



---

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Aus dem Inhalt

*Lysann Schüller*

Ethische Prinzipien für Richterinnen und  
Richter: Brauchen wir schriftliche  
Verhaltensstandards in Deutschland?

*Hans-Ernst Böttcher*

Die Zerstörung der Rechtskultur 1933 bis 1945  
und die Schwierigkeiten ihrer Wiederherstellung

*Dr. Georg-Friedrich Güntge*

Gleichheitssatz und Gleichheitsbegriff – zur  
Anwendung des Art.3 Abs.1 GG im  
fachgerichtlichen Verfahren und im Verfahren  
vor den ordentlichen Gerichten

*Dr. Dieter Schiwiek*

Zur Schlusserbeneinsetzung in  
gemeinschaftlichen Testamenten

**Mai 2006**

C 6117 E

# Inhalt

## I. Aufsätze

Lysann Schüller	Ethische Prinzipien für Richterinnen und Richter: Brauchen wir schriftliche Verhaltensstandards in Deutschland?	145
Hans-Ernst Böttcher	Die Zerstörung der Rechtskultur 1933 bis 1945 und die Schwierigkeiten ihrer Wiederherstellung	149
Dr. Georg-Friedrich Güntge	Gleichheitssatz und Gleichheitsbegriff – zur Anwendung des Art.3 Abs.1 GG im fachgerichtlichen Verfahren und im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten	153
Dr. Dieter Schiwiek	Zur Schlusserbeneinsetzung in gemeinschaftlichen Testamenten	157

## II. Amtliche Veröffentlichungen

AV. d. MJAE v. 18. April 2006 – II 303/4012 – 26c SH –	Geldauflagen im Strafverfahren zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen	158
Vfg. d.. Vors. d. JPA v. 21. April 2006 – 2232 E – 163 –	Besetzung des Justizprüfungsamtes für die Erste Juristische Staatsprüfung und die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig	159

## III. Personalnachrichten

## IV. Ausschreibungen

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

AG Kiel	18. 5.2005	111 C 49/05	Keine Mitwagenkosten bei wirtschaftlichem Totalschaden	160
SchiHOLG	18. 8.2005	5 U 11/05	Wissenszurechnung beim Gebrauchtwagenkauf	161
SchiHOLG	19. 5.2005	7 U 82/04	Beweisanzeichen für Unfallmanipulation	162
SchiHOLG	2. 6.2005	7 U 124/01	Fehlverarbeitung eines Unfallgeschehens	163
SchiHOLG	7. 7.2005	7 U 3/03	Linksabbiegen ohne zweite Rückschau	164
SchiHOLG	17. 2.2005	7 U 168/03	Kfz-Betriebsgefahr versus Pony-Tiergefahr	165
LG Kiel	14.10.2005	8 S 162/04	Beweis eines gestellten Kfz-Unfalls nach Anscheinsgrundsätzen	167

### Freiwillige Gerichtsbarkeit

SchiHOLG	14. 4.2005	2 W 49/05	Interessenkonflikt bei Betreuerauswahl	168
SchiHOLG	11. 5.2005	3 Wx 70/04	Irrtumsanfechtung bei Erbausschlagung	169
SchiHOLG	8. 7.2005	2 W 125/05	Befristung der Rückschiebungshaft	170

Fortsetzung 3. Umschlagseite

**Terminankündigung**

### Podiumsdiskussion im Landgericht Itzehoe

## Das Richterbild des Grundgesetzes – Realität oder Fiktion?

Mittwoch, den 7. Juni 2006, 19.00 Uhr

im Landgericht Itzehoe, Theodor-Heuss-Platz 3, Itzehoe

Die rechtsprechende Gewalt ist nach unserer Verfassung den Richtern anvertraut. Diese sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Richter sollten nach den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates in Abkehr vom früheren „Justizbeamten“ und als Reaktion auf die bitteren Erfahrungen der NS-Zeit einen „neuen Richtertyp“ verkörpern.

Wurden diese Ziele bei der Errichtung und personellen Besetzung des Bundesgerichtshofs umgesetzt? Mit seinem Buch „Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland“ legt der Itzehoer Richter und Justizhistoriker Dr. Klaus-Detlev Godau-Schüttke Forschungsergebnisse vor, die in detaillierter und umfassender Auswertung der mittlerweile geöffneten Archive erhebliche Zweifel begründen. Vom Richterwahlausschuss wurden als Bundesrichter neben wenigen rassistisch und politisch Verfolgten überwiegend konservative bis NS-belastete Juristen, nach Einschätzung des Autors „Justiztechnokraten“, gewählt. Dies hatte erhebliche Auswirkungen auf die Inhalte der nachfolgenden Rechtsprechung.

Und wo stehen wir heute? Sind unsere Richterinnen und Richter die erhofften souveränen, weltoffenen, wertbewusst-sensiblen und gesellschaftlich engagierten Repräsentanten der Dritten Staatsgewalt? Oder triumphieren doch technokratische Sachzwänge, Anpassungsdruck und Angepasstheit? Wo liegen die heutigen Chancen und Gefährdungen für eine unabhängige Justiz?

Hierzu diskutieren

**Prof. Dr. Günter Hirsch**, Präsident des Bundesgerichtshofs,  
**Gerhart Rudolf Baum**, Bundesminister des Innern a.D., Rechtsanwalt und Rechtspolitiker,  
**Christian Bommarius**, leitender Redakteur bei der „Berliner Zeitung“,  
**Konstanze Görres-Ohde**, Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (Moderation).

## Ethische Prinzipien für Richterinnen und Richter: Brauchen wir schriftliche Verhaltensstandards in Deutschland?

Lysann Schüller, Richterin, Itzehoe\*

### I. Problemaufriss

In Deutschland gibt es – anders als in vielen anderen Ländern – keine geschriebenen Verhaltensstandards für Richterinnen und Richter.<sup>1</sup> In der Diskussion wird immer wieder darauf verwiesen, dass die vorhandenen gesetzlichen Regelungen ausreichend seien. Daher soll der Frage nachgegangen werden, was mit dem Begriff Richterliche Ethik gemeint ist und wie er sich von Normen und Gesetzen unterscheidet.

In den Augen vieler Bürger sind Richter immer noch „Justizbeamte“. In den geschriebenen richterlichen Verhaltensregeln läge für die Richterschaft die Chance, ein eigenes Richterbild zu entwickeln und dem Bürger darzustellen, was Richter von sich selbst erwarten und wofür sie eintreten wollen, z.B. dass Richter den Anspruch des Bürgers auf Justizgewährung als eigene Sache vertreten.

Dennoch stößt der Begriff Richterliche Ethik bei vielen auf Skepsis. Warum eigentlich?

Was Ziel und Zweck einer Richterlichen Ethik sein könnte, wie sie in anderen Ländern umgesetzt und gelebt wird, soll beispielhaft aufgezeigt werden, um einen Diskussionsanstoß zu bieten, ob dieses Institut auch in Deutschland vonnöten ist.<sup>2</sup>

### II. Zum Begriff der Ethik

#### 1. Ethos und Moral

Ethik kommt von dem griechischen Wort *ethos*. *Ethos* bezeichnet den Ort, an dem man zu Hause ist und ein gelungenes Leben führt und damit alle Sitten und Gebräuche, alle Gewohnheiten und Bräuche, die in diesem häuslichen Bereich anzutreffen sind. Daher wird *ethos* definiert als Verhaltenskodex, der sich von unmittelbaren Sitten und Gebräuchen ableitet, sich in bestimmten ungeschriebenen Gesetzen niederschlägt und dann Denken, Fühlen, Wollen und schließlich Handeln des einzelnen Menschen bestimmt. *Ethos* nennt man auch *Moral* (von lat. *mos*, Plural *mores* – Sitten, Bräuche, Gewohnheiten). Da *Ethos* und *Moral* auf die örtlich gebräuchlichen Gewohnheiten abstellen, sind ihre Inhalte zeitlich und örtlich begrenzt, weil sich die Sitten und Gebräuche je nach geographischer Lage bzw. Zeitabschnitt unterscheiden bzw. ändern können.

#### 2. Ethik

Der Begriff Ethik als Wissenschaft vom Ethos wird erstmals von Aristoteles (384–322 v.Chr.) verwendet. Er führte die Ethik als Bezeichnung für eine eigenständige philosophische Disziplin vom richtigen Leben ein, um die Beschäftigung mit lebenspraktischen Fragen von der theoretischen Philosophie (z. B. Logik, Metaphysik) abzugrenzen. Die Ethik ist der Überzeugung, dass es neben den verschiedenen Moralauffassungen etwas Letztes, Allgemeingültiges, Unbedingtes gibt, das zu allen Zeiten und an allen Orten in gleicher Weise gelten sollte. Daher ist Inhalt der Ethik nicht eine Beschreibung („So ist es.“), sondern eine Forderung („So soll es sein.“)

#### 3. Unterscheidung: Ethos/Moral – Ethik – Gesetze

Wie unterscheiden sich nun Ethos/Moral, Ethik und Gesetze?

Dies lässt sich an dem Grund für die Erfüllung bzw. Befolgung der jeweiligen Verhaltensvorschrift verdeutlichen. Die moralische Verhaltensvorschrift (*ethos*) wird erfüllt, weil der Adressat Angst vor sozialer Ächtung hat und damit wegen eines äußeren Druckes handelt. Die durch staatliche Autoritäten in einem formalen Akt gesetzte Gesetzesvorschrift wird vorrangig wegen der damit verbundenen Strafdrohung erfüllt. Demgegenüber wird die ethische Verhaltensvorschrift um ihrer selbst willen befolgt, weil sie an sich gut ist, gehandelt wird also aus innerer Überzeugung.

		Ethos/Moral	Recht	Ethik
Verbindlichkeit	Grund	Gewohnheit	Staatliche Setzung	Überzeugung von der Begründetheit
	Stärke	Kann-Erwartung	Muss-Erwartung	Soll-Erwartung
Sanktion	Ausmaß	Schwach	Stark	Stark
	Art	Informell	Formell	Informell

#### III. Exkurs: Methoden der Ethik

Die sog. *deskriptive* (beschreibende) *Ethik* widmet sich der möglichst wertfreien Bestandsaufnahme existierender Normen einzelner Menschen oder Gemeinschaften im Wege des empirischen Verfahrens und unter Beachtung der Neutralität, Beispiele hierfür sind die Moralpsychologie und die Kulturanthropologie.

Demgegenüber will die *normative* (bewertende) *Ethik* die Frage beantworten: Was ist die richtige *Moral*? Sie hat zum Ziel, über die Bewertung von moralischen Normen aufgrund prinzipieller Erwägungen eine bestimmte *Moral* vorzuschreiben und diese zugleich zu begründen und zu systematisieren. Einige ihrer Vertreter (Aristoteles, Kant) behaupten, dass sie keine neue *Moral* vorschreiben, sondern lediglich die schon geltende *Moral* begründen und

\* Die Verfasserin ist zur Zeit als Richterin am Amtsgericht Itzehoe tätig.

<sup>1</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nachfolgend auf die zusätzliche Nennung der weiblichen Form verzichtet. Mit dem Richter ist zugleich auch die Richterin gemeint.

<sup>2</sup> Vgl. allgemein zur richterlichen Ethik *Krix*, Richterliche Ethik – weltweit ein Thema, DRIZ 2003, 149 ff.; *Strecker*, Sollen und Wollen – Überlegungen zur richterlichen Ethik, Betrifft Justiz 2004, 376 ff.; *Häuser*, Vortragen zur richterlichen Ethik, Betrifft Justiz 2003, 186; *Grammann*, Das Recht hinter dem Recht, NRV-Info SH, Mai 2005, 14.

systematisieren. Andere (Platon, Nietzsche) lehnen die geltende Moral ab und stellen stattdessen eine neue auf. In der normativen Ethik werden zwei Typen moralischer Urteile unterschieden, nämlich die teleologischen und die deontologischen Urteile.

Die *teleologische* (von griech. *telos* – Zweck) *Ethik*, deren Vertreter nach *Max Weber* auch als sog. *Verantwortungsethiker* bezeichnet werden, beurteilt die Handlungen ausschließlich danach, wie gut oder erstrebenswert ihre Folgen sind. Daher muss die teleologische Ethik immer mit einer Theorie verknüpft sein, die erklärt, was in sich selbst gut ist, einer Wertphilosophie. Hier unterscheiden sich die Teleologen: der Hedonismus vertritt die Auffassung, das menschliche Vergnügen sei das Einzige an sich selbst Gute, der Eudämonismus meint, die Glückseligkeit (gemeint ist der „richtige Geist“) sei das erstrebenswerte Handlungsziel, während die verbreitetste Form die des Utilitarismus darstellt, der davon ausgeht, dass der eigene oder der allgemeine Nutzen der maßgebliche Wert ist; damit wird die Nützlichkeit zum ethischen Kriterium erhoben. Dabei erachten die sog. Handlungsteleologen die Folgen der einzelnen Handlung für maßgebend, während die sog. Regelteleologen auf die Folgen allgemeiner Handlungsregeln abstellen.

Für die *deontologische* (von griech. *deon* – die Pflicht) *Ethik*, deren Vertreter nach *Max Weber* auch als sog. *Gesinnungsethiker* bezeichnet werden, sind für die Beurteilung der Handlungen die Erwägungen entscheidend, die einer Handlung zu Grunde liegen (guter Wille). Die Gesinnungsethiker schreiben daher Pflichten vor, so dass eine deontologische Ethik eine Pflichtenlehre enthalten muss. Dabei behaupten die Regeldeontologen (*Kant*), dass sich die Pflichten in allgemeine Regeln fassen ließen. Die Handlungsdeontologen (*Smith*) behaupten, die Pflicht zeige sich erst in der einzelnen Handlungssituation.

	<b>Teleologische Ethik</b> Handlungen werden ausschließlich danach beurteilt, wie gut oder empfehlenswert ihre Folgen sind. „Verantwortungsethiker“	<b>Deontologische Ethik</b> Entscheidend sind die Erwägungen, die einer Handlung zu Grunde liegen, der gute oder schlechte Wille. „Gesinnungsethiker“
<b>Handlungsethik</b> Die einzelne Handlung bildet die Urteilsgrundlage.	Handlungsutilitarismus <i>Bentham</i>	<i>Smith</i>
<b>Regelethik</b> Einige (oder alle) Handlungen müssen in Bezug auf den Wert der Regel beurteilt werden, die sie ausdrücken.	Regelutilitarismus <i>Mill</i> <i>Moore</i>	<i>Kant</i>

Die *Metaethik* als dritte Methode der Ethik widmet sich schließlich folgenden Fragen: Was ist unter einem moralischen Urteil zu verstehen und wie ist es zu begründen? Worin unterscheiden sich moralische Urteile von anderen Urteilen? Kann ein moralisches Urteil überhaupt objektive Gültigkeit besitzen?

#### IV. Ethische Prinzipien für Richter: Brauchen Richter überhaupt Ethik?

##### 1. Welchen Nutzen haben Ethische Prinzipien?

Die Justiz wird zunehmend von der Öffentlichkeit und der Anwaltschaft kritisiert. Wir Richter sollten daher über Maßnahmen zur Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Integrität der Justiz und ihrer Richter nachdenken. Wie können wir dieses Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz wieder stärken?

Mit dieser Frage hat sich bereits eine im Jahre 2000 von den Vereinten Nationen eingesetzte Arbeitsgruppe, die sich *Project Bangalore* nannte, beschäftigt und im Jahre 2002 die sogenannten „*Bangalore-Prinzipien richterlichen Verhaltens*“ verabschiedet.<sup>3</sup> Ausdrückliches Ziel derselben war es, die Unabhängigkeit der Richterschaft zu fördern und Standards für ethisches Verhalten von Richtern aufzustellen, die den Richtern Anleitung geben und den Mitgliedern der Exekutive und der Legislative, den Rechtsanwäl-

ten und der Öffentlichkeit im Allgemeinen helfen sollen, die Judikative besser zu verstehen und zu unterstützen. Auch der *Rat der Europäischen Richter* hat sich im Jahre 2002 für solche richterlichen Verhaltensregeln ausgesprochen, wobei er zu Recht betont hat, dass Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter nicht allein durch solche Verhaltensregeln geschützt werden können.<sup>4</sup>

In vielen Ländern existieren inzwischen derartige ethische Verhaltensregeln für Richter, z.B. seit 1994 in Italien, seit 1998 in Kanada,<sup>5</sup> außerdem in den USA, in Estland, in Litauen, in Tschechien, in der Slowakei, seit 2003 in Polen, seit 2005 in Ungarn. Darüber hinaus wurde in diesem Jahr in Österreich die „ethische Grundsatzzerklärung der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter zu richterlichem Handeln“ zum Zwecke der Diskussion in der Richterschaft veröffentlicht.

Schließlich kennen viele andere Berufsgruppen, die in sensiblen Bereichen tätig sind, Ethische Prinzipien, z.B. Ärzte, oder beschäftigen sich mit der Frage, ob sie solche schaffen bzw. aufrechterhalten sollen. Insoweit verdient die aktuelle Diskussion unter den Rechtsanwälten zu einem gemeinsamen Pflichtenkodex (vgl. Beilage der NJW zu Heft 5/2006) eingehende Beachtung, weil auch diese Berufsgruppe mit einem öffentlichen Vertrauens- und Ansehensverlust zu kämpfen hat.

##### 2. Sind die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichend?

Allerdings brauchen wir eine Diskussion über Ethische Prinzipien für Richter dann nicht, wenn die vorhandenen gesetzlichen Regelungen qualitativ und quantitativ gleichwertig und ausreichend sind.

Daran lässt ein Blick über die vorhandenen Normen jedoch zweifeln: Diese betreffen vor allem den Justizgewährungsanspruch des Bürgers, die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit des Richters, seine Unparteilichkeit, Nebentätigkeitsregelungen und das Beratungsgeheimnis. So normiert Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK den Justizgewährungsanspruch des Bürgers wie folgt: Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Gemäß Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Art. 97 Abs. 1 GG und § 25 DRiG normieren wortgleich die Unabhängigkeit des Richters: Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Sie regeln vorrangig die Rechtsstellung des Richters.

Weiter geht § 39 DRiG: Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes so zu verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Diese Vorschrift stellt eine ausdrückliche positiv normierte Verhaltensregel für Richter auf. Eine nähere Ausgestaltung erfährt dieser Grundsatz in den Befangenheitsvorschriften der einzelnen Verfahrensordnungen. Nach dem in § 38 DRiG niedergelegten Richtereid hat der Richter getreu dem Grundgesetz bzw. der Landesverfassung, getreu dem Gesetz, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehung der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen. §§ 40–42 DRiG regeln die Beschränkungen hinsichtlich von Nebentätigkeiten, § 43 DRiG das Beratungsgeheimnis. Schließlich darf ein Richter gemäß § 4 Abs. 1 DRiG Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass diese Vorschriften vor allem den Anspruch des Bürgers auf Justizgewährung, die Sicherung der Rechtsstellung des Richters im Sinne seiner persönlichen und institutionellen Unabhängigkeit sowie Sanktionen bei der Überschreitung der Mindestgrenze normieren. Eine Ausnahme bilden §§ 38, 39 DRiG, die als positiv normierte Verhaltensvorschriften darauf hinwirken, das Vertrauen der Öffentlichkeit in

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Harold Epineuse*, Der Europäische Standard Richterlicher Ethik, [www.drb.de/doc/ccje\\_richterethik.pdf](http://www.drb.de/doc/ccje_richterethik.pdf).

<sup>5</sup> *Ethical Principles For Judges*, [www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/ethical-e.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/ethical-e.pdf) und [www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/conduct-e.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/conduct-e.pdf)

<sup>3</sup> *The Bangalore Principles Of Judicial Conduct*, [www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf).

die Unparteilichkeit der Richter zu rechtfertigen. Letztlich wird aber deutlich, dass die vorhandenen Gesetze nur die Grenzen beschreiben, während das innerhalb dieser Grenzen liegende Ideal kaum konkret ausgestaltet wird. Hier könnte eine Ethik weiterführen.

Dass dies möglich ist, zeigt die nähere Betrachtung der einzelnen ausländischen Ethischen Prinzipien. Diese enthalten im Vergleich zu den hiesigen Gesetzen inhaltlich weiterreichende Ziele und Verhaltensstandards, z.B. betreffend eine Fortbildungsverpflichtung der Richter, die Ausbildungsverantwortung für Referendare, im Hinblick auf die Erreichbarkeit der Richter für die Parteien, die Verständlichkeit der Entscheidungen für Laien und das Auftreten von Richtern in der medialen Öffentlichkeit.

### 3. Wo ist der Unterschied?

Wie bereits angedeutet, strebt die Ethik ein Idealbild an und normiert nicht nur – wie Gesetze – die Grenze im Sinne eines Mindeststandards. Darüber hinaus beruht die Ethik auf der Überzeugung des Einzelnen. Ethische Regeln zielen auf Vervollkommen ab, sie verlangen besseres Verhalten nicht durch Auferlegen von Sanktionen, sondern durch die persönlich empfundene Verpflichtung. Mithin wird nicht – wie bei den Gesetzen – durch eine Sanktion eine bestimmte Handlung erzwungen, sondern das Handeln erfolgt aus innerer Überzeugung und damit freiwillig. Dementsprechend geht es bei der hier vertretenen Auffassung der Schaffung schriftlicher Ethischer Prinzipien für Richter auch nicht darum, dem Richter konkret vorzugeben, was er in einer bestimmten Situation tun soll, sondern mit ihnen soll nur die ethisch-moralische Kultur des Verhaltens der Richter beschrieben werden. Dies steht auch im Einklang mit der Überzeugung, dass zwar einige (Mindest) Standards durch Gesetze beschrieben werden können, aber der Geist und die Qualität der Ausübung des Berufs mehr davon abhängen, ob ethische Standards eingehalten werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich ethische Prinzipien und gesetzliche Regelungen qualitativ erheblich unterscheiden: Die Ethik strebt die Vervollkommenung hin zu dem Ideal an, der Einzelne handelt aus *innerer Überzeugung der Richtigkeit* des ethischen Prinzips heraus. Folge eines Verstoßes gegen ein ethisches Prinzip kann allenfalls Empörung, aufgrund des beschriebenen Charakters der Ethik aber keinesfalls eine formelle Sanktion sein, diese ist der Ethik wesensfremd. Demgegenüber stellen sich die gesetzlichen Verhaltensvorschriften als durch staatliche Autoritäten in einem formalen Akt gesetzte Vorschriften dar, die den Mindestverhaltensstandard regeln und die im Falle eines Verstoßes mit formellen Sanktionen belegt sind. Ethische Prinzipien verfolgen daher eine weitergehende Zielrichtung als die gesetzlichen Regelungen, nämlich hin zu einem Ideal.

### 4. Zwischenergebnis

Deshalb ist meines Erachtens die Frage, ob wir eine Diskussion über ethische Prinzipien für Richter führen sollten, eine rein rhetorische. Selbstverständlich brauchen wir eine Diskussion darüber!

Wir haben alle als Richter über die gesetzlichen Regeln hinaus moralische Vorstellungen und Maßstäbe verinnerlicht, die wir an unser Verhalten und Auftreten als Richter stellen. Diese zur Diskussion zu stellen, um sie im Sinne einer normativen Ethik zur bestmöglichen Ethik zu führen, sollte Anspruch eines jeden Richters sein.

### 5. Sind die Ergebnisse der Diskussion schriftlich zusammenzufassen?

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob aus der notwendigen Diskussion über Ethische Prinzipien im Hinblick auf das Verhalten der Richter auch schriftliche Verhaltensstandards für Richter folgen sollten.

Dagegen spricht auf den ersten Blick die Befürchtung, dass diese über die gesetzlichen Regeln hinausgehenden Ethischen Prinzipien disziplinarrechtlich gegen die Richter verwendet werden könnten. Dass dem nicht so sein muss, zeigt das *kanadische Modell*. Dieses bietet sich deshalb für Deutschland an, weil die Stellung der kanadischen Richter – anders als die der Richter in den

USA – der Stellung der Richter in Deutschland vergleichbar ist. In Kanada wurde neben den sog. *Ethical Principles For Judges* das beratende Gremium für Richterliche Ethik, bestehend aus zehn Richtern, die nicht dem für Disziplinarmaßnahmen zuständigen Justizrat angehören dürfen, gebildet. An diesen Rat können sich Richterinnen und Richter wenden, um kurzfristig einen vertraulichen Rat für bevorstehende Entscheidungen zu erhalten. Das Gremium benutzt eine Sprache, die an die Klugheit des Richters bei der beabsichtigten Aktivität appelliert und ihm die letzte Entscheidung überlässt.

Würde in Deutschland ebenfalls eine solche Ethikkommission von den Richtern gewählt, so könnte sich ein Richter, der sich vor Aufnahme der beabsichtigten Tätigkeit an das Gremium gewandt, dessen Antwort abgewartet und befolgt hat, in einem etwaigen Disziplinarverfahren darauf zurückziehen. Denn dann fehlt es – mangels Verletzung der Sorgfaltspflicht – an einem fahrlässigen Handeln und damit an einem vorwerfbaren Disziplinarrechtsverstoß. Der Richter hat sich nämlich an die hierfür berufenen Richterinnen und Richter der Ethikkommission gewandt, deren Rat eingeholt und damit das getan, was ihm die Sorgfaltspflicht gebietet. Außerdem zeigt die vorangegangene Analyse, dass formelle Sanktionen wie die des Disziplinarrechts dem Wesen der Ethischen Prinzipien widersprechen. Zur Klarstellung sollte dennoch ausdrücklich in die Präambel der Ethischen Prinzipien aufgenommen werden, dass die Ethischen Prinzipien streng von Disziplinarregeln zu trennen sind und sie – wie in Kanada – nicht als Liste verbotenen Verhaltens gelten sollen.

Problematisch erscheint die Frage, ob die schriftliche Abfassung der Ethischen Prinzipien zu einer substantiellen Sensibilisierung der Richter für ethisch schwierige Situationen führt. Frei nach dem Motto: als bloßes *soft law* erreichen die Ethischen Prinzipien nur die, die sich daran halten wollen, wer nicht möchte, den erreichen auch die Ethischen Prinzipien nicht. Dieses Argument trägt jedoch letztlich nicht, da die Diskussion zu der Selbstfindung und Weiterentwicklung des Richterbildes der interessierten Richter beiträgt und damit zumindest mittelbaren Einfluss im Sinne eines Rechtfertigungszwangs hat.

Für die Schaffung schriftlicher Ethischer Prinzipien spricht, dass eine schriftliche Abfassung die Ergebnisse der Ethikdiskussion besser verdeutlicht und somit zu mehr Klarheit führt. Eine schriftliche Abfassung der Ethischen Verhaltensstandards für Richter stellt zudem eine *vertrauensbildende Maßnahme gegenüber der Öffentlichkeit* und der von unserer Arbeit unmittelbar Betroffenen dar, denn damit würden sich die Richter selbst gegenüber der Öffentlichkeit zur Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards verpflichten und müssten sich dann auch an ihren Standards messen lassen. Durch die freiwillige Selbstverpflichtung der Richter neben den gesetzlichen Regeln könnte die Glaubwürdigkeit der Justiz in der Öffentlichkeit gestärkt und damit der Vertrauensverlust der Justiz in der Öffentlichkeit kompensiert werden. Die Standards helfen dabei, der Öffentlichkeit zu versichern, dass die Justiz unabhängig und unparteiisch verwaltet wird. Dadurch könnte dem „Image“ der Richter als Justizbeamte entgegengetreten und selbiges verbessert werden.

Darüber hinaus entwickeln derartige Standards auch eine *Schutzfunktion* für Richter dahingehend, dass sie die Öffentlichkeit über diejenigen Standards informieren, die sie von den Richtern berechtigterweise verlangen kann und zugleich die Grenzen aufzeigt, was die Öffentlichkeit nicht von den Richtern erwarten kann. So könnten die Erwartungen der Öffentlichkeit an die Justiz beeinflusst werden.

Außerdem hätten derartige Verhaltensstandards für die Richter selbst eine *Orientierungsfunktion*, indem sie in komplexen Entscheidungssituationen eine Hilfestellung geben und darüber hinaus ethisch motivierend wirken. Sie könnten Richtern helfen, Fragen im Bereich der beruflichen Ethik zu beantworten, indem sie ihnen Autonomie im Entscheidungsprozess und die Unabhängigkeit von anderen Behörden garantieren. Berufsanfänger hätten die Möglichkeit, sich mit ethischen Problemsituationen vertraut zu machen und – wie in einem Lehrbuch – die maßgeblichen ethischen Prinzipien nachzulesen. Eine solche Sammlung hat auch eine Vorbildfunktion im Sinne einer Sensibilisierung und Schärfung des Problembewusstseins bei den gestandenen Richtern. Denn die zunehmende Routine birgt die Gefahr, dass das ethische Problembewusstsein in der Gewohnheit untergeht.

Schließlich hätte die plurale Diskussion über ethische Prinzipien in der Richterschaft den Vorteil, dass sich der einzelne Richter über die selbst auferlegte Bindung an Verhaltensstandards stärker und überzeugender gebunden fühlt als über die gesetzlich vorgesehene Bindung an Mindeststandards.

## 6. Fazit

Die Vorteile der Schaffung schriftlicher Verhaltensstandards im Sinne allgemeiner ethischer Prinzipien überwiegen.

Dies jedoch unter der Prämisse, dass es sich lediglich um die Niederlegung von Ethischen Prinzipien für Richter im Sinne von *Richtlinien bzw. Empfehlungen* handelt. Ziel ist daher kein detaillierter Ethik-Kodex, der im Einzelnen die ethisch angemessene Verhaltensregel für jegliche denkbare Situation, in die ein Richter geraten kann, vorschreibt. Denn die freiwillige, selbstverantwortliche Entscheidung des einzelnen Richters steht bei der Ethik im Vordergrund.

Die schriftliche Niederlegung dient dazu, nach einer pluralen Diskussion unter der Richterschaft die ethisch-moralische Kultur zu beschreiben und damit die Umstände, unter Abwägung welcher Prinzipien und wie sich der Richter in ethisch problematischen Situationen verhalten sollte. Die letztlich maßgebende Entscheidung soll selbstverständlich weiterhin dem einzelnen Richter in der jeweiligen Situation überlassen bleiben. Dem entspricht auch der Aufbau der kanadischen Ethischen Prinzipien, die unter fünf Überschriften<sup>6</sup> nach einem jeweiligen Eingangs-Statement die dazugehörigen ethischen Prinzipien für Richter allgemein formulieren und dann jeweils im Einzelnen kommentieren.

Auf Grund der bereits beschriebenen qualitativen Unterschiede zwischen Ethischen Prinzipien und gesetzlichen Normen haben die Ethischen Prinzipien auch nichts mit Disziplinarmaßnahmen zu tun. Insoweit sollte, so eine solche Ethische Grundsatzklärung verfasst wird, in deren Präambel wie in die Präambel der kanadischen Ethik<sup>7</sup> ausdrücklich aufgenommen werden, dass die Prinzipien nicht als Liste verbotenen Verhaltens gelten und keinerlei disziplinarischen Charakter haben sollen.

Es gilt schließlich auch nicht, vollkommen neue Verhaltensregeln zu „erfinden“, sondern in einem pluralen Prozess unter Einbeziehung sämtlicher Interessenvertretungen und Verbände der Richter die vorhandene ethische Kultur des Verhaltens der Richter zu beschreiben und das Problembewusstsein für ethische Fragen zu schärfen.

## V. Fallbeispiele

Die nachfolgenden Beispiele für aus ethischer Sicht schwierige Situationen sollen zum Nachdenken und zur Diskussion anregen und werden daher ohne eigene Lösung präsentiert:

### 1. Richter und Medienöffentlichkeit

a) Nachdem eine Tageszeitung die Entscheidung eines Richters scharf kritisiert hatte, schrieb ein Rechtsanwalt einen Leserbrief, mit dem er die Entscheidung des Richters verteidigte und die Berichterstattung der Zeitung scharf angriff. Der betroffene Richter möchte nun einen Dankesbrief an diesen Rechtsanwalt schreiben.

b) Inwieweit sollte ein Richter, soweit er das Beratungsgeheimnis nicht verletzt, seine eigenen konkrete Entscheidung – außerhalb von wissenschaftlichen Beiträgen in Fachzeitschriften – im Fernsehen oder in sonstigen Massenmedien kommentieren?

### 2. Verhalten im Gerichtssaal

a) Wie schafft es der Richter angesichts drückender Aktenberge den Parteien dennoch zuzuhören, so dass die

unterliegende Partei danach immerhin sagt: „Der Richter hat mir zugehört und sich Zeit genommen.“?

b) Mit welchen Mitteln darf der Richter im Rahmen von Vergleichsverhandlungen auf die Parteien zum Zwecke des Vergleichsabschlusses einwirken, z.B. durch Androhung eines späten nächsten Beweisterrmins? Wo verläuft die Grenze zwischen der zulässigen und der unzulässigen Einflussnahme?

c) Wie kann der Richter die schwächere Partei vor unfairen Angriffen des Gegners schützen und sich dennoch neutral und unparteiisch verhalten?

d) Sollte ein Richter im Rahmen von Verhandlungen im Gericht ankündigen dürfen, dass er eine Tätigkeit für die Zeit nach Beendigung seiner Richtertätigkeit sucht und insoweit um Hinweise bitten?

## 3. Verhalten außerhalb des Gerichtssaals

a) In welchem Umfang kann beispielsweise der Zivilrichter Telefonate mit Rechtsanwälten für die Vorbereitung für Vergleichsverhandlungen nutzen, da er naturgemäß immer nur mit einer Seite am Telefon sprechen kann.

b) Wie kann der Richter seiner Ausbildungsverantwortung gegenüber den ihm zugewiesenen Referendaren angesichts steigender Arbeitsbelastung gerecht werden?

## 4. Verwendung der Amtsbezeichnung in einem anderen Zusammenhang

a) Ein Richter möchte aufgrund einer geplanten Gesetzesänderung, durch die die Exekutive einfacher an medizinische Informationen über ihre Bürger gelangen kann, an seinen Hausarzt unter Verwendung seiner offiziellen Amtsbezeichnung und des offiziellen Briefpapiers schreiben, dass dieser keinesfalls derartige Informationen über ihn weitergeben dürfe.

b) Ein Richter verwendet seine ehemalige Amtsbezeichnung mit dem Zusatz a.D. für die Werbung von Spenden im Rahmen strafrechtlicher Bußgelder auf an andere Richter gerichtete Schreiben.

c) Ein Richter betätigt sich als Amateurliebhaber und möchte seine Kunstwerke verkaufen und die Einnahmen an eine gemeinnützige Organisation spenden.

d) Ein Richter will bei einem Marathon mitlaufen, um Spenden für die Bekämpfung von Krebs zu sammeln.

## 5. Einladungen an den Richter aufgrund seiner Eigenschaft als Richter

Ein Rechtsanwalt lädt einmal im Jahr sämtliche Richter eines Amtsgerichts auf eigene Kosten zu einem Kaminabend zu sich nach Hause ein. Rechtsanwälte werden nicht eingeladen.

## VI. Zusammenfassende Thesen

1. Zur Stärkung der Integrität der Justiz und ihrer Richter brauchen wir auch in Deutschland eine Diskussion der Richter über ihre Ethischen Prinzipien.
2. Aus dieser Diskussion sollten schriftliche Verhaltensstandards im Sinne von allgemeinen ethischen Prinzipien und Leitlinien folgen.
3. Derartige Standards können nur durch die Richter selbst im Rahmen einer repräsentativen pluralen Diskussion festgelegt werden.
4. Den Ethischen Prinzipien ist die Verknüpfung mit Disziplinarmaßnahmen wesensfremd. Dies sollte ausdrücklich in die Präambel aufgenommen werden.
5. Eine solche Ethik sollte über die Einrichtung eines beratenden Gremiums bzw. eines Ethikrates lebendig gestaltet werden.
6. Sowohl die Leitlinien als auch die Ratschläge der Ethikrates sollten eine Sprache der Empfehlung benutzen, die dem Richter die letzte Entscheidung überlässt.

<sup>6</sup> Judicial Independence, Integrity, Diligence, Equality, Impartiality.

<sup>7</sup> Dort heißt es ausdrücklich unter 1.2: „The Statements, Principles and Commentaries are advisory in nature. Their goals are to assist judges with the difficult ethical and professional issues which confront them and to assist members of the public to better understand the judicial role. They are not and shall not be used as a code or a list of prohibited behaviours. They do not set out standards defining judicial misconduct.“

# Die Zerstörung der Rechtskultur 1933 bis 1945 und die Schwierigkeiten ihrer Wiederherstellung\*

Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts, Lübeck

## I. Zur Einleitung: Kultur/Rechtskultur

Ehe wir von der Rechtskultur und ihrer Zerstörung 1933 und in den folgenden Jahren in Deutschland sprechen, lohnt es sich, der *Kultur* begrifflich nachzugehen.

*Kultur* kommt von dem lateinischen Verb *colere*, das, wie wir im Lateinunterricht gelernt haben, zu übersetzen ist mit: *bebauen, pflegen, verehren*.

Diese dreifache Bedeutung ist hochinteressant und führt in die Geschichte der frühen Hochkulturen (!) zurück, etwa im Zweistromland an Euphrat und Tigris oder am Nil. Die *Kultur* begann mit dem Sesshaftwerden. Zunächst einmal also das Bebauen, der Ackerbau an Stelle der im Umherziehen betriebenen Viehwirtschaft. Wir finden *Kultur* also, sozusagen handfest, als Bebauen des Bodens mit landwirtschaftlichen Gütern, als Anbau. (In „Bebauen“ schimmert freilich auch als Annex oder als spätere Stufe das Bauen von festen Wohnungen, von Häusern durch). Die Überschweemmungen bringen es mit sich, dass die klare Einteilung der Felder immer wieder neu rekonstruiert und bekräftigt werden muss. Hier wird die zweite Bedeutung, nämlich das *Pflegen*, in besonderem Maße deutlich.

Kultur also als Pflege, als dauerhafte Erhaltung und, falls erforderlich, kontinuierliche Erneuerung eines einmal errungenen Zustands; dies ist zunächst ganz konkret zu verstehen, etwa was die Grenzen des einzelnen Ackers angeht, dann aber auch – auch zur Erreichung dieses Zwecks – im übertragenen Sinne, nämlich durch die Schaffung solcher Regeln (Normen), mathematischer aber auch in gewissem Sinne schon rechtlicher Art, die den Zustand und damit ein friedliches Miteinander sichern, Konflikte vermeiden oder bei ihrem Auftreten solche regeln. Die dritte Bedeutung des Wortes, verehren, können wir hier etwas eingrenzen, da es mehr um die Zustände auf der Erde als um deren gedachte Überwindung und Überschreitung, also das Transzendente, gehen soll. Nicht die Rede sein soll also von der Überhöhung des Bebauens, des Pflegens ins – auch dort der Wortstamm! – Kultische, zu den Religionen (*Kultus*). Aber wir können - und dann sind wir doch wieder enger an unserem Thema – „Verehren“ ja auch im Sinne von „Anerkennen“, „Respekt haben“, „Achten“ verstehen.

Warum habe ich die Herkunft des Wortes Kultur zur Erinnerung gebracht? Nun, wenn man einen Acker nicht ordentlich bebaut, ihn nicht ordentlich pflegt, dann wird nichts aus der Ernte. Und wenn man ein gewachsenes und anerkanntes Regelwerk nicht achtet, dann kann es schnell dahin sein. Ob das auch der geheime Wortsinn des Wortes *Rechtspflege* ist, den wir in Deutschland für die Einrichtungen der *Justiz* gebrauchen, dem letzten Begriff gegenüber ersichtlich bescheidener, weil er ja auch *Gerechtigkeit* bedeutet?

Und von der Herkunft, vom ursprünglichen Wortsinn des Begriffs *Kultur* erschließt sich auch am ehesten der Begriff *Rechtskultur*. Es geht darum, ob und wie beharrlich, wirkungsvoll und – um ein gutes, aber auch etwas in Mode gekommenes Wort zu gebrauchen – *nachhaltig* am Recht und mit dem Recht gearbeitet wird, welche Substanz, welche Anerkennung und welchen Stellenwert es hat.

## II. Auf kaltem Wege zu einer neuen Verfassung

Es kann durchaus gesagt werden, dass Deutschland zu Beginn des Jahres 1933 eine hohe *Rechtskultur* hatte. Schon im Kaiserreich war der Begriff des *Rechtsstaats* entwickelt worden, seit 1918/19 war das parlamentarisch-demokratische Element hinzugekommen. Das deutsche Recht und die deutsche Rechtswis-

senschaft waren weltweit anerkannt. Man denke nur daran, dass z.B. Japan um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert das deutsche Zivilrecht rezipiert und sich auch sonst an der deutschen Justiz orientiert hat.

Aber es gab auch schon vor 1933 Erosionen. Es hatte sich gezeigt, dass die deutschen Juristen, die Professoren wie die Richter, den neuen Staat, das Parlament und die demokratische Verfassung insgesamt nur als Hülse für von ihnen für bedeutsamer gehaltene Werte des (autoritären) Rechtsstaates ansahen. Mit anderen Worten: Die Werte des Kaiserreiches standen ihnen höher als die Errungenschaften der Demokratie. So kam es etwa, dass zu Recht von der Justiz der Weimarer Republik gesagt werden konnte, sie sei „auf dem rechten Auge blind“: Staatsanwaltschaften und Gerichte waren weit strenger bei (politisch motivierten) Straftaten von links als gegenüber der Vielzahl solcher Straftaten von rechts. Für die rechtsradikalen Straftäter wurde gar die juristische Ausrede – Konzeption ersonnen, sie handelten in Staatsnotwehr stellvertretend für die auf falsche Bahnen geratene Staatsführung.<sup>1</sup> So ist schon zu ahnen, welchen Weg diese Justiz im Nationalsozialismus nimmt.

Es ist viel über die Frage gestritten worden, ob die Weimarer Reichsverfassung im nationalsozialistischen Staat fortgegolten hat oder ob sie (und ggf. ab wann) außer Kraft gesetzt worden ist. Die Frage ist relativ müßig. Entscheidend ist, dass die Nationalsozialisten durch wenige gesetzgeberische Akte alsbald nach dem 30. Januar 1933 Kernstücke der Weimarer Reichsverfassung ersetzten und auf diese Weise ihren politischen Terror auf der Straße begleiteten. In gewisser Weise hat hier der berühmte amerikanische Spruch „Liberty dies by inches“ („Die Freiheit stirbt zentimeterweise“) seine Gültigkeit, aber es ist hier andererseits verfehlt von „inches“ (oder Zentimetern) zu sprechen. Denn mögen die Eingriffe in die Verfassung auch nur Teilstücke betroffen haben, so waren es doch mehr als „Scheibchen“, es ging um Kernbereiche. Die Eingriffe waren allerdings, so spektakulär sie jeweils waren, durchaus schwer in ihrer jeweiligen und in der gesamten Auswirkung zu erkennen. Und es wird hier ein Prinzip der Nationalsozialisten deutlich: doch dem äußeren Schein nach die formalen Regeln des Rechts einzuhalten und eine Fassade der rechtlichen Ordnung aufrecht zu erhalten.

Von den vielen Normen, die bereits im Jahre 1933 jedenfalls politisch eine neue Verfassung schufen (die Nationalsozialisten sprachen in diesem Sinne auch gern von ihrer „Revolution“) kann ich hier nur einige erwähnen, diese freilich schon aus der Frühzeit nach dem 30. Januar 1933: Es ist dies zunächst die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes* vom 4. Februar 1933, mit der die Versammlungsfreiheit, die Pressefreiheit und (direkt und indirekt) die freie Betätigung der politischen Parteien drastisch eingeschränkt wurden, etwa mit der Einschränkung des Rechts, Sammlungen zu politischen Zwecken zu veranstalten. Praktisch ging es schon um die Vorbereitung späterer Parteiverbote bis dahin, dass es schließlich nur noch eine Partei, nämlich die mit dem Staat in eins gesetzte NSDAP, gab.

Die genannte Verordnung weist übrigens Passagen auf, die bis in die Details der Wortwahl an das bismarcksche „Sozialistengesetz“ erinnern.<sup>2</sup>

Wie die Verordnung vom 4. Februar ist die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* vom 28. Februar 1933 („Brandverordnung“ oder „Reichstagsbrandverordnung“) eine solche, die auf den Notstandsartikel 48 der Weimarer Reichsverfassung gestützt ist. Beziehungsreich heißt es in ihrer Präambel: „Auf Grund des Artikels 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur *Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Staatsakte* (Herüberhebung des Verfassers) Folgendes erordnet: ...“ Es wird also der Reichspräsident als überkommenes höchstes Staatsorgan

\* Um einige Literaturhinweise erweiterter Vortrag des Verfassers am 20.01.2005 beim „Arbeitskreis 27. Januar“ in Eutin und zum 8. Mai 2005 in Prora/Rügen bei einer Veranstaltung des dortigen Dokumentationszentrums und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.dl.

Die Texte der letztgenannten Veranstaltung erscheinen demnächst in einem von Wolfgang Beutin u. a. herausgegebenen Sammelband im Verlag Peter Lang, Frankfurt/M. u. a.

<sup>1</sup> Vgl. die erste zusammenfassende Darstellung in der Nachkriegszeit hierzu: *Heinrich Hannover* und *Elisabeth Hannover-Drück*, Politische Justiz 1918–1933, Frankfurt (Fischer) 1966.

<sup>2</sup> S. hierzu *Hans-Ernst Böttcher*, Das Recht als Waffe im politischen Kampf – Das Sozialistengesetz von 1878 unter juristischem Aspekt, SchIHA 2004, S. 143 ff.

nach der Weimarer Reichsverfassung tätig, oder besser: Er wird im Sinne der neuen Regierung, nach der der Kommunistischen Partei in die Schuhe geschobenen Brandstiftung am Reichstag, in diesem Sinne instrumentalisiert. Die Verordnung sagt in ihrem Paragraphen 1: „Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung des Deutschen Reichs werden bis auf Weiteres außer Kraft gesetzt.“ In dankenswerter Offenheit wird dies dann in seiner ganzen Tragweite erläutert: „Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis, Anordnungen von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig.“ Einen aktuellen Bezug zu dem Reichstagsbrand hat § 5 der Verordnung, der nunmehr Brandstiftung nach § 307 des Strafgesetzbuches mit der *Todesstrafe* bedroht.

Es folgt das sog. *Ermächtigungsgesetz*, das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933, mit dem das Parlament sich selbst entmachtet und die Gesetzgebungsbefugnis nach deren Belieben auf die Reichsregierung überträgt und diese zugleich ermächtigt, mit ihren Gesetzen von der Reichsverfassung zu weichen.

Hiervon macht die Reichsregierung in bezeichnender Weise mit dem *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe* vom 29. März 1933 Gebrauch, das in seinem § 1 bestimmt: § 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 *gilt auch für Taten, die in der Zeit zwischen dem 31. Januar und dem 28. Februar 1933 begangen sind*.

Nun war, unter Verstoß gegen den weltweit anerkannten strafrechtlichen Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“, auch für die wegen des Reichstagsbrandes Verdächtigen im Falle ihrer Verurteilung durch das Reichsgericht (die dann später für den Angeklagten van der Lubbe erfolgte) die Todesstrafe vorgesehen, hatte doch der Brand in der Nacht vom 27. auf den 28. Februar 1933 stattgefunden. Eine Vorschrift dieser Art in die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933 aufzunehmen, also dem Reichspräsidenten von Hindenburg eine Vorlage zu präsentieren, die ausdrücklich das strafrechtliche Rückwirkungsverbot missachtete, hatten sich selbst die neuen nationalsozialistischen Herrscher nicht getraut.<sup>3</sup> Nun aber, nachdem sie mit dem „Ermächtigungsgesetz“ hierzu freie Hand hatten, machten sie davon Gebrauch.

### III. Der gleitende Übergang zur nationalsozialistischen Strafrechtsordnung und ihre Anwendung durch die Justiz

Mit dem *Strafgesetzbuch* hielten es die Nationalsozialisten ähnlich wie mit der (Weimarer) Verfassung. Sie ließen es weiter bestehen, erhöhten aber, wie bereits mit der Reichstagsbrandverordnung und dem Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe, drastisch die angedrohten Strafen und drohten insbesondere auch für Taten, für die dies völlig außer Verhältnis war, die Todesstrafe an. Sie schufen daneben einige wenige ergänzende Gesetze mit so bezeichnenden Kurznamen wie „Heimtückegesetz“ und „Volksschädlingverordnung“.

Gemeinsam war solchen Gesetzen, dass sie schwammige Tatbestandsbeschreibungen enthielten und dass sie, wie bereits angemerkt, extrem hohe Strafandrohungen enthielten und zumeist (fakultativ oder gar als Regel) die Todesstrafe vorsahen. Dies fügt sich, im äußerlich rechtsförmigen Gewand, ein in die Abschreckungspolitik der Nationalsozialisten und in ihre Missachtung des einzelnen menschlichen Lebens. Die Todesstrafe wird auf diese Weise zu einem alltäglichen Instrument der Strafzumessung in einer neuen, durch Willkür gekennzeichneten „Strafrechtsordnung“.

Dies wird sich mit Kriegsbeginn am 1.9. 1939 noch steigern. Die zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden Gesetze haben als Schubladengesetze schon lange vorgelegen, wie zum Beispiel die „Kriegssonderstrafrechtsverordnung“. Ihren besonderen Anteil an der massenhaften Verhängung der Todesstrafe hat dann die 1935 (zeitgleich mit der Wiedereinführung der Wehrpflicht und der Beset-

zung der entmilitarisierten Zone im Rheinland) geschaffene Wehrmachtsjustiz.

Insgesamt sind schließlich von 1933 bis 1945 circa 60 000 Todesurteile gefällt und vollstreckt – und dies ist nur eine einigermaßen gesicherte, aber immer noch geschätzte Zahl. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Zahl sich „nur“ auf die staatlich angeordneten Tötungen bezieht, die nach dem Spruch eines *Gerichts* vollstreckt wurden.

### IV. „Der Führer schützt das Recht“

Ein Schlaglicht auf die gleichzeitige Instrumentalisierung und Missachtung des Rechts durch die Nationalsozialisten werfen die Vorfälle Ende Juni/Anfang Juli 1934, die gemeinhin mit dem (von den Nationalsozialisten bewusst erfundenen) schönfärbereischen Begriff „*Röhm-Putsch*“ umschrieben werden. Worum ging es?

Aus den verschiedensten parteiinternen machtpolitischen Gründen entschied sich Hitler 1934, auf die (ursprünglich aus der SA hervorgegangenen) *Schutzstaffeln* (SS) einerseits und auf die sich ihm bereits jetzt als ergeben zeigende (später, nach Hindenburgs Tod, auch auf ihn vereidigte) Wehrmacht als bewaffnete Machtinstrumente zu setzen und nicht mehr oder nur noch weniger auf die *Sturmabteilungen* (SA), die ursprünglich parteiinterne Ordner- und Schlägerorganisation, die inzwischen massenhaften Zulauf hatte und im Übrigen teilweise mit Polizeifunktionen beauftragt worden war und zunächst auch zahlreiche der frühen Konzentrationslager organisierte.

Hitler ließ am 30. Juni, 1. und 2. Juli Röhm und andere SA-Führer, daneben auch ihm missliebige Politiker anderer Gruppierungen, – um es so zu nennen, wie es war – durch einzelne beauftragte Killer aus der SS *umbringen*.

Um dies zu bemänteln, erging am 3. Juli 1934 das *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*, das wörtlich lautet:

„Einzigster Artikel

Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens.“

Hier wird also der blanke Mord per Gesetz für rechtmäßig erklärt. Das gemäß dem *Ermächtigungsgesetz* durch die Reichsregierung erlassene „Gesetz“ ist konsequenter Ausdruck der politischen Philosophie des Staatsrechtlers *Carl Schmitt*, für den „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand bestimmt.“ Carl Schmitt, der zu der Zeit einen rasanten Aufstieg in der Hierarchie der NS-Wissenschaftspolitik erlebte, schrieb denn auch wenige Wochen nach dem Mord und dem Mordgesetz einen Aufsatz mit dem zynischen Titel: „Der Führer schützt das Recht“<sup>4</sup>.

### V. Sondergerichte und Volksgerichtshof

Wie bei der Verfassung und beim Strafrecht, so auch bei der Gerichtsorganisation: Auch hier änderten die Nationalsozialisten wenig und erzielten dennoch große Veränderungseffekte. Es blieb also die traditionelle Gerichtsorganisation (mit Amtsgerichten, Landgerichten, Oberlandesgerichten und dem Reichsgericht in Zivil- und Strafsachen) bestehen. Schon ab März 1933 wurden aber für eine Vielzahl von Straftaten statt der Landgerichte die *Sondergerichte* zuständig (deren Revisionsinstanz, wie für die Landgerichte, das *Reichsgericht* blieb). Für den Bereich des Landes- und Hochverrats wurde im Juli 1934 ein neuer Gerichtshof, der so genannte *Volksgerichtshof* geschaffen, der nach dem Krieg zu Recht als nationalsozialistisches Terrorinstrument im falschen Gewande eines Gerichts bezeichnet worden ist.

Für die Zeit ab Kriegsbeginn, also ab 1.9.1939, ist ferner zu bedenken: Allein personell war die Rechtspflege vollständig ausgedünnt, da ein großer Teil der Justizbediensteten, auch der Richter und Staatsanwälte, Dienst in der Wehrmacht tat. Unter anderem wegen der stark reglementierten Kriegswirtschaft spielten Streitigkeiten vor den Zivilgerichten nur noch eine geringe Rolle. Den Gerichten blieben die wichtigen Aufgaben der Register und insbesondere des Grundbuchs; im strafrechtlichen Bereich hatte sich der Schwerpunkt (s. o.) zu den Sondergerichten verschoben.

<sup>3</sup> Zum zeitlichen und gesetzgeberischen Ablauf im Einzelnen s. *Dieter Deiseroth* (Hrsg.), *Der Reichstagsbrand: Prozess und Rechtsstaat*, in: ders., *Der Reichstagsbrand und der Prozess vor dem Reichsgericht*, Berlin (Tischler) 2005, S. 86 (Fn. 126).

<sup>4</sup> DJZ 1934, Sp. 915 ff.

## VI. „Justiz“ als Bestandteil des NS-Unrechtssystems

Was die Justiz angeht, kann man das nationalsozialistische Herrschaftssystem als ein Nebeneinander der als Fassade aufrechterhaltenen Rechtsordnung einschließlich der Gerichte und der „ordentlichen“ (nach wie vor) zur Justiz gehörigen und unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaften betriebenen) Gefängnisse und Zuchthäuser einerseits und eines eigenen Terrorsystems von SS, Polizei und Gestapo andererseits bezeichnen. Dabei waren die Übergänge allerdings durchaus fließend, etwa bei den „Moorlagern“, in denen zum Teil von den Gerichten verhängte Strafen verbüßt wurden, die zu einem anderen Teil aber Konzentrationslager waren.

Den Justizjuristen blieb natürlich die Existenz der vollends von Willkür gekennzeichneten „Nebenordnung“ von SS, Gestapo und Polizei nicht verborgen, etwa wenn freigesprochene Angeklagte am Ausgang des Gerichts von der Gestapo in Empfang genommen und ins Konzentrationslager verbracht wurden. Ein besonders deutliches wie makabres Dokument nicht nur des Wissens, sondern der Zusammenarbeit zwischen Justiz und Polizei ist das Protokoll einer Besprechung zwischen hohen Beamten des Reichsjustizministeriums einerseits und der Gestapo andererseits, an der auch die Generalstaatsanwälte Dr. Jung aus Berlin und Dr. Semler aus Hamm teilnahmen. Die Besprechung hatte, nachdem „der Justiz“ nicht mehr hatte verborgen bleiben können, dass Untersuchungsgefangene gefoltert worden waren, die „geregelt“e Durchführung“ von „verschärften Vernehmungen“ zum Gegenstand. In dem Protokoll vom 8.6.1937<sup>5</sup> wurde im Einzelnen, bis hin zur Beschreibung eines „Einheitsstockes“ festgehalten, welches offiziell die zugelassenen Formen des Schlagens bei „verschärften Vernehmungen“ sein sollten.

Bei allem war die Justiz sehenden Auges zur Kumpanin des Willkürsystems geworden. Die Richter waren zwar nach wie vor formal unabhängig, hatten aber in vielfachen Sinne des Wortes ihre „Selbstgleichschaltung“ betrieben. Damit meine ich zum einen - beruhend auf der eingangs geschilderten ablehnenden Haltung gegenüber der demokratischen Verfassung von Weimar die Bereitschaft, die alten Gesetze im Sinne der nationalsozialistischen Politik auszulegen und die neuen Gesetze nicht auf ihre Menschenrechtsverletzungen hin zu prüfen, sondern sie begeistert anzuwenden. Zum anderen meine ich die Selbstauflösung der selbständigen juristischen Berufsverbände und die begeisterte Eingliederung in den Nationalsozialistischen Rechtswahrerbund und andere berufliche oder allgemeine Organisationen der NSDAP, daneben natürlich den Drang zur Mitgliedschaft in der NSDAP selbst, kurz: den grenzenlosen Opportunismus der Richter, die ein Bollwerk der Freiheit hätten sein können und stattdessen einzeln und als Berufsgruppe insgesamt kläglich versagten.

Um so mehr müssen die (an zwei Händen abzuzählenden) Ausnahmen genannt werden: Stellvertretend nenne ich *Lothar Kreyszig*, Amtsrichter in Brandenburg an der Havel, der sich der ihm bekannt gewordenen massenhaften Tötung der Geisteskranken in den Anstalten widersetzte, und Reichsgerichtsrat *Hans von Dohnany*, der wegen seiner Einbindung in die Attentatspläne vom 20. Juli 1944 inhaftiert und noch kurz vor Kriegsende umgebracht wurde; Kreyszig dagegen, der in den vorzeitigen Ruhestand gegangen war, konnte nach 1945 noch als Kirchen-Verwaltungsjurist in der sowjetischen Besatzungszone und insbesondere als Gründer der „Aktion Sühnezeichen“ wirken.

In Zusammenhang mit der „Selbstgleichschaltung“ ist noch zu erwähnen: Richterschaft und Anwaltschaft haben klaglos und (wegen der dadurch frei werdenden (Beförderungs-)stellen geradezu opportunistisch die Herausdrängung von Kolleginnen und Kollegen hingenommen, denen die Tätigkeit für demokratische Parteien, insbesondere die SPD, vor 1933 vorgeworfen wurde, oder die (dazu siehe unten) von den Nationalsozialisten als Juden verfolgt wurden. Diese Entwicklung hatte schon unmittelbar nach dem 30. Januar 1933, zunächst mit Maßnahmen individueller Bedrohung, begonnen; sie fand dann ihre rechtsförmliche Fortsetzung mit dem zynisch so genannten *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933*.

<sup>5</sup> BMJ (Hrsg.), im Namen des Deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus (Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz), Köln (Verlag Wissenschaft und Politik, Behrend von Nottbeck), 1989, S. 160 f.

Vergleichbares vollzog sich in der Anwaltschaft, in der besonders viele freie Geister, die zugleich auch Politiker waren, vertreten waren und in der sich auch, in Berlin noch mehr als im übrigen Reichsgebiet, viele jüdische Anwälte fanden; es lag auf der Hand, dass der freie Beruf des Rechtsanwalts frühzeitig und fortwirkend bis in die Weimarer Republik, den im Staatsdienst noch bis zum Ende des wilhelminischen Kaiserreiches diskriminierten Juden die Möglichkeit zur Betätigung in einem akademischen juristischen Beruf geboten hatte.<sup>6</sup> Sie hatten hier Entscheidendes zur Rechtskultur, insbesondere auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts, des Zivilprozessrechts und der Strafverteidigung, beigetragen.<sup>6a</sup>

## VII. Die Beteiligung der Juristen an der Entrechtung und Tötung der Juden in Deutschland und Europa

Das menschenverachtende System des NS hatte seinen mörderischen Fixpunkt in der Entrechtung der Juden, bis zur millionenfachen planmäßigen Tötung. Auch hier ergänzten sich planmäßig politischer Terror und Ausgrenzung aus dem Rechtssystem. Die faktische Diskriminierung begann bereits, insbesondere mit von der SA inszenierten Boykottmaßnahmen gegen jüdische Geschäfte, im Frühjahr 1933. Mit den „*Nürnberger Gesetzen*“ vom September 1935 wurden die jüdischen Mitbürger planmäßig als „Staatsbürger zweiter Klasse“ ausgegrenzt. Wem es nicht gelang zu emigrieren, der wurde Opfer der Konzentrations- und Vernichtungslager.

Hier kann und soll nicht die Geschichte der *Shoa* nachgezeichnet werden. Vielmehr will ich darauf hinweisen, dass an allen Schritten, von der faktischen Abschaffung des Gleichheitssatzes mit der Definition unterschiedlicher Klassen von Bürgern durch die Verwaltungsanordnungen über das Verbot der Benutzung von Parkbänken und das Tragen des „Judensternes“ bis hin zur verwaltungsmäßigen Organisation der Transporte in die Vernichtungslager *Juristen* beteiligt waren; Menschen also mit einer soliden akademischen Ausbildung, vielfach juristisch noch sozialisiert in der Zeit der Weimarer Republik,<sup>7</sup> also unter der Geltung einer demokratischen Verfassung mit Gewaltenteilung und insbesondere unabhängiger Justiz.

Besonders benennen als Stücke juristischer Perfidie will ich zwei Ereignisse. Eine von Göring geleitete Konferenz hoher Juristen und anderer Verantwortlicher aus Staat und NSDAP nach den Pogromen vom 9. November 1938<sup>8</sup> und die „Wannsee-Konferenz“ vom 20.1.1942. Bei der Konferenz im November 1938 brachten es die anwesenden Juristen fertig, neben anderen diskriminierenden gesetzlichen Maßnahmen auf dem Gebiet des Wirtschaftslebens, eine *Verordnung über eine Sühneleistung der Juden deutscher Staatsangehörigkeit* vom 12. November 1938 zu formulieren mit dem Wortlaut:

„Die feindliche Haltung des Judentums gegenüber dem deutschen Volk und Reich, die auch vor feigen Mordtaten nicht zurückschreckt, erfordert entschiedene Abwehr und harte Sühne.

Ich bestimme daher auf Grund der Verordnung zur Durchführung des Vier-Jahres-Plans vom 18. Oktober 1936 ... das Folgende:

§ 1

Den Juden deutscher Staatsangehörigkeit in ihrer Gesamtheit wird die Zahlung einer Kontribution von 1000 000 000 Reichsmark an das Deutsche Reich auferlegt.

...

Berlin, den 12. November 1938

Der Beauftragte für den Vierjahresplan

Göring“

<sup>6</sup> Die Zahlen von 1933 nach *Udo Beer*, Die Juden, das Recht und die Republik, Frankfurt/M. u.a. (Verlag Peter Lang) 1986: 28,5% der 11810 Anwälte; 32,9 % der 6226 Notare; 7,1 % der 10439 Richter und Staatsanwälte sowie 9,2% der 10246 Referendare waren jüdischer Herkunft – man muss hinzufügen: schon damals nach den diskriminierenden Definition von Nazi-Autoren, so etwa die von *Beer* aaO., S. 107 f. und S. 203 f., zitierten *Erwin Noack* und *Sievert Lorenzen*.

<sup>6a</sup> Zum Schicksal jüdischer Juristen s. das große Gedenkbuch von *Horst Göppin-ger*, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“ – Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl., München (C.H. Beck) 1990.

<sup>7</sup> Zur Dokumentation des juristischen Wirkens einer einzelnen Person: *Reinhard M. Strecker*, Dr. Hans Globke – Aktenauszüge/Dokumente, Hamburg (Rütten & Löhning) 1961; s. auch *Peter Weber*, Die Mitwirkung der Juristen an der Wannsee-Konferenz, SchlHA 2005, S. 207 ff.

<sup>8</sup> Das Protokoll der Konferenz ist aus den Akten des Hauptkriegsverbrecherprozesses in Nürnberg abgedruckt bei *Martin Hirsch*, *Diemuth Majer*, *Jürgen Meinck* (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, Köln (Bund-Verlag) 1984, S. 364 ff.

Nach der (im Einzelnen dokumentierten) Diskussion bekamen also die Opfer des Pogroms letzten Endes selbst noch die Zahlung einer besonderen Ersatzsumme auferlegt.

Auch die „*Wannseekonferenz*“ erwähne ich deshalb, weil an dieser Konferenz, bei der die planmäßige Ermordung der Juden Europas endgültig konzipiert wurde, unter dem Vorsitz Heydrichs neben hohen SS- und Polizeiführern die Staatssekretäre sämtlicher direkt und mittelbar betroffenen Ministerien anwesend waren, allesamt *Juristen*.<sup>9</sup>

Sie machten sich die Mordpläne ebenso zu eigen, wie dies am 22. April 1941 die Präsidenten der Oberlandesgerichte und die Generalstaatsanwälte im Deutschen Reich durch Schweigen taten, als sie in die Pläne zur massenhaften Tötung Geisteskranker eingeweiht wurden und es ihnen auf diese Weise nahe gelegt wurde, auf strafrechtliche Ermittlungen wegen der (nach wie vor, auch im nationalsozialistischen Unrechtsstaat, strafbaren!) Morde zu ermitteln.<sup>10</sup> Ganz anders, wie oben bereits kurz angemerkt, der sich als Vormundschaftsrichter verantwortlich fühlende Amtsrichter Kreyssig aus Brandenburg an der Havel, der im Übrigen schließlich mit seinen Demarchen bei Freisler und anderen letzten Endes mit bewirkte, dass die Mordaktionen beendet wurden.

### VIII. Das Grundgesetz als Antwort auf den Unrechtsstaat des Nationalsozialismus und auf die Unzulänglichkeiten der Weimarer Reichsverfassung

Das Grundgesetz von 1949 ist, wie es zuvor auch schon die Länderverfassungen waren, zugleich die Antwort auf die – nunmehr erkannten – Unzulänglichkeiten der Weimarer Reichsverfassung und, nachdem man nunmehr aus der Erfahrung des krassen Unrechts und der Rechtsverleugnung die Menschenrechte noch mehr zu schätzen wusste, die Antwort auf die oben an einigen Beispielen geschilderte Suspendierung des Rechts und auf das Versagen der Justiz im Nationalsozialismus.

Ich will hier die Konsequenzen im eher staatsorganisatorischen Bereich nur streifen: Die Rückbesinnung auf den föderalen Staatsaufbau, die verfassungsrechtliche Verankerung der politischen Parteien, die Einführung des „konstruktiven Misstrauensvotums“, die reduzierte Macht des Bundespräsidenten, um nur einige zu nennen. All dies ist wohl erwogen, erscheint jedoch in gewissem Sinne auch als der Versuch, sozusagen Hitler nachträglich zu verhindern. So wie ins Beamtenrecht als Voraussetzung eingeführt wurde, dass ein Beamter zuvor regelmäßig die deutsche Staatsangehörigkeit bereits besitzen muss. In Weimar war es umgekehrt gewesen. Durch die Ernennung zum braunschweigischen Regierungsrat im Jahre 1932 hatte der bis dahin staatenlose Hitler die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt und auf diese Weise die Voraussetzung für die spätere Wählbarkeit zum Reichskanzler geschaffen ...

Ich will mich hier konzentrieren auf die generelle „Architektur“ des Grundgesetzes zum Verhältnis Individuum/Staat, auf die Grundrechte und deren Bedeutung für die drei Staatsgewalten und schließlich auf die Normen, die die Justiz betreffen.

• Das Grundgesetz hat, in Umkehrung der Konstruktionen früherer Verfassungen und insbesondere derjenigen der Weimarer Republik, schon rein äußerlich die *Grundrechte der Individuen* an den Anfang der Verfassung gestellt. Es hat überdies, wie es sich aus Absatz 3 des Artikel 1 des Grundgesetzes ergibt, die Grundrechte (von bloßen Programmsätzen, so in der Weimarer Republik) zu *unmittelbar anwendbarem Recht, das alle Staatsgewalt bindet*, gemacht. Jegliches weiteres Recht der Bundesrepublik Deutschland muss sich also an den Grundrechten messen lassen, sie sind *Maßstab*, nicht mehr beliebige Normenmasse in der Abwägung gegenüber anderen Rechtssätzen.

• Unter den Grundrechten finden wir (oder richtiger: fanden wir bis 1993) das Asylrecht, sozusagen im Gedenken an die rettende Generosität anderer Staaten gegenüber deutschen Emigranten; wir finden in Absatz 3 des Artikel 4 das Recht auf Kriegsdienst-

verweigerung, gegenüber deutscher staatsautoritärer Tradition geradezu eine Revolution und – trotz des jahrelang damit verbundenen fragwürdigen Anerkennungsverfahrens – ein beredetes Beispiel für den Vorrang der Grundrechte gegenüber dem, was man früher Staatsräson nannte.

• Ich erwähne ausdrücklich in diesem Zusammenhang auch die Abschaffung der Todesstrafe (Artikel 102).

• Was die *Rechtspflege* im Übrigen angeht, hat das Grundgesetz nicht nur traditionelle Bestimmungen aus bürgerlichen Verfassungen aufgenommen, insbesondere in Art. 97 Abs. 1 GG: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“. In Artikel 92 des Grundgesetzes heißt es, in einer neuen Konzeption von Justiz: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut.“ Hieraus wie aus dem im Grundgesetz veränderten System der für Deutschland völlig neuen *Wahl* der Bundesrichter und (siehe unten) der Richter des Bundesverfassungsgerichts geht hervor, dass das Richteramt *konkreten Personen*, und nicht etwa *Institutionen* anvertraut ist.

Die Richterinnen und Richter sollen sich nicht, wie die in eine Hierarchie eingebundenen Beamten, hinter den Institutionen verstecken (können), sie sollen, in ihrer Unabhängigkeit geschützt, aber auch in persönlicher Verantwortung, ihr Amt wahrnehmen. Mit aller Deutlichkeit ist geklärt, dass sie, wiewohl Teil der Staatsgewalt, eine unabhängige dritte Gewalt bilden, in jeglicher Hinsicht von der Exekutive getrennt und im Status nicht mehr an den Beamten orientiert.

• Es ist nur konsequent, dass die Mütter und Väter des Grundgesetzes zum Schutze der demokratischen Regeln des Staatsorganisationsprozesses und insbesondere der Grundrechte der Bürger ein *Gericht* geschaffen haben, das nicht nur Elemente des früheren *Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich* aus der Weimarer Republik aufnimmt, sondern in seinen Kompetenzen weit darüber hinaus geht: das *Bundesverfassungsgericht*. Hier wird die Erkenntnis aus vielen historischen Erfahrungen gezogen, dass geschriebenes Recht nur dann wirklich etwas wert ist, wenn es gerichtlich durchsetzbar ist. Dies gilt hier ganz besonders für die Grundrechte, auf deren Einhaltung der Bürger jetzt mit der Verfassungsbeschwerde dringen kann.

Das Bundesverfassungsgericht ist seit seiner Gründung im Jahre 1951 der *große rechtsstaatlich-demokratische Lehrmeister der Juristen* in der Bundesrepublik bei der Interpretation der neuen Verfassung, des Grundgesetzes, geworden. Nach mühsamen Anfängen (etwa bei der gesetzlichen Verankerung und praktischen Umsetzung der rechtlichen Gleichstellung zwischen Mann und Frau) ist das Grundgesetz mit seiner neuen Ordnung „Bürgerrechte vor Staatsräson“ allmählich zum selbstverständlichen vorrangigen „Handwerkszeug“ aller Juristinnen und Juristen geworden. Die Umsetzung in die tägliche Rechtswirklichkeit hat allerdings den Zeitraum von ein bis zwei Generationen gebraucht.

• Gesetze allein schaffen noch keine Rechtswirklichkeit. Ihre Anwendung und Auslegung hängt ab von den handelnden Personen an den zur Entscheidung berufenen Gerichten. Für die freiheitlich orientierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war es gewiss von großer Bedeutung, dass die neue Rechtsprechungs-tradition begründet wurde durch die „Erstbesetzung“, die fast vollständig aus in jeder Hinsicht integeren, unbelasteten Personen bestand, vielfach mit beeindruckendem Verfolgungsschicksal.

Ich erwähne beispielhaft den aus der Emigration in New York zurückgekehrten *Dr. Rudolf Katz*,<sup>11</sup> der vor seiner Berufung als Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Justizminister in Schleswig-Holstein war; ferner *Prof. Dr. Gerhard Leibholz*, Ehemann einer Schwester Dietrich Bonhoeffers und Schwager Hans von Dohnanys. Leibholz war aus der britischen Emigration zurückgekehrt und lehrte, wie vor 1933 (damals als ganz junger Mann) als Professor in Göttingen. Auch an anderen Gerichten hatten ehemalige verfolgte Demokraten in Leitungspositionen eine Anstellung gefunden. Ich nenne beispielhaft neben dem aus der Emigration in Schweden zurückgekehrten, allen bekannten *Fritz Bauer* (zuletzt Generalstaatsanwalt in Frankfurt/M.) den 1941 vom Volksgerichtshof zu drei Jahren Zuchthaus wegen Vorbereitung zum Hochverrat verurteilten Stuttgarter Generalstaatsanwalt und (ab

<sup>9</sup> S. Peter Weber aaO.

<sup>10</sup> Helmut Kramer, OLG-Präsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-„Euthanasie“. Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord, in: Kritische Justiz (KJ) 1984, S. 25 ff., nachgedruckt in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden (Nomos) 1998, S. 413ff.

<sup>11</sup> Gerhard Paul, „Herr K. ist nur Politiker und als solcher aus Amerika zurückgekommen“ – Die gelungene Remigration des Dr. Rudolf Katz SchIHA 1999, S. 59 ff.

1953) Oberlandesgerichtspräsidenten *Richard Schmid*<sup>12</sup> den aus den USA zurückgekehrten früheren Kasseler Anwalt und nunmehr Richter und Landgerichtspräsidenten *Erich Lewinski*<sup>13</sup> sowie den als Leutnant der französischen Fremdenlegion „heimgekehrten“ *Heinz Weil*, der später Präsident des Landgerichts Ellwangen wurde<sup>14</sup>. Sie fanden im Amt ihre Anerkennung, waren aber gewiss unter den alsbald wieder eingestellten Kollegen, die schon vor 1945 amtiert hatten, schon wegen ihrer so gänzlich anderen Lebensgeschichte Außenseiter.

Ganz im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht war die erste Besetzung des 1950 neu gegründeten *Bundesgerichtshofs*, der im Wesentlichen die Funktion des ehemaligen Reichsgerichts übernahm, eher nach klassischer deutscher Juristentradition geprägt. Es fanden sich unter den Richtern auch viele Angehörige des ehemaligen Reichsgerichts und unter ihnen wie unter den übrigen Richtern der Republik auch schwer belastete NS-Richter<sup>15</sup>.

Es hat, wie bereits oben angedeutet, bis mindestens in die achtziger, wenn nicht neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts gedauert, bis man (vielleicht) von den deutschen Justiz sagen konnte, sie sei insgesamt eine demokratische, plurale, strikt an den Grundrechten orientierte Justiz<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> S. *Hans-Ernst Böttcher*, Richard Schmid (31.3. 1899 bis 1.1. 1986) – ein Radikaler im öffentlichen Dienst, SchIHA 2001, S. 53 ff.

<sup>13</sup> Zu ihm s. *Antje Dertinger*, Die drei Exile des Erich Lewinski, Gerlingen (Bleicher Verlag), 1995.

<sup>14</sup> S. seine Autobiographie: *Heinz Weil*, Am Rande des Strudels – Erinnerungen 1913–1983, 2. Aufl., Stuttgart (Kohlhammer) 1988.

<sup>15</sup> Zur Frühgeschichte des BGH neuestens *Klaus-Detlev Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland, Berlin (Tischler) 2005; s. auch den hochinteressanten autobiographischen Aufsatz des ehemaligen Bundesrichters und zuvor Reichsanwalts beim Reichsgericht *Carl Kirchner*, Reichsgericht und Bundesgerichtshof – Berufsherkunft, Alterszusammensetzung und Schicksal seiner Mitglieder, DRiZ 1959, S. 107 ff.

<sup>16</sup> Hierzu etwa *Hans Wrobel*, Verurteilt zur Demokratie – Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945–1949, Heidelberg (Decker & Müller) 1989; *Klaus-Detlev Godau-Schüttke*, Demokratische Justiz oder Justiz in der Demokratie? Reflektionen über die

Es hatte sich – um auf den Eingang zurückzukommen – gezeigt, wie verheerend es ist, wenn man den Acker des Rechts so sträflich vernachlässigt, und wie mühsam es ist, den Boden zu bereiten und ihn wieder oder überhaupt erst nach guten Maßstäben zu bebauen.

#### Literaturhinweise:

- Zur demokratiefeindlichen Justiz in der Weimarer Republik: *Heinrich Hannover und Elisabeth Hannover-Drück*, Politische Justiz 1918–1933, Frankfurt (Fischer) 1966 (vergriffen, in der Folgezeit bei wechselnden Verlagen nachgedruckt)
- *Martin Hirsch, Diemuth Majer, Jürgen Meinck* (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, Köln (Bund-Verlag) 1984
- *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Im Namen des Deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus (Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz), Köln (Verlag Wissenschaft und Politik Behrend von Nottbeck) 1989
- *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München, Kindler) 1987 (vergriffen, zum Teil noch in der bei Knauer erschienenen Taschenbuchausgabe erhältlich)
- Alle mit dem Datum bezeichneten Gesetze sind im Reichsgesetzblatt (RGBl) auffindbar
- Als Dokument der Zeitgeschichte von einem Hochschullehrer vor und (mit einer gewissen Pause) nach 1945: *Ernst Rudolf Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., Hamburg (Hanseatische Verlagsanstalt) 1939

bundesrepublikanische Justiz 50 Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges, SchIHA 1995, S. 225; *Hans-Ernst Böttcher*, Justiz in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens, Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. II, Heidelberg (C. F. Müller) 2002, Einleitung vor Art. 92 ff.

## Gleichheitssatz und Gleichheitsbegriff – zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG im fachgerichtlichen Verfahren und im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten

Dr. Georg-Friedrich Güntge, Staatsanwalt, Flensburg/Karlsruhe\*

### I. Einleitung

Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gehört fraglos zu den zentralen Rechtsprinzipien unserer Verfassung.

Seine Bedeutung für die Fachgerichtsbarkeiten und die ordentlichen Gerichte – auch in Schleswig-Holstein – ist unbestritten. Nicht nur in der Verwaltungs-<sup>1</sup> und Sozialgerichtsbarkeit,<sup>2</sup> auch in den Verfahren vor den Zivil-<sup>3</sup> und Strafgerichten<sup>4</sup> des nördlichsten Bundeslandes spielt er eine entscheidende Rolle. Inzwischen ist die Kasuistik des Bundesverfassungsgerichts, das über angebliche Gleichheitsverstöße in den Judikaten sämtlicher Zweige der deutschen Gerichtsbarkeit zu befinden hat, kaum noch überschaubar.<sup>5</sup> Gleichwohl wäre es ein Trugschluss zu glauben, dass insoweit klare Regeln für die Anwendung des Gleichheitssatzes existieren müssten. Dies findet seinen Grund nicht zuletzt darin, dass dieser mit dem Terminus der „Gleichheit“ einen wertungs- und definitionsbedürftigen Begriff enthält. Auf die Frage, was „gleich“ bzw. „gleich im verfassungsrechtlichen Sinne“ ist, gibt der

Wortlaut des allgemeinen Gleichheitssatzes selbst keine Antwort.<sup>6</sup> Die Frage darf aber nicht unbeantwortet bleiben, denn ohne Bestimmung der „Gleichheit“ ist eine Anwendung des Gleichheitssatzes nicht möglich. Nur wer zuvor geprüft hat, was gleich ist, kann anschließend feststellen, dass in rechtlich erheblicher Weise ungleich gehandelt wurde.

Dem Begriff der Gleichheit, seinem Inhalt und seiner Bedeutung im Systemgefüge des allgemeinen Gleichheitssatzes will sich dieser Beitrag im Folgenden widmen.

### II. Die geschichtlichen Wurzeln des Gleichheitssatzes

Wer eine normbezogene Betrachtung des Gleichheitsbegriffs vornehmen will, kommt an einer Betrachtung der Norm selbst – also des Gleichheitssatzes – nicht vorbei. Auch wenn der Gleichheitssatz nicht explizit definiert, was Gleichheit ist, besteht Hoffnung, durch seine historische Betrachtung erste Anhaltspunkte für eine sinnvolle Interpretation des Begriffs der Gleichheit im verfassungsrechtlichen Sinne zu finden.

Geschriebenes Recht ist der Gleichheitssatz erst seit Ausgang des 18. Jahrhunderts. Seit der Bill of Rights of Virginia aus dem Jahr 1766 ist er fester Bestandteil jedes Grundrechtskatalogs gewesen.<sup>7</sup> Einhergehend mit dem Wandel der Zeiten hat sich auch

\* Der Autor ist zur Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet.

<sup>1</sup> Vgl. OVG Schleswig SchIHA 2003, 255 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil v. 17. August 2005 – L 5 KR 68/04 (juris).

<sup>3</sup> Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1996, 125 f. (= SchIHA 1995, 317 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. OLG Schleswig SchIHA 1984, 81.

<sup>5</sup> *Schoch*, DVBl. 1988, 863, 864; vgl. aus der neueren Rspr. u. a. BVerfGE 111, 382 102, 41 ff..

<sup>6</sup> *Eyermann*, Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?, in: BayVerfGH-FS, S. 46.

<sup>7</sup> *Rüfner*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hg.), BK (Stand: 117. Aktualisierung), Art. 3 Rn.2.

die dem Gleichheitssatz beigemessene Bedeutung geändert. War der Gleichheitssatz der französischen Verfassung von 1793 noch ein Postulat revolutionärer Forderung nach Abschaffung des Ständestaats,<sup>8</sup> sahen bereits die Vertreter der Paulskirchenversammlung in ihm ein Gebot zu Rechtsgleichheit. War damit auch vorrangig Rechtsanwendungsgleichheit gemeint, so gab es doch schon bereits vereinzelte Stimmen, die eine Beachtung des Gleichheitspostulats durch den Gesetzgeber anmahnten: „Für alle Personen und Sachen, welche sich in gleicher Lage befinden, müssen gleiche Gesetze bestehen.“<sup>9</sup> Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wuchs sich der Gleichheitssatz zu einer Forderung nach politischer, sozialer und ökonomischer Gleichberechtigung aus und entwickelte sich schließlich zu einem Abwehrinstrumentarium gegenüber parlamentarischer Allgewalt.<sup>10</sup>

In Deutschland nahm der Gleichheitssatz in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts eine weitere Fortentwicklung. In der Rechts- und Staatsphilosophie der Weimarer Zeit wandelte sich der Gleichheitssatz endgültig von einem Gebot der „Rechtsanwendungsgleichheit“ hin zu einem Gebot der „Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit“. Verbindlich sollte der Gleichheitssatz für den Staat nicht nur bei der Umsetzung der von ihm gesetzten Normen sein. Bereits im Gesetzgebungsverfahren sollten seine Wirkungen greifen.<sup>11</sup> Seine – vorläufig – letzte Fassung im deutschen Recht hat der Gleichheitssatz in seiner allgemeinsten Form in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes rund 180 Jahre nach der Bill of Rights of Virginia gefunden: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“.

Die Ursprünge des Gleichheitssatzes reichen gleichwohl tiefer zurück als bis in das 18. Jahrhundert. Die ältesten Quellen unserer (Rechts-) Kultur geben hierüber Zeugnis. So heißt es schon im Alten Testament über die Aufgabe der Richter: „Keine Person sollt ihr im Gericht ansehen, sondern sollt den Kleinen hören wie den Großen und vor niemand Person euch scheuen, denn das Gerichtsamt ist Gottes.“<sup>12</sup> Dies meint Gleichheit vor dem Gesetz. Ebenfalls in vorchristlicher Zeit liegen die Anfänge einer Interpretation des Gleichheitssatzes, die weit über sein Verständnis als Gebot zu formaler Gleichbehandlung vor dem gesetzten Recht hinausgeht. In der Antike wird damit begonnen, den Gleichheitssatz mit dem Begriff der Gerechtigkeit gleichzusetzen, zumindest aber die Gleichheit zu einem maßgeblichen Kriterium für die Bewertung eines Verhaltens oder Zustands als „gerecht“ zu machen. Es ist unter anderem Aristoteles, der davon spricht, „dass Gleichheit gerecht sei“. Allerdings – so seine Einschränkung – sei Gleichheit gerecht nur unter Ebenbürtigen.<sup>13</sup> Diese Feststellung führt ihn zu zwei weiterreichenden Folgerungen. Die eine lautet: „Gleiche müssten Gleiches erhalten.“<sup>14</sup> Gerecht sei aber nicht nur die Gleichheit. Auch Ungleichheit – und dies ist seine zweite Folgerung – könne gerecht sein, allerdings nur unter Unebenbürtigen.<sup>15</sup>

Spätestens seit diesen aristotelischen Überlegungen gehört der Begriff der „Ungleichheit“ ebenso zum materiellen Gehalt des Gleichheitssatzes wie der Begriff der „Gleichheit“: „Gleiches ist gleich, Ungleiches ist ungleich zu behandeln.“<sup>16</sup> Und Gleichheit ist mehr als ein Begriff innerhalb eines Rechtssatzes. Sie ist – mag man dies auch, wie *Starck*,<sup>17</sup> bedauern – Ausdruck von Gerechtigkeit, wenn nicht Synonym für die Gerechtigkeit schlechthin. In dieser Weise ist sie über das Mittelalter bis in die Neuzeit hinein verstanden worden.

*Thomas von Aquin* hat angedeutet, dass das Moment der Gleichheit schon im Wort „iustitia“ enthalten sei: „Sie (die Gerechtigkeit) besagt nämlich eine gewisse Gleichheit, wie der Name (iustitia) selbst anzeigt. Man sagt nämlich gemeinhin für das, was in die Gleiche gebracht wird: ‚Es wird gerichtet‘ (iustari)“.<sup>18</sup> Nach *Hobbes*

soll nicht zu bestreiten sein, dass die Gerechtigkeit in einer „gewissen Gleichheit“ bestehe.<sup>19</sup> *Leibniz* bezeichnet das Verhalten eines Menschen gegenüber einer anderen Person nur dann als gerecht, wenn es so geartet ist, dass der sich Verhaltende, befände er sich in der Situation des anderen, es auch von diesem verlangen würde.<sup>20</sup> Für *Nef* ist dies ein Prinzip der Gleichheit.<sup>21</sup> *Nef* selbst – als Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts – hat das Moment der Gleichbehandlung als das spezifische Merkmal der Gerechtigkeit bezeichnet und ausgeführt, dass Gerechtigkeit in irgendeinem Sinne Gleichbehandlung sei.<sup>22</sup> Für *Radbruch* ist Gleichheit ebenfalls mit Gerechtigkeit verknüpft.<sup>23</sup> Und *Kriele*, auch wenn er sich gegen eine rechtsethische und rechtsphilosophische Überfrachtung des Gleichheitssatzes als Träger der Idee der Gerechtigkeit wendet, muss konstatieren, dass es auch in unseren Tagen „als Selbstverständlich gilt, dass der Gleichheitsgrundsatz ein entscheidendes Kennzeichen der Gerechtigkeit darstellt, wenn nicht gar das entscheidende Kennzeichen“.<sup>24</sup>

Allerdings hilft die Erkenntnis, dass der Gleichheitssatz von jeher als Postulat der Gerechtigkeit betrachtet wurde, bei der Bestimmung des Begriffs der Gleichheit nicht weiter. Insgesamt ist festzustellen, dass die Analyse der geschichtlichen Entwicklung des Gleichheitssatzes zu einer solchen Begriffsklärung wenig beiträgt. Allenfalls die im 19. Jahrhundert vorgenommene ideologische Verengung der gesetzlichen Formulierung „alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ auf eine Forderung nach Schaffung derselben sozialen und wirtschaftlichen Stellung für jedermann innerhalb eines Staatsgebildes vermag dem Gleichheitsbegriff in Ansätzen Konturen zu verleihen. Eine solche Interpretation des Gleichheitssatzes bestimmt Gleichheit als „Menschsein“. Es erübrigen sich nähere Ausführungen dazu, dass es eine solche faktische Gleichheit Aller nicht gibt und dass ein effektives Rechtssystem Differenzierungen auch unter den Menschen als Rechtssubjekten voraussetzt,<sup>25</sup> mit Blick auf die Freiheitsrechte des Einzelnen auch voraussetzen muss.<sup>26</sup> Die faktische Gleichbehandlung aller Individuen lässt sich mit dem aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Anspruch des Einzelnen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nicht vereinbaren.

### III. Der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts

Möglicherweise hilft bei der Suche nach einer Formulierung der Gleichheit aber ein Blick auf die für unsere Rechtswirklichkeit maßgebende Interpretation des Gleichheitssatzes durch das Bundesverfassungsgericht weiter.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes stets als *Gerechtigkeitsaus-sage* aufgefasst. Er enthalte die allgemeine Weisung an den Gesetzgeber, notwendige Gleich- und Ungleichbehandlungen stets am Gerechtigkeitsgedanken zu orientieren.<sup>27</sup> In diesem Sinne, da die Idee des Gleichheitssatzes als dem ungeschriebenen Recht entspringendes Gerechtigkeitsprinzip betonend, hat die frühe Rechtsprechung Gleichheit vor dem Gesetz auch als einen überpositiven Rechtsgrundsatz klassifiziert.<sup>28</sup>

In der praktischen Anwendung ist der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eng – wenn nicht gar untrennbar – mit dem sog. *Willkürverbot* verknüpft. Zentraler Inhalt des Gleichheitssatzes soll das Verbot willkürlichen staatlichen Handelns sein. Auf diese Kurzformel hat insbesondere der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Aussage des Art. 3 Abs. 1 GG gebracht. Das Konstrukt des allgemeinen Gleichheitssatzes als Sitz eines generellen Verbots staatlichen Willkürhandelns stammt von *Leibholz*. Dieser sah in dem Element der Willkür die Verneinung von Gerechtigkeit,<sup>29</sup> wobei er Willkür im objektiven Sinne, d. h. als real messbare Sachfremdheit und

<sup>8</sup> *Starck*, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat (zit.: Anwendung), 1982, S. 52; *Ipsen*, in: *Neumann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, 1954, S. 115.

<sup>9</sup> So der Abgeordnete *Ahrens* aus Salzgitter, in: *Wigard* (Hg.), Stenographischer Bericht über die Verhandlung in der deutschen constituierenden Nationalversammlung, 2. Bd., 1848, S. 1293.

<sup>10</sup> *Ipsen*, aaO.

<sup>11</sup> *Ipsen*, aaO, S. 116 f..

<sup>12</sup> 5. Mos. 1. 16, 17.

<sup>13</sup> Politik (dtv 8. Aufl.), 3. Buch, 9. Abschn.

<sup>14</sup> *Aristoteles*, aaO, 12. Abschn.

<sup>15</sup> *Aristoteles*, aaO, 9. Abschn.

<sup>16</sup> Zur Verwendung dieser Formel durch das BVerfG vgl. BVerfGE 3, 58 (135).

<sup>17</sup> In: v. *Mangoldt-Klein-Starck*, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 15; zweifelnd an der Gleichsetzung von Gleichheit und Gerechtigkeit auch *Dürig*, in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum GG (Stand: 44. Ergänzungslfg. August 2005), Art. 3 Rn. 341.

<sup>18</sup> *Summa Theologiae*, erl. von *Joseph Bernhart*, 1954, 3. Bd., S. 247.

<sup>19</sup> Zitiert bei *Nef*, Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941, S. 80.

<sup>20</sup> Zitiert bei *Nef*, aaO.

<sup>21</sup> AaO, S. 80 f..

<sup>22</sup> AaO, S. 87.

<sup>23</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl., 2003, S. 35 f.; ihm folgend *Schweiger*, Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots, in: BayVerfGH-FS, S. 56.

<sup>24</sup> Kriterium der Gerechtigkeit, 1963, S. 93; s. auch *Maaß*, NVwZ 1988, 14.

<sup>25</sup> *Podlech*, aaO, S. 45; *Gusy*, NJW 1988, 2505, 2507.

<sup>26</sup> *Starck*, Anwendung, S. 56.

<sup>27</sup> BVerfGE 3, 58 (135); 86, 81 (87).

<sup>28</sup> BVerfGE 1, 208 (233); 6, 84 (91).

<sup>29</sup> *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 20.

nicht als subjektive „Verhaltensschuld“ eines staatlichen Organs verstand.<sup>30</sup> An die Thesen *Leibholz* schließt die Interpretation des Gleichheitssatzes durch das Bundesverfassungsgericht an.<sup>31</sup> Auch wenn sich die definitorische Umschreibung des Gleichheitssatzes in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts inzwischen nicht mehr auf die bloße Bezeichnung dieses Rechtsprinzips als Willkürverbot beschränkt,<sup>32</sup> gehört der Begriff der „Willkür“ nach wie vor zur höchstrichterlichen Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG.

Dies zeigt auch ein Blick auf die vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts stammende sog. „neue Formel“ des Gleichheitssatzes. Diese besagt, dass das Gleichheitsgrundrecht „dann verletzt sei, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt werde, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestünden, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.<sup>33</sup> In letzter Konsequenz verbirgt sich hinter der in der „neuen Formel“ enthaltenen Frage nach der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung auch nichts anderes als die Frage nach fehlender Willkür bei der Differenzierung. Zwar reicht nach der „neuen Formel“ – entgegen der tradierten Willkürrechtsprechung – irgendein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung zur Wahrung des Gleichheitssatzes nicht mehr aus. Vielmehr muss geprüft werden, ob die tatsächlich vorhandenen Unterschiede die Ungleichbehandlung rechtfertigen.<sup>34</sup> Fehlt es aber an dieser Rechtfertigung und liegt damit eine Verletzung des Gleichheitssatzes vor, ist zugleich Willkür gegeben. Denn eine nicht zu rechtfertigende Differenzierung ist objektiv sachfremd.

Die Einhelligkeit, mit der in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung der Gleichheitssatz als Sitz eines Willkürverbots angesehen wird, hat gleichwohl nicht zu einer einheitlichen Nomenklatur bei der Umschreibung des Inhalts des Art. 3 Abs. 1 GG geführt. Neben der „neuen Formel“ finden sich durchaus auch andere Umschreibungen des Gleichheitspostulats. Vor allem in der älteren Rechtsprechung wird es, ohne dass der Willkürgedanke ausdrücklich erwähnt wird, als Verbot, „Gleiches ungleich“<sup>35</sup> oder „wesentlich Gleiches ungleich“<sup>36</sup> zu behandeln, ausgedrückt. Daneben findet sich – auch nach Einführung der „neuen Formel“ – die Umschreibung, Art. 3 Abs. 1 GG verbiete, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“<sup>37</sup> zu behandeln. *Alexy* ist nach einer Analyse der vorhandenen Rechtsprechung zu der Feststellung gelangt, dass sich sämtliche Formulierungen, die der allgemeine Gleichheitssatz durch das Bundesverfassungsgericht erfahren hat, dem Grunde nach nicht inhaltlich voneinander unterscheiden, und sich der Wesensgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes in der Definition der Karlsruher Senate am Treffendsten als Gebot definieren lässt, „wesentlich Gleiches nicht ungleich zu behandeln“<sup>38</sup>, wobei „wesentlich gleich“ das sein soll, dessen Ungleichbehandlung willkürlich wäre.<sup>39</sup>

Diese Formel gibt nun eine erste ausdrückliche Definition des uns interessierenden Begriffs der „Gleichheit“, wenn auch in Gestalt der „wesentlichen Gleichheit“. Allerdings hilft diese Definition nicht viel weiter, denn der sie erklärende Begriff der „Willkür“ ist seinerseits wenig fassbar und interpretationsbedürftig. Er lässt sich – auch wenn man „Willkür“ als objektive Sachfremdheit interpretiert – nicht eindeutig umschreiben und ist durch formale Kriterien nicht abgrenzbar.<sup>40</sup> Denn was ist im Einzelfall sachfremd? Auch *Leibholz* – der Vordenker des Willkürgedankens als Grundelement des Gleichheitssatzes – hat die Wertoffenheit des Willkürbegriffs zugestehen müssen. Nach *Leibholz* entscheidet über die Willkürlichkeit staatlichen Handelns „das aus dem Kulturbewusstsein herausgeschnittene Rechtsbewusstsein der zu einer Einheit zusammengefassten Gemeinschaft“.<sup>41</sup>

#### IV. Der Gleichheitssatz als „offener“ Rechtssatz

An diesem Punkt verbleibt damit die Erkenntnis, dass auch durch Interpretation dem allgemeinen Gleichheitssatz eine Definition der „Gleichheit“ nicht entnommen werden kann. Gibt der Gleichheitssatz aber nicht vor, was gleich ist,<sup>42</sup> muss die Bestimmung von Gleichem und Ungleichen zwangsläufig außerhalb seines Normgefüges erfolgen.

In diesem Sinne ist der Gleichheitssatz ein „ausfüllungsbedürftiger“, ein „offener“ Rechtssatz.<sup>43</sup> Da er eine außerhalb seines Regelungsgehalts liegende Bestimmung der Gleichheit bzw. Ungleichheit voraussetzt, wird er zum Teil auch als semantisch „leer“ bezeichnet.<sup>44</sup> Aus der Notwendigkeit, Gleichheit jenseits des Gleichheitssatzes zu definieren, ergeben sich nun für die Anwendung dieses Rechtssatzes weitreichende Konsequenzen, die *Kirchhof* mit aller Deutlichkeit formuliert hat: Wer verbindlich feststellen kann, was von Rechts wegen gleich oder ungleich zu behandeln ist, bestimmt die konkret geltende Gleichheit.<sup>45</sup> Da diese Feststellung nicht zugleich auch „richtig“ im Sinne von „gerecht“ sein muss, kann der Gleichheitssatz Differenzierungen ermöglichen, die unserer – zugegebenermaßen ebenfalls subjektiven – Sichtweise von Gerechtigkeit widersprechen.

So lässt sich erklären, warum *Aristoteles* – wie gesehen einer der Väter des materiellen Gleichheitssatzes – mit demselben Prinzip, das wir heute noch verwenden, nämlich „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln“, eine Gesellschaft, in der Sklavenhaltung erlaubt war, als gerecht empfinden konnte.<sup>46</sup> Unseren heutigen Wertvorstellungen zuwiderlaufend war im Griechenland des vierten vorchristlichen Jahrhunderts die Trennung der Gesellschaft in Freie und Sklaven üblich und legitim. Die Menschen waren in ihrem sozialen Status nicht gleich, sondern in ihrer Zugehörigkeit zu unterschiedlichen gesellschaftlichen Klassen ungleich, weshalb sie nach dem Gesetz als Sklaven und Freie auch unterschiedlich behandelt werden durften.

Die Offenheit des Gleichheitssatzes scheint sogar totalitären Unrechtsregimen den Erlass von unbestreitbar menschenverachtenden und diskriminierenden Gesetzen zu ermöglichen, ohne dabei das Gleichheitsprinzip zu verletzen. So hatte etwa die Staatsrechtslehre unter dem Nationalsozialismus keine Schwierigkeiten, die Ausschließung von „Nichtariern“ aus dem Beamtentum und den staatlich gebundenen Berufen mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 109 Abs. 1 WRV zu vereinbaren: „Art. 109 Abs. 1 gebietet nur, dass gleiche Tatbestände gleich behandelt werden sollen, sagt aber nichts darüber, wann gleiche Tatbestände gegeben sind. Darüber entscheidet die nationalsozialistische Weltanschauung, nach der die rassische Verschiedenheit zwischen Nichtariern und deutschen Volksgenossen ungleiche Tatbestände schafft, die auch verschieden behandelt werden müssen“.<sup>47</sup>

Eine zu derart unerträglichen und unhaltbaren Ergebnissen führende Interpretation des Gleichheitsgrundsatzes ist nun allerdings auf Grundlage unserer gegenwärtigen Rechtsordnung nicht mehr möglich. Ihr steht u. a. Art. 3 Abs. 3 GG entgegen, wonach niemand wegen seiner Rasse benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Die Regelung verbietet auch Differenzierungen unter Individuen nach den Merkmalen der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen. Auch die Behinderung eines Menschen ist kein Grund, ihn gegenüber Nichtbehinderten zu benachteiligen.

#### V. Die Interpretation des Gleichheitsbegriffs

Der Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG zeigt einen ersten Schritt zur Konkretisierung des für die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG notwendigen Gleichheitsbegriffs auf. Das Grundgesetz enthält eine Vielzahl geschriebener verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen, die darüber Auskunft geben, was „gleich“ bzw. „ungleich“ ist.<sup>48</sup> Art.

<sup>30</sup> AaO, S. 82 f.

<sup>31</sup> *Maaß*, aaO, 14, 19; *Gubelt*, in: von *Münch/Kunig*, GGK I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 11.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu *Maaß*, aaO, 19 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>34</sup> *Schoch*, aaO, 876; *Gubelt*, aaO.

<sup>35</sup> BVerfGE 9, 124 (129); 42, 64 (72).

<sup>36</sup> BVerfGE 21, 6 (9); 45, 376 (386).

<sup>37</sup> BVerfGE 57, 250 (271); 61, 138 (147).

<sup>38</sup> Theorie der Grundrechte, 1994, S. 369.

<sup>39</sup> *Alexy*, aaO, S. 367.

<sup>40</sup> *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 80.

<sup>41</sup> AaO, S. 96.

<sup>42</sup> So bereits *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., 1999, S. 169.

<sup>43</sup> *Schoch*, aaO.

<sup>44</sup> *Podlech*, aaO, S. 77; *Osterloh*, in *Sachs*: Grundgesetz, 3. Aufl., 2002, Art. 3 Rn. 5.

<sup>45</sup> HStR V, 2. Aufl., 1992, Rn. 22.

<sup>46</sup> AaO, 1. Buch, 5. Abschn..

<sup>47</sup> *Poetzsch-Heffter*, JöR Bd. 22 a. F. (1935), S. 265.

<sup>48</sup> *Starck*, Anwendung, S. 62; *Kirchhof*, aaO Rn. 94 f.; *Kommers*, Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982, S. 34; *Robbers*, DÖV 1988, 749, 753.

3 Abs. 2 GG verbietet es, Menschen auf Grund ihres Geschlechts ungleich zu behandeln. Art. 6 Abs. 5 GG will eheliche und nicht-eheliche Kinder gleich behandelt wissen. Absolute Gleichheit gewähren die Rechte aus Art. 103 Abs. 1 und Abs. 3 GG. Jedermann hat Anspruch auf rechtliches Gehör. Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Auch dieses Verfahrensgrundrecht gewährt absolute Gleichheit. Ein Gesetz, das die Garantie des gesetzlichen Richters für bestimmte Bevölkerungsgruppen ausnehmen würde, wäre verfassungswidrig.

Das Grundgesetz enthält jedoch nicht nur *Differenzierungsverbote*, denen entnommen werden kann, was gleich zu behandeln ist. Es enthält auch *Differenzierungserlaubnisse* und damit Aussagen darüber, was ungleich ist.<sup>49</sup> Ein Beispiel ist Art. 6 Abs. 1 GG. Wenn Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen, bedeutet dies, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften anders behandelt werden dürfen als eheliche, also ungleich sind. Ob, wie einige meinen, Art. 6 Abs. 1 GG Ungleichbehandlungen nicht nur erlaubt, sondern sogar fordert, ist eine andere Frage, die hier nicht entschieden werden muss.<sup>50</sup>

Neben den ausdrücklich ausformulierten Gleichheits- bzw. Ungleichheitspostulaten bestimmt auch die *Menschenwürde* darüber mit, in welcher Weise Differenzierungen zwischen Individuen vorgenommen werden dürfen. *Dürig* hat aus Art. 1 Abs. 1 GG eine Reihe von „Basisrechten“ des Einzelnen abgeleitet, die dem Gesetzgeber Unterscheidungen verbieten sollen.<sup>51</sup> Für ihn gehören zum absoluten Kern des Gleichheitssatzes unter anderem das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum,<sup>52</sup> das Recht auf Teilhabe am Gemeingebrauch – also das Recht auf Nutzung von Wegen, Straßen, Plätzen usw.<sup>53</sup> – sowie ein Recht auf Bildung und Ausbildung.<sup>54</sup> Man wird *Dürig* in seiner Bewertung dieser Rechte als differenzierungsfeindlich zustimmen können. Es ist jedoch unverkennbar, dass mit dem Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG als Bewertungsgrundlage für Gleichheit und Ungleichheit der Boden einer gesicherten Bestimmung verfassungsrechtlicher Gleichheit verlassen wird. Welche Teilaspekte der menschlichen Persönlichkeit und welche Garantien der Persönlichkeitsentfaltung der grundgesetzlichen Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG unterfallen, kann im Einzelfall durchaus strittig und interpretationsbedürftig sein.<sup>55</sup>

Noch unschärfer wird die Bestimmung des Gleichheitsbegriffs, wenn man das Grundgesetz verlässt. Hier existieren keine verfassungsrechtlich verbindlichen Vorgaben mehr für eine Interpretation der Gleichheit. Im günstigsten Fall kann man hoffen, dass einfachgesetzliche Regelungen bereits (verfassungsgerichtlich) anerkannte Einordnungen von Gleichheiten enthalten, die die neu aufgeworfene Gleichheitsfrage betreffen. Grundsätze der Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit innerhalb der anerkannten Gleichheitsgruppen können es dann verbieten, von den bereits existierenden Klassifizierungen abzuweichen.<sup>56</sup> Zutreffend hat *Robbers*<sup>57</sup> allerdings darauf hingewiesen, dass vor dem Hintergrund einer sich weiter entwickelnden Sozial- und Rechtsordnung *Systemgerechtigkeit* kein unumstößliches Prinzip sein darf. Vom Gesetzgeber einmal vorgenommene und vom Bundesverfassungsgericht akzeptierte Gleichheits- bzw. Ungleichheitsbestimmungen dürfen einem Wertewandel nicht unverbrüchlich entgegenstehen. Davon abgesehen helfen die Grundsätze der Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit dort nicht weiter, wo Gleichheitssysteme noch nicht vorliegen und über Gleichheiten entsprechend noch nicht entschieden wurde.

Hier – jenseits verfassungsrechtlicher Differenzierungsverbote und Differenzierungsgebote – beginnt der Bereich, in dem sich die

Bestimmung der Gleichheit losgelöst von systematisch nachvollziehbaren Regeln<sup>58</sup> als Ergebnis eines *Wertungsvorgangs* darstellt.<sup>59</sup> Lediglich der Ausgangspunkt der Gleichheitsprüfung ist in diesem Bereich vorgegeben und damit objektivierbar. Art. 3 Abs. 1 GG stellt durch seine Formulierung, „alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“, klar, dass es im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur auf die Gleich- bzw. Ungleichheiten von Personen, nicht aber von Gegenständen oder Zuständen ankommt.<sup>60</sup> Rein subjektiv ist demgegenüber das Ergebnis der Prüfung einer Personenmehrheit auf Gleichheit bzw. Unterschiedlichkeit – das sog. „*Gleichheitsurteil*“ –, was seine Ursache in dem Verfahren hat, das dem Gleichheitsurteil vorgelagert ist.

Dieses Verfahren ist der Vergleich. Wer eine Aussage über die Gleichheit zweier oder mehrerer Individuen treffen will, muss diese miteinander vergleichen.<sup>61</sup> Ein Vergleich setzt ein Vergleichskriterium voraus. Verglichen werden können zwei oder mehrere Personen nur im Hinblick auf ein bestimmtes Merkmal, das neben den Individuen das dritte Element des Vergleichsvorgangs, das sog. „*tertium comparationis*“, bildet.<sup>62</sup> Das „*tertium comparationis*“ oder „Vergleichs-“ bzw. „Differenzierungskriterium“ gibt Auskunft darüber, ob im Einzelfall eine Gleich- oder Ungleichheit vorliegt.<sup>63</sup> Werden zwei Menschen im Hinblick auf ihre Augenfarbe miteinander verglichen, lässt sich, soweit sie beide braune Augen haben, zwischen ihnen Gleichheit auch dann konstatieren, wenn sie in anderer Beziehung – Alter, Geschlecht, Größe – voneinander abweichen. Nur ändert sich dieses Gleichheitsurteil, sobald man auf ein anderes Vergleichsmerkmal abstellt. Sollen die beiden Personen im Hinblick auf ihr (unterschiedliches) Alter verglichen werden, lautet das Ergebnis der Gleichheitsprüfung – trotz übereinstimmender Augenfarbe – auf einmal „ungleich“. Der Grund für die Subjektivität des Gleichheitsbegriffs wird damit deutlich. Er liegt in der Möglichkeit, zwischen verschiedenen Vergleichskriterien auszuwählen.

Die *Variabilität in der Festlegung von Vergleichskriterien* erklärt auch, weshalb vom Gesetzgeber jenseits des Verfassungsrechts vorgenommene Differenzierungen nur relative Geltung beanspruchen und durchaus in Konflikt mit dem allgemeinen Gleichheitssatz geraten können. Unternimmt der Gesetzgeber auf Grund einer bestimmten politischen Zielsetzung eine rechtliche Unterscheidung zwischen mehreren Individuen, gibt er mit seiner Regelung zwar zugleich einen (einfach-) gesetzlichen Grund – mithin ein von ihm bestimmtes Differenzierungskriterium – für eine rechtliche Ungleichbehandlung vor. Damit ist jedoch nichts darüber ausgesagt, dass das von ihm gewählte, die Differenzierung erlaubende Vergleichskriterium oder das hinter diesem Kriterium stehende gesetzgeberische Ziel im Lichte des Verfassungsrechts wirklich zu Unterscheidungen berechtigen. Auch die vom Gesetzgeber festgelegten Differenzierungskriterien und -ziele sind nichts anderes als das Ergebnis einer – wenn auch legislativen – subjektiven Wertung.<sup>64</sup>

Obwohl das durch spezielle Gleichheitspostulate des Grundgesetzes nicht vorbestimmte Gleichheitsurteil also nicht objektiv, sondern subjektiv ist,<sup>65</sup> ist es dennoch nicht gänzlich konturenlos. Wie jede rechtlich relevante Entscheidung fordert auch das Gleichheitsurteil *Akzeptanz* ein.<sup>66</sup> Um akzeptiert zu werden, darf es aber einer rationalen Grundlage nicht entbehren.<sup>67</sup> Es muss insoweit vernünftig sein und Grundprinzipien der Logik entsprechen. Dies schließt auf Basis einer freiheitlich-demokratischen und die Menschenwürde des Einzelnen beachtenden Rechtsordnung als Mindeststandard die Respektierung unabänderbarer Grundrechte der miteinander zu vergleichenden Personen mit ein. Bei Beachtung dieses Maßstabes wäre es der nationalsozialistischen Staats-

<sup>58</sup> *Rüfner*, aaO Rn. 12.

<sup>59</sup> *Robbers*, aaO 750.

<sup>60</sup> *Rüfner*, aaO Rn. 5.

<sup>61</sup> Informativ hierzu *Podlechs* formalisiertes Vergleichsschema, das mit „Klassen von Personen“ arbeitet, aaO, S. 64 ff.

<sup>62</sup> *Heun*, in: *H. Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 18; *Hesse*, AöR 77 (1951/1952), S. 172 f.

<sup>63</sup> *Schoch*, aaO, 873.

<sup>64</sup> *Gusy*, aaO.

<sup>65</sup> *Ipsen*, aaO, S. 178; Jerusalem, NJW 1952, 45, 47; *Hesse*, aaO, S. 174, 198. Auf die Problematik eines Wertewandels bzw. Wertrelativismus weist zutreffend *Schaller*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969, S. 34, hin.

<sup>66</sup> Zur Akzeptanz rechtlicher Regelungen als Voraussetzung ihrer Geltung vgl. *Radbruch*, aaO, S. 80.

<sup>67</sup> *Rüfner*, aaO Rn. 13 f.

<sup>49</sup> *Starck*, Anwendung, S. 64.

<sup>50</sup> Hierhin tendierend *Starck*, Anwendung, S. 65.

<sup>51</sup> AaO Rn. 21 ff.; zum Begriff der „Basisrechte“ auch *Kirchhof*, aaO Rn. 113.

<sup>52</sup> *Dürig*, aaO Rn. 69 ff.

<sup>53</sup> *Dürig*, aaO Rn. 84 ff.

<sup>54</sup> *Dürig*, aaO Rn. 91 ff.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Herdegen*, in: *Maunz-Dürig*, aaO, Art. 1 Rn. 19 f., der sich inzwischen gegen das überkommene Verständnis wendet, nach dem sich die dem Art. 1 Abs. 1 GG nachfolgenden Grundrechte aus der Menschenwürde ableiten.

<sup>56</sup> *Starck*, Anwendung, S. 70 f.; zu den Begriffen „Systemgerechtigkeit“ und „Folgerichtigkeit“ in der Rspr. des BVerfG vgl. *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 26 ff.

<sup>57</sup> AaO 755 f.; kritisch ggü. dem Gedanken der Systemgerechtigkeit auch *Rüfner*, aaO Rn. 38 und *Gusy*, aaO, 2508.

rechtslehre auch ohne Existenz einer dem Art. 3 Abs. 3 GG entsprechenden Regelung in der Weimarer Reichsverfassung unmöglich gewesen, die Ungleichbehandlung von Deutschen und „Nichtariern“ zu begründen.

## VI. Fazit

Der allgemeine Gleichheitssatz gibt den Begriff der Gleichheit nicht vor.

Was „gleich“ bzw. „ungleich“ ist, lässt sich zum Teil jedoch anderen Verfassungsnormen entnehmen. So enthält das Grundgesetz spezielle Gleichheitssätze, wie Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Aus dem

Grundrecht der Menschenwürde lassen sich zudem bestimmte „Basisrechte“ ableiten, die für jedermann gelten und Differenzierungen unter den Rechtsgutsträgern verbieten.

Jenseits des verfassungsrechtlichen Bereichs wird Gleichheit ausschließlich über vergleichende Wertungen bestimmt. Bereits anerkannte Gleichheitsbewertungen können unter den Gesichtspunkten der Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit Beachtung fordern.

Wo solche Vorgaben fehlen, ist der Wertungsvorgang frei. Allerdings sind die der Bewertung zu Grunde zu legenden Kriterien an Regeln der Logik und Vernunft gebunden, um dem Gleichheitsteil rechtliche Akzeptanz zu sichern.

# Zur Schlusserbeneinsetzung in gemeinschaftlichen Testamenten

Dr. Dieter Schiwiek, Richter am Amtsgericht a.D., Pinneberg

In gemeinschaftlichen eigenhändigen Testamenten kommt es häufig zu Formulierungen, die vom Nachlassrichter dahin auszuliegen sind, ob die Erbeinsetzung für den gleichzeitigen Tod der Eheleute oder für den Fall ihres Nachversterbens gilt. Insoweit ist zu unterscheiden:

I. Bei einer *ausdrücklich für den gleichzeitigen Tod* getroffenen Regelung stellt sich die Frage der Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung im Sinne des § 2270 Abs. 2 BGB nicht. Zudem umfasst die Formulierung des gleichzeitigen Todes oder des gleichzeitigen Versterbens nach der Rechtsprechung auch den kurzfristig hintereinander eintretenden Tod der Ehegatten, wobei es sich um einen natürlichen Tod handeln kann, aber maßgebend ist, dass dem Längstlebenden keine Zeit für Verfügungen von Todeswegen verbleibt.<sup>1</sup>

II. Während es also bei den Regelungen für den gleichzeitigen Tod zu keinen Auslegungsschwierigkeiten kommt, stellen Formulierungen wie „bei einem gemeinsamen Tod“ oder „bei unserem gemeinsamen Tod“ den Nachlassrichter vor Probleme. Sind derartige Regelungen – was durch Auslegung zu ermitteln ist – nämlich *letztlich für den Fall des Nacheinanderversterbens* getroffen, so muss die Schlusserbeneinsetzung zugunsten einer Person geregelt werden, die mit dem vorverstorbenen Ehegatten verwandt ist oder ihr nahe steht (§ 2270 Abs. 2, 2. Halbsatz BGB). An einer solchen wechselbezüglichen Verfügung, die in den hier besprochenen Fällen jeweils vorliegt, ist der überlebende Ehegatte gemäß § 2271 Abs. 1 S.2 BGB gebunden.

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (SchIHOLG) hat in einer Entscheidung vom 2. November 2003 in der Bestimmung „bei einem gemeinsamen Tod ist unsere Tochter T. alleinige Erbin“ nur eine Regelung für den gleichzeitigen Tod der Ehegatten gesehen.<sup>2</sup> Dabei hat es darauf hingewiesen, dass hingegen eine Formulierung „nach unserem gemeinsamen Tod“ auslegungsfähig wäre.<sup>3</sup> Zudem führt das SchIHOLG in seiner Entscheidung überzeugend aus, die überlebende Ehefrau habe kurz nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes ihren Sohn aus erster Ehe enterbt, was zwanglos keinen Sinn ergäbe, wenn das gemeinschaftliche Testament den Fall des Nacheinanderversterbens geregelt hätte. Darüber hinaus erscheint die Entscheidung des SchIHOLG auch deshalb zutreffend, weil eine Regelung für den Fall des Nachversterbens zu einer Bindung des überlebenden Ehegatten gemäß § 2271 Abs. 1 S.2 BGB führen würde. Schon im Hinblick darauf müsste die Formulierung im gemeinschaftlichen Testament eindeutig sein. Zudem hätten die Ehegatten, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben, möglicherweise dem Überlebenden die Befugnis eingeräumt, über sein Vermögen durch eigenhändiges Testament zu verfügen. So wird oft in gemeinschaftlichen Testamenten eine derartige „Freizeichnungsklausel“ vereinbart oder ausgeschlossen. Nicht zuletzt, weil das gemeinschaftliche Testament keinen Hinweis auf eine etwaige Freizeich-

nungsklausel enthielt, hat daher das SchIHOLG angesichts des nicht zweifelsfreien Wortlauts überzeugend die Schlusserbeneinsetzung verneint.

Andererseits erscheint die Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts (BayObLG) vom 21. März 1988<sup>4</sup> als vertretbar, nach der in der Formulierung „bei unserem gemeinsamen Tod soll unser übriger Nachlass an unsere drei Kinder gleichmäßig verteilt werden“ eine Schlusserbeneinsetzung zu sehen ist. Dabei hat das BayObLG berücksichtigt, dass in dem gemeinschaftlichen Testament vor der betreffenden Regelung eine Tochter bereits durch Vermächtnis mit einem Grundstück bedacht war und diese Vermächtnisanordnung ausschließlich Gegenstand eines weiteren gemeinschaftlichen Testaments gleichen Datums war.

Nicht zugestimmt werden kann demgegenüber einer Entscheidung des BayObLG vom 25. Januar 2000,<sup>5</sup> nach der eine Erbeinsetzung, die mit den Worten „bei gemeinsamen Tode“ beginnt, auch für den Fall des zeitlich um mehrere Jahre versetzten Versterbens der Eheleute gelten soll. Hier handelt es sich nicht um die Formulierung „nach unserem gemeinsamen Tod“ wie in dem Beschluss des BayObLG vom 21. März 1988.<sup>6</sup> Die Begründung des Beschlusses des BayObLG vom 25. Januar 2000, wonach die überlebende Ehefrau nach dem Tod eines mehrerer eingesetzter Geschwister eine Änderung des gemeinschaftlichen Testaments nicht hätte vornehmen müssen, wenn in diesem nur eine Erbeinsetzung bei zeitgleichem Versterben angeordnet war, ist wenig befriedigend. Allein die Auslegung des Testaments durch den überlebenden Ehegatten – und das drei Jahre nach dem Tod des Erstversterbenden – kann nicht eine tragfähige Begründung für die Annahme einer Schlusserbeneinsetzung sein. Im Übrigen setzt sich das BayObLG im Widerspruch zu seiner eigenen Entscheidung vom 27. Oktober 1986,<sup>7</sup> in der es die Formulierung „für den Fall des gemeinsamen Todes“ eng ausgelegt hat.

III. Darüber hinaus liegen fünf Oberlandesgerichtsentscheidungen vor, in denen eine enge Auslegung vorgenommen und eine Schlusserbeneinsetzung für den Fall des Versterbens im zeitlichen Abstand bei folgenden Formulierungen abgelehnt wird:

- a. „...sollten wir gleichzeitig versterben“,<sup>8</sup>
- b. „... sollten wir gleichzeitig tot sein“,<sup>9</sup>
- c. „...im Fall unseres beiderseitigen Ablebens“,<sup>10</sup>
- d. „...sollten wir beide gleichzeitig versterben“,<sup>11</sup>
- e. „...für den Fall eines plötzlichen gemeinsamen Todes“,<sup>12</sup> (bei Anordnung einer „Freizeichnungsklausel“).

Die Formulierungen in den Fällen a., b. und d. betrafen uneingeschränkt ein gleichzeitiges Versterben der Ehegatten. Im Fall c. hatte das BayObLG mangels anderer vorhandener Auslegungs-

<sup>1</sup> Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1994, 852; SchIHOLG SchIHA 2004, 126 = NJW RR 2004, 369.

<sup>2</sup> SchIHOLG SchIHA 2004, 125 f. = NJW RR 2004, 368f.

<sup>3</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1988, 879f.

<sup>4</sup> BayObLG FamRZ 1988, 879f.

<sup>5</sup> BayObLG FGPrax 2000, 70f.

<sup>6</sup> BayObLG FamRZ 1988, 879f.

<sup>7</sup> BayObLG RPfleg 1987, 69f.

<sup>8</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1570f.

<sup>9</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1571f.

<sup>10</sup> BayObLG FamRZ 1989, 563f.

<sup>11</sup> BayObLG FGPrax 2004, 80f.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1753f.

kriterien eine Schlusserbeneinsetzung für den Fall des Versterbens des Partners in zeitlichem Abstand zu Recht verneint.

Im Fall e. hatte das OLG Düsseldorf keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Schlusserbeneinsetzung vorgefunden. Im Übrigen ist die Formulierung „für den Fall eines plötzlichen gemeinsamen Todes“ eng gefasst und lässt weniger Auslegungsspielraum zu als die Formulierung „im Fall eines plötzlichen Todes der Eheleute“.

IV. Bei etwas anders lautenden Formulierungen haben die Oberlandesgerichte zutreffend eine *Schlusserbeneinsetzung* bei zeitlich versetztem Versterben angenommen.

Es handelte sich im Einzelnen um folgende Formulierungen:

- a. „...sollten wir zugleich versterben“<sup>13</sup>  
(unter Anordnung einer „Freizeichnungsklausel“),
- b. „...sollte mir und meiner Ehefrau gemeinsam was passieren und wir beide mit dem Tod abgehen“,<sup>14</sup>
- c. „...sollte uns beiden gemeinsam etwas zustoßen und kein Überlebender von uns mehr vorhanden sein“,<sup>15</sup>
- d. „...im Fall eines plötzlichen Todes der Eheleute“.<sup>16</sup>

In den drei letzten Fällen sprechen bereits die Formulierungen für eine Schlusserbeneinsetzung bei einem Tod der Eheleute in einem größeren zeitlichen Abstand. Bei der Formulierung im Fall a. werden Zweifel an einer Schlusserbeneinsetzung durch die Freizeichnungsklausel ausgeräumt; der überlebende Ehegatte kann jederzeit das gemeinschaftliche Testament abändern und gibt

<sup>13</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1998, 1393f.

<sup>14</sup> BayObLG, FamRZ 1997, 389f.

<sup>15</sup> OLG Frankfurt RPflegler 1988, 483f.

<sup>16</sup> BayObLG FGPrax 2000, 149f.

durch späteren Verzicht zu erkennen, dass er von einer wirksamen Schlusserbeneinsetzung ausgeht.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des BayObLG vom 27. März 2001,<sup>17</sup> die sich mit gleich lautenden Einzeltestamenten von Lebensgefährten befasst. Die Formulierung „sollte uns beiden ein Unglück mit tödlichem Ausgang zustoßen“ bezieht sich nach zutreffender Auffassung des BayObLG auf ein kurzfristiges Nacheinandersterben der Partner; tatsächlich lagen zwischen beiden Todesfällen vier Tage.

V. Letztlich wird bei Abfassung gemeinschaftlicher eigenhändiger Testamente oft verkannt, dass ein gleichzeitiges Versterben der Eheleute äußerst selten erfolgt und selbst bei gemeinsamen Unfällen ein gleichzeitiger Tod im medizinischen Sinn kaum nachzuweisen ist.

Daher sollten Rechtsanwälte und Notare bei einer entsprechenden Beratung den Testatoren anempfehlen, auch im Rahmen des sprachlichen Gebrauchs eine Schlusserbeneinsetzung vorzunehmen, sofern sie eine abschließende Regelung anstreben. Das bietet sich insbesondere an, wenn die Eheleute Kinder aus früherer Ehe oder keine eigenen Abkömmlinge haben. Wenn dennoch ausdrücklich eine Regelung für den Fall des gemeinsamen Versterbens gewollt ist, sollten nur die Begriffe „bei gleichzeitigem Tod“ oder „bei gleichzeitigem Versterben“ Verwendung finden.

Falls die Testatoren an ihrer nicht eindeutigen Formulierung festhalten, sollten die sie beratenden Rechtsanwälte und Notare zumindest auf die Aufnahme einer „Freizeichnungsklausel“ in das Testament dringen, sodass der überlebende Ehepartner jederzeit das Testament ändern kann.

<sup>17</sup> BayObLG FamRZ 2001, 1563f.

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### Geldauflagen im Strafverfahren zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen

AV des MJAE vom 18. April 2006 – II 303/4012 – 26c SH – (SchlHA 2006 S. 158)

#### I.

1. Die Präsidentin oder der Präsident des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (Erfassungsstelle) führt ein Verzeichnis der an der Zuweisung von Geldauflagen in Strafverfahren interessierten gemeinnützigen Einrichtungen.

In dieses Verzeichnis werden nur Einrichtungen aufgenommen, die

- a) einen Befreiungsbescheid im Sinne der §§ 51 ff der Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866, 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 4 Abs. 22 des Gesetzes vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2809) oder einen Bescheid über die Freistellung von der Körperschaftsteuer nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3416), und der Gewerbesteuer nach § 3 Nr. 6 des Gewerbesteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4167), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. Dezember 2004 (BGBl. II S. 1653), vorgelegt haben;
- b) ihre Zielsetzung durch Vorlage der Satzung oder entsprechender Unterlagen nachgewiesen haben;
- c) sich verpflichten, der Erfassungsstelle unverzüglich mitzuteilen, wenn eine den gemeinnützigen Zweck betreffende Satzungsbestimmung geändert, die gemeinnützige Tätigkeit eingestellt oder einer der Bescheide nach Buchstabe a durch das zuständige Finanzamt aufgehoben wird;
- d) das für sie zuständige Finanzamt von der Wahrung des Steuergeheimnisses (§ 30 Abs. 4 Nr. 3 der Abgabenordnung) insoweit entbunden haben, dass dieses die verzeichnissführende Stelle von der Gewährung oder Versagung von Steuervergünstigungen wegen Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke unterrichten darf;

- e) sich verpflichten, über die Höhe und die Verwendung der zugeflossenen Geldbeträge auf Anforderung der Erfassungsstelle für einen bestimmten Zeitraum Rechenschaft zu geben;
- f) sich verpflichtet haben, den Eingang zugewiesener Geldbeträge zu überwachen, die vollständige Zahlung der zuweisenden Stelle unverzüglich mitzuteilen und, falls nicht binnen vier Wochen gezahlt wird, die zuweisende Stelle zu informieren;
- g) ihr Einverständnis zur Veröffentlichung des Rechenschaftsberichts erteilen und
- h) sich verpflichten, nicht mit der Eintragung in die Bewerberliste zu werben.

2. In dem Verzeichnis wird vermerkt,

- a) dass die Liste nicht als Empfehlung, sondern lediglich der Information dienen soll,
- b) dass die Nennung einer Einrichtung nicht bedeutet, die Justizverwaltung bejahe die Gemeinnützigkeit dieser Einrichtung,
- c) dass das Verzeichnis keine abschließende Aufzählung darstellt, Geldauflagen also auch solchen gemeinnützigen Einrichtungen zugewiesen werden können, die nicht in das Verzeichnis aufgenommen sind.

3. Die Erfassungsstelle sammelt die von den Einrichtungen vorgelegten Satzungen, die im Einzelfall angeforderten Rechenschaftsberichte und andere Unterlagen.

Diese Unterlagen sind den in Strafsachen tätigen Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, Amtsanwältinnen und Amtsanwälten sowie der Gnadenbehörde auf Anforderung zugänglich zu machen.

Die Erfassungsstelle leitet die unter Nummer 1 Buchstabe c abgegebene Erklärung an das Finanzamt weiter.

4. Die Eintragung in dem Verzeichnis wird gelöscht, wenn

- a) der Einrichtung während der Dauer von zwei Jahren keine Geldauflagen zugewiesen wurden und sie die Eintragung nicht erneut beantragt,
- b) die Einrichtung gemeinnützige Zwecke nicht mehr verfolgt oder ihr die (weitere) Steuervergünstigung wegen Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke von dem für sie zuständigen Finanzamt versagt wird,

- c) der Einrichtung eine Tätigkeit aufgrund vollziehbarer behördlicher Anordnung untersagt ist oder  
 d) die Einrichtung einer der nach Abschnitt I 1. übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt.  
 Vor der Löschung ist die Einrichtung zu hören.

5. Das Verzeichnis wird den Gerichten, den Staatsanwaltschaften und der Gnadenbehörde über das INTRANET zur Verfügung gestellt.

## II.

6. Wird durch eine gerichtliche Entscheidung, eine Verfügung der Staatsanwaltschaft oder im Gnadenverfahren die Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung auferlegt, so sind die begünstigte Stelle und die Höhe des Geldbetrages zu registrieren. Daneben werden das Geschäftszeichen und das Datum der Entscheidung oder der Verfügung erfasst.

7. Die Prozessgeschäftsstelle des Gerichts teilt die Festsetzung einer Geldbuße der Verwaltungsgeschäftsstelle desselben Gerichts mit. Sie bedient sich dazu eines Vordrucks nach anliegendem Muster. Eine Durchschrift dieses Vordrucks wird zur Prozessakte genommen. Die zuständige Geschäftsstelle der Staatsanwaltschaft erfasst die Festsetzung einer Geldbuße in MESTA.

8. Die Einzelmitteilungen der Gerichte werden durch die Verwaltungsgeschäftsstelle gesammelt und vierteljährlich (1. Februar, 1. April, 1. Juli, 1. Oktober) unmittelbar der Erfassungsstelle übersandt. Eine Aufstellung der bei den Staatsanwaltschaften festgesetzten Geldbußen wird der Erfassungsstelle durch die Generalstaatsanwältin oder den Generalstaatsanwalt in elektronischer Form übersandt.

9. Die im Gnadenverfahren festgesetzten Geldbußen werden vom Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa listenmäßig erfasst und ebenfalls der Erfassungsstelle mitgeteilt.

10. Auf der Grundlage dieser Mitteilungen erstellt die Erfassungsstelle ein Verzeichnis, aus dem die Höhe der Geldauflagen hervorgeht, die einer gemeinnützigen Einrichtung insgesamt im Kalenderjahr zugewiesen worden sind. Dies gilt auch für Einrichtungen,

die nicht in dem Verzeichnis nach Abschnitt I aufgeführt sind.

Dieses Verzeichnis wird über das INTRANET den in Strafsachen tätigen Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, Amtsanwältinnen und Amtsanwälten zur Verfügung gestellt.

## III.

11. Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Mai 2006 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Allgemeine Verfügung vom 14. Oktober 1974 – V/320/4012 – 26 SH – (SchlHA S. 202) außer Kraft.

**Anlage zur AV d. MJAE vom 18. April 2006**

Geschäftszeichen: Ort, Datum

An die  
 Verwaltungsgeschäftsstelle

Betr.: Geldauflagen im Strafverfahren zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen  
 (AV d. MJAE v. 18. April 2006)

Datum der Entscheidung | Höhe der Auflage bei: |

oder Verfügung | Einstellung des Verfahrens | Verurteilung | Empfänger

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

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 21. April 2006 – 2232 E – 163 –  
 (SchlHA 2006 S. 159)

Zu weiteren Mitgliedern für den bis zum 31. Dezember 2006 laufenden Prüfungsabschnitt sind berufen worden: Richterin *Lysann Schüller*, Amtsgericht Itzehoe, und Richter am Amtsgericht *Dr. Dirk Rost*, Amtsgericht Husum.

## III. Personalnachrichten

### Gerichte

Ernannt: Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z.A. *Isabell Bortels*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektorin z.A. *Kerstin Raekow*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizsekretärin: Justizsekretärin z. A. *Madlen Hey*, Amtsgericht Schleswig.

Zum Justizoberwachmeister: Justizoberwachmeister z. A. *Mike Peters*, Amtsgericht Plön.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtmann *Elke Fransson*, Amtsgericht Mölln; Justizhauptsekretärin *Renate Bartelt*, Amtsgericht Plön.

Eintritt in den Ruhestand: Obergerichtsvollzieher *Gerfried Bottenberg*, Amtsgericht Meldorf; Justizamtsinspektor *Hartwin Drews*, Amtsgericht Itzehoe.

Verstorben: Justizobersekretär *Uwe Bock*, Amtsgericht Plön

### Finanzgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Richter am Finanzgericht: Richter am Verwaltungsgericht *Dr. Frank Schindler* (01.05.).

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Finanzgericht *Heinz Friedrich Zoller*, Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht.

### Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zum Staatsanwalt: Richter *Kai Thomas Breas*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z. A. *Valerie Buchner*, Generalstaatsanwaltschaft Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Staatsanwalt *Wolfgang Richter*, Staatsanwaltschaft Itzehoe; Justizhauptsekretär *Uwe Baldtschun*, Staatsanwaltschaft Kiel.

### Notare:

Zur Notarin/zum Notar bestellt: *Joachim Nack*, Ahrensburg; *Wolfgang Westphal*, Neustadt in Holstein.

Notaramt erloschen: *Rudolf Dorsch*, Ahrensburg; *Dr. Reimer Groth*, Büsum; *Rolf Diethelm Krause*, Wedel; *Reinhard Wegener*, Flensburg.

### Die Große Juristische Staatsprüfung bestanden

im Monat März 2006 *Tina Lingel*, Kiel; *Britta Schmidtke*, Hamburg; *Marc Schifferdecker*, Lübeck; *Ilka Keunecke*, Kiel; *Dr. Oktay Caglar*, Hamburg; *Sandra Nickel*, Flensburg; *Mareike Mayer*, Kiel; *Matthias Kiesewetter*, Hamburg; *Bernd-Oliver Matzek*, Hamburg; *Martin Eggeling*, Kiel; *Sonja Struhs*, Kiel; *Shiraz Kutar*, Kaltenkirchen; *Christoph Berlin*, Kiel; *Jan Rusch*, Schönberg; *Alexander Hartleib*, Kiel; *Dr. Sven Greulich*, Wilhelmshaven; *Andreas Doose*, Kiel; *Imke Rohmert*, Kiel; *Dr. Sascha Mikolajczyk*, Kiel; *Anne Zapatka*, Kiel; *Rebecka Schöpfer*, Flensburg; *Birte Diethelm*, Kiel; *Susanne Rieckhof*, Kiel; *Wolf Weis*, Kiel; *Tatjana Homeyer*, Kiel; *Jens Wiese*, Bredenebek; *Martin Keden*, Kiel; *Dr. Nis Carstens*, Kiel; *Jens Lohmann*, Fahrndorf; *Timo Werner*, Westensee; *Oliver Schmal*, Heikendorf; *Anna-Kathrin Petersen*, Hamburg; *Julia Werner*, Wakendorf; *Anne-Katrin Melcher*, Kiel; *Dr. Oliver Fawzy*, Schmalfeld; *Babette Wegener*, Kiel; *Markus Erdmann*, Kiel; *Birte Peterlein*, Lübeck; *Christina Batke*, Kiel; *Annette Dodel*, Kaltenkirchen; *Torsten Ölscher*, Kiel; *Dr. Lars Riggert*, Kiel; *Dorothee Salchow*, Hamburg; *Tomke Peters*, Rastorf; *Peer Malmström*, Kiel; *Rene Pfitzner*, Hechthausen; *Sultan Maden*, Hamburg; *Janina Rettner*, Altenholz; *Claudia Belitz*, Kiel; *Stefan Thomass*, Hamburg; *Stefan Tripmaker*, Lübeck; *Kristina Schmors*, Kiel; *Klaas Meyer-Gerhards*, Heidmühlen; *Felix Ruhnke*, Hamburg; *Ulrich Nagel*, Hamburg; *Ole David Blumberg*, Kiel; *Nathalie Lau*, Reinbek; *Stefanie Höfs*, Kiel; *Birgit von Selle*, Hamburg; *Fredrik Thiering*, Hamburg; *Jan Petersen*, Hamburg; *Christian Handro*, Halle; *Marlen Mittelstein*, Hamburg; *Agathe Anne Dastyh*, Hamburg; *Johannes Siedentopf*, Landau; *Hanna Lorenz*, Rieseby; *Verena Meyer*, Kiel; *Sandra Ide*, Hamburg; *Dr. Kathrin Bethkenhagen*, Mönkeberg; *Nadja Vogel*, Kiel; *Jan Wriedt*, Kiel; *Derik Werth*, Kiel.

## IV. Ausschreibungen

I. Bek. d. MJAE vom 3. Mai 2006 – II 162/ 5112 Ea – 1714 – (SchlHA 2006 S. 160)

### 1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 3 für eine Leitende Oberstaatsanwältin oder einen Leitenden Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Die Stelle ist mit einer Staatsanwältin oder einem Staatsanwalt zu besetzen, die oder der sich in besonderer Weise bewährt und darüber hinaus bereits Erfahrungen in einer Leitungsfunktion erworben hat.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und noch anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenüber steht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voran zu treiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

- 1 Stelle der BesGr. R 3 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig,
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Oberstaatsanwältin oder einen Oberstaatsanwalt als Abteilungsleiterin oder Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

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 – SchlHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 30. Juni 2006.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

### 2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Verwaltungsgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht in Schleswig,
- 3 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Flensburg,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Flensburg,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Itzehoe,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Elmshorn,

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Pinneberg,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Kiel,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Lübeck,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Reinbek.

Die Ausschreibung der planmäßig zu besetzenden Stellen der BesGr. R 1 in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe.

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 – SchlHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 30. Juni 2006.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

II. Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 20. April 2006 – 5112 Ee – 20 – (SchlHA 2006 S. 160)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle für den prüfungsfreien Aufstieg in den mittleren Justizdienst gemäß § 21 a SH.LVO für eine Erste Justizhauptwachmeisterin bzw. einen Ersten Justizhauptwachmeister der BesGr. A 6 BBesO bei dem Amtsgericht Ahrensburg, die/der überwiegend Aufgaben der örtlichen IT-Stelle nach Abschnitt II der AV des MJAE vom 10. Dezember 2001 – II 142/1510 E – 90 SH – 5 SH – (IT-Stellen-AV in den SchlHA 2002, S. 108) und nach der Leistungsbeschreibung der Anlage 1 zu dieser Dienst-anweisung wahrnimmt.

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 – SchlHA S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 30. Juni 2006.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 249, 253, 823

**Kann der Geschädigte wegen eines wirtschaftlichen Totalschadens nicht die Reparaturkosten, sondern nur den Wiederbeschaffungswert eines PKW beanspruchen, so kann er – lässt er das trotz Beschädigung noch verkehrstüchtige Fahrzeug reparieren – für die Reparaturdauer nicht die Erstattung der Kosten eines Mietwagens verlangen.**

AG Kiel, Urteil vom 18. Mai 2005 – 111 C 49/05 –, RA Leh.

Der Wagen der Kl.in erlitt anlässlich eines Verkehrsunfalls mit einem bei der Bekl. versicherten Kraftfahrzeug einen wirtschaftlichen Totalschaden. Denn die mit ca. 2500 Euro veranschlagten Reparaturkosten überstiegen den Wiederbeschaffungswert des klägerischen Fahrzeugs (= 700 Euro) um mehr als das Dreifache. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Bekl. zur Regulierung des gesamten Schadens der Kl.in verpflichtet ist. Dementsprechend hat die Bekl. der Kl.in vorprozessual den Wiederbeschaffungswert zuzüglich 50 Euro „Ummeldepauschale“ erstattet. Die Kl.in hat jedoch kein Ersatzfahrzeug angeschafft, sondern ihren Wagen für 910 Euro reparieren lassen. Für die Zeit der Reparaturmaßnahmen verlangt sie nun den Ersatz von Mietwagenkosten i.H. v. 119,76 Euro. Die Klage hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen

Die geschädigte Kl. in traf gem. § 254 II 1, 3. Alt. BGB eine Schadensminderungspflicht, d. h. sie musste den Weg der Schadensbeseitigung beschreiten, der für die Bekl. die geringstmöglichen Kosten verursacht. Gegen diese Pflicht hat sie im vorliegenden Fall durch das Vornehmenlassen der Reparatur bei gleichzeitiger Anmietung eines Ersatzfahrzeuges verstoßen. Denn es wäre kostengünstiger gewesen, den von der Bekl. gezahlten Schadensersatz zur Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Fahrzeuges zu verwenden und bis dahin den Unfallwagen weiter zu benutzen, schließlich wäre auf diese Weise die Notwendigkeit der Anmietung eines Ersatzfahrzeuges entfallen. Der Unfallwagen war unstrittig noch verkehrstüchtig. Davon, dass seine weitere Benutzung unzumutbar gewesen sei, wie die Kl. in vorträgt, kann keine Rede sein. Denn die Beschädigungen halten sich ausweislich der vorgelegten Lichtbilder durchaus noch im Rahmen. Außerdem wies der Wagen der Kl. in auch vor dem Unfall bereits diverse Beschädigungen auf, warum – flapsig formuliert – ein paar Beulen mehr das Benutzen des Wagens plötzlich unzumutbar machen sollen, erschließt sich dem Gericht nicht.

### BGB §§ 123, 166, 275, 358, 323, 326, 346, 434, 812

- 1. Der Käufer eines Gebrauchtwagens wird über dessen Unfallfreiheit arglistig getäuscht, wenn der für die Verkäuferin im Rahmen der Vertragsverhandlungen auftretende Mitarbeiter die Unfallfreiheit behauptet, obwohl in einer anderen Niederlassung der Verkäuferin das Wissen über einen Unfallvorschaden vorhanden ist (Wissenszurechnung).**
- 2. Ungeachtet dessen kann der Käufer eines Gebrauchtwagens wegen Sachmangels vom Kaufvertrag zurücktreten, da eine Nachlieferung angesichts der individuellen Kaufentscheidung für den konkreten Gebrauchtwagen unmöglich ist.**

SchlHOLG, 5. ZS, Urteil vom 18. August 2005 – 5 U 11/05 –, Pr.

Der Kl. verlangt von der Bekl. die Rückgewähr des Kaufpreises aus einem am 14.3.2002 mit der Bekl. abgeschlossenen und über die D. C. Bank GmbH finanzierten Kaufvertrag über einen Pkw.

Das Fahrzeug ist von der Niederlassung L. der Bekl. im Internet angeboten worden. Nach telefonischer Kontaktaufnahme besichtigte der Kl. es und bestellte es anschließend auf einem Bestellformular der Bekl., das den Hinweis enthielt, das Fahrzeug sei nach den Angaben des Vorbesitzers unfallfrei. Anlässlich eines Werkstattbesuchs erfuhr der Kl., das Fahrzeug habe doch einen schweren Unfall gehabt. Es stellte sich heraus, dass die nicht fachgerechte Reparatur im Herbst 1998 in der Niederlassung M. der Bekl. stattgefunden hatte. Die Bekl. erklärte sich gleichwohl für nicht verantwortlich. Der Kl. erklärte daher die Anfechtung seiner Kaufvertragserklärung wegen arglistiger Täuschung.

Das Landgericht hat die auf Rückabwicklung gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen, da feststellbar sei, dass die Bekl. den Kl. beim Kauf des Autos arglistig getäuscht habe. Zwar habe der Verkäufer der Bekl., der Zeuge B., Unfallfreiheit des Autos angegeben, doch habe er es selbst nicht besser gewusst. Die Kenntnis der Zentrale bzw. anderer Niederlassungen sei der Niederlassung L. nicht zuzurechnen.

Die Berufung des Kl. hatte Erfolg. Allerdings hat der Senat die Revision zugelassen.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. ist begründet. Dem Kl. steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch zu.

1. Dieser Anspruch folgt aus § 812 I 1, 1. Var. BGB.

a) Die Bekl. hat den eingeklagten Betrag erlangt, und zwar durch Leistung des Kl. 6000 € sind vom Kl. unmittelbar an die Bekl. gezahlt worden, 23 000 € von der D. C. Bank GmbH auf Anweisung des Kl. Da der Kl. den Pkw in erster Linie für seine selbständige Berufsausübung erworben hat, kommt eine abweichende Bestimmung von Leistung und Leistungsgegenstand aufgrund der Besonderheiten der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Verbundgeschäften im Sinne des § 358 BGB

(vgl. dazu Staudinger/Kessal-Wulf, Neubearbeitung 2004, § 359 Rdn. 24 ff.)

nicht in Betracht.

b) Die Leistung des Kl. ist ohne Rechtsgrund erfolgt, weil er seine Kaufvertragserklärung nach § 123 I BGB wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten hat.

aa) Zwar hat der Kl. seine Behauptung, der Zeuge B. habe wahrheitswidrig versichert, die Gebrauchtfahrzeuge würden vor der Freigabe zum Verkauf durch die Niederlassungen in der Zentrale der Bekl. „gecheckt“, nicht zu beweisen vermocht. Der Zeuge B. hat dies in Abrede gestellt. Der Zeuge P. hat dazu so vage und widersprüchlich ausgesagt, dass der Klägervertreter das Beweisangebot insoweit zurückgezogen hat. Die Zeugin O. hat lediglich

bekundet, es sei in einem Telefongespräch zwischen dem Kl. und dem Zeugen B. von einem Check durch die DEKRA die Rede gewesen. Wohl aber haben die Zeugen P. und O. klar bestätigt, dass der Zeuge B. auf Nachfrage des Kl. ohne Einschränkung die Unfallfreiheit versichert hat. Der Zeuge B. hat sich zwar nicht konkret erinnert, jedoch eingeräumt, es könne sein, dass der Kl. ihn nach der Unfallfreiheit gefragt habe, weil dies eine Standardfrage sei, und er werde die Frage dann auch bejaht haben, weil das Fahrzeug für ihn nach der Aktenlage unfallfrei gewesen sei. Entgegen der Ansicht der Bekl. musste der Kl. die Angabe im Bestellformular „Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden lt. Vorbesitzer: KEINE“ nicht als (Teil-)Widerruf der zuvor erhaltenen Auskunft auffassen. Standardformeln solcher Art weisen den Willen zu Vorsicht bei der Übernahme von Haftungsrisiken aus. Sie besagen nicht, dass weitergehende Erklärungen im Vorfeld des Vertrags unrichtig sind. Entsprechend lässt sich daraus nicht ableiten, die weitergehende, objektiv wahrheitswidrige Behauptung der Unfallfreiheit durch den Zeugen B. sei nicht ursächlich dafür geworden, dass der Kl. den Vertrag abgeschlossen hat.

bb) Die Täuschung durch die objektiv wahrheitswidrige Behauptung der Unfallfreiheit ist der Bekl. nach § 166 I BGB auch als arglistig im Sinne des § 123 I BGB zuzurechnen.

Entgegen dem Urteil des LG hat der Zeuge B. die Unfallfreiheit nicht im Vertrauen auf das DEKRA-Gutachten behauptet. Der Zeuge hat in seiner Vernehmung vor dem LG erklärt, das DEKRA-Gutachten habe ihm gar nicht vollständig vorgelegen. Vielmehr habe er lediglich eine Auflistung der Schäden bekommen, die ihm als Verkäufer habe zeigen sollen, wie viel er vor dem Verkauf noch investieren müsse. Die Unfallfreiheit will er behauptet haben, weil er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Akte vertraut habe. Eine Überprüfung „durch einen Meister bei uns im Hause“ will er deshalb nicht veranlasst haben, weil das bei einem Fahrzeug, das „von der Bank kommt“ (will wohl heißen: aus dem eigenen Bereich der Bekl. oder ihrer Tochtergesellschaft stammt), nicht üblich sei. Diese Aussage mag es nicht schon rechtfertigen anzunehmen, der Zeuge habe selbst arglistig gehandelt, weil er die Unfallfreiheit „ins Blaue hinein“ behauptet habe

(vgl. dazu BGH NJW 1998, 2360, 2361).

Wohl aber muss die Bekl. sich, wenn sie als Verkäuferin im Fall von Gebrauchtfahrzeugen aus ihrem Bereich den Verzicht auf eigene Untersuchung im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der mitgelieferten Informationen gestattet, das nicht mitgeteilte Wissen anderer Personen aus ihrem Bereich zurechnen lassen. Dem steht nicht entgegen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Obliegenheit des Gebrauchtwagenhändlers zur Untersuchung der zum Verkauf angebotenen Gebrauchtwagen auf Unfallfreiheit verneint. Denn das gilt nur unter dem Vorbehalt, dass der Verkäufer die Begrenztheit seines Kenntnisstandes deutlich macht, nicht, wenn er – wie dies hier nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme anzunehmen ist – die Unfallfreiheit in einer Weise behauptet, die dem Käufer den Eindruck vermitteln kann, dies geschehe auf der Grundlage verlässlicher Kenntnis

(BGH NJW 1981, 928, 929).

Diese Sichtweise des Senats liegt im Rahmen der bisherigen höchstrichterlichen Judikatur zur Zurechnung des Wissens nicht unmittelbar am Vertragsschluss beteiligter Arbeitnehmer von Unternehmen. Die Leitentscheidung BGH NJW 1996, 1339 sieht den entscheidenden Gesichtspunkt im Gleichstellungsargument. Die Wissenszurechnung hat danach dafür zu sorgen, dass der Vertragspartner des Unternehmens nicht schlechter, aber auch nicht besser dasteht als der Vertragspartner einer natürlichen Person. Gewiss kann auch eine natürliche Person einmal erworbene Kenntnisse im Hinblick auf die Kaufsache vergessen. BGH NJW 1996, 1339, 1341 fordert daher für die Wissenszurechnung, dass das Wissen sich auf einen Umstand bezieht, der „speicherungs-würdig“ ist, weil er sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit später als rechtserheblich erweisen kann. Außerdem soll es darauf ankommen, ob der Anlass für die mögliche Wissenszurechnung so ist, dass ein Abfragen des Speichers erwartet und zugemutet werden kann. Beides trifft hier zu: Die Speicherung der umfangreichen Unfallreparatur (Kosten fast 11 000 DM) war mit Rücksicht auf die Umstände – Bestellung der Reparatur durch einen Leasingnehmer der Tochter-Leasing-GmbH der Bekl., Wahrscheinlichkeit des Verkaufs der bei den Tochtergesellschaften (Leasing-GmbH, Bank-GmbH) angefallenen Gebrauchtfahrzeuge über eine der Niederlassungen der Bekl., Üblichkeit des Verzichts der Niederlassungen auf eigene Untersuchungen im Falle von aus dem eigenen Bereich stammenden Fahrzeugen – sogar in sehr hohem

Maße geboten. Auch war unter diesen Umständen zu erwarten, dass die Information an die konkret mit dem Verkauf befasste Niederlassung weitergeleitet oder ihr doch wenigstens zugänglich gemacht wurde. Wenn das – wie hier – nicht geschehen ist, liegt ein Fehler in der Organisation der unternehmensinternen Kommunikation vor, der die Zurechnung der in der Niederlassung M. erworbenen Kenntnis rechtfertigt, als wäre sie ordnungsgemäß bei dem Verkäufer in der Niederlassung L. angekommen

(BGH NJW 1996, 1339, 1340 f. im Anschluss an Taupitz, Karlsruher Forum 1994, S. 16 ff., 28 ff.).

c) Der Kl. kann auch verlangen, dass die Bekl. den Kaufpreis statt an ihn selbst an die D. C. Bank GmbH zurückgewährt. Der in dem Verlangen liegenden konkludenten Behauptung, der Anspruch sei an die D. C. Bank GmbH abgetreten und werde von dem Kl. aufgrund Einziehungsermächtigung geltend gemacht, hat die Bekl. nicht widersprochen. Da die Bekl. die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 I BGB) nicht einmal hilfsweise erhoben hat, kann der Senat auch nicht zu ihren Gunsten berücksichtigen, dass sie Gegenansprüche auf Rückgewähr des Pkw und Nutzungsentschädigung wegen der Benutzung des Pkw durch den Kl. hat. Die Saldotheorie, die eine solche Berücksichtigung von Amts wegen ermöglichen könnte, ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung

(BGHZ 57, 137, 149)

nicht zugunsten desjenigen anzuwenden, der das Fehlen des Rechtsgrunds durch arglistige Täuschung verursacht hat.

2. Hilfsweise stützt der Senat die Verurteilung der Bekl. auf einen Anspruch des Kl. aus den §§ 346 I, 434, 437 Nr. 2, 440, 326 V, 323 BGB.

a) Geht man entgegen der unter 1. begründeten Auffassung des Senats davon aus, dass die Anfechtung des Kl. wegen arglistiger Täuschung mangels eines Anfechtungsgrunds unwirksam ist, so ist seine Anfechtungserklärung in eine Rücktrittserklärung umzuwandeln. Die Voraussetzungen des § 140 BGB sind erfüllt.

Der Kl. hat einen Rücktrittsgrund: Die fehlende Unfallfreiheit ist ein Sachmangel i.S. des § 434 BGB

(BGH NJW 1982, 1386).

Die Einschränkung im Vertrag „lt. Vorbesitzer: KEINE“ enthält diesbezüglich keinen Gewährleistungsausschluss, sondern besagt lediglich, dass die Bekl. keine Garantie i.S. der §§ 442–444 BGB (entsprechend der Eigenschaftszusicherung nach dem Kaufrecht vor der Schuldrechtsmodernisierung) übernehmen hat. Da mangels Verbrauchereigenschaft des Kl. kein Verbrauchsgüterkauf i.S. der §§ 474 ff. BGB vorliegt, hätte die Bekl. zwar in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Gewährleistungsausschluss wirksam vorsehen können. Wie die auf Anforderung des Senats kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung von der Bekl. vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zeigen, hat sie dies aber nicht getan. VII. 1.b enthält den Gewährleistungsausschluss gegenüber einem Unternehmer, der bei Abschluss des Vertrages in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, allein für den Verkauf gebrauchter Nutzfahrzeuge. Für den Verkauf von gebrauchten Personenkraftwagen gilt Gleiches nur gegenüber dem Unternehmer, der den Kaufgegenstand zum Zweck des gewerblichen Weiterverkaufs oder Verwertung erwirbt, nicht gegenüber dem Unternehmer, der – wie der Kl. – den Pkw (in erster Linie) für beruflich veranlasste Fahrten nutzt. Dem Rücktritt steht auch nicht entgegen, dass der Kl. der Bekl. nicht gem. § 323 BGB erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Denn die Fristsetzung ist hier nach § 326 V BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung entbehrlich. Durch Nachbesserung lässt sich der Charakter des Pkw als Unfallwagen nicht korrigieren. Die Lieferung eines anderen funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen Gebrauchtwagens scheidet zwar nach dem neuen Kaufrecht nicht schon deshalb aus, weil der Kauf ein Stückkauf ist. Aber es ist doch jedenfalls zu fordern, dass der Pkw nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Beteiligten austauschbar ist (Palandt-Putzo, BGB, 64. Aufl. 2005, § 439 Rd. 15).

Davon kann man nicht ausgehen, wenn die Kaufwahl wie hier nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des persönlichen Eindrucks des Käufers getroffen worden ist.

Die Anfechtungs(-Rücktritts-)erklärung ist gem. § 218 BGB rechtzeitig abgegeben worden. Zwar ist die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs nach VII.1.a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. auf 1 Jahr verkürzt. Doch haben die bereits vor Eintritt der Verjährung begonnenen Verhandlungen den Lauf der Verjährungsfrist nach § 203 BGB gehemmt.

Schließlich ist anzunehmen, dass der Kl. – wie § 140 BGB voraussetzt – den Rücktritt gewollt haben würde, wenn er die Unwirksam-

keit der Anfechtung gekannt hätte. Die Wirkungen des Rücktritts bleiben zwar theoretisch (ex nunc statt ex tunc) hinter denen der Anfechtung zurück. Praktisch sind sie jedoch im Wesentlichen gleich.

b) Für den Inhalt des Anspruchs gilt das Gleiche wie unter 1.c. Auch im Rücktrittsrecht erfordert die Berücksichtigung der Gegenansprüche der Bekl., dass diese die ihr zustehende Einrede (§ 348 BGB) erhebt.

3. Der Zinsanspruch des Kl. folgt aus den §§ 291, 288 I 2 BGB, die Nebenentscheidungen aus den §§ 91, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Revision ist nach § 543 ZPO im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen, weil über die Wissenszurechnung in Fällen wie dem vorliegenden noch nicht höchstrichterlich entschieden worden ist und auch im Hinblick auf das Verhältnis von Nacherfüllung und Rücktritt beim Stückkauf einer mangelhaften Sache eine höchstrichterliche Entscheidung noch aussteht.

## StVG § 7; PfIVG § 3; BGB § 823

**Die ungewöhnliche Häufung von Beweisanzeichen, die für eine Unfallmanipulation sprechen – hier: Art der beteiligten Fahrzeuge; Unfallzeit und -ort; Motivation der Beteiligten; Plausibilität der Angaben der Unfallbeteiligten – lässt den Schluss auf eine Unfallverabredung zu.**

SchlHOLG, 7. ZS., Urteil vom 19. Mai 2005 – 7 U 82/04 –, Sa.

Der Kl. nahm die Bekl. gesamtschuldnerisch auf materiellen und immateriellen Schadensersatz aufgrund einer Kollision zwischen seinem von ihm geführten Pkw Mercedes Benz E 240 Classic und dem vom Bekl. zu 1. angemieteten, der Bekl. zu 2. gehörenden und bei der Bekl. zu 3. gegen Haftpflichtschäden versicherten Lkw in Anspruch. Die Kollision, die nach Auffassung des Kl. ein Unfall war, ereignete sich gegen Mitternacht in N.

Das Fahrzeug des Kl. stand zuvor im Eigentum seiner Schwägerin, es wies Vorschäden aus, unter anderem einen solchen, bei dem der gesamte Heckbereich einschließlich der Hinterachse in Mitleidenschaft gezogen war. Nach Behauptung des Kl. seien sämtliche Vorschäden ordnungsgemäß repariert gewesen. Der Kl., der das Fahrzeug unrepariert nach der Kollision vom 13.7. 2003 veräußert hat, will den materiellen Schaden auf Gutachtenbasis abrechnen. Die Bekl. zu 2. und 3. bestreiten die ordnungsgemäße Beseitigung der Vorschäden, sie bestreiten weiterhin, dass die vom Kl. der Kollision vom 13.7. 2003 zugeordneten Schäden auf eben dieser Kollision beruhen; weiterhin sind sie der Auffassung, bei dieser Kollision habe es sich nicht um einen Unfall im Rechtssinne gehandelt und behaupten ein mit dem Bekl. zu 1. verabredetes Geschehen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 8829,45 € materiellen Schadensersatzes sowie eines in das Ermessen des Gerichts gestelltes angemessenes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 400 € gerichtete Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass der Kl. nicht hinreichend dargelegt habe, dass die vorhandenen Vorschäden ordnungsgemäß repariert worden seien.

### Aus den Gründen

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht die Klage abgewiesen. ...

Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zutreffend abgewiesen, denn die geltend gemachten Ansprüche insgesamt stehen dem Kl. unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung in die Schädigung („manipulierter Unfall“) nicht zu. Dass es sich bei der Kollision nicht um einen Unfall im Rechtssinne, mithin um ein plötzliches, von außen kommendes Ereignis gehandelt hat, haben die Bekl. zu 2. und 3. sowohl erstinstanzlich als auch im Berufungsverfahren behauptet. Beweisbelastet für eine Unfallmanipulation sind die Bekl. zu 2. und 3. – die Bekl. zu 2. zugleich als Nebenintervenientin des Bekl. zu 1. –; da aber regelmäßig dem im Haftpflichtprozess verklagten Versicherer der Einblick in Motivation und Verhalten eines Anspruchstellers fehlt, kann der Beweis einer Unfallmanipulation im Einzelfall durch den Nachweis einer ungewöhnlichen Häufung von Beweisanzeichen, die für eine Unfallmanipulation sprechen, erbracht werden.

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass der Kl. in die Beschädigung seines Fahrzeuges eingewilligt hat, wobei zur Überzeugungsbildung lediglich eine Gewissheit erforderlich ist, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet, nicht hingegen eine mathematisch lückenlose Gewissheit.

Die Überzeugungsbildung des Senats gründet sich – neben dem persönlichen Eindruck insbesondere des Kl., den der Senat aufgrund der persönlichen Anhörung gewonnen hat – auf eine Vielzahl objektiver Beweisanzeichen, die in der Gesamtschau dazu führen, dass es sich um einen gestellten „Unfall“ gehandelt hat: Die Kollision ereignete sich mitten in der Nacht und zudem an einer Stelle, an der mit unliebsamen Zeugen, die dem verabredeten Geschehen ihre Aufmerksamkeit schenken würden, nicht zu rechnen war. Kl. und Bekl. zu 1. konnten davon ausgehen, dass Fahrzeuge, die sich auf der Bundesstraße 205 befanden, nicht wegen einer Kollision auf einer Einfädelspur anhalten würden, wenn sie sie denn überhaupt bemerkten.

Ein gewichtiges Indiz für einen gestellten Unfall ist die Art der beteiligten Fahrzeuge. Auf der einen Seite ein älteres, gleichwohl noch hochwertiges Fahrzeug der gehobenen Klasse, nämlich ein Mercedes Benz E 240 Classic, auf der anderen Seite ein nur für kurze Zeit vom Bekl. zu 1. angemieteter Transporter. Letzteres ist ein typisches Indiz für einen verabredeten Unfall, weil der Schädiger keinen materiellen Eigenschaden erleidet, der Schaden an dem geschädigten Fahrzeug sehr groß ist und der Schädiger bei einem kleinen Lkw nur ein geringes eigenes Verletzungsrisiko trägt. Hinzu kommt, dass der Bekl. zu 1. auch vor dem Senat plausibel nicht darlegen konnte, warum er den Lkw überhaupt angemietet hatte. Seine Angaben, er habe bei einem Bekannten Möbel abholen wollen, der früher als mitten in der Nacht nicht zu Hause gewesen sei, hält der Senat für eine reine Schutzbehauptung, konnte der Bekl. zu 1. die Person, von der er vermeintlich Möbel kaufen wollte, weder unmittelbar nach dem Unfall in seiner Schadensanzeige gegenüber der Bekl. zu 2. noch vor dem Senat im einzelnen genau bezeichnen. Während er in seiner Schadensanzeige einen „Jürgen W.“ als Möbelverkäufer angegeben hatte, hat er vor dem Senat von einem „Juri“ gesprochen, dessen Nachnamen er vergessen haben wollte. Erst auf Vorhalt gab er dann an, „Juri“ und „Jürgen W.“ seien personenidentisch.

Auch die Anwesenheit des Kl. zum „Unfallzeitpunkt“ am Kollisionsort ist wenig plausibel. Der Kl. hat angegeben, er sei zuvor in N. am Bahnhof gewesen, um dort einen Freund abzuholen, der aber gar nicht gekommen sei. Nähere Angaben konnte oder wollte der Kl., der auf diese Nachfrage offensichtlich nicht vorbereitet war, hingegen nicht machen.

Die finanzielle Motivation des Kl. zu einer Unfallverabredung liegt für den Senat auf der Hand. Der Kl. war bei Erwerb des Fahrzeuges und auch zum Zeitpunkt der Kollision Sozialhilfeempfänger, objektiv betrachtet konnte er sich ein derartiges Fahrzeug gar nicht leisten. Typischerweise hat er den Wagen nach dem „Unfall“ unrepariert veräußert, wobei er allerdings nicht sicher angeben konnte, welchen Kaufpreis – 7000 oder 7500 € – er erzielt hat. Seine Angaben darüber, wie er den Kaufpreis für das Fahrzeug aufgebracht haben will, sind darüber hinaus widersprüchlich und letztlich auch nicht nachvollziehbar. Einerseits (Vortrag erster Instanz) soll der Wagen aus erspartem Geld und dem Verkauf eines Altfahrzeuges bezahlt worden sein, andererseits – so in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat – will er von einem Verwandten 10 000 € geliehen haben. Selbst wenn man zugunsten des Kl. von Verständigungsschwierigkeiten mit seinem erstinstanzlichen Anwalt ausgeht, liegen zwischen diesen Behauptungen doch solche Differenzen, dass sie mit sprachlichen Schwierigkeiten nicht mehr erklärlich sind. Jedenfalls wäre die vom Kl. beabsichtigte Abrechnung auf Gutachtenbasis für ihn von erheblichem finanziellen Interesse gewesen. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Fahrzeug des Kl. schon zuvor – wenn auch bei seiner Schwägerin – eher dubiose Vorschäden erlitten hatte, die – insoweit unstreitig – ebenfalls auf Gutachtenbasis jeweils abgerechnet worden sind, wobei hinzu kommt, dass das Fahrzeug mehrfach über längere Zeiträume stillgelegt war, um sodann in Schadenfälle verwickelt zu sein; die Bekl. zu 2. und 3. sprechen damit nicht ohne Grund von einem „leidgeprüften“ Mercedes.

Dem steht nicht entgegen, dass Kl. und Bekl. zu 1. – letzterer auch in seiner Parteivernehmung – eine Unfallverabredung bestritten haben, zudem sich vor der Kollision nicht gekannt haben wollen.

Die Unfallverabredung als solche steht aufgrund der geradezu überwältigten Beweiszeichen fest, einer persönlichen Bekanntschaft zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 1. bedurfte es zu dieser Verabredung, die durchaus auch über Dritte erfolgen konnte, nicht.

## **BGB §§ 252, 760, 843; PflVG § 33; StVG § 7**

- 1. Die auf einer Prädisposition beruhende, endgültige Fehlverarbeitung eines relativ harmlosen Unfallgeschehens rechtfertigt eine hälftige Anspruchskürzung.**
- 2. Bindungs- und Rechtskraftwirkung eines Feststellungsausspruches, wonach der Unfallverursacher verpflichtet ist, den materiellen Zukunftsschaden (vollen Umfangs) zu ersetzen.**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 2. Juni 2005 – 7 U 124/01 –, Sa.

### *Aus den Gründen*

Die geltend gemachten Ansprüche stehen der Kl.in gemäß §§ 7 StVG a.F., 3 PflVG, 823, 843 Abs. 1 und 2 BGB gegen die gesamtschuldnerisch haftenden Bekl. bis einschließlich April 2001 dem Grunde nach vollen Umfangs zu, danach hingegen zu lediglich 50 %.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht – im Sinne der Behauptungen der Bekl. – fest, dass jedenfalls ab Mai 2001 bei der Kl.in eine unfallunabhängige, auf Prädisposition beruhende (endgültige) Fehlverarbeitung des Unfallgeschehens eingetreten ist, die im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH NJW 1998, S. 810 [813])

einen prozentualen Abschlag auf die zu erbringenden Schadensersatzleistungen von 50 % rechtfertigt.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass das Senatsurteil vom 3. November 1994 (7 U 188/93) den Feststellungsausspruch zugunsten der Kl.in enthält, wonach die Bekl. verpflichtet sind, den materiellen Zukunftsschaden aus Anlass des Verkehrsunfalls zu ersetzen. Im Senatsurteil vom 25. Juni 1998 (7 U 19/97) ist im Hinblick auf diesen Feststellungsausspruch unter anderem ausgeführt: „... Die Folge des richtigen Verständnisses des Feststellungsantrags im Vorprozess ist nicht nur, dass den Bekl. die Einrede der Verjährung verwehrt ist (Unterbrechung der Verjährung), sondern ihnen auch der Einwand psychogener unfallunabhängiger Unfallursachen abgeschnitten ist; denn letzterer stützt sich auf Tatsachen, die schon zur Zeit des Vorprozesses vorlagen und infolge der Rechtskraftwirkung des Senatsurteils vom 3. November 1994 nicht mehr geltend gemacht werden können; wenn ein Feststellungsurteil keine Einschränkungen enthält, sind dem Bekl. alle Einwendungen abgeschnitten, die sich auf Tatsachen stützen, die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben

(vgl. BGH NJW 1989, 105). ...“.

Eine so weitgehende Bindungs- und Rechtskraftwirkung, dass den Bekl. sämtliche Einwendungen abgeschnitten wären, kommt dem Feststellungsausspruch aber nicht zu. Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass die Rechtskraft eines Feststellungsurteils, in dem die Schadensersatzpflicht des in Anspruch genommenen Schädigers festgestellt worden ist, dazu führt, dass Einwendungen, die das Bestehen des festgestellten Anspruchs betreffen und sich auf Tatsachen stützen, die schon zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben, nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Davon sind nicht nur vorgetragene Tatsachen erfasst, sondern auch solche Einwendungen und den diesen zugrundeliegende Tatsachen, die damals – also im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung – bereits bestanden haben, aber nicht vorgetragen worden sind

(BGH NJW 1989, S. 105 f. [105]).

Das gilt

(BGH aaO)

jedenfalls dann, wenn diese Tatsachen dem Bekl. bekannt waren und von ihm hätten vorgetragen werden können.

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfalle gerade nicht vor. Es ging – wie die Gründe des Senatsurteils vom 3. November 1994 zeigen – seinerzeit allein um die Frage, ob die vornehmlich durch Schmerzerleben geprägten seinerzeitigen Beschwerden der Kl.in noch auf den Unfall oder (auch) auf ihre angeborene Gelenksteife und eine zudem vorhandene überbewegliche Halswirbelsäule zurückgeführt werden konnten. Grundlage der Entscheidung waren damit allein orthopädische Probleme im weiteren Sinne. Eine psychische Prädisposition der Kl.in als Ursache oder Mitursache der Beschwerden war seinerzeit weder Gegenstand des Vorbringens noch war sie bekannt, auch wenn diese Prädisposition notwendig schon vorlag; das latente Vorhandensein einer entsprechenden Veranlagung der Kl.in musste angesichts der seinerzeit allein entscheidungserheblichen orthopädischen Problematik der Bekl. auch weder bekannt sein noch behauptet werden.

Hinzu kommt, dass allen drei vorangegangenen Entscheidungen des Senats ein gänzlich anderes Beschwerdebild der Kl.in zugrunde lag, als es sich heute und auch seit einigen Jahren darstellt. Zwar hat die Kl.in in ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat angegeben, sie habe nach wie vor Probleme mit der Halswirbelsäule und der Brustwirbelsäule bei feuchtem Wetter, schnellen Drehungen und beim Gucken nach unten oder oben. Während in den Vorprozessen Schmerzen insbesondere der Halswirbelsäule und der Brustwirbelsäule sowie in Kopf und Arm im Vordergrund standen, die durch in den Jahren 1996 und 2000 eingeholte Gutachten als psychosomatische Schmerzstörung bzw. somatoforme Schmerzstörung klassifiziert worden sind, hat die Kl.in gegenüber dem Sachverständigen Dr. H. als aktuell und seit einigen Jahren bestehend Beschwerden wie Schwindel, Tinnitus, Herz- und Brustschmerzen, Schlafstörungen, Regelbeschwerden, Konzentrationsdefizite und Angst geschildert. Damit handelt es sich um Beschwerden, die offenbar von den früher geschilderten Symptomen abweichen. Der Sachverständige: „... Diagnostisch ist

in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Vorgutachten von einer somatoformen Störung auszugehen, wobei anscheinend in den letzten Jahren kardiovaskuläre Symptome dominiert haben, welche allerdings zum Untersuchungszeitpunkt eine eher niedrige Intensität erreicht hatten. Am Beginn der Somatisierungsstörung scheinen anders als jetzt Schmerzen das klinische Bild dominiert haben, so dass von einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung auszugehen war. Soweit allein aus den Schilderungen von Frau L. abzuleiten, ist 1997 eine Symptomatik hinzugegetreten, die im Rückblick die Diagnose einer Angststörung im engeren Sinne und/oder die Diagnose einer depressiven Episode rechtfertigen würde ...“. Der Sachverständige hat dazu in seiner Erläuterung vor dem Senat ausgeführt: „Bei der Kl.in liegt eine somatoforme Störung, hingegen keine somatoforme Schmerzstörung vor. Diese war früher bei ihr vorhanden ...“.

Derartige Umstände waren den Bekl. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in dem Verfahren 7 U 188/93 nicht bekannt, sie konnten ihnen auch gar nicht bekannt sein, war die Symptomatik doch eine ganz andere. Mit dem Einwand unfallunabhängiger Ursachen sind die Bekl. daher aufgrund des uneingeschränkten Feststellungsausspruches nicht ausgeschlossen.

Grundsätzlich haftet der Schädiger – hier also die Bekl. – auch für seelisch bedingte Folgeschäden

(BGH NJW 1996, S. 2425 ff; BGH NJW 2000, S. 862 ff),

es sei denn, die Primärverletzung, die der Geschädigte bei dem Unfall erlitten hat, wäre eine schlichte Bagatelle; entfallen würde die Haftung weiterhin dann, wenn es sich bei den psychogenen Folgen um eine reine Renten- bzw. Begehrensneurose handelte. Der Unfall und die von der Kl.in dabei erlittene Primärverletzung, nämlich das sogenannte „Halswirbelsäulenschleudertrauma“ waren zwar nur leichteren Umfanges, hatten aber keinesfalls Bagatellcharakter in dem Sinne, dass es sich um Beeinträchtigungen gehandelt hätte, die jedermann täglich und regelmäßig folgenlos erleiden kann. Auch eine Renten- oder Begehrensneurose, in denen der Geschädigte den Unfall in dem neurotischen Bestreben nach Versorgung und Sicherheit lediglich zum Anlass nimmt, den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen

(BGH aaO),

hat der Sachverständige Dr. H. bei der Kl.in nicht feststellen können. Die Ausführungen in seinem schriftlichen Gutachten, es falle leichter, die bei der Kl.in die somatoforme Störung aufrechterhaltenden Faktoren zu identifizieren, unter anderem nämlich äußere Vorteile im Sinne eines sekundären Krankheitsgewinnes durch „anscheinend hohe Geldzahlungen“ und ein mit ihrem Ehemann getroffenes psychosoziales Arrangement, das die Kl.in weitgehend entlastet und ihr ein angenehmes Leben garantiert, wobei sich im Falle der Kl.in außerordentlich ungünstig ausgewirkt habe, dass ihr aus der Störung heraus diese Vorteile erwachsen seien, deuten zwar in Richtung einer Begehrensneurose. In seiner mündlichen Erläuterung hat der Sachverständige aber auf Vorhalt der (juristischen) Definition für eine Begehrensneurose ausgeführt: „Anfangs ist das wohl nicht so gewesen; zu einem späteren Zeitpunkt mag es so sein, betrachtet man beispielsweise die Argumentation, mit der die Kl.in den Vergleichsvorschlag des Gerichts abgelehnt hat. ... Zwar spielen jetzt finanzielle Interessen eine Rolle, ich würde dies aber nicht als „Begehrensneurose“ im Sinne der Definition der Rechtsprechung ansehen. In anderen Fällen liegt eine solche „Begehrensneurose“ viel deutlicher vor. ...“.

Es liegt bei der Kl.in nach den Erläuterungen des Sachverständigen „eher“ eine sogenannte Konversionsneurose vor, nämlich ein seelischer Konflikt, der in eine körperliche Störung umgewandelt wird, um innere Konflikte zu kompensieren, dies aber nicht in erster Linie im Hinblick auf den Wunsch, nicht mehr arbeiten zu müssen

(vgl. BGH NJW 1998, S. 812),

wobei in einem solchen Falle der Zurechnungszusammenhang zum Unfall grundsätzlich zu bejahen ist, sofern der Unfall als sogenannter „Auslöser“ angesehen werden kann. Eine Einschränkung der Haftung in diesen Fällen – entweder prozentual oder zeitlich – kommt nur dann in Betracht, wenn der Unfall auf eine entsprechende Prädisposition des Geschädigten trifft und der durch den Unfall ausgelöste Schaden aufgrund der Vorschäden auch ohne den Unfall früher oder später eingetreten wäre.

So verhält es sich hinsichtlich der aktuellen und seit einigen Jahren bestehenden Situation der Kl.in, was die beschränkte Haftung der Bekl. ab (jedenfalls) Mai 2001 rechtfertigt.

Denn somatoforme Störungen, wie sie bei der Kl.in vorliegen, sind niemals kausal auf nur einen Faktor, ein Ereignis oder einen

Belastungszustand zurückzuführen. Bei der Kl.in wäre das somatoforme Syndrom nicht entstanden, wenn sie nicht eine Prädisposition dafür aufgewiesen hätte. Der Sachverständige dazu in seiner Anhörung vor dem Senat: „...Auslösend für eine somatoforme Störung ist nie ein einziges Ereignis. Bei der Kl.in war der Unfall der Ausgangspunkt der Störung, auch wenn er als leicht einzustufen ist. Sie hatte zwar ein leichtes HWS-Trauma erlitten, aber kein schweres Trauma; der Unfall kann nicht besonders traumatisierend gewesen sein ... Gleichwohl beginnt die pathologische Entwicklung mit dem Unfall, insofern würde ich die Kausalität bejahen. Es hätte auch ein anderes Ereignis geben können, das gab es aber nicht. Es ist allerdings ungewöhnlich, dass ein Unfall solche Störungen verursacht. Bei entsprechender Veranlagung mag es allerdings sein, dass durch eine bestimmte Lebenssituation, beispielsweise einen Unfall eine solche Störung hervorgerufen wird. Für eine sogenannte posttraumatische Belastungsstörung gibt es hier keinerlei Anhaltspunkte. ... Die Belastung durch die gerichtlichen Auseinandersetzungen ist bei der Kl.in eine Erklärung für ihre Störung. Angstzustände und depressive Störungen gibt es aber sehr häufig auch gerade ohne vorangegangene Unfälle. Bei der Kl.in hätte sich dies sicher auch ohne Unfall ergeben können. Die Situation der Kl.in ist insgesamt auch ohne den Unfall erklärlich, gleichwohl nahm sie da ihren Ausgang. ... Ich kann sagen, dass die Wahrscheinlichkeit sehr hoch ist, dass die Kl.in bei ihrer Prädisposition entsprechende Störungen auch ohne den Unfall erlitten hätte. Das ist kein sicherer Schluss, sondern daraus resultierend, dass schon durch ein relativ geringes Ereignis derartige Störungen bei ihr ausgelöst worden sind. ...“.

In seinem schriftlichen Gutachten hat der Sachverständige ausgeführt, dass somatoforme Störungen zu den häufigsten psychischen Störungen zählten und nach Schätzungen bei 5–11 % der Allgemeinbevölkerung auftraten. Dies bedeute, dass somatoforme Störungen auch bei einer Vielzahl von Personen aufträten, die niemals einen Verkehrsunfall erlitten hätten. Dabei sei es für das Störungsbild geradezu typisch, dass ein Beginnen der Symptomatik vor dem 30. Lebensjahr auftrete mit primär chronischem Verlauf, wobei heute als erwiesen gelte, dass diese Störungen niemals durch einen einzigen Faktor ausgelöst würden.

Aufgrund dessen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass – neben dem Unfall als „Auslöser“ – die offensichtlichen psychischen Fehlreaktionen der Kl.in aufgrund entsprechender Prädisposition – deren Ursache der Sachverständige Dr. H. darin sieht, dass die Kl.in über ihre angeborene Behinderung eine burschikose Bewältigungsstrategie entwickelt und die emotionale Seite verdrängt hat – früher oder später auch ohne den Unfall aufgetreten wären, was die vorgenommene prozentuale Kürzung der Ersatzansprüche rechtfertigt.

## StVG §§ 7, 17; StVO §§ 5, 9; BGB § 252

**1. Kommt es zur Kollision eines nach links in eine Grundstückseinfahrt abbiegenden Fahrzeugs, dessen Fahrer der zweiten Rückschaupflicht nicht genügt hat, mit einem in unklarer Verkehrslage überholenden Fahrzeug, kann die Abwägung der beiderseitigen Verursachungs- und Verschuldensanteile zu einer Haftungsquote von 50 % zu 50 % führen.**

**2. Zur Nutzungsausfallentschädigung bei Beschädigung eines gewerblich und privat genutzten Fahrzeugs.**

SchlHOLG, 7. ZS, Urteil vom 7. Juli 2005 – 7 U 3/03 –, Dre.

Die Kl.in begehrt Schadensersatz für ihren bei einem Verkehrsunfall geschädigten Porsche, den ihr Geschäftsführer gewerblich und privat nutzt.

Der Fahrer der beklagten Gemeinde bog mit einer Kehrmaschine nach links in eine „Grundstückseinfahrt“ unter Verletzung der zweiten Rückschaupflicht. Der Geschäftsführer der Kl.in überholte, obgleich zwei Fahrzeuge vor ihm der Kehrmaschine außerhalb mit der Geschwindigkeit von ca. 20 km/h folgten, ohne sie zu überholen; er hätte beim Ausschervorgang den linken Fahrtrichtungsanzeiger der Kehrmaschine sehen und durch Bremsen den Unfall vermeiden können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung der Kl.in führt zu einer Haftungsverteilung von 50%.

### Aus den Gründen

...

Die Abwägung der beiderseitigen Verursachungs- und Verschuldensanteile an dem Verkehrsunfall am 18. Juli 2001 in Kampen/Sylt führt zu einer Haftungsquote von 50 % zu 50 %; die Anteile der beiden beteiligten Fahrzeugführer und Fahrzeuge am Zustandekommen des Unfalls wiegen gleich schwer.

Das vom Senat eingeholte schriftliche verkehrstechnische Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M. kommt im Wesent-

lichen zu folgendem Ergebnis: Der Zeuge L. hätte den durch den Drittwiderbeklagten gelenkten Porsche unmittelbar vor dem Abbiegebeginn im linken Außenspiegel erkennen und durch Abbruch des Abbiegevorgangs die Kollision vermeiden können.

(Wird ausgeführt).

Nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens war der Verkehrsunfall weder für den Zeugen L. als Fahrer der Kehrmaschine der Bekl. noch für den Drittwiderbeklagten ein unabwendbares Ereignis im Sinne des § 7 Abs. 2 StVG (a. F.).

Dem Zeugen wäre es möglich gewesen, die Kollision bei Anwendung gebotener Sorgfalt zu vermeiden, indem er unmittelbar vor dem Abbiegebeginn seiner Rückschaupflicht genügt und die Querung der linken Fahrspur unterlassen hätte. Der Drittwiderbeklagte hätte bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten den Fahrtrichtungsanzeiger der Kehrmaschine während des Überholvorgangs erkennen und den Unfall durch eine Bremsung vermeiden können (auch wenn sich der Fahrtrichtungsanzeiger unten im Stoßfängerbereich befindet).

Dass der linke Fahrtrichtungsanzeiger der Kehrmaschine durch den Zeugen rechtzeitig betätigt worden war, steht nach dessen Aussage sowie nach der Aussage der Zeugin S. vor dem Landgericht fest; die Bekundungen stimmen jeweils mit den schriftlichen Stellungnahmen gegenüber der Polizeistation Wenningstedt innerhalb des Bußgeldverfahrens überein. Aus der schriftlichen Stellungnahme des Zeugen B. ergeben sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte, er hat den Blinker aufgrund des vor ihm fahrenden BMW der Zeugin S. nicht sehen können.

Den Zeugen L. trifft ein Verschulden; als Linksabbieger war er gemäß § 9 Abs. 1 Satz 4 StVO verpflichtet, vor dem Einordnen als auch erneut vor dem Abbiegen Rückschau zu halten; darüber hinaus hatte sich der Zeuge gemäß § 9 Abs. 5 StVO insgesamt so zu verhalten, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen war. Wann ein „Grundstück“ dieser Regelung unterfällt, bestimmt sich funktionell danach, ob der Fahrzeugführer durch das Abbiegen auf die betreffende Fläche den fließenden Verkehr verlässt; als fließend ist dabei der Verkehr zu qualifizieren, der dem Bestreben nach einer zügigen Ortsveränderung dient; ein solcher fließender Verkehr bestand auf der Zuwegung zur Mülldeponie nicht.

Der Zeuge durfte trotz erfolgter Einordnung zur Fahrbahnmitte und trotz Betätigung des Fahrtrichtungsanzeigers nicht darauf vertrauen, dass sämtliche hinter der Kehrmaschine befindlichen Verkehrsteilnehmer seine Abbiegeabsicht erkennen würden, zumal die Zuwegung zur Mülldeponie durch andere Verkehrsteilnehmer nur schwer ausgemacht werden konnte. Auf der Landesstraße befand sich im Bereich des Kollisionsortes kein Überholverbot. Die Sicht war zum Unfallzeitpunkt gut. Die Straße verläuft an der Unfallstelle geradeaus. Dass Gegenverkehr herrschte, ist nicht ersichtlich.

Den Drittwiderbeklagten trifft gleichfalls ein Verschulden; er hat trotz unklarer Verkehrslage zum Überholen angesetzt.

Unklar ist eine Verkehrslage im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 1 StVO, wenn nach allen Umständen mit ungefährdem Überholen nicht gerechnet werden darf; dieses ist zwar noch nicht allein deshalb der Fall, weil ein vorausfahrendes Fahrzeug langsam fährt; jedoch liegt eine unklare Verkehrslage dann vor, wenn sich insgesamt nicht verlässlich beurteilen lässt, was Vorausfahrende sogleich tun werden (vgl. OLG Schleswig NZV 1994, 30, 31).

Der Drittwiderbeklagte konnte und musste vor Beginn seines Überholmanövers erkennen, dass vor dem von ihm gelenkten Porsche zwei Fahrzeuge hinter der Kehrmaschine herfuhr, ohne diese zu überholen, obgleich ihre Fahrtgeschwindigkeit nur ca. 20 km/h betrug, obgleich die Sichtverhältnisse gut waren, die Straße geradeaus verlief, kein Überholverbot bestand und kein Gegenverkehr herrschte. Soweit der Drittbeklagte nach seiner Einlassung nicht erkannte, dass der Zeuge den Fahrtrichtungsanzeiger nach links gesetzt hatte, hätte er zumindest durch das Fahrverhalten der zwischen ihm und der Kehrmaschine befindlichen Fahrzeuge darauf schließen müssen, dass deren Fahrer ein Überholen aus bestimmten Gründen für unzulässig hielten.

Die Abwägung der beiderseitigen Verursachungs- und Verschuldensanteile führt zu einer Haftungsquote von 50 % zu 50 %; die Anteile der beiden beteiligten Fahrzeugführer und Fahrzeuge am Zustandekommen des Unfalls wiegen gleich schwer:

Dem Zeugen oblagen besondere Sorgfaltspflichten bei der Durchführung des Abbiegeanövers (zweite Rückschau und Ausschluss der Gefährdung anderer); der Drittwiderbeklagte durfte in der konkreten Situation nicht überholen (unklare Verkehrslage und damit ein Überholverbot), zudem hätte er nach den Ausführungen

des Sachverständigen auch noch während des rechtswidrig begonnenen Überholmanövers den Fahrtrichtungsanzeiger der Kehrmaschine erkennen und bremsen können.

Die Betriebsgefahren der Fahrzeuge wiegen ebenfalls gleich schwer, auf der einen Seite die Größe, das Gewicht und die damit einhergehende Schwierigkeit der Beherrschung der Kehrmaschine, auf der anderen Seite die erhebliche Motorleistung des Porsche mit der beim Überholvorgang erheblich gesteigerten Beschleunigung

(s. zu der Haftungsquote die ähnlichen Sachverhaltskonstellationen KG VRS 62, 95, 97; OLG Celle, OLG Report 2003, 39).

Beim Nutzungsausfall ist eine differenzierte Betrachtung sachgerecht:

Für den Ausfall eines gewerblichen Fahrzeugs, das unmittelbar der Gewinnerzielung dient (Beispiel Taxi, LKW, Traktor), ist ein Nutzungsausfallschaden nur anhand einer konkreten Berechnung anzuerkennen. Wird ein gewerblich genutztes Fahrzeug dagegen nicht unmittelbar zur Gewinnerzielung eingesetzt (Beispiel Direktionswagen), muss ein Nutzungsausfall auch abstrakt bzw. pauschaliert geltend gemacht werden können.

Diese Sichtweise ist mit der Entscheidung des Großen Senats vom 9. Juli 1986

(BGH GSZ, NJW 1987, 50)

vereinbar: Dieser hat die Anerkennung des Nutzungsausfalls von privaten Fahrzeugen u. a. damit begründet, dass „für den privaten Benutzer sein Kfz nicht nur oft der gewichtigste Bestandteil seines Vermögens, sondern die Einsatzfähigkeit des Fahrzeugs häufig die (!) Grundlage für die Wirtschaftlichkeit seiner hierauf zugeschnittenen Lebenshaltung ist, insbesondere wenn er als Berufstätiger auf das Kfz angewiesen ist“. Wirtschaftliche Aspekte überwiegen beim Erwerb und Unterhalt eines, teilweise gewerblich genutzten, Fahrzeugs sogar noch; weshalb dieser Vermögensposition, auch wenn sie nicht unmittelbar der Gewinnerzielung dient und ihre Nichtbenutzbarkeit deshalb zu keinem Schaden im Sinne von § 252 BGB führt, schadensrechtlich die Anerkennung entzogen werden soll, erschließt sich nicht. Das Interesse des privaten Autobenutzers an der ständigen Zugriffsmöglichkeit ist mit dem des Gewerbebetriebes/Inhabers an Mobilität durchaus vergleichbar. Wenn darüber hinaus, mit der Auswahl des Fahrzeugs, ein über die Mobilität hinausgehender Aspekt verbunden wird, insbesondere durch die Verwendung eines repräsentativen Wagens, dann entzieht sich dieser Gesichtspunkt einer rechtlichen Beurteilung und muss daher als autonome Entscheidung des Eigentümers hingenommen werden. Der Sinn oder Unsinn einer solchen Entscheidung verschließt sich einer rechtlichen Bewertung genauso wie die Frage, ob ein privater Autobenutzer „überhaupt ein Auto braucht“, und ist für die Frage des Schadensersatzes daher unerheblich.

Mithin ist bei dem gewerblich genutzten Porsche, der nur mittelbar der Gewinnerzielung dient, bei dessen Nutzungsausfall eine pauschale Entschädigung zu gewähren

(vgl. OLG Düsseldorf, zsf 2001, 546; BGH NJW 1985, 2471).

Eine solche Entscheidung steht nicht in Widerspruch zu anderen Entscheidungen der Obergerichte, weil es in deren Entscheidungen um den Ausfall eines Traktors bzw. einer Zugmaschine ging, die unmittelbar der Gewinnerzielung dienten.

Aus der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch/Seifert/Splitter folgt eine Nutzungsausfallpauschale von 179,00 DM/Tag; die Anwendung der Tabelle ist auch für die gewerbliche Nutzung von Pkws angemessen

(vgl. OLG Düsseldorf, aaO).

...

## **BGB §§ 7, 17, 18, StVG a.F., 847 a.F., 833; ZPO § 531**

- 1. Mindestanforderungen an die Hütensicherheit einer Pferdeweide.**
- 2. Die einfache Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeuges tritt bei einer Kollision mit einem Großtier – hier: Pony – im öffentlichen Verkehrsraum grundsätzlich vollständig hinter die (gesteigerte) Tiergefahr zurück.**
- 3. Schmerzensgeldbemessung bei Querschnittlähmung (Tetraplegie) eines 18-jährigen Kraftfahrers.**
- 4. Zurückweisung neuen Vorbringens im Berufungsrechtszug.**

SchlHOLG, 7. ZS. Urteil vom 17. Februar 2005 – 7 U 168/03 –, Sa.

Der K. nimmt den Bekl. auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch aufgrund eines Verkehrsunfalls.

Am Unfalltag befuhr der damals 18-jährige Kl. die L 154 von W. in Richtung T. als Fahrer des Pkw Opel Vectra. Die Geschwindigkeit des Fahrzeuges betrug ca. 80 km/h; gegen 21.25 Uhr kollidierte das Fahrzeug mit einem auf der Straße befindlichen und dem Bekl. gehörenden Pony. Das Fahrzeug überschlug sich und blieb in einem Was-sergraben liegen. Der Kl. erlitt schwerste Verletzungen und ist seit dem Unfall ab dem 5. Halswirbelkörper gelähmt (sogenannte Tetraplegie).

Kurz vor der Kollision hatte ein dem Kl. auf der im Unfallbereich gerade verlaufenden Straße entgegengerichteter Fahrer, ein Herr B., die Lichthupe seines Fahrzeugs betätigt.

Der Bekl. ist Viehhändler und handelt u.a. auch mit Ponys. Zur Unfallzeit befand sich neben dem an der Kollision beteiligten Pony, das ein Stockmaß von ca. 130 cm hatte, mindestens ein weiteres Tier des Bekl. im Bereich der Fahrbahn der L 154. Die Tiere waren von einer Koppel des Bekl., die zum Unfallzeitpunkt mit einem Stachel-drahtzaun, bestehend aus zwei in unterschiedlicher Höhe angebrachten Drähten gesichert war, entwichen.

Vorgerrichtlich hat der hinter dem Bekl. stehende Haftpflichtversicherer auf den materiellen Schaden des Kl. einen Betrag in Höhe von 400000 DM (204216,75 €) gezahlt, auf das Schmerzensgeld 200000 DM (102258,37 €).

Der Kl. hat behauptet, das Pony des Bekl. sei unmittelbar vor seinem Pkw auf die Straße gelaufen, so dass er einen Zusammenstoß nicht hätte vermeiden können. Die Koppel sei durch Draht in der Höhe von lediglich 60–80 cm umzäunt gewesen. Der Kl. war – und ist – der Auffassung, insgesamt stünde ihm ein Schmerzensgeld in Höhe von 650000 DM zu.

Der auf Zahlung weiteren Schmerzensgeldes in Höhe von 230081,35 € (450 000 DM), materiellen Schadensersatzes in Höhe von 120301,48 € und Feststellung der vollen Ersatzpflicht des Bekl. für zukünftige materielle Schäden gerichteten Klage hat das Landgericht nach Beweisaufnahme mit dem angefochtenen Grund- und Teilverurteil teilweise stattgegeben.

Den bezifferten, nach Grund und Höhe streitigen Anspruch des Kl. auf Ersatz materieller Schäden hat es dem Grunde nach zu 80 % für gerechtfertigt erklärt, in eben diesem Umfang auch dem Feststellungsbegehren des Kl. entsprochen. Darüber hinaus hat es den Bekl. verurteilt, an den Kl. (weitere) 153378,56 € (300000 DM) Schmerzensgeld zu zahlen.

Die Berufung des Kl. hatte Erfolg, diejenige des Bekl. blieb hingegen ohne Erfolg.

### *Aus den Gründen*

Dem Grunde nach haftet der Bekl. dem Kl. gemäß §§ 833 Satz 1, 847 BGB a.F. auf vollen Ersatz seiner Schäden aufgrund des Unfalles vom 26. März 1998.

Der Bekl. hat den ihm gemäß § 833 Satz 2 BGB als gewerblichen Halter des unfallbeteiligten Ponys offenstehenden Entlastungsbeweis nicht geführt.

Die Umzäunung der Koppel, aus der das Pony entwichen ist, entsprach in keiner Hinsicht den Anforderungen, die an eine hütensichere Umzäunung zu stellen sind.

Selbst wenn man zugunsten des Bekl. unterstellt, die Stromzufuhr für die zum Unfallzeitpunkt vorhandene Umzäunung sei intakt gewesen, entsprach sie gleichwohl nicht dem Mindeststandard zur Gewährleistung der Hütensicherheit für die Einzäunung von Pferdeweiden. Wie die Sachverständige W.-J. überzeugend sowohl in ihrer schriftlichen Stellungnahme als auch in ihrem mündlichen Gutachten erläutert hat, muss eine hütensichere Umzäunung für Pferdeweiden stabil, verletzungs- und ausbruchssicher, gut sichtbar und für die Pferde respektvoll sein. Bei der Verwendung von Drahtzäunen – wie hier – ist hütensicher für Kleinpferde, worunter Ponys fallen, eine aus drei Drähten bestehende Einzäunung mit einer Mindesthöhe für den oberen Draht von 120 cm. Die Sachverständige: „... Für ein Pony mit einem Stockmaß von 127 cm ist das Überspringen eines 60–90 cm hohen Zaunes kein Problem. Grundsätzlich gilt, je kleiner das Pferd, desto geringer die Springhöhe. Das Mindestmaß der Zaunhöhe beträgt aber auch für Kleinpferde 120 cm. ... Der Zaun soll auch optische Barriere sein, daher gilt auch für Kleinpferde das Mindestmaß von 120 cm ...“. Diese Mindesthöhe gilt nach den Erläuterungen der Sachverständigen unabhängig von den sogenannten „Risikobereichen“, die sich nach den schriftlichen und mündlichen Erläuterungen aus der Lage und der Nutzung des Umfeldes der Pferdeweide ergeben. Hinzu kommt – quasi selbstverständlich – dass es sich zur Gewährleistung der Hütensicherheit um elektrisch geladene Drähte mit einer an allen Stellen der Umzäunung einzuhaltenden Mindestspannung von 2000 Volt handeln muss.

Diesen Mindestanforderungen an eine hütensichere Pferdeweide genügte die Umzäunung der Koppel, aus der das unfallbeteiligte Pony entwichen ist, in keiner Weise.

Nach den vom Bekl. zwar angegriffenen, für den Senat gleichwohl bindenden Feststellungen des Landgerichts betrug die maximale Höhe der Einzäunung 90 cm.

Diese Feststellungen binden den Senat, denn gemäß § 529 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, wobei neue Tatsachen nur

Berücksichtigung finden können, soweit deren Berücksichtigung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zulässig ist.

Das Landgericht hat im Hinblick auf die – ersichtlich – entscheidungserhebliche Frage der Höhe der Umzäunung umfangreich Zeugenbeweis erhoben; die erhobenen Beweise hat es unter Berücksichtigung des Vortrages der Parteien in den Gründen des angefochtenen Urteils umfangreich und erschöpfend gewürdigt. Das Berufungsvorbringen des Bekl. zeigt keine im Sinne von §§ 513 Abs. 1, 529 ZPO erheblichen Gründe auf, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen könnten. Die angebotenen Beweise hat das Landgericht erhoben; der angeordnete Ortstermin wurde, da sich die örtlichen Verhältnisse mittlerweile geändert hatten, aufgehoben, die aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ersichtliche Beweiswürdigung ist in sich schlüssig, widerspruchsfrei und verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze. Der Senat hat die Beweiswürdigung durch das Landgericht daher nicht nur hinzunehmen, vielmehr teilt er diese vollen Umfangs. Dies gilt insbesondere auch für die Würdigung der Bekundungen des Zeugen Peter R., des Bruders des Bekl., der im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 4. November 2002 eine Zaunhöhe von 1,20 m bis 1,30 m zum Unfallzeitpunkt bekundet hat, zugleich auch angegeben hat, im Wesentlichen sei die Umzäunung vom Unfallzeitpunkt bis zum Zeitpunkt der seinerzeitigen mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht unverändert geblieben, was offensichtlich unrichtig war.

Hingegen braucht der Senat den Beweisanträgen des Bekl. auf Vernehmung seiner Ehefrau und des Zeugen O. zur Höhe der Umzäunung nicht nachzugehen. Es handelt sich dabei nämlich um neuen Vortrag im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, der gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen ist. Der Bekl. hätte den in das Wissen dieser Zeugen gestellten Vortrag zur vermeintlichen „tatsächlichen“ Höhe der Umzäunung bereits in erster Instanz halten können und müssen. Er hatte nach seinem eigenen Vorbringen Kenntnis von den Vorgängen, so dass die Nichtgeltendmachung dieses Vortrages bereits in erster Instanz auf (grober) Nachlässigkeit beruhte. Zugleich gilt, dass neue, nicht zulas-sende Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen im Sinne von § 529 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO zu begründen, da ansonsten der vom Gesetzgeber gewollte Effekt der ZPO-Reform konterkariert würde.

Zwar durfte das Landgericht nicht ohne Darlegung der eigenen Sachkunde bzw. ohne Einholung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens feststellen, dass die verfahrensfehlerfrei festgestellte maximale Umzäunungshöhe von 90 cm nicht geeignet war, Ponys vom Überspringen der Umzäunung abzuhalten; das Landgericht hat nicht darlegt und die Parteien auch nicht zuvor darauf hingewiesen, woraus es diese eigene Sachkunde bezogen hat.

Allein diesen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens musste der Senat durch Einholung des Gutachtens der Sachverständigen W.-J. beseitigen.

Die gesamten, auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobenen Einwendungen des Bekl. zur Beweiswürdigung des Landgerichts, die zur Feststellung einer maximalen Höhe der Umzäunung von 90 cm geführt haben, sind hingegen unerheblich.

Abgesehen einmal davon, dass weder ersichtlich noch dargetan ist, warum die Zeugen B., H. und auch Wi., deren Angaben das Landgericht gefolgt ist, allesamt die Unwahrheit gesagt haben sollen, allein der Zeuge Peter R., der Bruder des Bekl., wahrheitsgemäß ausgesagt haben soll, hat sich das Landgericht umfassend mit der Frage der Glaubwürdigkeit des Zeugen R. und der Glaubhaftigkeit seiner Angaben auseinandergesetzt. Diesen Ausführungen des Landgerichts ist aus Sicht des Senats nichts hinzuzufügen.

Wenn der Bekl. darüber hinaus meint, maßgeblich sei die Zaunhöhe im Bereich des Hecktores, dann müsste er im Rahmen des § 833 Satz 2 BGB beweisen, dass das unfallbeteiligte Pony genau dort aus der Weide entwichen ist. Derartigen Beweis hat der Bekl. nicht angetreten, nachvollziehbarerweise kann er dies auch gar nicht, denn niemand weiß, wo genau die Tiere aus der Koppel entwichen sind. Genau daher rührt auch die Verpflichtung des Bekl., im Rahmen des Entlastungsbeweises gemäß § 833 Satz 2 BGB die Hütensicherheit der gesamten Weideumzäunung darzulegen und ggf. zu beweisen, was ihm – wie ausgeführt – in kei-

ner Weise gelungen ist. Auf die vermeintliche Geländeerhöhung im Bereich des Hecktores kommt es daher nicht an, denn es steht lediglich fest, dass die Tiere aus der Koppel entwichen sind, nicht hingegen, an welcher Stelle dies geschehen ist, was letztlich zu Lasten des Bekl. geht. Schließlich kann der Bekl. zu seinen Gunsten auch nichts aus den Ausführungen der Sachverständigen herleiten, dass Pferde bei Panik durch einen Zaun nur schwer am Fluchtverhalten zu hindern sind. Denn der Grund für das Verlassen der Weide steht nicht fest, so dass von einem panikartigen Ausbrechen nicht ausgegangen werden kann. Die Nichterweislichkeit des Anlasses für das Verlassen der Weide geht zu Lasten des Bekl.

Andererseits kann auch der Kl. nicht den ihm gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG a.F. obliegenden Entlastungsbeweis führen. Zwar behauptet er, das Pony sei ihm in der Dunkelheit unvermittelt vor das Fahrzeug auf die Straße gelaufen, diese Behauptung ist aber bestritten und nicht unter Beweis gestellt. Die Unaufklärbarkeit des Unfallherganges im einzelnen geht – zumindest insoweit – zu Lasten des Kl.

Die danach vorzunehmende Abwägung der Verursachungsbeiträge (§§ 18 Abs. 3, 17 Abs. 2 und Abs. 1 StVG a.F.), in die nur unbestrittene, bewiesene oder zugestandene Tatsachen einzustellen sind, ergibt gleichwohl eine volle Haftung des Bekl. für die dem Kl. entstandenen Schäden dem Grunde nach.

Unstreitig ist, dass der Kl. vor dem Unfall mit einer Geschwindigkeit von ca. 80 km/h gefahren ist, dies war auch in erster Instanz unstreitig, so dass schon von daher die Rüge, das Landgericht hätte über die gefahrene Geschwindigkeit des Kl. Sachverständigenbeweis erheben müssen, nicht greift. Diese Geschwindigkeit ist außerorts auf einer Landstraße auch bei Dunkelheit und Nässe an sich nicht zu beanstanden. Soweit der Bekl. meint, der Kl. hätte im Hinblick auf die im Bereich der Unfallstelle vorhandenen Warnzeichen „Kinder“ und „Schulweg“ vorsichtiger und damit langsamer fahren müssen, ist dies angesichts der Tageszeit, zu der sich der Unfall ereignete, unerheblich. Ebenso wenig steht ein Verstoß des Klägers gegen das Sichtfahrgebot aus § 3 StVO fest. Ein solcher Verstoß ergäbe sich nur dann mit der Folge der Erhöhung der Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeuges, wenn feststünde, dass das unfallbeteiligte Pony schon vor dem Unfall sich auf der Fahrbahn aufgehalten hätte. Dies steht aber nicht fest, auch wenn der Bekl. dies mit seiner Berufungsbegründung behauptet und in das Zeugnis des Herrn B. gestellt hat, dass die beiden Ponys bereits vor der Kollision des einen Tieres mit dem Fahrzeug des Kl. ein Stück auf der Landstraße gelaufen seien. Denn insoweit handelt es sich um neuen Vortrag des Bekl. im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, den er in erster Instanz schon hätte halten können und müssen, war doch – wie die von den Parteien erstinstanzlich zur Akte gereichten Zeitungsauszüge belegen – die „Beteiligung“ des Herrn B. bekannt. Ebenso wenig braucht der Senat dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber nachzugehen, dass die Verletzungen des Kl. auch darauf beruhten, dass er nicht angegurtet gewesen sei. Auch dieser Vortrag mit den entsprechenden Beweisansprüchen hätte bereits in erster Instanz erfolgen können und müssen, zumal auch der Bericht von Dr. E. dem Bekl. und dem hinter ihm stehenden Haftpflichtversicherer seit langem bekannt war.

Letztlich ist die Betriebsgefahr des Fahrzeuges auch nicht dadurch erhöht, dass der Kl. nicht auf das Betätigen der Lichthupe durch den ihm entgegen kommenden Herrn B. reagiert hätte. Der Kl. konnte und musste aus diesem Lichtzeichen nicht entnehmen, dass sich auf oder neben der Fahrbahn freilaufende Ponys bewegten bzw. schließen, dass ihn Herr B. auf irgendeine unmittelbar drohende Gefahr hinweisen wollte. Das Betätigen der Lichthupe kann verschiedenste Gründe haben; zwar kann es auch eine Warnung vor einer Gefahrenstelle sein, genauso gut kann die Lichthupe aber auch versehentlich betätigt werden, einen Hinweis auf eine Polizeikontrolle darstellen oder lediglich als „Gruß“ gedacht sein. Jedenfalls hatte der Kl. keine Veranlassung, die von ihm gefahrene Geschwindigkeit von ca. 80 km/h allein wegen der Betätigung der Lichthupe durch ein entgegenkommendes Fahrzeug herabzusetzen.

Die danach allein zu berücksichtigende „schlichte“ Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeuges, die der Senat wie auch das Landgericht mit 20 % ansetzt, tritt nach ständiger Rechtsprechung des Senats in Fällen wie dem vorliegenden vollständig hinter die – hier noch schuldhaft erhöhte – Tiergefahr zurück. Eine schuldhaftige Erhöhung der Tiergefahr resultiert hier daraus, dass die Einzäunung der Koppel nicht nur in keiner Weise hütensicher war, viel-

mehr musste sich die mangelnde Hütensicherheit der Weide dem Bekl. als Viehhändler und gewerblichem Tierhalter geradezu aufdrängen. Schon die allgemein zugängliche, vom Senat beigezogene und den Parteien bekannt gemachte Broschüre „Sichere Weidezäune“, herausgegeben vom Auswertungs- und Informationsdienst für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten e.V. weist für die Hütensicherheit von Pferdeweiden als Mindestvoraussetzung das aus, was auch die Sachverständige W.- J. in ihrer schriftlichen Stellungnahme und ihrem mündlichen Gutachten ausgeführt hat. Dass der Bekl. sich an diese Mindeststandards, nämlich drei stromführende Leiter mit einer Mindesthöhe des obersten Drahtes von 1,20 m in keiner Weise gehalten hat, obwohl sie ihm hätten bekannt sein müssen, führt nach Auffassung des Senats zu einer Erhöhung der Tiergefahr.

Unabhängig davon entspricht es ständiger Rechtsprechung des Senats, der Spezialsenat u.a. für Fragen der Tierhalterhaftung ist, dass bei einem Zusammenstoß zwischen einem Kraftfahrzeug und einem Großtier auf der Fahrbahn stets die reine Betriebsgefahr des Fahrzeuges – sofern wie hier keine die Betriebsgefahr des Fahrzeuges erhöhende Umstände festgestellt sind – hinter der Tiergefahr vollständig zurücktritt. Dahinter steht u.a. der Gedanke, dass sich Unfälle wie der vorliegende in einem Verkehrsraum ereignen, in dem sich ein Fahrzeug bestimmungsgemäß aufhält, während ein Großtier zumal zur Nachtzeit dort schlechterdings nichts zu suchen hat.

Der Kl. hat danach Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld ohne mindernde Berücksichtigung eines Mitverursachungsanteils. Dieses beläuft sich auch nach Auffassung des Senats, der die Schmerzensgeldvorstellungen des Kl. teilt, auf insgesamt rund 650000 DM (ca. 332340 €). Abgesehen einmal davon, dass diese Schmerzensgeldhöhe dem entspricht, was der Senat in anderen, vergleichbaren Fällen an Schmerzensgeldbeträgen bereits ausgeurteilt hat, ist bei der Bemessung zu berücksichtigen, dass der Kl. schuldlos im Alter von 18 Jahren denkbar schwerste Verletzungen bei dem Unfall erlitten hat, die irreparabel sind und sein gesamtes Leben bestimmen werden. Dem Kl. ist durch den Unfall unwiderruflich all das genommen, was sowohl im beruflichen als auch im persönlichen Bereich das „normale“ Leben eines gerade erst Erwachsenen kennzeichnet. Diese schwersten Beeinträchtigungen sind durch ein noch so hohes Schmerzensgeld allenfalls finanziell zu lindern, auszugleichen sind sie hingegen dadurch nicht. ...

## ZPO § 286

1. Der Beweis eines „gestellten Kfz-Unfalls“ kann nach Anscheinsgrundsätzen erfolgen.
2. Zu den Voraussetzungen eines derartigen Anscheinsbeweises.

LG Kiel, 8 ZK, Urteil vom 14. Oktober 2005 – 8 S 162/04 –, RA Leh.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Bekl. zu 2) hat Erfolg.

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts stehen dem Kl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. zu 2) aus dem behaupteten Verkehrsunfall vom 23.7. 2002 zu. Die Kammer ist nach einer Würdigung der Gesamtumstände davon überzeugt, dass dem Kl. kein ersatzfähiges Unrecht entstanden ist, weil der behauptete Unfall gestellt war.

Das Amtsgericht ist nach einer persönlichen Anhörung des Kl. und des Bekl. zu 1) zu der Überzeugung gelangt, dass der Bekl. zu 1) tatsächlich am 23.7. 2002 gegen Mitternacht in der Breslauer Straße in R. mit seinem Opel Omega auf den vorausfahrenden BMW des Kl. aufgefahren ist. Der behauptete Unfallhergang lässt sich nach dem Ergebnis des erstinstanzlich eingeholten Gutachtens des Sachverständigen D. auch mit den fotografisch dokumentierten Unfallschäden vereinbaren. Ob sich der Unfall tatsächlich zu der behaupteten Zeit an dem behaupteten Ort und in der behaupteten Weise ereignet hat (äußerer Tatbestand des Unfalls) kann aber letztlich dahinstehen. Angesichts der Gesamtumstände spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Unfall zwischen den Fahrern der beiden Fahrzeuge abgesprochen war.

Nach der in der Rechtsprechung überwiegenden Auffassung, der sich die Kammer anschließt, kann ein gestellter Unfall nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises bewiesen werden

(OLGR Zweibrücken 2005, 98 mwN).

Voraussetzung dafür ist, dass die für eine Unfallmanipulation sprechenden Indizien in ihrer Gesamtschau nach der Lebenserfahrung

den Schluss rechtfertigen, dass der Geschädigte mit der Herbeiführung des Schadens einverstanden gewesen ist  
(OLGR Celle 2004, 328ff.).

Ausschlaggebend ist die Gesamtschau; ob diese Umstände bei isolierter Betrachtung jeweils auch „unverdächtig“ erklärt werden können, ist dabei unerheblich

(OLG Köln, Schaden-Praxis 2004, 218).

Danach ist im vorliegenden Fall der Schluss auf einen von den Beteiligten manipulierten Unfall gerechtfertigt:

Zunächst ist die Unfallkonstellation für einen gestellten Unfall typisch. Der vom Kl. und dem Bekl. zu 1) behauptete Auffahrunfall ist eine Unfallvariante, die bei Unfallabreden häufig anzutreffen ist, da die Ausführung relativ gut zu kontrollieren und die Haftungslage eindeutig ist

(vgl. OLG Zweibrücken 2005, 98ff.).

Darüber hinaus fand der Unfall gegen Mitternacht in einer Wohngegend statt, wo um diese Zeit kaum mit anderen Verkehrsteilnehmern oder sonstigen Zeugen gerechnet werden musste und das einigermaßen sorgfältige Abstimmen der Fahrweise der beiden Pkw möglich war.

Auch das Verhalten der Unfallbeteiligten ist für einen abgesprochenen Unfall kennzeichnend. So ist die Polizei nicht gerufen, sind folglich auch keine Spuren gesichert worden. Der Bekl. zu 1) hat seine Alleinschuld – offenbar sofort – anerkannt. Im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Amtsgericht hat er zudem angegeben, dass er den Kl. vor dem Zusammenstoß habe nach rechts blinken sehen, einen Umstand, der üblicherweise eine – im Falle eines manipulierten Unfalls nicht erwünschte – Mithaftung des Vorausfahrenden ausschließt, im konkreten Fall aber nicht zu der weiteren Angabe des Bekl. zu 1) passt, dass er den Pkw des Kl. anschließend „übersehen“ habe. Auch vermochten beide Fahrer den Unfallort nicht mehr genau zu bezeichnen, was – ebenso wie der Umstand, dass beide Fahrzeuge im Zeitpunkt der Einholung des Gutachtens nicht mehr verfügbar waren – die Überprüfung erschwert hat, ob der Unfall tatsächlich in der behaupteten Weise stattgefunden hat. Schließlich fällt auf, dass die Beteiligten erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht – nachdem die Bekl. zu 2) das Fehlen jeglicher Zeugen als ein Indiz für einen gestellten Unfall angeführt hatte – behauptet haben, dass der Bruder des Bekl. zu 1) als Beifahrer im Auto gesessen habe. Diesen Umstand hat der Bekl. zu 1) insbesondere auch in seiner schriftlichen Unfallschilderung vom 4.7.2003 nicht erwähnt.

Zudem passen die beteiligten Fahrzeuge insofern zu einem gestellten Unfall, als der erwartete Ausgleich der entstandenen Schäden in der gegebenen Konstellation äußerst lukrativ erscheint. Bei dem Pkw des Kl. handelt es sich um einen sieben Jahre alten BMW 316 i mit einer Fahrleistung von 87 000 km und teilweise reparierten Vorschäden. Bei einem derartigen Fahrzeug verursacht eine Beschädigung absehbar relativ hohe Reparatur-

kosten, so dass die Abrechnung auf Gutachtenbasis lohnend ist. Der ebenfalls sieben Jahre alte Opel Omega des Bekl. zu 1) war demgegenüber vollkaskoversichert, was angesichts des Alters des Fahrzeugs und einer Fahrleistung von bereits 122 000 km eher ungewöhnlich erscheint, aber einen finanziellen Ausgleich auch für den behaupteten Unfallverursacher erwarten lässt.

Ein ganz entscheidendes Indiz für einen fingierten Unfall ist weiter in den Auffälligkeiten zu sehen, die unmittelbar mit der Person des Kl. zusammenhängen und in ihrer Gesamtheit erhebliche Zweifel an seiner Unfalldarstellung begründen. Wie die Bekl. zu 2) unwidersprochen vorgetragen hat, war der Kl. innerhalb von knapp 13 Monaten (21.8.2001 bis 13.9.2002) an insgesamt neun Verkehrsunfällen beteiligt und hat zudem in diesem Zeitraum einen Kaskoschaden geltend gemacht. Auffallend ist dabei darüber hinaus, dass in mindestens vier dieser Verkehrsunfälle der Unfallverursacher in ein geparktes Auto gefahren ist und in mindestens drei weiteren Fällen ein Auffahrunfall vorgelegen hat, was beides Unfallkonstellationen sind, die sich gut für gestellte Unfälle eignen. Verwundern muss auch, dass die Unfallgegner in sieben Fällen ausländische Nachnamen haben, was für Unfälle in Deutschland sicherlich eine ungewöhnliche Häufung sein dürfte. Zu Recht weist die Bekl. zudem darauf hin, dass der Kl. einen der an den genannten Unfällen beteiligten Unfallgegner, nämlich Herrn Z. A., der am 21.8.2001 mit seinem Pkw auf den BMW des Kl. aufgefahren sein soll, gekannt haben dürfte, da dieser als Beifahrer im Auto des Kl. saß, als ein weiterer Verkehrsteilnehmer am 24.12.2001 ebenfalls auf den BMW des Kl. auffuhr. Diese vorherige Bekanntschaft, die eine Unfallmanipulation erst ermöglicht, hat der Kl. auch gar nicht in Abrede gestellt. Im Übrigen sind die aus dem behaupteten Unfall vom 13.9.2002, in dem der Kl. angeblich als Unfallverursacher verwickelt war, vom damaligen Unfallgegner geltend gemachten Schadensersatzansprüche mit Urteil des Landgerichts Kiel vom 18.6.2003 (Az. 17 O 21/03) als unbegründet zurückgewiesen worden, weil der erkennende Richter angesichts der fehlenden Kompatibilität der Schäden davon überzeugt war, dass der behauptete Unfall überhaupt nicht stattgefunden hat.

Mögen alle vorstehend aufgeführten Indizien für sich allein genommen noch erklärbar sein, so begründet ihr massiertes Zusammentreffen für die Kammer doch die Überzeugung, dass es sich um einen von dem Kl. und dem Bekl. zu 1) gestellten Unfall handelt. Dies gilt um so mehr, als es keine Indizien gibt, die gegen eine Verabredung des Unfalls sprächen. Insbesondere spricht auch der Umstand, dass die Unfallschäden nach Auffassung des Sachverständigen D. kompatibel und der Unfallhergang plausibel ist, allenfalls dafür, dass die Fahrzeuge tatsächlich in der Weise zusammengestoßen sind, wie es die Beteiligten behaupten, der Kl. also keine Schäden geltend macht, die durch ein ganz anderes Fahrzeug entstanden sind. Für die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage, ob der Unfall verabredet war, gibt das Gutachten aber nichts her.

## Freiwillige Gerichtsbarkeit

### BGB § 1897 IV

1. Bei der Auswahl eines Betreuers ist ein zu befürchtender Interessenkonflikt an Hand konkreter Tatsachen festzustellen und muss derart schwerwiegend sein, dass das Wohl des Betreuten ernsthaft gefährdet wäre
2. Spannungen zwischen dem auszuwählenden Betreuer und seinen Geschwistern sind nur erheblich, wenn durch konkrete Tatsachen festgestellt werden kann, dass hierdurch das Wohl des betreuten Elternteils ernsthaft gefährdet wäre.

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 14. April 2005 – 2 W 49/05 –, Sch.

Die Betroffene leidet an cerebralem Abbau und ist seit Oktober 2004 nach einem Krankenhausaufenthalt überwiegend verwirrt. Die Beteiligten zu 2. bis 4. sind ihre Kinder. Die Beteiligte zu 2. und der Beteiligte zu 4. sind zerstritten. Der Beteiligte zu 4. beanstandet den Verkauf des Wohn- und Geschäftshauses der Mutter und die Verteilung des Erlöses und befürchtet „die Verschleuderung“ des der Mutter gehörenden Mehrfamilienhauses. Die Beteiligte zu 2. möchte zur Betreuerin der Betroffenen bestellt werden. Sie verweist auf deren Betreuerverfügung vom 1.6.2004 mit einer entsprechenden Bestimmung und u.a. auf eine schriftliche Vollmacht vom 2.3.2000. Das Amtsgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und Anhörung der Betroffenen sowie der Beteiligten zu 2. den Beteiligten zu 1. zum berufsmäßigem Betreuer der Betroffenen bestellt mit den Wirkungskreisen: Gesundheitspflege, Aufenthaltsbestimmung ohne geschlossene Unterbringung, Vermögenssorge mit Entscheidung über die Wohnungsauflösung einschließlich der Vermietung oder Veräußerung des Hausgrundstücks, Rentenbelange, Pflegeversicherungsbelange, Vertretung vor Ämtern und Behörden sowie das Umleiten, Entgegennehmen und Öffnen der Post. Es hat die Beteiligte zu 2. als Betreuerin für ungeeignet gehalten, weil sie psychisch überfordert sei. Sie habe selbst geäußert, gesundheitlich angeschlagen zu sein und sich um ihren komatösen Ehe-

mann kümmern zu müssen. Ferner spreche der Streit zwischen den Geschwistern für die Auswahl eines neutralen Betreuers. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2. hat das Landgericht nach erneuter Anhörung der Beteiligten zu 2. zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2. hat der Senat die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landgericht unter Auflösung seiner Entscheidung zurückverwiesen.

#### Aus den Gründen

Die nach §§ 69 g Abs. 1, 27, 29 FGG zulässige weitere Beschwerde ist mit der Maßgabe der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 FGG, 546 ZPO).

Das Landgericht hat ausgeführt: Die Auffassung des Amtsgerichts, die sich im wesentlichen auf die derzeitige angespannte familiäre Lage der Beteiligten zu 2. stütze, sei zutreffend. Jedenfalls sei die Betroffene wegen eines drohenden Interessenkonfliktes nicht geeignet, die Betreuung wahrzunehmen. Sie habe auf Grund der ihr erteilten Vollmacht nahezu das gesamte Barvermögen ihrer Mutter an sich selbst, ihre Schwester und ihren Sohn ausgekehrt, ohne die Betroffene für den Fall abzusichern, dass sie selbst in Not gerate. Da das verbleibende Barvermögen nur noch kurze Zeit ausreiche, um den monatlichen Heimkosten-Fehlbetrag zu decken, werde es zu den Aufgaben eines Betreuers gehören, die verteilten Gelder zurückzuholen. Auch wenn die Beteiligte zu 2. vortrage, die Bedachten seien zur Rückgabe bereit, fehlten darüber jegliche schriftliche Vereinbarungen.

Vor diesem Hintergrund scheine es auch geboten, keine Trennung von Gesundheitsvorsorge usw. und Vermögensvorsorge vorzunehmen, da die Heimauswahl keinesfalls unter finanziellen Gesichtspunkten getroffen werden dürfe.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Auswahlentscheidung des Tatrichters, die dessen pflichtgemäßem Ermessen obliegt, nur auf Rechtsfehler überprüfen, nämlich dahin, ob er von seinem Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften, insbesondere Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat

(BayObLG FamRZ 2004, 197).

Von welcher Norm das Landgericht bei der Überprüfung der Betreuerauswahl ausgegangen ist, ist zunächst unklar. Es hat keine Norm genannt. Die Bezugnahme auf den Beschluss des Amtsgerichts ist wenig geeignet, dieser Unklarheit abzuhelfen. Dieses stützt seine Entscheidung auf §§ 1901 a, 1907 Abs. 5 und 1 BGB, die sich nicht mit der Bestellung eines Betreuers befassen. Maßgeblich ist vorliegend § 1897 Abs. 4 BGB. Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Die Betroffene hat in ihrer schriftlichen Betreuungsverfügung vom 1.6.2004 – also noch vor dem Eintritt „überwiegender Verwirrung“

(vgl. Gutachten des Sachverständigen S. vom 13.11.2004 Seite 1) –

wirksam die Beteiligte zu 2. zu ihrer Betreuerin vorgeschlagen. Es ist nicht ersichtlich, dass sie zwischenzeitlich hiervon abgerückt ist. Zwar hat sie bei ihrer Anhörung vor dem Amtsgericht am 3.11.2004 – beeinflusst vom Richter – erklärt, es sei wohl gut, wenn ein Dritter ihre Interessen vertrete. Indessen ist dieser „Vorschlag“ nicht ernst zu nehmen, denn der Richter hat später gegenüber der Beteiligten zu 2. geäußert, die Betroffene sei dement und „werde alle fünf Minuten etwas anderes sagen, ohne sich an das vorherige zu erinnern.“ Allerdings ist Amts- und Landgericht darin zuzustimmen, dass der Vorschlag der Betroffenen dann unbeachtlich ist, wenn der Vorgeschlagene für das Amt des Betreuers ungeeignet ist, denn die Bestellung eines ungeeigneten Betreuers liefe dem Wohl der Betroffenen zuwider (§§ 1897 Abs. 4 und 1 BGB). Die Beurteilung der Beteiligten zu 2. als ungeeignet durch Amts- und Landgericht ist jedoch fehlerhaft.

Es ist nach dem Ergebnis der Anhörung am 3.11.2004 vor dem Amtsgericht zweifelhaft, ob die Beteiligte zu 2. mit der Betreuung tatsächlich psychisch überfordert wäre. Zwar trifft es zu, dass sie darin erklärt hat, sie sei selber krank und ihr Mann liege in Kiel im Koma, sie sei kräftemäßig am Ende und könne nicht mehr, sie sei jetzt das letzte Mal im Heim gewesen und würde sich um ihre Mutter nie mehr kümmern. Dies geschah indessen auf die Frage des Amtsrichters, ob sie mit dem (schon erwähnten) „Vorschlag“ der Mutter einverstanden wäre, einen neutralen Betreuer zu bestellen. Die unvermittelte Eröffnung dieses „Vorschlags“ war für sie angesichts des Inhalts der Betreuerverfügung und des Umstandes, dass sie bereits seit 1999 für den im Februar 2000 verstorbenen Vater und die Mutter alle Angelegenheiten erledigt und für sie gesorgt hatte, nachvollziehbar überraschend und enttäuschend. In Verbindung mit der Belastung durch die Erkrankung ihres Ehemannes ist nicht auszuschließen, dass es sich bei ihrer Antwort um eine einmalige Überreaktion handelte, die nur einen bedingt zuverlässigen Schluss auf ihre tatsächlichen Fähigkeiten und Möglichkeiten sowie ihre Bereitschaft zuließe, die Betreuung für die Betroffene zu führen. Da das Protokoll über ihre Anhörung vom 6.1.2005 und der Beschluss des Landgerichts vom 4.2.2005 insoweit keine konkreten Angaben enthalten, wird dieser Frage in einer erneuten eingehenden Anhörung nachzugehen sein.

Desgleichen ist ein für den Ausschluss der Betreuung erforderlicher Interessenkonflikt der Beteiligten zu 2. bisher nicht hinreichend begründet. Ein zu befürchtender Interessenkonflikt ist an Hand konkreter Tatsachen festzustellen und muss derart schwerwiegend sein, dass das Wohl der Betroffenen ernsthaft gefährdet ist

(OLG Brandenburg NJWE-FER 2003, 628, 630; 2001, 208; BayObLG FPR 2003, 486f; OLG Köln NJWE-FER 1998, 227; OLG Zweibrücken BtPrax 1997, 164, 165).

Ein solcher Konflikt lässt sich bisher nicht auf die Verfügungen über den Erlös aus dem Verkauf des Wohn- und Geschäfts-

hauses der Betroffenen stützen. Diese Verfügungen fanden nach dem Bericht des Beteiligten zu 1. vom 31.12.2004 statt in der Zeit vom 9.1.2002 bis zum 26.3.2003 (insgesamt 153000 Euro zugunsten S. und M., 50030 Euro zugunsten des Sohnes der Beteiligten zu 2. A.). Nach dem bisher nicht widerlegten Vorbringen der Beteiligten zu 2. beruhen diese Verfügungen auf dem Willen der Mutter, die zu jener Zeit – ausgehend von den schon erwähnten Ausführungen des Sachverständigen S. – geschäftsfähig und nicht pflegebedürftig war. Ob und inwieweit die Beteiligte zu 2. dabei einen unsachlichen Einfluss auf den Willen der Betroffenen genommen hatte, ist bisher nicht geklärt. Entgegen den Feststellungen des Landgerichts hat die Beteiligte zu 2. jedenfalls keinerlei Barvermögen der Mutter an sich selbst ausgekehrt. Ob die Beteiligte zu 2. gehalten und es ihr zudem möglich war, die Betroffene von diesen Verfügungen abzuhalten, um ihr Barvermögen für ihre zukünftige Versorgung vorzuhalten, ist bisher ebenfalls nicht näher begründet. Der jetzt 84-jährigen Betroffenen stehen insoweit – neben dem laufenden Renten- und Pflegegeldbezug – gemäß dem Vermögensverzeichnis per 17.11.2004 noch 57245,91 Euro „Bargeld“ und ein verwertbares Mietwohngrundstück mit einem geschätzten Verkehrswert von 250000 Euro zur Verfügung. Abgesehen davon sind nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 2. die von den Schenkungen Bedachten bereit, sich in notarieller Urkunde zur Rückzahlung für den Fall eines ungedeckten Unterhaltsbedarfs der Betroffenen zu verpflichten. Sollte es darauf ankommen, müsste der Beteiligten zu 2. Gelegenheit gegeben werden, diese Urkunden beizubringen. Soweit die Spannungen zwischen der Beteiligten zu 2. und dem Beteiligten zu 4. betroffen sind, sind bisher keine konkreten Tatsachen festgestellt, dass hierdurch bei einer Betreuung durch die Beteiligte zu 2. das Wohl der Betroffenen nachhaltig gefährdet wäre

(vgl. BayObLG FGPrax 2002, 117, 118).

Im Übrigen sind Schenkungen des Betreuers aus dem Betreutenvermögen nach §§ 1908 i Abs. 2 Satz 1, 1804 BGB grundsätzlich nicht möglich und unterliegen sonstige das Betreutenvermögen betreffende Handlungen den Beschränkungen durch §§ 1908 I Abs. 1 Satz 1, 1805 ff. BGB. Sofern es darauf noch ankommt, bedürfen die vorstehend aufgezeigten offenen Fragen weiterer Aufklärung. Dabei werden auch die erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz vom Beteiligten zu 1. in seiner Stellungnahme vom 12.4.2005 vorgetragenen Tatsachen, deren Verwertung dem Senat grundsätzlich verwehrt ist, zu berücksichtigen sein.

## BGB §§ 119, 1953

**Eine Erbausschlagung kann auch dann nicht wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung angefochten werden, wenn der Erklärende angenommen hat, seine Erklärung führe zum unmittelbaren Übergang seines Erbteils auf bestimmte Miterben, diese Vorstellung in der Erklärung selbst aber keinen Ausdruck gefunden hat.**

SchlHOLG, 3. ZS, Beschl. vom 11. Mai 2005 – 3 Wx 70/04 –, Te.

Die Beteiligte zu 1. ist die Ehefrau, die Beteiligten zu 2. und 3. sind die einzigen Kinder des am 23.7.2003 verstorbenen Erblassers, der im gesetzlichen Güterstand lebte und keine Verfügung von Todes wegen hinterließ. Am 22.8.2003 erklärten die Beteiligten zu 2. und 3. vor dem Notar – Beteiligter zu 4. – die Ausschlagung ihrer Erbschaft. Eine über diese Erklärung hinausgehende Begründung enthält die Urkunde nicht. Am selben Tag ließ die Beteiligte zu 1. einen Erbscheinsantrag beurkunden, wonach sie als Alleinerbin des Erblassers ausgewiesen werden wollte. Das Nachlassgericht fragte bei dem Beteiligten zu 4. nach Übersendung der Urkunden, ob weitere gesetzliche Erben erster bzw. zweiter Ordnung vorhanden seien. Tatsächliche hat der Beteiligte zu 2. zwei Söhne, der Beteiligte zu 3. eine Tochter. Der Beteiligte zu 4. übersandte dem Nachlassgericht daraufhin die am 12. September 2003 von den Beteiligten zu 2. und 3. zu seinem Protokoll erklärten Anfechtungserklärungen betreffend die Erbausschlagung vom 22.8.2003. Darin heißt es zur Begründung, die Beteiligten zu 2. und 3. seien bei Abgabe der Ausschlagungserklärung irrig davon ausgegangen, dass ihre Erklärung zum unmittelbaren Übergang ihrer Erbteile auf ihre Mutter führe. Am 19.9.2003 gab die Beteiligte zu 1. einen weiteren Erbscheinsantrag zu Protokoll des Beteiligten zu 4. wonach sie als Erbin zu  $\frac{1}{2}$  und die Beteiligten zu 2. und 3. als Erben zu je  $\frac{1}{4}$  ausgewiesen werden sollten. Das Nachlassgericht hat die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 1. zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde blieb ebenso wie die weitere Beschwerde der Beteiligten erfolglos.

### Aus den Gründen

Die gemäß § 27 FGG zulässige weitere Beschwerde hat keinen Erfolg. Soweit das Amtsgericht Ahrensburg in dem Beschluss vom 12.7.2004 den Erbscheinsantrag vom 22.8.2003 zurückgewiesen hat, ist allerdings übersehen worden, dass der Beteiligte zu 4. diesen Antrag bereits durch das als Antragsrücknahme

zu wertende Schreiben vom 16.3.2004 wirksam zurückgenommen hatte. Daraus ist den Beteiligten aber kein Nachteil entstanden. Die Zurückweisung des verbleibenden Erbscheinsantrags vom 19.9.2003 ist fehlerfrei erfolgt. Die Beteiligten zu 2. und 3. sind nicht Miterben nach dem Erblasser geworden. Sie haben die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Anfechtung der Ausschlagungserklärung mangels Anfechtungsgrundes unwirksam ist, weil die Beteiligten zu 2. und 3. bei Abgabe der Erklärung keinem beachtlichen Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB sondern lediglich einem unbeachtlichen Motivirrtum unterlegen waren.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Irrtum des die Erbschaft ausschlagenden Miterben, sein Erbteil falle durch die Ausschlagung einem anderen Miterben an, keinen Irrtum über den Inhalt der Ausschlagungserklärung im Sinne von § 119 Abs. 1 BGB darstellt

(vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 905; OLG Hamm FamRZ 1998, 771f; Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2000, § 1954, Rn. 6; MünchKomm/Leipold, BGB, 3. Aufl., § 1954, Rn. 6; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1954, Rn. 2; AK/Derleder, BGB, 1990, § 1954, Rn. 2; Palandt/Edenhofer, BGB, 64. Aufl., § 1954, Rn. 3).

Eine Mindermeinung nimmt allerdings an, eine Erbausschlagung könne wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung angefochten werden, wenn der Erklärende angenommen habe, seine Erklärung führe zum unmittelbaren Übergang seines Erbteils auf bestimmte Miterben

(KG JW 1938, 858; Palandt/Edenhofer, aaO; Pohl AcP 177, 52, 73 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 150, 151).

Dem folgt der Senat jedenfalls für den Fall nicht, dass eine solche Vorstellung in der Erklärung selbst keinen Ausdruck gefunden hat. Denn auch ohne juristische Vorbildung beinhaltet der für den Laien verständliche Sinngehalt des Wortes „ausschlagen“, dass der Ausschlagende nicht mehr Erbe sein will und durch die Ausschlagung die Erbenstellung verliert. Demgegenüber ist auch nicht sinngemäß Inhalt der Erklärung: „Ich schlage die Erbschaft nach dem X aus“, dass an Stelle des Ausschlagenden bestimmte Dritte Erben werden sollen. Insoweit geht es vielmehr um eine (weitere) Rechtsfolge der erklärten Ausschlagung der eigenen Erbenstellung, über die der Ausschlagende sicherlich im Zeitpunkt der Erklärung fehlerhafte Vorstellungen etwa dahin haben kann, dass mit dem Verlust der eigenen Erbenstellung der Erbteil unmittelbar auf bestimmte Miterben übergeht, die aber tatsächlich nach der gesetzlichen Erbfolge nicht berufen sind. Ein Irrtum über derartige weitere gesetzliche Folgen einer Erklärung ist jedoch regelmäßig bloßer Motivirrtum, der nicht zur Anfechtung berechtigt. Das kann auch im Fall der Ausschlagungserklärung nicht anders bewertet werden. Ein maßgeblicher Unterschied zu jenem durchweg als bloßen Motivirrtum behandelten Fall, wo der Ausschlagende weiß, dass der nächste gesetzliche Erbe unabhängig von seinem Willen eintritt, er sich aber in der Person des nunmehr berufenen gesetzlichen Erben irrt, liegt nicht vor

(im Ergebnis ebenso MünchKomm/Leipold, a.a.O.; RGRK-Johannsen, BGB, 12. A. 1974, § 1954 Rn. 1; Staudinger/Otte, aaO; AK-BGB/Derleder, aaO; Soergel/Stein, aaO).

Soweit im Übrigen teilweise vertreten wird, ein Inhaltsirrtum könne dann vorliegen, wenn der Erklärende angenommen hat, dass die Ausschlagungserklärung gerade die Form für die Übertragung des Erbteils auf bestimmte Miterben sei

(KG aaO; RGRK-Johannsen, aaO),

braucht nicht entschieden zu werden, ob dieser dem Senat angesichts des Widerspruchs zu Wortlaut und Sinngehalt des Begriffes „Ausschlagung“ nicht zweifelsfrei erscheinenden Ansicht zu folgen ist

(ablehnend Staudinger/Otte, aaO, AK-BGB/Derleder, aaO, Soergel/Stein aaO; differenzierend MünchKomm/Leipold aaO),

weil diese Konstellation hier nicht vorliegt.

Die Beteiligten zu 2. und 3. haben tatsächlich am 22.8.2003 lediglich die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Der Wortlaut der Urkunde ist insoweit eindeutig. Sie enthält nämlich keinerlei Hinweise darauf, dass nach Vorstellung der Beteiligten zu 2. und 3. zum Inhalt ihrer Erklärung neben dem bloßen eigenen Ausschneiden aus der gesetzlichen Erbfolge zugleich die Übertragung der Erbteile auf die Beteiligte zu 1. gehören sollte. Als unmittelbare Rechtsfolge der Ausschlagung haben die Beteiligten zu 2. und 3. ihre Erbenstellung verloren, wie sich aus § 1953 Abs. 1 BGB ergibt. Das entspricht dem Wortsinn des Begriffes „Ausschlagung“, wie er auch juristischen Laien erkennbar ist. Nach ihrem eigenen Vortrag haben die Beteiligten zu 2. und 3. diesen Inhalt ihrer Erklärung auch nicht verkannt und sind insoweit keinem Irrtum unterlegen.

Die Beteiligten sind bei Abgabe der Ausschlagungserklärung lediglich „irrig davon ausgegangen, dass unsere Erklärung zum unmittelbaren Übergang unserer Erbteile auf unsere Mutter ... führe“. Daraus ergibt sich mittelbar, dass sich die Beteiligten über den Verlust ihrer Erbenstellung als Folge der erklärten Ausschlagung im klaren waren und mithin der äußere Tatbestand der Erklärung auch ihrem inneren Willen entsprach. Sie haben sich nur über die weiteren Rechtsfolgen des Verlustes ihrer eigenen Erbenstellung in Bezug auf den nächst berufenen Erben geirrt. Das aber ist ein bloßer Motivirrtum. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem Vorbringen der Beteiligten zu 2. und 3. vor dem Amtsgericht und im Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht, wo sie ausgeführt haben, sie hätten sehr wohl die Vorstellung gehabt „dass ihr jeweiliger Erbanteil aufgrund der Erbausschlagungserklärung ihrer Mutter anwachsen würde“ (Schriftsatz vom 17. 11.2003, S. 3).

Soweit die Beteiligte zu 1. in ihrem Erbscheinsantrag vom 22.8.2003 auf die unmittelbar zuvor erklärte Erbausschlagung ihrer Söhne Bezug genommen hat, kann dies nicht als Indiz für eine andere Auslegung der Ausschlagung herangezogen werden, da beide Urkunden von unterschiedlichen Personen stammen und rechtlich auf verschiedene Ergebnisse abzielen.

Soweit der Beteiligte zu 4. erstmals im weiteren Beschwerdeverfahren vorbringt, die Beteiligten zu 1. bis 3. hätten ihn ausdrücklich beauftragt, alles Erforderliche zu veranlassen, damit nicht sie selbst neben der Beteiligten zu 1. gesetzliche Erben, sondern abweichend von der gesetzlichen Erbfolge die Beteiligte zu 1. Alleinerbin nach dem Erblasser werde, er daraufhin die Urkunden vom 22.8.2003 vorbereitet und anschließend beurkundet habe, handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen, das im Verfahren über die weitere Beschwerde gemäß §§ 27 Abs. 1 FGG, 559 Abs. 1 ZPO unbeachtlich ist. Im übrigen ergibt sich auch aus diesem Vorbringen nicht, dass die Beteiligten zu 2. und 3. die primäre Folge ihrer Ausschlagungserklärung, nämlich den Verlust der eigenen Erbenstellung, verkannt haben könnten.

#### AufenthaltsG §§ 57, 62 II, 5; AsylVfG § 14 III, 3

**Die 4-Wochen-Frist des § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG gilt auch dann unbeschränkt, wenn ein Asylantrag unbeachtlich ist, weil aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages ein anderer Vertragsstaat, der ein sicherer Drittstaat ist, für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist.**

SchIHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 8. Juli 2005 – 2 W 125/05 –, Sch.

Das Amtsgericht hat auf Antrag der zulässigen Bundesgrenzschutzinspektion (Beteiligte) mit Beschluss vom 16. März 2005 angeordnet, dass der Betroffene längstens bis zum 15. Juni 2005 in Zurückschiebungshaft zu nehmen sei. Am 3. Mai 2005 stellte der Betroffene aus der Haft heraus beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) einen Asylantrag. Mit Beschluss vom 9. Juni 2005 hat das Amtsgericht Rendsburg auf Antrag der Beteiligten aufgrund der §§ 57, 62 Abs. 2 Nr. 5 AufenthaltsgG die „Dauer der Abschiebungshaft bis zum 15. Juli 2005 einschließlich verlängert“. Die gegen den Beschluss vom 9. Juni 2005 gerichtete sofortige Beschwerde des Betroffenen hat das Landgericht zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen hatte Erfolg und führte in Abänderung der Beschlüsse von Landgericht und Amtsgericht zur Zurückweisung des Antrags auf Verlängerung der Abschiebehaft bis zum 15. Juli 2005.

#### Aus den Gründen

Die gemäß §§ 3, 7 FEVG, 22, 27, 29, 20 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO).

Die Anordnung der Haftverlängerung war nach § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG unzulässig. Nach dieser Vorschrift endet eine gemäß §§ 57, 62 AufenthaltsgG angeordnete Rückschiebungshaft im Falle der Asylantragstellung des Betroffenen mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamts, spätestens jedoch vier Wochen nach dem Eingang des Asylantrags beim Bundesamt, es sei denn, der Asylantrag wurde als unbeachtlich oder offensichtlich unbegründet abgelehnt. Im vorliegenden Fall endete die Abschiebungshaft vier Wochen nach dem Eingang des Asylantrags des Betroffenen beim BAMF, weil das BAMF noch keine wirksame Entscheidung über den Asylantrag des Betroffenen getroffen hat. Der mit Schriftsatz der Beteiligten vom 8. Juli 2005 übersandte Bescheid des BAMF vom 5. Juli 2005 mit der Feststellung, dass dem Betroffenen in der Bundesrepublik Deutschland kein Asylrecht zustehe, und der Anordnung der Abschiebung nach Griechenland ist noch nicht zur Zustellung an den Betroffenen übersandt und damit noch nicht wirksam geworden. Die 4-Wochen-Frist

des § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG war daher am 9. Juni 2005 bereits abgelaufen und eine Haftverlängerung nicht mehr zulässig.

Unerheblich ist demgegenüber, dass Griechenland nach der VO (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 (Dublin II, Amtsblatt der EU vom 25. Februar 2003 L 50/1) für das Asylverfahren zuständig ist. Denn das ändert nichts daran, dass das Asylverfahren durch den Asylantrag des Betroffenen in der Bundesrepublik Deutschland eingeleitet worden und deshalb auch bis zur Rückschiebung des Betroffenen nach Griechenland nach dem hier geltenden Recht zu behandeln ist. § 14 AsylVfG findet daher Anwendung, solange sich der Betroffene in der Bundesrepublik Deutschland in Haft befindet. Die Anwendung dieser Vorschrift ist insbesondere nicht schon dadurch ausgeschlossen worden, dass das BAMF das Konsultationsverfahren nach Dublin II mit Griechenland eingeleitet hat; dadurch ist die Frist des § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift auch nicht gehemmt worden

(vgl. auch BayobLG NVwZ 2001, Beilage, Nr. 2, 23; KG Beschluss vom 8. März 2004, 25 W 20/04 – bei Melchior, Abschiebungshaft, Anhang; Brandenburgisches

OLG Beschluss vom 30. September 2004, 11 Wx 38/04 – bei Melchior aaO; OLG Celle Beschluss vom 3. Januar 2005, 16 W 195/04 – bei Melchior aaO; OLG Dresden Beschluss vom 3. Dezember 2004, 3. Dezember 2004 – bei Melchior aaO).

Nach § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG gilt die 4-Wochen-Frist vielmehr gerade auch dann unbeschränkt, wenn ein Asylantrag letztlich als unbeachtlich zurückgewiesen wird, weil aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages ein anderer Vertragsstaat, der ein sicherer Drittstaat ist, für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist. Die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG scheidet auch nicht etwa daran, dass das BAMF kein den Aufenthalt des Betroffenen in der Bundesrepublik Deutschland gestattendes „Asylverfahren i.S.d. § 55 AsylVfG eingeleitet“ hat, sondern nur ein Konsultationsverfahren mit den griechischen Behörden. Ein Asylverfahren i.S.d. § 55 AsylVfG ist vielmehr schon allein durch den Asylantrag des Betroffenen eingeleitet worden. Dadurch hat er nach dem eindeutigen Wortlaut des § 55 Abs. 1 Satz 3 AsylVfG ungeachtet seiner Einreise aus einem sicheren Drittstaat insbesondere auch die erforderliche Aufenthaltsgestattung erlangt.

## Öffentliches Recht

### KAG § 8 I, IV, 1, 2, 3

1. **Allein das „Abknicken“ oder der bogenförmige Verlauf einer Straße hat noch nicht zur Folge, dass ein einheitlicher Straßenzug sich rechtlich in mehrere Einrichtungen im Sinne des § 8 Abs. 1 KAG gliedert.**
2. **Die räumliche Ausdehnung und den Umfang der Maßnahme, d. h. was im Einzelfall für den Ausbau der Straße erforderlich ist, bestimmt die Gemeinde nach ihrem Ermessen (Bauprogramm). Erst wenn das Bauprogramm verwirklicht, d. h. die Gesamtmaßnahme abgeschlossen ist, entsteht für den Regelfall die Beitragspflicht.**
3. **Maßgeblich ist die Ausbauplanung, soweit sie von dem dazu berufenen Gremium der Gemeinde – hier der Bauausschuss – beschlossen oder jedenfalls gebilligt wurde.**
4. **Unklarheiten des Bauprogramms gehen zu Lasten der Gemeinde. Dies bedeutet, dass mit dem Abschluss der verschiedenen und durchgeführten Straßenbauarbeiten die sachliche Beitragspflicht entsteht, wenn nicht eindeutig festgestellt werden kann, dass es sich nur um eine Teilmaßnahme handelt.**
5. **Die Abschnittsbildung ist ein Instrument, die Entstehung endgültiger Beitragspflichten vorzuziehen, und kein Instrument auf die Höhe der Beiträge maßgeblich Einfluss zu nehmen.**
6. **Ist von vornherein nur ein Teilstreckenausbau geplant, stellt sich die Bildung eines Abschnitts, der allein die auszubauende Teilstrecke erfasst, mit der Absicht, nur die an diesem Abschnitt gelegenen Grundstücke zu belasten und die weiteren ebenfalls an der Einrichtung gelegenen Grundstücke von der Beitragspflicht freizustellen, als eine extreme Veränderung der Beitragslasten dar und verstößt deshalb gegen das Willkürverbot.**
7. **Die Bildung eines Abrechnungsgebietes liegt nicht im Ermessen der Gemeinde.**

SchlHOVG, 2. Senat, Urteil vom 17. August 2005 – 2 LB 83/04 –, Hab.

Der Kl. wendet sich gegen die Heranziehung zu einem Straßenausbaubeitrag.

Die Beteiligten streiten im Wesentlichen darüber, zu welchem Zeitpunkt die sachliche Beitragspflicht bei einem Teilstreckenausbau einer Straße entsteht und welche Grundstücke an der Verteilung des Ausbaufwandandes zu beteiligen sind.

Das VG hat der Klage teilweise stattgegeben, weil die Beitragspflicht mit dem Teilstreckenausbau entstanden und deshalb ein danach gefasster Beschluss der Bekl. über die Bildung eines Abrechnungsgebietes wirkungslos sei, mit der Folge, dass der Ausbaufwand auf sämtliche, an der Straße gelegenen, Grundstücke zu verteilen sei. Das OVG hat die Berufung zurückgewiesen.

### Aus den Gründen

Die zugelassene Berufung ist nicht begründet.

Das Verwaltungsgericht hat zutreffend entschieden, dass die streitgegenständlichen Bescheide teilweise rechtswidrig und daher aufzuheben sind, weil nur die im Straßenabschnitt der L-Straße zwischen W-Straße und M-Straße gelegenen Grundstücke in die Aufwandsverteilung einbezogen wurden.

Rechtsgrundlage der Heranziehung des Kl. zu einem Straßenausbaubeitrag ist § 8 KAG in der Fassung des Gesetzes zur Regelung abgabenrechtlicher Vorschriften vom 1. April 1996

(GVOBl. S.33 – a.F.)

in Verbindung mit der Straßenausbaubeitragsatzung (ABS) der Bekl. vom 23. März 1994 in der Fassung der rückwirkend in Kraft getretenen 2. Nachtragsatzung vom 9. Dezember 1999. Danach erhebt die Bekl. zur Deckung des Aufwandes u. a. für den Aus- und Umbau öffentlicher Straßen Straßenausbaubeiträge. Die im Jahre 1997 durchgeführten Straßenbaumaßnahmen in der L-Straße zwischen W-Straße und M-Straße sind beitragsfähiger Aufwand im Sinne des § 8 Abs. 1 KAG und des § 1 ABS. Dies wird auch vom Kl. nicht in Abrede gestellt, so dass es insoweit weiterer Erörterungen nicht bedarf.

Nach § 8 Abs. 1 KAG können u. a. für den Aus- und Umbau von öffentlichen Einrichtungen Beiträge erhoben werden. Der ebenfalls ortskundige Senat ist im Gegensatz zum Verwaltungsgericht der Auffassung, dass Einrichtung im Sinne des § 8 Abs. 1 KAG die L-Straße in ihrem gesamten Verlauf zwischen K. Weg und L.-damm ist.

Das Verwaltungsgericht begründet seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass bei natürlicher Betrachtung eine fortlaufende Straßenzug weder vom L.-damm noch vom K. Weg aus auszumachen sei. Es überträgt damit Kriterien, die im Erschließungsbeitragsrecht der Abgrenzung selbständiger Stichstraßen von unselbständigen Zufahrten dienen

(vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl., § 12 Rn.14),

auf den Begriff der Einrichtung im Straßenausbaubeitragsrecht. Dem ist bereits vom Ansatz her nicht zu folgen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

(vgl. Urt. v. 9.11.1984 – 8 C 77.83 –, BVerwGE 70, 247)

vermittelt ein nicht verzweigter Stichweg

(nach Driehaus, aaO, im Sinne von nicht abknickend)

von geringer Ausdehnung (unter 100 m) den Eindruck einer Zufahrt und bildet daher mit der „Hauptstraße“, in die er einmündet, eine Erschließungsanlage. Der Umstand, dass eine Stichstraße (regelmäßig) von der Hauptstraße „abzweigt“ ist mithin kein Grund, diese als selbständige Anlage anzusehen. Abgestellt wird vielmehr auf die Verzweigung der Stichstraße oder ihren abknickenden Verlauf, was ihre Selbständigkeit im Hinblick auf die Hauptstraße indiziert. Hiervon ist die Frage zu unterscheiden, ob die Stichstraße als solche wegen ihres nicht gradlinigen Verlaufs sich als eine Anlage darstellt. Auch im Erschließungsbeitragsrecht besteht kein Zweifel, dass allein die „Abknickung“ oder der bogenförmige Verlauf einer Straße noch nicht zur Folge hat, dass der einheitliche Straßenzug sich rechtlich in mehrere Anlagen gliedert. Insoweit gilt Entsprechendes für das Straßenausbaubeitragsrecht.

Die L-Straße knickt im Kreuzungsbereich mit der W-Straße lediglich leicht ab. Dem Verkehrsteilnehmer drängt sich bei Überqueren des Kreuzungsbereichs nicht der Eindruck auf, sich in einer anderen Straße zu befinden. Die angrenzende Bebauung der Straßenabschnitte weist keine derartigen Unterschiede auf, die diesen Eindruck in Verbindung mit dem bogenförmigen Verlauf der Straße vermitteln könnte.

Wird eine Straße ausgebaut, ist der Ausbaufwand gemäß § 8 Abs. 1 KAG auf alle Grundstücke umzulegen, deren Eigentümer oder dinglich Berechtigten durch die Maßnahme besondere Vorteile erwachsen. Auch bei einem Teilstreckenausbau sind dies regelmäßig – von Ausnahmefällen abgesehen – alle Grundstücke,

die zu der Einrichtung in einer räumlich engen Beziehung stehen, d.h. die an die Einrichtung angrenzenden Grundstücke und Hinterliegergrundstücke

(ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. nur Urt. des Senats v. 13.5.2004 – 2 LB 78/03 –),

es sei denn, die Gemeinde hat einen wirksamen Abschnittsbildungsbeschluss gefasst.

Eine Abweichung von dem Grundsatz der Verteilung des Gesamtaufwandes einer Maßnahme auf sämtliche an die Einrichtung angrenzenden Grundstücke könnte ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn ein Straßenzug von außergewöhnlicher Länge, der zwar noch als einheitliche Einrichtung anzusehen ist, aber durch Kreuzungsbereiche und einmündende Straßen in mehrere Abschnitte mit einer gewissen selbständigen Verkehrsfunktion deutlich unterteilt ist, nur auf einer unbedeutenden Teilstrecke ausgebaut wird und sich die Vorteilswirkung dieser Maßnahme ersichtlich nur auf einen durch äußere Merkmale gekennzeichneten Abschnitt beschränkt

(vgl. Urt. des Senats v. 25.6.2003 – 2 LB 55/02 –).

Die Einrichtung L-Straße hat nur eine Länge von wenigen hundert Metern. Der 1996/97 durchgeführte Ausbau erfasst ca. ein Drittel der Einrichtung. Es handelt sich mithin nicht um einen unbedeutenden Teilstreckenausbau, dessen Vorteilswirkung ersichtlich auf die ausgebaute Teilstrecke begrenzt ist.

Die Bekl. hat auch keinen wirksamen Abschnittsbildungsbeschluss gefasst.

Eine Abschnittsbildung kommt jedenfalls nach der hier maßgeblichen Rechtslage (vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des KAG vom 30. November 2003) nur in Betracht, wenn das Bauprogramm der Gemeinde einen Ausbau über den Abschnitt hinaus vorsieht

(Urt. des Senats v. 18.1.1995 – 2 L 113/94 –, Die Gemeinde 1995, 94).

Die Abschnittsbildung ist ein Sondertatbestand. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG a. F. (entspricht Satz 3 n. F.) entsteht die sachliche Beitragspflicht mit dem Abschluss der Maßnahme, die für die Herstellung, den Ausbau oder Umbau der öffentlichen Einrichtung oder von selbständig nutzbaren Teilen erforderlich sind. Selbständig nutzbare Teile der Einrichtung sind Teileinrichtungen wie Fahrbahn und Gehweg, die nach Kostenspaltung (§ 8 Abs. 4 Satz 1 KAG a. F.) entspricht Satz 2 n. F.) getrennt abgerechnet werden können, nicht aber Abschnitte der Einrichtung.

Die räumliche Ausdehnung und den Umfang der Maßnahme, d.h. was im vorliegenden Fall für den Ausbau der L-Straße erforderlich ist, bestimmt die Gemeinde nach ihrem Ermessen (Bauprogramm). Erst wenn das Bauprogramm verwirklicht, d.h. die Gesamtmaßnahme abgeschlossen ist, entsteht für den Regelfall die Beitragspflicht. Die Möglichkeit der Abschnittsbildung soll die Gemeinde in die Lage versetzen bei Maßnahmen, die sich über mehrere Straßenabschnitte erstrecken und insbesondere einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen, Ausbaubabschnitte gesondert endgültig abrechnen zu können

(Urt. des Senats v. 18.1.1995, aaO).

Im Falle einer wirksamen Abschnittsbildung entstehen sachliche Beitragspflichten für die an diesen Abschnitt gelegenen Grundstücke mit der Verwirklichung des Bauprogramms in diesem Abschnitt vor Abschluss der Gesamtmaßnahme. Die Abschnittsbildung ist mithin ein Instrument, die Entstehung endgültiger Beitragspflichten vorzuziehen und kein Instrument auf die Höhe der Beiträge maßgeblich Einfluss zu nehmen. Vielmehr ist eine Abschnittsbildung willkürlich und deshalb rechtswidrig, wenn sie in erheblichem Maße zu veränderten Beitragslasten führt

(OVG Lüneburg, Urt. v. 18.3.1986 – 9 A 237/82 –, Die Gemeinde 1986, 229 und BVerwG, Urt. v. 7.6.1986 – 8 C 30.94 –, Die Gemeinde 1996, 357 zum Erschließungsbeitragsrecht).

Ist von vornherein nur ein Teilstreckenausbau geplant, ist der Ausbaaufwand nach der ständigen Rechtsprechung des Senats – wie ausgeführt – auf sämtliche Grundstücke umzulegen, die an der Einrichtung gelegen sind und von denen aus eine Zugangsmöglichkeit zur Einrichtung besteht. Die Bildung eines Abschnitts, der allein die auszubauende Teilstrecke erfasst, mit der Absicht, nur die an diesem Abschnitt gelegenen Grundstücke zu belasten und die weiteren ebenfalls an der Einrichtung gelegenen Grundstücke von der Beitragspflicht freizustellen, stellt sich als eine extreme Veränderung der Beitragslasten dar. Inhaltlich handelt es sich nicht um eine Abschnittsbildung im vorgenannten Sinne, sondern allein um eine Veränderung des Abrechnungsgebietes durch Entscheidung der Gemeinde. So hat die Bekl. den Beschluss ihres Bauausschusses vom 7.12.2000 auch verstanden. Schon nach sei-

nem Wortlaut ist nicht von einer Abschnittsbildung, sondern allein von der Festlegung eines Abrechnungsgebietes die Rede. Jedemfalls erstinstanzlich hat die Bekl. auch vorgetragen, sie habe keinen Abschnittsbildungsbeschluss gefasst, sondern nur das Abrechnungsgebiet festgelegt. Die Bildung des Abrechnungsgebietes liegt jedoch nicht im Ermessen der Gemeinde. Welche Grundstücke in die Aufwandsverteilung einzustellen sind, d.h. das Abrechnungsgebiet bilden, richtet sich allein nach der Vorteilslage und ist der Entscheidung durch die Gemeinde entzogen. Eine solche Entscheidung findet im Gesetz auch keine Grundlage. Zulässig ist danach lediglich die Kostenspaltung gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 KAG a. F. (nunmehr § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG n. F.) und nach ständiger Rechtsprechung die Abschnittsbildung sowie die Zusammenfassung mehrerer auszubauender Einrichtungen zu einer Abrechnungseinheit, auch wenn Abschnittsbildung und Einheitsbildung im Gesetz a. F. nicht erwähnt sind (die Abschnittsbildung ist nunmehr in § 8 Abs. 4 Satz 1 KAG n. F. geregelt).

Ob nach der Neuregelung des § 8 Abs. 4 Satz 1 KAG und der nunmehr ausdrücklichen Regelung der Abschnittsbildung durch Gesetz Abweichendes gilt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Dem Wortlaut lässt sich dies nicht entnehmen. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 1. HS KAG n. F. kann für bestimmte Abschnitte einer Einrichtung der Aufwand ermittelt und abgerechnet werden. Diese Regelung entspricht der ständigen Rechtsprechung. Soweit nach § 8 Abs. 4 Satz 1 2. HS KAG n. F. Entsprechendes auch für den Ausbau, Umbau und die Erneuerung von Teilstrecken gilt, kann dem nur entnommen werden, dass eine Abschnittsbildung auch bei einem Teilstreckenausbau grundsätzlich zulässig ist. Die Gesetzesänderung ist auf Initiative des Städteverbandes zurückzuführen

(LT-Drs. 15/3027);

dem lag (wohl) ein anderes Verständnis der Abschnittsbildung zugrunde. Stellt man hierauf ab und hält man nach neuer Rechtslage eine Abschnittsbildung auch dann für zulässig, wenn das konkrete Bauprogramm auf den Abschnitt beschränkt ist, wird zumindest zu fordern sein, dass der Abschnittsbildungsbeschluss vor Entstehung sachlicher Beitragspflichten gefasst wird und dass der Ausbau der übrigen Abschnitte in vergleichbarer Weise zu erwarten ist. Nur in diesen Fällen haben die übrigen Anlieger eine Heranziehung zu Beiträgen in Zukunft ebenfalls zu gewärtigen. Damit wären der Willkürlichkeit der Verschiebung von Beitragslasten durch die Abschnittsbildung Grenzen gesetzt.

Nach der im vorliegenden Fall geltenden alten Rechtslage kommt – wie ausgeführt – eine Abschnittsbildung nur in Betracht, wenn das Bauprogramm weitere Abschnitte erfasst. Dies ist hier nicht der Fall.

Ein Bauprogramm bedarf keiner förmlichen Festlegung durch Satzung oder Beschluss. Der Umfang des Bauprogramms kann sich auch aus Vergabebeschlüssen auf der Grundlage von Ausbauplänen ergeben. Unklarheiten gehen insoweit zu Lasten der Gemeinde

(Urt. des Senats v. 18.1.1995, aaO).

Dies bedeutet, dass mit dem Abschluss der vergebenen und durchgeführten Straßenbauarbeiten die sachliche Beitragspflicht entsteht, wenn nicht eindeutig festgestellt werden kann, dass es sich nur um eine Teilmaßnahme handelt. Dies rechtfertigt sich vor dem Hintergrund der Bedeutung der Entstehung sachlicher Beitragspflichten. Mit der Entstehung sachlicher Beitragspflichten stehen auch die auf die vorteilhabenden Grundstücke entfallenden Beiträge fest. Nachträgliche Veränderungen der Grundstücksverhältnisse und der Ausbauplanung sowie nachträgliche Abschnittsbildungsbeschlüsse haben hierauf keinen Einfluss. Der Zeitpunkt der Entstehung sachlicher Beitragspflichten muss daher aus Gründen der Rechtssicherheit objektiv feststellbar sein. Die Gemeinde hat es in der Hand, die räumliche Ausdehnung und den Umfang der Maßnahme zu bestimmen. Maßgeblich ist die Ausbauplanung, soweit sie von dem dazu berufenen Gremium der Gemeinde – hier der Bauausschuss der Bekl. – beschlossen oder jedenfalls gebilligt wurde. Auf die Willensbildung innerhalb des maßgeblichen Selbstverwaltungsgremium ist abzustellen, weil für das Bauprogramm insoweit nichts anderes gelten kann als für Abschnittsbildungs- und Kostenspaltungsbeschlüsse

(vgl. hierzu OVG Schleswig, Beschl. v. 3.9.1991 – 2 M 8/91 –).

Dem Bauprogramm kommt vergleichbare Bedeutung zu.

Der Gemeinde obliegt auch die Entscheidung, ob eine Maßnahme im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG a. F. in mehreren Baubabschnitten ausgeführt wird mit der Folge, dass die Beitragspflicht für den Regelfall erst nach Abschluss der Gesamtmaßnahme entsteht, oder ob der Ausbau in mehreren rechtlich zu trennenden Ein-

zelmaßnahmen – aus welchen Gründen auch immer – erfolgt. Versäumt es die Gemeinde, ihr Bauprogramm abweichend eindeutig festzulegen, können nur der Umfang der konkret in Auftrag gegebenen und durchgeführten Arbeiten als dem Bauprogramm zugehörig angesehen werden.

Die von der Bekl. vorgelegten Unterlagen reichen zur Annahme eines von den konkret vorgegebenen und 1996/97 durchgeführten Straßenbauarbeiten abweichenden Bauprogramms nicht aus. Eine Grundsatzentscheidung, die L-Straße auf voller Länge auszubauen, kann danach bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der im Jahre 1996/97 durchgeführten Straßenbaumaßnahmen nicht festgestellt werden.

Der Generalverkehrsplan '88 enthält keine Grundentscheidung über den Ausbau der L-Straße. Dies ist auch nicht Aufgabe einer Generalverkehrsplanung.

Wie den vorgelegten „geschäftlichen Mitteilungen“ zu entnehmen ist, hat sich der Bauausschuss der Bekl. seit Anfang der 90er Jahre mit Verkehrsregelungsmaßnahmen in der L-Straße und straßenrechtlichen Fragen (Entwidmung von Teilflächen) beschäftigt. In diesem Zusammenhang ist auch von der Erarbeitung von Vorschlägen für notwendige Maßnahmen zur Verbesserung der Gestaltung des Straßenraums und der Fahrbahndecke (im Quartier) die Rede (geschäftliche Mitteilung vom 31. 10. 1990). Ein im November 1990 gefertigter Plan des Tiefbauamtes sieht Varianten zur Verkehrsberuhigung im gesamten Verlauf der L-Straße vor. Ein Bauprogramm, gebilligt vom Bauausschuss, betreffend die räumliche Ausdehnung von Straßenbaumaßnahmen ist darin aber nicht zu sehen. Nach dem Votum des Ortsbeirates Mitte sollte im Rahmen des weiteren Verfahrens (Entwidmungsverfahren) über etwaige begleitende bauliche und gestaltende Maßnahmen im Straßen- und Freiflächenbereich diskutiert und entschieden werden (geschäftliche Mitteilung vom 31. 1. 1991). In der geschäftlichen Mitteilung vom 15. 8. 1991 kündigte die Verwaltung der Bekl. an, unter Beteiligung des Ortsbeirates zu prüfen, ob mit kleineren Maßnahmen in der L-Straße eine zusätzliche Aufwertung des Quartiers erreicht werden könne. Die im Jahre 1993 durchgeführte Vermessung der L-Straße auf ganzer Länge ist lediglich eine Bestandsaufnahme, die Grundlage einer Ausbauentscheidung sein kann, sie jedoch nicht ersetzt. Im Jahre 1994 erfolgte dann der Umbau/Rückbau des entwidmeten Teils der L-Straße zwischen L.-damm und B.-straße.

Konkrete Vorstellungen hinsichtlich des Ausbaus der L-Straße in ihrem übrigen Verlauf lassen sich erstmals der Mitteilung des Tiefbauamtes für die Sitzung des Ortsbeirates K.-Mitte vom 24. 4. 1994 entnehmen. Danach sollte die von den Anliegern und dem Ortsbeirat seit langem gewünschte Ausstattung der L-Straße mit einer lärmindernden Schwarzdecke in den nächsten Jahren vorangetrieben werden und noch 1996 der Abschnitt zwischen M-Straße und W-Straße realisiert und Provisorien beseitigt werden. Inwieweit dies mit den Ausbauvorstellungen des Bauausschusses übereinstimmt, ist nicht ersichtlich. Konkretisiert wurde nur der Straßenausbau in dem genannten Abschnitt. Bloße vage weitere Ausbaubestrebungen sind nicht Teil des Bauprogramms, solange die Gemeinde sich insoweit nicht eindeutig festlegt. Deshalb kann allein die Aussage des Tiefbauamtes, die Ausstattung der Straße mit einer lärmindernden Schwarzdecke in den nächsten Jahren vorantreiben zu wollen, nicht als Grundentscheidung eines Ausbaus auf ganzer Länge in einer Maßnahme durch den Bauausschuss verstanden werden.

Das im November 1996 vom Bauausschuss und der Ratsversammlung beschlossene städtebauliche Handlungskonzept ist ebenfalls kein Bauprogramm im vorgenannten Sinne. Das Handlungskonzept ist – wie sich aus seiner Begründung ergibt – die Zusammenfassung der wichtigsten Veränderungen, die aus der Sicht der Stadtplanung, der Grünplanung und der Verkehrsplanung mittelfristig erforderlich sind. Die in den Übersichtsplänen dargestellten Bereiche erfassen sowohl Planungen, an denen bereits – je nach Aktualität intensiv oder vorausschauend – gearbeitet wird, als auch Planungen, die nach damaligem Erkenntnisstand kurz- bzw. mit-

telfristigt in Angriff genommen werden müssten. Das Handlungskonzept erfasst mithin konkrete und in Angriff zu nehmende Planungen; stellt diese in einen Zusammenhang im Hinblick auf die Zielsetzung der Sicherung des dauerhaften Aufenthaltes der Menschen in attraktiven Wohn- und Arbeitsplätzen und Steigerung der allgemeinen Attraktivität der Stadt. Es ist – wie sich aus Nr. 2 des von der Ratsversammlung beschlossenen Antrags ergibt – Grundlage für die Vorbereitung detaillierter Planungen und der Erkundung mittelfristiger Realisierungsmöglichkeiten insbesondere hinsichtlich der Finanzierung und damit auch Grundlage von Ausbauplänen für einzelne Maßnahmen, nimmt diese jedoch weder vorweg noch legt sie ihre räumliche Ausdehnung oder ihren Umfang fest.

Im Übersichtsplan 1 ist der Abschnitt der L-Straße zwischen M-Straße und L.-damm markiert und mit der Bemerkung „Blockbebauung, Aufwertung Straßenraum“ versehen. Dem lässt sich Handlungsbedarf entnehmen, nicht aber eine Erweiterung des Bauprogramms und Einbeziehung des Ausbaus dieses Abschnittes in die bereits im September 1996 begonnene Straßenbaumaßnahme. Der Bauausschuss hat sich mit dem Ausbau der unteren L-Straße (Abschnitt M-Straße bis L.-damm) auch – soweit ersichtlich – erst nach Abschluss der Baumaßnahmen im Abschnitt W-Straße bis M-Straße im September 1998 konkret befasst. Da Mittel für den Ausbau nicht vorhanden waren, wurde nur beschlossen, den Umbau der L-Straße in den nächsten Jahren bei Verfügbarkeit von Mitteln fortzusetzen. Der Bauentwurf datiert vom November 1998. Allerdings ist dem Beschluss des Bauausschusses ein Beschluss des Ortsbeirates Mitte vorausgegangen, in dem es heißt: „Die zum 1. Bauabschnitt gehörende Sanierung der unteren L-Straße wird unter Berücksichtigung der Arbeitsplanung der Bauverwaltung fortgeführt“. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die L-Straße zwischen W-Straße und L.-damm in einem Bauabschnitt durchgeführt werden sollte und die Maßnahme lediglich abgebrochen wurde. Entsprechende Beschlüsse des Bauausschusses liegen nicht vor. Der 1995 erstellte Bauentwurf hat nur den Ausbau des Abschnittes zwischen W-Straße und M-Straße zum Gegenstand und lässt die untere L-Straße außen vor. Grundlage des Beschlusses des Ortsbeirates mag der vom Leiter des Tiefbauamtes in der Sitzung des Ortsbeirates am 28. Mai 1996 gegebene Hinweis, der auch auf dem Bauentwurf vermerkt ist, gewesen sein. In diesem Vermerk heißt es: „Hingewiesen wurde auf entsprechenden Umbau zwischen W-Straße und K. Weg sowie M-Straße und L.-damm“. Dies belegt, dass bereits seinerzeit Vorstellungen über den Ausbau der unteren und oberen L-Straße im Tiefbauamt bestanden, die dann auch in das Handlungskonzept eingeflossen sind; dass der Bauausschuss der Bekl. entsprechenden Planungen beschlossen oder auch zur Zustimmung zur Kenntnis genommen hatte, ist für den Senat jedoch nicht ersichtlich.

Im Übersichtsplan 2 ist der Straßenzug L-Straße insgesamt rot gepunktet. Diese Kennzeichnung hat nach der Legende die Bedeutung: „verkehrliche und städtebauliche Aufwertung des Straßenraums“. Mehr als die Feststellung eines (möglicherweise) bestehenden Ausbaubedarfs lässt sich dem nicht entnehmen.

Nach alledem kann jedenfalls nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit festgestellt werden, dass nach dem Bauprogramm der Bekl. der Ausbau der L-Straße auf ganzer Länge im Rahmen einer Maßnahme im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG a.F. bis zum Abschluss der Baumaßnahme im Bereich W-Straße bis M-Straße vom maßgeblichen Gremium der Bekl., dem Bauausschuss, beabsichtigt war. Die sachliche Beitragspflicht ist deshalb mit Abschluss des Ausbaus im Bereich W-Straße bis M-Straße entstanden. Der nachfolgende Beschluss des Bauausschusses vom 7. 12. 2000 über die Festlegung des Abrechnungsgebietes ist damit irrelevant. Damit erübrigt sich auch die Erörterung, ob in diesem Beschluss überhaupt eine Abschnittsbildung zu sehen ist.

Da der Kl. keine Berufung eingelegt hat, hat der Senat keine Veranlassung, die Richtigkeit der Aufwandsermittlung in Frage zu stellen. Entsprechendes gilt für die Aufwandsverteilung entsprechend der Vergleichsberechnung der Bekl., die Grundlage der Entscheidung des Verwaltungsgericht ist.

## Verfahrenskosten

### ZPO § 91

**Zum Nachweis der Voraussetzungen der Verwirkung eines Unterhaltsanspruches kann die Einschaltung eines Detektivs notwendig im Sinn des § 91 I ZPO sein. Observationskosten in Höhe von über 60 000 € können erstattungsfähig sein.**

SchlHOLG, 15. FamS, Beschluss vom 26. Mai 2005 – 15 WF 363/04 –, RA Dr. Wo.

Die Parteien stritten um die Festsetzung von Detektivkosten in Höhe von 60726,54 €.

Der Kl. und die Bekl. sind seit 1993 rechtskräftig geschiedene Eheleute. Der Kl. war verpflichtet, an die Bekl. ab Januar 2002 einen monatlichen Elementarunterhalt von 249,08 € sowie einen monatlichen Vorsorgeunterhalt von 61,46 € zu zahlen. Er begehrt die Abänderung seiner Verpflichtung auf null.

Im Rahmen des im April 2003 eingeleiteten Abänderungsverfahrens hat der Kl. den Detektiv und Zeugen S. im Juli 2003 mit der Observation der Kl.in mit dem Ziel beauf-

tragt festzustellen, ob sie in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft lebt. Für die von Juli 2003 bis Juni 2004 dauernde Observation hat der Zeuge S. dem Kl. den oben genannten Betrag in Rechnung gestellt. Die Detektivberichte sind zur Gerichtsakte gereicht worden. Auf Grund des Ergebnisses einer Beweisaufnahme hat das Familiengericht den Unterhaltsanspruch der Bekl. ab 13. August 2003 als verwirkt gemäß § 1579 Ziffer 7 BGB angesehen.

Der Kl. hat beantragt, gegen die Bekl. Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 62 026,75 € festzusetzen. Das AG hat dies hinsichtlich der Detektivkosten abgelehnt. Die Beschwerde des Kl. hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen*

Gegen die Bekl. sind Detektivkosten in der geltend gemachten Höhe festzusetzen. Diese Kosten waren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Kl. notwendig (§ 91 Abs. 1 ZPO). Kosten für die Beauftragung eines Detektivs sind dann als notwendig zu erachten, wenn die Ermittlungen aus der Sicht des Auftraggebers zur Erhärtung eines konkreten Verdachts erforderlich waren und sie prozessbezogen sind. Die Ermittlungen des Detektivs müssen hierbei nicht zwangsläufig den Prozessverlauf beeinflussen haben, sie müssen aber in den Rechtsstreit eingeführt worden sein

(vgl. OLG Koblenz, VersR 2003, S. 1554 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

Diese Voraussetzungen sind gegeben. Auf Grund des prozessualen Verhaltens der Bekl. war die Einschaltung eines Detektivs aus Sicht des Kl. geboten und notwendig. Nach der Beauftragung des Zeugen S. im Juli 2003 hat der Kl. mit Schriftsatz vom 8.8. 2003 die Behauptung aufgestellt, dass die Bekl. seit mehr als drei Jahren mit einem Partner zusammenlebe. Hierfür wurde der Zeuge N. benannt. In der mündlichen Verhandlung vom 13.8. 2003 hat dann die Bekl. zwar eingeräumt, einen Freund namens N. zu haben. Sie hat allerdings in Abrede gestellt, mit ihm zusammenzuleben und zu wirtschaften. Dabei wurden Übernachtungsbesuche von zweibis dreimal wöchentlich eingeräumt.

Diese Einlassung der Bekl. erfüllte nicht die Voraussetzungen der Rechtsprechung für die Annahme einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft. Der Kl. war folglich berechtigt, die Observation fortzuführen zu lassen, zumal die Bekl. mit Schriftsatz vom 19.9. 2003 ausdrücklich das Bestehen einer Lebensgemeinschaft unter Gegenbeweis antritt abgestritten hat.

In der Folgezeit hat der Kl. auf baldige Terminierung und Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen N. gedrängt.

Da das Amtsgericht durch Beschluss vom 22.1. 2004 zunächst eine sachverständige Begutachtung des Kl. über seine Arbeitsfähigkeit angeordnet hatte, war er berechtigt, die Observation durch den Zeugen S. fortzusetzen. Er musste nämlich im Hinblick auf seine prozessualen Behauptungen damit rechnen, dass die Bekl. und der Zeuge N. ihr Verhalten im Hinblick auf eine mögliche, anstehende Beweisaufnahme kurzfristig ändern würden.

Der Kl. hat dem Verfahrensgang insoweit Rechnung getragen, als die Observation in der Zeit von Januar 2004 bis April 2004 ganz erheblich eingeschränkt wurde.

Nachdem der Kl. mit Schriftsatz vom 23.1. 2004 substantiierte Ausführungen zur eheähnlichen Lebensgemeinschaft der Bekl. gemacht hatte, hat der Zeuge N. sein Verhalten insoweit geändert, als er in der Folgezeit seinen Pkw an einem anderen Ort abgestellt hat als zuvor. Dieses Verhalten zeigt aus Sicht des Senates, dass der Bekl. und dem Zeugen durchaus die Möglichkeit eines späteren Unterhaltsausschlusses gegenwärtig war. Anders ist das veränderte Verhalten zum Abstellen des Pkws nicht erklärlich. Hieraus rechtfertigt sich aber gerade auch die weitere Observation der Bekl. und des Zeugen N., um die Beweisführung sicherstellen zu können.

Mit Schriftsatz vom 8.4. 2004 hat der Kl. erneut um baldige Terminierung gebeten. Mit Schriftsatz vom 21.6. 2004 erfolgte weiterer Vortrag seinerseits zur eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit Beweisantritten sowie die Einreichung der Detektivberichte.

Die Bekl. hat noch im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 23.6. 2004 unmittelbar vor der Vernehmung des Zeugen N. erklärt, dass sie mit diesem seit Anfang 2000 befreundet sei und nicht fortlaufend mit ihm zusammenwohne. Sie würden ungefähr zwei- bis dreimal in der Woche gemeinsam übernachten. Auch zu diesem Zeitpunkt hat die Bekl. bereits unter dem Eindruck der vorliegenden Detektivberichte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine eheähnliche Lebensgemeinschaft geleugnet. Der Zeuge N. hat im Anschluss eingeräumt, drei- bis viermal in der Woche bei der Bekl. zu übernachten. Auf die Frage, ob er an ein Zusammenleben in einer Wohnung gedacht habe, erklärte er, dies habe er überlegt.

Dann sei aber gesagt worden, das wäre nicht möglich. Das läge daran, weil sich Frau L. noch mit Herrn L. streite. Dann wäre ein Zusammenleben vorhanden.

Der Senat ist davon überzeugt, dass der Zeuge gerade auch im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bekannt gewordene Observation zu einer wahrheitsgemäßen Aussage angehalten worden ist. Insofern hatte die Observation unmittelbare Auswirkung auf den Prozessverlauf. Das Familiengericht hat auf Grund der Zeugenaussage den Unterhaltsanspruch der Bekl. zutreffend als verwirkt angesehen.

Unter Berücksichtigung des gesamten Verfahrensablaufs und der beharrlichen Weigerung der Bekl., die tatsächlichen Gegebenheiten einzuräumen, war die Observation auch über einen Zeitraum von gut 11 Monaten aus Sicht des Kl. notwendig und erforderlich. Bei einem vorzeitigen Abbruch der Observation müsste er ständig mit der Möglichkeit rechnen, dass die Beklagte und der Zeuge im Hinblick auf einen anstehenden Termin zur Beweisaufnahme ihr bis dahin an den Tag gelegtes Verhalten ändern würden. Folglich bestand fortwährend die konkrete Gefahr, beweisfällig hinsichtlich der behaupteten eheähnlichen Lebensgemeinschaft zu bleiben.

Wie sich aus den Detektivberichten ergibt, stand der Zeuge S. auch regelmäßig im Kontakt mit dem Kl. und hat mit ihm über Art und Umfang einer sachgerechten Observation im Hinblick auf den Verfahrensstand des Familiengerichts und das Verfahrensziel gesprochen.

Die geltend gemachte Forderung ist auch der Höhe nach begründet.

Soweit die Bekl. beanstandet, in den Detektivrechnungen befänden sich auch Übernachtungskosten, steht dem gegenüber, dass sich die jeweilige Observation bis in die Nachtstunden erstreckte und der Detektiv aus diesem Grund berechtigt war, statt einer Heimfahrt eine Übernachtung zu wählen, wie er in den Berichten auch dokumentiert hat.

Der Einwand der Bekl., der Name ihres Freundes, N., habe vom Detektiv gar nicht ermittelt werden müssen, da sie diesen Namen bereits in der mündlichen Verhandlung vom 13.8. 2003 genannt habe, verkennt, dass der Detektiv die Ermittlungen bereits im Juli 2003, also vor der Einlassung der Bekl., aufgenommen hatte. ...

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob neben einer Notwendigkeitsprüfung auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden hat

(OLG Koblenz, VersR 2003, 1554 ff.; Kammergericht, JurBüro 2004, 32–34; gegenteiliger Auffassung: OLG Frankfurt, NJW 1971, S. 1183).

Zugunsten der Bekl. hat der Senat eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt. Diese führt aber nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der geltend gemachten Kosten.

Der Kl. war auf Grund des abzuändernden Titels verpflichtet, monatlich insgesamt 310,54 € an die Bekl. zu zahlen. Zum Zeitpunkt seines Abänderungsbegehrens war die Bekl. (am 7. 10. 1946 geboren) fast 58 Jahre alt. Bei Fortlaufen des Titels bis zum regulären Renteneintritt wäre zumindest ein Betrag von rund 26 000 € an Unterhalt aufgelaufen. Annehmbar hätte die Unterhaltsverpflichtung des Kl. aber über den Eintritt des Rentenalters hinaus gereicht, so dass mögliche Unterhaltsforderungen der Bekl. durchaus die Höhe der geltend gemachten Detektivkosten ohne weiteres erreichen konnten. Dies gilt um so mehr, als das Bestehen eines Aufstockungsunterhaltsanspruchs zugunsten der Bekl. für die Zukunft als wahrscheinlich erschien. Bei dieser Betrachtung ist eine mögliche Abänderungsklage der Bekl., gerichtet auf höheren Unterhalt, noch unberücksichtigt geblieben.

Auch an dieser Stelle ist noch einmal hervorzuheben, dass der Kl. die Intensität der Observation dem Verfahrensstand angepasst und dadurch vermeidbare Kosten vermieden hat.

Nach alledem sind die geltend gemachten Kosten in der beantragten Höhe festzusetzen. Aus Klarstellungsgründen wird der gesamte Beschluss geändert und neu gefasst.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die Frage, ob die geltend gemachten Detektivkosten notwendig und verhältnismäßig sind, stellt eine trichterliche Würdigung dar. Es handelt sich hierbei nicht um eine Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung. Ebenso wenig ist die Fortbildung des Rechts von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abhängig.

## ZPO § 91 a; BGB § 906

**Für die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO ist der erwartete Verfahrensausgang nur ein Kriterium. Daneben ist der die Hauptsache erledigende Vergleich zu berücksichtigen. Dieser gewinnt besondere Bedeutung im Rahmen eines Immissionsstreites (§ 906 BGB), weil dort die wesentliche Auseinandersetzung der Parteien in das Vollstreckungsverfahren verlagert ist.**

SchlHOLG, 11. ZS, Beschluss vom 26. Mai 2005 – 11 U 69/04 –, Dr. Schom.

### *Aus den Gründen*

Nachdem beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, war über die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Als Folge hiervon wird im Allgemeinen der ohne die Erledigung zu erwartende Verfahrensausgang bei der Kostenentscheidung den Ausschlag geben.

Es sind in diesem Zusammenhang aber auch die näheren Umstände und die Motive, die zur Abgabe der Erledigungserklärung geführt haben, zu berücksichtigen, also auch ein vorangegangener Vergleich

(vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 91 a Rn. 24 mwN).

Auch der Inhalt des Vergleichs und der Umfang des wechselseitigen Nachgebens ist der Ermessensentscheidung zugrunde zu legen

(vgl. Zöller/Vollkommer, aaO, Rn. 58 Stichwort Vergleich mwN).

Haben die Parteien in einem Vergleich eine über die im Rechtsstreit gestellten Anträge hinausgehende Bereinigung ihrer Ansprüche in erheblichem Maße erreicht, dann ist es nicht ungewöhnlich, die angefallenen Kosten in sinngemäßer Berücksichtigung des § 98 ZPO gegeneinander aufzuheben. Der § 98 ZPO sieht nämlich bei einem Prozessvergleich im Zweifel vor, die Kosten gegeneinander aufzuheben – unabhängig davon, wie die Erfolgsaussichten in dem anhängigen Rechtsstreit einzuschätzen sind

(vgl. BGH NJW-RR 1997, 510; MüKo, ZPO, 2. Aufl., § 91 a Rn. 59).

Von diesen Grundüberlegungen ausgehend ist es im vorliegenden Fall geboten, die Kosten gegeneinander aufzuheben.

Die Bekl. wären nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zwar ohne die Erledigungserklärung der Parteien aller Voraussicht nach unterlegen gewesen.

Der Klagantrag ist in der ausgeurteilten Form ausreichend bestimmt gewesen

(vgl. BGH NJW 1999, 356; NJW 1993, 1656, 1657).

Für das lediglich am Gesetzeswortlaut angelehnte Unterlassungsgebot im angefochtenen Urteil, also mehr oder weniger eine Selbstverständlichkeit, hat es im Rahmen des § 906 BGB seitens des Kl. lediglich der Darlegung und des Beweises einer wesentlichen Beeinträchtigung bedurft.

Dem dürfte der Kl. gerecht geworden sein. Der Senat dürfte insofern an die vom Landgericht festgestellten Tatsachen gebunden sein (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die von den Bekl. mit der Berufung gerügten Mängel des landgerichtlichen Verfahrens und Urteils dürften keine konkreten Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen zu der o.a. Voraussetzung begründen.

Die Bekl. dürften hingegen ihrer Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Grenzwerte von Gesetzes-, Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eingehalten wurden (§ 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB) oder aber die geforderte Unterlassung ihnen wirtschaftlich unzumutbar sind

(§ 906 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB; Palandt/Bassenge, BGB, 64. Aufl., § 906 Rn. 20 und 30 mwN),

nicht genügt haben.

Damit hatte sich die Auseinandersetzung der Parteien mangels konkreter Orientierungswerte im wesentlichen in das Vollstreckungsverfahren verlagert

(vgl. dazu BGH NJW 1999, 356).

Gerade diese noch offene Auseinandersetzung mit all ihren Schwierigkeiten haben die Parteien mit dem ihrer Erledigungserklärung zugrunde liegenden Vergleich bereinigt. Dabei haben die Bekl. ihre mit der Berufung geltend gemachte Rechtsposition aufgegeben. Der Kl. hat mit dem Vergleich im Verhältnis zu den Vorschlägen des Sachverständigen hinsichtlich des konkreten Inhalts der begehrten Maßnahmen, aber auch in Bezug auf deren Zeitpunkt nachgegeben.

## ZPO § 93

**Eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO zugunsten des Beklagten ist nicht mehr möglich, wenn er zuvor im Mahnverfahren seinen Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt hat.**

SchlHOLG, 7. ZS, Beschluss vom 8. Juni 2005 – 7 W 9/05 –, Fr.

Der Bekl. schuldete der Kl. in 30 000 DM aus einem Schuldanerkenntnis. Als die Verjährung drohte, hat die Kl. in ohne vorherige Zahlungsaufforderung den Erlass eines Mahnbescheids erwirkt, gegen den der Bekl. uneingeschränkt Widerspruch erhoben hat. Nach antragsgemäßer Verweisung an das Landgericht hat sodann der Prozessbevollmächtigte des Bekl. den Anspruch unter Verwahrung gegen die Kosten anerkannt. In dem daraufhin erlassenen Anerkenntnisurteil hat das Landgericht die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 93 ZPO der Kl. in auferlegt, weil sie den Bekl. vorprozessual nicht zur Zahlung aufgefordert und dieser nach Überleitung in das Streitverfahren die Forderung im ersten Schriftsatz anerkannt habe. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde der Kl. in hatte Erfolg.

### *Aus den Gründen*

Der Bekl. hat die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 ZPO als unterlegene Partei zu tragen. Die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift des § 93 ZPO sind nicht gegeben, weil der Bekl. durch seinen gegen den Anspruch insgesamt gerichteten Widerspruch im Mahnverfahren Anlass zur Klage gegeben hat.

Veranlassung zur Klageerhebung gibt der Bekl. dann, wenn er sich vor dem Rechtsstreit so verhalten hat, dass der Kl. bei vernünftiger Würdigung annehmen musste, nur durch eine Klageerhebung sein Ziel erreichen zu können

(MüKo-Belz, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 93 Rn. 7).

Zur Beurteilung des vorprozessualen Verhaltens ist auch das Verhalten des Bekl. nach Klageerhebung heranzuziehen

(BGH NJW 1979, 2040, 2041).

Der Vordruck für den Widerspruch gegen den Mahnbescheid hat den Bekl. durch Ankreuzen von verschiedenen Feldern vor die Wahl gestellt, ob sich sein Widerspruch gegen den Anspruch insgesamt oder nur gegen einen Teil des Anspruchs – im Vordruck erwähnt sind auch die Kosten – richten soll. Zudem ist der Bekl. im Mahnbescheid aufgefordert worden, entweder den geltend gemachten Betrag, soweit er ihn als begründet ansieht, zu begleichen oder dem Gericht auf dem Vordruck mitzuteilen, ob und in welchem Umfang er dem Anspruch widerspricht. Trotz dieser deutlichen Hinweise hat der Bekl. seinen Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt. Vielmehr hat er sich durch Ankreuzen des entsprechenden Feldes positiv zur Erhebung eines Widerspruchs entschlossen, der sich gegen den Anspruch insgesamt richtete. Wer ein solches Verhalten im Mahnverfahren aufzeigt, macht deutlich, dass er den geltend gemachten Anspruch auch vorprozessual bestritten und damit Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hätte.

Die Pflicht zur Beschränkung des Widerspruchs auf die Kosten folgt zudem aus dem Gebot der möglichst kostensparenden Prozessführung, an das sich beide Parteien halten müssen, mithin auch der Bekl. Wenn es wegen eines unbeschränkten Widerspruchs überflüssigerweise auch zur Rechtshängigkeit der später anerkannten Forderung kommt, ist es nur billig, dass der beklagte Schuldner die von ihm veranlassten Kosten zu tragen hat

(OLG Hamm DB 1988, 959, 960).

Dem Bekl. ist eine Beschränkung des Widerspruchs auf die Kosten auch zuzumuten gewesen. Ein Teil im Schrifttum vertritt zwar die Auffassung, dass man von einem Bekl. nicht verlangen könne, zunächst den Widerspruch gegen den Mahnbescheid auf die Kosten zu beschränken, alsdann den möglichen Teil-Vollstreckungsbescheid hinsichtlich der Hauptforderung gegen sich ergeben zu lassen und letztlich gegen diesen Vollstreckungsbescheid Einspruch – erneut beschränkt auf die Kosten – einzulegen

(vgl. Fischer, MDR 2001, 1336, 1337; Wieczorek/Schütze-Steiner, ZPO, 3. Aufl. 1994, § 93 Rn. 13; Jonas/Stein-Bork, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 93 Rn. 9);

denn ein solcher Weg, der die einzige Möglichkeit darstelle, nur noch die Kosten zum Gegenstand des Streitverfahrens zu machen, könne von einer im Mahnverfahren oftmals anwaltlich nicht vertretenen Person kaum erkannt werden. Dieser Ansicht vermag sich der Senat – bezogen auf den konkreten Fall – nicht anzuschließen. Denn die auf dem Mahnbescheid und auf dem Vordruck gegebenen Hinweise und Möglichkeiten waren optisch hervorgehoben und auch für einen Laien klar und verständlich.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung. Sie ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt und berührt das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts. Die Frage, ob dem Bekl. die Kostenwohlthat des § 93 ZPO nicht mehr zugute kommt, wenn er zuvor im Mahnverfahren seinen Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt hat, stellt sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen.

## ZPO § 104; InsO §§ 209, 210

**Der Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses ist nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 210 InsO bei Masseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Ziff. 3 InsO mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. – Anschluss an BGH, Beschluss vom 17. März 2005 – IX ZB 247/03 –**

SchiHOLG, 9. ZS., vom 25. Mai 2005 – 9 W 92/05 –, Dr. Sch.

### Aus den Gründen

Nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist der Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses zugunsten eines Altmassegläubigers – wie der Ast.in – unzulässig

(vgl. BGH, Beschluss vom 17. März 2005 – IX ZB 247/03, Juris Nr.: KORE313192005 –; OLG München, Beschluss vom 29. September 2003 – 11 W 1353/02, ZIP 2003, 2318 f.; OLG München, Beschluss vom 5. August 2004 – 11 W 1399/04, ZIP 2004, 2248 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Oktober 2002 – 10 W 91/02, ZInsO 2003, 713; Thüringer LAG, Beschluss vom 3. September 2004 – 8 Ta 67/04 –, Rpfleger 2005, 219 f.; a.A. OLG Naumburg, Beschluss vom 27. Dezember 2001 – 13 W 430/01, Rpfleger 2002, 332).

Der Antragstellerin fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses, da gemäß § 210 InsO wegen der bei dem Amtsgericht durch den Ag. angezeigten Masseunzulänglichkeit die Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss unzulässig wäre.

Es ist anerkannt, dass im Erkenntnisverfahren Forderungen, die unter § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO fallen, nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht mehr mit einer Leistungsklage verfolgt werden können

(vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2003, Az: IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358 ff.).

Dieses gilt auch für das Kostenfestsetzungsverfahren, welches wegen derselben Zielsetzung – einen zur Vollstreckung geeigneten Titel zu schaffen – ebenso zu behandeln ist

(vgl. BGH, Beschluss vom 17. März 2005 – IX ZB 247/03, Juris Nr.: KORE313192005).

Bei den mit den Anträgen vom 2. Dezember 2003 und vom 5. Oktober 2004 verfolgten Kostenerstattungsansprüchen der Ast.in handelt es sich um Masseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Ziff. 3 InsO, denn durch die Erhebung der Klage sind die Kostenerstattungsansprüche der Ast.in aufschiebend bedingt begründet worden

(vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 1988 – IX ZR 7/88, WM 1988, 1391).

Die Ansprüche sind demnach vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit mit dem Schreiben vom 14. Januar 2004 begründet worden.

3. Schließlich ist die Verpflichtung des Ag. zur Kostenerstattung der von der Ast.in bezifferten und in der Höhe von dem Antragsgegner nicht angegriffenen Kosten nicht festzustellen.

Dabei kann es offen bleiben, ob ein Feststellungsanspruch überhaupt zulässig ist

(ablehnend OLG München, Beschluss vom 30. November 1999 – 11 W 3090/99, ZIP 2000, 555 zu § 57 KO; bejahend OLG München, Beschluss vom 29. September 2003 – 11 W 1353/02, ZIP 2003, 2318 f.; OLG München, Beschluss vom 5. August 2004 – 11 W 1399/04, ZIP 2004, 2248 f.; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 17. März 2005 – IX ZB 247/03, Juris Nr.: KORE313192005).

weil das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse nicht besteht. Die Ast.in hat ihre Kostenerstattungsansprüche nach Aktenlage zur Insolvenztabelle angemeldet und der Ag. hat, nachdem er die Ansprüche der Ast.in zunächst bestritten hatte, diese Ansprüche mit Schreiben vom 13. Mai 2004 unter Vorbehalt des Ausfalls anerkannt, mithin sind die angemeldeten Ansprüche zur Insolvenztabelle festgestellt worden.

## GKG § 48; ZPO §§ 3, 91a

**Der Streitwert wird durch eine nur einseitig gebliebene Erledigungserklärung nicht verändert (Anschluss an SchiHOLG <4. ZS> SchiHA 2005, 92f.); an seiner dem entgegen stehenden früheren – grundsätzlich auf das Kosteninteresse abstellenden– Rechtsprechung (vgl. SchiHA 1999, 134 f.) hält der Senat nicht weiter fest.**

SchiHOLG, 9. ZS, Beschluss vom 9. Mai 2005 – 9 U 123/04 –, Ro.

### Aus den Gründen

1. Die Beschwerde ist unzulässig und – da kein Beschwerderechtszug gegeben ist

(§ 567 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Zöller/Gummer, 25. Auflage, § 567 ZPO Rn. 38) – vom Senat selbst als „Erstgericht“ zu verwerfen (vgl. aaO § 572 Rn. 6 mwN).

2. Eine Änderung des Streitwertbeschlusses von Amts wegen nach § 63 Abs. 3 GKG scheidet aus. Der Streitwert wird durch eine nur einseitig gebliebene Erledigungserklärung nicht verändert. Der Senat schließt sich den überzeugenden Erwägungen des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Beschluss vom 2. Februar 2004 – 4 U 47/03

(SchiHA 2005, 92f. = OLGR 2004, 342 mwN auch zur Gegenauffassung)

an. An seiner dem entgegen stehenden früheren –grundsätzlich auf das Kosteninteresse abstellenden– Rechtsprechung

(vgl. SchiHA 1999, 134 f.)

hält der Senat nicht weiter fest. Das Argument, bei einseitiger Erledigungserklärung sei über die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage lediglich als Vorfrage der Erledigung zu entscheiden

(aaO),

beachtet nicht hinreichend den Inhalt des Erledigungsbegehrens, das bei exakter Ausformulierung auf die Feststellung gerichtet ist, die zunächst zulässige und begründete Klage sei infolge des erledigenden Ereignisses unzulässig bzw. unbegründet geworden. Demgemäß erwächst auch der Ausspruch über den Inhalt des Feststellungsbegehrens in Rechtskraft, was etwa bedeutsam wird, wenn die Parteien nachträglich über das Behaltendürfen einer zur Erfüllung eines Klageanspruchs geleisteten Zahlung streiten, die als erledigendes Ereignis bewertet worden ist

(vgl. OLG München NJW-RR 1996, 956 <957>).

Im Übrigen gilt es Folgendes zu beachten: Schließt sich der Bekl. der Erledigungserklärung nicht an, kann der Kl. dem Gericht die Entscheidung über Zulässigkeit und Begründetheit der Klage ebenso wenig entziehen, wie dies in der insoweit vergleichbaren Konstellation der Klagerücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung ohne die erforderliche Zustimmung des Bekl. (§ 269 Abs. 1 ZPO) der Fall ist. Im einen wie im anderen Fall wird der Kläger (zumindest auch) an seinem ursprünglichen Interesse festgehalten

(ähnlich OLG München aaO <958> mwN).

Dem ist auch bei der Streitwertfestsetzung Rechnung zu tragen.

## VwGO § 161 II

**Zur Kostenentscheidung bei Erledigung eines Normenkontrollverfahrens aufgrund einer Änderung des angefochtenen Bebauungsplanes.**

SchiHOVG, 1. Senat, Beschluss vom 27. September 2004 – 1 KN 17/99 –, RA Prof. Dr. Erw.

### Aus den Gründen

Nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren entsprechend § 92 Abs.3 VwGO einzustellen.

Über die Kosten des Verfahrens ist gemäß § 161 Abs.2 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Es entspricht hier billigem Ermessen, dass die im Tenor genannten Beteiligten die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte tragen, denn bei der im Rahmen der Entscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO nur gebotenen überschlägigen Prüfung lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrages gegen den ursprünglichen Bebauungsplan in der ungeänderten Fassung nicht beurteilen. Die Auffassung des Ast., die Kosten des Verfahrens seien allein der Ag.in aufzuerlegen, weil diese den angefochtenen Bebauungsplan geändert und die geltend gemachten Rechtsbeeinträchtigungen des Ast. beseitigt habe, teilt das Gericht nicht. Dieser Gesichtspunkt wäre nur dann bedeutsam, wenn die Ag.in sich durch die Planänderung in die „Rolle der unterlegenen Partei“ begeben hätte. Dies lässt sich hier insbesondere deshalb nicht feststellen, weil das Änderungsverfahren bereits lange Zeit vor Einleitung des Normenkontrollverfahrens betrieben worden ist.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa 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 6,40 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J.J. Augustin, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, 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. 04621/86-1279 bzw. -1273, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Öffentliches Recht				
SchIHOVG	17. 8.2005	2 LB 83/04	Beitragsbemessung bei abschnittsmäßiger Realisierung von Straßenausbauvorhaben	171
Verfahrenskosten				
SchIHOLG	26. 5.2005	15 WF 363/04	Detektivkosten als Kosten der Rechtsverfolgung bei Unterhaltsverwirkung	173
SchIHOLG	26. 5.2005	11 U 69/04	Berücksichtigung eines die Hauptsache erledigenden Vergleichs bei Kostenentscheidung	175
SchIHOLG	8. 6.2005	7 W 9/05	Anerkenntnis nach Widerspruch im Mahnverfahren	175
SchIHOLG	25. 5.2005	9 W 92/05	Zur Unzulässigkeit des Erlasses eines Kostenfestsetzungsbeschlusses zugunsten eines Altmassegläubigers nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit	176
SchIHOLG	9. 5.2005	9 U 123/04	Zum Streitwert bei einseitig gebliebener Erledigungserklärung	176
SchIHOVG	27. 9.2004	1 KN 17/99	Kostenentscheidung bei Erledigung eines Normenkontrollverfahrens	176

**Terminankündigung**

## Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

### Roger Willemsen

liest und erzählt

Montag, den 12. Juni 2006, 19.00 Uhr

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

Sprachakrobat und Meistertalker, Kulturenthusiast und Kulturkritiker, Medienmann und Medienpessimist: all das ist Roger Willemsen, bekannt als Moderator aus Fernsehsendungen, wie „Willemsen - das Fernsehgespräch“ (Premiere), „Willemsens Woche“ (ZDF) oder „Literaturclub“ (3sat), aber auch als Regisseur von Dokumentarfilmen über u.a. Gerhard Schröder oder Marcel Reich-Ranicki. Nach seinem Rückzug vom Fernsehen im Jahre 2002 nahm er sich mehr Zeit zum Schreiben.

**Dr. Roger Willemsen**, Jahrgang 1955, war nach Studium der Germanistik, Philosophie und Kunstgeschichte zunächst wissenschaftlich tätig. Nach kurzer Zeit als Korrespondent in London arbeitet er seit 1991 als Moderator und Autor. Für seine Fernseharbeit wurde er u. a. mit dem Bayerischen Fernsehpreis (1992) und dem Adolf-Grimme-Preis (1993) ausgezeichnet. Bekannte Bücher: „Menschen aus Willemsens Woche“ (1996), „Die Deutschen sind immer die anderen“ (2001), „Deutschlandreise“ (2002), „Karneval der Tiere“ (2003), „Gute Tage“ (2004), „Kleine Lichter“ (2005)“, „Hier spricht Guantanamo“ (2005) und – ganz neu - „Afghanische Reise“ (2006).

**Kostenbeitrag:** 12 Euro (Schüler und Studenten: 5 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab Dienstag, 6. Juni 2006, 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:**

- 28. Juni 2006: Gerd Fuchs „Eckermanns Traum“ – ein Dialog
- 7. September 2006: Lesung Feridun Zaimoglu
- 11. Oktober 2006: Lesung Matthias Wegner („Hans Albers“)
- 15. November 2006: Neues auf dem Buchmarkt (Annemarie Stoltenberg)

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

**Terminankündigung**

## Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

### Gerd Fuchs

Eckermanns Traum – ein Dialog

gelesen von Karlheinz Einsle und Morten Alpes, Moderation: Dr. Horst Ohde

Mittwoch, den 28. Juni 2006, 19.00 Uhr

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

Berühmt sind Eckermanns Gespräche mit Goethe, diese Dialoge zwischen „Olympier“ und „Lakai“. Nur zu ahnen sind die Abgründe dieser ungleichen Beziehung. Nicht Goethe, sondern Eckermann steht daher im Mittelpunkt der Lesart dieser Gespräche von Gerd Fuchs. In surrealer Szenerie wird dargestellt, wie Eckermann auf seinem Sterbebett über Goethe gedacht haben mag, über das Große und Zerstörerische dieser Bekanntschaft.

**Gerd Fuchs**, Jahrgang 1932, arbeitete als Redakteur bei „Welt“ und „Spiegel“ und ist seit 1968 freiberuflicher Schriftsteller. Bekannt wurde er durch realistische und zeitkritische Romane, u. a. „Stunde Null“ (1981), „Schinderhannes“ (1986), „Katharinas Nacht“ (1992), „Die Auswanderer“ (2003), „Zikaden“ (2004). „Eckermanns Traum“ ist frisch erschienen bei Edition Nautilus (Hamburg 2006). Auszeichnungen: Förderpreis des Lessing-Preises (1974), Förderpreis für Literatur der Stadt Hamburg (1985), Kulturpreis der Stadt Saarbrücken (1992).

Es lesen **Karlheinz Einsle** und **Morten Alpes**, zwei literatur- und theaterbegeisterte Schleswiger. Der Literaturwissenschaftler **Dr. Horst Ohde** führt ein Gespräch mit dem Schriftsteller.

**Kostenbeitrag:** 10 Euro (Schüler und Studenten: 4 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab Montag, 19. Juni 2006, 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:**

- 7. September 2006: Lesung Feridun Zaimoglu
- 11. Oktober 2006: Lesung Matthias Wegner („Hans Albers“)
- 15. November 2006: Neues auf dem Buchmarkt (Annemarie Stoltenberg)

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

**Terminankündigung**

## **Versuch in Gerechtigkeit – Welche Juristen braucht die Demokratie?**

Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem Forum Justizgeschichte e.V.  
**am 1. und 2. Juni 2006**

im Konferenzsaal der Friedrich-Ebert-Stiftung, Hiroshimastraße 17 in 10785 Berlin-Tiergarten

mit folgenden Themen

- Gerechtigkeit kommt nicht dran – zur andauernden Misere der Juristenausbildung (Prof. Dr. *Uwe Wesele*)
- Die Politik des Rechts – Juristen und ihre Ausbildung im Spannungsfeld der Macht (Prof. Dr. *Hertha Däubler-Gmelin*, MdB, Bundesministerin a.D.)
- Juristenausbildung im Nationalsozialismus (PD Dr. *Ralf Frassek*)
- Juristenausbildung in der SBZ/DDR (PD Dr. *Karl-Heinz Lehmann*)
- Juristenausbildung in der Bundesrepublik – von Reformphasen und Phasenreformen (Dr. *Hellmut Pollähne*)
- Warum die jüngste Rechtsgeschichte uns so viel zusagen hat (Dr. *Hellmut Kramer*)
- Beispielvorlesung Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaft im Strafrecht und Problembewusstsein in der Juristenausbildung (Prof. Dr. *Ingo Müller*)
- Juristenausbildung kritisch betrachtet (Dr. *Andreas Fijal*/ PD Dr. *Franz C. Mayer*)
- Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur (PD. Dr. *Thomas Henne* LL.M.)
- Die Bedeutung der Vermittlung freiheitlicher anwaltlicher Erfahrung für die Juristenausbildung (*Klaus Eschen*)
- Juristenausbildung: Eine Veranstaltung zur Förderung oder Austreibung kritischen Denkvermögens (*Hartmut Schneider*)
- Das juristische Examen als Initiationsritual (*Ralf Oberndörfer*)
- Juristenausbildung in den USA – Grundzüge und Kritik (*Viktor Winkler*)
- Welche Juristenausbildung brauchen wir ? – Prodiamsdiskussion (mit Prof. Dr. *Susanne Baer*, Dr. *Michael Greßmann*, BMJ, Cand. jur. *Thilo Scholle*, Ref. jur. *David Sörgel*, Moderation: *Annette Wilmes*)

Tagungsmoderation: *Hans-Ernst Böttcher*, Präsident des Landgerichts Lübeck

Das komplette Tagungsprogramm und die Teilnahmebedingungen können herunter geladen werden unter dem Link  
<<http://www.forumjustizgeschichte.de/index.php?id=247>>

Buchanzeige

**Günter Kahl**

### **„HIER BIN ICH“ – NACHKRIEGSJAHRE, FRAGMENTE**

mit einem Vorwort von Björn Engholm

erschienen bei der Landeszentrale für politische Bildung Schleswig-Holstein, Kehdenstraße 7, 24103 Kiel  
(114 Seiten, 3,00 €); Mail : [info@lpb.landsh.de](mailto:info@lpb.landsh.de); Internet: [www.politische-bildung.schleswig-holstein.de](http://www.politische-bildung.schleswig-holstein.de)

Wie fühlt sich ein Flüchtlingsjunge aus dem Osten, nach Kriegswirren in Flensburg angekommen?

„Hier bin ich“ ist eine nur knapp verfremdete autobiographische Dokumentation, die die Hauptperson – den Jungen – seine ersten 20 Lebensjahre erzählen lässt. Die Atmosphäre der Flensburger Altstadt, die Erzählungen der Eltern über Krieg und Vertreibung, aber auch über das verlorene Glück, die wirtschaftliche Not einer Flüchtlingsfamilie sind die weniger erlittene als selbstverständliche Lebensrealität. Bitterer empfunden werden familiäre Tragödien, Teile der Schulzeit und Demütigungen durch Einheimische. Aber auch auf die Fragen, die der Junge zunehmend stellt, gibt es nur keine oder spärliche Antworten. Fragen, wie seine Eltern es ertragen konnten, in Lodz zu leben, wo doch im Getto nebenan Juden verhungerten, gemordet wurden. Er begreift zunehmend das Ausmaß dieser epidemischen Verdrängung, die Nutznießerei der gigantischen Verbrechen der Nazizeit. Aber es gibt auch schöne Geschichten in diesem Text, in denen der Autor den Jungen von der wunderbaren Zeit im Zeltlager in Norgaardholz, von der Weihnachtsfeier in der Familie, den ersten Fernseherlebnissen und den ersten Liebeserfahrungen berichten lässt.

„Die eigene Geschichte aufschreiben – auch wenn es nur Fragmente sind – sie weitergeben, dass lässt uns Geschichte und die Menschen in dieser Geschichte besser verstehen“ (Prof. Dr. Hans-Günther Homfeldt, Trier, über dieses Buch).

Buchanzeige

**Dr. Dr. Herbert Grziwotz**

### **NICHEHELICHE LEBENSGEMEINSCHAFTEN**

NJW Praxis Band 39, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, 2006, XLIII, 410 Seiten, kartoniert € 46,00 ISBN 3-406-50294-6

Erscheinungstermin März 2006

Mit der 4. überarbeiteten Auflage werden u.a. die Auswirkungen von Hartz IV, der Mietrechtsreform, des Gewaltschutzgesetzes und des Unterhaltsvorschussgesetzes, aber auch aktuelle Themenbereiche wie Patientenverfügung, Krankheits- und Vorsorgevollmacht sowie die Problematik der Lebensgemeinschaften mit Auslandsbezug völlig neu dargestellt.

Dr. Dr. Herbert Grziwotz ist Notar und Lehrbeauftragter an der Universität Regensburg. Er ist als Verfasser zahlreicher Beiträge zum Familienrecht bekannt.

Die Neuauflage richtet sich an Rechtsanwälte, Gerichte, Fürsorgestellen und Rechtsreferendare.

Nähere Informationen zu dem Titel finden Sie unter [www.beck-shop.de](http://www.beck-shop.de)