französischer* Sicht würde man zur „deutschen Art“ der Anwendung und Auslegung des Rechts sagen, man möge doch die Verrechtlichung nicht auf die Spitze treiben, sondern die Ausartung der Kräfteverhältnisse der *politischen Sphäre* überlassen. Als Beispiele nenne ich das Demonstrationsrecht oder das Streikrecht (ja, auch dieses Rechtsgebiet, von dem doch viele deutsche Juristen und Rechtspolitiker meinen, es sei zu *wenig* durchnormiert!) Aber auch an diesen beiden Beispielen kann man, aus *deutscher* Sicht, beschreiben, wie sich mit Hilfe der Justiz eine Kul-

tur der friedlichen Austragung, Schlichtung und Beilegung von Konflikten entwickelt hat.

### III. Europäische Rechtskultur

Ich sagte es eingangs schon: Wir sind alle längst europäische Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, wenn auch noch in nationalstaatlicher Organisation.

#### 1. Integrationsmechanismen des Europarechts

Soweit EU-Länder angesprochen sind, besteht die gemeinsame Rechtskultur schon längst darin, dass einmal zunächst über Harmonisierung, dann über europarechtliche Vorgaben (Verordnungen, Richtlinien) einheitliches Recht geschaffen wurde, so etwa mit der Schuldrechtsreform in diesem zentralen Bereich des Zivilrechts und bereits zuvor im Bereich des IPR.

Mit dem *Vorlagemechanismus* nach Art. 177 Abs. 2 EWG-Vertrag existiert ein ähnliches Integrationsmuster wie auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts über Art. 100 Abs. 1 GG mit der – prozessual erleichternden – Variation, dass hier nicht die *Überzeugung* des Richters von der Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht vorliegen muss, sondern er dem Gerichtshof eine *Frage* zur Vorabentscheidung vorlegt.

Dies sind Beispiele für eine schon vorhandene *europäische* Rechtskultur bzw. Vehikel zu ihrer Fortschreibung und Festigung.

Im Bereich der *Gerichtsorganisation* und *Gerichtsverfassung* sowie des Richterdienstrechts, denen ich bei der Beschreibung der französischen und der deutschen Rechtskultur breiten Raum gegeben habe, lassen sich weitere Elemente einer europäischen Rechtskultur feststellen:

#### 2. Enthierarchisierung

Wir begegnen überall der Tendenz zur *Enthierarchisierung*. Sehr ausgeprägt finden wir diese in Portugal, wo in den Spruchkörpern der *Vorsitz* unter den Mitgliedern rotiert, es also keine *geborenen Vorsitzenden* mehr gibt.

In Italien ist die Enthierarchisierung in der *Richterbesoldung* am weitesten gediehen: Sozusagen in konsequenter Fortführung dessen, was unsere deutsche R-Besoldung ansatzweise bietet, „gleiten“ dort alle Richter ab einer gewissen Dienstaltersstufe in die Besoldungsgruppe eines Richters am Kassationsgerichtshof. Gleich also, ob eine Richterin/ein Richter oder eine Staatsanwältin/ein Staatsanwalt das Amt beim Obersten Gericht ausübt oder an anderer Stelle in der Justiz des Landes, sie/er wird ab diesem Zeitpunkt *wie ein Kassationsrichter* (vergleichbar in Deutschland wie ein Bundesrichter) besoldet. Damit soll dem Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Richterämter Rechnung getragen werden.

#### 3. Modell CSM/Europäische Charta für ein Richterstatut

Was die Ausgestaltung der Organisation und Verwaltung der Justiz angeht, so lässt sich als beherrschender Trend in Gesamteuropa, von Portugal bis Georgien, feststellen, dass man die Einrichtung von verstärkten Selbstverwaltungselementen in der Justiz in Gestalt *Oberster Richterräte* (und häufig auch entsprechender Gremien auch für die Staatsanwaltschaft) als besten Schutz für die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter sowie der Justiz insgesamt ansieht. Es handelt sich dabei um Konstruktionen, die, weit über das oben beschriebene französische Modell hinausgehend, ihre stärkste Entfaltung in Italien, Spanien und Portugal gefunden haben und die seit den Neunzigerjahren auch verstärkt in den neuen Demokratien Mittel- und Osteuropas sowie nach der Jahrtausendwende u. a. in den Niederlanden und in Dänemark eingeführt worden sind. Ich nenne sie „CSM-Modell“, weil sie in allen romanischen Sprachen so oder ähnlich heißen (z. B. in Italien *consiglio superiore della magistratura*).

Gebündelt ist diese Tendenz in einer *europäischen Charta für ein Richterstatut* des Europarates von 1998, die den Stellenwert eines Expertenpapiers hat. Aus eigener Anschauung als Mitglied der Arbeitsgruppe des Europarates, die den Text erarbeitet hat, kann ich berichten, dass hier die Dachorganisationen des Deutschen Richterbundes und seiner europäischen Schwesterverbände einerseits (*Union Européenne des Magistrats (UEM)*) und diejenigen der ver.di-Richter und der *Neuen Richtervereinigung*

andererseits (Magistrats Européens pour la Démocratie et la liberté, MEDEL) einträchtig zusammengearbeitet haben. Das Papier ist in Deutschland meines Wissens nur veröffentlicht in der von Richterinnen und Richtern herausgegebenen Zeitschrift „Betrifft: justiz“ Nr. 60, Dezember 1999), S. 163 ff., aus dem Englischen/Französischen übersetzt und mit einer Einleitung versehen von *Christoph Strecker*. In die gleiche Richtung zielt, mit noch ganz anderem politischen Gewicht, die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates Nr. (94) 12 vom 13.10.1994 und die Entschließung des Ministerkomitees vom 18.12.2002 (Entschließung Res (2002) 12 zur Einsetzung der Europäischen Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ), zu der es jetzt eine begleitende Richter-Kommission gibt, die sich derzeit mit Fragen richterlicher Ethik befasst.

Unabhängig von der grundsätzlichen Präferenz vieler (west- und ost-)europäischer Staaten und auch der genannten Experten-Gruppe des Europarates für das CSM-Modell lässt sich feststellen und auch mit der *Charta* belegen, dass den einzelnen Ländern der Freiraum bleibt, jeweils *ihren* besonders überzeugenden Weg zu einer demokratie-adäquaten und die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter gewährleistenden Organisation der Justiz zu finden.

Dabei kommt der diesen Grundsätzen genügenden gerichtsverfassungsrechtlichen Konstruktion der *Staatsanwaltschaft* eine besondere Bedeutung zu.

#### 4. Modell Richterhochschule

Wenn ich eben aus den gesamteuropäischen Diskussionen um die zukünftige Ausgestaltung der Justiz herausdestilliert habe, dass hierzu eine Konstruktion in Richtung des Modells „Oberster Richterrat“ gehört, so ist mit mindestens gleichem Rang in Gesamteuropa die Organisation der Aus- und Fortbildung der Richter und Staatsanwälte an *Richterhochschulen* zu nennen. Hier hat die Bundesrepublik Deutschland, unter den besonderen Bedingungen des Föderalismus, gewiss noch eine erhebliche Strecke Weges vor sich. Zur Konstruktion der Richterhochschule gehört dabei die praxisbezogene Forschung, das heißt Rechtstatsachenforschung oder Justizsoziologie, wie dies zum Beispiel vorbildlich an der ENM in Frankreich, in Verbindung mit dem *Institut de Hautes Etudes Judiciaires* geschieht.

#### 5. Menschenrechtsgerichtshof (Straßburg) und EuGH (Luxemburg)

Auf die Bedeutung der EMRK hatte ich bereits sowohl im französischen wie im deutschen Teil hingewiesen. Die Konvention wie insbesondere auch die Rechtsprechung des Menschenrechtsgerichtshofes in Straßburg bilden eine starke gemeinsame Klammer für die Rechtsprechung an allen Gerichten und die Tätigkeit an allen Staatsanwaltschaften innerhalb der Staaten des Europarates.

Verstärkt gilt dies in denjenigen Nationen, die der Europäischen Gemeinschaft angehören, für die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes (EuGH)* in Luxemburg. Ihm kommt überdies eine weitere Bedeutung zu: So wie dieser Gerichtshof selbst seine Prozessordnung entwickelt und festgelegt hat, so könnte sich dies in der Weise auf eine europäische Kultur des Prozessrechts auswirken, dass, nach den Vorgaben des *EuGH* und orientiert an Art. 6 EMRK, die Richterinnen und Richter der Gerichte innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bei ihrer Rechtsprechung eine *europäische Kultur des Prozessrechts* entwickeln, die dann vom Gesetzgeber der Union kodifiziert wird.

Übrigens ist Schleswig-Holstein dem *EuGH* besonders verbunden: in Gestalt der dort amtierenden deutschen Richterin Prof. Dr. Ninon Colnéric, die hier zuvor als Präsidentin des LAG tätig war.

Zum Schluss: Auch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* betreffend sein Verhältnis und das Verhältnis des deutschen (Verfassungs-)rechts zum europäischen Recht und zur Rechtsprechung des *EuGH* und des Straßburger Menschenrechts-Gerichtshofes ist ein Teil der im Werden befindlichen europäischen Rechtskultur. Natürlich geht es auch um Vorrang und Definitionsmacht. Bei näherem Betrachten wird aber selbst aus der kritischen und kritikablen Position des Bundesverfassungsgerichts erkennbar, dass längst ein System des gegenseitigen Ergänzens und Respektierens besteht, das insgesamt einen höchstmöglichen Standard an Grundrechtsschutz gewährleisten soll.

# Die Ausbildung französischer «auditeurs» am Landgericht in Itzehoe

Barbara Krix, Vizepräsidentin des Landgerichts, Itzehoe

Ab 1. März 2005 ist wieder einmal ein französischer „Auditeur“, Charlotte de Cabarrus, für die Dauer von zwei Monaten dem Landgericht in Itzehoe zur Ausbildung zugewiesen. Es ist das dritte Mal in den vergangenen fünf Jahren, dass zukünftige französische Richterkolleginnen oder -kollegen mit einem in etwa einem deutschen Referendar vergleichbaren Status zu uns in den Bezirk gekommen sind, um Einblick in die deutsche Rechtskultur zu nehmen, und uns zugleich Gelegenheit zu geben, etwas über die französische Rechtskultur zu erfahren.

Die Ausbildung gestaltet sich so vielfältig und umfassend, wie wir es in der kurzen Zeit ermöglichen können. Da steht die Teilnahme an Sitzungen der Zivil- und Strafrichter am Landgericht und auch an den laufenden Referendararbeitsgemeinschaften auf dem Programm. Die französische Kollegen lernen – hierbei arbeiten Landgericht und Staatsanwaltschaft eng zusammen – aber auch die Arbeit eines Staatsanwalts kennen und begleiten ihn zu Sitzungen, sie besuchen eine Bewährungshilfestelle und begleiten einen Bewährungshelfer für zwei Tage bei seiner Tätigkeit, ein Besuch der örtlichen Justizvollzugsanstalt ist vorgesehen und ein Aufenthalt bei verschiedenen Richtern des Amtsgerichts.

Der Auditeur bringt zudem aus Frankreich ein Thema mit, über welches er dann dort eine rechtsvergleichende schriftliche Arbeit abzuliefern hat. Im Falle von Frau de Cabarrus ist „Das Recht des Kindes“ Schwerpunkt ihres Interesses, deshalb sind besonders die Familien und Jugendrichter Ansprechpartner für eine Hospitation.

In allen Fällen waren die jungen Auditeurs erstaunt über die Offenheit und Transparenz unserer Verhandlung besonders im Zivilrecht. Dass die Parteien persönlich geladen werden und auch noch etwas sagen dürfen, scheint in Frankreich undenkbar. Ich erinnere mich aber auch persönlich noch an die Worte eines Ausbilders an der französischen Richterschule, der den jungen Auditeurs für den Ablauf der Verhandlung sagte: „der Platz vor dem Richtertisch ist wie die Demokratie für die Parteien nicht verfügbar“. Die französischen Richter halten die Parteien auf Abstand, ein „runder Tisch“ und Verhandlungen in gleicher Augenhöhe mit den Anwälten wären eine Revolution.

Natürlich sind wir in Itzehoe auch neugierig und fragen die Auditeurs nach bestem Wissen und Gewissen aus. Auf diese Weise erfahren wir auch etwas über ihre Ausbildung in Frankreich.

Der Vorgänger von Charlotte de Cabarrus, *Nicolas Hennebelle*, hat uns hierzu einmal einen kleinen Aufsatz geschrieben. Ich gebe ihn hier auszugsweise wieder, denn ich halte es für authentischer, wenn er selbst spricht, und bitte den Leser, die kleinen sprachlichen Unzulänglichkeiten zu verzeihen:

„Die Ausbildung der Richter in Frankreich wird von der Ecole nationale de la Magistrature (der Richterakademie) versorgt. Sie sorgt auch für die laufende Fortbildung der Richter. Jedoch kann man nicht frei in die Richterakademie eintreten. Es gibt nämlich Voraussetzungen für diese Aufnahme.

## *Le recrutements des juges*

Frankreich hat mehrere Lösungen für die Einstellung der Richter probiert.

Während des Königtums bezahlten die Richter selbst eine Abgabe, die es ihnen erlaubte, diesen Beruf auszuüben. Dieses System war aber ungerecht, da es auf den Reichtum der Leute ankam, und garantierte die Kompetenz der Richter nicht. Mit der Revolution von 1789 wurde das System verändert. In dieser Zeit wurden die Richter von der Bevölkerung gewählt. Viele Leute fanden dies demokratischer. Jedoch hat Frankreich dieses System, das in anderen Ländern noch in Kraft ist, abgelehnt. Die Wahl der Richter hat nämlich gewisse Nachteile, weil der gewählte Richter nicht unbedingt der kompetenteste ist. Man kann auch an der Unabhängigkeit eines Richters zweifeln, der indirekt von seinen Wahlberechtigten abhängig ist. Während des 19. Jahrhunderts ( bzw. mit der Rückkehr der Monarchie) wurden die Richter von der Regierung ernannt mit der Folge, dass bei jeder Regimeänderung viele

Richter entlassen wurden. Die Unabhängigkeit des Richters kann also nicht in Frage. 1905 trat das aktuelle System in Kraft. Frankreich führte eine Aufnahmeprüfung ein, die es erlaubt, Richter zu werden. Es löste sich von den Nachteilen der ehemaligen Systeme: der Erfolg bei einer Prüfung hängt von der Qualität des Kandidaten, nicht von seinem Reichtum ab. Auch wird die Unabhängigkeit des Richters der Regierung und dem Volke gegenüber bei der Aufnahme damit garantiert.

Die Aufnahmeprüfung ist also das aktuelle Einstellungssystem der Richter in Frankreich. Jede Französin oder Franzose, die oder der unter 28 ist und mindestens 8 Semester an die Universität studiert hat, kann sich bewerben. Jedes Jahr gibt es ungefähr 3000 Bewerber, aber nur circa 200 Plätze. Die Zahl von Plätzen wird nach und nach erhöht, bleibt aber sehr knapp trotz des Mangels an Richtern in der Justiz. Ohne mich in Kleinigkeiten zu verlieren, kann man sagen, dass diese Prüfung sich nicht nur auf rechtliche Fächer – wie Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht, Arbeitsrecht, Prozessrecht oder Handelsrecht – erstreckt; in Ergänzung dazu wird die Allgemeinbildung der Bewerber betont, um zu vermeiden, dass die künftigen Richter nur reine Fachleute sind. So kann der Bewerber über die Lüge, die Gifte (Drogen), die Sekten oder den Platz der Frauen in der Politik befragt werden. Es geht nicht darum, eine unbegrenzte Allgemeinbildung nachzuweisen. Aber bei solchen Themen soll der Bewerber zeigen, dass er sich nicht nur für rechtliche Fragen, sondern auch für die Probleme seiner Zeit interessiert.

Jedoch wird dieses System kritisiert. Manche Leute behaupten, die Richter seien am Anfang ihrer Karriere zu jung (sie sind ungefähr 26). Diese jungen Richter hätten nicht die nötige Erfahrung, um über ihre Mitbürger (einen Unternehmer, einen Arzt, ein Ehepaar) zu urteilen. Deshalb gibt es noch einen anderen Weg, um Richter zu werden. Jedes Jahr werden ungefähr 40 Plätze für Leute reserviert, die älter als 28 sind und schon einen anderen Beruf ausgeübt haben. So können Beamte, Rechtsanwälte oder Ärzte Richter werden und ihre Erfahrung mitzubringen.

Nach dieser Auswahl treten die erfolgreichen Bewerber als *Auditeurs* (Referendare) in die Richterakademie (ENM) ein.

## *La formation à l'ENM*

Die Ausbildung in der Richterakademie dauert 31 Monate, ungefähr 2 1/2 Jahre. Sie ist aus Praktika und Unterricht zusammengesetzt. Die Richterakademie existiert seit 1958. Vorher wurden die Auditeurs mit Praktika bei den Gerichten und bei einem Rechtsanwalt ausgebildet. Die Richterakademie liegt in Bordeaux.

Am Anfang seiner Ausbildung ist der Auditeur ein Beamter. Er verdient Geld, aber verpflichtet sich, während der Dauer von mindestens 10 Jahren als Richter der Republik zu dienen. Die Ausbildung eines Auditeurs kostet nämlich das Justizministerium ungefähr 100 000 €. Dies muß also eine langfristige Anlage sein!

Der Auditeur verpflichtet sich auch eidlich, das Geheimnis der Akten und der Beratungen zu wahren. Die Eidesleistung findet während der Einführungswoche in Bordeaux am OLG statt. Damit kann der Auditeur alle Akten lesen oder in den nicht-öffentlichen Verhandlungen anwesend sein.

Nach dieser Einführungswoche macht der Auditeur ein zweiwöchiges Wochenpraktikum in einem Landgericht, („Entdeckungspraktikum“) und ein zweimonatiges Praktikum in einem Betrieb, einer Verwaltung oder im Ausland. So kann er die Arbeitswelt oder die Organisation der Justiz in einem anderen Land entdecken.

Von Mai bis Dezember finden technische Unterrichtsstunden (Redaktion von Urkunden wie ein Urteil oder ein Plädoyer) und Seminare über die Justizkultur (Rolle des Richters, Beziehung des Richters zu seinen Mitbürgern, Bedeutung der Grundrechte) in Bordeaux statt.

Der Auditeur setzt in der Praxis seine neuen Kenntnisse in einem jährlichen Praktikum um. Während dieses „Gerichtspraktikums“ in

einem der 180 Landgerichte Frankreichs arbeitet er mit einem Landrichter, einem Jugendrichter, einem Untersuchungsrichter und mit einem Staatsanwalt zusammen. Er vernimmt Angeklagte und Zeugen während des Verfahrens, er führt Verhandlungen, setzt Anklagen, Plädoyer und Urteile ab, immer in der Anwesenheit eines Richters, der ihn beobachtet. Während dieses Jahres gibt es auch kurze Praktika (ein oder zwei Wochen lang) bei einem Gerichtsvollzieher, in einer JVA, und bei der Polizei.

Nach einem Praktikum in einer Rechtsanwaltskanzlei gibt es eine Prüfung, um die verfügbaren Arbeitsplätze in den Gerichten Frankreichs aufzuteilen (Liste). Der künftige Richter wählt seine geographische und berufliche Einweisung. Mit weiterer vertiefter Unterricht während eines Monats in Bordeaux und einem Praktikum an seinem künftigen Arbeitsplatz kann der auditeur sich verbessern.

Im September wird er endlich Richter auf Lebenszeit.“

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### Änderung der Kostenverfügung

AV d. MJF v. 25. Februar 2005 – II 313/5607 – 19 SH –  
(SchiHA 2005 S. 109)

#### I.

Die Landesjustizverwaltungen und das Bundesministerium der Justiz haben folgende Änderungen der Kostenverfügung (Allgemeine Verfügung vom 1. März 1976 – V 340a/5600 – 90 SH – <SchiHA S. 56>), zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 23. Januar 2002 – II 312/5607 – 19 SH – (SchiHA S. 39), vereinbart:

1. In § 1 werden nach dem Wort „Justizdienstes“ die Wörter „oder vergleichbaren Angestellten“ eingefügt.
2. In § 3 Abs. 3 Satz 1 werden nach den Wörtern „sowie in“ die Wörter „arbeits-, finanz-, sozial- und“ eingefügt.
3. In § 4 Abs. 4 Satz 1 werden die Wörter „die Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens oder für die Zulassung des Beitritts“ durch die Wörter „die Entscheidung über den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung oder über den Beitritt zum Verfahren“ und die Angabe „Nr. 5210“ durch die Angabe „Nr. 2210“ ersetzt.
4. § 5 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „§§ 4, 64 Abs. 1 GKG“ durch die Angabe „§ 19 GKG“ ersetzt.
  - b) In Absatz 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 4 Abs. 2 GKG“ durch die Angabe „§ 19 Abs. 2 GKG“ ersetzt.
  - c) In Absatz 4 wird die Angabe „Nr. 9014, 9015“ durch die Angabe „Nr. 9015, 9016“ ersetzt.
5. In § 6 Abs. 2 wird die Angabe „§ 130 BRAGO“ durch die Angabe „§ 59 RVG“ und das Wort „Landeskasse“ durch das Wort „Staatskasse“ ersetzt.
6. In § 7 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 54 Nr. 3 GKG“ durch die Angabe „§ 29 Nr. 3 GKG“ ersetzt.
7. § 8 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „§ 58 Abs. 2, § 69 GKG“ durch die Angabe „§ 31 Abs. 2 Satz 1, § 18 GKG“ ersetzt.
  - b) Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt gefasst:  
„Dass die Zwangsvollstreckung aussichtslos sei, kann regelmäßig angenommen werden, wenn ein Erstschuldner mit bekanntem Wohnsitz oder Sitz oder Aufenthaltsort im Ausland der Zahlungsaufforderung nicht nachkommt und gegen ihn ggf. im Ausland vollstreckt werden müsste.“
  - c) Es wird folgender Satz 4 angefügt:  
„Dies gilt insbesondere dann, wenn die Zwangsvollstreckung im Ausland erfahrungsgemäß lange Zeit in Anspruch nimmt oder mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre.“
  - d) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:  
„(2) Soweit einem Kostenschuldner, der aufgrund von § 29 Nr. 1 GKG haftet (Entscheidungsschuldner), Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist, darf die Haftung eines anderen Kostenschuldners nicht geltend gemacht werden; von diesem bereits erhobene Kosten sind zurückzuzahlen. Die Haftung eines anderen Kostenschuldners darf auch nicht geltend gemacht werden, soweit dem Entscheidungsschuldner ein Betrag für die Reise zum Ort einer Verhandlung, Vernehmung oder Untersuchung und für die Rückreise gewährt worden ist (§ 31 Abs. 3 GKG).“
8. In § 9 werden die Wörter „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über die Prozesskostenhilfe (DB-PKHG)“ durch die Wörter „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über die Prozesskostenhilfe und zur Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens (DB-PKHG/DB-InsO)“ ersetzt.
9. In § 10 Abs. 1 Satz 1 werden die Wörter „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über die Prozesskostenhilfe (DB-PKHG)“ durch die Wörter „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über die Prozesskostenhilfe und zur Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens (DB-PKHG/DB-InsO)“ ersetzt.
10. § 10a wird wie folgt geändert:
  - a) Die Angabe „§ 8 Abs. 1 Satz 2 GKG“ wird jeweils durch die Angabe „§ 21 Abs. 1 Satz 2 GKG“ ersetzt.
  - b) In Satz 3 wird die Angabe „§ 8 Abs. 2 Satz 2 GKG“ durch die Angabe „§ 21 Abs. 2 Satz 2 GKG“ ersetzt.
11. § 13 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „§§ 61 bis 64 GKG“ durch die Angabe „§ 6 Abs. 1, 3; §§ 7 bis 9 GKG“ und die Angabe „§§ 66 bis 69 GKG“ durch die Angabe „§§ 15 bis 18 GKG“ ersetzt.
  - b) Absatz 1 Satz 2 wird gestrichen.
  - c) In Absatz 4 Satz 2 wird die Angabe „§ 7 GKG“ durch die Angabe „§ 20 GKG“ ersetzt.
12. § 14 wird wie folgt geändert:
  - a) In Abschnitt I wird die Angabe „Nr. 5112, 5115“ durch die Angabe „Nr. 2320, 2330“ ersetzt.
  - b) Abschnitt VI wird wie folgt gefasst:  
„VI.  
Gebühren in Scheidungsfolgesachen und in Folgesachen eines Verfahrens über die Aufhebung der Lebenspartnerschaft werden erst angesetzt, wenn eine unbedingte Entscheidung über die Kosten ergangen ist oder das Verfahren oder die Instanz durch Vergleich, Zurücknahme oder anderweitige Erledigung beendet ist (§ 6 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GKG).“
13. § 22 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Nr. 1 wird die Angabe „§§ 66, 68 Abs. 3 GKG“ durch die Angabe „§§ 15, 17 Abs. 3 GKG“ ersetzt.
  - b) In Absatz 1 Nr. 2 wird die Angabe „§ 64 Abs. 2, § 65 GKG“ durch die Angabe „§ 17 Abs. 2, §§ 12, 13 GKG“ ersetzt.
  - c) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „§ 65 GKG“ durch die Angabe „§§ 12, 13 GKG“ ersetzt.
  - d) In Absatz 3 Halbsatz 1 wird die Angabe „§ 68 Abs. 1 Satz 2 GKG“ durch die Angabe „§ 17 Abs. 1 Satz 2 GKG“ ersetzt.
  - e) In Absatz 3 Halbsatz 2 wird die Angabe „§ 65 GKG“ durch die Angabe „§§ 12, 13 GKG“ ersetzt.
  - f) In Absatz 6 wird die Angabe „§ 64 Abs. 2 GKG“ durch die Angabe „§ 17 Abs. 2 GKG“ ersetzt.
14. In § 24 wird die Angabe „§ 66 Abs. 2 GKG“ durch die Angabe „§ 15 Abs. 2 GKG“ ersetzt.
15. In § 25 wird in der Überschrift und in Absatz 1 Satz 2 die Angabe „§ 64 Abs. 2 GKG“ durch die Angabe „§ 17 Abs. 2 GKG“ ersetzt.
16. In § 27 Abs. 1 Nr. 4 werden die Wörter „und – soweit bekannt – Beruf“ gestrichen.
17. In § 27 Abs. 6 wird das Wort „Sachverständigenentschädigung“ durch das Wort „Sachverständigenvergütung“ ersetzt.
18. In § 29 Abs. 1 werden die Wörter „sowie als Durchschrift der Vorderseite eine Sollkarte“ gestrichen.
19. In § 30 werden in Absatz 1 die Wörter „mit den Sollkarten“ und in Absatz 2 die Wörter „und der Sollkarten“ gestrichen.
20. In § 31 wird in der Überschrift die Angabe „§ 64 Abs. 2, §§ 65, 68 Abs. 1 Satz 2 GKG“ durch die Angabe „§§ 12, 13, 17 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GKG“ ersetzt.
21. § 32 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 4 Satz 2 wird die Angabe „§ 65 Abs. 7 GKG“ durch die Angabe „§ 14 GKG“ ersetzt.
  - b) In Absatz 4 Satz 3 wird jeweils die Angabe „§ 65 Abs. 1 GKG“ durch die Angabe „§ 12 Abs. 1, 3 Satz 3 GKG“ ersetzt.

22. In § 37a wird in der Überschrift die Angabe „§ 10 Abs. 2 GKG“ durch die Angabe „§ 5 Abs. 2 GKG“ ersetzt.
23. In § 43 wird in der Überschrift die Angabe „§ 4 Abs. 3 GKG“ durch die Angabe „§ 19 Abs. 5 GKG“ und die Angabe „§ 14 Abs. 8 KostO“ durch die Angabe „§ 14 Abs. 10 KostO“ ersetzt.
24. In § 44 wird in der Überschrift die Angabe „§ 8 GKG“ durch die Angabe „§ 21 GKG“ ersetzt.
25. In § 45 wird in der Überschrift die Angabe „§ 5 GKG“ durch die Angabe „§ 66 GKG“ und die Angabe „§ 14 Abs. 2 bis 7 KostO“ durch die Angabe „§ 14 Abs. 2 bis 9 KostO“ ersetzt.
26. In § 48 Abs. 1 Nr. 5 wird die Angabe „§ 72 Abs. 2 Satz 2, 3 GKG“ durch die Angabe „§ 70 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GKG“ und die Angabe „§ 139 Abs. 3 Satz 2,3 KostO“ durch die Angabe „§ 139 Abs. 3 Satz 2 bis 4 KostO“ ersetzt.

## II.

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. April 2005 in Kraft.

### **Änderung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare**

AV d. MJF v. 21. März 2005 – II 408/3831 – 3 SH –  
(SchIHA 2005 S. 110)

#### I

Die Dienstordnung für Notarinnen und Notare (Allgemeine Verfügung vom 21. Februar 2001 – II 151/3831 – 3 SH – <SchIHA S. 86>) wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird zu § 24 das Wort „Geschäftsübersichten“ durch die Wörter „Übersichten über die Urkundsgeschäfte“ ersetzt.
2. § 5 Abs. 4 wird wie folgt geändert:
  - a) In Satz 1 Spiegelstrich 1 wird das Wort „dauernd“ durch die Angabe „100 Jahre“ ersetzt.
  - b) In Satz 2 wird das Wort „dauernd“ durch die Angabe „100 Jahre“ ersetzt.
  - c) Folgender Satz 3 wird eingefügt:  
„<sup>3</sup>Die vor dem 1. Januar 1950 entstandenen Unterlagen sind abweichend von den in Satz 1 Spiegelstrich 1 und in Satz 2 genannten Fristen bis auf weiteres dauernd aufzubewahren; eine Pflicht zur Konservierung besteht nicht.“
  - d) Die bisherigen Sätze 3 und 4 werden Sätze 4 und 5.
3. § 15 wird wie folgt geändert:
  - a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.
  - b) Es wird folgender Absatz 2 angefügt:  
„(2) § 6 findet keine Anwendung“.
4. § 17 wird wie folgt gefasst:
 

„(1) <sup>1</sup>Werden Bücher automationsgestützt geführt, dürfen die jeweils eingesetzten notarspezifischen Fachanwendungen und ihre Fortschreibungen keine Verfahren zur nachträglichen Veränderung der mit dem Ausdruck abgeschlossenen Eintragungen enthalten. <sup>2</sup>Die Notarin oder der Notar hat eine Bescheinigung des Erstellers darüber einzuholen, dass die jeweils eingesetzte Anwendung solche Veränderungen nicht ermöglicht. <sup>3</sup>Jeweils an dem Tage, an dem bei herkömmlicher Führung die Eintragung vorzunehmen wäre (§ 8 Abs. 3, § 10 Abs. 2 Halbsatz 1, Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 Halbsatz 1, § 12 Abs. 6), müssen die Daten abgespeichert und ausgedruckt werden; wenn dabei Wiederholungen früherer Ausdrücke zuvor nicht abgeschlossener Seiten entstehen, sind diese zu vernichten, im Übrigen die wiederholenden Ausdrücke bereits abgeschlossener Seiten. <sup>4</sup>Die voll beschriebenen Seiten bilden das Buch; für sie gilt § 14.

(2) <sup>1</sup>Werden Namensverzeichnisse, Anderkontenliste oder Erbvertragsverzeichnis automationsgestützt geführt, müssen die Daten jeweils an dem Tage abgespeichert werden, an dem bei herkömmlicher Führung die Eintragung vorzunehmen wäre (§ 9 Abs. 1 Satz 2, § 12 Abs. 5 Satz 2 und 3, Abs. 6, § 13 Abs. 2). <sup>2</sup>Anderkontenliste und Erbvertragsverzeichnis sind nach der Speicherung, Namensverzeichnisse zum Jahresabschluss auszudrucken. <sup>3</sup>Frühere Ausdrücke sind zu vernichten.

(3) Änderungen in den Büchern sind gemäß § 7 Abs. 2 vorzunehmen, der Vermerk braucht jedoch erst bei Ausdruck der voll beschriebenen oder abgeschlossenen Seite datiert und unterschrieben zu werden.“
5. In § 18 Abs. 4 Satz 2 wird das Wort „Vermerk“ durch das Wort „Vermerkblatt“ ersetzt.
6. § 20 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „einen Vermerk“ durch die Wörter „ein Vermerkblatt“ ersetzt.
  - b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:  
„Bei der Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung hat die Notarin oder der Notar die Erfüllung der ihr oder ihm obliegenden Pflichten gemäß § 2300 Abs. 2, § 2256 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) auf dem nach § 18 Abs. 4 Satz 2 in der Urkundensammlung verwahrten Vermerkblatt oder der beglaubigten Abschrift aktenkundig zu machen. <sup>2</sup>Wurde der Erbvertrag bislang nicht gesondert aufbewahrt, gilt bei der Rückgabe § 18 Abs. 4 Satz 2 entsprechend. <sup>3</sup>Die Anfertigung eines Vermerkblattes ist entbehrlich, wenn über die Rückgabe des Erbvertrages eine Urkunde in der gesetzlich vorgesehenen Form errichtet wird. <sup>4</sup>Die gemäß Satz 1 zu fertigende Aktennotiz ist von der Notarin oder dem Notar unter Angabe des Datums zu unterzeichnen; sie muss die Personen, an die der Erbvertrag zurückgegeben wird, gemäß § 26 Abs. 2 bezeichnen. <sup>5</sup>Die Rücknahme und der Tag der Rückgabe sind in das Erbvertragsverzeichnis einzutragen.“
  - c) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 4 und 5.
7. In § 23 Abs. 1 Satz 2 wird am Ende der Punkt durch ein Komma ersetzt und es wird die Angabe „– Prüfzeugnisse, Bescheinigungen und vergleichbare Erklärungen.“ angefügt.
8. § 24 wird wie folgt geändert:
  - a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst: „§ 24 Übersichten über die Urkundsgeschäfte“.
  - b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Satz 1 wird das Wort „Geschäftsübersicht“ durch die Wörter „Übersicht über die Urkundsgeschäfte“ ersetzt,
    - bb) Das Muster 7 wird wie aus der Anlage ersichtlich gefasst.
  - c) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Nummer 1 wird die Angabe „Unter I (Urkundsgeschäfte)“ durch das Wort „Es“ ersetzt.
    - bb) In Nummer 2 wird im Klammerzusatz die Angabe „I“ gestrichen.
    - cc) In Nummer 3 wird im ersten und im zweiten Halbsatz die Angabe „I“ gestrichen.
9. § 26 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 1 Satz 2 wird gestrichen.
  - b) Dem Absatz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:  
„<sup>3</sup>In Vertretungsfällen kann anstelle des Wohnortes und der Wohnung angegeben werden:
    - a) bei Vertreterinnen und Vertretern von juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Dienst- oder Geschäftsanschrift der vertretenen Person,
    - b) bei Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern der Notarin oder des Notars die Anschrift der Geschäftsstelle der Notarin oder des Notars.“
10. Teil II wird wie folgt gefasst:
 

**„Ergänzende Bestimmungen**

  1. Zu § 2:
    - 1.1 Als Amtssiegel (Prägesiegel und Farbdrucksiegel) ist das Landessiegel nach dem Muster 1 der Anlage zu führen. Es hat einen Durchmesser von 36 mm und zeigt das Landeswappen mit einer Umschrift, welche den Namen und den Amtssitz der siegelführenden Notarin oder des siegelführenden Notars in großen Antiqua-Buchstaben angibt. Der Amtssitz ist entsprechend der in der Anlage zu § 3 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 24. Oktober 1984 (GVOBl. Schl.-H. S. 191), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Oktober 2002 (GVOBl. Schl.-H. S. 196), verwendeten Schreibweise anzugeben.
    - 1.2 Es dürfen bis zu vier gleichartige Siegel verwendet werden, die mit auf dem Abdruck erkennbaren arabischen Kennziffern fortlaufend zu nummerieren sind.
    - 1.3 Die Beschaffung der Amtssiegel obliegt den Notarinnen und Notaren auf eigene Kosten. Unbrauchbar gewordene Amtssiegel sind zu vernichten, und zwar solche aus Gummi durch Verbrennen der Gummiplatte und solche aus Metall durch Abfeilen der Druckplatte. Die Vernichtung unbrauchbar gewordener Amtssiegel ist der Präsidentin oder dem Präsidenten des Landgerichts anzuzeigen.
    - 1.4 Der Verlust eines Amtssiegels ist dem Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie von der Notarin oder dem Notar über die Präsidentin oder den Präsidenten des Landgerichts



zu berichten. Die Präsidentin oder der Präsident des Landgerichts hat das Ergebnis der von ihr oder ihm durchgeführten Untersuchung mitzuteilen, zu der Frage der Ursache Stellung zu nehmen und eine Beschreibung des Siegels (Material, Umschrift usw.) beizufügen. Das verloren gegangene Amtssiegel wird vom Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie für ungültig erklärt. Die Ungültigkeitserklärung wird in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen und im Amtlichen Anzeiger des Amtsblattes für Schleswig-Holstein veröffentlicht.

- 1.5 Wird ein für ungültig erklärtes Amtssiegel wieder aufgefunden, so ist es als unbrauchbar zu vernichten. Hierüber ist dem Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie unter Bezugnahme auf die Verlustanzeige von der Notarin oder dem Notar über die Präsidentin oder den Präsidenten des Landgerichts zu berichten.
- 1.6 Zur Unterscheidung von dem in Verlust geratenen Amtssiegel ist das neu anzufertigende Amtssiegel derselben Notarin oder desselben Notars mit einer arabischen Kennziffer oder im Falle der Nummer 1.2 mit einer weiteren fortlaufenden Kennziffer zu versehen. Eventuelle weitere nicht mit einer Kennziffer versehene Siegel sind zu vernichten.
- 2. Zu § 3:
- 2.1 Die Notarinnen und Notare sind berechtigt, an dem Gebäude, in welchem sich ihre Geschäftsräume befinden, ein Amtsschild nach dem Muster 2 der Anlage anzubringen. Das Amtsschild besteht aus einem schwarz umrandeten Rechteck, in dem sich

auf weißem Grund im oberen Teil das in Schwarz-Weiß-Zeichnung gehaltene Landeswappen und darunter die Aufschrift „Notarin“ oder „Notar“ in schwarzen Antiqua-Buchstaben ohne Beifügung eines Namens befindet.

- 2.2 Die Normalgröße des Amtsschildes ist das Format DIN A 3 (29,7 x 42 cm). Falls durch die örtlichen Verhältnisse, insbesondere Größe und Gestaltung der Gebäude oder der Fläche, auf der das Amtsschild angebracht werden soll, Abweichungen von der Normalgröße erforderlich werden, können proportional kleinere Schilder verwendet werden.
- 2.3 Unter dem Amtsschild ist ein besonderes Namensschild in weißer Farbe mit schwarzer Aufschrift anzubringen.
- 2.4 Die Kosten der Beschaffung des Amtsschildes und des Namensschildes trägt die Notarin oder der Notar.
- 2.5 Auf dem Namensschild nach § 3 Abs. 2 darf auch ein farblich gestaltetes Landeswappen (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Hoheitszeichen des Landes Schleswig-Holstein vom 18. Januar 1957 <GVOBl. Schl.-H. S. 29>, geändert durch Landesverordnung vom 24. Oktober 1996 <GVOBl. Schl.-H. S. 652>) geführt werden.“

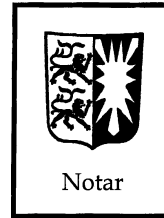
**II**

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. April 2005 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Allgemeine Verfügung vom 20. April 1950 - VIII/11/5414 - 2 - (SchlHA S. 190), geändert durch Allgemeine Verfügung vom 9. Oktober 1950 - VIII/2/5414 - 3 - (SchlHA S. 286), außer Kraft.

**Anlagen**



Muster 1



Muster 2

An die/den  
Frau Präsidentin/Herrn Präsidenten des Landgerichts  
in \_\_\_\_\_

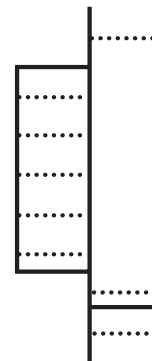
Muster 7

**Übersicht  
über**

**Urkundengeschäfte der Notarin/des Notars**

Amtsgerichtsbezirk  
.....  
Amtssitz  
.....  
im Kalenderjahr .....  
– in der Zeit vom ..... bis ..... \*)  
Die Richtigkeit bescheinigt  
....., den .....  
.....  
Notarin/Notar

- 1. Summe aller Beurkundungen und Beschlüsse nach der Urkundenrolle  
Davon
  - a) Beglaubigungen von Unterschriften oder Handzeichen:
    - aa) mit Anfertigung eines Urkundenentwurfs .....
    - bb) ohne Anfertigung eines Urkundenentwurfs .....
  - b) Verfügungen von Todes wegen .....
  - c) Vermittlungen von Auseinandersetzungen \*\*) .....
  - d) Sonstige Beurkundungen und Beschlüsse \*\*\*) .....
- 2. Wechsel und Scheckproteste .....
- 3. Zusammen:



\*) Nur ausfüllen, falls die Notarin/der Notar nicht während des ganzen Kalenderjahres im Amte war  
\*\*) einschließlich der in die Urkundenrolle eingetragenen Beurkundungen und Beschlüsse nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz (§ 8 Abs. 1 Nr. 7, § 24 Abs. 2 Nr. 3 NONot).  
\*\*\*) einschließlich der Vollstreckbarerklärungen nach § 796c Abs. 1, § 1053 Abs. 4 ZPO

## **Änderung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren**

Gem. AV d. MJF u. d. IM v. 18.3.2005  
– II 302/4701 – 21 SH – / IV 423 19.68/35.05  
(SchlHA 2005 S. 112)

### I.

Die Landesjustizverwaltungen und das Bundesministerium der Justiz haben nachstehende Änderungen der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 1. Januar 1977 (Allgemeine Verfügung vom 9. Dezember 1976 – V 310/4208 – 101 SH – <SchlHA 1977 S. 20>), zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 4. Juni 2002 – II 303/4208 – 224 SH – (SchlHA S. 153), vereinbart:

Anlage B der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren wird wie folgt gefasst:

Für die Inanspruchnahme von Publikationsorganen und die Nutzung des Internets sowie anderer elektronischer Kommunikationsmittel zur Öffentlichkeitsfahndung nach Personen im Rahmen von Strafverfahren wird Folgendes bestimmt:

### **1. Allgemeines**

#### **1.1 Grundsätzliches zur Einschaltung von Publikationsorganen und zur Nutzung von öffentlich zugänglichen elektronischen Medien**

Die Strafverfolgungsbehörden sind gehalten, alle gesetzlich zulässigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, zur Aufklärung von Straftaten beizutragen. Insbesondere besteht die Möglichkeit, Publikationsorgane (z. B. Presse, Rundfunk, Fernsehen), die im Hinblick auf ihre Breitenwirkung in vielen Fällen wertvolle Fahndungshilfe leisten können, um ihre Mitwirkung zu bitten sowie öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsmittel zur Bereitstellung oder gezielten Verbreitung der Informationen (insbesondere das Internet) zu nutzen. Das gilt sowohl für die Fahndung nach einem bekannten oder unbekanntem Tatverdächtigen als auch für die Suche nach anderen Personen, insbesondere Zeugen.

Die Einschaltung von Publikationsorganen sowie die Nutzung der öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsmittel zu Fahndungszwecken stellen stets eine Öffentlichkeitsfahndung dar, die nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. insbes. § 131 Abs. 3 sowie § 131a Abs. 3, §§ 131b, 131c Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO) in Betracht kommt.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass bei allzu häufiger Inanspruchnahme der Massenmedien das Interesse und die Bereitschaft der Öffentlichkeit, an der Aufklärung von Straftaten mitzuwirken, erlahmen können. Stets ist auch zu prüfen, ob die Gefahr der Täter- oder Beteiligtenwarnung oder die Gefahr der Nachahmung von Straftaten zu befürchten ist.

#### **1.2 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die gesetzlichen Regelungen der Öffentlichkeitsfahndung stellen in weiten Teilen Ausgestaltungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. In jedem Einzelfall bedarf es daher einer sorgfältigen Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung einerseits und den schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten und anderer Betroffener andererseits. Dabei sind namentlich folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

Die Öffentlichkeitsfahndung kann dazu führen, dass Straftaten beschleunigt aufgeklärt werden und der Tatverdächtige bald ergriffen wird. Die zügige Aufklärung von Straftaten und die Aburteilung des Täters können verhindern, dass der Täter weitere Straftaten begeht. Eine schnelle und wirksame Strafverfolgung hat auch einen bedeutenden generalpräventiven Effekt. Sie dient der Sicherheit und dem Schutz des Bürgers und schafft dadurch die Voraussetzungen für eine wirksame Verbrechensbekämpfung.

Andererseits entsteht durch die Erörterung eines Ermittlungsverfahrens mit Namensnennung des Tatverdächtigen in den Publikationsorganen die Gefahr einer erheblichen Rufschädigung. Mit zunehmender Verbreitung des Internets gilt dies im wachsenden Maße auch für die Nutzung dieses elektronischen Mediums zu Fahndungszwecken. Die spätere Resozialisierung des Täters kann durch unnötige Publizität seines Falles schon vor der Verhandlung erschwert werden. Auch andere Personen, die in den

Tatkomplex verwickelt sind oder die in nahen Beziehungen zu dem Tatverdächtigen stehen, können durch eine öffentliche Erörterung schwer benachteiligt werden. Eine Bloßstellung oder Schädigung des Tatverdächtigen oder anderer Betroffener muss nicht nur in deren Interesse, sondern auch im Interesse der Strafrechtspflege möglichst vermieden werden.

Daher ist stets auch zu prüfen, ob der beabsichtigte Fahndungserfolg nicht auch durch Maßnahmen, die den Tatverdächtigen oder andere Betroffene weniger beeinträchtigen, erreicht werden kann, namentlich dadurch, dass

- nur Medien von geringerer Breitenwirkung in Anspruch genommen werden,
- andere Formen der Öffentlichkeitsfahndung wie Plakate, Handzettel oder Lautsprecherdurchsagen gewählt werden oder
- die Fahndungshilfe örtlich oder in anderer Weise, etwa durch Verzicht auf die Verbreitung der Abbildung eines Gesuchten, beschränkt wird.

Bei der Nutzung des Internets zu Fahndungszwecken ist außerdem zu berücksichtigen, dass die im Internet eingestellten Daten weltweit abgerufen und verarbeitet werden können. Dabei ist regelmäßig zu prüfen, ob und ggf. in welchem Umfang eine internationale Fahndung einzuleiten ist.

Auf die schutzwürdigen Interessen von Personen, die von einer Straftat betroffen sind, ist Rücksicht zu nehmen. In der Regel ist dies dadurch zu erreichen, dass die Namen solcher Personen nicht publiziert werden. Sollte die Publizierung eines solchen Namens aus Fahndungsgründen zwingend notwendig sein, so ist vor Beginn der Öffentlichkeitsfahndung mit diesen Personen ins Benehmen zu treten, soweit der Fahndungszweck dadurch nicht gefährdet wird.

### **2. Entscheidung über die Einschaltung von Publikationsorganen und die Nutzung von öffentlich zugänglichen elektronischen Medien**

#### **2.1 Fahndung nach einem bekannten Tatverdächtigen**

Die Öffentlichkeitsfahndung nach einem bekannten Tatverdächtigen kommt regelmäßig nur in Betracht, wenn dringender Tatverdacht wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung (Verbrechen, Vergehen von erheblichem Gewicht, z.B. schwere oder gefährliche Körperverletzung, Betrug mit hohem Vermögensschaden, Unterschlagung hoher Geldbeträge, Serientaten) gegeben ist.

Grundsätzlich muss bei Fahndungen mit dem Ziel der Festnahme ein Haftbefehl oder ein Unterbringungsbefehl vorliegen. Ist dies der Fall oder liegen die Voraussetzungen des § 131 Abs. 2 Satz 1 StPO vor, entscheidet über die Öffentlichkeitsfahndung grundsätzlich die Staatsanwaltschaft (§ 131 Abs. 3 Satz 1 StPO). Die Polizei führt eine nach § 131 Abs. 3 Satz 1 StPO gleichfalls mögliche Entscheidung des Richters nur herbei, wenn sie die Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig erreichen kann. Ist für die Polizei auch der Richter nicht rechtzeitig erreichbar, ist nach § 131 Abs. 3 Satz 2 bis 4 StPO zu verfahren und insbesondere unverzüglich binnen 24 Stunden eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen.

Wird die polizeiliche Eilanordnung von der Staatsanwaltschaft binnen 24 Stunden nicht bestätigt, teilt die Polizei dies den eingeschalteten Publikationsorganen mit und weist sie darauf hin, dass sie sich bei einer Fortsetzung ihrer Maßnahmen nicht mehr auf ein Fahndungsersuchen der Strafverfolgungsbehörden berufen können; eine erfolgte Nutzung des Internets zu Fahndungszwecken ist zu beenden.

Erfolgt die Öffentlichkeitsfahndung aufgrund einer Entscheidung der Staatsanwaltschaft, liegt ein Haft- oder Unterbringungsbefehl noch nicht vor und ist die Öffentlichkeitsfahndung noch nicht erledigt, ist unverzüglich, spätestens binnen einer Woche, von der Staatsanwaltschaft beim Richter eine Entscheidung über den Haft- oder Unterbringungsbefehl herbeizuführen (§ 131 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 131 Abs. 2 Satz 2 StPO). Lehnt der Richter den Erlass des Haft- oder Unterbringungsbefehls ab und ordnet er auch keine Öffentlichkeitsfahndung mit dem Ziel der Aufenthaltsermittlung (§ 131a Abs. 3 StPO) oder der Aufklärung einer Straftat (§ 131b Abs. 1 StPO) an, teilt die Staatsanwaltschaft dies den eingeschalteten Publikationsorganen mit und weist sie darauf hin, dass sie sich bei einer Fortsetzung ihrer Maßnahmen nicht mehr auf ein Fahndungsersuchen der Strafverfolgungsbehörden berufen können; eine erfolgte Nutzung des Internets zu Fahndungszwecken ist zu beenden.

## 2.2 Fahndung nach einem unbekanntem Tatverdächtigen

Auch bei der Fahndung nach einem unbekanntem Tatverdächtigen kann die Öffentlichkeitsfahndung veranlasst sein. In diesen Fällen gilt § 131 StPO nicht. Es ist daher – wenn nicht Gefahr im Verzug vorliegt – stets eine richterliche Entscheidung herbeizuführen (§ 131c Abs. 1 Satz 1 StPO). Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 131b Abs. 1 StPO sind zu beachten. § 131b Abs. 1 StPO gilt auch für Phantombilder.

Wenn bei Gefahr im Verzug die Staatsanwaltschaft tätig geworden ist, bedarf die Maßnahme dann einer nachträglichen richterlichen Bestätigung, wenn das Internet zu Fahndungszwecken genutzt worden ist oder das Fernsehen oder ein periodisches Druckwerk dahingehend in Anspruch genommen worden ist, dass es zu einer wiederholten Veröffentlichung kommt, und die Maßnahme nicht binnen einer Woche erledigt ist (§ 131c Abs. 2 Satz 1 StPO). Eine nachträgliche richterliche Bestätigung ist daher insbesondere dann nicht erforderlich, wenn der Hörfunk in Anspruch genommen wurde oder sich die Maßnahme binnen einer Woche erledigt hat.

Wenn bei Gefahr im Verzug eine Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft tätig geworden ist und die Maßnahme sich nicht alsbald erledigt hat, ist die Staatsanwaltschaft rechtzeitig vor Ablauf der Wochenfrist des § 131c Abs. 2 Satz 2 StPO einzuschalten, damit die Staatsanwaltschaft entweder selbst über die Bestätigung der Fahndung entscheidet oder eine nach § 131c Abs. 2 Satz 1 StPO notwendige richterliche Entscheidung herbeiführen kann.

## 2.3 Fahndung nach Zeugen

Für die Öffentlichkeitsfahndung nach Zeugen gilt Nr. 2.2 entsprechend. Maßnahmen zur Aufenthaltsermittlung eines bekannten Zeugen sind in § 131a Abs. 1, 3 bis 5 StPO, Maßnahmen zur Aufklärung einer Straftat, insbesondere zur Feststellung der Identität eines unbekanntem Zeugen sind in § 131b Abs. 2, 3 StPO geregelt. Eine Öffentlichkeitsfahndung zur Aufenthaltsermittlung eines Zeugen unterbleibt nach § 131a Abs. 4 Satz 3 StPO, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Zeugen entgegenstehen. Bei der Veröffentlichung der Abbildung eines Zeugen ist zu beachten, dass die Subsidiaritätsklausel in § 131b Abs. 2 StPO enger gefasst ist als die in § 131b Abs. 1 StPO. Stets muss die Veröffentlichung erkennbar machen, dass die gesuchte Person nicht Beschuldigter ist (§ 131a Abs. 4 Satz 2, § 131b Abs. 2 Satz 2 StPO).

## 2.4 Fahndung nach einem flüchtigen Verurteilten

Die Öffentlichkeitsfahndung nach einem flüchtigen Verurteilten soll nur dann erfolgen, wenn der wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung Verurteilte noch mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, wenn seine Unterbringung angeordnet ist oder wenn seine Ergreifung aus anderen Gründen, etwa wegen der Gefahr weiterer erheblicher Straftaten, im öffentlichen Interesse liegt.

Wer über die Öffentlichkeitsfahndung entscheidet, hängt auch in diesen Fällen davon ab, ob ein Haftbefehl oder Unterbringungsbefehl bzw. deren Voraussetzungen vorliegen oder nicht. Wenn zumindest die Voraussetzungen für einen Haftbefehl nach § 457 Abs. 2 StPO oder einen Unterbringungsbefehl nach § 463 Abs. 1 i. V. m. § 457 Abs. 2 StPO gegeben sind, was in aller Regel der Fall sein dürfte, gilt Nr. 2.1 Abs. 2 bis 4 mit der Maßgabe entsprechend, dass über den Vollstreckungshaftbefehl und die Öffentlichkeitsfahndung nicht der Richter entscheidet, sondern die Vollstreckungsbehörde.

## 3. Umsetzung der Maßnahmen

### 3.1 Einschaltung von Publikationsorganen, insbesondere des Fernsehens

Die Publikationsorgane sind grundsätzlich nicht verpflichtet, bei der Öffentlichkeitsfahndung mitzuwirken. Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass viele Publikationsorgane zur Mitwirkung bereit sind.

Von praktischer Bedeutung für die inländische Fernsehfangung sind dabei die „Grundsätze für die bundesweite Ausstrahlung von Fahndungsmeldungen im Fernsehen“ aus dem Jahr 1987, an deren Erarbeitung die ARD-Rundfunkanstalten und das ZDF einerseits sowie die Justizminister und Innenminister und -senatoren des Bundes und der Länder andererseits beteiligt waren. Bei diesen Grundsätzen handelt es sich nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern um Absichtserklärungen der Beteiligten darüber, wie sie im Rahmen einer Fernsehfangung verfahren wollen.

Wenn ausländische Fernsehsender in die Öffentlichkeitsfahndung eingeschaltet werden sollen, sind die Grundsätze der Internationalen Rechtshilfe und der Internationalen Fahndungsausschreibung zu beachten.

### 3.2 Nutzung des Internets

Um die Aufmerksamkeit der Internet-Nutzer für die Öffentlichkeitsfahndung zu erlangen, ist es zweckmäßig, die staatlichen Fahndungsaufrufe im Internet auf speziellen Seiten – etwa der Polizei – zu bündeln. Private Internetanbieter sollen grundsätzlich nicht eingeschaltet werden.

Sobald das Fahndungsziel erreicht ist oder die Ausschreibungsvoraussetzungen aus sonstigen Gründen nicht mehr vorliegen, ist die Nutzung des Internets zu Fahndungszwecken unverzüglich zu beenden. Darüber hinaus sind Internetfahndungen von der Staatsanwaltschaft – in den Fällen der Nr. 2.4 von der Vollstreckungsbehörde – regelmäßig, spätestens in halbjährlichen Abständen, hinsichtlich des weiteren Vorliegens der Ausschreibungsvoraussetzungen, insbesondere der weiteren Erfolgsaussichten dieser Fahndungsmethode, zu prüfen.

### 4. Öffentlichkeitsfahndung, die nicht ausschließlich Zwecken der Strafverfolgung oder -vollstreckung dient

Zum Strafverfahren im Sinne dieser Regelung gehören auch die Fälle des § 131a Abs. 2 StPO und des § 2 Abs. 3 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz. Die Inanspruchnahme der Fahndungshilfe durch Publikationsorgane sowie die Nutzung des Internets oder anderer elektronischer Kommunikationsmittel zur Fahndung für andere Aufgaben, insbesondere für präventivpolizeiliche Zwecke, zur Identifizierung von unbekanntem Toten, zur Auffindung von Vermissten sowie die Sachfahndung bleiben von dieser Regelung unberührt. Dies gilt auch dann, wenn die Fahndungshilfe durch die Medien für eine andere Aufgabe in Anspruch genommen wird, zugleich aber auch der Strafverfolgung dient und die andere öffentliche Aufgabe vorrangig ist.

### 5. Auskünfte an Publikationsorgane aus anderen Gründen

Das Informationsrecht, das den Publikationsorganen nach dem Presserecht zusteht, sowie Auskünfte (insbesondere nach § 475 StPO) und Mitteilungen von Amts wegen, die nicht auf Öffentlichkeitsfahndung abzielen, bleiben von dieser Regelung unberührt.

II.

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. April 2005 in Kraft.

### **Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit**

Bek. d. Präs. d. SchIHLSG vom 7. März 2005 – 3712 E – 04/05 (SchIHA 2005 S. 113)

Herrn *Ronny Pfeifer*, Mühlenkamp 24, 21640 Horneburg, ist aufgrund der mir erteilten Ermächtigung vom 1. Juni 1955 (Amtsbl. SH 1955, S. 303) am 7. März 2005 die Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Sozialgerichten Itzehoe, Kiel, Lübeck und Schleswig sowie vor dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht im Rahmen der nach dem Rechtsberatungsgesetz ausgesprochenen Erlaubnis des Präsidenten des Landgerichts Stade zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt worden.

### **Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit**

Bek. d. Präs. d. SchIHLSG v. 7. März 2005 – 3712 E – 05/05 (SchIHA 2005 S. 113)

Herrn *Hans-Joachim Dörbrandt*, Wilhelm-Schmitt-Straße 10, 25421 Pinneberg, ist aufgrund der mir erteilten Ermächtigung vom 1. Juni 1955 (Amtsbl. SH 1955, S. 303) am 7. März 2005 die Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Sozialgerichten Itzehoe, Kiel Lübeck und Schleswig sowie vor dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht im Rahmen der nach dem Rechtsberatungsgesetz ausgesprochenen Erlaubnis des Präsidenten des Landgerichts Itzehoe zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt worden.

heiten, und zwar beschränkt auf die Teilgebiete der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) und der gesetzlichen Pflegeversicherung (SGB XI9 (SGB XI), erteilt worden.

#### **Ungültigkeitserklärung der Amtssiegel eines Notars**

Bek. d. MJF v. 8. März 2005 – II 408/5413 E – 494 –  
(SchlHA 2005 S. 114)

Drei Amtssiegel (Prägesiegel, Lacksiegel als Prägesiegel und ein Farbdrucksiegel) des Notars *Peter Tadsen* in Rendsburg sind entwendet worden. Die Siegel haben einen Durchmesser von ca. 35 mm. In der Mitte der runden Siegel ist das Landeswappen abgebildet. Um das Wappenschild steht die Inschrift „PETER TADSEN \* NOTAR IN RENDSBURG \*“. Die Amtssiegel haben keine Kennziffer. Sie werden für ungültig erklärt.

#### **Ungültigkeitserklärung der Amtssiegel eines Notars**

Bek. d. MJF v. 8. März 2005 – II 408/5413 E – 495 –  
(SchlHA 2005 S. 114)

Zwei Amtssiegel (Lacksiegel als Prägesiegel und ein Farbdrucksiegel) des Notars *Hartmut Unterlehberg* in Neumünster sind

entwendet worden. Die Siegel haben einen Durchmesser von ca. 35 mm. In der Mitte der runden Siegel ist das Landeswappen abgebildet. Um das Wappenschild steht die Inschrift „HARTMUT UNTERLEHBERG \* NOTAR IN NEUMÜNSTER \*“. Das Prägesiegel ist mit einem umlaufenden Kreis versehen. Das Farbdrucksiegel ist mit zwei umlaufenden Kreisen unterschiedlicher Stärke versehen. Die Amtssiegel haben keine Kennziffer. Sie werden für ungültig erklärt.

#### **Besetzung des Justizprüfungsamtes für die Erste Juristische Staatsprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht**

Vfg. der Vors. d. JPA vom 14. März 2005 – 2232 E – 154 –  
(SchlHA 2005 S. 114)

Zu weiteren Mitgliedern für den bis zum 31. Dezember 2006 laufenden Prüfungsabschnitt sind Richterin am Verwaltungsgericht *Maren Thomsen*, Regierungsrätin *Martina Wittland* und Richter am Landgericht *Tilman Ickes* berufen worden.

Die Mitgliedschaft von Herrn Prof. Dr. *Peter Kreuzt* ist bis zum 31. März 2010 verlängert worden.

### **III. Personalmeldungen**

#### **Oberlandesgericht**

Ernannt: Zum Justizoberwachmeister: Justizoberwachmeister z.A. *Alexander Soll*, Oberlandesgericht Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Dr. Claus Godbersen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

#### **Gerichte**

Ernannt: Zur Direktorin des Amtsgerichts: Richterin am Amtsgericht –stvDir – *Bettina Morik*, Amtsgericht Pinneberg.

Zur Vorsitzenden Richterin am Landgericht: Richterin am Oberlandesgericht *Hille-Grit Gutbier*, Landgericht Flensburg.

Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Dr. Diethild Hausberg*, Landgericht Kiel.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Dr. Inken Christina Höper*, Amtsgericht Neumünster; Richterin *Sabine Roggendorf*, Amtsgericht Bad Oldesloe; Richterin *Birgit Staenke*, Amtsgericht Kiel.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Jannis Datsogiannis*, Amtsgericht Kiel.

Zum Gerichtsvollzieher: Justizobersekretär *Torsten Kraack*, Amtsgericht Reinbek.

Zur Gerichtsvollzieherin: Justizobersekretärin *Katja Kähler*, Amtsgericht Plön; Justizobersekretärin *Regina Ben Mahmoud*, Amtsgericht Kiel.

Zur Obergerichtsvollzieherin: Gerichtsvollzieherin *Silke Grothoff*, Amtsgericht Neumünster.

Zur Justizobersekretärin: Justizsekretärin *Manuela Schröder*, Amtsgericht Eckernförde.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Uta Leest*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Uwe Fröhlich*, Amtsgericht Husum.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Gertrud Vahrenkamp*, Amtsgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Margrit Vogler*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Jörg Petersen*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizhauptsekretär *Frank Kruse*, Amtsgericht Neumünster.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z.A. *Danuta Eiserbeck*, Amtsgericht Oldenburg; Justizinspektorin z.A. *Doreen Schau*, Amtsgericht Pinneberg; Justizinspektorin z.A. *Tina Wachholz*, Amtsgericht Kiel.

Zum Justizinspektor: Justizinspektor z.A. *Peter Schoch*, Amtsgericht Elmshorn.

Zum Justizhauptwachmeister: Justizoberwachmeister *Dirk Bobeth-Wagner*, Landgericht Itzehoe.

Versetzt: Justizoberinspektorin *Maika Mertens* von dem Amtsgericht Bad Segeberg an das Amtsgericht Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Hans-Dieter Groß*, Amtsgericht Lübeck; Justizhauptsekretär *Peter Wilkens*, Amtsgericht Elmshorn; Erster Justizhauptwachmeister *Horst Bebensee*, Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Sonja Korbmacher*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizamtmann *Karsten Wriedt*, Amtsgericht Oldenburg.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Willi Wessel*, Amtsgericht Itzehoe; Oberregierungsrat *Dieter Montag*, Landgericht Lübeck; Justizoberamtsrätin *Renate Ehlers*, Amtsgericht Lübeck; Justizamtsrat *Helmut Wolfram*, Landgericht Kiel; Justizamtmann *Hans-Jürgen Evert*, Amtsgericht Husum; Sozialamtmann *Gerd Schumann*, Landgericht Lübeck.

Entlassung auf eigenen Antrag: Justizoberinspektor *Martin Krauel*, Amtsgericht Pinneberg.

#### **Sozialgerichtsbarkeit**

Ernannt: Zur Vizepräsidentin des Landessozialgerichts: Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht *Jutta Lewin-Fries*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht *Wolfgang Kornhuber*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht Schleswig.

#### **Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht *Helge Reimann*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht Schleswig.

#### **Staatsanwaltschaften**

Ernannt: Zur Oberstaatsanwältin als Dezernentin bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Oberlandesgericht: Staatsanwältin *Wiebke Hoffelner*, Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig; Staatsanwältin *Birgit Heß*, Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Staatsanwalt: Richter *Jan Michael Feindt*, Staatsanwaltschaft Lübeck.

Zur Justizobersekretärin: Justizsekretärin *Ivonne Hennings*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

Zum Justizhauptwachmeister: Justizoberwachmeister *Sascha-Gebhard Jahnke*, Staatsanwaltschaft Itzehoe.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Olaf Rudolph*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

### Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum Oberregierungsmedizinalrat: Regierungsmedizinalrat *Thomas Jedamski*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum Justizamtman: Justizoberinspektor *Thorsten Breitner*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Martin Caspers*, Jugendanstalt Schleswig.

Zur Justizobersekretärin: Justizobersekretärin z. A. *Katja Schneider*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizobersekretärin z. A. *Bettina Schwank*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretärin z. A. *Britta Hein*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizobersekretär: Justizobersekretär z. A. *Andre Andersen*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizobersekretär z. A. *Jörg Wascher*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe; Justizobersekretär z. A. *Frank Drews*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizobersekretär z. A. *Nico Jungen*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Andreas Behr*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Thorsten Gundlach*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär zur Anstellung *Lars Hamelau*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Thorsten Topke*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Timo Ramcke*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Mario Bruhn*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Dirk Brunswieck*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Jörn Günster*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Mario Naumann*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Andreas Parton*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Denis Quitschau*, Justizvoll-

zugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Toben Schmidt*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Andy Storch*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Jörg Stüben*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Sven Wegner*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizamtsinspektor mit Zulage: Justizamtsinspektor *Michael Gerds*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Versetzt: Justizobersekretär *Martin Kuhlmann* von der Justizvollzugsanstalt Neumünster an die Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Hans-Jürgen Rieß*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe; Justizamtsinspektor *Wilhelm Puhatsch*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizhauptsekretär *Holger Bähnik*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizhauptsekretär *Frank Vatke*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretär *Jürgen Hagenow*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektorin *Heike Fischer*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizamtsinspektor *Jürgen Gerold*, Jugendanstalt Schleswig; Justizamtsinspektor *Hartmut Brandt*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

### Notare

Notaramt erloschen: Rechtsanwälte: *Klaus Determeyer*, Plön; *Rainer Kulla*, Quickborn; *Erhard Lütt*, Ahrensburg; *Peter Maßmann*, Kiel; *Jürgen Niemand*, Meldorf; *Henning Harm Renken*, Flensburg; *Joachim Schlüter*, Flensburg; *Jürgen Schünemann*, Alt Duvenstedt.

## IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJF vom 23. März 2005 – II 401/ 5112 Ea – 1701 – (SchIHA 2005 S. 115)

### I. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Ich behalte mir vor, die durch die unbeschränkte Ausschreibung eingeleiteten Auswahlverfahren zur Besetzung von Planstellen im höheren Justizdienst nach Kenntnis des Bewerberfeldes im Hinblick auf die aktuelle Personalsituation im Lande auf Bewerbungen schleswig-holsteinischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte zu beschränken.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Mai 2005.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

### II. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. A 11 für eine Justizamtsfrau oder einen Justizamtsmann ( als stellvertretende Geschäftsleiterin oder als stellvertretender Geschäftsleiter) bei dem Amtsgericht Kiel.

Neben den sich aus der Geschäftsleiter – AV des MJF v. 14. September 2001 – II 131/3010 – 79aSH – (SchIHA 2001 S. 225) ergebenden Aufgaben im Vertretungsfall sollen der/dem stellvertretenden Geschäftsleiter(in) bestimmte Verwaltungsangelegenheiten (u.a. Durchführung von Organisations- und Geschäftsprüfungen) zur selbstständigen Erledigung übertragen werden.

Die Bewerberin oder der Bewerber muss den Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenüberstehen und in der Lage sein, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der die für die neuen Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung motiviert. Wünschenswert sind Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten der Personalverwaltung, des Haushaltsrechts und der Haushaltsabwicklung sowie EDV-Kenntnisse.

Vor Ernennung und endgültiger Bestellung zur stellvertretenden Geschäftsleiterin oder zum stellvertretenden Geschäftsleiter bzw. zum kommissarischen Geschäftsleiter ist nach der Geschäftsleiter-AV eine Erprobungszeit vorgesehen.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Mai 2005.

An der **Niedersächsischen Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege** ist an der **Fakultät Rechtspflege** in Hildesheim zum **1. November 2005** oder später der Dienstposten

**einer Fachhochschuldozentin/eines Fachhochschuldozenten**  
(BesGr. A 13 gD)

für die Lehrgebiete

Gerichtsmanagement, Zivilprozessrecht (Schwerpunkt: Kostenrecht und Recht der Mobiliarvollstreckung) sowie Handels- und Gesellschaftsrecht nebst Registerverfahren (FGG)

zu besetzen.

Es steht derzeit eine Planstelle BesGr. A 12 zur Verfügung.

Das Aufgabengebiet umfasst die selbständige Vermittlung von Fachwissen und wissenschaftlichen Methoden auf der Grundlage besonderer Kenntnisse und Erfahrungen in der beruflichen Praxis sowie die Mitwirkung an Prüfungen und die Betreuung von Diplomarbeiten.

Die Bestellung zur Fachhochschuldozentin oder zum Fachhochschuldozenten setzt voraus:

- ein abgeschlossenes Hochschulstudium oder die durch Prüfung erworbene Befähigung für die Laufbahn des gehobenen Justizdienstes;
- pädagogische Eignung, die durch Erfahrungen in der Lehre oder Ausbildung erworben sein soll und
- hervorragende fachbezogene Leistungen und Bewährung in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, davon mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs.

Erwartet wird darüber hinaus die Bereitschaft zu fakultätsübergreifender Zusammenarbeit, insbesondere mit den Ausbildungsgerichten und -staatsanwaltschaften sowie zur Mitarbeit in der Hochschulselbstverwaltung.

Die Fachhochschule strebt an, eine Erhöhung des Frauenanteils dort zu erreichen, wo Frauen unterrepräsentiert sind, und fordert daher besonders Frauen auf, sich zu bewerben.

Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Stelle ist teilzeitgeeignet.

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen werden bis zum 20. Mai 2005 erbeten an den Dekan der Fakultät **Rechtspflege** der Niedersächsischen Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege, **Godehardsplatz 6, 31134 Hildesheim**.

Weitere Information zur Fachhochschule finden Sie unter [www.fhvr.niedersachsen.de](http://www.fhvr.niedersachsen.de)

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

**BGB §§ 781, 138, 817; ProstG § 1; GG Art. 1**

- 1. Ein abstraktes Schuldanerkenntnis i.S.v. § 781 BGB ist nichtig, wenn es einem Kunden eines Animierlokals über einen Betrag abverlangt wurde, der einen fünfstelligen DM-Betrag überstieg.**
- 2. Verzehrverträge in Animierlokalen sind grundsätzlich nicht sittenwidrig, wenn mit ihnen keine sexuellen Leistungen abgegolten werden.**
- 3. Der auf Geschlechtsverkehr gegen Entgelt gerichtete Vertrag als solcher ist auch nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes sittenwidrig.**

SchlHOLG, 16. ZS, Urteil vom 13. Mai 2004, – 16 U 11/04 –, Chl.

Die Kl.in, Betreiberin eines Nachtlokals und Bordells, begehrt von dem Bekl., einem Kunden, Bezahlung von „Leistungen“.

Hierbei beruft die Kl.in sich in erster Linie auf zwei „Schuldanerkenntnisse“, die der Bekl. gelegentlich seines Aufenthaltes in den Räumlichkeiten des Bordells am 29. September 2000 über 10 000 DM und am 30. 9. 2000 über 11 696 DM unterschrieben hatte. Hilfsweise hat die Kl.in unter Vorlage von „Gästekarten“ dargelegt, dass der Bekl. vom 28. auf den 29. September 2000 8 Flaschen Champagner á 650,00 DM bestellt und ferner 16 Stunden „Begleitservice“ der Prostituierten C. (14 Std.) und S. (2 Std.) á 300,00 DM pro Stunde in Anspruch genommen habe, was zusammen 10 000,00 DM ergebe. Vom 29. auf 30. September 2000 habe der Bekl. 10 Flaschen Champagner á 650,00 DM bestellt, ferner 6 Flaschen Pils á 16,00 DM sowie 17 Stunden „Begleitservice“ der Prostituierten C. und V. in Anspruch genommen, was den Betrag von 11 696,00 DM ergebe.

Der Bekl. hat bestritten, die angegebene Anzahl von Getränken konsumiert zu haben. Aber auch insgesamt seien die Verträge sittenwidrig (§ 138 BGB).

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Bekl. hatte zum Teil Erfolg.

#### Aus den Gründen

I. Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Von einer weiteren Darstellung des Streitstandes wird abgesehen, §§ 540 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, 26 Nr. 8 EG ZPO.

II. Die Berufung des Bekl. ist unbegründet, soweit er zur Bezahlung der Getränkebestellungen verurteilt worden ist. Im Übrigen ist sie begründet, weil es keine rechtliche Grundlage gibt, von ihm die Zahlung des „Begleitservices“ zu verlangen.

1. Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann der Klageanspruch nicht auf die beiden vom Bekl. am 29. und 30. September unterschriebenen Anerkenntnisurkunden gestützt werden, weil diese Schuldanerkenntnisse wegen Sittenverstößes nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind.

a) Die beiden von der Kl.in vorgelegten Urkunden sind als Schuldanerkenntnisse im Sinne von § 781 BGB zu bewerten. Mit ihnen sollten selbstständige, von den zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen losgelöste Schuldverhältnisse begründet werden, die aus sich heraus eine ausreichende Grundlage für einen selbstständigen Anspruch bilden sollten.

Hingegen handelt es sich nicht, wie das Landgericht irrtümlich kumulativ angenommen hat, um sogenannte deklaratorische Schuldanerkenntnisse, die nicht unter § 781 BGB fielen. Von einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis ist nur auszugehen, wenn die Parteien mit dem Anerkenntnisvertrag einen Streit oder eine Unsicherheit über den Inhalt der zwischen ihnen bestehen-

den Rechtsverhältnisse beenden und ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen des anerkannten Anspruchs eine klare Rechtsgrundlage schaffen wollen. Hierfür liegt nach dem von der Kl.in vorgetragenen Sachverhalt kein Anhaltspunkt vor. Nach der Darstellung der Kl.in, die der Bekl. in unzulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten hat, § 138 Abs. 4 ZPO, so dass sie als unstreitig zu behandeln ist, hat es bei Unterzeichnung der beiden vorlegten Urkunden weder über die Höhe der dort aufgeführten Schuldbeträge noch über die Verpflichtung des Bekl., diese Beträge zahlen zu müssen, irgendeinen Streit gegeben. Folglich hat die Kl.in von vornherein beabsichtigt, nach § 781 BGB einen selbstständigen Schuldgrund für ihre Ansprüche zu schaffen (zu allem BGH NJW 2000, 2501, 2502).

b) Die Sittenwidrigkeit der beiden Schuldanerkenntnisse folgt nicht aus den zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen, also aus dem etwa seinerseits als sittenwidrig zu bewertenden Charakter der im Etablissement der Kl.in erbrachten Leistungen, sondern aus dem Umstand, dass unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles von der Kl.in überhaupt kein Schuldanerkenntnis vom Bekl. hätte verlangt werden dürfen.

Für das Sittenwidrigkeitsurteil über abverlangte Anerkenntnisse gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände, unter denen es zu der Abgabe der Anerkenntnisse gekommen ist, erforderlich, insbesondere kommt es auf das Gesamtgepräge des Geschäfts an, wie es sich erkennbar aus dem äußeren Inhalt, dem Beweggrund und dem Zweck ergibt

(LG Berlin NJW 1986, 1939, 1940; BGH NJW 1987, 2014, 2015).

Dabei kommt dem Umstand, dass ein Schuldanerkenntnis im Sinne von § 781 BGB zur Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen der Ansprüche aus dem Grundgeschäft führt, entscheidende Bedeutung zu. Wenn der Wirt eines Nachtclubs Formulare für Zechschuldanerkenntnisse seiner Gäste bereithält, wie im vorliegenden Falle aus den vorgelegten Formularen ersichtlich ist, verfolgt er damit vorrangig gerade dieses Ziel, sich selbst von der für ihn in aller Regel schwer wiegenden Last des Beweises, in welchem Umfang seinen Forderungen wirklich vom Gast in Anspruch genommene Leistungen entgegenstanden, zu befreien und dem Gast den Beweis des Gegenteils aufzubürden.

Damit verstößt der Wirt zwar nicht in jedem Falle gegen die guten Sitten. Wenn sich der anerkannte Betrag innerhalb bestimmter Grenzen hält, kann die erstrebte Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nicht ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles als Verstoß gegen § 138 Abs. 1 gewertet werden. Auf die Umstände des Einzelfalles kommt es aber nach Auffassung des Senats nicht mehr an, wenn dem Gast eines Nachtclubs Schuldanerkenntnisse im fünfstelligen DM-Bereich abverlangt werden (im Ergebnis ebenso BGH NJW 1987, 2014, 2015).

In solchen Fällen, wie es hier von der Höhe her bereits der Fall ist, ist schon das Verlangen nach Unterzeichnung eines Schuldanerkenntnisses nach § 138 Abs. 1 BGB zu missbilligen, ohne dass es auf die Umstände des Einzelfalles ankäme.

Allerdings würde auch die weitere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu dem selben Sittenwidrigkeitsurteil

führen. Dem Bekl. ist nämlich erstmalig am Nachmittag des 29. September 2000 die bis dahin aufgelaufene Rechnung präsentiert worden. Das ist angesichts der Höhe der Forderung zu spät gewesen und auch nicht mehr durch berechnete Interessen der Kl.in gedeckt. Diese, nämlich ihre vermeintlichen Forderungen abzusichern, wären auch gewahrt gewesen, wenn dem Bekl. eine detaillierte, ins einzelne gehende Rechnung aufgemacht worden wäre, er diese unterschrieben hätte und ihm im Übrigen die Gästekarten zur Abzeichnung vorgelegt worden wären. Zwar hätte auch das zu einer Umkehr der Beweislast geführt, aber der Kl.in nicht im selben Maße die praktisch unangreifbare Stellung verschafft, die sie sich durch Unterzeichnung der Schuldanerkenntnisse hat verschaffen wollen. Insbesondere aus dem Umstand, dass die Kl.in anschließend den Bekl. weitere erhebliche Schulden hat machen lassen, ohne dass die Begleichung gesichert war, zeigt sich, dass sie ohne Rücksicht auf die schließlich sich insgesamt ergebende Schuld gemeint hat, mit Schuldanerkenntnissen sich diese genannte Rechtsstellung ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit ihres Gastes zu verschaffen

(LG Berlin, aaO, S. 1940; dazu auch BGH WM 1980, 521).

2. Der Anspruch der Kl.in auf Begleichung der Bestellungen von 18 Flaschen Champagner à 650,00 DM und 6 Pils à 16,00 DM, also in Höhe von 11 796,00 DM (= 6031,20 €) ist indes aus Kaufvertrag begründet. Die Kl.in hat ihre Klage in zulässiger Weise hilfsweise auch auf die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte gestützt. Dass der Bekl. in diesem Umfang Bestellungen aufgegeben hat, hat das Landgericht in einer gemäß § 529 ZPO nicht zu beanstandenden Weise festgestellt.

a) Die Verzehrverträge sind nicht schon deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil die Getränkepreise in dem Etablissement der Kl.in exorbitant hoch sind. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass hohe Getränkepreise in einem Animierlokal erst dann grundsätzlich sittenwidrig sind, wenn mit ihnen auch sexuelle Leistungen abgegolten werden

(OLG Köln NJW-RR 2002, 620, 621).

Allein der Umstand, dass in einem Animierlokal die Möglichkeit besteht, mit den dort tätigen Bardamen in Séparées gegen gesondertes Entgelt Geschlechtsverkehr auszuüben oder sonst in intimer Weise mit ihnen zusammen zu sein, macht den Verkauf von Getränken auch zu hohen Preisen in einer solchen Einrichtung nicht sittenwidrig

(BGH WM 1980, 521, 522 und 902).

Verträge, die im Zusammenhang mit Prostitution abgeschlossen werden, erscheinen nämlich als sittlich wertneutral, wenn die Lieferung oder Bereitstellung sachlicher Mittel gegen ein Entgelt vorgenommen wird, das Entgelt aber nicht durch seine Überhöhung eine Partizipation an dem spezifischen Unzuchterwerb erkennen lässt

(OLG Hamm NJW-RR 1986, 547, 548).

So liegt es hier. Aus der Begründung der Kl.in zu den einzelnen Ansprüchen, die den Schuldanerkenntnissen zugrunde liegen, ergibt sich, dass zwischen Getränkepreisen und den spezifischen Leistungen der Prostituierten kein finanzieller Zusammenhang besteht. Die Kl.in hat die Getränkekarte zur Akte gereicht, die nach ihrer, vom Bekl. wiederum nur in unzulässiger Weise bestrittenen Behauptung sowohl im Schaukasten vor dem Lokal aushängt als auch im Gastraum auf jedem Tisch ausliegt. Aus dieser Getränkekarte ergibt sich, dass die in Rechnung gestellten Preise für Getränke völlig unabhängig davon sind, ob ein Gast sich ausschließlich im allgemeinen Clubbereich aufhält und dort Bestellungen aufgibt oder aber, ob er sich mit einer der Bardamen auf ein gesondertes Zimmer zurückzieht, und dort die Getränke ordert. Für die Leistungen der Prostituierten hingegen werden Stundenpreise von 300,00 DM berechnet und sind auch hier dem Bekl. in Rechnung gestellt worden. Daraus folgt, dass die Kl.in über ihre Getränkepreise ihren allgemeinen Aufwand für die Unterhaltung des Etablissements und ihren Gewinn erzielt, der davon unabhängig ist, ob im Einzelfall ein Gast lediglich in Gegenwart von Bardamen zecht oder aber deren besondere Prostitutionsleistung in Anspruch nimmt.

Die für den 29. September 2000 abgerechneten 8 Flaschen Champagner für 5200,00 DM sind schon deshalb unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB unbedenklich, weil der Bekl. nach dem Vortrag der Kl.in vom Abend des 28. September bis zum frühen Morgen des 29. September 2000 im allgemeinen Gaststättenbereich durchgezecht und sich erst danach auf ein Zimmer gemeinsam mit Prostituierten zurückgezogen hatte.

Die Getränke, die der Bekl. in der Nacht vom 29. September auf den 30. September 2000 bestellt hatte (10 Flaschen Champagner sowie 6 Flaschen Pils), mögen überwiegend gemeinsam mit den beiden Prostituierten verzehrt worden sein, die der Bekl. mit auf sein Zimmer genommen hatte. Hierauf kommt es aber nicht an, weil die Getränkepreise in gleicher Höhe berechnet worden sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Bekl. sich darauf beschränkt hat, im allgemeinen Gaststättenbereich zu verzehren oder dies gemeinsam mit Prostituierten im Zusammenhang mit deren „Begleitservice“ zu tun.

b) Die Verzehrverträge über die bestellten Getränke sind auch nicht gemäß § 138 Abs. 2 BGB wegen Wuchers nichtig. Zwar kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Preise für die Getränke in einem auffälligen Missverhältnis zu den gebotenen Leistungen stehen, selbst wenn man berücksichtigt, dass in jedem Lokal Ausstattung und die gesamten Begleitumstände mitbezahlt werden. Jedenfalls fehlt es an den weiteren Tatbestandsmerkmalen der Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche. Der Bekl. war, wie durch die Beweisaufnahme feststeht, zuvor bereits mehrere Male in dem Nachtclub der Kl.in. Ihm waren die Preise bekannt. Sie hingen im Schaukasten vor dem Nachtclub aus. Aus dem Vorprozess, den der Senat im Jahre 1994 entschieden hat (16 U 46/94) ergibt sich, dass das Preisniveau für Getränke sich in der Zwischenzeit nicht wesentlich geändert hat. Folglich kann sich der Bekl. nicht auf den Schutz des § 138 Abs. 2 BGB berufen.

c) Die Verzehrverträge sind auch nicht deshalb nichtig, weil der Bekl. sich erfolgreich gemäß § 105 Abs. 2 BGB auf einen Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit infolge übermäßigen Alkoholgenusses berufen könnte. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird Bezug genommen, zumal sie durch das Ergebnis der Beweisaufnahme gestützt werden. In diesem Punkt wird das landgerichtliche Urteil vom Bekl. auch nicht mehr ernsthaft angegriffen.

3. Der von der Kl.in geltend gemachte Anspruch für die Leistungen von sogenanntem „Begleitservice“ durch die bei ihr angestellten Prostituierten ist unbegründet.

Auf die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Kl.in befugt sein sollte, diese Ansprüche persönlich geltend zu machen, kommt es nicht an. Die auf den „Begleitservice“ gerichteten Verträge mit dem Bekl. sind nämlich wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig gewesen.

Das hat das Landgericht auch durchaus zutreffend gesehen. Die durch den „Begleitservice“ angebotenen Dienste der Prostituierten umfassten, wie die Kl.in selbst dargelegt hat, ohne weiteres auch die Verpflichtung, mit dem Kunden Geschlechtsverkehr oder andere intime sexuelle Handlungen vorzunehmen. Eine solche Verpflichtung, gegen Entgelt in Geschlechtsverkehr einzuwilligen, konnte weder im Jahre 2000 noch könnte sie heute unter der Geltung des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20. Dezember 2001 wirksam begründet werden. Damals wie heute verstößt eine solche Vereinbarung gegen die guten Sitten im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB. Dies folgt nach ganz einhelliger Meinung aus dem Umstand, dass eine vertragliche Verpflichtung einer Person, gegen Bezahlung in Geschlechtsverkehr einzuwilligen, gegen die Menschenwürde beider Beteiligten eines solchen Vertrages verstößt, Artikel 1 Abs. 1 Satz 1 GG. Da es die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist, die Menschenwürde nicht nur zu schützen sondern auch zu achten, Artikel 1 Abs. 1 Satz 2 GG, ist es dem Staat von Verfassungs wegen verboten, eine solche Kommerzialisierung der Intimsphäre von Menschen mit den Mitteln des Rechts erzwingbar zu machen. Das bedeutet nicht, dass Prostitution im rechtsfreien Raum stattfände. Da Menschen nicht gehindert werden können, ihre eigene Menschenwürde zu missachten, steht es dem Gesetzgeber frei, die Folgen solcher Handlungen auch rechtlich abweichend von §§ 138 Abs. 1, 812, 817 BGB zu regeln, wie es nunmehr im Prostitutionsgesetz geschehen ist. Das ändert an dem Sittenwidrigkeitsurteil über den zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrag nichts. Weder ein Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen noch im Gesetzgebungsverfahren zum Prostitutionsgesetz geäußerte gegenteilige Ansichten vermögen hieran etwas zu ändern, da die Menschenwürde nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht. Die auf Geschlechtsverkehr gegen Entgelt gerichtete vertragliche Verpflichtung ist und bleibt sittenwidrig

(Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., Anhang zu § 138, § 1 ProstG Rn. 2).

Ob und inwieweit es im vorliegenden Fall bei den vom Bekl. in Anspruch genommenen Diensten aus dem „Begleitservice“ über-

haupt zu sexuellen Handlungen mit den Prostituierten gekommen ist, ist ungeklärt. Die Kl.in hat das noch nicht einmal behauptet. Darauf kommt es aber für die Beurteilung nach § 138 Abs. 1 BGB nicht an. Entscheidend ist, dass der „Begleitservice“ von vornherein auch solche „Dienstleistungen“ mit umfasste, weshalb die darauf gerichtete Vereinbarung von vornherein nichtig war

(OLG Hamm NJW-RR 1986, 547, 548).

Folglich könnte sich ein Anspruch der Kl.in lediglich aus abgetretenem Recht der Prostituierten unter bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ergeben. Ein solcher Bereicherungsanspruch scheiterte jedenfalls im Jahre 2000, also vor Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes, an § 817 Satz 2 BGB. Da die vom Bekl. unterzeichneten Schuldanerkenntnisse ohnehin nichtig sind, kommt es auf die vom Landgericht erörterte Frage nicht an, ob die Hingabe eines solchen Schuldanerkenntnisses im Sinne von § 781 BGB als Erfüllungsleistung im Sinne von § 817 Satz 2 BGB angesehen werden kann. Käme es darauf an, wäre der Ansicht des Landgerichts nicht beizutreten, weil im Rechtsverkehr die Hingabe eines wirksamen Schuldanerkenntnisses nicht als endgültige Erfüllungsleistung angesehen werden kann, wie sich ohne weiteres aus §§ 812 Abs. 2, 821 BGB ergibt.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO. Der Senat hat von einer Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO abgesehen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG), um die es hier geht, sind klärungsbedürftige Fragen im Sinne des § 543 ZPO nicht ersichtlich.

## GmbHG § 16

- 1. Gegenüber einer GmbH „gilt“ nur derjenige als Gesellschafter, der dieser gegenüber willentlich als Gesellschafter aufgetreten ist (Anmeldung im Sinne des § 16 I GmbHG). Die Kundgabe eines derartigen Willensakt kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen, etwa durch Unterbreitung eines Anteilsübertragungsvertrags zwecks Einholung einer gemäß § 15 V GmbHG erforderlichen Gesellschafterzustimmung.**
- 2. Treten trotz der GmbH bekannter und ihr gegenüber angemeldeter Anteilsübertragung auf einen Dritten nicht dieser, sondern allein die bisherigen Gesellschafter weiter zu Gesellschafterversammlungen zusammen, kann dies aus Sicht der GmbH entweder einen Widerruf der Anmeldung des Dritten oder eine erneute (Wieder-)Anmeldung der bisherigen Gesellschafter darstellen.**

SchlHOLG, 5. ZS, Urteil vom 30. September 2004, – 5 U 146/03 –, Pr.

Der Kl. begehrt die Feststellung der Nichtigkeit seiner Abberufung als GmbH-Geschäftsführer.

Zusammen mit anderen Gesellschaftern, denn Herren Dr. Jürgen H., Karl-Heinz H. und Willi K., war der Kl. zunächst Gesellschafter der u.a. Autohäuser betreibenden H.-J. GmbH. Der gleiche Personenkreis gründete die H.-J. AG – später H. Holding AG –, welche von ihnen die Anteile an der H.-J. GmbH im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage erwerben sollte. Der amtierende Notar W. beurkundete einen entsprechenden Übertragungsvertrag, in welchem es u.a. hieß: Die AG „nimmt die vorbezeichneten Abtretungen hiermit an. Die Abtretungen erfolgen mit sofortiger Wirkung.“ Nachdem bei der Eintragung der Kapitalerhöhung Schwierigkeiten aufgetreten waren, hoben die Aktionäre der AG den Kapitalerhöhungsbeschluss auf, ohne dass es zu einer Anteilsrückübertragung von der AG auf die alten Gesellschafter der H.-J. GmbH kam. Gleichwohl traten diese weiter zu diversen Gesellschafterversammlungen der H.-J. GmbH zusammen, da sie und die tätigen Notare der Auffassung waren, dass durch die Aufhebung der Kapitalerhöhung auch die als Sacheinlage geleistete Anteilsübertragung „obsolet“ geworden sei.

Der Kl. wendet sich gegen seine Abberufung als Geschäftsführer in der – unter seiner Mitwirkung – aus den alten Gesellschaftern gebildeten Gesellschafterversammlung vom 30. Dezember 2002, weil er nach anwaltlicher Belehrung allein in der H. Holding AG den richtigen Gesellschafter sieht. Seiner Feststellungsklage hat das Landgericht stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der H.-J. GmbH hatte Erfolg und führte zur Klageabweisung.

### Aus den Gründen

Bedenken gegen die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage bestehen zwar schon deshalb nicht, weil ungeachtet parallel geführter Rechtsstreitigkeiten um einzelne Geschäftsführerhälter der Kl. auf diese Weise Sicherheit über das Bestehen seines Geschäftsführeranstellungsvertrags und die Fortdauer der beanspruchten Organstellung als Geschäftsführer erhalten kann.

Anders als es das Landgericht angenommen hat, ist die Klage jedoch unbegründet. Denn nicht nur folgt die freie Abberuflichkeit des Kl. als Geschäftsführer durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter bereits aus §§ 38 Abs. 1, 47 Abs. 1 GmbHG ebenso, wie nach § 8 des vom Kläger selbst vorgelegten Geschäftsführeranstellungsvertrages mit Datum vom 1. Januar 2000 zum Quartalsende 2002 mit Frist von sechs Monaten eine ordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsverhältnisses möglich war, ohne dass es insoweit noch einer Angabe von Gründen bedurfte (BGH, BGHR 2004, 166 f).

Vielmehr kann insbesondere gegen die in Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung erfolgte Beschlussfassung vom 30. Dezember 2002 über die Kündigung nicht deshalb deren Unwirksamkeit eingewendet werden, weil auf dieser Gesellschafterversammlung nicht der zutreffende Gesellschafterkreis vertreten gewesen sei.

Dies folgt zwar noch nicht aus der tatsächlichen Anteilsinhaberschaft (1.), wohl aber aus einer Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG, da zum Zeitpunkt der fraglichen Beschlussfassung die Gesellschafter vertreten waren, welche gegenüber der Bekl. als Gesellschaft ihren Anteilserwerb angemeldet hatten (2.).

1. Völlig zu Recht ist das Landgericht zunächst davon ausgegangen, dass die bisherigen Gesellschafter der Bekl. – nämlich neben dem Kl. die Herren Dr. Jürgen H. und Karl-Heinz H. sowie Herr K. – zu UR-Nr. 263/2000 des Notars W. am 3. August 2000 ihre Geschäftsanteile auf die H.-J. AG – später H. Holding AG – übertragen hatten und mangels bisher von der Bekl. vorgetragener Rückübertragung zum Zeitpunkt der fraglichen Beschlussfassung daher nicht im Sinne einer tatsächlichen Anteilsberechtigung Gesellschafter der Bekl. waren.

2. Nicht erörtert hat das Landgericht indessen die Vorschrift des § 16 Abs. 1 GmbHG, welcher zufolge im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils an der Gesellschaft gegenüber derjenige als Erwerber gilt, „dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist“.

Sinn dieser Vorschrift ist die Legitimation des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft im Interesse der besonders für die Willensbildungsprozesse der Gesellschaft bedeutsamen Gewissheit über den Bestand des Gesellschafterkreises. Da diese Vorschrift in ihrem Anwendungsbereich nach heutiger Auffassung als speziellere Regelung die allgemeineren Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft verdrängt

(BGH WM 1990, 505, 507 f; vgl. bereits BGH ZIP 1982, 837, 838),

müssen in Ansehung der einschneidenden Rechtsfolgen erfolgter oder nicht erfolgter Anmeldungen für deren Annahme auch entsprechende Voraussetzungen gegeben sein:

Ausreichen kann insoweit folglich nicht mehr lediglich die Kenntniserlangung der Gesellschaft vom Anteilsübertragungsvorgang

(vgl. noch RGZ 127, 236, 241);

zu fordern ist vielmehr „die Kundgabe des Anteilsübergangs“ durch einen Gestaltungsakt des Veräußerers oder des Erwerbers gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft“

(BGH NJW-RR 1996, 1377, 1378; WM 2001, 629; vgl. BGH GmbHR 1991, 311, 312)

als voluntativer Akt dahin, dass nunmehr in eben dieser Funktion der Gesellschaft ein bestimmter Gesellschafter gegenüber tritt. Fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung des eintretenden Gesellschafters, ist eine Auslegung seines Verhaltens dahin, dass eine schlüssige oder stillschweigende Anmeldung vorgenommen wird, jedoch sowohl möglich wie auch gegebenenfalls notwendig (BGH GmbHR 1991, 311, 312; NJW-RR 1996, 1377, 1378).

a) Auch bei Anlegung dieser Maßstäbe wird jedoch noch nicht ohne Weiteres deshalb vom Fortbestand des bisherigen Gesellschafterkreises auch nach am 3. August 2000 beurkundeter Anteilsübertragung auf die H.-J. AG ausgegangen werden können, weil diese AG gegenüber der Bekl. ihren Anteilserwerb nicht im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG hinreichend angemeldet hätte und deshalb – umgekehrt – die bisherigen und der Gesellschaft schon angemeldeten Gesellschafter gegenüber jener auch künftig als Gesellschafter galten.

Zwar haben die früheren Gesellschafter – also neben dem Kl. die Herren Dr. H. und Karl-Heinz H. sowie der Gesellschafter K. – unstreitig nicht nur auf der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 30. Dezember 2002 als abstimmungsberechtigte Gesellschafter agiert, sondern ausweislich vorgelegter Protokolle auch auf den Gesellschafterversammlungen vom 3. August 2001, 8. Januar 2002, 29. Mai 2002 und vom 26. November 2002. Jedoch



datieren die Protokolle dieser Versammlungen ersichtlich auf Zeitpunkte, in denen entweder Schwierigkeiten bei Durchführung der Kapitalerhöhung gegen Sachanlage bei der H.-J. AG allen Beteiligten bereits deutlich geworden waren oder außerdem in einer außerordentlichen Hauptversammlung der AG die Aufhebung der beabsichtigten Kapitalerhöhung beschlossen worden war.

Wie aber die bisherigen Gesellschafter unmittelbar nach dem 3. August 2000 der Bekl. gegenübergetreten sind, ist auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – ausweislich der Erklärung der Bekl. hätten seinerzeit keine förmlichen Gesellschafterversammlungen stattgefunden – nicht ganz deutlich geworden. Andererseits hatte aber bereits am 3. August 2000 der seinerzeit amtierende Notar nicht nur die Anteilsübertragung mitbeurkundet, sondern auch eine Beschlussfassung der bisherigen Gesellschafter im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG über die Zustimmung zur Anteilsübertragung auf die H.-J. AG. Verhält es sich derart, hatte die Bekl. aber nicht lediglich von einer Abtretung Kenntnis erhalten, sondern einen Übertragungsvorgang akzeptiert, der ihr zu diesem Zweck zielgerichtet unterbreitet worden war. In einer derartigen Situation wäre es in der Tat lediglich ein zusätzlicher Formalismus, vom eintretenden neuen Gesellschafter noch einen zusätzlichen weiteren Anmeldevorgang zu erwarten

(ebenso Winter in Scholz, 9. Aufl., Rn. 15 zu § 16 GmbHG).

Dass den Beteiligten grundsätzlich eine Gestaltungsbefugnis zur Hinausschiebung der Anmeldung verbleiben muss

(so mit Recht OLG Nürnberg GmbH Rundschau 1990, 166, 168),

steht dieser Sicht jedenfalls dann nicht entgegen, wenn keine anderweitigen Umstände dafür sprechen, dass die Auswirkungen einer Anmeldung durch den eintretenden Gesellschafter bewusst hätten vermieden werden sollen. Insoweit vorgetragen hat die Bekl. aber nur die nachträgliche – und für sich lediglich eine unzutreffende rechtliche Einschätzung – beinhaltenden Äußerungen des seinerzeit amtierenden Notars vom 10. Juli 2003 bzw. der drei früheren Gesellschafter Dr. Jürgen H., Karl-Heinz H. und Willi K. vom 23. Juli 2003 dahin, dass die Gesellschafter seinerzeit von einer Wirksamkeit der Anteilsübertragung erst bei tatsächlicher Durchführung der Kapitalanlage ausgegangen seien. Dass allein auf diese Weise die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer notariellen Beurkundung abgegebener Erklärungen nicht hinreichend erschüttert werden kann, wurde bereits erwähnt.

b) Letztlich kann die Klärung dieses Fragenkreises jedoch deshalb auf sich beruhen, weil vom verobjektivierten Verständnishorizont der Beklagten her zumindest das Verhalten des früheren Gesellschafterkreises einschließlich des Kl. nach Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses am 22. Oktober 2001 nicht anders verstanden werden konnte, als dass jedenfalls nunmehr nicht die H.-J. AG bzw. H. Holding AG als alleinige Gesellschafterin, sondern die bisherigen Gesellschafter gegenüber der Bekl. wieder als ihre Gesellschafter auftraten und bei Gesellschafterversammlungen sich deshalb auch entsprechend verhielten.

Kann das erwähnte Schreiben des die Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses beurkundenden Notars L. vom 8. Mai 2003 nicht anders verstanden werden, als dass dieser fälschlicherweise die Beurkundung einer Anteilsrückübertragung überhaupt nicht für erforderlich hielt, sondern davon ausging, dass die Abtretung schon mit der Aufhebung der Kapitalerhöhung „obsolet geworden“ sei, so muss bei einer derartigen Einschätzung durch den amtierenden Notar aber auch eine entsprechende Belehrung der Beteiligten und deren Kenntnis durch die Bekl. seinerseits unterstellt werden. Dann war aber aus Sicht des bisherigen Gesellschafterkreises jedenfalls jetzt der vor Einbringung der Anteile in die AG am 3. August 2000 bestehende Zustand ohne Weiteres wieder hergestellt, mögen die Gesellschafter ausweislich des ebenfalls erwähnten Schreibens vom 23. Juli 2003 auch subjektiv irriterweise von einem bis dahin insgesamt andauernden Schwebezustand ausgegangen sein.

Vor diesem Hintergrund muss jedoch auch aus verobjektiver Sicht der Bekl. ein entsprechendes Agieren des Klägers und der Herren Karl-Heinz H., Dr. Jürgen H. und K. entweder bereits als konkludenter – nur für die Zukunft wirkender – „Widerruf“ der am 3. August 2000 zuerfolgten Anmeldung der AG durch den für diese handlungsbefugten Dr. H.

(zur grundsätzlichen Möglichkeit eines Widerrufs Winter aaO Rn. 23)

oder zumindest als konkludente eigene (Wieder-) Anmeldung der genannten Personen im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG ausgelegt werden, so dass ungeachtet ihrer tatsächlichen Anteilsinhaberschaft diese sich als Gesellschafter der Bekl. verhaltenden Personen auch als Gesellschafter der Bekl. „gelten“. Dass die Gesell-

schafterstellung der erwähnten Personen im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG mit der erwähnten Belehrung allein möglicherweise nicht hinreichend „nachgewiesen“ ist, steht nicht entgegen, konnte doch die Bekl. auf intensivere Formen des Nachweises oder diesen selbst verzichten

(BGH GmbHR 1991, 311, 312).

Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft – wie hier – die Gesellschafter auch nachfolgend als solche behandelt hat.

Ist schon deshalb von der Rechtmäßigkeit der Beschlussfassung am 30. Dezember 2002 durch die abstimmenden Gesellschafter auszugehen, so kann auch offen bleiben, ob nicht – und hierfür spricht manches – der Kl. ohnehin bereits nach Treu und Glauben von einer Geltendmachung des in der unrichtigen Zusammensetzung der Gesellschafterversammlung begründeten Mangels der getroffenen Beschlussfassung ausgeschlossen ist

(vgl. BGHZ 22, 101, 106),

weil er selbst nicht nur an der Gesellschafterversammlung vom 30. Dezember 2002 als Gesellschafter teilgenommen hatte, sondern – und ohne die Zusammensetzung gerügt zu haben – wiederholt an ebenso zusammengesetzten früheren Versammlungen.

## BeurkG § 17 I; HGB § 25

### Die Belehrungspflicht des Notars gemäß § 17 I BeurkG kann bei der Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages sich auch auf den Zusammenhang mit § 25 HGB bestehenden Gefahren erstrecken.

SchlHOLG, 11. ZS, Urteil vom 24. Juni 2004, – 11 U 38/03 –, Dr. Schom.

Die Kl. nehmen den Bekl. aus abgetretenem Recht des Dr. B. als Insolvenzverwalter der Fa. S. M. GmbH auf Schadensersatz in Anspruch. Sie werfen dem Bekl., einem Notar, vor, die Herren Thomas Sch. und Kai M. im Zusammenhang mit der Errichtung und Beurkundung des Gesellschaftsvertrages der „S. M. GmbH“ nicht über die Risiken einer Fortführungshaftung aus § 25 HGB und deren Vermeidung aufgeklärt zu haben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Notars hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen

Das Landgericht hat der Klage zu Recht aus abgetretenem Recht des Insolvenzverwalters der S. M. GmbH gestützt auf § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO stattgegeben.

1. Der Bekl. ist als Notar tätig geworden, denn die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages vom 19. Juli 1999 ist eine notarielle Aufgabe. Die notariellen Prüfungs-, Belehrungs- und Hinweispflichten bei der Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer GmbH sind sowohl gegenüber den Gründern als auch gegenüber der werdenden GmbH zu erfüllen. Auch die erst durch die Beurkundung – zunächst als Vorgesellschaft und später durch die Eintragung im Handelsregister endgültig – entstehende GmbH ist deshalb ein „anderer“ i.S.v. § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, dem gegenüber der Notar Amtspflichten zu erfüllen hat

(BGH DNotZ 1964, 506, 508; Arndt u.a., BNotO, 5. Aufl. 2003, § 19 Rn. 91).

Die Belehrungspflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG sind allerdings unmittelbar nur gegenüber den tatsächlich Erschienenen zu erbringen, hier gegenüber den beiden Gesellschafter Thomas Sch. und Kai M. Es ist aber in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Amtspflicht, die sich aus § 17 BeurkG ergebenden Verpflichtungen gegenüber den Beteiligten zu erfüllen, dem Notar bei der Beurkundung eines Vertretergeschäftes auch gegenüber dem Vertretenen obliegt

(BGH DNotZ 1989, 43, 44; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl. 1998, Rn. II 22).

2. Der Bekl. hat im Zusammenhang mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages seine Belehrungspflichten verletzt. Gem. § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Beteiligten auch über die rechtliche Tragweite des Geschäftes und mithin über die Wirkungen und Folgen des Geschäftes informieren

(vgl. Rinsche aaO, Rn. II 46).

Dazu hätte hier gehört, die in Gründung befindliche GmbH bzw. ihre Gesellschafter bereits vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrages über die sich im Anschluss an die Gesellschaftsgründung und die geplante Übernahme des Einzelhandelsgeschäftes ergebenden Rechtsfolgen aus § 25 Abs. 1 HGB zu informieren. Die Herren Thomas Sch. und Kai M. hätten darüber unterrichtet werden müssen, dass die zu gründende GmbH im Falle der beabsichtigten Übernahme und Fortführung des Einzelhandelsgeschäftes im E.-Einkaufszentrum unter Beibehaltung des Namens

„S. M.“ für alle im Betrieb des Geschäftes – und zwar sowohl im E.-Einkaufszentrum als auch in der Filiale Norderstedt – begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers Rainer M. haften würde. Diese pflichtgemäß zu erteilende Belehrung aber hat der Bekl. schuldhaft – nämlich fahrlässig – unterlassen.

Ohne Erfolg verteidigt sich der Bekl. in der Berufungsbegründung mit dem Argument, der Beurkundungsvorgang habe für sich allein keine Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB ausgelöst. Zu der Haftung sei es erst infolge des Kaufvertrages gekommen, durch den die neu gegründete GmbH die Einrichtung des Ladengeschäftes von Herrn Rainer M. übernommen hätte, womit er – der Beklagte aber nicht befasst gewesen sei.

Der Bekl. verkennt insoweit die Reichweite der Belehrungspflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Zwar greift die Haftung aus § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nur ein, wenn zum einen die Firma selbst und zum anderen das Handelsgeschäft jedenfalls in seinem Kern fortgeführt werden

(Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl. 2000, § 25 Rn. 6 f. und Senat, Urteil vom 10. April 2003, 11 U 124/01 Seite 17).

Es ist auch zutreffend, dass sich der von dem Bekl. beurkundete Gesellschaftsvertrag mit der zweiten Voraussetzung, nämlich der Fortführung des Handelsgeschäftes des Herrn Rainer M., nicht befasst. Der Bekl. wusste allerdings bei der Beurkundung, dass die zu gründende GmbH das Einzelhandelsgeschäft in dem E.-Einkaufszentrum fortführen sollte. Die zentrale Frage, mit der Herr Sch. im Vorfeld der Beurkundung an den Bekl. herangetreten war, ging gerade dahin, auf welche Weise dieses Geschäft im E.-Einkaufszentrum unter Erhalt der Bezeichnung „S. M.“ (ggf. mit Zusatz des Vornamens des Vaters) von dem Sohn Kai M. unter seiner – des Herrn Sch. – Beteiligung weitergeführt werden konnte. Deshalb musste sich der Bekl. im Rahmen seiner Belehrungspflicht fragen, ob es bei dieser beabsichtigten Geschäftstätigkeit der GmbH im Hinblick auf § 25 Abs. 1 HGB Probleme geben konnte. Diese Frage war positiv zu beantworten. Eine mögliche Fortführungshaftung der GmbH war jedenfalls für den Bekl. erkennbar, weil er wusste, dass in einem – tatsächlich noch am gleichen Tag vollzogenen – weiteren Schritt das Einzelhandelsgeschäft im E.-Einkaufszentrum übernommen und von der GmbH weitergeführt werden sollte. Der Bekl. kann sich daher nicht darauf berufen, eine Belehrungspflicht betreffend die Fortführungshaftung entfalle, weil er selbst unmittelbar mit der Übernahme des Ladengeschäftes durch privatschriftlichen Kaufvertrag vom gleichen Tag nicht befasst gewesen sei.

Zu Unrecht meint der Bekl., auf die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB sei bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages deshalb nicht hinzuweisen gewesen, weil solches – wenn überhaupt – allenfalls in dem Kaufvertrag hätte geregelt werden müssen. Auch mit dieser Betrachtung wird der Umfang der Belehrungspflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG zu eng gezogen. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass zur Vermeidung einer möglichen Fortführungshaftung aus § 25 Abs. 1 HGB keinesfalls nur die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB und deren Eintragung in das Handelsregister in Betracht kam. Die GmbH-Gründer hätten sich vielmehr auch entschließen können, der GmbH einen anderen, von dem bisherigen Einzelhandelsgeschäft deutlich unterschiedlichen Namen zu geben. Sie hätten darüber hinaus unter Berücksichtigung einer Haftung für Altschulden in einer Höhe, wie sie von den Klägern geltend gemacht worden sind, auf die Gründung der GmbH und die Übernahme des Geschäftes ganz verzichten können. Schließlich wäre als weitere Möglichkeit in Betracht gekommen, zwar den Firmennamen „S. M.“ zu übernehmen, jedoch das bisherige Handelsgeschäft im E.-Einkaufszentrum nicht in seinem Kern i.S.v. § 25 Abs. 1 HGB fortzuführen. Wollten sich die Gründungsgesellschafter zwischen diesen verschiedenen Möglichkeiten sachgerecht entscheiden, so mussten sie aber bereits im Zusammenhang mit der Vorbereitung und der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages entsprechend belehrt werden.

3. Ohne Erfolg macht der Bekl. geltend, eine Belehrungsbedürftigkeit der Herren Sch. und M. habe nicht bestanden, weil zum einen das Einzelhandelsgeschäft E.-Einkaufszentrum bereits vor der GmbH-Gründung durch Mutter und Sohn Kai M. von dem bisherigen Inhaber Rainer M. ohne jede Haftungsbeschränkung übernommen und fortgeführt und weil ihm – dem Bekl. – zum anderen mitgeteilt worden sei, das Geschäft solle von der GmbH mit Aktiva und Passiva übernommen werden.

Ursprünglich – insoweit unstrittig – betrieb Herr Rainer M. sein Einzelhandelsgeschäft „S. Rainer M.“ zum einen mit einem Laden

im Herold-Center Norderstedt und zum anderen mit einem weiteren Laden im E.-Einkaufszentrum. Nach der Trennung der Eheleute M. im Jahre 1999 wurde das Geschäft im E.-Einkaufszentrum von seiner Ehefrau und seinem Sohn Kai betrieben.

Wollte man von einer möglichen Firmenfortführung i.S.d. § 25 Abs. 1 HGB zunächst durch Mutter und Sohn M. ausgehen – und nicht nur von einer internen Aufteilung des Familienbetriebes, wie der Bekl. noch in der Klagerwiderung ausführt –, so hätte sich an der Gefahr einer Fortführungshaftung der neu zu gründenden GmbH im Hinblick auf deren Absicht, ihrerseits das Geschäft im E.-Einkaufszentrum weiter zu betreiben, nichts geändert. Nicht im Streit steht, dass jedenfalls auch Mutter und Sohn die Firma des Vaters beibehalten hatten. Sie hatten zugleich mit dem E.-Einkaufszentrum einen wesentlichen Teil des bisherigen Handelsgeschäftes weiter betrieben, so dass für sie die Fortführungshaftung aus § 25 Abs. 1 HGB eingegriffen hätte. Wollte die GmbH nun ihrerseits das Handelsgeschäft von Mutter und Sohn fortführen und übernahm sie wie vorgesehen jedenfalls den Firmenkern, so musste wiederum die GmbH nunmehr auch für alle im Betrieb des Herren Rainer M. – sei es an den Betriebsstätten Hamburg oder Norderstedt – ursprünglich begründeten Verbindlichkeiten einstehen. Dieser rechtliche Zusammenhang konnte sich aber für einen juristischen Laien ersichtlich nicht von selbst erschließen und war deshalb aufklärungsbedürftig.

Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in den Vordergrund gerückte Mitteilung der künftigen Gesellschafter, das Geschäft im E.-Einkaufszentrum solle von der GmbH mit „Aktiva und Passiva“ übernommen werden, entband den Bekl. im Vorfeld der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nicht von der notwendigen Belehrung der Herren Sch. und M. über die Fortführungshaftung. Diese Belehrung bestand gerade nicht darin, den Herren lediglich mitzuteilen, die GmbH würde auch die Passiva des Geschäftes zu übernehmen haben. Dieser Begriff war nicht ausreichend deutlich, denn mit ihm wird nicht geklärt, welche Altschulden in rechtlicher Hinsicht angesichts der Regelung in § 25 HGB tatsächlich zu den Passiva gezählt werden müssen. Der Beklagte hätte vielmehr darüber aufklären müssen, dass die GmbH nicht nur für jene Altschulden haften würde, die etwa in der Zeit nach der Übernahme des Geschäftes im E.-Einkaufszentrum durch Mutter und Sohn M. entstanden waren, sondern vielmehr für sämtliche noch offenen Verbindlichkeiten der ehemaligen Firma Rainer M. betreffend beide Betriebsstätten in Norderstedt und Hamburg. Diese Reichweite der Fortführungshaftung hat sich der Bekl. selbst nicht deutlich vor Augen geführt, wie sein Hinweis in der Berufungsbegründung auf die Übernahme des Geschäftsteiles in Hamburg durch Mutter und Sohn M. vor Gründung der GmbH und seine in der mündlichen Verhandlung geäußerte Annahme, eine Haftung der GmbH komme nur für die Schulden in Betracht, die gerade die Betriebsstätte im E.-Einkaufszentrum betreffen würden, zeigen.

Die Belehrungspflicht betreffend § 25 Abs. 1 HGB entfiel auch nicht deshalb, weil Herr Sch. und Herr M. im Vorfeld der Beurkundung das Geschäft im E.-Einkaufszentrum nach Darstellung des Bekl. als „hoch profitabel“ bezeichnet haben sollen. Es war gerade von dem Bekl. zu hinterfragen, ob diese Bemerkung auch vor dem Hintergrund eines Wissens um die Haftung für mögliche Altschulden in dem dargelegten Umfang gemacht worden war. Aus der Bezeichnung „hoch profitabel“ konnte der Bekl. keinesfalls ersehen, dass die beiden Herren die Altschulden-Problematik zutreffend erkannt hatten.

...  
4. Der Ursachenzusammenhang zwischen der aufgezeigten Verletzung der Belehrungspflicht und dem Schaden entfällt nicht deshalb, weil sich Herr Rainer M. nach der Behauptung des Bekl. auch bei einer etwaigen Belehrung der GmbH bzw. ihrer Gründer auf einen Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB nicht eingelassen hätte. Der Bekl. verkennt, dass als Lösungsmöglichkeit keinesfalls lediglich der Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB in Betracht kam. In Kenntnis der bei der hier gewählten Konstruktion notwendig eingreifenden Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB hätte vielmehr auf die GmbH-Gründung ganz verzichtet werden können, es hätte eine andere Firma gewählt werden können oder es hätte jedenfalls darauf verzichtet werden können, gerade das Einzelhandelsgeschäft im E.-Einkaufszentrum fortzuführen. Beratungsgerechtem Verhalten hätte es entsprochen, keine GmbH zu gründen, die sogleich mit Altschulden in Höhe jedenfalls der hier geltend gemachten rund 300 000 € belastet war. Diese Altschulden haben nach der entsprechenden Verurteilung der S. M. GmbH durch das

Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22. Februar 2001 zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der S. M. GmbH mit Beschluss vom 10. Juli 2001 geführt.

5. Der Schutzzweckzusammenhang entfällt nicht. Allerdings können die Kl. – die ehemaligen Lieferanten des Herrn Rainer M. – sich nunmehr neben Herrn Rainer M. und der in Insolvenz befindlichen GmbH auch an den Bekl. halten. Insoweit ist aber zu beachten, dass die Kl. lediglich aus abgetretenem Recht der GmbH vorgehen. Die Kl. haben einen rechtskräftigen Titel gegen die GmbH. Sie haben insoweit Ansprüche der GmbH gepfändet und zugleich hat der Insolvenzverwalter ihnen die möglichen Ansprüche der GmbH aus der unzureichenden Belehrung des Bekl. abgetreten. Die GmbH ist wegen des Belehrungsfehlers des Bekl. mit den Ansprüchen der Kl. – nämlich Teilen der Altschulden des Herrn Rainer M. – in Höhe von rd. 300 000 € belastet. Die GmbH hat deshalb den Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO gegen den Bekl. Ein solcher Anspruch kann abgetreten werden. Es kann deshalb lediglich gefragt werden, ob ein etwa fehlender Schutzzweckzusammenhang die Haftung des Bekl. gegenüber der GmbH hindert. Das ist jedoch nicht der Fall.

6. Der Bekl. kann sich nicht erfolgreich auf die Subsidiarität seiner Haftung gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO berufen.

a) Der Subsidiaritätseinwand greift hier bereits grundsätzlich nicht ein, weil ein Fall selbständiger Beratungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO vorliegt.

Der Bekl. selbst hat in der Klagerwiderung vorgetragen, Herr Sch. habe ihn aufgesucht und berichtet, dass Herr Kai M. unter seiner – des Herrn Sch. – Beteiligung das Geschäft im E.-Einkaufszentrum weiter betreiben möchte und dazu wissen wolle, ob er das Unternehmen unter dem Namen „S. M.“ oder auch zusätzlich noch mit dem Vornamen des Vaters betreiben könne. Dieses ursprüngliche Ansuchen an den Bekl. betraf mithin nicht den Auftrag, die für die Gründung einer GmbH nötigen Schritte zu unternehmen und einen Gesellschaftsvertrag auszuformulieren und zu beurkunden. Die GmbH-Gründung war vielmehr die Lösung des ihm angetragenen Problems, die in der Folge von dem Beklagten selbst vorgeschlagen wurde. Diese Umstände hat der Bekl. in der Urkunde über die Gründung der GmbH zum Ausdruck gebracht, weil dort im Vorspruch darauf hingewiesen wird, der Notar sei in dieser Angelegenheit bereits beratend tätig geworden.

Vor diesem Hintergrund liegt eine selbstständige planende Beratung des Bekl. vor und geht es nicht lediglich um eine unselfständige Belehrung im Vorfeld einer von den Rechtssuchenden verlangten Beurkundung. Eine solche planende Beratung ist als selbstständige Beratung i.S.d. § 24 Abs. 1 BNotO einzuordnen

(vgl. dazu Schippel/Reithmann, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rn. 16 f.).

Eine planende Beratung kommt immer dann in Betracht, wenn der Notar einen „offenen Auftrag“ erhält und auch tatsächlich annimmt und in diesem Rahmen die in Betracht kommenden Gestaltungsmöglichkeiten erst entwickelt

(vgl. dazu auch Ganter in WM 1996, 701, 702).

Nach der eigenen Darstellung des Bekl. in der Klagerwiderung, handelt es sich hier um einen solchen Fall.

b) Unabhängig von diesem Gesichtspunkt hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass hier eine zumutbare anderweitige Ersatzmöglichkeit ausscheidet. (Wird ausgeführt).

## ZPO §§ 43, 44

1. Ein Befangenheitsgesuch nach § 42 II ZPO kann auch auf einen „Gesamtatbestand“ als Verhalten des abgelehnten Richters im laufenden Verfahren gestützt werden.
2. In diesem Zusammenhang kann auch auf an sich nach §§ 43, 44 IV ZPO verwirkte Ablehnungsgründe zurückgegriffen werden, sofern der letzte Teilakt noch zulässig vorgebracht werden kann. Gründe, die bereits für sich ein Ablehnungsgesuch tragen könnten bleiben verwirkt.
3. Sämtliche Gründe, die in ihrer Gesamtheit geeignet sind, ein berechtigtes Befangenheitsgesuch zu tragen, sind glaubhaft zu machen.

SchlHOLG, 16. ZS, Beschluss vom 30. September 2004, – 16 W 126/04 –, Chl.

### Aus den Gründen

Das Landgericht hat das Befangenheitsgesuch gegen die erkennde Einzelrichterin im Ergebnis zu Recht als unbegründet zurückgewiesen. Zwar hat die Bekl. schlüssig ausreichende Gründe

behauptet, die geeignet wären, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der abgelehnten Richterin zu rechtfertigen. Indes sind die behaupteten Tatsachen, die erst in ihrer Gesamtheit geeignet wären, diesen Schluss zu rechtfertigen, in wesentlichen Punkten nicht glaubhaft gemacht worden.

1. Gemäß § 42 Abs. 2 ZPO sind nur objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit unparteiisch gegenüber, geeignet, ein Ablehnungsgesuch zu rechtfertigen. Dagegen scheiden rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden aus

(Zöller/Vollkommer, aaO, § 42 Rn. 9).

Als Ablehnungsgründe kommen alle Fälle unsachlichen und auf Voreingenommenheit oder Willkür hindeutenden Verhaltens des Richters im laufenden Verfahren infrage

(aaO, Rn. 20).

Wird ein Ablehnungsgesuch auf einen „Gesamtatbestand“ des Verhaltens des Richters in dem laufenden Verfahren gestützt, kann entgegen der Ansicht des Landgerichts trotz §§ 43, 44 Abs. 4 ZPO auch auf an sich verwirkte Ablehnungsgründe zurückgegriffen werden, sofern der letzte „Teilakt“ in zulässiger Weise vorgebracht werden kann

(BPTG GRUR 85, 433, 434; Landgericht Düsseldorf, ZIP 85, 631, 632; OLG Köln OLG R 01, 260).

Allerdings darf dies nicht zu einer Umgehung des Verwirkungstatbestandes des § 43 ZPO führen

(Zöller/Vollkommer, aaO, § 43 Rn. 8; OLG Frankfurt/M. OLG R 01, 169, 170).

Daraus folgt nach Auffassung des Senats, dass zum einen Ablehnungsgründe nach § 43 ZPO verwirkt sind, die in einer früheren Verhandlung hätten vorgebracht werden können und für sich allein bereits ein begründetes Ablehnungsgesuch getragen hätten. Auszuscheiden haben auch solche Gründe, die gegenüber dem geltend gemachten letzten „Teilakt“ einen deutlich gewichtigeren Anhaltspunkt für Voreingenommenheit zu bieten geeignet sind als das zuletzt gerügte Verhalten. Bei gleichwertigen Verhaltensweisen oder bei einem Verhalten, das als solches noch nicht für § 42 Abs. 2 ZPO ausreichen würde, wohl aber in der Zusammenschau mit früheren, nicht gerügten, aber allein auch nicht ausreichenden Gründen, ist die Partei indes durch § 43 ZPO nicht gehindert, auch auf an sich nach § 43 ZPO verwirkte Gründe zur Stützung ihrer auf einen „Gesamtatbestand“ gestützten Befangenheitsbesorgnis zurückzugreifen. Diese Einschränkung der Reichweite des § 43 ZPO ist geboten, weil sich berechtigtes Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters auch aus einer Mehrzahl von für sich genommen geringfügigen Indizien aufbauen kann, ohne dass ein besonders auffälliges Fehlverhalten allein für ein begründetes Befangenheitsgesuch vorläge. Auch gegen solche subtilen Formen von Benachteiligungstendenzen müssen sich Parteien wehren können.

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Befangenheitsgesuch der Bekl. schlüssig vorgebracht worden.

a) Das am Schluss des Beweisaufnahmetermins vom 5. August 2004 eingereichte Befangenheitsgesuch ist in zulässiger Weise vor Stellung des Antrages der Bekl. gemäß § 370 Abs. 1 ZPO angebracht worden. Zwar ist dieses Gesuch nur darauf gestützt, die abgelehnte Richterin habe ausdrücklich moralische Zweifel an dem Verhalten der Bekl. geäußert und diese der Bekl. entgegen gehalten. Indes ist die Beklagte nicht gehindert gewesen, weitere Befangenheitsgründe im Schriftsatz vom gleichen Tage, der ersichtlich nach der mündlichen Verhandlung abgefasst worden ist, nachzuschieben. Nach der glaubhaften Behauptung der Bekl. hat sich nämlich die abgelehnte Richterin geweigert, das beabsichtigte Befangenheitsgesuch zu Protokoll zu nehmen. Deshalb musste der Prozessbevollmächtigte der Bekl. das Befangenheitsgesuch, das er in der Verhandlung überreicht hat, handschriftlich abfassen, was notwendiger Weise zu einer Verkürzung der Darstellung der Befangenheitsgründe führen musste. Die prozessuale Vorgehensweise der abgelehnten Richterin, die schon nach Aktenlage als glaubhaft gemacht anzusehen ist, war fehlerhaft. Nach § 160 Abs. 2 ZPO sind in das Protokoll die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung aufzunehmen. Dazu gehören Prozessanträge, also auch Befangenheitsgesuche

(Zöller/Stöber, aaO, § 160 Rn. 6).

Für solche Prozessanträge gilt § 297 Abs. 1 ZPO nicht

(Zöller/Greger, aaO, § 297 Rn. 3).

Zwar steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob Prozessanträge ins Protokoll aufgenommen werden. Eine Partei hat

aber das Recht zu beantragen, einen solchen Befangenheitsantrag ins Protokoll aufzunehmen, § 160 Abs. 4 ZPO. Dieser Antrag hätte nicht abgelehnt werden dürfen, § 160 Abs. 4 S. 2 ZPO. Ein Befangenheitsgesuch kann gemäß § 44 Abs. 1 ZPO nämlich stets auch mündlich in der Verhandlung zu Protokoll vor dem erkennenden Gericht angebracht werden

(Zöllner/Vollkommer, aaO, § 44 Rn. 1).

Zwar ist auch dann der Ablehnungsgrund bereits zu benennen, weil die bloße Erklärung der Ablehnung verbunden mit der Ankündigung, die Begründung nachzureichen, unzulässig ist

(aaO, Rn. 2).

Indes entspricht es der ständigen gerichtlichen Praxis, dem Ablehnenden die nähere schriftliche Ausführung der Begründung eines in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärten Ablehnungsgesuchs zu gestatten, sofern überhaupt eine stichwortartige Begründung zu Protokoll angegeben worden ist. Da hier der Bekl. nach ihrer glaubhaften Behauptung eine Anbringung eines Befangenheitsgesuchs zu Protokoll in unzulässiger Weise verweigert worden ist, ist das handschriftliche Befangenheitsgesuch vom 5. August 2004 wie eine Protokollerklärung zu bewerten. Sie war deshalb nicht gehindert, zur näheren Begründung auch weitere, zunächst nicht aufgeführte Gründe für ihr Befangenheitsgesuch nachzuschieben.

b) Folglich gehört zum berücksichtigungsfähigen Vortrag der Bekl.:

Bereits bei der ersten Verhandlung vom 8. Juli 2004 habe die abgelehnte Richterin den Kl. bei der Anhörung der Parteien bevorzugt. Er habe deutlich mehr reden dürfen als die Bekl. Die abgelehnte Richterin habe schon dort geäußert, einiges spreche für den Vortrag des Kl., weil die allgemeine Lebenserfahrung den Schluss zulasse, dass Leute im Alter des Kl. keine Schenkungen ohne jede Gegenleistung tätigten. Bei der Protokollierung der Aussage des Zeugen B. habe die abgelehnte Richterin dessen Angabe, er habe keine konkrete Erinnerung an die zeitliche Einordnung eines bestimmten Gesprächsgegenstandes, dahin formuliert, er könne diese Einordnung nicht mit absoluter Sicherheit sagen. Trotz Intervention ihres Prozessbevollmächtigten sei die abgelehnte Richterin nicht bereit gewesen, die Protokollierung zu korrigieren. Nach der Vernehmung des Zeugen Brogmus sei sie, die Bekl., von der abgelehnten Richterin aufgefordert worden, sich zur Sache zu äußern. Dabei sei sie von der abgelehnten Richterin jäh unterbrochen worden. Mit gesteigerter Lautstärke und in gereiztem Tonfalle habe diese gefragt, warum sie es nicht für selbstverständlich gehalten habe, an den Kl. entsprechende Zahlungen zu leisten, selbst wenn es keine derartige Vereinbarung gegeben habe.

Dagegen ist weitergehender Tatsachenvortrag in der Beschwerdebegründung unbeachtlich. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind die im Befangenheitsgesuch vorgetragene Ablehnungsgründe, wozu auch die in zulässiger Weise schriftsätzlich nachgereichten Begründungen gehören. Worüber das Landgericht mangels Vortrages nicht zu entscheiden hatte, hat auch der Senat nicht zu befinden

(Zöllner/Vollkommer, aaO, § 46 Rn. 17). ...

3. Indes ist es der Bekl. nicht gelungen, wesentliche Behauptungen zu den geltend gemachten Ablehnungsgründen, die nur in ihrer Gesamtheit geeignet wären, ein berechtigtes Gesuch nach § 42 Abs. 2 ZPO zu tragen, glaubhaft zu machen. (Wird ausgeführt).

4. Die als glaubhaft gemacht zu wertenden Tatsachenbehauptungen der Bekl. rechtfertigen das geltend gemachte Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der abgelehnten Richterin nicht.

a) Die von der abgelehnten Richterin in ihrer dienstlichen Stellungnahme angegebene Äußerung, sie habe im Rahmen der rechtlichen Erörterungen davon gesprochen, die allgemeine Lebenserfahrung spreche dafür, dass die Schenkung des Kl. nicht ohne jede Gegenleistung erfolgt sei, wird von der Bekl. allerdings zu Recht als angreifbar bekämpft.

Es gibt keine solche Lebenserfahrung und eine Schenkung verbunden mit einem Anspruch auf Gegenleistung ist ein Widerspruch in sich. Gemeint war aber ersichtlich eine Schenkung unter einer Auflage, so wie es die Bekl. selbst zunächst auch verstanden hat. Allerdings ist eine Auflage im Rechtssinne nur verbindlich, wenn sie in der Form des § 518 BGB verabredet wird

(Palandt/Putzo, BGB, 63. Auflage, § 518 Rn. 1 und 7).

Der Lebenserfahrung entspricht allenfalls, dass alte Menschen mit großzügigen Schenkungen Erwartungen künftiger Zuwendung des Beschenkten verbinden. In diesem Sinne erfolgt eine Schenkung der hier streitgegenständlichen Größenordnung allerdings in aller Regel nicht ohne Erwartung einer „Gegenleistung“.

Mag demnach die Äußerung der abgelehnten Richterin in dem ersten Verhandlungstermin bei ihrer rechtlichen Erörterung wenig zielführend gewesen sein, so geht ihre Einschätzung des Prozessstoffes gleichwohl nicht über die gemäß § 139 Abs. 1 ZPO von jedem Richter verlangte Erörterung des Sach- und Streitverhältnisses nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hinaus. Dabei geäußerte Auffassungen kann jede Partei als unrichtig bekämpfen, was die Bekl. in ihrem Schriftsatz vom 16. Juli 2004 auch getan hat.

Selbst wenn sich eine Auffassung des Richters danach als korrekturbedürftig herausstellt, rechtfertigt dies kein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters. Wäre es anders, wäre eine umfassende Erörterung der vorläufigen Rechtsauffassung eines Gerichts von vornherein unmöglich. Das widerspräche allen Grundsätzen der Zivilprozessordnung über die Durchführung der mündlichen Verhandlung. Auch die Bekl. selbst hat in ihrem Schriftsatz vom 16. August 2004 auch nicht andeutungsweise die Auffassung der abgelehnten Richterin als Anzeichen für Voreingenommenheit gewertet.

b) Dafür bestand auch kein Anlass, als die abgelehnte Richterin der Bekl. am Schluss des Beweisaufnahmetermins vom 5. August 2004 den bereits dargestellten Vorhalt machte. (Wird ausgeführt).

### ZPO §§ 529 I Nr. 1 und 2, 531 II Satz 1 Nr. 3

- 1. Neues Vorbringen, welches gemäß § 531 ZPO nicht zuzulassen ist, kann kein konkreter Anhaltspunkt sein, der Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenermittlung im Sinne des § 529 I ZPO begründet und deshalb eine erneute Feststellung gebietet.**
- 2. Bei einem Parteigutachten, mit welchem in der Berufung ein im ersten Rechtszug eingeholtes gerichtliches Gutachten angegriffen wird, handelt es sich um ein neues, nicht zulassungsfähiges Angriffsmittel, wenn das Gutachten auch bereits im ersten Rechtszug hätte eingeholt werden können (§ 531 II Satz 1 Nr. 3 ZPO).**
- 3. Zu den Anforderungen an die Einwendungen einer Partei gegen ein gerichtliches Gutachten (Nachlässigkeit im Sinne des § 531 II Satz 1 Nr. 3 ZPO).**

SchlHOLG, 7. ZS, Urteil vom 23. September 2004, – 7 U 31/04 –, Dres.

Die Kl.in begehrt von den Bekl. Schadensersatz wegen eines behaupteten Verkehrsunfalls; die Parteien streiten darüber, ob die Schäden an den Fahrzeugen auf den behaupteten Unfall zurückzuführen sind.

Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt und auf die Einwendungen der Kl.in den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung angehört; anwesend war auch ein von der Kl.in beauftragter Privatsachverständiger.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen zufolge es an einem unfallkongruenten Schadensbild fehle.

Mit ihrer Berufung hat die Kl.in ein Privatsachverständigengutachten eingereicht, laut dessen der gerichtliche Sachverständige wesentliche Umstände nicht berücksichtigt habe und daher von einem unfallkongruenten Schadensbild auszugehen sei. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

### Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in ist nicht begründet.

Bei dem auf das Parteigutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. H. gestützten Berufungsvorbringen handelt es sich um ein neues Angriffsmittel, das gemäß den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen ist, weil es im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, obgleich das nach Zugang des gerichtlichen Gutachtens möglich war.

Gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht bei seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift liegen dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unwahrheit herausstellt. Dieses gilt grundsätzlich auch für Tatsachenermittlungen, die auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens getroffen worden sind.

Derartige konkrete Anhaltspunkte für Zweifel liegen nicht vor. Zwar meint der Privatsachverständige Dipl.-Ing. H., auf dessen Ausführungen sich die Kl.in in der Berufungsbegründung bezieht, der gerichtliche Sachverständige Dipl.-Ing. B. habe in seinem Gutachten nicht berücksichtigt, dass der Stoßfänger des VW Transporter aufgrund der Ausführung mit zwei Stahlprofilen sowohl im oberen als auch im unteren Bereich eine aufgebogene Begrenzung aufweise; aufgrund dieser besonderen Konturenform des Stoßfängers könnten die Anstoßmerkmale auf den Kontakt mit dem VW Transporter zurückgeführt werden. Bei diesem, mit dem Privatgutachten urkundlich belegten, Parteivorbringen handelt es sich jedoch um ein neues Vorbringen i. S. der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO.

Zwar hat die Kl.in auch vor dem Landgericht stets behauptet, die Schäden am Porsche seien auf die Kollision mit dem VW Transporter zurückzuführen, und das Gerichtsgutachten insoweit angegriffen, jedoch erfolgte die Begründung des Angriffs auf das Gutachten, dass der Stoßfänger aufgrund der Ausführung mit zwei Stahlprofilen sowohl im oberen als auch im unteren Bereich eine aufgebogene Begrenzung aufweise, erst jetzt; dieser Angriff auf das gerichtliche Sachverständigengutachten in Bezug auf den Frontverlauf des VW Transporter und die daraus resultierende Möglichkeit der Übereinstimmung von Schadensbild und behauptetem Unfall ist nicht lediglich als Konkretisierung der erstinstanzlichen Behauptung und damit als „alt“, sondern als eigenständiges Angriffsmittel anzusehen

(vgl. BGH NJW-RR 1991, 1214, 1215; 2003, 1321, 1322).

Soweit der von der Kl.in beauftragte Privatsachverständige R. den gerichtlichen Sachverständigen im landgerichtlichen Termin befragt hat, ob es so sei, dass der Stoßfänger bei einem Anstoß überlappe und dann auseinandergedrückt werde und den Falz, der nach außen gucke, dann überlappe und es dadurch keinen Abdruck am Stoßfänger des Porsche geben könne, und der gerichtliche Sachverständige geantwortet hat, dass ein derartiger Transporter eine Schürze in dem landläufigen Sinne nicht habe und bei dem Transporter lediglich der massive Punktschweißflansch des vorderen Kehrträgers und des Deformationselementes unter der Stoßstange herausrage, mussten sich daraus nicht Zweifel des Landgerichts an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungen des gerichtlichen Gutachters ergeben; das Landgericht konnte daraus nicht erkennen, dass der Stoßfänger aufgrund der Ausführung mit zwei Stahlprofilen sowohl im oberen als auch im unteren Bereich eine aufgebogene Begrenzung aufweisen soll und aufgrund dieser besonderen Konturenform des Stoßfängers die Anstoßmerkmale auf den Kontakt mit dem VW Transporter zurückgeführt werden könnten.

Neue Angriffsmittel, die gem. den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zulässigerweise in die Berufungsinstanz eingeführt werden, können die erstinstanzlichen Feststellungen ebenfalls zweifelhaft werden lassen; insofern wirkt die Regelung des § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in die Nr. 1 hinein. Neues Vorbringen, das nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, kann hingegen nicht als konkreter Anhaltspunkt i. S. des Abs. 1 Satz Nr. 1 herangezogen werden; sonst würden die Präklusionsregeln unterlaufen und das Ziel des ZPO-Reformgesetzes in Frage gestellt, den Rechtsstreit möglichst in erster Instanz umfassend zu verhandeln; denn wenn das Berufungsgericht den Sachverhalt auch aus Gründen, die eine Partei nicht in erster Instanz vorgebracht hat, neu feststellen könnte, wäre die durch § 531 Abs. 2 ZPO gerade überholte Rechtslage des § 528 Abs. 1, 2 ZPO a. F. unter der Hand restauriert. Wollte man darauf abstellen, dass die Präklusion nur das Recht einer Partei ausschließt, verspätetes Vorbringen berücksichtigt zu sehen, nicht aber das Berufungsgericht hindert, solches Vorbringen zu berücksichtigen, liefe das auf eine unterschwellige Prüfung von Amts wegen hinaus, die, wie die §§ 138 Abs. 3, 288 Abs. 1, 616 Abs. 1 ZPO zeigen, im Normalverfahren nicht einmal in erster Instanz Platz greift (Rimmelspacher NJW 2002, 1897, 1901; vgl. auch BGH Report 2004, 1110, 1111: Zweifelhaft können die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts auch durch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel werden, soweit sie in der Berufungsinstanz gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 531 Abs. 2 zu berücksichtigen sind, weil ihre Geltendmachung in erster Instanz ohne Verschulden der Partei unterblieben ist).

Das auf das Privatgutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. H. gestützte Parteivorbringen der Kl.in ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen, weil es im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, obgleich das nach Zugang des gerichtlichen Gutachtens möglich war.

Zwar ist das Privatgutachten erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erstellt worden; die in Rede stehende Tatsache (die

Frontbeschaffenheit des VW Transporter und die daraus resultierende Möglichkeit der Rückführung des Schadens am Porsche auf den behaupteten Unfall) bestand aber bereits im Zeitpunkt des behaupteten Unfalls; weil die Tatsachen, die dem Gutachten zugrunde lagen, jederzeit hätten begutachtet werden können (so u. a. durch den Privatsachverständigen R.), hätte das Gutachten ohne weiteres bereits vorher in Auftrag gegeben werden können. Auch hätte der Privatsachverständige R. Entsprechendes schon vor dem landgerichtlichen Termin, spätestens aber bei der Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen im Termin, vorbringen können.

Nachlässigkeit liegt immer dann vor, wenn der Partei das neue Angriffsmittel bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung hätte bekannt sein müssen; dabei ist Maßstab die einfache Fahrlässigkeit.

Zwar sind an die Einwendungen einer Partei gegen ein Sachverständigengutachten keine hohen Anforderungen zu stellen, wenn die Partei nur geringe Sachkunde hat; insbesondere ist die Partei nicht verpflichtet, bereits in erster Instanz ihre Einwendungen gegen das Gerichtsgutachten auf die Beifügung eines Privatgutachtens zu stützen; sie ist durchaus berechtigt, ihre Einwendungen zunächst ohne solche Hilfe vorzubringen und im weiteren Verlauf in zweiter Instanz weiter zu konkretisieren

(BGH VersR 2004, 83, 84; BGH Urteil vom 8. Juni 2004, Az.: VI ZR 199/03, zitiert nach juris);

dieser Grundsatz gilt jedoch insbesondere bei medizinischen Fragen

(BGH Urteil vom 8. Juni 2004)

und ist nicht ohne weiteres auf alle Sachverständigen Gutachten übertragbar.

Hier hätte die Kl.in ihre auf das Privatgutachten gestützten Einwendungen bereits in erster Instanz vorbringen müssen; dieses war zunächst rein tatsächlich in der Zeit zwischen der Zustellung des Gerichtsgutachtens am 8. Dezember 2003 und der mündlichen Verhandlung am 27. Februar 2004 (einer Zeitspanne von über 11 Wochen) möglich und die Kl.in hat bereits vor der mündlichen Verhandlung, in der der gerichtliche Sachverständige sein Gutachten erläutert hat, die Anwesenheit von Sachverständigen angekündigt; dementsprechend war in der mündlichen Verhandlung dann der Sachverständige R. anwesend, der den Gerichtssachverständigen für die Kl.in befragt hat. Und letztlich hätte die Kl.in das Privatgutachten jedenfalls noch vor dem Verkündungstermin des Landgerichts einreichen und die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragen können.

Wenn mithin nicht lediglich eine Partei ohne Sachkunde, sondern ein von ihr sistierter Sachverständiger Einwendungen gegen das Gerichtsgutachten vorbringt, ist eine Konkretisierung in zweiter Instanz durch die Einholung eines Privatgutachtens nicht mehr zuzulassen, zumal dazu in erster Instanz ausreichend Zeit zur Verfügung stand.

Soweit die Kl.in mit Schriftsatz vom 6. September 2004 rügt, dass sich das Landgericht mit den Angaben des Bekl. zu 2. und den Bekundungen des Zeugen D. nicht umfassend auseinandergesetzt habe, hätte diese Rüge schon in der Berufungsbegründung erfolgen müssen (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2. und 3. ZPO), sodass die Rüge gem. den §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO nicht mehr zuzulassen ist, weil eine Ladung des Bekl. zu 2. und des Zeugen D. zwei Tage vor dem Senatstermin zeitlich nicht mehr möglich und nach der Terminrolle des Senats nicht zumutbar war; zudem werden in dem Schriftsatz die Erklärungen verkürzt wiedergegeben, der Bekl. zu 2. im Kontext: „Ich erinnere noch, dass das rechte Rücklicht beim Porsche kaputt war. Welche Schäden an dem Porsche sonst noch bestanden, kann ich nicht mehr sagen. Ich meine, da war auch zwischen den Rücklichtern etwas kaputt. Ich weiß das aber nicht mehr. Da war alles gedellt“, der Zeuge D.: „Das hat der Gutachter schon festgestellt. Es war halt die Heckpartie kaputt, die Stoßstange, ferner waren die Rücklichter kaputt und die Seitenteile“.

Die Revision ist zuzulassen, weil die Rechtssache im Hinblick auf das ZPO-Reformgesetz grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

**ZPO §§ 568, 572; RPfIG §§ 11 Abs. 1, 21 Nr. 1**

**Zur Entscheidung über eine sofortige Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss ist nicht der Einzelrichter des Beschwerdegerichts, sondern die vollbesetzte**

**Kammer berufen, sofern die Nichtabhilfeentscheidung nicht vom Rechtspfleger des Landgerichts, sondern von einer Kammer dieses Gerichts in voller Besetzung getroffen wurde.**

SchlHOLG, 9. ZS, Beschluss vom 13. Juli 2004, – 9 W 91/04 –, Ro.

*Aus den Gründen*

1. Über die nach §§ 11 Abs. 1 RPfIG, 104 Abs. 3, 567 Abs. 2, 569 ZPO zulässige Beschwerde hat der Senat nicht durch den Einzelrichter, sondern in der durch § 122 Abs. 1 GVG vorgegebenen Besetzung zu befinden. Die Voraussetzungen des § 568 ZPO – wonach das Beschwerdegericht grundsätzlich durch den Einzelrichter entscheidet, sofern die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter oder einem Rechtspfleger getroffen wurde – liegen nicht vor. Zwar ist der angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluss von der Rechtspflegerin erlassen wor-

den. Indessen gilt es der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass vorliegend nicht – wie an sich nach §§ 21 Nr. 1, 11 Abs. 2 RPfIG, 572 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgesehen – die Rechtspflegerin auch über die Frage der Abhilfe entschieden hat

(zur Abhilfekompetenz des Rechtspflegers vgl. etwa Zöller/Herget, § 104 ZPO Rn. 10 und 21 Stichwort „Abhilfe“),

sondern die 8. Zivilkammer dieses Gerichts in voller Besetzung. Da sich dieser Spruchkörper die angefochtene Entscheidung durch die Nichtabhilfeentscheidung zu eigen gemacht hat und die Wirksamkeit des Nichtabhilfebeschlusses durch den Umstand, dass statt der Rechtspflegerin die Kammer entschieden hat, nach § 8 Abs. 1 RPfIG nicht in Frage gestellt wird, liegt der Fall bei der gebotenen teleologischen Betrachtung ebenso, als hätte die Kammer den Kostenfestsetzungsbeschluss erlassen. Für eine Beschwerdeentscheidung durch den Einzelrichter ist bei dieser Sachlage kein Raum.

## **Freiwillige Gerichtsbarkeit**

### **BGB § 1897**

**Bei der Entscheidung über die Verlängerung einer Betreuung gelten für die Auswahl des Betreuers dieselben Vorschriften wie für die Neubestellung – insbesondere § 1897 Abs. 4 BGB.**

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 12. Dezember 2003, – 2 W 186/03 –, Sch.

*Aus den Gründen*

Die Entscheidung des Landgerichts über die Auswahl des Betreuers beruht dagegen auf einer Rechtsverletzung. Gegenstand des mit der Erstbeschwerde angefochtenen Beschlusses des Amtsgerichts ist die Verlängerung der Bestellung eines Betreuers unter Fortbestand der bisherigen Aufgabenkreise. Mit der Verlängerung hat das Amtsgericht die Betreuung erneut angeordnet und den Beteiligten wiederum zum Betreuer der Betroffenen bestellt. Dadurch ist die vorangegangene Betreuerbestellung insgesamt abgelöst und durch eine neue Einheitsentscheidung über die Bestellung und die Auswahl eines Betreuers ersetzt worden. Bei dieser Einheitsentscheidung sind deshalb die Vorschriften für die Neubestellung eines Betreuers anzuwenden – insbesondere § 1897 BGB

(ebenso in vergleichbaren Fällen: BayObLG NJW-FER 2001, 234 und BtPrax 2002, 165; OLG Hamm NJW-RR 2001, 797; OLG Zweibrücken BtPrax 2002, 87).

Nach § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB hat das Gericht dem Vorschlag eines Betroffenen, eine bestimmte Person zum Betreuer zu bestellen, grundsätzlich zu entsprechen, sofern dies seinem Wohl nicht zuwider läuft. Im vorliegenden Fall hat die Betroffene Herrn U. vorgeschlagen. Herr U. wäre daher nur dann nicht zum Betreuer zu bestellen, wenn dies dem Wohl der Betroffenen zuwider liefe. Eine solche Annahme rechtfertigt der bisherige Akteninhalt jedoch nicht. Das Landgericht hat unter Verstoß gegen § 12 FGG keine ausreichenden Ermittlungen zu der Frage angestellt, ob Herr U. als Betreuer geeignet ist. Es hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die vorliegende Betreuung insbesondere im Hinblick auf die noch ausstehende Erbaueinandersetzung mit der Schwester der Betroffenen einige Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Bisher liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Herr U. diesen Problemen nicht gewachsen wäre. Bekannt ist lediglich, dass Herr U. Klempnermeister ist. Daraus allein ergeben sich jedoch noch nicht einmal ausreichende Informationen über seine berufliche Tätigkeit. Es ist insbesondere ungeklärt, ob Herr U. selbständig tätig und in geschäftlichen Dingen erfahren ist. Erkenntnisse über seine außerberuflichen Aktivitäten liegen bisher überhaupt nicht vor. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass ein Betreuer schwierige rechtliche Auseinandersetzungen auch nicht notwendig allein für den Betreuten führen muss. Er ist vielmehr berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet, hierfür anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen. Die absehbare Notwendigkeit einer solchen Hilfe spricht deshalb nicht grundlegend gegen die Eignung als Betreuer. Aus alledem ergibt sich, dass die Frage der Eignung des Herrn U. der weiteren Aufklärung bedarf. Seine Eignung lässt sich insbesondere nicht schon aus anderen Gründen – wie etwa einer ablehnenden Haltung gegenüber der Betreuungstätigkeit oder besonderen persönlichen Umständen – verneinen. Herr U. hat sich vielmehr ausdrücklich zur Übernahme der Betreuung bereit erklärt. Die Betroffene kennt ihn nach eigenen Angaben schon seit Jah-

ren und scheint ihm zu vertrauen, soweit ihr das im Hinblick auf ihre Erkrankung möglich ist. Es ist zwar wahrscheinlich, dass sich das Verhältnis der Betroffenen zu Herrn U. – ebenso wie ihr Verhältnis zu dem Beteiligten – verschlechtern würde, wenn Herr U. als ihr Betreuer Entscheidungen treffen müsste, die nicht ihre Billigung finden. Dieses Problem wird sich wegen der Erkrankung der Betroffenen jedoch voraussichtlich für jeden Betreuer stellen. Es reicht deshalb allein nicht aus, um dem Vorschlag der Betroffenen für die Betreuerauswahl die in § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB grundsätzlich vorgesehene Bindungswirkung ausnahmsweise zu versagen.

### **BGB §§ 1908 1 Abs. 1, 1802 Abs. 1 Satz 1**

**Zu den Anforderungen an ein im Betreuungsverfahren zu erstellendes Vermögensverzeichnis.**

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 10. Mai 2004, – 2 W 74/04 –, Sch.

Das Amtsgericht bestellte den Beteiligten zum Betreuer der Betroffenen. Zum Aufgabenkreis gehörte auch die Vermögenssorge. Das Amtsgericht hat den Beteiligten seit dem 11.4.2003 in regelmäßigen Abständen siebenmal vergeblich zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses aufgefordert und nach zweimaliger Androhung eines Zwangsgeldes mit Beschluss vom 1.12.2003 wegen Nichteinreichung des Vermögensverzeichnisses ein Zwangsgeld in Höhe von 250 € gegen ihn festgesetzt. Der Beteiligte wendet ein, unverschuldet gehindert gewesen zu sein, fristgerecht ein Vermögensverzeichnis vorzulegen, weil die Festplatte seines PC „defekt gegangen“ sei und zeitaufwendig durch ein Spezialunternehmen habe rekonstruiert werden müssen. Gleichzeitig hat er einen Bericht über die Betreuung eingereicht, dessen Abschnitt über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen er als ausreichendes Vermögensverzeichnis ansieht.

Beschwerde und weitere Beschwerde der Beteiligten hatten keinen Erfolg.

*Aus den Gründen*

Nach §§ 1908 i Abs. 1, 1802 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Betreuer das Vermögen, das bei der Anordnung der Betreuung vorhanden ist, zu verzeichnen und das Verzeichnis, nachdem er es mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen hat, dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Diese Verpflichtung gilt auch noch nach Beendigung der Betreuung. Das Amtsgericht hat dem Beteiligten die Vorlage eines Vermögensverzeichnisses aufgegeben und ihm das festgesetzte Zwangsgeld angedroht (§ 33 Abs. 1, 3 FGG). Der Beteiligte ist auch schuldhaft seiner Verpflichtung nicht nachgekommen. Bis zur Festsetzung des Zwangsgelds am 1.12.2003 hatte er keine Gründe vorgetragen, weshalb er das Vermögensverzeichnis nicht eingereicht hatte. Dieses ist unverzüglich nach Bestellung anzufertigen und dem Gericht zur Kenntnis zu geben

(Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1802 BGB Rn. 2).

Ansonsten bestünde die Gefahr, dass sich das Land einer Haftung aus Art. 34 GG, 839 BGB aussetzt. Gründe, weshalb dem Beteiligten die Einreichung des Verzeichnisses nicht binnen Monatsfrist seit seiner Bestellung am 5.3.2003 möglich war, sind nicht ersichtlich. Die zulässige

(vgl. Keidel/Zimmermann, FGG, 15. Aufl., § 33 Rn. 24)

nachträgliche Entschuldigung des Beteiligten überzeugt nicht. Sie lässt nicht erkennen, wann der angebliche Fehler auf der Festplatte des PC aufgetreten ist und dieser wieder beseitigt war. Es lässt sich deshalb nicht ausschließen, dass ihm die Erstellung des

Vermögensverzeichnisses noch vor der Festsetzung des Zwangsgelds am 1. 12. 2003 möglich war.

Der Mangel ist auch nicht dadurch geheilt, dass nunmehr das geforderte Verzeichnis vorläge

(zur zulässigen nachträglichen Vornahme der aufgegebenen Handlung vgl. Keidel/Zimmermann Rn. 24).

Die Auffassung des Landgerichts, dass die Angaben im Bericht des Beteiligten vom 27.2.2004 den Anforderungen an ein Vermögensverzeichnis in wesentlichen Teilen nicht genügen, trifft zu.

Das Vermögensverzeichnis soll Klarheit über das Vermögen und die wirtschaftliche Lage des Betreuten geben. Es dient als Grundlage der Vermögensverwaltung durch den Betreuer und der Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht. Ferner soll es Beweise für Ansprüche des Mündels aus § 1890 BGB sichern. Es ist außerdem Grundlage für die Beurteilung der Mittellosigkeit des Betroffenen im Rahmen einer Vergütungsbewilligung und für die Erhebung von Gerichtsgebühren

(vgl. zu allem KG OLGE 24 (1912), 45; Palandt/Diederichsen, BGB, 63. Aufl., § 1802 Rn. 1; Bienwald, Betreuungsrecht, 3. Aufl., Anh. zu § 1908 e Rn. 18; Staudinger/Engler, 13. Aufl., § 1802 Rn. 1, 8;).

Zur Erreichung der genannten Zwecke ist eine lückenlose Bestandsaufnahme des gesamten Vermögens erforderlich. Diese muss grundsätzlich so genau erfolgen, dass Zweifel über die Identität einzelner Gegenstände ausgeschlossen sind

(KG aaO; Wagenitz in Münchener-Kommentar BGB, 4. Aufl., § 1802 Rn. 3).

Hausrat, Wäsche und Bücher können zusammenfassend angegeben werden, wenn der Wert verhältnismäßig gering ist

(Zimmermann Rn. 3; Staudinger-Engler Rn. 14; Wagenitz Rn. 3; a.A.: Palandt-Diederichsen Rn. 2; Dickscheid in RGRK, BGB, 12. Aufl., § 1802 Rn. 1).

Grundbuchmäßige Bezeichnungen für Grundstücke sind jedenfalls dann anzugeben, wenn die nur straßenmäßige Bezeichnung zu Unklarheiten über Lage und Größe des Grundstücks führen würde

(a.A. – stets: Palandt/Diederichsen Rn. 2).

Allerdings wird der Betreuer in aller Regel ohnehin das Grundbuch einsehen müssen, um das Eigentum zuverlässig festzustellen und auch die Belastungen zu ermitteln. Forderungen sind nach Betrag, Person des Schuldners, Schuldgrund und Zinshöhe aufzuführen

(RGZ 80, 65, 66; Bienwald Rn. 27; Erman-Holzauer, BGB, 10. Aufl., § 1802 Rn. 5).

Die Gegenstände sind grundsätzlich durch Schätzung zu bewerten, um dem Gericht einen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Betreuten zu ermöglichen

(Palandt/Diederichsen Rn. 2; Staudinger/Engler Rn. 13; Erman/Holzauer Rn. 5; a.A.: Dickscheid in RGRK Rn. 8; zur Schätzung von Gebäuden vgl. Zimmermann Rn. 8).

Außer Schriftlichkeit ist keine bestimmte Form vorgegeben. Stichtag der Vermögensaufnahme ist der Zugang der Bestellung beim Betreuer

(Bienwald Rn. 30; Zimmermann Rn. 6).

Das Vermögensverzeichnis ist – wie bereits aus dem Gesetz ersichtlich – mit einer Versicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit zu versehen.

...

Nach allem besteht das Zwangsgeld zu Recht und war das Rechtsmittel zurückzuweisen.

## Arbeitsrecht

### BetrVG 1972 § 102 ; KSchG § 1 Abs. 2

- 1. Eine objektiv unvollständige Betriebsratsanhörung verwehrt es dem Arbeitgeber, im Kündigungsprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhaltes hinausgehen (mit BAG vom 7. 11. 2002 – 2 AZR 599/01).**
- 2. Will der Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung im Prozess zur Darlegung unzumutbarer wirtschaftlicher Belastungen auf die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten stützen, muss der dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren Angaben zu den aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten machen. Jedenfalls muss er dem Betriebsrat mindestens die durchschnittliche monatliche Vergütung oder die Lohngruppe des Arbeitnehmers nennen. Andernfalls kann er sich auf die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten als wirtschaftlich unzumutbare Belastung nicht im anschließenden Prozess berufen.**
- 3. Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, die Vergütungshöhe selbst zu ermitteln und sich die Entgeltfortzahlungskosten selbst auszurechnen.**
- 4. Im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG können Angaben des Arbeitgebers zu den betrieblichen Auswirkungen der Fehlzeiten des Arbeitnehmers nur dann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn Betriebsratsmitglieder den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers und die konkreten Auswirkungen seiner Fehlzeiten kennen. Steht fest, dass zusätzlich zu hohen Fehlzeiten des zu kündigenden Arbeitnehmers beträchtliche krankheitsbedingte Abwesenheitszeiten anderer Arbeitnehmer in der gleichen Abteilung zu verzeichnen sind, muss der Arbeitgeber im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG zumindest grob vortragen, welche Folgen der wiederholten Ausfälle er dem zu kündigenden Arbeitnehmer zuordnet und das bzw. warum er deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für unzumutbar hält. Unterlässt er dieses, ist er mit diesbezüglichem Vortrag im Kündigungsprozess ausgeschlossen.**

SchlHLAG, 3. Kammer, Urteil vom 1. September 2004, – 3 Sa 210/04 –, Hei.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung und in diesem Zusammenhang vorab darüber, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört wurde bzw. welcher Vortrag der Bekt.n im vorliegenden Gerichtsverfahren berücksichtigungsfähig ist.

Der Kl. ist 43 Jahre alt. Er ist seit dem 1.11.1990 als Mitarbeiter im Hauptlager/Gabelstapler bei der Bekt. beschäftigt und erhält durchschnittlich 2200 Euro brutto monatlich. Er ist verheiratet und hat keine Kinder. Seit 1994 weist der Kl. jährlich mehrwöchige Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen verschiedenen Magen- und Rückenleiden auf.

Im Lager der Bekt. arbeiten einschließlich des Kl. 6 Gabelstaplerfahrer. Von diesen Gabelstaplerfahrern weist unstreitig der Mitarbeiter M., 49 Jahre alt und seit 22 Jahren im Betrieb, vergleichbare krankheitsbedingte Fehlzeiten auf wie der Kl.

Im Betrieb der Bekt. existiert ein 11-köpfiger Betriebsrat. 6 Betriebsratsmitglieder arbeiten im Lager. U. a. der Lagerleiter ist Betriebsratsmitglied.

Am 23. 6. 2003 hörte die Bekt. den Betriebsrat zum beabsichtigten Ausspruch einer fristgemäßen Kündigung wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten an. In dem Anhörungsschreiben sind Name, Vorname, Geburtsdatum, Anschrift, Familienstand und Steuerklasse, Beschäftigungsbeginn, Tätigkeit und Tätigkeitsbereich sowie Kündigungsfrist angegeben, die Vergütungsgruppe oder die Vergütungshöhe nicht. Ferner heißt es wie folgt:

„Die Kündigung ist aus folgendem Grund erforderlich:

Häufige krankheitsbedingte Fehlzeiten laut Anlage. Mündlicher Vortrag bleibt vorbehalten.

Wir bitten um Stellungnahme“.

Dieser Betriebsratsanhörung war eine krankheitsbedingte Abwesenheitsliste des Kl. betr. den Zeitraum 13. 3. 1994 bis 3. 5. 2003, aufgliedert nach Abwesenheitstagen sowohl in Form von Arbeitstagen, als auch in Form von Kalendertagen beigefügt. Dieser Fehlzeitenliste sind auch die Entgeltfortzahlungszeiträume zu entnehmen, nicht jedoch Angaben zur Höhe der Entgeltfortzahlungskosten. Eine mündliche Erläuterung oder Ergänzung dieser schriftlichen Betriebsratsanhörung seitens der Bekt. erfolgte unstreitig nicht. Der Betriebsrat gab zur streitbefangenen Kündigung keine inhaltliche Stellungnahme ab.

Fallen Mitarbeiter im Lager aus, vertreten u. a. unstreitig im Lager an sich als Kommissionierer tätige Mitarbeiter diese Gabelstaplerfahrer. Bei den Kommissionierern fehlt sodann eine Person an seinem Arbeitsplatz.

Die Bekt. sprach am 30. 6. 2003 die streitbefangene Kündigung zum 30. 11. 2003 aus und beschäftigte den Kl. zunächst nicht mehr als Gabelstaplerfahrer. Der Kündigungsschutzklage des Kl. gab das Arbeitsgericht im Wesentlichen mit der Begründung statt, die Bekt. habe den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört, da sie dem Betriebsrat lediglich die Fehlzeiten mitgeteilt habe, jedoch keine Ausführungen zu Betriebsablaufstörungen und erheblichen wirtschaftlichen Belastungen gemacht habe. Das sei auch nicht trotz der Tatsache, dass 6 Betriebsratsmitglieder im Lager tätig sind, ausnahmsweise entbehrlich gewesen, da das Personal nur selten im Lager vollständig anwesend sei und der Betriebsablauf auch durch den häufig erkrankten Kollegen M. beeinträchtigt werde. Insoweit sei es erforderlich gewesen, die Auswirkungen der Fehlzeiten des Kl. gegenüber dem Betriebsrat im Einzelnen darzulegen.

Die Berufung der Bekt. blieb ohne Erfolg.

### Aus den Gründen

Die Kündigung ist zwar nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam. Sie ist aber als krankheitsbedingte Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Zum kündigungsrechtlich relevanten Sachverhalt der wirtschaftlichen und betrieblichen Beeinträchtigungen der Bekt. durch die Fehlzeiten des Kl. ist dem Betriebsrat nichts mitgeteilt worden, mit der Folge, dass die Bekt. ein diesbezügliches Vorbringen nicht im Kündigungsschutzprozess nachschieben darf. Der vor diesem Hintergrund verbleibende verwertbare Sachverhalt rechtfertigt die Kündigung nicht.

1. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

a) Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kün-

digung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Die Betriebsratsanhörung hat eine objektive und eine subjektive Seite. Das bedeutet, der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nur diejenigen Kündigungsgründe mitteilen, auf die er die Kündigung stützen will; die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend gewesen sind. Eine bei objektiver Würdigung unvollständige Mitteilung der Gründe hat nicht die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG zur Folge. Denn Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG ist es, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, ohne eigene zusätzliche Ermittlungen anstellen zu müssen, seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht aus der Sicht der Arbeitnehmerseite dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen, damit dieser bei seiner Entscheidung die Stellungnahme des Betriebsrates, insbesondere dessen Bedenken oder dessen Widerspruch gegen die beabsichtigte Kündigung, berücksichtigen kann. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, benötigt der Betriebsrat nicht die Kenntnis von Tatsachen, die für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers ohne Bedeutung gewesen sind

(BAG v. 24.11.1983 – 2 AZR 347/82 = AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 599/01 – mwN, vgl. auch BAG vom 7.11.2002 – 2 AZR 599/01 – zitiert nach Juris).

Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess noch Tatsachen nachschieben darf, die ihm zum Zeitpunkt der Einleitung des Anhörungsverfahrens bereits bekannt gewesen sind, zu denen er aber den Betriebsrat nicht angehört hat

(BAG vom 24.11.1983, aaO).

Eine in diesem Sinne objektiv unvollständige Anhörung verwehrt es dem Arbeitgeber allerdings, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschreiben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhaltes hinausgehen

(BAG vom 7.11.2002 – 2 AZR 599/01) –

siehe hierzu unter 3.

b) Vor diesem rechtlichen Hintergrund hat die Bekl. nicht gegen § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verstoßen. Sie hat dem Betriebsrat als Kündigungsgrund nicht nur „häufige krankheitsbedingte Fehlzeiten“ genannt, sondern diese durch Überreichung einer Anlage im Einzelnen auch spezifiziert. ...

c) Die Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist vorliegend auch nicht deshalb als fehlerhaft anzusehen, weil die Bekl. dem Betriebsrat keinerlei Angaben zu den Entgeltfortzahlungskosten gemacht hat. Gegenüber dem Betriebsrat fehlen insoweit jegliche Informationen seitens der Bekl. Die Bekl. hat dem Betriebsrat weder die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten in einem Gesamtbetrag, noch aufgeschlüsselt nach Entgeltfortzahlungszeiträumen mitgeteilt.

aa) Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen ist a) die Darlegung häufiger Kurzerkrankungen in der Vergangenheit mit der sich daraus ergebenden Folge einer negativen Zukunftsprognose sowie b) – als Teil des Kündigungsgrundes – das Vorhandensein einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch erhebliche wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers, etwa zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als 6 Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen

(BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 599/01 = AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 – Krankheit).

bb) Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab ergibt sich aus der Tatsache, dass die Bekl. gegenüber dem Betriebsrat keinerlei Angaben zur Höhe der Entgeltfortzahlungskosten für die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Kl. gemacht hat, dass diese sich gegenüber dem Betriebsrat zur Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung nicht auf das Vorliegen erheblicher Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen durch wirtschaftliche Belastungen in Form von Entgeltfortzahlungskosten berufen hat und berufen wollte. Das macht die Anhörung nach § 102 BetrVG vorliegend nicht fehlerhaft, weil eine im Sinne der Rechtsprechung des BAG

(7.11.2002 – 2 AZR 599/01)

nur unvollständige Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führt. Es ist dem Arbeitgeber lediglich verwehrt, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschreiben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhaltes hinausgehen.

Will ein Arbeitgeber die krankheitsbedingte Kündigung im Kündigungsschutzverfahren bei der Darlegung einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen auf erhebliche wirtschaftliche Belastungen durch Entgeltfortzahlungskosten stützen, muss er dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren im Rahmen seiner Unterrichtungspflicht Angaben zu den aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten machen. Unterlässt er dieses, kann er sich im anschließenden Kündigungsschutzprozess zur Rechtfertigung der Kündigung nicht auf erhebliche wirtschaftliche Belastungen durch hohe Entgeltfortzahlungskosten als Teil des Kündigungsgrundes berufen, da er im Anhörungsverfahren nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass wirtschaftliche Belastungsgesichtspunkte durch Entgeltfortzahlungskosten aus seiner subjektiven Sicht für seinen Kündigungsentschluss maßgebend waren.

cc) Da sich eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen jedoch auch aus anderen als den rein wirtschaftlichen Belastungsgesichtspunkten ergeben kann, führt allein das Fehlen jeglicher Angaben zur Höhe der Entgeltfortzahlungskosten nicht zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung gem. § 102 Abs. 1 BetrVG.

d) Auch die Tatsache, dass die Bekl. dem Betriebsrat gegenüber keine sonstigen Angaben zum Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen gemacht hat, macht vorliegend die Kündigung nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. In der Offenlegung der wiederholten krankheitsbedingten Fehlzeiten und der einzelnen Zeiträume kann zugleich die unausgesprochene Erklärung des Arbeitgebers gesehen werden, für ihn sei die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses wegen der damit verbundenen negativen Auswirkungen nicht mehr möglich oder zumutbar. Aus der Sicht der Arbeitnehmerseite ist es dem Betriebsrat insoweit durchaus objektiv möglich, sich zu dieser geäußerten subjektiven Bewertung des Arbeitgebers zu äußern, die Stichhaltigkeit der genannten Kündigungsgründe zu überprüfen und entsprechende Einwendungen zu erheben.

3. Die Kündigung ist allerdings nicht aus personenbedingten Gründen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, da die Betriebsratsanhörung hinsichtlich der Mitteilung einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen objektiv unvollständig war und es der Bekl. nunmehr verwehrt ist, im Kündigungsschutzprozess diesbezüglichen Sachverhalt nachzuschreiben.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes dürfen vom Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nur Tatsachen nachgeschoben werden, die ohne den Kündigungssachverhalt wesentlich zu verändern, nur der Erläuterung und Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe dienen. Im Übrigen sind nachgeschobene Tatsachen, die dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden sind, grundsätzlich zumindest dann nicht zu verwerten, wenn sie dem Arbeitgeber bereits vor der Einleitung des Anhörungsverfahrens bekannt gewesen sind, dem mitgeteilten Kündigungssachverhalt überhaupt erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes geben oder weitere, selbständig zu würdigende Kündigungsgründe betreffen

(BAG v. 24.11.1983 – 2 AZR 347/82 = AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972 mwN).

Bei einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen kommt es darauf an, ob zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen. Dabei ist zur Kündigung nur ein Sachverhalt geeignet, der die betrieblichen Interessen unzumutbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ist bereits Teil des Kündigungsgrundes

(BAG aaO; BAG v. 7.11.2002; 2 AZR 599/01 = AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit mwN).

Trägt der Arbeitgeber dem Betriebsrat nicht die Tatsachen vor, aus denen sich eine erhebliche Beeinträchtigung und/oder wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers aufgrund der Fehlzeiten und der zu erwartenden Ausfallzeiten ergeben sollen, unterlässt er es, dem Betriebsrat einen Teil des Kündigungsgrundes mitzuteilen. Bei den vom Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nachgeschobenen Tatsachen, aus denen sich die betrieblichen Beeinträchtigungen und wirtschaftlichen Belastungen ergeben sollen, handelt es sich dann nicht um eine Erläuterung und Substantiierung des Kündigungsgrundes, sondern um einen erstmaligen Vortrag eines Sachverhaltes, mit dem zusammen der dem Betriebsrat vorgetragene Sachverhalt erst kündigungsschutzrechtlich relevant wird. Aus diesem Grunde ist in einem solchen Fall das Nachschreiben der wirtschaftlichen und betrieblichen Beeinträchtigungen des Arbeitgebers unzulässig mit der Folge, dass der



Klage stattzugeben ist, weil der verwertbare Sachverhalt die Kündigung nicht rechtfertigt

(BAG v. 24. 11. 1983, 2 AZR 347/82 AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972).

b) Vorliegend hat die Bekl. im Zusammenhang mit der Betriebsratsanhörung vor Ausspruch der streitbefangenen Kündigung den Betriebsrat nichts zu den betrieblichen Beeinträchtigungen und den wirtschaftlichen Belastungen mitgeteilt. Ausweislich des Anhörungsschreibens wurde vielmehr ausschließlich eine Fehlzeitenliste, aufgegliedert nach einzelnen Fehlzeiten und Entgeltfortzahlungszeiträumen ohne Angabe der Vergütungshöhe des Kl. sowie der einzelnen Entgeltfortzahlungskosten oder der Gesamtsumme der Entgeltfortzahlungskosten überreicht. Es hat auch keine mündliche Ergänzung dieser Betriebsratsanhörung gegeben. Über betriebliche und wirtschaftliche Beeinträchtigungen ist zwischen dem Betriebsrat und der Bekl. schlicht nicht kommuniziert worden. Damit ist insoweit ein Teil des Kündigungsgrundes, der im Prozess vorgetragen wurde, dem Betriebsrat nicht genannt worden.

c) Ausnahmsweise ist ein Nachschieben der wirtschaftlichen und/oder betrieblichen Beeinträchtigungen des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess dann zulässig, wenn der Betriebsrat den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers und die Folgen der wiederholten Ausfälle genau kennt. In einem solchen Fall kann die Angabe der Fehlzeiten ausnahmsweise ein ausreichender Hinweis auf die betrieblichen Auswirkungen sein

(BAG v. 24. 11. 1983 – 2 AZR 347/82 mwN).

Ist dem Betriebsrat der Kündigungssachverhalt bekannt, braucht der Arbeitgeber ihm diesen bei der Anhörung nach § 102 BetrVG nicht erneut mitzuteilen. Hat der Betriebsrat den erforderlichen Kenntnisstand, um sich über die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe ein Bild zu machen, wäre es eine kaum verständliche Förmerei, vom Arbeitgeber dann gleichwohl noch eine detaillierte Begründung zu verlangen

(BAG v. 28. 8. 2003 – 2 AZR 377/02 – zitiert nach Juris).

Braucht der Arbeitgeber aufgrund der Vorkenntnisse des Betriebsrates im Rahmen des Anhörungsverfahrens bestimmte Sachverhalte nicht mehr ausdrücklich mitzuteilen, verhindern diese Vorkenntnisse ausnahmsweise, dass ein nachgeschobener Tatsachenvortrag zu Teilen des Kündigungsgrundes als ausgeschlossen gilt. Allerdings spricht keine Erfahrungsregel dafür, dass der Betriebsrat Kenntnis von den betrieblichen und wirtschaftlichen Belastungen infolge der Fehlzeiten hat

(BAG vom 24. 11. 1983 – 2 AZR 347/082).

Dass der Betriebsrat derartige Vorkenntnisse hatte, muss der Arbeitgeber im Prozess hinreichen konkret darlegen und beweisen

(BAG v. 28. 8. 2003 – 2 AZR 377/02 mwN).

d) Auch unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Situation ist vorliegend der Bekl. ein Nachschieben der wirtschaftlichen und betrieblichen Beeinträchtigungen verwehrt. Es ist nicht erkennbar und auch seitens der Bekl. nicht substantiiert vorgetragen, dass der Betriebsrat die Folgen der wiederholten Ausfälle des Kl. kannte und sich damit bei seiner Entscheidungsfindung auseinandergesetzt hat.

aa) Nach dem Wortlaut des Anhörungsschreibens hat die Bekl. dem Betriebsrat lediglich die im Einzelnen aufgeschlüsselten Fehlzeiten seit 1994 als Kündigungsgrund mitgeteilt. Das Anhörungsschreiben enthält keinerlei Auswertungen dieser tatsächlichen Fehlzeiten. ...

bb) Ein Nachschieben der Entgeltfortzahlungskosten als unzumutbare Belastung ist unzulässig, da die Bekl. die Höhe dieser aufgelaufenen Kosten dem Betriebsrat unstreitig nicht mitgeteilt hat. Entgegen der Ansicht der Bekl. ist auch nicht davon auszugehen, dass der Betriebsrat bzw. maßgebliche Betriebsratsmitglieder diese wirtschaftlichen Folgen der Fehlzeiten des Kl. kannten und ausgewertet haben. Hierfür fehlt jeglicher substantiiertes Sachvortrag.

Erst recht kann nicht vom Betriebsrat verlangt werden, dass er sich das Ausmaß der wirtschaftlichen Beeinträchtigungen des Arbeitgebers durch die Fehlzeiten des zu kündigenden Arbeitnehmers, das Teil des Kündigungsgrundes darstellt, vorliegend selbst ermittelt bzw. selbst hätte ermitteln können, sodass es eshalb als bekannt und damit nicht ausdrücklich nennenswert herauszusetzen wäre. Will der Arbeitgeber sich im Kündigungsschutzprozess als Teil des Kündigungsgrundes darauf berufen, dass die häufigen Kurzerkrankungen in Folge hoher Entgeltfortzahlungskosten zu nicht mehr tragbaren wirtschaftlichen Be-

lastungen führen, so muss er dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren die Höhe der aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten mitteilen. Jedenfalls muss er dem Betriebsrat mindestens im Anhörungsbogen und sei es nur bei den persönlichen Daten, die durchschnittliche monatliche Vergütung oder die Lohngruppe, in die der zu kündigende Arbeitnehmer einzugruppiert ist, und die einzelnen Entgeltfortzahlungszeiträume benennen, damit sich der Betriebsrat einen Überblick über die Entgeltfortzahlungskosten verschaffen kann. Im Kündigungsprozess kann der Arbeitgeber nicht darauf verweisen, der Betriebsrat habe Zugang zu betrieblichen Unterlagen gehabt, aus denen er die individuelle Vergütungshöhe des zu kündigenden Arbeitnehmers ermitteln und sich so die Entgeltfortzahlungskosten selbst ausrechnen konnte, so dass konkrete Angaben entbehrlich seien. Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, ohne erkennbaren Anlass die Tatsachen, die für den Arbeitgeber ggf. im Kündigungsschutzprozess kündigungsrelevant sein könnten, weil sie Teil des Kündigungsgrundes sind, selbst zu ermitteln.

Da vorliegend die Bekl. im Zusammenhang mit der Betriebsratsanhörung weder die durchschnittliche Vergütungshöhe, noch die Eingruppierung des Kl., noch die tatsächlich aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten, sei es in der Endsumme, sei es in Einzelsummen, gegenüber dem Betriebsrat genannt hat, ist es ihr verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess zur Darlegung einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen in Form nicht mehr zumutbarer wirtschaftlicher Belastungen auf die Entgeltfortzahlungskosten, die die Fehlzeiten des Kl. verursacht haben, zu berufen.

cc) Vorliegend darf die Bekl. auch die sonstigen, im Prozess angeführten betrieblichen Beeinträchtigungen aus Anlass von Fehlzeiten (Einsatz von Kommissionierern, geringere Produktivität etc) nicht ausnahmsweise deshalb nachschieben, weil sie als beim Betriebsrat bekannt vorausgesetzt werden könnten. Von letzterem kann nicht ausgegangen werden.

Zwar haben 6 von 11 Betriebsratsmitgliedern, darunter der Lagerleiter, den Arbeitsplatz des zu kündigenden Arbeitnehmers gekannt und auch sicherlich unzweifelhaft Auswirkungen von Arbeitsunfähigkeitszeiten des Kl. zu spüren bekommen. Gleichwohl reicht dieses im vorliegenden Fall nicht aus, um davon ausgehen zu können, dass dem Betriebsrat die konkreten betrieblichen Auswirkungen der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Kl. hinreichend bekannt waren. ...

Auch wenn Betriebsratsmitglieder den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers kennen, ist im Anhörungsverfahren ein Vortrag des Arbeitgebers zu betrieblichen Beeinträchtigungen und / oder wirtschaftlichen Belastungen nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn feststeht, dass diese Auswirkungen nur auf die Fehlzeiten des zu kündigenden Arbeitnehmers, nicht aber auf sonstige Umstände oder Fehlzeiten anderer Personen zurückzuführen sind. Nur dann kann ausnahmsweise davon ausgegangen werden, dass auch ohne konkrete Nennung durch den Arbeitgeber von diesem ggf. gedachte, aber nicht geäußerte Teile des Kündigungsgrundes identisch sind mit denen, die der Betriebsrat kannte und in Kenntnis des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers bei seiner Entscheidung ggf. zugrunde gelegt hat. Steht fest, dass zusätzlich zu hohen Abwesenheitszeiten des zu kündigenden Arbeitnehmers beträchtliche krankheitsbedingte Abwesenheitszeiten anderer Arbeitnehmer in der gleichen Abteilung zu verzeichnen sind, muss der Arbeitgeber im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG zumindest grob vortragen, welche Folgen der wiederholten Ausfälle er dem zu kündigenden Arbeitnehmer zuordnet und das bzw. warum er deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für unzumutbar hält. Unterbleibt ein diesbezüglicher Vortrag des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers kennende Betriebsrat die Folgen der wiederholten Ausfälle genau kennt. Ist ein diesbezüglicher differenzierter Vortrag zu den betrieblichen Beeinträchtigungen seitens des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren unterblieben, ist es dem Arbeitgeber verwehrt, im anschließenden Kündigungsschutzprozess betriebliche Beeinträchtigungen nachzuschieben.

Bereits aus diesem Grunde kann das Vorbringen der Bekl. zu den sonstigen betrieblichen Beeinträchtigungen, anlässlich der Fehlzeiten des Kl. in Form des Erfordernisses des Einsatzes von Kommissionierern und deren geringerer Leistungskapazität als Gabelstapler nicht als verwertbarer Sachverhalt zur Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung berücksichtigt werden.

dd) Im Übrigen ist nicht von der Bekl. substantiiert vorgetragen, von welchen Vorkenntnissen der Betriebsrat bzgl. der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, verursacht durch die Fehlzeiten des Kl., ausgegangen ist bzw. ausgegangen sein soll.

Dass der Betriebsrat derartige Vorkenntnisse hatte, ist seitens des Arbeitgebers im Prozess hinreichend konkret darzulegen und ggf. zu beweisen

(BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02).

Letzteres ist vorliegend nicht hinreichend substantiiert geschehen. Die Bek. hat nur vorgetragen, dass Betriebsratsmitglied B. (Lagerleiter) habe das Gremium über die Betriebsablaufstörungen informiert. Der diesbezügliche Vortrag ist jedoch bezogen auf vom Kl. verursachte Betriebsablaufstörungen unsubstantiiert. Der Betriebsrat hat auch keine Stellungnahme abgegeben, die auslegungsfähig wäre und Rückschlüsse auf seine Kenntnisse und Entscheidungsfindung erlauben würde.

4. Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund hätte die Bekl. vorliegend die konkreten Umstände, die aus ihrer Sicht zu einer unzumutbaren betrieblichen Belastung durch die Fehlzeiten des Kl. geführt haben sollen, im Anhörungsverfahren anführen müssen, um sie im nachfolgenden Prozess verwertbar zu machen. Das ist nicht geschehen. Das hat zur Folge, dass ein Nachschieben der wirtschaftlichen und betrieblichen Beeinträchtigungen der Bekl. aufgrund der Fehlzeiten des Kl. unzulässig ist. Damit sind betriebliche oder wirtschaftliche Beeinträchtigungen des Arbeitgebers anlässlich der Fehlzeiten des Kl. vorliegend nicht als existent anzusehen. Der noch verwertbare Sachverhalt rechtfertigt die Kündigung nicht. Es fehlt ein Teil des seitens der Bekl. darzulegenden Kündigungsgrundes.

Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob es sich bei den Fehlzeiten des Kl. um erhebliche Fehlzeiten handelt, aus denen sich eine negative Zukunftsprognose ableiten lässt. Die Bekl. geht vorliegend davon aus, der Kl. habe die sich aus den Fehlzeiten des Kl. ergebende negative Gesundheitsprognose zu widerlegen. Das ist unzutreffend. Der Arbeitnehmer muss die negative Gesundheitsprognose lediglich erschüttern

(vgl. BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 599/01).

Ob die sich aus den erheblichen, über lange Jahre hinziehenden Fehlzeiten des Kl. ergebende negative Zukunftsprognose durch den pauschalen Vortrag des Kl., die Einzelerkrankungen seien ausgeheilt, künftig sei nicht mehr mit solchen krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen, unter Einbeziehung der von ihm zur Akte gezeichneten ärztlichen Stellungnahmen als hinreichend erschütternd einzuordnen ist, erscheint der Berufungskammer höchst fraglich, da eine gewisse Krankheitsanfälligkeit des noch jungen Kl. ersichtlich ist. Hierauf kommt es vorliegend jedoch nicht mehr an.

## Öffentliches Recht

GG Art.3 I, 28 I, 38 I, 100 I; LVSH Art.5 II, 10 I, 11; LWahlGSH § 3 I

1. Eine Differenzierung nach dem Erfolgswert der Stimmen zu parlamentarischen Wahlen ist nicht nur zulässig, wenn sich dieses von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellt, sondern schon dann, wenn die hierfür maßgeblichen Gründe durch die Verfassung „nur“ legitimiert und von einem solchen Gewicht sind, dass sie der Wahlrechtsgleichheit die Waage zu halten vermögen.
2. Einen hinreichenden derartigen Grund stellt auch die Sicherung der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung dar. Hierbei darf der Gesetzgeber Ausnahmen von der 5%-Klausel auch im Hinblick auf solche Eigenschaften einer Partei machen, welche sie ohne Rücksicht auf ihre zahlenmäßige Größe als parlamentswürdig erscheinen lassen, was insbesondere auf Parteien nationaler Minderheiten zutrifft.
3. In einem solchen Falle ist der Wahlgesetzgeber nicht daran gehindert, die betreffende Partei mit allen errungenen Zweitstimmen an der Verteilung der Listenmandate teilnehmen zu lassen.
4. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, das Anliegen weitgehender integrativer Repräsentanz und die Gebote der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien zum Ausgleich zu bringen.
5. Der Verfassungsgeber der Schleswig-Holsteinischen Landesverfassung hat nur vorgegeben, dass die Abgeordneten des Landtags nach einem Verfahren gewählt werden, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet, ohne das Wahlsystem und dessen konkrete Ausgestaltung im Einzelnen verfassungsrechtlich vorzuschreiben. Er hat damit ein Stück materiellen Verfassungsrechts offen gelassen, das vom Wahlgesetzgeber in Ausübung eines weiteren Gestaltungsspielraums auszufüllen ist.

BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 14. Februar 2005, – 2 BvL 1/05 –, Dr. Ew.

Das Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, ob die in § 3 Abs. 1 Satz 2 des Wahlgesetzes für den Landtag von Schleswig-Holstein (Landeswahlgesetz – LWahlG –) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Oktober 1991 (GVBl S. 442, ber. S. 637) für Parteien der dänischen Minderheit vorgesehene Befreiung von der 5 v. H.-Sperrklausel auch nach Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts mit dem Grundsatz und der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (LV) vereinbar ist.

Durch das Gesetz zur Änderung des Landeswahlgesetzes vom 27. Oktober 1997 (GVBl S. 462) führte das Land Schleswig-Holstein die Zweitstimme ein. Nach den Grundsätzen der personalisierten Verhältniswahl wird danach in 45 Wahlkreisen durch Mehrheitswahl jeweils ein Abgeordneter gewählt; die übrigen Abgeordneten werden durch Verhältniswahl aus den Landeslisten der Parteien auf der Grundlage der im Land abgegebenen Zweitstimmen und unter Berücksichtigung der in den Wahlkreisen gewählten Kandidaten ermittelt. Einschränkungen ergeben sich aus § 3 Abs. 1 LWahlG. Die Vorschrift lautet:

§ 3  
Wahl der Abgeordneten aus den Landeslisten

(1) An dem Verhältnisausgleich nimmt jede Partei teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist, sofern für sie in mindestens einem Wahlkreis eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt 5 v. H. der im Land abgegebenen gültigen <Zweit>-Stimmen erzielt hat. Diese Einschränkungen gelten nicht für Parteien der dänischen Minderheit.

Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG enthaltene Ausnahme von der 5 v. H.-Sperrklausel für Parteien der dänischen Minderheit war durch Änderungsgesetz vom 31. Mai 1955 (GVBl S. 124) auf die Erklärung der Bundesregierung vom 29. März 1955 (vgl. Bundesanzeiger 1955, Nr. 63 vom 31. März 1955, S. 4) hin in das Landeswahlgesetz eingefügt worden und gilt seitdem unverändert fort. In den deutsch-dänischen Besprechungen war eine wahlrechtliche Privilegierung der dänischen Minderheit für das Land Schleswig-Holstein in Aussicht gestellt worden; im Gegenzug hatte die dänische Regierung in ihrer Erklärung vom 29. März 1955 eine bevorzugte Behandlung der deutschen Minderheit in Nordschleswig zugesichert.

Bis zu der Wahlrechtsänderung des Jahres 1997 galt im Land Schleswig-Holstein eine Kombination von Mehrheits- und Verhältniswahlrecht, wobei gemäß § 1 Abs. 2 LWahlG a. F. jeder Wähler nur eine Stimme hatte, die sowohl für die Mehrheitswahl in den Wahlkreisen als auch für die Wahl aus den Landeslisten gezählt wurde. Da der als Partei der dänischen Minderheit auftretende Südschleswigsche Wählerverband (SSW) nur in den Wahlkreisen des Landesteils Schleswig und dem Wahlkreis Pinneberg-Nord Direktkandidaten aufstellte, konnte er nur in diesen Landesteilen Stimmen für die durch Verhältniswahl ermittelten Listenplätze erringen. Bei der auf Grundlage des neuen Wahlrechts durchgeführten Wahl zum Schleswig-Holsteinischen Landtag vom 27. Februar 2000 konnte der SSW über die Zweitstimme auch in den holsteinischen Wahlkreisen gewählt werden, in denen die Partei keine Direktkandidaten aufgestellt hatte. Insgesamt erzielte der SSW rund 42 v. H. seiner Zweitstimmen in Holstein. Infolge der Befreiung von der 5 v. H.-Sperrklausel wurden dem SSW für die landesweit erreichten 4,1 v. H. der Zweitstimmen drei Mandate zugeteilt (vgl. endgültiges Ergebnis der Wahl zum Schleswig-Holsteinischen Landtag vom 27. Februar 2000, Amtsblatt für Schleswig-Holstein Nr. 12 vom 20. März 2000, S. 206ff.).

Am 24. März 2000 erhob der Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens Einspruch gegen das am 10. März 2000 festgestellte amtliche Wahlergebnis und wandte sich gegen die Zuteilung von Landtagsmandaten an den SSW. Zur Begründung führte er aus, der SSW könne heute nicht mehr als Partei der dänischen Minderheit betrachtet werden. Jedermann – also auch ein deutscher Volkszugehöriger – könne zwischenzeitlich Mitglied des SSW werden; nicht einmal das Bekenntnis zur dänischen Minderheit werde in der Satzung noch verlangt. Angesichts der Tatsache, dass der SSW seit der Wahlrechtsnovellierung im ganzen Land wählbar sei, könne sich die Partei auch nicht mehr auf die dänische Sprache und das Volkstum berufen. Das Antreten im gesamten Landesgebiet mache vielmehr deutlich, dass der SSW auch auf die Stimmen von Staatsangehörigen deutscher Volkszugehörigkeit setze. Im Übrigen verstoße die Mandatzuteilung zu Gunsten des SSW gegen den Grundsatz der gleichen Wahl und die Chancengleichheit der politischen Parteien und sei daher verfassungswidrig. Die Stimmen der Wahlbürger hätten nicht mehr den gleichen Erfolgswert. Der Beschwerdeführer beantragte, die Landtagswahl für ungültig zu erklären, weilweise, die Mandatzuteilung für den SSW für ungültig zu erklären.

Der Schleswig-Holsteinische Landtag wies den Einspruch gegen die Gültigkeit der Landtagswahl in seiner 21. Sitzung am 24. Januar 2001 zurück (Plenarprotokoll 15/21, S. 1579).

Mit Beschluss vom 25. September 2002 (JZ 2003, S. 519) hat das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht das Verfahren über die daraufhin erhobene Wahlprüfungsbeschwerde gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG mit Art. 3 Abs. 1 und 3, Art. 21 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sowie Art. 3 Abs. 1 LV zu vereinbaren ist.

Durch Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. November 2004 – 2 BvL 18/02 – hat das Bundesverfassungsgericht die Vorlage für unzulässig erklärt. Das Oberverwaltungsgericht habe sich mit den Voraussetzungen der angenommenen Handlungspflicht des Landesgesetzgebers nicht hinreichend auseinander gesetzt und die für die Beibehaltung der landesweiten Privilegierung sprechenden Gründe nicht beachtet.

Insbesondere habe der Vorlagebeschluss nicht aufgezeigt, dass sich die Regelungswirkung der beanstandeten, aber im Wortlaut unverändert gebliebenen Norm gerade durch die Wahlrechtsänderung vom Oktober 1997 in verfassungsrechtlich erheblicher Weise geändert habe. Denn auch vor der Änderung des Wahlgesetzes sei Parteien der dänischen Minderheit eine landesweite Wahlteilnahme möglich und die landesweit geltende Befreiung von den Einschränkungen der 5 v. H.-Sperrklausel angeordnet gewesen. Überdies habe das Gericht seine Annahme, im Landesteil Holstein sei eine bedeutsame dänische Minderheit nicht vorhanden, nicht belegt und die rechtliche Relevanz dieses Gesichtspunktes nicht hinreichend begründet. Im Hinblick auf das mit der Privilegierung verfolgte Integrationsanliegen könne jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass auch die mögliche Unterstützung durch Wähler, die selbst nicht der dänischen Minderheit angehörten, gegen eine Notwendigkeit der Beschränkung auf den Landesteil des angestammten Siedlungsgebiets spreche.

Mit Beschluss vom 5. Januar 2005 hat das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht das Verfahren erneut dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG vorgelegt. Zur Begründung hielt es ausdrücklich an den Erwägungen des Vorlagebeschlusses vom 25. September 2002 fest und führte ergänzend aus:

Auf die vom Bundesverfassungsgericht vermisse Begründung dafür, dass sich die Verfassungswidrigkeit gerade aus der Wahlrechtsänderung des Jahres 1997 ergebe, komme es nicht an. Entscheidungserheblich sei vielmehr allein, ob § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG in dem Normzusammenhang, in dem er zur Zeit der Landtagswahl 2000 stand, verfassungsgemäß sei. Soweit das Bundesverfassungsgericht die Vorlage so verstanden habe, dass die Handlungspflicht des Landesgesetzgebers gerade aus der Wahlrechtsnovelle abgeleitet worden sei, liege dem ein Missverständnis zu Grunde. Im Übrigen habe die Privilegierungsvorschrift aber durch die Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts sehr wohl einen anderen rechtlichen Bezug erhalten, weil der SSW durch die Einführung der Landesliste zwangsläufig auch im Landesteil Holstein zur Wahl stehe und damit von einer sich ändernden politischen Wirklichkeit habe ausgegangen werden müssen. Schließlich sei § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG auch schon in der vor dem Änderungsgesetz vom 27. Oktober 1997 geltenden Fassung verfassungswidrig gewesen.

Da der Privilegierungstatbestand eine „originäre“ Minderheit voraussetze, deren angestammtes und geschlossenes Siedlungsgebiet auf dem Territorium des fremden Staates liege, komme es auf die Anzahl der in Holstein lebenden Mitglieder der dänischen Minderheit nicht an. Denn das angestammte Siedlungsgebiet der dänischen Minderheit liege ausschließlich im Landesteil Schleswig. Im Übrigen sei das Vorhandensein einer dänischen Minderheit in Holstein auch nicht wahrnehmbar, ihr Bevölkerungsanteil jedenfalls verschwindend gering. Etwas anderes könne auch nicht aus dem (relativ) hohen Stimmanteil geschlossen werden, den der SSW bei der letzten Landtagswahl in diesem Landesteil errungen hatte. Denn insoweit handle es sich um die Wahl einer „dritten Alternative“, die ihre Ursache in dem Umstand finde, dass der SSW die einzig unbelastete Partei in der Barschel-Affäre gewesen sei. Die Zustimmung in Höhe von 2,5 v. H. der Wahlberechtigten in Holstein könne als entsprechende Quote für diese Wahl der „dritten Alternative“ angesehen werden.

Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG vorgesehene Befreiung vom Erfordernis des 5 v. H.-Quorums sei daher hinsichtlich des Landesteils Holstein nicht erforderlich und erweise sich als unzulässige Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen. Der SSW könne zwar als Partei der dänischen Minderheit bewertet werden, dies gelte aber nur für sein angestammtes Siedlungsgebiet in Schleswig. Für den Landesteil Holstein dagegen fehle für eine Privilegierung als Minderheitspartei – mangels Minderheit – jede Rechtfertigung.

#### Aus den Gründen

Auch die erneute Vorlage ist unzulässig.

Die Zulässigkeit der Vorlage ist nicht bereits deshalb zu verneinen, weil das Bundesverfassungsgericht schon im vorangegangenen Verfahren 2 BvL 18/02 vom Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht mit der Frage befasst worden war. Denn im Beschluss vom 17. November 2004 hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Sache entschieden, so dass eine abschließende Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht eingetreten ist

(vgl. BVerfGE 33, 199 <204>; 70, 242 <249>; 79, 256 <264>).

Nach Behebung der gerügten Zulässigkeitsmängel ist das Gericht des Ausgangsverfahrens daher berechtigt, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG erneut dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen. Neben der Beseitigung der Mängel der ersten Vorlage hat dabei jedoch auch der neue – rechtlich betrachtet selbständige – Vorlagebeschluss die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu erfüllen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nach Art. 100 Abs. 1 GG kann ein Gericht danach nur einholen, wenn es zuvor die Entscheidungserheblichkeit der Vorschrift und ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat. Dies ist schon deshalb geboten, weil das vorlegende Gericht mit der Aussetzung des Verfahrens den Beteiligten zunächst eine Entscheidung zur Sache verwehrt und die Erledigung des Rechtsstreits damit verzögert

(vgl. BVerfGE 78, 165 <178>; 86, 71 <76f.>).

Der Grundgedanke des Art. 100 Abs. 1 GG, die Autorität des parlamentarischen Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung zu wahren, gebietet es, dass sich das Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm in einer Auseinandersetzung mit den hierfür maßgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere auch den Erwägungen des Gesetzgebers, bildet, bevor es das Bundesverfassungsgericht anruft

(vgl. BVerfGE 86, 71 <77>).

Das Gericht muss daher seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm näher begründen und sich jedenfalls mit nahe liegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen

(vgl. BVerfGE 86, 52 <57>; 88, 198 <201>).

Dabei hat es auch die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Rechtsauffassungen zu berücksichtigen und auf unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten einzugehen, die für die Auslegung und Prüfung der in Frage stehenden Norm von Bedeutung sein können

(vgl. BVerfGE 78, 165 <171f.>; 86, 71 <77>; 97, 49 <60>; 105, 61 <67>).

Diesen Anforderungen wird die Vorlage nicht gerecht.

Dieser kann im Ergebnis offen bleiben, ob die im Beschluss vom 17. November 2004 aufgezeigten Zulässigkeitsmängel tatsächlich behoben worden sind (1.). Die Vorlage setzt sich jedenfalls mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Regelungsbefugnis des Landesgesetzgebers nicht in hinreichender Weise auseinander und verkennt die Rückwirkungen auf das Wahlsystem, die sich aus der vorgeschlagenen Beschränkung der wahrrechtlichen Privilegierung auf den Landesteil Schleswig ergeben würden (2.). Zudem hat das Oberverwaltungsgericht den verfassungsrechtlichen Spielraum des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Wahlsystems nicht ausreichend beachtet (3.).

1. Zweifel bestehen bereits daran, ob mit der Vorlage die im Beschluss vom 17. November 2004 aufgezeigten Zulässigkeitsmängel tatsächlich behoben worden sind.

a) Das Bundesverfassungsgericht war in diesem Beschluss davon ausgegangen, dass Anknüpfungspunkt der vom vorlegenden Gericht angenommenen Verfassungswidrigkeit der seit 1955 unverändert gebliebenen Bestimmung des § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG die Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts durch Änderungsgesetz vom 27. Oktober 1997 gewesen war; es hatte insoweit hinreichende Darlegungen dazu vermisst, dass sich hierdurch die Regelungswirkung der beanstandeten Norm in verfassungsrechtlich erheblicher Weise geändert habe. Ob diese Annahme, wie das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht im Vorlagebeschluss vom 5. Januar 2005 ausführt, auf einem Missverständnis beruht, erscheint fraglich. Denn die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG ist im Vorlagebeschluss vom 25. September 2002 (S. 16) mit den Worten eingeleitet worden:

„Nach alledem verbleibt nur noch zu prüfen, ob der Landesgesetzgeber, nachdem er das Zweitstimmenwahlrecht eingeführt hat, auch den § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG, der infolge der Wahlrechtsänderung eine weiterreichende Bedeutung erlangt hat, aus verfassungsrechtlichen Gründen hätte ändern müssen. Dies ist nach Auffassung des Senats zu bejahen. Mit der Beibehaltung des § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG hat der Landesgesetzgeber das Maß des Erforderlichen zur Erreichung des Zieles, das in legitimer Weise mit der Privilegierung der dänischen Minderheit verbunden ist, überschritten.“

Der kausale Zusammenhang der angenommenen Verfassungswidrigkeit mit der Wahlrechtsänderung ist im Vorlagebeschluss damit jedenfalls objektiv angelegt. Auch die Vorlage vom 5. Januar 2005 verweist im Übrigen auf den durch das Änderungsgesetz (angeblich) veränderten rechtlichen Bezug und die dadurch bewirkte „Ausdehnung der Privilegierung auf den Landesteil Holstein“ und übernimmt daher diese Argumentationsstruktur. Die Frage kann jedoch dahinstehen, weil das vorlegende Gericht nunmehr ausdrücklich (wenngleich insoweit ohne Begründung) klarstellt, dass die Vorschrift nach seiner Überzeugung auch schon vor der Wahlrechtsnovelle vom Oktober 1997 verfassungswidrig gewesen sei.

b) Auch die im Vorlagebeschluss vom 5. Januar 2005 gemachten Ausführungen zum Begriff der „Bedeutsamkeit“ der Minderheit und zum angestammten Siedlungsgebiet der dänischen Minderheit beseitigen die vom Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 17. November 2004 aufgezeigten Mängel nicht. Denn dass im Landesteil Holstein nicht vom Vorhandensein einer originären dänischen Minderheit ausgegangen werden kann, die zur Begründung des in § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG geforderten Status ausreichen würde, steht nicht in Zweifel. Nicht beantwortet ist damit indes die vom Bundesverfassungsgericht allein aufgeworfene Frage, ob das Vorhandensein einer originären dänischen Minderheit im Landesteil Schleswig nicht bereits ausreichender Anknüpfungspunkt für die Entscheidung des Landesgesetzgebers sein kann, alle Landesteile bei der Wahl zum Landtag in die Privilegierung einzubeziehen.

Auch diese Frage kann jedoch dahinstehen, weil sich die Vorlage jedenfalls aus einer Reihe anderer Gründe als unzulässig erweist.

2. Das vorliegende Gericht hat sich nicht in der gebotenen Weise mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur Reichweite des Spielraums auseinander gesetzt, der dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlsystems zukommt.

a) Dies gilt zunächst schon für die zur Maßstabsbildung geäußerte Auffassung, die Wahlgleichheit könne als Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes verstanden werden. In der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist hingegen geklärt, dass im Anwendungsbereich der speziellen wahlrechtlichen Gleichheitssätze nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden kann

(vgl. BVerfG 99, 1 <10>).

Der Grundsatz der gleichen Wahl ist in den Ländern vielmehr durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet

(vgl. dazu auch bereits BVerfGE 93, 373 <376> für Wahlen in Gemeinden).

Innerhalb des durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG bundesrechtlich vorgegebenen Rahmens genießen die Länder im staatsorganisatorischen Bereich Autonomie. Sie regeln im jeweils eigenen Verfassungsraum Wahlsystem und Wahlrecht zu ihren Parlamenten und den kommunalen Vertretungen des Volkes.

b) Das Oberverwaltungsgericht hat jedoch auch die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten materiellen Grundsätze zur gleichen Wahl nicht hinreichend beachtet.

aa) Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt, dass die Stimme jedes Wahlberechtigten den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss. Der Anspruch auf gleiche Behandlung der Stimme wendet sich historisch gegen eine unterschiedliche Gewichtung nach der Person des Wählers, seiner Zugehörigkeit zu einer Klasse oder seinen Vermögensverhältnissen

(vgl. BVerfGE 6, 84 <91>).

Er bringt den egalitären Grundzug der Demokratie zum Ausdruck und ist insbesondere darauf gerichtet, dass die Stimmen bei der Umsetzung in Mandate als dem eigentlichen Zweck der Wahl gleich behandelt werden. Wegen dieses Zusammenhangs mit dem Demokratieprinzip muss der Grundsatz der gleichen Wahl im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit verstanden werden

(vgl. BVerfGE 11, 351 <361>; 51, 222 <234>; 78, 350 <357f.>; 85, 148 <157>),

die hinsichtlich der Zählwertgleichheit der Stimmen jede Differenzierung ausschließt

(vgl. BVerfGE 1, 208 <247>).

Hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit der Stimmen ist dem Gesetzgeber jedoch nicht jede Differenzierung verwehrt, wenngleich der Spielraum auch hier eng bemessen ist

(vgl. BVerfGE 82, 322 <338>; 99, 1 <9>).

Entsprechende Differenzierungen sind nur unter den Voraussetzungen gerechtfertigt, die das Bundesverfassungsgericht seit seiner Leitentscheidung vom 5. April 1952

(BVerfGE 1, 208 <248f.>).

in der Formel eines „zwingenden Grundes“ zusammenfasst

(vgl. BVerfGE 95, 408 <417f.>).

Den gleichen Anforderungen hat das Wahlrecht auch im Hinblick auf die gemäß Art. 21 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich verbürgte Chancengleichheit der Parteien zu genügen

(vgl. BVerfGE 82, 322 <337 f.>; 95, 408 <417>).

bb) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangt für einen derartig „zwingenden“ Grund allerdings nicht, dass sich die Differenzierung von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellt. Es werden vielmehr auch Gründe zugelassen, die durch die Verfassung „nur“ legitimiert und von einem Gewicht sind, dass sie der Wahlgleichheit die Waage zu halten vermögen, ohne dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen geradezu gebietet

(vgl. BVerfGE 71, 81 <96>).

Insoweit genügen auch „zureichende“, „aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe“

(vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>),

insbesondere also die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele

(vgl. BVerfGE 13, 243 <248>; 51, 222 <236>).

Demensprechend hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem auch die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes als hinreichenden Grund für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung anerkannt

(vgl. BVerfGE 6, 84 <92f.> 71, 81 <97>; 95, 408 <418>).

Im Hinblick auf das Ziel der Verhältniswahl, ein Repräsentationsorgan zu schaffen, das die wesentlichen politischen Strömungen im Volk abbildet, muss der Wahlgesetzgeber zu verhindern suchen, dass gewichtige Anliegen im Volke von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben

(vgl. BVerfGE 71, 81 <97>).

Er ist dabei nicht darauf beschränkt, allein auf den Erfolg einer Partei in der Verhältniswahl abzustellen. Die besondere politische Integrationskraft einer Partei kann sich auch daraus ergeben, dass ihre Kandidaten Direktmandate errungen haben. Der Gesetzgeber kann in diesem Erfolg ein Indiz dafür sehen, dass diese Partei besondere Anliegen aufgegriffen hat, die eine Repräsentanz im Parlament rechtfertigen

(vgl. BVerfGE 95, 408 <422 f.>).

Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht die Vertretung nationaler Minderheiten als politisch bedeutsam angesehen und die im Bundeswahlrecht geltende Ausnahme von der 5 v.H.-Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten gebilligt

(vgl. BVerfGE 5, 77 <83>; 6, 84 <97 f.>).

Es hat dabei auch die Besonderheiten herausgestellt, die dazu führen, dass der SSW trotz eines landesweit geringen Stimmenanteils nicht als „Splitterpartei“ bewertet werden kann

(vgl. BVerfGE 1, 208 <257 f.>).

cc) Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, das Anliegen weitgehender intergrativer Repräsentanz und die Gebote der Wahlgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien zum Ausgleich zu bringen

(vgl. BVerfGE 51, 222 <236>; 71, 81 <97>).

Das Bundesverfassungsgericht achtet diesen Spielraum. Es prüft lediglich, ob dessen Grenzen überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat

(vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <237 f.>).

Das Gericht kann daher einen Verstoß gegen die Wahlgleichheit nur feststellen, wenn die differenzierende Regelung nicht an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Ziels Erforderlichen überschreitet

(vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <238>; 71, 81 <96>; 95, 408 <420>).

c) Nach diesen Maßstäben lässt sich den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber zur Beschränkung der wahlrechtlichen Privilegierung für Parteien der dänischen Minderheit auf den Landesteil Schleswig verpflichtet gewesen wäre.

aa) Der angenommene Verstoß gegen den Erforderlichkeitsgrundsatz muss schon deshalb ausscheiden, weil eine weniger einschneidende, aber gleich geeignete Maßnahme zur Verwirklichung des – unstrittig legitimen – gesetzgeberischen Ziels nicht ersichtlich ist.

Das vorliegende Gericht stellt nicht in Abrede, dass der SSW als Partei der dänischen Minderheit anzuerkennen ist. Es meint jedoch, dieser Status könne dem Wählerverband nur hinsichtlich des Landesteils Schleswig sowie dem Wahlkreis Pinneberg-Nord zuerkannt werden. Außerhalb dieser Regionen sei bereits das Vorhandensein einer dänischen Minderheit nicht feststellbar, so dass für die Privilegierung jede Rechtfertigung fehle. Dem SSW dürfe die Stellung als Minderheitspartei daher nur in dem Teil des Wahlgebiets beigemessen werden, in dem er sie auch tatsächlich besitze.

Mit dieser Argumentation verkennt die Vorlage den Charakter einer bei der Wahl zum Landtag antretenden Partei.

Gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 1 LV ist der Landtag das vom Volk gewählte oberste Organ der politischen Willensbildung. Als Volksvertretung

(vgl. Art. 3 Abs. 1 LV)

repräsentiert er das Landesvolk und wählt die Ministerpräsidentin oder den Ministerpräsidenten; korrespondierend dazu vertreten die Abgeordneten nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 LV das ganze Volk. Von Wesen und Funktion des Landtages ist dieser daher stets auf das gesamte Gebiet des Landes Schleswig-Holstein hin ausgerichtet. Dies gilt auch in Ansehung der – möglicherweise räumlich beschränkten – besonderen Interessen einer nationalen

Minderheit. Denn die Rechtfertigung einer wahlrechtlichen Sonderregelung ergibt sich auch insoweit gerade aus dem – auch Art. 5 Abs. 2 LV zu Grunde liegenden – Anliegen, der nationalen Minderheit zur Vertretung ihrer spezifischen Belange die Tribüne des Parlaments zu eröffnen

(vgl. BVerfGE 6, 84 <98>).

Wenn nun also einer Partei, jedenfalls in einem Teilbereich des Wahlgebiets, Funktion und Status einer anerkannten Minderheitspartei zukommt, so muss sich diese Eigenschaft zwangsläufig im gesamten Wahlgebiet auswirken.

bb) Die vom vorliegenden Gericht in Aussicht genommene Aufspaltung des SSW kann auch mit den wahlrechtlichen Vorschriften nicht in Einklang gebracht werden; das Oberverwaltungsgericht hat die Grundentscheidung des Gesetzgebers für einen landesweiten Verhältnisausgleich nicht im gebotenen Maße gewürdigt.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG nehmen am Verhältnisausgleich nur Parteien teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist. Bezugspunkt für die in § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG angeordnete Befreiung von der 5 v. H.-Sperrklausel sind daher von vornherein nur Parteien, die eine landesweite Liste aufgestellt haben und das Ziel verfolgen, Abgeordnete in den Landtag zu entsenden. Dem entspricht der in § 2 Abs. 1 Satz 1 PartG konkretisierte Parteibegriff des Grundgesetzes

(vgl. etwa BVerfGE 91, 262 <267>).

Ausgangspunkt und Ziel des von § 3 Abs. 1 LWahlG geregelten Verhältnisausgleichs ist daher die Zuteilung von aus der Landesliste zu besetzenden Sitzen im Landtag. Folgerichtig erstreckt sich auch die in § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG angeordnete Einschränkung der 5 v. H.-Sperrklausel sowie die in § 3 Abs. 1 Satz 2 LWahlG vorgesehene Ausnahme hiervon auf die (gesamte) Landesliste. Eine andere Betrachtung ist mit Wortlaut und Systematik der Vorschrift nicht vereinbar.

Insoweit greift die Grundannahme des vorliegenden Gerichts zu kurz, die räumliche Eingrenzung der wahlrechtlichen Privilegierung ändere an dem Wahlsystem nichts. Denn hierzu müssten die Stimmen, die für den SSW im Landesteil Schleswig (sowie im Wahlkreis Pinneberg-Nord) abgegeben werden, von den im übrigen Land erzielten Stimmen unterschieden werden. Im Ergebnis liefe dies auf zwei getrennte Listen des SSW hinaus: eine für den Landesteil Holstein und eine für den Landesteil Schleswig. Jedenfalls für den SSW ergäbe sich damit aber eine Änderung der in § 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG angeordneten Wahl der Abgeordneten aus Landeslisten. Denn insoweit fände keine Wahl nach Landeslisten mehr, sondern eine nach Landesteillisten statt. Die Eingrenzung der Befreiung von der 5 v. H.-Sperrklausel auf den Landesteil Schleswig würde daher auch eine Änderung des Wahlsystems bedeuten

(vgl. dazu auch Pieroth, Rechtsgutachten im Auftrag des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 23. Dezember 2000, Umdruck des Schleswig-Holsteinischen Landtags 15/634, S. 39).

cc) Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht bereits zur räumlichen Reichweite entsprechender Ausnahmen vom Grundsatz der Erfolgswertgleichheit Stellung genommen.

Danach kann dem Gesetzgeber zwar zur Berücksichtigung besonderer Umstände auch die Möglichkeit zukommen, ein Stimmenquorum nicht auf das gesamte Wahlgebiet, sondern nur auf einzelne Wahlkreise zu beziehen

(vgl. BVerfGE 82, 322 <348 f.>).

Selbst beim Vorliegen derartiger Besonderheiten steht die Abweichung vom Regelfall der Gleichbehandlung aller Wahlkreise aber grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers

(vgl. BVerfGE 6, 84 <95>; 34, 81 <100>; 82, 322 <348 f.>).

Auch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Auswirkungen

der Grundmandatsklausel auf die regionale Nähe der Wahlkreiserfolge zu beschränken, besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht. Vielmehr ist der Wahlgesetzgeber nicht daran gehindert, die Grundmandatspartei mit allen errungenen Zweitstimmen an der Verteilung der Listenmandate teilnehmen zu lassen

(vgl. BVerfGE 95, 408 <422 ff.> sowie zur Nichterforderlichkeit eines Regionalproporz auch StGH BW, Urteil vom 24. März 2003 – GR 3/01 –, VBIBW 2003, S. 275).

Das Oberverwaltungsgericht hat sich mit dieser Rechtsprechung nicht ausreichend befasst. Es hat seine Haupterwägung, der Wahlgesetzgeber sei von Verfassungen wegen daran gehindert, eine Partei allein wegen ihrer Eigenschaft als Partei einer nationalen Minderheit über deren angestammten Siedlungsraum hinaus zu privilegieren, vielmehr entscheidend auf die Rechtsprechung zu den Grundmandaten als „zahlenmäßiges Kriterium“ gestützt; außerhalb des Siedlungsraums sei die Bedeutung als Minderheitspartei eine Eigenschaft, die – anders als die Erringung von Grundmandaten – außerhalb des Wahlvorgangs liege und deshalb kein zulässiges Anknüpfungskriterium für Ausnahmen von der Erfolgswertgleichheit. Mit dieser Sichtweise verkennt das Oberverwaltungsgericht nicht nur, dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Ausnahmen von einem zulässigen Quorum auch im Hinblick auf Eigenschaften einer Partei machen darf, die sie ohne Rücksicht auf ihre zahlenmäßige Größe als parlamentswürdig erscheinen lassen, was gerade auf Parteien nationaler Minderheiten zutrifft

(vgl. BVerfGE 4, 31 <40>; 6, 84 <97>).

Vor allem aber berücksichtigt das vorliegende Gericht nicht, dass die Grundmandatsklausel als alternative Hürde zur 5 v. H.-Sperrklausel und die Befreiung der Parteien nationaler Minderheiten von diesen Hürden auf unterschiedlichen Motiven des Gesetzgebers beruhen und daher für jene geltende Erwägungen nicht zu Restriktionen für diese umgemünzt werden dürfen.

3. Das Oberverwaltungsgericht verkennt darüber hinaus, dass es nicht Aufgabe der Gerichte ist, zu prüfen, ob der Gesetzgeber innerhalb seines ihm verfassungsrechtlich vorgegebenen Spielraums für die Gestaltung des Wahlsystems eine zweckmäßige oder rechtspolitisch vorzugswürdige Lösung gefunden hat

(vgl. BVerfGE 95, 335 <354>).

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist vielmehr darauf beschränkt, die Einhaltung der vorgegebenen Grundsätze zu überwachen. Die Landesverfassung bestimmt in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 jedoch nur, dass die Abgeordneten des Landtags nach einem Verfahren gewählt werden, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet. Das Nähere regelt ein Gesetz, das für den Fall des Entstehens von Überhangmandaten Ausgleichsmandate vorsehen muss (Art. 10 Abs. 2 Satz 4 LV). Der Verfassungsgeber hat also bewusst darauf verzichtet, das Wahlsystem und dessen konkrete Ausgestaltung im Einzelnen verfassungsrechtlich vorzuschreiben. Er hat damit ein Stück materielles Verfassungsrechts offen gelassen, das vom Wahlgesetzgeber in Ausübung eines weiten Gestaltungsspielraums auszufüllen ist

(vgl. BVerfGE 95, 335 <349>).

Ob eine Verhältniswahl nach Landeslisten, nach Landesteil-, Bezirks- oder Kreislisten erfolgt, obliegt grundsätzlich der Systementscheidung des Wahlgesetzgebers. Ausreichende Gründe, abweichend hiervon eine auf den SSW beschränkte verfassungsrechtliche Pflicht zur Aufstellung von Landesteillisten anzunehmen, hat das vorliegende Gericht nicht dargetan. Sie sind auch nicht ersichtlich, weil bereits die Systemgerechtigkeit des Wahlsystems für sich genommen ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Durchsetzung des Grundsatzes der gleichen Wahl ist.

## Verfahrenskosten

### BRAGO § 35; ZPO § 522

**Keine Verhandlungsgebühr (analog § 35 BRAGO) bei Zurückweisung der Berufung durch Beschluss gemäß § 522 ZPO II ZPO für den Anwalt des Berufungsklagten, wenn dieser – ohne eigenständige Berufungserwiderung – lediglich unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen die Beschlusszurückweisung angeregt hat.**

SchlHOLG, 9.ZS, Beschluss vom 10. Februar 2004, – 9 W 163/03 –, Schl.

### Aus den Gründen

Die gemäß §§ 11 Abs. 1 RPfLG, 104 Abs. 3, 567 Abs. 2, 569 ZPO zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Der Rechtspfleger hat die Entstehung einer Verhandlungsgebühr im Berufungsverfahren, das nach Eingang der Berufungsgründung und entsprechendem Hinweis durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO beendet worden ist, zu Recht verneint. Für eine analoge Anwendung des § 35 BRAGO, die allein die Zubilligung

einer Verhandlungsgebühr rechtfertigen könnte, ist vorliegend kein Raum.

§ 35 BRAGO ist als Ausnahmevorschrift grundsätzlich eng auszulegen. Ob die Nichterwähnung des Beschlussverfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO als Versehen des Gesetzgebers eine planwidrige Lücke begründen kann, ist schon wegen des Zusammenhangs mit dem in Abt. 1 geregeltem Beschlussverfahren zweifelhaft, bedarf aber hier keiner Entscheidung. Der Zweck des § 35 BRAGO, dem Anwalt eine angemessene Vergütung für solche schriftsätzliche Vorarbeit

(einschließlich der Übernahme erhöhter Verantwortung mit intensivierter Prüfungspflicht, vgl. Senatsbeschluss vom 20.2.2003, z. B. SchlHA 2003, 148 = MDR 2003, 956)

zu gewähren, die eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfahrungsgemäß überhaupt erst ermöglicht

(vgl. z. B. Hartmann, Kostengesetze, 33. Aufl., § 35 BRAGO Rn. 3 mwN).

ist bei dem bis zum Zurückweisungsbeschluss erreichten Verfahrensstand keinesfalls tangiert. Der Kl. hat sich auf die Kenntnisnahme der Berufungsschriftsätze der Bekl., „vorläufige“ Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil bzw. Wiederholung des erstinstanzlichen Vortrags und Anregung des Beschlussverfahrens beschränkt, jedoch keine ausführliche Berufungserwidderung vorgelegt, die seine Prozessbevollmächtigten ohne das Beschlussverfahren selbst für erforderlich gehalten haben (Schriftsatz vom 12. 8. 2003). Unter diesen Umständen hat es mit der Erstattungsfähigkeit der vollen Prozessgebühr

(Senatsbeschluss vom 13.3.2003, z. B. Sc hIHA 2003, 283 = MDR 2003, 717; BGH, NJW 2004, 73f.)

sein Bewenden.

## **VI. Mitteilungen der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer und der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer**

### **1. Mitgliederversammlung der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer**

Hierdurch lade ich die Mitglieder der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer zur ordentlichen Mitgliederversammlung der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer des Jahres 2005 ein. Diese findet statt am

**Mittwoch, dem 25. Mai 2005, 15.00 Uhr**  
in Rendsburg, Hotel Conventgarten, Hindenburgstr. 38.

#### **Tagesordnung**

1. Bericht des Präsidenten
2. Kassenbericht und Rechnungsprüfungsbericht für das vergangene Geschäftsjahr
3. Entlastung des Kammervorstandes
4. Haushaltsvoranschlag
  - a) Erläuterung des Haushaltsvoranschlages für das Geschäftsjahr 2005
  - b) Festsetzung des Beitrages für das Geschäftsjahr 2005
  - c) Beschlussfassung über den Voranschlag für das Geschäftsjahr 2005
5. Erhöhung der Richtsätze der Ausbildungsvergütung für Renofachangestellte auf Antrag des Berufsbildungsausschusses vom 5.3.2005
6. Ergänzung der Gebührenordnung um einen Gebührentatbestand „Anwaltsausweis“
7. Änderung des § 4 (4) S. 1 der Geschäftsordnung der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer (Einladung nur über die Kammernachrichten)
8. Neuwahlen zum Vorstand der Rechtsanwaltskammer
9. Wahl zweier Rechnungsprüfer
10. Verschiedenes

Dose  
Präsident

### **2. Mitgliederversammlung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer**

Hierdurch lade ich die Mitglieder der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Jahres 2005 ein. Diese findet statt am

**Mittwoch, dem 25. Mai 2005, 16.30 Uhr**  
in Rendsburg, Hotel Conventgarten, Hindenburgstr. 38.

#### **Tagesordnung**

1. Bericht des Präsidenten
2. Kassenbericht und Rechnungsprüfungsbericht für das vergangene Geschäftsjahr
3. Entlastung des Kammervorstandes
4. Haushaltsvoranschlag
  - a) Erläuterung des Haushaltsvoranschlages für das Geschäftsjahr 2005
  - b) Festsetzung des Beitrages für das Geschäftsjahr 2005
  - c) Beschlussfassung über den Voranschlag für das Geschäftsjahr 2005
5. Erhöhung der Richtsätze der Ausbildungsvergütung für Renofachangestellte auf Antrag des Berufsbildungsausschusses vom 5.3.2005
6. Änderung des § 4 (4) S. 1 der Satzung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer (Einladung nur über die Kammernachrichten)
7. Neuwahlen zum Vorstand der Notarkammer
8. Wahl zweier Rechnungsprüfer
9. Verschiedenes

Jung  
Präsident

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel.

Verantwortlich i. S. d. § 8 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Dr. Martin Probst, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 34 €, für Teil B 23 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 7.20 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J. J. Augustin, Postfach 11 06, 25342 Glückstadt, Telefon 0 41 24 / 20 44, Fax 47 09, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 0 46 21 / 86-12 79 bzw. -12 73, Fax. 0 46 21 / 86-12 84. – Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck J. J. Augustin, Glückstadt.

### Freiwillige Gerichtsbarkeit

SchIHOLG	12. 12. 2003	2 W 186/03	Voraussetzungen für Verlängerung einer Betreuung	124
SchIHOLG	10. 5. 2004	2 W 74/04	Anforderungen an ein Vermögensverzeichnis im Betreuungsverfahren	124

### Arbeitsrecht

SchIHLAG	1. 9. 2004	3 Sa 210/04	Betriebsratsanhörung und Nachschieben von Tatsachen	125
----------	------------	-------------	---	-----

### Öffentliches Recht

BVerfg	14. 2. 2005	2 BvL 1/05	Freistellung von Parteien der dänischen Minderheit von 5%-Klausel im Landeswahlrecht	128
--------	-------------	------------	--	-----

### Verfahrenskosten

SchIHOLG	10. 2. 2004	9 W 163/03	Anwaltsgebühren bei Zurückweisung der Berufung durch Beschluss	131
----------	-------------	------------	--	-----

## VI.

### Mitteilungen der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer und der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer

132

Buchanzeige

**Borchert/Buschmann, Galette/Lütje/Scheliha/Schliesky/Schwind/Sprenger/Arnd – Bracker/Conrad/Dehn/Erps – Asmussen/Thiel**

#### **KOMMUNALVERFASSUNGSRECHT SCHLESWIG-HOLSTEIN**

**Gemeindeordnung – Kreisordnung**

**Amtsordnung – Gesetz über kommunale Zusammenarbeit**

**Gemeinde- und Kreiswahlgesetz**

Kommentare, 20. Nachlieferung, Stand: November 2004,

20. Nachlieferung: 378 Seiten, 49 €, Gesamtwerk: 3080 Seiten, 139 €

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 3629, 65026 Wiesbaden

**Die 20. Nachlieferung beinhaltet:**

**Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (Gemeindeordnung – GO –)**

Der Gesetzestext wurde entsprechend der letzten Änderung des Gesetzes vom 15. 6. 2004 auf den aktuellen Stand gebracht. Neu kommentiert wurde § 15 **GO** (Verfahren), neu bearbeitet wurde die Kommentierung zu § 122 **GO** (Auskunftsrecht), vollständig bearbeitet wurde die Kommentierung zu § 106 a **GO** (Kommunalunternehmen). Im Übrigen wurden die Kommentierungen zu den §§ 27, 28, 30, 31, 33, 34, 39, 40, 46 (Fünfter Teil: Verwaltung der Gemeinde), 75, 76, 85, 86 und 102 **GO** (Sechster Teil: Gemeindegewirtschaft) überarbeitet.

**Kreisordnung für Schleswig-Holstein (Kreisordnung – KrO –)**

Diese Lieferung berücksichtigt die Änderungen des Gesetzes vom 15. 6. 2004. Damit wurden die Erläuterungen zu den §§ 46 (Ernennung, Weiterführung des Amtes) und 50 (Gesetzliche Vertretung) auf den aktuellen Stand gebracht. Darüber hinaus wurde die Kommentierung der §§ 16 a (Unterrichtung der Einwohnerinnen und Einwohner), 19 (Entsprechende Anwendung der Gemeindeordnung), 22 (Aufgaben des Kreistages), 23 (Vorbehaltene Aufgaben), 26 (Zusammensetzung und Wahl des Kreistages), 28 (Kreispräsidentin oder Kreispräsident), 29 (Einberufung, Geschäftsordnung), 30 (Öffentlichkeit der Sitzungen), 34 (Beschlussfassung), 35 (Wahlen durch den Kreistag) und 41 (Mitglieder und Geschäftsordnung der Ausschüsse) unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung überarbeitet.

**Amtsordnung für Schleswig-Holstein (Amtsordnung – AO –)**

Die Kommentierung zur **AO** wurde entsprechend der letzten Gesetzesänderung vom 15. 6. 2004 aktualisiert.

**Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GkZ)**

Diese Lieferung berücksichtigt die letzte Änderung des GkZ vom 15. 6. 2004.

Buchanzeige

## **DIE KOMMUNE ALS VERTRAGSPARTNER**

### **Vertragsbeispiele und Erläuterungen**

hrsg. von Dr. Christofer Lenz, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Stuttgart, und Erich Mittermayr, Referent im Innenministerium Baden-Württemberg, unter Mitarbeit von Dr. Joachim Pfeiffer, MdB, Wirtschaftsförderer der Landeshauptstadt Stuttgart a. D., und Dr. Herbert O. Zinell, Oberbürgermeister der Großen Kreisstadt Schramberg

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG,  
Scharstraße 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstraße 6a, 81673 München  
2004, 332 Seiten, 32,- €, ISBN 3-415-03355-4

Die Rechtsform des Vertrages ist in der kommunalen Verwaltungspraxis als unerlässliches Instrument effizienten und flexiblen Verwaltungshandelns nicht mehr wegzudenken.

Das Handbuch bietet eine praktische Hilfestellung für die Erarbeitung und Umsetzung rechtsverbindlicher Vertragsgestaltungen seitens der Kommune und ihrer Vertragspartner. So haben unter anderem städtebauliche Verträge und Erschließungsverträge, in denen das aktuelle Europarechtsanpassungsgesetz Bau bereits berücksichtigt ist, aber auch vertragliche Vereinbarungen zur interkommunalen Zusammenarbeit (z.B. eine Zweckverbandsvereinbarung) sowie kommunale Gesellschaftsverträge für eine regionale Wirtschaftsförderungsgesellschaft oder eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft Aufnahme in das Handbuch gefunden. Daneben sind kommunale Gestattungsverträge, wie zum Beispiel ein Vertrag über die Nutzung von gemeindlichen Grundstücken zur Errichtung von Windkraftanlagen oder ein Mietvertrag über einen Mobilfunkantennen-Standort, die für die Kommunen in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen haben, berücksichtigt.

Buchanzeige

## **SCHRÖDER/BECKMANN/WEBER**

### **Beihilfavorschriften des Bundes und der Länder**

#### **Unterstützungsgrundsätze, Vorschussrichtlinien**

von Otto Beckmann, Regierungsdirektor a.D., fortgeführt von Henning Heise, Oberamtsrat und Michael Eyer, Oberrechnungsrat  
erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co. KG, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstraße 6a, 81673 München

Loseblattwerk, etwa 5530 Seiten, 91,- € einschl. drei Ordnern;  
*edition moll*, ISBN 3-415-02503-9

Mit der 101. Ergänzungslieferung ist das Werk auf dem Stand vom 1. Juli 2004.

Im **Band I** wurden u.a. im Teil 1/3 die Rundschreiben des BMI vom 6. 2., 9. 3., 10. 3., 17. 3. und 13. 4. 2004 neu aufgenommen. Im Teil 1/6 wurden bei § 6 die beihilfefähigen Aufwendungen für Fahrkosten, künstlicher Befruchtung und Sehhilfen sowie bei § 8 die Aufwendungen für Mutter/Vater-Kind-Maßnahmen auf Grund der Beihilfenovellierung zum 1. 1. 2004 erläutert; in den Erläuterungen zu § 9 wurden z.T. die Berechnungsbeispiele angepasst und bei § 10 die Neufassung der Krebsfrüherkennungsrichtlinien eingearbeitet. Zu dem neu gefassten § 12 erfolgte eine erste Kommentierung zu den Zuzahlungsregelungen/Belastungsgrenzen.

Im **Band II** wurden die Anhänge 17 und 18 aktualisiert.

Im **Band III** wurden die Beihilferegelungen der Länder Berlin, Hessen und Nordrhein-Westfalen auf den neusten Stand gebracht.

Buchanzeige

## **ORTSVERZEICHNIS**

### **mit den zuständigen Polizeidienststellen S und K**

bearbeitet von Dipl.-Verwaltungswirt – Polizei (FH) Gert Taurus

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co. KG, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstraße 6a, 81673 München

Loseblattwerk, etwa 1140 Seiten, 58,- € einschl. Ordner; ISBN 3-415-00554-2

Das „Ortsverzeichnis“ ordnet jedem einzelnen Ort eine zuständige Dienststelle der Schutz- und Kriminalpolizei zu. Es wird unter Berücksichtigung der Umbenennungen von Dienststellen sowie der organisatorischen Änderungen innerhalb der Polizei ständig aktualisiert.

Die 22. Ergänzungslieferung bringt das Werk auf den Stand von August 2004.