
Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Aus dem Inhalt

Olaf Hoepner

Die Übertragung notleidender Kredite

Dr. Alexander Behnsen

Die aktuelle Rechtsprechung zum
Hochschulzulassungsrecht in
Schleswig-Holstein

Hans-Ernst Böttcher

Die Länderverfassungen in der unmittel-
baren Nachkriegszeit und das Grundge-
setz (1949) als Antwort auf Terror, Krieg
und Zerstörung

Dr. phil. Peter Guttkuhn

Dr. jur. Martin Meyer (1878–1966):
Dramatisches Leben eines Lübecker
Juristen und Zionisten

Oktober 2008

C 6117 E

Inhalt

I. Aufsätze

Olaf Hoepner	Die Übertragung notleidender Kredite	329
Dr. Alexander Behnsen	Die aktuelle Rechtsprechung zum Hochschulzulassungsrecht in Schleswig-Holstein	336
Hans-Ernst Böttcher	Die Länderverfassungen in der unmittelbaren Nachkriegszeit und das Grundgesetz (1949) als Antwort auf Terror, Krieg und Zerstörung	340
Dr. phil. Peter Guttkuhn	Dr. jur. Martin Meyer (1878–1966): Dramatisches Leben eines Lübecker Juristen und Zionisten	347

II. Amtliche Veröffentlichungen

Gem. AV d. MJAE, IM u. MSGF v. 26. September 2008 – II 30/1552 E – 6 SH– 53 SH –	Kieler Sicherheitskonzept Sexualstraftäter (KSXS)	348
Der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein 420 – 96 – vom 29. September 2008	Richtlinien für die Bearbeitung von Haftsachen einschließlich Verfahren der einstweiligen Unterbringung	352
Bek. d. Präs. d. SchIHOLG v. 19. September 2008 – 2344 E – 11–	Neue Einteilung der Gerichtsvollzieherbezirke der Amtsgerichte Ratzeburg und Schwarzenbek	353

III. Personalnachrichten

354

IV. Ausschreibungen

354

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	17. 4.2008	5 U 156/07	Generalunternehmer als Baugeldempfänger	355
SchIHOLG	14. 2.2008	7 U 24/06	Arglistige Täuschung durch Makler als Hilfsperson des Immobilienverkäufers	356
SchIHOLG	31. 1.2008	11 U 11/07	Anwaltschaftung wegen unzureichendem Klagantrag	358
SchIHOLG	19. 4.2007	2 W 5/07	Voraussetzung für Erweiterung einer Betreuung	359

Strafrecht

SchIHOLG	8. 4.2008	2 VollzWs 123/08 (77/08)	Keine Umsetzung der Verpflichtung zur Neubescheidung eines Antrags auf Vollzugslockerungen durch bloße Fortschreibung des Vollzugsplanes	360
SchIHOLG	9. 4.2008	2 VollzWs 42/08	Anforderungen an die Gewährung von Lockerungen im Maßregelvollzug	361

Arbeitsrecht

SchIHLAG	28. 5.2008	3 Sa 31/08	Altersdiskriminierung, Anwendbarkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB	364
SchIHAG	13. 5.2008	3 TA 56/08	Nachträgliche Klagzulassung – Schwangerschaft	367

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Andrea Maria Schenkel

liest aus „Kalteis“

Donnerstag, 6. November 2008, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Terminankündigung

„Frauen schreiben viel brutalere Bücher“. Ein Satz, der mit erklären mag, warum Andrea Maria Schenkel eine so erfolgreiche Krimi-Schriftstellerin ist. Nach ihrem Debüt mit „Tannöd“ (2006), einem düsteren Krimi über den Mord an der gesamten Familie eines Einödhofes, nun „Kalteis“ (2007). Wiederum ein Krimi nach einem wahren Fall, diesmal über einen Trieb- und Serienkiller im München der 30er Jahre. Viel Zeit- und Bayernkolorit, viel Düsternis, viel Abgrundtiefes, viel Spannung!

1962 geboren, lebt Andrea Maria Schenkel mit ihrer Familie in der Nähe von Regensburg. Zum Schreiben kam sie „aus Frust“. Jetzt an ihrem dritten Buch arbeitend sieht die Mutter dreier Kinder sich aber weiter als Hausfrau. Für ihre beiden bisherigen Bücher wurde sie zweimal mit dem Deutschen Krimi-Preis, dem Friedrich-Glauser-Preis und dem CORINE-Weltbild-Leserpreis ausgezeichnet. Beide Bücher gibt es auch als Hörbücher mit Monica Bleibtreu.

Kostenbeitrag: 10 Euro (Schüler und Studenten: 5 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

Kartenreservierung: telefonisch ab 27. Oktober 2008 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 14–16 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 1. Dezember 2008: Neues auf dem Buchmarkt (Annemarie Stoltenberg)
- 18. März 2009: Kabarett und Lesung mit Steffen Möller
- 16. April 2009: Lesung Rolf Lamprecht

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V –

Die Übertragung notleidender Kredite¹ –

wirtschaftlicher historischer Hintergrund (1), zur gegenwärtigen Rechtslage (2), Änderungen durch das Risikobegrenzungs-gesetz (3)

Olaf Hoepner, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Schleswig

1. Wirtschaftlicher historischer Hintergrund

In Deutschland war es bislang üblich gewesen, dass Kreditinstitute, die Darlehen gewährt hatten, diese auch bis zum Schluss betreut haben. In einer finanziellen Krise des Kreditnehmers haben sie die Sanierung begleitet und gegebenenfalls bei einer Insolvenz die Abwicklung des Kreditengagements selbst durchgeführt. Etwa seit dem Jahre 2000 treten in Deutschland zunehmend institutionelle Investoren auf, die Kredite gegen Entgelt übernehmen. Es hat sich dabei ein umfangreicher Handel mit notleidenden Krediten, sog. non-performing-loans entwickelt. Dabei handelt es sich um Kredite, die gekündigt oder aber kündbar sind. Die Forderungen werden vom Erwerber regelmäßig zu einem Preis übernommen, der zum Teil erheblich unter dem Nominalbetrag der ausstehenden Darlehensforderungen liegt. So hat z. B. die Lone-Star-Gruppe nach einem Bericht der FAZ (vom 31. Juli 2008) von Merrill Lynch ein Paket notleidender Kredite über 30,6 Mrd. US\$ für 6,5 Mrd. US\$ erworben und sich diesen Erwerb noch kreditieren lassen. Das entspricht einem Abschlag von 78%.

Entwickelt hat sich dieser Handel in den USA in den 80-er Jahren. Dort sind Immobiliendarlehen in einer Größenordnung von rund 800 Milliarden US-Dollar an Investoren übertragen worden. Der Handel hat sich ausgeweitet auf den Erwerb notleidender Kredite in asiatischen Staaten in den 90er Jahren, bis schließlich Investoren die Möglichkeit gesucht haben, auch in Deutschland von abgabewilligen Kreditinstituten entsprechende Portfolios zu erwerben. So hat die Lone-Star-Gruppe im Herbst 2004 von der Münchener Hypo Real Estate ein Portfolio in einer Größenordnung von 3,6 Milliarden Euro erworben. Solche Geschäfte gehören inzwischen zum Alltag der deutschen Kreditwirtschaft. Schätzungen gehen davon aus, dass im Jahre 2005 Abschlüsse im Umfang von etwa 12 Milliarden Euro in Deutschland getätigt worden sind. Eine der größten bisherigen Transaktionen in Deutschland ist der Ende 2007 durchgeführte Erwerb eines Portfolios von 53.000 Immobiliarkrediten von der Hypo Real Estate an die ING Diba in Höhe von 4,3 Mrd. €. Seit 2002 sollen Kreditforderungen in Höhe von rund 35–40 Milliarden Euro an Dritte veräußert worden sein. Man geht davon aus, dass auf mittlere Sicht das jährlich gehandelte Volumen dieser Portfolios sich auf ca. 7 Mrd. € einpendeln wird (FAZ v. 10. 9. 2008). Dem Bericht des Finanzausschusses des deutschen Bundestages ist zu entnehmen, dass in Deutschland derzeit bereits 60 – in Zukunft über 200 – Schuldenaufkäufer tätig sind bzw. sein werden.

Im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung und dem durch hohe Subventionen bedingten Bauboom in den neuen Ländern, sind die Risiken bei den Krediten für selbst- und fremdgenutzte Immobilien in hohem Maße gestiegen. Das zeigte sich besonders

an den wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in die die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank mit ihrem hohen Wertberichtigungsbedarf geraten war, sowie der Umstand, dass der Bankrott der Berliner Bankgesellschaft nur durch Staatsbürgschaften abgewendet werden konnte. Der Umfang „fauler Kredite“ wird heute geschätzt auf etwa 160–182 Milliarden Euro. Dazu treten Risiken bei Krediten, die im Rahmen von Haustürgeschäften ausgereicht worden sind im Bereich vollfinanzierten fremdgenutzten Wohnungseigentums sowie der Beteiligung an Fondsgesellschaften.

Die Kreditinstitute haben ein Interesse an der Veräußerung von non – performing – loans, um die Eigenkapitalquote zu bessern. Durch Abschreibungen kann die künftige Gesamtrentabilität des Unternehmens erhöht werden. Hinzu kommen aufsichtsrechtliche Vorgaben wie § 10 a KWG. Für notleidende Kredite, die noch nicht abgeschrieben sind, ist danach Eigenkapital in Höhe von 8 Prozent zu unterhalten. Mit den Neuregelungen durch Basel II gelten ab 2007 schärfere Eigenkapitalanforderungen. Diese steigen nämlich mit schlechterer Bonität des Kreditnehmers. Entsprechend wird es teurer, notleidende Kredite in den eigenen Bilanzen zu halten. Schließlich stellt die Veräußerung der Kredite ein Instrument zur Risikosteuerung dar, mit denen Risiken bestimmter Branchen oder Regionen abgebaut werden können. Auf der anderen Seite steht die Erwartung der Investoren, mit den abgetretenen Forderungen schnell Gewinne realisieren zu können.

Bei dem Handel im Primärmarkt können die non-performing-loans durch eine Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz vom veräußernden Kreditinstitut auf einen Erwerber im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden (§§ 123 ff. UmwG). Im Weiteren kann dann der neue Rechtsträger im sogenannten share deal die Forderungen an den Erwerber veräußern. So ist etwa verfahren worden bei den Krediten der Hypo Real Estate im Jahre 2004. Die Outsourcing-Quote an externe Dienstleister lag in Deutschland bis 2003 bei unter 5%. Sie liegt derzeit bei 15% und wird in den nächsten Jahren nach Schätzungen steigen auf rd. 25%.

Die Abspaltung oder Ausgliederung von Vertragsverhältnissen kann nach herrschender Ansicht ohne Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners durchgeführt werden, wenn durch den Umwandlungsvorgang keine inhaltliche Veränderung der Leistungspflicht im Sinne einer Inhaltsänderung nach § 399 1. Alt. BGB eintritt. Das ist aber in praxi nicht der Fall.

Im Bereich der Volks- und Raiffeisenbanken erfolgt die Ausgliederung durch eine Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz und Übertragung auf die BAG Bankaktiengesellschaft, deren Aufgabe darin besteht, im genossenschaftlichen Bankenverbund notleidende Kredite zu übernehmen. Überwiegend erfolgt der Handel mit den non-performing-loans in der Weise, dass zunächst der Investor gegen Zahlung des Kaufpreises durch eine Unterbeteiligung von dem Zessionar wirtschaftlich sämtliche Chancen und

¹ Vortrag gehalten im Rahmen des 4. EEP-Symposium am 11. September 2008 in Rendsburg.

Risiken aus dem Kreditverhältnis übernimmt. Der Investor tritt in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Darlehensverhältnis ein. Werden nun Raten an den ursprünglichen Kreditgeber geleistet oder erzielt dieser Erlöse aus Verwertung von Kreditsicherheiten, so sind diese Erträge an den Investor abzutreten. Die Unterbeteiligung begründet ein Treuhandverhältnis zugunsten des Investors. Anschließend übernimmt dann auch im Außenverhältnis der Investor die Stellung des Darlehensgebers. Dies kann durch bloße Abtretung nach § 398 BGB erfolgen.

Ist das Darlehen noch nicht voll valutiert oder besteht bei einem ungekündigten Kontokorrent noch eine offene Kreditlinie, so besteht das Interesse der Bank darin, nicht nur das aktuelle Kreditrisiko, sondern auch die zukünftig entstehenden Verbindlichkeiten des Darlehensnehmers auf den Investor zu übertragen. Dies geschieht durch eine Vertragsübernahme. Diese erfolgt analog § 415 BGB als dreiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Altgläubiger, Neugläubiger und Schuldner. In solchen Fällen wird regelmäßig die stille Unterbeteiligung der Vertragsübernahme vorgeschaltet, damit auch die Zustimmung des Schuldners eingeholt werden kann. Eine Unterbeteiligung erweist sich auch dann als sinnvoll, wenn Zustimmungen Dritter erforderlich sind. Das ist bei Unternehmen, die in eine Krise geraten sind, regelmäßig der Fall, wenn ein Sicherheitspool gebildet worden ist und die Sicherheiten im Poolvertrag gebunden sind. Um in den Sicherheitspool eintreten zu können, benötigen dann die Investoren die Zustimmung der anderen Kreditinstitute, die an dem Poolvertrag beteiligt sind. Die stille Unterbeteiligung ist dann hilfreich, um den Zeitraum bis zur Zustimmung der anderen Kreditinstitute zu überbrücken. Bei Buchgrundschulden hält die abtretende Bank als Treuhänderin die Buchgrundschuld für den Investor, bis die Abtretung im Grundbuch eingetragen ist.

Letztlich spielen auch umsatzsteuerliche Gesichtspunkte mit Rücksicht auf § 2 UStG eine große Rolle. Denn beim Handel mit non-performing-loans ist steuerliche Bemessungsgrundlage für die Leistung des Erwerbers die Differenz zwischen dem gezahlten Preis und dem so genannten „wirtschaftlichen Nennwert“. Dies ist der zum Abtretungszeitpunkt voraussichtlich realisierbare Teil der Forderung. Weil dieser aber nicht ohne weiteres abgeschätzt werden kann, ist die Höhe der Umsatzsteuerbelastung, die beim Erwerb der non – performing – loans auftritt, nicht sicher übersehbar. Zu diesem Zweck werden deshalb in der Praxis Auskünfte der Finanzämter eingeholt. Bis zu deren Vorliegen erweist sich auch hier die stille Unterbeteiligung bis zur vollen Übertragung der Forderungen als sinnvoll.

2. Bisherige Rechtslage:

Bis zum Jahre 2000 war der Handel mit non-performing-loans kein Betätigungsfeld für Anwälte und Gerichte. Bewegung ist in die Angelegenheit gekommen, als im Mai 2004 plötzlich der 8. Zivilsenat des OLG Frankfurt a. M. in einem einstweiligen Verfügungsverfahren die Ansicht vertrat, dass eine Bank eine Verbraucherkreditforderung nicht wirksam abtreten könne, da das Bankgeheimnis als stillschweigender Ausschluß der Abtretung gem. § 399 BGB zu qualifizieren sei (ZIP 2004, 1449 = NJW 2004, 3266).

Dieser Beschluss ist auf einhellige Ablehnung gestoßen (vgl. etwa Bruchner, BKR 2004, 394; Hofmann/Walter WM 2004, 1566). Nobbe, (WM 2005, 1537 ff., 1540), Vorsitzender Richter des Bankensenats am Bundesgerichtshof, hat sich dahin geäußert: Die „Entscheidung des OLG Frankfurt entbehrt .. von vornherein jeder Grundlage“. Das ist zutreffend. Die Verpflichtung der Bank zur Verschwiegenheit ergibt sich aus AGB-Banken Nr. 2 als reine schuldrechtliche Verpflichtung. Ein Verstoß ist auch nicht strafbewehrt, wie § 203 StGB zeigt. Eine Nichtigkeit nach § 134 BGB kann deshalb bei einem Verstoß nicht angenommen werden. Die Wirksamkeit der Abtretung von Bankforderungen unter Berücksichtigung der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses hatte der III. Zivilsenat des BGH bereits früh bejaht (BGH WM 1982, 839). Für die Zulässigkeit einer Abtretung spricht insbesondere § 25 a Abs. 2 KWG und das Rundschreiben 11/2001 BaFin hierzu. § 25a Abs. 2 KWG lässt die Auslagerung auch wesentlicher Geschäftsbereiche eines Kreditinstitutes auf fremde Dienstleister – also auch auf einen bankfremden Dritten – zu. Nach Ansicht der BaFin wird der Bankkunde dadurch ausreichend geschützt, dass der Outsourcingnehmer die Verpflichtung

übernimmt, die Verschwiegenheit in gleichem Umfange zu erfüllen, wie das auslagernde Kreditinstitut selbst.

Einhellig wird im Übrigen die Ansicht in der Rechtsprechung vertreten, dass eine Bank Rückzahlungsansprüche jedenfalls gegen Kunden, die mit ihren Zahlungsverpflichtungen in Verzug geraten sind oder denen eine anderweitige gravierende Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, durch Veräußerung und Abtretung verwerfen darf (BGH ZIP 1982, 1051 = NJW 1982, 2768; OLG Celle WM 2004, 1384; OLG Köln WM 2005, 2385; LG Frankfurt ZIP 2005, 1120; LG Koblenz ZIP 2005, 21 = WM 2005, 30; OLG Stuttgart ZIP 2005, 1777; OLG Dresden BKR 2006, 122; OLG Schleswig Beschluss v. 17. Juli 2006 – 5 W 41/06, Beschluss v. 21. August 2006 – 5 W 46/06 sowie Beschluss vom 21. 3. 2007 – 5 U 19/07).

Eine Vereinbarung nach § 399 2. Alt. BGB müsste einen entsprechenden Parteiwillen voraussetzen, der allgemein auf Seiten der Kreditinstitute aber nicht ersichtlich ist. Insoweit ist darauf zu verweisen, dass angesichts der wirtschaftsbedingt wachsenden Anzahl zahlungsunfähiger Kreditnehmer und der sich ausdehnenden Aufgabenbereiche der Kreditinstitute sich kein entsprechender Wille der Banken feststellen läßt, die zügige und effektive Verwertung von Forderungen durch deren Abtretung auszuschießen (OLG Köln ZIP 2005, 1773, 1774; LG Koblenz aaO). Der Umstand, dass in den AGB der Banken das allgemeine Bankgeheimnis aufgenommen ist, rechtfertigt keine andere Sichtweise. Diese Regelung macht nämlich nur deutlich, dass die Bank zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Daten verpflichtet ist, von denen sie Kenntnis erlangt. Bereits § 402 BGB gebietet die Auskunfterteilung im Rahmen einer Forderungsübertragung.

Dem Schutzbedürfnis des Bankkunden wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass bei unberechtigter Offenbarung eines Bankgeheimnisses die Bank dem Kunden gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet sein kann (BGH ZIP 1982, 1051 = NJW 1982, 2768; OLG Köln ZIP 2005, 1773, 1774). In diesem Zusammenhang sind auch die erheblichen wirtschaftlichen Interessen der Banken insbesondere auch eines Insolvenzverwalters gem. § 159 InsO an Forderungsverkäufen zu berücksichtigen, die eine maßgebliche Rolle für die Kreditwirtschaft spielen (OLG Köln ZIP 2005, 1773, 1775; LG Frankfurt ZIP 2005, 115 = WM 2005, 1120).

Das BDSG steht der Wirksamkeit der Abtretung ebenfalls nicht entgegen. Denn nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist die Übermittlung personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Belange der Bank erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder der Nutzung der Daten überwiegt. Mit Rücksicht auf § 402 BGB ist das grundsätzlich nicht anzunehmen (OLG Köln ZIP 2005, 1773, 1775; OLG Frankfurt ZIP 2005, 115 = WM 2005, 1120; OLG Celle WM 2004, 1384 schließt dies bereits aus den Sanktionsdrohungen der §§ 43, 44 BDSG).

Der XI. Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 27. Februar 2007 (XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180) bestätigt, dass das Bankgeheimnis und Bundesdatenschutzgesetz die wirksame Abtretung von Darlehensforderungen unter Banken nicht hindern. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das BVerfG gebilligt (Beschl. v. 11. Juli 2007 – 1 BvR 1025/07, WM 2007, 1694). Ausdrücklich offen gelassen hatte der BGH allerdings die Frage, ob dies mit Blick auf § 203 StGB bei der Abtretung von Forderungen der Sparkassen anders zu beurteilen sei. Der Sparkassenvorstand ist nämlich Amtsträger im Sinne dieser Vorschrift.

Darüber hatte der 5. Zivilsenat in Schleswig zu entscheiden (Urt. v. 18. Oktober 2007 – 5 U 19/07, WM 2007, 2103). Dabei ging es um die Abtretung von Forderungen und Grundschulden von der Sparkasse Wedel an ein ausländisches Kreditinstitut – die Credit Suisse Boston in London. Das OLG hat in diesem Verfahren entschieden, dass mit Rücksicht auf Art. 56 EGV eine solche Veräußerung weder gegen § 134 BGB noch gegen § 203 StGB verstößt und deshalb wirksam ist.

Art. 56 EGV regelt den freien Kapital- und Zahlungsverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Gemäß Art. 56 Abs. 1 EGV sind „im Rahmen der Bestimmung dieses Kapitels alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verbo-

ten“. Diese Vorschrift ist anwendbar, weil die Darlehensforderung von der Stadtparkasse Wedel an ein Kreditinstitut nach London übertragen worden war. Es handelte sich mithin um einen Vertrag zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft.

Weil der Begriff des Kapitalmarktverkehrs gesetzlich nicht bestimmt ist, hat das OLG zunächst an hand der Rechtsprechung des EuGH begründet, dass auch der Handel mit Geldforderungen selbst von Art. 56 Abs. 1 EGV geschützt wird. Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 56 Abs. 1 EGV betrifft Beschränkungen des Kapitalverkehrs, worunter auch die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB i. V. m. § 203 StGB zu verstehen ist. Der EG-Vertrag selbst enthält zwar keinen Hinweis darauf, was unter „Beschränkungen des Kapitalverkehrs“ zu verstehen ist. Sinn und Zweck des Vertrages gebieten es aber, den Begriff weit auszulegen, um den effet utile des Art. 56 Abs. 1 EGV zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Behindert danach eine Maßnahme unmittelbar den Kapitaltransfer, in dem sie ihn unmöglich macht oder erschwert, z. B. dadurch, dass sie eine Genehmigung vorschreibt oder währungsbezogene Beschränkungen vorsieht, so fällt sie unter die Art. 56 des Vertrages.

Art. 56 Abs. 1 EGV zielt nicht nur auf die positive Kapitalverkehrsfreiheit, sondern auch auf die negative Kapitalverkehrsfreiheit, d. h. nicht nur die Empfangnahme, sondern auch die freie Weggabe von Kapital soll gewährleistet werden. Entscheidend für den Beschränkungstatbestand ist allein, dass eine (steuer- oder) strafrechtliche Maßnahme sich so auswirken kann, dass sie die Eröffnung bzw. Unterhaltung grenzüberschreitender Geldverbindlichkeiten zu ausländischen Kreditinstituten behindert oder gar verhindert bzw. dazu objektiv geeignet ist. Von dem Verbot des Art. 56 Abs. 1 EGV werden damit in Anlehnung an die Dassonville-Formel des EuGH (EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Slg. 1974, 837) unmittelbare, aber auch mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderungen, Begrenzungen oder Untersagungen für den Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital betroffen.

Allerdings gilt das Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs gem. Art. 56 Abs. 1 EGV nur „im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels“, d. h. des Kapitels 4. Nach Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV berührt Art. 56 EGV nicht das Recht des Mitgliedstaates, die unerlässlichen „Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind“. Die Ausnahmeklausel des Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV enthält damit einen Vorbehalt hinsichtlich des sog. ordre public. Weder der Begriff der öffentlichen Ordnung noch der der öffentlichen Sicherheit decken eine Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 BGB im vorliegenden Zusammenhang ab. Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ ist autonom auszulegen und vom EuGH definiert als die „hoheitlich festgelegte(n) Grundregeln, die wesentliche Interessen des Staates berühren“ (EuGH, Rs. 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999). In diesem Zusammenhang hat der EuGH betont, dass Regelungen, die ein Mitgliedsstaat mit einer Strafsanktion verknüpft, nicht bereits allein hierdurch zum Teil der öffentlichen Ordnung werden (vgl. auch EuGH, Rs 16/83, Prantl, Slg. 1984, 1299).

Auch der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ ist - europarechtlich ausgelegt - deutlich enger als der verwaltungsrechtlich geprägte Begriff des deutschen nationalen Rechts. Die öffentliche Sicherheit betrifft nur einen besonders hervorgehobenen Teil der öffentlichen Ordnung, nämlich nur die „grundlegenden Interessen des Staates für die Aufrechterhaltung wesentlicher Dienstleistungen oder das sichere und wirksame Funktionieren des Lebens des Staates“, d. h. die Sicherung der Existenz eines Mitgliedstaates gegenüber inneren oder äußeren Einwirkungen (EuGH, Rs 72/83, Campus Oil, Sammlung 1984, 2727, 2751). Bei einer gebotenen restriktiven Interpretation des Art. 58 EGV muss also eine hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft dem Kapital- oder Zahlungsverkehrsvorgang entgegenstehen (EuGH Rs 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, 2013 = NJW 1978, 479). Solche Interessen werden aber bei der Abtretung von Kreditforderungen der Sparkassen an ausländische Kreditinstitute ersichtlich nicht berührt.

Es kommt hinzu, dass der Verstoss gegen ein Verbotsgesetz regelmäßig die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur dann zur Folge hat, wenn sich das Verbot gegen beide Seiten richtet (BGHZ 115, 123, 125). § 203 StGB betrifft jedoch als echtes Sonderdelikt nur den zur Wahrung des fremden Geheimnisses Verpflichteten, hier also die Sparkasse. Einseitige Verbote führen aber nach der

ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur ausnahmsweise dann zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGHZ 115, 123, a.a.O; NJW 2000, 1186).

§ 134 BGB erfordert damit eine wertende Betrachtung, ob der Zweck des § 203 Abs. 2 Nr.1 StGB es als nicht hinnehmbar erscheinen lässt, die Abtretung von Kreditforderungen an ein anderes Kreditinstitut als wirksam bestehen zu lassen. Danach sind keine durchgreifenden Gründe ersichtlich, die Abtretung von Forderungen durch eine Sparkasse auf ein anderes Kreditinstitut allein aufgrund des Umstandes, dass dem Vorstand eine Amtsträgereigenschaft zugemessen wird, für unwirksam zu erachten.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 11. Juli 2007 (1 BvR 1025/07 – WM 2007, 1694) in Bezug auf die Abtretung von Darlehensforderungen einer Bank ausführt, die gesetzliche Wertung, dass eine Abtretung von Darlehensforderungen „ungeachtet einer persönlichkeitsrechtlichen Relevanz der nach § 402 BGB zu erteilenden Auskünfte“ keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, dann betrifft diese Feststellung in gleichem Maße die Abtretung von Forderungen einer Sparkasse. Die Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einer Verkehrsfähigkeit der Forderung auf der einen Seite und dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners auf der anderen Seite führt deshalb zu dem Ergebnis, dass der Abtretung in einem solchen Falle § 134 BGB ihrer Wirksamkeit nicht entgegensteht.

Im Weiteren hat das OLG näher begründet, dass auch kein Verstoß gegen § 203 Abs. 2 StGB vorliegt. Zwar liegt über den im Zusammenhang mit § 402 BGB erfolgenden Bankdatenaustausch ein „Offenbaren eines Geheimnisses“ im Sinne des § 203 Abs. 2 StGB vor; dies geschieht jedoch nicht „unbefugt“. Das ergibt eine am Willkürverbot orientierte verfassungskonforme Auslegung des § 203 Abs. 2 StGB:

Es ist nämlich die unterschiedliche Behandlung von öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Privatbanken in dem hier relevanten Geschäftsbereich nicht zu rechtfertigen. Insoweit schließt das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG eine Anwendung der § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB im vorliegenden Bereich aus (vgl. Nobbe WM 2005, 1542; Sester/Glos DB 2005, 375, 379).

Die Veräußerung von (notleidenden) Darlehensportfolios bei Sparkassen einerseits und bei Privatbanken andererseits stellen Sachverhalte dar, die im Wesentlichen gleich sind. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung kann allenfalls darin liegen, dass der Rechtsverkehr per se unterschiedliche Erwartungen an den Geheimnisschutz hat, je nach dem, ob ein Darlehen bei einer Sparkasse oder bei einer Privatbank aufgenommen wird. Es kann aber nicht festgestellt werden, dass der Rechtsverkehr höhere Erwartungen an den Geheimnisschutz bei Sparkassen als bei Privatbanken hat.

Ein Ansatzpunkt für eine hinzunehmende Differenzierung zwischen Bank und Sparkasse ergibt sich im Ergebnis auch nicht aus der Amtsträgereigenschaft der Sparkassenvorstände. Daran besondere Rechtsfolgen zu knüpfen, ist zwar grundsätzlich möglich. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Amtsträgereigenschaft im vorliegenden Zusammenhang ein sachbereichsbezogenes Kriterium darstellt. Darauf kommt es aber entscheidend an.

Weiterhin sprechen die erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen gegen eine Differenzierung zwischen Banken und Sparkasse in diesem Geschäftsfeld. Die Sparkassen nehmen – gerade nach dem Wegfall der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – in nahezu identischer Weise am Geschäftsverkehr teil. So sollen die Sparkassen nach § 2 des Sparkassengesetzes S-H die ihnen zugewiesenen Aufgaben der Daseinsvorsorge auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbsforderungen erfüllen und ihren Gewinn nach wirtschaftlichen Grundsätzen erzielen. Ein Zessionsverbot stellt sich in diesem Zusammenhang als ein gravierender ökonomischer Nachteil dar mit der Folge, dass die Sparkassen die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der Daseinsvorsorge „auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbsforderungen“ gerade nicht mehr in gehöriger Weise nachkommen können. Wenn den Sparkassen das Instrument der Abtretung und Ausgliederung großer Kreditportfolios aus der Hand geschlagen wird, kann dies wegen der dadurch bedingten eingeschränkten

Refinanzierungsmöglichkeiten sogar u. U. existenzbedrohend sein. Dem steht nach Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kein geeignetes Äquivalent gegenüber.

Nicht zuletzt kommt hinzu, dass sich im Lichte des Art. 56 Abs. 1 EGV eine willkürliche Ungleichbehandlung ergibt. Zwar betrifft Art. 56 Abs. 1 EGV nur Beschränkungen des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs, so dass mitgliedstaatsinterne einseitige Vorschriften, die eine Wertübertragung verhindern, von der gemeinschaftsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit nicht erfasst werden. Eine dadurch bedingte Schlechterstellung des innerstaatlichen Kapitalverkehrs gegenüber dem grenzüberschreitenden Kapitalverkehr muss deshalb innerstaatlich über Art. 3 Abs. 1 GG gelöst werden. Dieses Ungleichgewicht muss durch eine entsprechende korrigierende Auslegung des § 203 StGB aufgefangen werden.

Der Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ im Rahmen des § 203 Abs. 2 StGB ist demgemäß teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass den Sparkassen Abtretungen von Darlehensforderungen nebst Übertragung von Sicherheiten gestattet sind. Dies ist die gebotene verfassungskonforme Betrachtungsweise, um eine Verletzung des Willkürverbotes zu vermeiden.

Ist die Abtretung von Kreditforderungen nach allem als zulässig anzusehen, fragt es sich, inwieweit Vollstreckungsmöglichkeiten für den neuen Gläubiger bestehen.

Hier ist zu danach zu differenzieren, ob die Sicherungsrechte isoliert abgetreten sind oder aber zusammen mit der Forderung. Die Übertragung von Kreditforderungen an einen Dritten bringt für sich genommen keine Schlechterstellung des Schuldners, weil dieser über § 404 BGB alle Einreden und Einwendungen auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend machen kann. Nun sind aber diese Kredite regelmäßig durch Grundschulden gesichert, die gemeinsam mit der Forderung auf den Erwerber übertragen werden. Über eine sog. Zweckvereinbarung wird bei der Bestellung ein schuldrechtliches Band zwischen der abstrakten Grundschuld und der Forderung geknüpft. Der Gläubiger darf aus der Grundschuld nur im Rahmen dieser fiduziarischen Sicherungsabrede vorgehen. Zusätzlich gibt der Schuldner bei der Grundschuldbestellung ein Schuldanerkenntnis ab und unterwirft sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Auch für dieses abstrakte Recht gilt, dass der Gläubiger Rechte daraus nur im Rahmen der Zweckvereinbarung geltend machen darf. Bei der Übertragung der Forderung nebst den Sicherungsrechten wird nun aber gerade dieser Sicherungsvertrag nicht auf den neuen Gläubiger übertragen. Hierzu bedürfte es nämlich der Mitwirkung des Schuldners, an der es fehlt. Das ist bei der Übertragung eines Kreditportfolios im Wege der Abspaltung oder Ausgliederung anders, weil die Übertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vor sich geht und deshalb die Zustimmung des Schuldners nicht erforderlich ist. Um sich vor Schadensersatzansprüchen der Kreditnehmer zu schützen werden die Banken in diesem Falle dann auch auf einer entsprechenden Weiterleitung der Sicherungsabrede bestehen.

Wenn der neue Gläubiger die abstrakte Grundschuld entgegen der Vereinbarung in der Sicherungsabrede fällig stellt, weil er insoweit hieran nicht gebunden ist, und nunmehr den vollen Grundschuldbetrag verlangt, gilt grundsätzlich, dass der Erwerber einer Grundschuld, die für den Veräußerer eine Sicherungsgrundschuld war, sich Einreden nach Maßgabe des § 1157 Satz 1 BGB entgegenhalten lassen muss. Weil § 1157 Satz 2 BGB aber einen einredefreien gutgläubigen Erwerb zulässt, ist die Einrede nur dann durchgreifend, wenn einerseits der gesamte Einredetatbestand zum Zeitpunkt des dinglichen Grundschuldenerwerbs vollendet war (BGH NJW 1988, 1375) und andererseits der Erwerber in Bezug auf gerade diese Einrede bösgläubig i. S. § 892 BGB war. Da nun aber dem Gläubiger zugleich die Forderung abgetreten worden ist, ist ihm bekannt, dass der Schuldner nur in dieser Höhe haftet. Weitergehende Ansprüche kann dieser Erwerber deshalb auch nicht realisieren.

War die Forderung vor der Übertragung noch nicht fällig gestellt, muss sich der Erwerber der Grundschuld auch die Nichtfälligkeit der Forderung wegen laufender Tilgungsleistungen entgegenhalten lassen. Ob dies auch für die spätere Volltilgung als Weiterentwicklung der Nichtfälligkeit gilt, ist allerdings streitig. (Rimmelpacher, Kreditsicherungsrecht 2. Aufl. S. 211; Palandt/Bassenge, 66. Aufl., § 1191, Rn. 24). Dies ist zu verneinen, weil

sich dieses Problem leicht anderweitig lösen lässt: Denn bei einer stillen Zession – und nur bei einer solchen werden weitere Tilgungsleistungen an den Zedenten erfolgen – steht dem Schuldner die Schutzvorschrift des § 407 BGB zur Seite. Die Zahlung an den Altgläubiger hat nicht per se Tilgungswirkungen, sondern erst dann, wenn der Schuldner sein aus § 407 BGB fließendes Gestaltungsrecht ausübt. In Anbetracht des Umstandes, dass der Zessionar aus der Grundschuld gegen ihn vorgeht, kann nunmehr der Schuldner von der Bank die nach der Abtretung geleisteten Raten zurückverlangen und an den Zessionar weiterreichen.

Wenn der erwerbende Investor mit Sitz im Ausland seinerseits das Sicherungsrecht isoliert an einen Dritten abtritt und dieser nunmehr aus dem Sicherungsrecht vollstreckt, greift IPR ein. Weil nach § 952 Abs. 2 BGB bei der Grundschuld das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt, ist Art. 33 Abs. 2 EGBGB einschlägig. Danach bestimmt das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, nicht nur die Übertragbarkeit, sondern auch das Rechtsverhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner. Es gilt also deutsches Recht und zwar nicht für die Beurteilung der Wirksamkeit der Übertragung als solche, sondern auch hinsichtlich der Einwendungen und Einreden. Es muss deshalb der Schuldner entsprechend §§ 892, 1157 Satz 2 BGB die Bösgläubigkeit des Erwerbers – also dessen Kenntnis von dem Bestehen der Einreden bzw. Einwendungen zum Zeitpunkt der Übertragung der Grundschuld – darlegen und beweisen. Das dürfte für die Praxis kein leichtes Unterfangen sein.

Was die isolierte Abtretung des Schuldanerkenntnisses nebst Unterwerfungserklärung betrifft, sieht die Sache für den Schuldner günstiger aus. Denn hier gilt schon im Ansatz § 404 BGB. Dem Schuldner stehen also alle Einreden und Einwendungen zu, die ihm auch gegenüber dem Zedenten zustanden. Dazu gehören insbesondere der Arglisteinwand aus § 242 BGB sowie die Bereicherungseinrede gem. § 821 BGB.

Neuerdings ist bezweifelt worden, ob ein Schuldanerkenntnis nebst Unterwerfungserklärung abgegeben in Form von AGB bei der Grundschuldbestellung den Anforderungen des § 307 BGB standhält. Allerdings entspricht es jahrzehntelanger, vom Bundesgerichtshof gebilligter Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss. Auch soweit dies in Form von AGB geschieht, hat der BGH dies bislang niemals beanstandet. (BGH WM 2003, 2375, 2378; ZIP 2004, 159, 161; WM 2005, 828, 830; WM 2005, 1076, 1078; WM 2006, 87, 88). Das mag nicht zuletzt im Vertrauen darauf geschehen sein, dass die Kreditgeber die Forderungen nicht an Investoren abtreten, die ihrerseits von den gesetzlichen Möglichkeiten einer alsbaldigen Fälligkeit der Sicherheiten und nachfolgenden Zwangsvollstreckung um des Profits willen Gebrauch machen.

Es spricht auf den ersten Blick nicht wenig dafür, dass in einem solchen Falle die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, die im Zusammenhang mit einer Grundschuldbestellung erfolgt, eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers darstellt und damit nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist, weil die Kreditforderung frei an beliebige Dritte abgetreten werden kann. Durch die Abtretung der Grundschulden und der in diesem Zusammenhang abgegebenen Schuldanerkenntnisse ohne fiduziarische Zweckbindung könnte die Grundlage für die Annahme entfallen, zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber bestehe eine „darlehenslange Schicksalsgemeinschaft“ (Schimansky, WM 2008, 1049). Vor dem Hintergrund, dass Finanzinvestoren keiner Bankerlaubnis nach § 1 Abs. 3 KWG bedürfen und auch keiner laufenden Aufsicht nach § 6 KWG unterliegen, kommt dem Missbrauchspotential erhebliches Gewicht zu. Schimansky (a.a.O.) sieht deshalb die Schaffung eines Titels im Rahmen von AGB als unwirksam an. In diesem Sinne hat bereits das Landgericht Hamburg mit Beschluss vom 9. Juli 2008 entschieden (318 T 183/07 – WM 2008, 1450, mit Anm. Clemente ZfIR 2008, 543) und wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

Das OLG Schleswig hat, da es an einer obergerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Problematik noch gänzlich fehlt und der Sache insoweit grundsätzliche Bedeutung zukommt, im Rahmen einer PKH-Beschwerde (Beschl. v. 21. 7. 2008 – 5 W 29/08) PKH bewilligt. Einer Rechtsverteidigung kann nämlich eine Erfolgsaussicht jedenfalls nicht ohne weiteres abgesprochen

werden, wenn sie auf eine sich aus § 307 Abs. 1 BGB fließende Nichtigkeit des Titels gestützt wird.

Schimansky will den Banken als Verwender der AGB Vertrauensschutz insgesamt versagen (WM 2008, 1049, 1052), weil den berechtigten Belangen des Kreditnehmers grundsätzlich Vorrang vor dem Vertrauen des Anwenders in den Fortbestand einer sich nachträglich als korrekturbedürftig erweisenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zukommen soll. Das Rückwirkungsverbot soll dem nicht entgegenstehen. Das ist sehr problematisch. Man sollte eher darüber nachdenken, ob nicht eine Lösung in der Weise gefunden werden kann, dass Titel, die in einer Zeit begründet worden sind, in der es das Phänomen der Abtretung von Forderungen an Kredithäufige noch nicht gegeben hat, als wirksam behandelt werden, um so dann zu fragen, ob die Vollstreckung aus einem solchen Titel unter den nunmehrigen Umständen – Vollstreckung durch Investor – als gegen Treu und Glauben verstoßend oder gar sittenwidrig erscheint. Auch sonst ist eine derartige Differenzierung unserem Recht nicht fremd wie die Differenzierung zwischen einer *exceptio doli generalis* einerseits und der *exceptio doli specialis* andererseits zeigt. Es ist jedenfalls kein schützenswertes Interesse des Schuldners daran erkennbar, dass dieser sich auf die Unwirksamkeit des Titels soll berufen können, wenn der Titel in unverdächtigter Zeit entstanden und die gesicherte Forderung gar nicht abgetreten ist, also der ursprüngliche Gläubiger aus dem Anerkenntnis nebst Unterwerfungserklärung nunmehr vollstreckt.

Darüber hinaus erscheint aber auch schon der Ausgangspunkt von Schimansky zweifelhaft: Denn der Schuldner hat schon immer damit rechnen müssen, nicht von seinem selbst gewählten Gläubiger, sondern von einem Rechtsnachfolger in Anspruch genommen zu werden. Gegen die Lösung von Schimansky spricht vor allem, dass man es im Prinzip allenfalls mit einem Wegfall der GG infolge geänderten Geschäftsverhaltens der Kreditinstitute zu tun hat. Rechtsfolge des Wegfalls der GG ist aber regelmäßig eine Anpassung des Vertrages, keineswegs aber eine Nichtigkeit desselben. Der XI. Zivilsenat hat im Übrigen in seinen neuesten Entscheidungen (Urt. v. 22. Mai 2007 – XI ZR 338/05, NotBZ 2008, 27, Tz. 16 sowie Urt. v. 22. Juli 2008 – XI ZR 389/07, WM 2008, 1679, Tz. 32) ausdrücklich an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten in Kenntnis der Argumentation von Schimansky, ohne sich allerdings näher mit dieser auseinander zu setzen.

In diesem Zusammenhang weist die Bundesnotarkammer in ihrem Rundschreiben vom 26. 8. 2008 (as T I 31, E 22) zutreffend daraufhin, dass der Gesetzgeber in jüngster Vergangenheit die Möglichkeiten zur Abtretung von Kreditforderungen und zur sofortigen Vollstreckung aus notariellen Urkunden erweitert (etwa Art. 21 a des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BGBl. 2002 I, 2010; Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I, S. 3039 sowie die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen) und durch das nachfolgend zu besprechende Risikobegrenzungsgesetz die Schutzmöglichkeiten des Schuldners gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme durch Änderung des § 769 Abs. 1 ZPO und Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruches gegen Zessionare in § 799a ZPO verstärkt hat.

3. Risikobegrenzungsgesetz

Weil der Verkauf (nicht nur) notleidender Kredite an Institute ohne Banklizenz das Vertrauen zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer nachhaltig zu schädigen droht, ist der Gesetzgeber tätig geworden und hat mit dem Risikobegrenzungsgesetz (BGBl. I, S. 1666), das am 18. August im Bundesgesetzblatt verkündet und mit dem 19. August 2008 in Kraft getreten ist, u. a. den Darlehensnehmer schützende Vorschriften eingeführt. So sind zunächst in § 309 Nr. 10 BGB die Wörter „Kauf-“, oder „Dienst-“, oder „Werkverträgen“ ergänzt worden durch das Wort Darlehensvertrag. Nach der bisherigen Regelung des **§ 309 Nr. 10 BGB** waren bei Kauf-, Dienst- und Werkverträgen solche Klauseln unwirksam, nach denen ein Dritter an Stelle des Verwenders der AGB in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird der Dritte namentlich bezeichnet (lit. a) oder dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen (lit. b).

Durch die entsprechende Änderung werden nunmehr auch Darlehensverträge von dieser Regelung erfasst. Von einer unangemessenen Benachteiligung wird ein Darlehensnehmer natürlich schon generell über § 307 BGB geschützt. Ein Verstoß gegen § 307 BGB wird in der Regel schon dann anzunehmen sein, wenn sich die Rechtsstellung des Darlehensnehmers durch den Wechsel des Vertragspartners erheblich verschlechtern kann. Eine solche Auslegung steht im Einklang mit der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen).

Nach der vorgenannten Richtlinie enthält der Anhang zu den Klauseln gem. Artikel 3 Abs. 3 eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Unter Nr. 1 lit. p sind dabei Klauseln erfasst, „in denen die Möglichkeit vorgesehen wird, dass der Vertrag ohne Zustimmung des Verbrauchers vom Gewerbetreibenden abgetreten wird, wenn dies möglicherweise eine Verringerung der Sicherheiten für den Verbraucher bewirkt“. Dadurch, dass nunmehr auch Darlehensverträge in die Vorschrift des § 309 Nr. 10 BGB aufgenommen werden, dient dies der Klarstellung und auch der Vorwegnahme der Beurteilung einer Vertragsübernahmeklausel. Diese steht somit erkennbar im Einklang mit den Vorgaben der Verordnung über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Diese Klausel verbietet nicht die Abtretung von Darlehensforderungen, die weiterhin möglich bleibt. Denn mit solchen Abtretungen sollen in der Regel andere Forderungen abgesichert und Refinanzierungen ermöglicht werden. Damit ist den Belangen der Kreditwirtschaft ausreichend Rechnung getragen.

Nach **§ 492 Abs. 1 a BGB** muss der Verbraucher künftig darüber unterrichtet werden, dass bei Immobiliendarlehensverträgen Forderungen aus dem Vertrag abgetreten werden können oder das Vertragsverhältnis insgesamt auf einen Dritten übertragen werden kann. Anders als bei den üblichen Verbraucherkreditverträgen, muss bei den langfristigen Immobiliendarlehensverträgen das Vertrauen der Vertragspartner gerade auch im Hinblick auf eine längerfristige Bindung geschützt werden. Die Darlehensnehmer sollen durch Abtretungen und Übertragungen der Forderungen oder gar Vertragsverhältnisse nicht überrascht werden. Durch den Hinweis bereits bei Vertragsschluss auf die Möglichkeit von einer Abtretung einzelner Forderungen oder die Übertragung im Wege der Betriebsumwandlung werden nunmehr die Darlehensnehmer rechtzeitig über diese Gestaltungsmöglichkeiten informiert, ohne dass den Kreditinstituten die Möglichkeit zur entsprechenden Neuausrichtung ihres Geschäftsbetriebes erschwert würde. Durch die Pflicht zur Unterzeichnung dieser Information durch die Darlehensnehmer soll zudem sichergestellt werden, dass diese auch die Informationen zur Kenntnis nehmen können. Dieser Hinweis muss „deutlich gestaltet“ sein. Das entspricht den Anforderungen einer Widerrufsbelehrung gemäß § 355 BGB. Die für die Widerrufsbelehrung entwickelten Kriterien sind deshalb auf diesen Hinweis entsprechend anwendbar. Damit wird sichergestellt, dass der Darlehensnehmer den Hinweis ohne große Schwierigkeiten zur Kenntnis nehmen kann. Forderungen des Darlehensgebers sind insbesondere Tilgungs-, Zins- und Kostenansprüche. Auch die Forderung der Restschuld ist eine Forderung aus dem Darlehensvertrag und kann abgetreten werden.

Der Hinweis ist allerdings entbehrlich, soweit im Vertrag ein Abtretungsverbot nach § 399 BGB vereinbart worden ist. Auf den Hinweis darf nur verzichtet werden, „soweit das Abtretungsverbot“ greift. Ist also das Abtretungsverbot nur insoweit ausgesprochen, als der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachkommt, muss der Hinweis die Möglichkeit der Abtretung bei Vertragsverletzungen enthalten. Eine Hinweispflicht besteht auch, soweit die Übertragung des Vertragsverhältnisses insgesamt in Rede steht. Auf diesen Hinweis kann jedoch verzichtet werden, soweit die Übertragung ohnehin der Zustimmung des Darlehensnehmers bedarf. Das ist jedenfalls bei Übertragung entsprechend § 415 Abs. 1 BGB der Fall. Das Genehmigungserfordernis entfällt jedoch in Fällen der Übertragung nach dem Umwandlungsgesetz. Deshalb erstreckt sich die Hinweispflicht auch auf solche Übertragungen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung führt nicht zur Nichtigkeit des Darlehens nach § 494 BGB, sondern löst lediglich Schadensersatzverpflichtungen des Darlehensgebers aus.

Mit der Einfügung eines neuen **§ 492 a BGB** werden Unterrichtungspflichten des Kreditinstituts während des Bestehens des Vertragsverhältnisses eingeführt, wenn eine vereinbarte Zinsbindung ausläuft oder das Darlehen insgesamt zur Zahlung fällig wird. Der Darlehensnehmer soll nunmehr rechtzeitig darüber unterrichtet werden, dass sich hier Änderungen ergeben können. Die Unterrichtungspflicht drei Monate vor dem Ende des Ablaufs der Zinsbindung oder dem Rückzahlungszeitpunkt gibt dem Darlehensnehmer ausreichend Gelegenheit sich zu entscheiden, ob er eine neue Zinsbindung eingehen möchte und die möglicherweise anstehenden Veränderungen abzuschätzen. Andererseits wird der Darlehensgeber durch die Verpflichtung, solche Informationen abzugeben, nicht wesentlich belastet. Mit Rücksicht darauf, dass ein Bedenkzeitraum von drei Monaten gegeben wird, enthalten die Angaben des Darlehensgebers noch kein verbindliches Folgeangebot im Sinne § 145 BGB.

Nach Abs. 2 soll der Darlehensgeber erklären, ob er bereit ist, das Darlehensverhältnis fortzuführen. Er muss dann die zum Zeitpunkt der Unterrichtung gültigen Pflichtangaben nach § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB darlegen.

Die vorgenannten Pflichten werden nach Abs. 3 auf die Zessionare ausgedehnt. Dies gilt aber nicht bei einer stillen Zession. Denn nach dem neu eingeführten **§ 496 Abs. 2 Satz 2 BGB** ist eine Unterrichtung bei Abtretung entbehrlich, wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt. Im Regelfall erfährt damit auch der Schuldner, ob der neue Gläubiger zur Fortsetzung des Vertrages bereit ist und welche Konditionen dieser zugrunde legen würde. Dem Ganzen liegt die Erwägung zugrunde, dass bei einer Zession der ursprüngliche Kreditgeber, der an sich verpflichtet war, ein Angebot vorzulegen, an einer Fortsetzung des Kreditverhältnisses regelmäßig kein Interesse haben wird, da er ja sonst die Forderung aus dem Darlehensvertrag nicht abgetreten hätte. Er wird deshalb dem Kreditnehmer nicht besonders vorteilhafte Konditionen anbieten. Deshalb wird nunmehr der Zessionar verpflichtet, dem Schuldner die Kreditkonditionen zur Fortführung des Darlehensverhältnisses anzugeben, damit dieser die Möglichkeit hat, ein entsprechendes Angebot mit dem des ursprünglichen Gläubigers zu vergleichen. Darüber hinaus hat er drei Monate Zeit, selbst weitere neue Angebote einzuzuholen. Eine Verletzung dieser Pflichten löst Schadensersatzansprüche aus, richtet sich aber nicht auf eine Fortführung des Vertragsverhältnisses.

Bei offenen Zessionen wird über **§ 496 Absatz 2 Satz 1 BGB** nunmehr die Verpflichtung begründet, den Darlehensnehmer über den neuen Gläubiger oder Vertragspartner zu informieren. Damit wird dieser in den Stand gesetzt, die Geschäftsziele des neuen Gläubigers kennen zu lernen und eine Entscheidung herbeizuführen, ob er die Vertragsbeziehung mit dem neuen Gläubiger oder Vertragspartner fortsetzen möchte. Die Unterrichtungsverpflichtung trifft regelmäßig den Zedenten, weil es sich um eine vertragliche Verpflichtung handelt und dieser Vertragspartner des Darlehensnehmers bleibt. Bei einer Vertragsübernahme dagegen, trifft die Verpflichtung den Übernehmenden als neuen Vertragspartner. Der Gesetzgeber selbst hat keine ausdrückliche Regelung getroffen, ob Zedent oder Zessionar zur Unterrichtung verpflichtet ist. Diese können vertraglich vereinbaren, wer die Unterrichtung herbeiführt.

Wenn bei einer stillen Zession der bisherige Darlehensgeber im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin als der bisherige Darlehensgeber auftritt, entfällt die Anzeige einer Abtretung. Wird die Zession dann aber offen gelegt, ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen (§ 496 Abs. 2 Satz 3 BGB).

Mit der Änderung des **§ 498 Abs. 3 BGB** wird eine Verschärfung der Kündigungsvorschriften bei Immobiliendarlehensverträgen eingeführt. Danach gilt, dass der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens 2,5 % des Nennbetrages des Darlehens in Verzug sein muss. Weil es sich in der Praxis gezeigt hat, dass Darlehensgeber häufig schon bei einem geringen Zahlungsverzug einen Vermögensverfall des Darlehensnehmers behaupteten und versuchten, den Darlehensvertrag über § 490 Abs. 1 BGB außerordentlich zu kündigen und sodann wegen des geringen Rückstands Vollstreckungsmaßnahmen einzuleiten, ist der Kündigungsschutz für Verbraucherdarlehensverträge nunmehr bei

den Immobiliendarlehensverträgen ausgeweitet worden. Über die neue Regelung des § 498 Abs. 3 BGB wird natürlich nicht eine außerordentliche Kündigung nach § 490 BGB wegen Vermögensverfalls des Darlehensnehmers ausgeschlossen. Jedoch wird eine Kündigung allein wegen Zahlungsverzuges nur unter den Voraussetzungen des § 498 Abs. 3 BGB durchgreifen.

Problematisch ist, ob bei der Kündigung von Immobiliendarlehensverträgen auch die weiteren Voraussetzungen des § 498 Abs. 1 Ziff. 2 BGB vorliegen müssen. Aus Abs. 3 selbst ergibt sich dies nicht ohne weiteres. Es fragt sich deshalb, ob in Abs. 3 eine selbstständige Grundlange für die Kündigung von Immobiliendarlehensverträgen geschaffen worden ist. Von der Systematik her, hätte es nahe gelegen, den Abs. 3 als einen Abs. 2 einzufügen, um damit deutlich zu machen, dass auch im Übrigen die Voraussetzungen des § 498 Abs. 1 BGB vorliegen müssen, insbesondere Ziffer 2. Im Gesetzgebungsverfahren ist man jedoch davon ausgegangen, dass der Darlehensgeber „den Darlehensnehmer – regelmäßig unter Anbietung eines Schlichtungsgesprächs – erfolglos zur Bezahlung des Rückstandes aufgefordert hat“. Bis zur Klärung dieser Zweifelsfrage wird der Darlehensgeber in Zukunft gut beraten sein vor Ausspruch der Kündigung dem Darlehensnehmer eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrages mit der Erklärung zu setzen, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.

Bei der Darstellung der bisherigen Rechtslage ist offenbar geworden, dass der Grundstückseigentümer bei der Übertragung einer Grundschuld, die zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist, besonderen Risiken ausgesetzt wird. Das besondere Anliegen des Gesetzgebers war es deshalb gewesen, dafür Sorge zu tragen, dass der Eigentümer die sich aus einem Sicherungsvertrag dem Zedenten gegenüber ergebenden Einreden gegen die Grundschuld auch jedem Erwerber entgegengehalten kann. Weil die Möglichkeit des gutgläubigen einredefreien Erwerbs einer Grundschuld über § 1192 Abs. 1 i. V. m. § 1157 Satz 2 BGB für den Grundstückseigentümer zu einem Verlust seiner Einreden führt, hat der Gesetzgeber nunmehr einen gutgläubigen einredefreien Erwerb bei Sicherungsgrundschulden ausgeschlossen.

Abweichend von § 1157 BGB enthält nunmehr **§ 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB** eine Sonderregelung dahin, dass der Eigentümer alle aus dem Sicherungsvertrag fließenden Einreden, die auch gegen die Grundschuld wirken oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch dem Zessionar der Grundschuld entgegengesetzt kann. Über den Ausschluss von § 1157 Satz 2 BGB, wird ein gutgläubiger einredefreier Erwerb verhindert. Schon im Ansatz ist § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB sehr viel weiter als § 1157 Satz 1 BGB. Nach der Regelung des § 1157 Satz 1 BGB kann nur eine „bestehende Einrede“ dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Daran knüpft die Formulierung mit § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB insoweit an, als es im ersten Halbsatz heißt, dass Einreden entgegengesetzt werden können, die dem Eigentümer gegen die Grundschuld „zustehen“. Mit dem zweiten Halbsatz geht die Neufassung aber deutlich über § 1157 Satz 1 BGB hinaus, wenn es heißt, dass auch Einreden entgegengesetzt werden können, die sich „aus dem Sicherungsvertrag ergeben“. Das bedeutet, dass – vergleichbar mit § 404 BGB – auch solche Einreden geltend gemacht werden können, die im Zeitpunkt des Übergangs der Sicherungsgrundschuld im Sicherungsvertrag lediglich angelegt waren, deren Tatbestand sich aber erst später vollständig verwirklicht hat. Einreden, die dem Grundstückseigentümer als Sicherungsgeber im Zeitpunkt des Übergangs gegen die Grundschuld zustehen, sind insbesondere die Nichtvaluierung, die vollständige oder teilweise Erfüllung der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld oder aber Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Nach der Übertragung der Sicherungsgrundschuld kann der Eigentümer gestützt auf den Sicherungsvertrag jetzt aber auch geltend machen, die Forderung sei nunmehr in voller Höhe oder jedenfalls teilweise getilgt worden.

Für den Fall der Grundschuldabtretung ergibt sich danach:

a. Zahlt der sicherungsgebende Grundstückseigentümer an den bisherigen Gläubiger, dann kann er nach § 362 BGB gegenüber dem Gläubiger der Sicherungsgrundschuld geltend machen, die Forderung sei erloschen.

b. Ist mit der Grundschuld zugleich die Forderung übertragen worden und leistet nunmehr der Grundstückseigentümer an den

Zessionar, so kann der Grundstückseigentümer sich ebenfalls gegenüber dem Zessionar auf das Erlöschen der Forderung nach § 362 BGB berufen.

c. Sind Forderung und Grundschuld zusammen abgetreten worden und leistet nunmehr der Grundstückseigentümer auf die gesicherte Forderung an den Zedenten, ergeben sich mit Rücksicht auf § 407 BGB verschiedene Rechtsfolgen: War dem Grundstückseigentümer die Forderungsabtretung nicht bekannt, so entsteht dem Schuldner das aus § 407 fließende Gestaltungsrecht, nach deren Ausübung der Zessionar die Leistung an den bisherigen Gläubiger gegen sich gelten lassen muss (§ 407 Abs. 1 BGB). Diese Einrede kann er auch dem Erwerber entgegensetzen, wenn er aus der Grundschuld gegen ihn vorgeht. Hatte der Grundstückseigentümer jedoch Kenntnis von der Forderungsabtretung, ist die Ausübung des Gestaltungsrechtes unwirksam. Die Zahlung kann nicht zum Erlöschen der Forderung führen.

Durch die Regelung in § 1192 Abs. 1a Satz 1 zweiter Halbsatz BGB, wonach § 1157 Satz 2 BGB „insoweit keine Anwendung“ findet, wird klargestellt, dass ein gutgläubiger einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld ausgeschlossen ist. Dies gilt auch dann, wenn dem Erwerber nicht positiv bekannt war, dass es sich bei der von ihm erworbenen Grundschuld um eine Sicherungsgrundschuld gehandelt hat.

Der Gesetzgeber hat davon Abstand genommen, den Anspruch auf Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld bei Bestehen einer dauerhaften Einrede ausdrücklich zu regeln. Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann dem Erwerber einer Sicherungsgrundschuld eine dauerhafte Einrede gegen deren Geltendmachung erfolgreich entgegengehalten (BGH WM 1985, 12, 13) werden.

Nach § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB beträgt die Kündigungsfrist bei einer Grundschuld sechs Monate. Nach dem bisherigen Abs. 2 war diese Vorschrift dispositiver Natur. Es war daher üblich, Vereinbarungen zu treffen, wonach die Grundschuld sofort fällig sein sollte oder wonach sie sofort und fristlos gekündigt werden konnte. Wurde die Kündigung abweichend geregelt und dann ausgesprochen, geriet der Eigentümer regelmäßig in großen Zeitdruck. Dabei ist jedoch ein zwingendes Erfordernis für eine solche 6-Monate unterschreitende Kündigungsfrist auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers nicht zu erkennen. Aus diesem Grunde ist nunmehr in **§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB** für den Fall einer Sicherungsgrundschuld die Fälligkeit zwingend an das Erfordernis einer vorgängigen Kündigung geknüpft, wobei die Kündigung nur mit einer Frist von sechs Monaten ausgesprochen werden kann. Dabei handelt es sich um jus cogens.

Setzt damit der Anspruch aus der Grundschuld zur Sicherung einer Geldforderung nunmehr zwingend eine vorherige Kündigung gem. § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB voraus, könnte an sich eine Vollstreckungsklausel gem. §§ 795, 726 ZPO nur erteilt werden, wenn der Zugang der Kündigungserklärung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachgewiesen wurde. Das wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die Kündigung als Vollstreckungsvoraussetzung zu beurteilen wäre. Dagegen spricht aber, dass sich die Vollstreckungsvoraussetzung grundsätzlich aus dem Titel selbst ergeben muss (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdn. 6.42; Musielack/Lackmann, ZPO 5. Aufl., § 726 Rdn. 2). Der in der bisherigen Praxis vielfach erklärte und von der h. A. als zulässig beurteilte Nachweisverzicht wird durch die Änderung in § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB deshalb nicht obsolet. Ein Verstoß gegen § 307 BGB wird sich daher auch nicht feststellen lassen, weil das gesetzliche Leitbild die Unterwerfungserklärung selbst darstellt.

Übergangsvorschriften zum Risikobegrenzungsgesetz (Artikel 7 § 18)

Die neuen Regelungen nach § 498 BGB zur Kündigung bei Verzug gelten grundsätzlich nur für Verträge, die nach dem 18. August 2008 geschlossen wurden. Dies gilt aus Gründen des Vertrauensschutzes; dies nicht zuletzt deshalb, weil die Kreditinstitute zur ihrer Refinanzierung und Bildung von Ausfallkapital derartige Kündigungsregelungen ihrem Vertrag zugrunde gelegt haben.

Auf Altverträge findet § 498 BGB jedoch dann Anwendung, wenn nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes

das Darlehensverhältnis auf einen neuen Darlehensgeber übertragen wird. Auf Vertrauensschutz kann sich der neue Vertragspartner nicht berufen. Er kann sich über die neuen Kündigungsvoraussetzungen informieren und diese bei den Verhandlungen der Übernahme berücksichtigen.

Wichtig ist, dass nach Art. 7 § 18 Abs. 2 der Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs von Sicherungsgrundschulden nach § 1192 Abs. 1a BGB auf alle Grundschuldübertragungen Anwendung findet, die nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes erfolgen. Maßgeblich ist also der Zeitpunkt der Abtretung, nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Grundschuld. Deshalb werden auch solche Sicherungsgeber geschützt, die bereits eine Grundschuld bestellt haben. Weil Rechtspositionen nur in der Hand eines berechtigten Gläubigers geschützt sind, bestehen schützenswerte Interessen eines künftigen Erwerbers an der bereits bestellten Sicherungsgrundschuld nicht. Zwar werden durch den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs der Sicherungsgrundschuld auch die Interessen eines Sicherungsnehmers berührt; insoweit handelt es sich aber um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, welche die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt.

Nicht betroffen sind Grundschuldübertragungen, die vor dem Inkrafttreten der Rechtsänderung durch das Risikobegrenzungsgesetzes liegen. Denn insoweit handelt es sich um abgeschlossene Rechtstatbestände, in die aus Gründen der Rechtssicherheit nicht nachträglich eingegriffen werden soll. Dies gilt auch für Beschränkungen hinsichtlich von Vereinbarungen über die Fälligkeit und die Kündigung von Sicherungsgrundschulden (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB). Altfälle bleiben unangetastet.

Durch Art. 8 des Risikobegrenzungsgesetzes ist in **§ 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO** eingefügt worden, wonach für die Einstellung der Zwangsvollstreckung eine Sicherheitsleistung nicht festgesetzt werden kann, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Rechtsverfolgung durch ihn hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Betreibt der Gläubiger aus der Grundschuld oder dem Schuldanerkenntnis nebst Unterwerfungserklärung ungerechtfertigt die Zwangsvollstreckung, kann der Schuldner sich dagegen mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 in Verbindung mit §§ 795, 797 Abs. 5 ZPO wehren. Dabei kann der Schuldner gleichzeitig nach § 769 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragen. Dies kann mit oder ohne Sicherheitsleistung erfolgen. Ist die Rechtsverfolgung Erfolg versprechend, erscheint es nicht vertretbar, dass der Schuldner die Einstellung von Vollstreckungsmaßnahmen nur gegen Sicherheitsleistung soll erreichen können. Die Verfolgung seiner Rechte würde dadurch unangemessen erschwert oder gar unmöglich gemacht, wenn er nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten. In Anlehnung an die entsprechende Regelung in § 707 Abs. 1 ZPO wird mit dem neu eingefügten Satz 2 in § 769 Abs. 1 ZPO nunmehr klargestellt, dass für das Gericht bei seiner Entscheidung, ob die Zwangsvollstreckung bei einer Klage nach § 767 oder § 768 mit oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen ist, zwei Umstände maßgebend sein sollen. Zunächst ist die Erfolgsaussicht der vom Schuldner gemachten Einwendungen zu prüfen. Erscheinen die Einwendungen durchgreifend und ist der Schuldner gleichzeitig nicht in der Lage, eine Sicherheitsleistung zu bewirken, so soll das Gericht die Zwangsvollstreckung nunmehr ohne Sicherheitsleistung einstellen.

Mit der Einführung des **§ 799 a ZPO** erhält der Eigentümer einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch, wenn die Vollstreckung aus einer Urkunde im Sinne von § 794 Abs. 1 Ziff. 5 aufgrund einer Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767, 768 oder aber einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO für unzulässig erklärt worden ist. Über Satz 2 der Neuregelung besteht ein solcher Schadensersatzanspruch auch dann, wenn der Eigentümer zugleich wegen der Forderungen, zu deren Sicherung das Grundpfandrecht bestellt worden ist oder wegen der Forderung aus einem dem selben Zweck dienenden Schuldanerkenntnis der sofortigen Vollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat. Dieser Schadensersatzanspruch besteht jedoch nur dann, wenn ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger die Vollstreckung zu Unrecht betrieben hat. Der Schuldner ist in einem solchen Falle besonders schutzwürdig. Es ist nämlich außerordentlich zweifelhaft, ob dem Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger vertragliche Ersatzansprüche wegen einer ungerechtfertigten Vollstreckung aus der Urkunde zustehen. Es kommt

hinzu, dass die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auf einem besonderen Vertrauen des Schuldners gegenüber dem ursprünglichen in der Urkunde bezeichneten Gläubiger beruht. Ein solches Vertrauensverhältnis besteht nicht dem neuen Gläubiger gegenüber. Auf der anderen Seite kann der Schuldner nicht verhindern, dass an die Stelle seines ursprünglichen Gläubigers im Wege der Abtretung, Vertragsübernahme oder durch andere Weise etwa nach dem Umwandlungsgesetz ein anderer Gläubiger gegenüber tritt, der aus seiner Sicht nicht so vertrauenswürdig erscheint. Eine Schadensersatzpflicht nach § 799 a ZPO besteht jedoch dann nicht, wenn die Vollstreckung aus der Urkunde vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes für unzulässig erklärt worden ist (§ 37 EGZPO).

Über Artikel 10 schließlich ist § 354 a HGB geändert worden. Bislang war die Abtretung einer Geldforderung trotz der Vereinbarung eines Abtretungsverbotes im Sinne des § 399 BGB wirksam, wenn das Rechtsgeschäft, das die Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Durch den **neu eingefügten Abs. 2** wird bei dem Abschluss von Kreditverträgen hiervon eine Ausnahme gemacht. Nunmehr wird sichergestellt, dass die Abtretung einer Forderung im Fall einer vorangegangenen Vereinbarung eines Abtretungsverbotes auch zwischen Kaufleuten absolut unwirksam bleibt, wenn es sich bei dieser Forderung um eine Darlehensforderung eines Kreditinstituts handelt. Diese Ergänzung des § 354 a HGB durch einen Abs. 2 war notwendig, weil sonst die Abtretung einer solchen Darlehensforderung im Verhältnis zum Kreditgeber und zu Dritten wirksam bliebe.

Die aktuelle Rechtsprechung zum Hochschulzulassungsrecht in Schleswig-Holstein

Dr. Alexander Behnsen, Rechtsanwalt, Kiel

A. Einleitung*

In den letzten Jahren haben mittlerweile acht Bundesländer die Gebührenpflichtigkeit des Erststudiums eingeführt, was z. T. zu einem Rückgang der Einschreibungen an den Hochschulen dieser Länder geführt hat. Gleichzeitig steigt der Druck auf die Hochschulen in den nach wie vor „gebührenfreien“ Ländern, da mehr und mehr Erstsemester an diese Hochschulen drängen. Dies gilt auch für die Hochschulen in Schleswig-Holstein.¹ Gleichzeitig unterliegen die Hochschulen nach wie vor erheblichen Sparzwängen, mit denen oftmals eine Verknappung des Studienplatzangebots an den Hochschulen einhergeht, gerade in den Fächern, in denen die Kosten pro Studienplatz besonders hoch sind. Zu denken ist insofern an solche Studienfächer, die ein erhebliches Maß an technischen und personalintensiven Einrichtungen benötigen, um die Vermittlung der notwendigen Ausbildungsinhalte mit hinreichender Qualität gewährleisten zu können, beispielsweise die Fächer Human- oder Zahnmedizin.²

Konsequenz dieser Entwicklung ist unter anderen, dass mehr und mehr Studienplatzbewerber abgelehnt werden bzw. nicht den Studienplatz bekommen, den sie sich wünschen. Die im Zuge der Einführung des zwölfjährigen Gymnasiums zu erwartenden „Doppeljahrgänge“ werden diese Problematik zusätzlich verstärken. Da gerade die Möglichkeit, das gewünschte Studium möglichst ohne lange Wartezeit auf einen Studienplatz beginnen und durchführen zu können, indes für die meisten Bewerber eine Entscheidung von großer Wichtigkeit darstellt, sind viele von ihnen zunehmend weniger bereit, eine ablehnende Zulassungsentscheidung hinzunehmen, sondern beschreiten den Weg des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, um auf diese Weise doch noch den gewünschten Studienplatz zu erhalten und damit die Chance, den gewünschten Traumberuf zu erlernen.

Insofern steigt zunehmend auch die Wichtigkeit der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auf diesem Gebiet. Diese speziell für den Bereich der Schleswig-Holsteinischen Hochschulen einer näheren Untersuchung zu unterziehen, dient dieser Beitrag.

B. Übersicht über die entschiedenen Fälle

Hervorzuheben ist zunächst, dass gerade die Fächer, in denen die Ausbildung eines Studierenden für die Hochschule vergleichsweise kostenintensiv ist, auch überproportional häufig vertreten sind, wenn man die hochschulzulassungsrechtlichen Entscheidungen des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts und des Schleswig-Holsteinischen Obergerichts der letzten Jahre betrachtet. So bezogen sich von den insgesamt 78 vom

Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht entschiedenen Fällen zum Hochschulzulassungsrecht

- 68 Fälle auf die Zulassung zum Studienfach Humanmedizin (davon 46 Fälle auf die Zulassung zum 1. Fachsemester und 22 Fälle auf die Zulassung zum 5. Fachsemester),

und

- 7 Fälle auf die Zulassung zum Studienfach Zahnmedizin (1. Fachsemester),

wohingegen

- sich nur jeweils ein Fall auf die Zulassung zum Studienfach Psychologie (1. Fachsemester), Sozialwesen (1. Fachsemester) und Multimedia-Production (1. Fachsemester) bezog.

Noch deutlicher wird dieser Schwerpunkt, wenn man die Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Obergerichts zum Hochschulzulassungsrecht der letzten Jahre betrachtet. Das Obergericht hatte ausschließlich Fälle zu entscheiden, in denen die Zulassung zum Studium in einem medizinischen Fach begehrt wurde. Alle der insgesamt 52 vom Obergericht entschiedenen Fälle bezogen sich auf die Zulassung zum Studienfach Humanmedizin (davon 50 Fälle auf die Zulassung zum 1. Fachsemester und 2 Fälle auf die Zulassung zum 5. Fachsemester).

Ausnahmslos alle Verfahren waren dabei Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 123 VwGO bzw. Beschwerdeverfahren gemäß § 146 VwGO. Ein Hauptsacheverfahren wurde in keinem Fall entschieden.

Darüber hinaus ist beachtlich, dass kein einziges der Verfahren auf einstweilige Zulassung zum Studium im gewünschten Studienfach Erfolg hatte, sondern alle Verfahren mit einer Ablehnung der Anträge bzw. Zurückweisung der Beschwerden endeten.

Zur Frage, ob und ggf. wie viele Verfahren daneben nicht durch eine gerichtliche Entscheidung, sondern durch Vergleich beendet wurden, liegen keine Zahlen vor.

C. Rechtliche Bewertung

I. Genereller rechtlicher Hintergrund

Den generellen rechtlichen Hintergrund aller Entscheidungen zum Hochschulzulassungsrecht bildet nach wie vor das Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.³ Hierin hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass aus dem durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Grundrecht der Berufsfreiheit in seiner Ausprägung als Recht der freien Berufswahl und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf Zulassung

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Weißleder & Ewer in Kiel.

¹ Lorenz, „Studium nicht mehr attraktiv genug?“, Kieler Nachrichten vom 29. 7. 2008.

² Bundesweit entfielen im Wintersemester 2007/2008 auf einen Studienplatz im Fach Humanmedizin 4,2 Bewerber, auf einen Studienplatz im Fach Zahnmedizin 3,5 Bewerber, Quelle: Informations- und Pressestelle der ZVS, http://www.zvs.de/Service/download/Bew_Med_001_WS2007_08.pdf.

³ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/07 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303.

zum Hochschulstudium folge, das nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einschränkbar sei. Allerdings sah das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Zugang zum Hochschulstudium nicht als uneingeschränkt bestehend an. Vielmehr erkannte es auch die Zulässigkeit absoluter Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung als verfassungsgemäß an, wenn die Beschränkungen

„in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und wenn die Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.“

Gerade dort, wo der Staat – wie im Bereich des Hochschulwesens – ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol für sich in Anspruch genommen habe und wo – wie im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen – die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten sei, müsse sich der Zugang zu solchen Einrichtungen an den Grundrechten, insbesondere Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG messen lassen. Ansonsten würde den staatlichen Organen quasi überlassen, Berufslenkungen allein durch die Vergabeentscheidungen für Studienplätze nach eigenem Gutdünken zu betreiben.⁴ Andererseits verpflichte ein solcher Verfassungsauftrag jedoch auch nicht dazu, für jeden Bewerber zu jeder Zeit den von ihm gewünschten Studienplatz bereitzustellen und auf diese Weise aufwändige Investitionen im Hochschulbereich von der schwer einzuschätzenden individuellen Nachfrage abhängig zu machen. Persönliche Freiheit dürfe insofern nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklicht werden. Ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit sei unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken.⁵

Aus Gründen des effektiven Grundrechtsschutzes urteilte das Bundesverfassungsgericht gleichwohl, dass an absolute Zugangsbeschränkungen, wie auch die Kontingentierung von Studienplätzen eine darstellt, strenge Anforderungen zu stellen seien. Da von der Wahl der Ausbildung zugleich die Wahl des späteren Berufes abhängt und da ein auf der Erschöpfung der Ausbildungskapazität beruhender absoluter numerus clausus für eine bestimmte Fachrichtung einer objektiven Zulassungsvoraussetzung i. S. d. sog. Dreistufentheorie⁶ gleichkomme, sei die Anordnung einer solchen Zulassungsbeschränkung nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut und nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.⁷ Zu den eine Begrenzung von Studienplätzen rechtfertigenden Belangen zählt das Bundesverfassungsgericht dabei insbesondere die Sicherung der Qualität und Funktionsfähigkeit der Hochschulausbildung.⁸

Um die Frage der Auslegung und Anwendung dieser vom Bundesverfassungsgericht vor nunmehr fast 40 Jahren aufgestellten und in mehreren zwischenzeitlichen Verfahren bestätigten Grundsätze geht es letztendlich noch heute in jedem gerichtlichen Verfahren, welches die Zuteilung eines Studienplatzes zum Gegenstand hat, der aus Kapazitätsgründen abgelehnt worden ist. Letztendlich beruft sich auf die vom Verfassungsgericht aufgestellten Grundsätze noch heute jeder Antragsteller und jeder Kläger, der im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO oder im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren die (einstweilige) Zuteilung eines Studienplatzes begehrt. Jede Kapazitätsbegrenzung wird dagegen letztendlich mit der Sicherung der Qualität und Funktionsfähigkeit der Hochschulbildung begründet.

In diesem Spannungsverhältnis zwischen dem nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich jedem hochschulreifen Bewerber

zustehenden Anspruch auf Zulassung zum Hochschulstudium an der von ihm gewählten Ausbildungsstätte und dem Interesse der Hochschule, eine zur Sicherung der Ausbildung erforderliche Kapazitätsbegrenzung bzgl. der zur Verfügung gestellten Studienplätze vorzunehmen, muss auch die aktuelle Rechtsprechung der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Hochschulzulassungsrecht gesehen werden.

II. Aktuelle Rechtsprechung der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Bemerkenswert ist zunächst, dass ausgehend von diesen rechtlichen Grundlagen kein einziges der in den letzten Jahren beim Schleswig-Holsteinischen Verwaltungs- oder Oberverwaltungsgericht anhängig gemachten Verfahren Erfolg hatte. Eine allzu optimistische Prognose für die Erfolgsaussichten einer Studienplatzklage oder Kapazitätsklage, wie sie z. T. von einigen Autoren gegeben wird,⁹ dürfte damit jedenfalls für Schleswig-Holstein und seine Hochschulen nicht der Realität entsprechen. Fraglich ist, worin die Gründe hierfür liegen.

1. Unzulässigkeit von Anträgen

In einzelnen Fällen scheiterten die Anträge auf die einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes nach § 123 VwGO bereits an der Hürde der Zulässigkeit. So geht das Verwaltungsgericht in mittlerweile wohl ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Antrag auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist, wenn er mehr als zwei Wochen nach Vorlesungsbeginn für das Fachsemester gestellt wird, für das der Antragsteller die vorläufige Zulassung begehrt. Anderenfalls wäre das Semester bereits soweit fortgeschritten, dass eine sachgerechte vollumfängliche Absolvierung der nach dem Studienplan vorgesehenen Studienleistung – die auch Ziel des Antragstellers sein muss – nicht mehr uneingeschränkt möglich sei.¹⁰

2. Unbegründetheit aller Anträge

Der überwiegende Teil der Anträge auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes wurde indes als unbegründet abgelehnt, da den Antragstellern nach den Bestimmungen über die Vergabe von Studienplätzen kein Rechtsanspruch auf einen Studienplatz zukommen konnte.

a) Rechtsgrundlagen

Die wesentliche Rechtsgrundlage für die Entscheidung über die Vergabe von Studienplätzen ist die für jedes Semester neu erlassene Landesverordnung über die Festsetzung für Zulassungszahlen für Studiengänge an den Hochschulen des Landes Schleswig-Holstein (ZZVO).¹¹ Diese legt für jede Hochschule des Landes sowie für jeden dort angebotenen Studiengang exakt die im jeweiligen Semester für die jeweilige Abschlussart zur Verfügung stehende Anzahl von Studienplätzen verbindlich fest (sog. Zulassungszahl).¹² Dies wiederum erfolgt aufgrund einer Kapazitätsberechnung nach den Bestimmungen der Landesverordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularnormwerte und die Festsetzung von Zulassungszahlen (Kapazitätsverordnung – KapVO) vom 25.11.1993.¹³

b) Rechtsanwendung

Im Rahmen der vom Verwaltungsgericht im Verfahren nach § 123 VwGO vorgenommenen summarischen Prüfung eines Anspruchs auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes prüft das

⁴ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (331 f.).

⁵ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (334).

⁶ BVerfG, Entscheidung des 1. Senats vom 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377 (407 f.).

⁷ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (338).

⁸ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (340).

⁹ Brehm/Zimmerling, Erfolgreich zum Studienplatz, München 2007, S. 112, 114, bezeichnen die Kapazitätsklage als eine „vom Bundesverfassungsgericht zugelassene und häufig erfolgreiche Initiative“ und führen aus, dass es „auf der Hand [liege], dass [...] oft zusätzliche Studienplätze eingeklagt werden können.“

¹⁰ VG Schleswig, Beschluss vom 29. 11. 2005 – 9 C 40/05 u. a. – (n. v.); Beschluss vom 21. 12. 2004 – 9 C 1321/04 – (n. v.).

¹¹ Aktuell die Landesverordnung über die Festsetzung von Zulassungszahlen für Studiengänge an den Hochschulen des Landes Schleswig-Holstein für das Sommersemester 2008 vom 29. 01. 2008, NBl. MWV Schl.-H. 2008, S. 85.

¹² Vgl. § 30 Abs. 2 HRG.

¹³ NBl. MWFK/MFBWS 1993, S. 457, zuletzt geändert durch Landesverordnung vom 10. 5. 2004, NBl. MWFK Schl.-H. 2004, S. 132.

Verwaltungsgericht daher zunächst, ob eine Zulassung innerhalb der nach den genannten Bestimmungen festgesetzten Kapazitäten möglich ist. Da diese in aller Regel ausgeschöpft sein dürften,¹⁴ wendet sich das Verwaltungsgericht anschließend der Frage zu, ob nach summarischer Prüfung über die festgesetzte Kapazität hinaus Studienplätze zur Verfügung stehen bzw. zur Verfügung stehen müssen.

aa) Lehrangebot

Insofern prüft das Verwaltungsgericht zunächst die Berechnung des vorhandenen Lehrangebots, also die Anzahl der im jeweiligen Studiengang zur Verfügung stehenden Planstellen für lehrendes Personal sowie das den jeweiligen Dozenten zugeordnete Lehrdeputat, mithin die Anzahl der vom Dozent in der Lehre zu erbringenden Semesterwochenstunden. Dies hat nach den Grundsätzen des abstrakten Stellenprinzips zu erfolgen, so dass es beispielsweise unerheblich ist, ob eine Stelle besetzt ist oder nicht, mit Ausnahme der aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht besetzten Stellen, und ebenso auch die Qualifikation des Stelleninhabers keine Beachtung finden darf.¹⁵

Das Verwaltungsgericht war in einigen Fällen bereit, insofern eine sehr dezidierte Prüfung vorzunehmen und sich insbesondere mit der Frage auseinander zu setzen, ob das den Dozenten zugeordnete Lehrdeputat nicht nur den Bestimmungen der Lehrverpflichtungsverordnung (LVVO)¹⁶ entsprach, sondern auch ob die in letzterer festgelegte Umfang der Lehrverpflichtungen selbst rechtmäßig war. Allerdings äußerte es an der Rechtmäßigkeit dieser Bestimmungen, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Wochenarbeitszeit für Beamte mittlerweile von 38,5 auf 41 Stunden angehoben wurde, keine Zweifel.¹⁷ Ebenso wenig sah das Verwaltungsgericht Anlass, die Festlegung der Deputate der einzelnen Dozenten rechtlich anzuzweifeln. Dies gilt auch für die Entscheidung, bestimmten Mitgliedern des wissenschaftlichen Personals gar keine Lehrverpflichtung zuzuordnen, insbesondere solchen, deren Tätigkeit nicht aus Haushaltsmitteln des Landes, sondern aus Drittmitteln finanziert wird.¹⁸

Ausgehend von der Überprüfung und ggf. Festlegung der zu beachtenden Deputatsstunden nimmt das Verwaltungsgericht anschließend eine Berechnung des unbereinigten Lehrangebots vor, also der insgesamt in einem Studiengang zur Verfügung stehenden Semesterwochenstunden. Hieraus ermittelt sich anschließend das bereinigte Lehrangebot, in welches beispielsweise ein möglicher Dienstleistungsbedarf gemäß § 11 KapVO eingerechnet wird. Hierbei handelt es sich um Lehrveranstaltungsstunden, die eine Lehrereinheit für nicht zugeordnete Studiengänge zu erbringen hat, also beispielsweise Lehrveranstaltungsstunden, die ein Dozent der Lehrereinheit Humanmedizin für den Studiengang Zahnmedizin erbringt. Das bereinigte Semesterlehrangebot wird dann mit dem Faktor zwei multipliziert und hieraus das Jahreslehrangebot einer Lehrereinheit errechnet.

bb) Lehrnachfrage

In einer zweiten Berechnung wird anschließend das zuvor errechnete Lehrangebot ins Verhältnis zur Lehrnachfrage gesetzt.

Es wird also gewissermaßen errechnet, für wie viele Studienplätze das zur Verfügung stehende Lehrangebot ausreicht, wenn alle Lehrveranstaltungen abgedeckt werden müssen, die die jeweilige Studienordnung für die Erlangung des notwendigen Abschlusses vorschreibt, beispielsweise die Approbationsordnung für Ärzte oder die Juristen-Ausbildungsverordnung.¹⁹ Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Normierung einer Kapazitätsobergrenze von Studienplätzen, denn gerade im Hinblick auf die vorgeschriebene Qualität und den vorgeschriebenen Umfang

der Ausbildung hatte das Bundesverfassungsgericht die Errichtung von Kapazitätsgrenzen überhaupt als zulässig angesehen.²⁰

Es wird im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mithin errechnet, welche Lehrnachfrage mit dem zur Verfügung stehenden Lehrangebot befriedigt werden kann. Zentraler Faktor ist dabei der für jeden Studienplatz in der Anlage 2 zur Kapazitätsverordnung festgelegte Curricularnormwert (CNW), der festlegt, wie viele Deputatsstunden für die Ausbildung eines Studierenden an einer Hochschule erforderlich sind.

Auch hier nimmt das Verwaltungsgericht schon im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO detaillierte Berechnungen vor und überprüft nicht nur, ob mit dem in der Kapazitätsverordnung festgelegten Curricularnormwert richtig gerechnet worden ist, sondern ob der in der Kapazitätsverordnung festgelegte Wert selbst rechtmäßig ist und mit den Vorgaben der Studienordnungen übereinstimmt.²¹

Aus der Division des Jahreslehrangebots durch den Curricularnormwert wird anschließend die Zulassungszahl ermittelt, also die Anzahl der zur Verfügung stehenden Studienplätze.

cc) Schwundausgleich

Schließlich überprüft das Verwaltungsgericht anhand der Vorschriften des Dritten Abschnitts der Kapazitätsverordnung (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 und § 16 KapVO), ob die nach Lehrangebot und Lehrnachfrage errechnete Studienplatzzahl zu erhöhen ist, weil zu erwarten ist, dass wegen Aufgabe des Studiums oder Fachwechsels oder Hochschulwechsels die Zahl der Abgänge an Studierenden in höheren Fachsemestern größer ist als die Zahl der Zugänge (sog. „Schwundquote“). Die Einbeziehung darüber hinausgehender Faktoren in die Berechnung, ob eine Erhöhung der Studienplatzzahl geboten ist, lehnt das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht anders als andere Verwaltungsgerichte²² jedoch ab. Dies gilt insbesondere für die Einbeziehung der Anzahl beurlaubter Studierender in die Berechnung.²³ Da deren Studienplätze nicht im rechtlichen Sinne „frei“ seien, sondern der Studierende die Beurlaubung jederzeit abbrechen und auf seinen Studienplatz zugreifen wollen könne, sei eine Einbeziehung dieser Plätze in den Schwundausgleich nicht möglich. Das eigentliche Studienverhalten der Studienplatzinhaber muss mithin bei der Frage der Berechnung der Studienplatzkapazitäten unberücksichtigt bleiben.

dd) Vergleich der rechnerisch ermittelten Studienplatzzahl mit den in der Zulassungszahlenverordnung

Zum Abschluss der dargestellten Berechnungen vergleicht das Verwaltungsgericht die von ihm rechnerisch ermittelte Studienplatzzahl mit der Anzahl der Studienplätze, die die Zulassungszahlenverordnung für den betreffenden Studiengang und das betreffende Studienfach festlegt. Liegt letztere über dem vom Gericht ermittelten Wert oder entsprechen sich beide Werte, so ist der Antrag unbegründet. Ein Anspruch des Antragstellers auf die Zur-Verfügung-Stellung zusätzlicher Studienplätze und damit auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes besteht in diesem Falle nicht.

c) Zwischenergebnis

Alle in den letzten Jahren vom der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit entschiedenen Fälle zum Hochschulzulassungsrecht scheiterten – mit z. T. im Detail unterschiedlicher Begründung – jedenfalls daran, dass das Gericht die in der Zulassungszahlenverordnung festgelegte Anzahl der Studienplätze für einen Studiengang als in hinreichendem Maße den Bestimmungen der Kapazitätsverordnung entsprechend einstuft und daher die Notwendigkeit der Schaffung zusätzlicher Studienplätze verneinte.

¹⁴ So auch in allen hier untersuchten Fällen.

¹⁵ Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Köln 2003, Rn. 130.

¹⁶ Landesverordnung über die Lehrverpflichtung an Hochschulen vom 6.10.1995, GVObI. Schl.-H. 1995, S. 328, zuletzt geändert durch Verordnung vom 12.10.2005, GVObI. Schl.-H. 2005, S. 487.

¹⁷ Vgl. VG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2006 – 9 C 40/06 u. a. –, S. 4 f. (n. v.); Beschluss vom 14.12.2006 – 9 C 51/06 u. a. –, S. 4 f. (n. v.).

¹⁸ VG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2006 – 9 C 40/06 u. a. –, S. 10; Beschluss vom 29.11.2007 – 9 C 21/07 u. a. –, S. 5 f. (n. v.); so auch OVG Schleswig, Beschluss vom 15.4.2004 – 3 NB 1/03 – (n. v.); Beschluss vom 11.5.2005 – 3 NB 82/05 u. a. –, S. 5 (n. v.); Beschluss vom 11.10.2007 – 3 NB 73/06 –, S. 4 (n. v.); Beschluss vom 3.5.2007 – 3 NB 2/07 –, S. 4 (n. v.).

¹⁹ Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Köln 2003, Rn. 225.

²⁰ BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (340).

²¹ Vgl. VG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2006 – 9 C 40/06 u. a. –, S. 18 ff. (n. v.); Beschluss vom 29.11.2005 – 9 C 40/05 u. a. –, S. 16 ff. (n. v.).

²² Vgl. z. B. OVG Bautzen, Beschluss vom 18.6.2001 – NC 2 C 32/00 – veröffentlicht. in juris; einen „Beurlaubungsschwund“ erkennt nach Auskunft von Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Köln 2003, Rn. 271, auch das OVG Koblenz an; nicht beanstandet aber auch nicht gefordert wurde die Berücksichtigung eines „Beurlaubungsschwundes“ vom BVerwG, Urteil vom 13.12.1984 – 7 C 63/83 –, veröffentlicht. in juris.

²³ VG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2006 – 9 C 40/06 u. a. –, S. 25 f. (n. v.); Beschluss vom 29.11.2005 – 9 C 40/05 u. a. –, S. 25 f. (n. v.); Beschluss vom 29.11.2007 – 9 C 21/07 u. a. –, S. 33 f. (n. v.).

III. Fächerspezifische Besonderheiten

Bei einer fächerspezifischen Betrachtung fällt zunächst auf, dass vor allem Verfahren auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes für medizinische Studiengänge, insbesondere Humanmedizin, den weitaus größten Anteil an der Gesamtzahl solcher Verfahren ausmachen. Neben der vermutlich nach wie vor bestehenden Attraktivität des Arztberufs und dem Ansehen, das dieser Beruf in der Bevölkerung seit Jahrzehnten genießt, dürfte dieser Umstand vor allem darauf zurückzuführen sein, dass gerade Studienplätze im medizinischen Bereich für die Hochschulen besonders hohe Kosten verursachen und daher gerade hier eine besonders hohe Anzahl der Bewerber um einen Studienplatz auf ein zunehmend knapper werdendes Studienplatzangebot trifft, so dass Studienplatzwünsche sich hier auch immer weniger erfüllen.

Besonders bemerkenswert ist diesbezüglich, dass das Schleswig-Holsteinische Obergericht es dennoch als gerechtfertigt ansah, dass die Anzahl der im Fach Humanmedizin zur Verfügung stehenden Studienplätze sich weiter dadurch verknappte, dass eine Hochschule die neuen Studiengänge „Molecular life science (Bachelor)“ und „Molecular life science (Master)“ einführt. Das Obergericht sah die Rechtfertigung der damit einhergehenden weiteren Verknappung der Studienplätze im Bereich der vorklinischen Medizin u. a. in der mit der Einführung der neuen Studiengänge einhergehenden Steigerung der wissenschaftlichen Qualität durch engere Verknüpfung von Forschung und den Naturwissenschaften, der Etablierung der Universität auf einem zukunftsreichen Gebiet sowie einer Eröffnung neuer Betätigungsfelder der Absolventen auf dem Arbeitsmarkt.²⁴

Ebenfalls zu erwähnen ist, dass es das Schleswig-Holsteinische Obergericht ebenso wie das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht nicht beanstandete, dass speziell für den klinischen Abschnitt des Studiums die vorhandenen Plätze zunächst mit den Studierenden besetzt werden, die an der Hochschule selbst das vorklinische Studium absolviert haben, da diesen ein durchgängiges Studium durch die Zuteilung eines Studienplatzes garantiert sei. Erst danach müssten Quereinsteiger zum Zuge kommen.²⁵

D. Zusammenfassung/Ausblick

Was ist nach alledem demjenigen zu raten, der den gewünschten Studienplatz nicht erhalten hat und diese Entscheidung gerichtlich überprüfen lassen möchte?

Zunächst muss schnell gehandelt werden, um zu verhindern, dass ein entsprechender Antrag bereits an der Hürde der Zulässigkeit scheitert. Neben dem bei der Hochschule rechtzeitig zu stellenden Antrag auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazitäten²⁶ muss spätestens zwei Wochen nach Vorlesungsbeginn der Antrag nach § 123 VwGO beim Verwaltungsgericht eingegangen sein.

Weiterhin kann überlegt werden, ob neben der Durchführung eines Verfahrens nach § 123 VwGO auch die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens sinnvoll ist. Bislang hat das Verwaltungsgericht zwar in einigen in den letzten Jahren entschiedenen Fällen festgestellt, dass nach summarischer Prüfung die Berechnung der pro Studiengang und Semester zur Verfügung stehenden Studienplätze, mithin die Berechnung der Zulassungszahl, nicht im vollen Umfang rechtsfehlerfrei erschien. Gleichwohl kam das Verwaltungsgericht nach summarischer Prüfung zu der Ansicht, dass eine Korrektur der Fehler nicht zu einem über die festgesetzten Kapazitäten hinausgehenden Studienplatzangebot geführt hätten. Es wäre jedenfalls von grundsätzlichem Interesse, diese Frage und damit die insofern zu betrachtende partielle Rechtmäßigkeit der jeweiligen Landesverordnung über die Zulassungszahlen einmal in einem Hauptsacheverfahren gerichtlich überprüfen zu

Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO konzentrieren. Umso wichtiger wird es daher sein, gerade im Rahmen dieses Verfahrens dezidiert darzulegen, dass entweder

- noch reguläre Kapazitäten vorhanden sind, oder jedenfalls
- die der Festlegung der Zulassungszahl zugrunde liegende Kapazitätsberechnung nach der Kapazitätsverordnung in einem solchen Maße fehlerhaft ist, dass auch bei summarischer Prüfung davon auszugehen ist, dass eine Fehlerkorrektur dazu führt, dass weitere Studienplätze zur Verfügung stehen müssen.

Es ist insofern auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO nicht nur höchste Eile geboten, sondern auch schon mit derselben Sorgfalt, wie es im Hauptsacheverfahren der Fall wäre, darzulegen, dass die Versagung des Studienplatzes rechtswidrig war und insofern ein Anspruch auf einstweilige Zuteilung eines Studienplatzes besteht.

Die Erfolgsaussichten eines solchen Antrags dürften – wie stets – stark von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängen und angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung in Schleswig-Holstein auch nicht übermäßig groß sein. Insbesondere wäre, auch wenn das Gericht zu dem Ergebnis kommen würde, dass weitere Studienplätze in einem Studiengang zur Verfügung stehen müssten, damit noch nicht gesagt, dass der Antragsteller einen dieser Plätze zugewiesen bekommen würde. Zwar geht aus der Rechtsprechung der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit der letzten Jahre nicht hervor, wie das Gericht in einem solchen Fall entscheiden würde. Jedoch wird in anderen Bundesländern in vergleichbaren Fällen dann meist

- ein durch die Universität durchzuführendes Vergabeverfahren, meist ein Losverfahren angeordnet, an dem alle, die dies rechtzeitig beantragt haben, teilnehmen, und nur in Fällen, in denen wenige Kläger klagen und die weiteren Studienplätze für alle erfolgreichen Kläger ausreichen,
- eine direkte Zuteilung eines Studienplatzes durch das Gericht vorgenommen.

Speziell in den medizinischen Fächern wird darüber hinaus eine direkte Zuteilung von Studienplätzen dann vorgenommen, wenn das Gericht eventuell freie Studienplätze nach den Rangziffern der ZVS oder den Auswahlbescheiden der Hochschule (sog. AdH-Bescheide) verteilt.²⁷

Dennoch ist ferner bemerkenswert, dass die Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgerichtsbarkeit offensichtlich bereit ist, sich im Rahmen solcher Verfahren nicht nur an den „nackten Zahlen“ nach den Verordnungen über die Zulassungszahlen und der Kapazitätsverordnung zu orientieren, sondern auch im Verfahren nach § 123 VwGO entgegen früher in der Rechtsprechung vorherrschender Tendenzen²⁸ bereit ist, die Rechtmäßigkeit des Inhalts dieser Verordnungen sehr detailliert zu hinterfragen.²⁹ Dies gilt gerade auch für das Schleswig-Holsteinische Obergericht, das sich z. T. sehr detailliert v. a. mit der Frage der ausreichenden Bemessung des Lehrangebots³⁰ aber auch der Lehnnachfrage³¹ auseinandersetzt. Dass die Rechtsprechung insofern in den letzten Jahren nicht zu dem Ergebnis kam, die Kapazitätsberechnungen für Studienplätze seien in einem Maße fehlerhaft, dass weitere Studienplätze zur Verfügung stehen müssten, heißt jedenfalls nicht zwingend, dass ein solcher Fall zukünftig nicht eintreten kann. In jedem Fall wird es allerdings im Eilverfahren nicht ausreichen, lediglich überschlägig die Voraussetzungen darzulegen, aus denen dem Antragsteller ein Anspruch auf den begehrten Studienplatz zustehen soll.

Da das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO jedenfalls nach der Rechtsprechung der Schleswig-Hol-

²⁴ OVG Schleswig, Beschluss vom 3.5.2007 – 3 NB 117/06 u. a. –, S. 5 (n. v.).

²⁵ OVG Schleswig, Beschluss vom 11.4.2008 – 3 NB 1/08 u. a. – (n. v.); Beschluss vom 11.4.2008 – 3 NB 23/07 u. a. – (n. v.); VG Schleswig, Beschluss vom 6.12.2007 – 9 C 205/07 u. a. – (n. v.).

²⁶ Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Köln 2003, Rn. 312 f.

²⁷ Brehm/Zimmerling, Erfolgreich zum Studienplatz, München 2007, S. 113.

²⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 23.7.1987 – 7 C 10/86 –, Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 34; Urteil vom 13.12.1984 – 7 C 46/83 und 49/83 –, veröffentl. ausschl. in juris; Urteil vom 13.12.1984 – 7 C 39/84 –, NVwZ 1985, S. 576.

²⁹ VG Schleswig, Beschluss vom 29.11.2005 – 9 C 40/05 u. a. –, S. 4 ff. (n. v.); Beschluss vom 14.12.2006 – 9 C 51/06 u. a. –, S. 4 f. (n. v.).

³⁰ OVG Schleswig, Beschluss vom 19.4.2005 – 3 NB 49/05 u. a. – (n. v.); Beschluss vom 15.6.2005 – 3 NB 16/05 u. a. – (n. v.); Beschluss vom 11.5.2005 – 3 NB 82/05 – (n. v.); Beschluss vom 3.5.2007 – 3 NB 2/07 –, S. 4 (n. v.).

³¹ OVG Schleswig, Beschluss vom 12.4.2006 – 1 NB 1/06 u. a. – (n. v.).

lassen. Rechtsschutz gegen die Ablehnung der Zuteilung eines Studienplatzes wird sich gleichwohl weiterhin v. a. auf das

steinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit quasi die Rolle des Hauptsacheverfahrens eingenommen hat und die Gerichte bereit sind, auch komplizierte Fragen der Kapazitätsberechnungen bereits im Eilverfahren vorzunehmen, ist umso mehr geboten, bereits im Verfahren nach § 123 VwGO mit demselben Detaillierungsgrad vorzutragen, wie es in einem Hauptsacheverfahren geschehen würde.

Spannend dürfte in dieser Hinsicht insbesondere auch sein, wie es sich auf die Rechtsprechung zur Zuteilung von Studienplätzen auswirken würde, sollte sich der Landesgesetzgeber entschließen, die Wochenarbeitszeit von Beamten weiter zu erhöhen. Zwar hat dies gemäß § 1 Abs. 2 AZVO keine direkten Auswirkungen auf die Arbeitszeit und das Lehrdeputat von Professoren. Gleichwohl hat das Verwaltungsgericht in einigen Entscheidungen zu verstehen gegeben, dass es einen Zusammenhang zwischen der Wochenarbeitszeit und dem Lehrdeputat von Professoren nicht vollständig verneint. Bei einer weiteren Erhöhung der Wochenarbeitszeiten von Beamten könnte daher u. U. der Fall eintreten, dass auch die Festsetzungen des Lehrdeputats nach § 5 LVVO vom Verwaltungsgericht als erhöhungsbedürftig angesehen werden würde und insofern ein relevanter Fehler bei der Berechnung der Studienplatzkapazitäten angenommen werden würde. Voll-

ständig jeder gerichtlichen Kontrolle entzogen ist nämlich auch die Frage der Festsetzung des Lehrdeputats nicht.³²

Insgesamt kann die Kapazitätsklage damit auch nach der Rechtsprechung der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahren nicht als alleiniges Mittel angesehen werden, einen Studienplatz zu bekommen. Gleichwohl kann man das verwaltungsgerichtliche Verfahren als Ergänzung zur Wartezeit auf einen Studienplatz betrachten. Auch wenn der betreffende Studienplatz vielleicht nicht sofort oder nicht am ersten gewünschten Studienort erstritten werden kann, so kann dies wenigstens in jedem Semester und an verschiedenen Orten neu versucht werden und somit zumindest auf eine Verkürzung der Wartezeit hingearbeitet werden. Angesichts der Tatsache, dass deutsche Studienabsolventen in der Regel ohnehin älter sind als ihre europäischen Konkurrenten, kann auch solches Vorgehen durchaus attraktiv und sinnvoll für einen abgewiesenen Bewerber sein. Denn je eher ein Studium begonnen wird, umso eher kann es auch abgeschlossen und der Weg in den Beruf – und damit zu einem regelmäßigen Gehalt – angetreten werden.

³² Vgl. BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 8.2.1984 – 1 BvR 580/83 u. a. –, BVerfGE 66, S. 155.

Die Länderverfassungen in der unmittelbaren Nachkriegszeit und das Grundgesetz (1949) als Antwort auf Terror, Krieg und Zerstörung

Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts, Lübeck

In den Texten Wolfgang Borcherts können wir es lesen, und auf dieser Tagung¹ ist es immer wieder angesprochen worden: Zerstört waren 1945 nicht nur die Städte und die Verkehrs- und Versorgungsinfrastruktur. Zerstört waren, wenn sie denn noch lebten, die Menschen an Leib und Seele. Zerstört (aber umso heftiger wieder sprießend) war die Kultur. Und ich füge hinzu: Zerstört war insbesondere die Rechtskultur, und es war schwierig, sie wiederherzustellen.² Ganz abgesehen davon, dass die Nationalsozialisten, die doch angeblich so viel auf Recht und Ordnung hielten, sich einen Dreck um Recht und Gesetz scherten. Es herrschte die blanke Willkür. Aber selbst an der von ihnen mühe- und absichtsvoll aufrechterhaltenen Fassade (besser: der Karikatur) eines Rechtsstaats konnte man ablesen, dass es in Richtung Terror, -Krieg und Zerstörung gehen würde und denn ja auch gegangen

ist. Man besehe zum Beispiel nur eine der Sammlungen über die Umgestaltung der Rechtsordnung durch die Nationalsozialisten vom ersten Tag an ab dem 30. Januar 1933.³

Die frühen Landesverfassungen, dargestellt am Beispiel der Bremischen Verfassung von 1947

Den Nachkriegsverfassungen, die im Zuge der Rückübertragung wesentlicher Bereiche der Administrative und Exekutive von den Besatzungsmächten auf die Deutschen standen, stellen sich noch ganz und unmittelbar als eine Reaktion auf die Zeit des Nationalsozialismus dar.

Die Bremische Verfassung ist nach ihrem Art. 155 am 22.10.1947, dem Tag nach ihrer Verkündung, in Kraft getreten. Ich ziehe sie als Beispiel heran, weil sie mir aus meiner Zeit als Richter in Bremen (1974 bis 1991) noch sehr vertraut ist und weil sie in einer Reihe mit im Wesentlichen gleich oder ähnlich lautenden Regelungen in anderen zur selben Zeit entstandenen Landesverfassungen steht.⁴ Die „antifaschistische“ Blickrichtung der Bremischen Verfassung wird schon aus dem Vorspruch (Präambel) deutlich:

„Erschüttert von der Vernichtung, die die autoritäre Regierung der Nationalsozialisten unter Missachtung der persönlichen Freiheit und der Würde des Menschen in der jahrhundertalten Freien Hansestadt Bremen verursacht hat, sind die Bürger dieses Landes willens, eine Ordnung des gesellschaftlichen Lebens zu schaffen, in der die soziale Gerechtigkeit, die Menschlichkeit und der Friede gepflegt werden, in der der wirtschaftlich Schwache

¹ gemeint ist die Tagung „Dann gibt es nur eins! – Von der Notwendigkeit, den Frieden zu gestalten (Konferenz anlässlich des 60. Todestages von Wolfgang Borchert vom 1. bis 3.6.2007 im Bildungszentrum „Clara Sahiberg“ der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) in Berlin-Wannsee). Wie schon die vorangegangenen Tagungen (vgl. zu 2006, Heinrich Heine gewidmet, *meinen Aufsatz* „Freiheit, Recht, Gerechtigkeit – oder: Einigkeit und Recht und Freiheit“, Gedanken eines Juristen, ausgelöst durch den Dichter, Freigeist und Juristen Heinrich Heine, in SHAnz 2007, S. 455 ff) kamen Germanisten, Literaturwissenschaftler, Historiker, Schriftsteller, Lehrer, Studenten, Journalisten, Bildende Künstler ... und der Verfasser als – einziger – Jurist zusammen, um sich, von Leben und Werk Borcherts ausgehend, der Frage von Krieg und Frieden in Geschichte und Gegenwart zu widmen. Die Tagung ist wieder dokumentiert in einem von *Heidi Beutin, Wolfgang Beutin, Heinrich Bleicher-Nagelsmann* und *Holger Malterer* herausgegebenen, 2008 im Verlag Peter Lang/FfM. u. a. erschienenen Band (53) der Reihe Bremer Beiträge zur Literatur- und Ideengeschichte, herausgegeben von *Thomas Metscher* und *Wolfgang Beutin*, der den o. g. Titel der Tagung trägt. Meine Aufgabe war es wieder, den Stellenwert des Rechts darzustellen, zu meiner Freude wieder mit großer Resonanz. M. E. kann der kulturelle Wert solcher interdisziplinärer Veranstaltungen von Fachleuten und Laien gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Mir hat die Tagung wieder Gelegenheit gegeben, Freunde und Verteidiger des demokratischen Verfassungsstaates zu gewinnen. Das Werk Wolfgang Borcherts, über das man in der Tagungsdokumentation viel lernen kann, ist am besten in der bei Rowohlt erschienenen Gesamtausgabe nachzulesen: Das Gesamtwerk, Hamburg 1949.

² vgl. hierzu schon *meinen* Beitrag „Die Zerstörung der Rechtskultur 1933 bis 1945 und die Schwierigkeiten ihrer Wiederherstellung“, in: *Heidi Beutin, Wolfgang Beutin, Ernst Heilmann* (Hrsg.), Es dämmert ein neuer Glaube an Freiheit und Ehre. Der 8. Mai – Beiträge zur politischen Tagung mit Kunstausstellung im Dokumentationszentrum Prora/Rügen (07./08.05.2005), Frankfurt a. M. u. a. (Peter Lang Verlag) 2006; mit leichten Variationen abgedruckt auch SHAnz 2006, S. 149 ff. sowie Heft 1/06 von *leidt* – Mitteilungen der Fachgruppen Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ein ver.di, S. 18 ff.

³ z. B. *Martin Hirsch, Diemut Majer, Jürgen Meinck*, Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus – Ausgewählte Schriften, Gesetze und Gerichtsentscheidungen von 1933 bis 1945, Köln (Bund-Verlag) 1984. Es ist makaber zu sagen: Noch besser als die Lektüre dieser hervorragenden Dokumentation oder des geradezu berühmten Standardwerkes von *Ingo Müller* Furchtbare Juristen, München (Kindler) 1985, ist die Lektüre von *Ernst Rudolf Huber*, das Staatsrecht des Großdeutschen Reiches. Hier kann man den Originalton eines deutschen Juristen lesen, der 1933 als frisch habilitierter Privatdozent zum NS-Professor mutierte, was ihm 1945/49 bei seiner Rückhäutung zum Staatsrechts-Professor in der Nachkriegs-Demokratie und als Exeget des Grundgesetzes verständlicherweise Schwierigkeiten einbrachte ...

⁴ vgl. etwa die Hinweise im Kommentar zur Bremischen Verfassung vor 1947 von *Theodor Spitta*, Bremen (Carl Schönemann Verlag) 1960; Spitta war lange Zeit (zweiter) Bürgermeister und sozusagen der bürgerliche Partner und verfassungsrechtliche Berater Wilhelm Kaisens.

vor Ausbeutung geschützt und allen Arbeitswilligen ein menschenwürdiges Dasein gesichert wird.“

Hervorhebenswerte Artikel der Verfassung, aus denen dies im Einzelnen weiter deutlich wird, sind:⁵

Artikel 1:

„Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sind an die Gebote der Sittlichkeit und Menschlichkeit⁶ gebunden.“

Häufig springt die Verknüpfung von (historisch wieder errungenen) Rechten und Pflichten ins Auge, so z. B. in

Artikel 8:

„Jeder hat die sittliche Pflicht zu arbeiten und ein Recht auf Arbeit. Jeder hat das Recht, seinen Beruf frei zu wählen.“

und

Artikel 9:

„Jeder hat die Pflicht der Treue gegen Volk und Verfassung. Er hat die Pflicht, am öffentlichen Leben Anteil zu nehmen und seine Kräfte zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen. Er ist nach Maßgabe der Gesetze verpflichtet, Ehrenämter anzunehmen.“

Bewundernswert erscheint mir bis heute, insbesondere in seinem ersten Satz

Artikel 12:

„Der Mensch steht höher als Technik und Maschine. Zum Schutz der menschlichen Persönlichkeit und des menschlichen Zusammenlebens kann durch Gesetz die Benutzung wissenschaftlicher Erfindungen und technischer Einrichtungen unter staatliche Aufsicht und Lenkung gestellt sowie beschränkt und untersagt werden.“

Mit der Eigentums- und Wirtschaftsordnung befasst sich

Artikel 13:

„Eigentum verpflichtet gegenüber der Gemeinschaft. Sein Gebrauch darf dem Gemeinwohl nicht zuwiderlaufen. Unter diesen Voraussetzungen werden Eigentum und Erbrecht gewährleistet. Eigentum darf nur zu Zwecken des Gemeinwohls, auf gesetzlicher Grundlage und, vorbehaltlich der Bestimmung des Artikels 44, nur gegen angemessene Entschädigung entzogen werden.“

Er steht, wie der Verweis auf Art. 44 zeigt, in engem Zusammenhang mit dem 3. Abschnitt der Verfassung „Arbeit und Wirtschaft“, so wie der bereits oben zitierte Art. 8 in enger Verbindung mit Art. 37, der lautet:

„Die Arbeit steht unter dem besonderen Schutz des Staates. Jede Arbeit hat den gleichen sittlichen Wert.“

Artikel 19 nimmt vorweg, was ins Grundgesetz erst 1968 – im Zuge der Notstandsgesetze – aufgenommen wurde: ein ausdrückliches Widerstandsrecht:

„Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht“.

Die der Eigentums- und Wirtschaftsordnung weiter gewidmeten Artikel lauten:

Artikel 38:

„Die Wirtschaft hat dem Wohle des ganzen Volkes und der Befriedigung seines Bedarfs zu dienen ...“

Artikel 39:

„Der Staat hat die Pflicht, die Wirtschaft zu fördern, eine sinnvolle Lenkung der Erzeugung, der Verarbeitung und des Warenverkehrs durch Gesetz zu schaffen, jedermann einen gerechten Anteil an dem wirtschaftlichen Ertrag aller Arbeit zu sichern und ihn vor Ausbeutung zu schützen. Im Rahmen der hierdurch gezogenen Grenzen ist die wirtschaftliche Betätigung frei.“

Artikel 41:

„Die Aufrechterhaltung oder Bildung aller die Freiheit des Wettbewerbs beschränkenden privaten Zusammenschlüsse in der

Art von Monopolen, Konzernen, Trusts, Kartellen und Syndikaten ist in der Freien Hansestadt Bremen untersagt. Unternehmen, die solchen Zusammenschlüssen angehören, haben mit Inkrafttreten dieser Verfassung daraus auszuschneiden.

Durch Gesetz können nach gutachtlicher Äußerung der Wirtschaftskammer Ausnahmen zugelassen werden.“

Artikel 42:

„I. Durch Gesetz sind in Gemeineigentum zu überführen:

a) Unternehmen, die den im Artikel 41 bezeichneten Zusammenschlüssen angehört haben und auch nach ihrem Macht innerhalb der deutschen Wirtschaft verkörpern, die die Gefahr eines politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Missbrauchs in sich schließt.

b) Unternehmen, deren Wirtschaftszweck besser in gemeinwirtschaftlicher Form erreicht werden kann

II. Durch Gesetz können in Gemeineigentum überführt werden:

a) Unternehmen, die eine nicht auf eigener technischer Leistung beruhende Monopolstellung innerhalb der deutschen Wirtschaft einnehmen.

b) Die mit öffentlichen Mitteln für Rüstungszwecke geschaffenen Betriebe und die daraus entstandenen neuen Unternehmen.

c) Unternehmen, die volkswirtschaftlich notwendig sind, aber nur durch laufende staatliche Kredite, Subventionen oder Garantien bestehen können.

Unternehmen, die aus eigensüchtigen Beweggründen volkswirtschaftlich notwendige Güter verschwenden oder die sich beharrlich den Grundsätzen der sozialen Wirtschaftsverfassung widersetzen.

III. Ob diese Voraussetzungen vorliegen und welche Unternehmen davon betroffen werden, ist in jedem Falle nach gutachtlicher Äußerung der Wirtschaftskammer durch Gesetz zu bestimmen.“

Artikel 43:

„Die Überführung in Gemeineigentum bedeutet, daß das Eigentum des Unternehmens nach gutachtlicher Äußerung der Wirtschaftskammer und der Finanzdeputation entweder in das Eigentum des Landes Bremen oder nach der Belegenheit in das Eigentum der Stadtgemeinde Bremen oder der Stadtgemeinde Bremerhaven oder in das Eigentum eines besonderen gemeinnützigen Rechtsträgers überführt oder mehreren von ihnen anteilmäßig übertragen wird. Die Verwaltung des in Gemeineigentum überführten Betriebes ist unter Wahrung der im Wirtschaftsleben erforderlichen Entscheidungskraft und selbständigen Betätigung der Leitung so zu gestalten, daß eine höchste Leistungsfähigkeit erzielt wird. Das Nähere regelt das Gesetz.“

Artikel 45:

1. Der Staat übt eine Aufsicht darüber aus, wie der Grundbesitz verteilt ist und wie er genutzt wird. Er hat das Fortbestehen und die Neubildung von übermäßig großem Grundbesitz zu verhindern.

Enteignet werden kann Grundbesitz auf gesetzlicher Grundlage,

a) soweit er eine bestimmte, vom Gesetz vorgeschriebene Größe übersteigt,

b) soweit sein Erwerb zur Befriedigung des Wohnungsbedürfnisses, zur

Förderung der Siedlung und Urbarmachung oder zur Hebung der Landwirtschaft nötig ist.

c) soweit sein Erwerb zur Schaffung lebensnotwendiger Anlagen wirtschaftlicher und sozialer Art erforderlich ist.

3. Eine Umlegung von Grundstücken ist nach näherer gesetzlicher Regelung vorzunehmen,

a) zur Herbeiführung einer besseren wirtschaftlichen Nutzung getrennt liegender landwirtschaftlicher Grundstücke,

b) zur Durchführung einer Stadt- oder Landesplanung, insbesondere auch in kriegszerstörten Gebieten sowie zur Erschließung von Baugelände und zur Herbeiführung einer zweckmäßigen Gestaltung von Baugrundstücken. Durch Gesetz kann vorgeschrieben werden, daß zu öffentlichen Zwecken, insbesondere für Straßen, Plätze, Grün- und Erholungsflächen, Wasserzüge, und ähnliche öffentliche Einrichtungen, Grundflächen der Umlegungsmasse oder Entschädigung in das Eigentum des Staates oder Gemeinde übergehen.

4. Grundbesitz ist der Spekulation zu entziehen, Steigerungen des Bodenwertes, die ohne besonderen Arbeits- oder Kapital-

⁵ Ich benenne im Folgenden solche Artikel, die sich im (späteren) Grundgesetz nicht oder weniger ausgeprägt finden.

⁶ Hervorhebung des Verfassers.

aufwand des Eigentümers entstehen, sind für die Allgemeinheit nutzbar zu machen. Bei Grundbesitz, der landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenwirtschaftlichen Zwecken dient, sind durch Gesetz Maßnahmen zu treffen, daß der Grundbesitz ordnungsmäßig bewirtschaftet wird. Das Gesetz kann vorsehen, daß ein Grundstück, das trotz behördlicher Anmahnung nicht ordnungsmäßig bewirtschaftet wird, von einem Treuhänder verwaltet oder einem anderen zur Nutzung auf Zeit übertragen, in besonderen Fällen auch enteignet wird.“

Neben der grundsätzlichen Koalitionsfreiheit für Arbeitnehmer und Unternehmer (geregelt in Art. 48) und der nochmaligen Konkretisierung des „Rechts auf Arbeit und des Schutzes der menschlichen Arbeitskraft durch den Staat (Art. 49)“ ist aus Art. 47 und 50 zu erkennen, dass und wie in der zukünftigen Wirtschaftsordnung die Beschäftigten durch Mitbestimmung die Unternehmen sozial sollen mitgestalten und kontrollieren können:

Artikel 47:

„Alle Personen in Betrieben und Behörden erhalten gemeinsame Betriebsvertretungen, die in allgemeiner, gleicher, geheimer und unmittelbarer Wahl von den Arbeitnehmern zu wählen sind.

Die Betriebsvertretungen sind dazu berufen, im Benehmen mit den Gewerkschaften gleichberechtigt mit den Unternehmern in wirtschaftlichen, sozialen und personellen Fragen des Betriebes mitzubestimmen.

Das hierfür geltende Recht wird das Gesetz über die Betriebsvertretungen unter Beachtung des Grundsatzes schaffen, daß zentrales Recht Landesrecht bricht. In dem Gesetz sind die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der zuständigen Stellen des Landes und der Gemeinden sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit bei den Behörden und bei den Betrieben, die in öffentlicher Hand sind, zu wahren.“

Artikel 50:

„Für alle Personen in Betrieben und Behörden ist ein neues soziales Arbeitsrecht zu schaffen.

Im Rahmen dieses Arbeitsrechts können Gesamtvereinbarungen nur zwischen den Vereinigungen der Arbeitnehmer und Unternehmer oder ihren Vertretungen abgeschlossen werden. Sie schaffen verbindliches Recht, das grundsätzlich nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abbedungen werden kann.“

Auch in den Vorschriften der Verfassung über die Rechtspflege (5. Abschnitt) tritt die Reaktion auf den Unrechtsstaat des Nationalsozialismus deutlich hervor:

Artikel 134:

„Die Rechtspflege ist nach Reichs- und Landesrecht im Geiste der Menschenrechte und sozialer Gerechtigkeit auszuüben.“

Die Passage „im Geiste der Menschenrechte und sozialer Gerechtigkeit“ wird aufgenommen in Artikel 136:

„Die rechtsgelehrten Mitglieder der Gerichte werden von einem Ausschuß gewählt, der aus drei Mitgliedern des Senats, fünf Mitgliedern der Bürgerschaft und drei Richtern gebildet wird. Das Nähere bestimmt das Gesetz.“⁷

Die rechtsgelehrten Richter werden auf Lebenszeit berufen, wenn sie nach ihrer Persönlichkeit und ihrer bisherigen juristischen Tätigkeit die Gewähr dafür bieten, daß sie ihr Amt im Geiste der Menschenrechte, wie sie in der Verfassung niedergelegt sind, und der sozialen Gerechtigkeit ausüben werden.

Erfüllt ein Richter nach seiner Berufung auf Lebenszeit diese Bedingung nicht, so kann ihn der Staatsgerichtshof auf Antrag der Bürgerschaft oder des Senats seines Amtes für verlustig erklären und zugleich bestimmen, ob er in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen oder zu entlassen ist. Der Antrag kann auch von dem Justizsenator im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuß gestellt werden. Während des Verfahrens ruht die Amtstätigkeit des Richters.“

Eine ganz besondere Verdeutlichung der näher beschriebenen Zielrichtung der Verfassung ist

Artikel 154:

„Zur Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus und zur Beseitigung ihrer Folgen werden wäh-

rend einer Übergangszeit durch Gesetz Rechtsvorschriften erlassen, die von den Bestimmungen der Verfassung abweichen.

Dieser Artikel tritt mit dem 31. Dezember 1948 außer Kraft. Die Bürgerschaft kann diese Frist durch Gesetz verlängern, wenn die Mehrheit ihrer gesetzlichen Mitgliederzahl zustimmt.“

So sehr also die gesamte Verfassung ein Ausdruck der Auseinandersetzung mit der – gelegentlich auch in „Rechts“-Form gekleideten, zumeist aber aus blanker Willkür bestehenden – Terror-„Ordnung“ des Nationalsozialismus ist, so gestattet doch diese Verfassung selbst, bis zum Fristablauf in noch deutlicherer Form und mit klarer Zielordnung – nach wie vor – „zur Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus und zur Beseitigung ihrer Folgen“ anders lautende Rechtsvorschriften zu erlassen. Damit können nur solche gemeint sein, die den Opfern des Nationalsozialismus weitergehenden Schutz gewähren, die die Folgen der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus zu bedenken und zu berücksichtigen versuchen, und die den Trägern und Profiteuren der nationalsozialistischen Herrschaft (noch) nicht die vollen Garantien zuteil werden lassen, die die Verfassung sonst (und nach Ablauf der Übergangszeit auch) ihnen gewährt.

Nachspiel 2007/2008

Die Landesverfassungen aus der unmittelbaren Nachkriegszeit sind, bis auf diejenige Schleswig-Holsteins (dessen Landessatzung den Charakter der Vorläufigkeit trug und das sich erst 1990 eine regelrechte Verfassung gegeben hat) und diejenigen der neuen Länder, die sich nach 1990, nach ihrer Rekonstituierung, moderne rechtsstaatliche Verfassungen gegeben haben) weiter in Kraft.

Im Jubiläumsjahr 2007 konnte man zu ihrem 60-jährigen Bestehen gänzlich Unterschiedliches zur Hessischen Verfassung aus der Feder des Rechtshistorikers Michael Stolleis⁸ und zur Bayerischen Verfassung aus der Feder des Juristen und SZ-Journalisten Heribert Prantl⁹ lesen. Während sich Stolleis mehr oder weniger über die – von ihm so gesehene – Antiquiertheit der Hessischen Landesverfassung lustig machte, indem er etwa auf die Vorschriften zur Überführung der Schlüsselindustrien und anderer Großunternehmen im Gemeineigentum verwies, hob Prantl am Beispiel der Bayerischen Verfassung die Weitsicht der Verfassungsmütter und -väter hervor. Dem kann man, nach erneuter Lektüre dieser „alten“ Verfassungen und insbesondere der bremischen, nur zustimmen, gerade etwa in Bezug auf die Verteilung des Vermögens, die Sicherung der Arbeitsplätze und das Ein- und Auskommen der Arbeitnehmer, unter anderem im Verhältnis zu den Einkünften gerade auch solcher Unternehmer, denen der nachhaltige Erfolg des Unternehmens und die Sicherung der Arbeitsplätze weniger wichtig ist als ihr kurz- und mittelfristiges hohes Einkommen. Im Übrigen enthält die Bayerische Landesverfassung, wie Prantl zutreffend feststellt, auch Vorschriften, die, auch nach heutigen Maßstäben, etwa hinsichtlich des Natur- und Umweltschutzes ganz auf der Höhe der Zeit sind. Und noch eines: Gibt nicht die weltweite Krise der Finanzsysteme Anlass, sich der Weisheit der Landesverfassungen zu erinnern?

Das Grundgesetz von 1949

Das (heute in der Fassung des Einigungsvertrages von 1990 geltende) Grundgesetz (GG) von 1949 ist zum einen eine Fortschreibung der nie in Kraft getretenen Paulskirchenverfassung von 1848 und der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Gleichzeitig übernimmt es Gedanken aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, insbesondere hinsichtlich der Grundrechte und der Prüfungskompetenz des US-amerikanischen Obersten Gerichtshofs (Supreme Court).

Ganz besonders aber ist, wie die Landesverfassungen, das GG eine Antwort auf den Unrechts- und Willkürstaat des NS. Kennzeichnend für die Willkürherrschaft im NS-Staat, insbesondere mit ihrem Nebeneinander der formal aufrechterhaltenen Rechts-

⁸ Der Staat behält sich die sinnvolle Lenkung der Güter vor – Versteinerung der Großen Koalition des Jahres 1946: Die hessische Verfassung gehört ins Museum, FAZ v. 27.10.2006.

⁹ Alles blüht und prahlt und reift – Warum die Bayerische Verfassung viel besser ist als das Grundgesetz, und trotzdem im Leben der Bürger keine Rolle spielt, SZ v. 25./26.11.2006.

⁷ Hervorhebung des Verfassers.

ordnung und des daneben bestehenden blanken Terrorsystems, waren die Missachtung des Gleichheitssatzes bis hin zur Ausgrenzung und millionenfachen Tötung der Juden, die Abschaffung der Grundrechte schon im Frühjahr 1933, die Zurichtung auf die Kriegswirtschaft und Bildung halbstaatlicher oder eng mit dem Staat und der Nazi-Partei verknüpfter Monopole; Tod und Töten waren zentrale Elemente der Staatsdoktrin und der Staatspraxis; der Staat beanspruchte, ob mit der Todesstrafe oder der rigorosen Praktizierung der allgemeinen Wehr- und Dienstpflicht, oder mit dem System der Konzentrations- und Vernichtungslager in absoluter Weise die Herrschaft über Leben und Tod der eigenen Staatsbürger und der unterjochten Völker; effektiven Rechtsschutz und eine geordnete Rechtspflege gab es nur noch als Fassade: SS und Polizei hatten Nebensysteme entwickelt, die Justiz war – um einen typischen NS-Terminus zu gebrauchen – „gleichgeschaltet“.¹⁰

In der politischen Bildung werden bis heute vorrangig die Konsequenzen der neuen Verfassung, des Grundgesetzes also, im staatsorganisatorischen Bereich hervorgehoben: So die Rückbesinnung auf den föderalen Staatsaufbau, die Anerkennung des Verfassungsranges der politischen Parteien, die Einführung des „konstruktiven Misstrauensvotums“ (statt der – lediglich negativen – Abwahl-Kompetenz des Parlaments gegenüber dem Kanzler), die Reduzierung der Macht des Staatspräsidenten. Zu nennen wären im „einfachen Recht“ (also unterhalb der Verfassungsebene) die Einführung der 5%-Klausel zur Verhinderung der Stimmenzersplitterung bei Wahlen sowie die Veränderungen im Beamtenrecht: Nachdem bekanntlich Hitler durch seine Ernennung zum braunschweigischen Regierungsrat im Jahre 1932 als zuvor Staatenloser die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt und auf diese Weise die Voraussetzung für die spätere Wählbarkeit zum Reichskanzler geschaffen hatte, wurde neu eingeführt, dass ein Beamter regelmäßig zuvor die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen muss, also diese nicht durch den Akt der Ernennung zum Beamten erlangt. Dies mag wohl erwogen sein, erscheint jedoch geradezu als der Versuch, sozusagen Hitler nachträglich zu verhindern; ganz abgesehen davon, dass heute die deutschen Beamtengesetze in aller Regel auch andere EU-Staatsangehörige für diese besondere Form des Öffentlichen Dienstes zulassen.

Mir scheint anderes wesentlich wichtiger (Und hier läge für die politische Bildung ein großes Arbeitsfeld): Die Revolution, die kopernikanische Wende, die das Grundgesetz bringt, liegt in der gänzlich neuen „Architektur“, was das Verhältnis Individuum/Staat angeht. Sie liegt folgerichtig in der Aufwertung und Durchsetzbarkeit der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger. Und dies bedeutet eine Aufwertung der Rolle der Justiz und gleichzeitig eine Erhöhung der Anforderungen an die demokratische Substanz der Trägerinnen und Träger der dritten Gewalt. In diesen Zusammenhang gehört die Schaffung des Bundesverfassungsgerichts, das nicht mehr, wie in Weimar, ein bloßer Staatsgerichtshof ist, der also (nur) über Streitigkeiten zwischen den Verfassungsorganen entscheidet, sondern auch (und, wie sich in der Folgezeit herausstellt, vor allem) dem Grundrechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger dient.

Die neue Architektur

Das Grundgesetz stellt, in Umkehrung der Konstruktion früherer Verfassungen und insbesondere der Weimarer Reichsverfassung, schon im äußeren Aufbau das Verhältnis Individuum/Staat vom Kopf auf die Füße: Die Grundrechte der Individuen werden an den Anfang der Verfassung gestellt. Dadurch wird schon deutlich, wer wem zu dienen hat und wer für wen da ist.

Dies wird durch den Absatz Abs. 3 des Art. 1 GG sofort ganz am Anfang des Grundgesetzes verdeutlicht: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ Die Grundrechte sind also nicht mehr, wenn überhaupt, eine beliebige Ab-

wägungsmasse bei der Anwendung anderer Rechtssätze, sondern deren Maßstab, an dem sich also die übrigen Gesetze zu messen haben. Es liegt auf der Hand, dass hier das entscheidende Feld für das Bundesverfassungsgericht liegt, nämlich mit der Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze oder Akte der öffentlichen Gewalt; es muss aber zugleich betont werden, dass damit jedem Gericht die Aufgabe gestellt ist, durch verfassungskonforme Interpretationen der Gesetze die Grundrechte wirksam werden zu lassen und im Einzelfall (nämlich bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit eines entscheidungserheblichen Gesetzes) den Weg der Vorlage zum Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zu beschreiten.

Restauration und kalter Krieg zeichnen sich ab

Ehe ich auf die beschriebenen Neuheiten und positiven Fortentwicklungen eingehe, muss ich jedoch anmerken:

Wir sind nicht mehr im Jahre 1947, wir sind im Jahre 1949, als das Grundgesetz in Kraft tritt. Eine informelle große Koalition hat sich dafür entschieden, die Millionen bekennender Ex-Nazis und der Mitläufer in das neue Staatswesen zu integrieren. Dies mag auch unter dem Eindruck der großen Wahlerfolge der Partei „Gesamtdeutscher Block/Bund der Heimatvertriebenen und Entrechteten“ (GB/BHE) gestanden haben, den weder die an ihre Tradition und ihre Erfolge anknüpfende SPD noch die sich neu formierende CDU, die bald erstaunliche Erfolge sammelte, weiter Terrain gewinnen lassen wollten.

Jedenfalls finden sich im Grundgesetz selbst, in den Art. 131 und 132, deutliche Signale, dass die Nachkriegszeit, dass die Periode der „Entmilitarisierung und Entnazifizierung“ beendet ist. Beide Vorschriften sind sehr verklausuliert abgefasst.¹¹

Inhaltlich besagen diese Vorschriften, dass (Art. 131) nach einer dem Gesetzgeber aufgegebenen, dann alsbald getroffenen Regelung Beamte, Angestellte und andere Angehörige des öffentlichen Dienstes aus der Zeit vor dem 8. Mai 1945 grundsätzlich einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben; hiervon ausgenommen sollten in der Zukunft, insbesondere nach einer Intervention des Bundesverfassungsgerichts, nur exponierte Angehörige etwa der Gestapo oder anderer evident verbrecherisch tätig gewordener Institutionen oder Personengruppen sein. In – so möchte ich sagen – ebenso konsequenter wie zynischer Verbindung hierzu bestimmte Art. 132 der Sache nach, dass Beamte und Richter, die, ohne eine üblicherweise für diese Berufe verlangte Ausbildung zu haben, als unbelastete Personen nach 1945 in ihre Ämter gekommen waren, entlassen werden konnten. Ausgenommen hiervon waren u. a. anerkannte Verfolgte, jedoch wiederum mit der Ausnahme, „sofern nicht ein wichtiger Grund in ihrer Person vorliegt.“ Wie sich dem Wortlaut des Art. 132 (Abs. 4) entnehmen lässt, war hier das Nähere (nicht durch Gesetz, sondern) durch eine bloße Verordnung zu bestimmen, die allerdings der Zustimmung des Bundesrates bedurfte.

¹¹ Art. 131 lautet: „Die Rechtsverhältnisse von Personen einschließlich der Flüchtlinge und Vertriebenen, die am 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienste standen, aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen ausgeschieden sind und bisher nicht oder nicht ihrer früheren Stellung entsprechend verwendet werden, sind durch Bundesgesetz zu regeln. Entsprechendes gilt für Personen einschließlich der Flüchtlinge und Vertriebenen, die 8. Mai 1945 versorgungsberechtigt waren und aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen keine oder keine entsprechende Versorgung mehr erhalten. bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes können vorbehaltlich anderweitiger landesrechtlicher Regelung Rechtsansprüche nicht geltend gemacht werden.“

Der inzwischen infolge Zeitablaufs gegenstandslos gewordene Art. 132 lautet: „(1) Beamte und Richter, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Grundgesetzes auf Lebenszeit angestellt sind, können binnen sechs Monaten nach dem ersten Zusammentritt des Bundestages in den Ruhestand oder Wartestand oder in ein Amt mit niedrigerem Dienstestruktur versetzt werden, wenn ihnen die persönliche oder fachliche Eignung für ihr Amt fehlt. Auf Angestellte, die in einem unkündbaren Dienstverhältnis stehen, findet diese Vorschrift entsprechende Anwendung. Bei Angestellten, deren Dienstverhältnis kündbar ist, können über die tarifmäßige Regelung hinausgehende Kündigungsfristen innerhalb der gleichen Frist aufgehoben werden.“

(2) Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf Angehörige des öffentlichen Dienstes, die von den Vorschriften über die „Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“ nicht betroffen oder die anerkannte Verfolgte des Nationalsozialismus sind, sofern nicht ein wichtiger Grund in ihrer Person vorliegt.

(3) Den Betroffenen steht der Rechtsweg gemäß Artikel 19 Absatz 4 offen.

(4) Das Nähere bestimmt eine Verordnung der Bundesregierung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

¹⁰ Ich folge hier in der Zusammenfassung *meinem* Vortrag/Aufsatz zu Heinrich Heine „Freiheit, Recht, Gerechtigkeit – oder: Einigkeit und Recht und Freiheit“, Gedanken eines Juristen, ausgelöst durch den Dichter, Freigeist und Juristen Heinrich Heine, in: *Heidi Beutin/Wolfgang Beutin/Holger Malterer* (Hrsg.), „Wenn wir es dahin bringen, dass die große Menge die Gegenwart versteht ...“ – zum 150. Todestag von Heinrich Heine, Beiträge einer Tagung in Berlin vom 17. März bis 19. März 2006, Bremer Beiträge zur Literatur- und Ideengeschichte Band 49, Berlin u. a. (Peter Lang Verlag) 2007, S. 63 ff., auch abgedruckt in: *SHAnz* 2007, S. 455 ff., s. o. (Fn. 1)

Plastischer ließ sich die „Wende“-Situation nicht ausdrücken: Die Nazis dürfen wieder in den öffentlichen Dienst kommen, die Antifaschisten als Helfer der ersten Stunde dürfen gehen.

Die Stärkung und Durchsetzbarkeit der Grundrechte

Trotzdem: Das Grundgesetz erhält im Großen und Ganzen den Geist des Neuanfangs aufrecht.

Generell lässt sich sagen, dass die klassischen Grundrechte präzisiert im Grundgesetz benannt sind, wie die Glaubensfreiheit (Art. 4), die Meinungs-, Presse-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5), die Versammlungsfreiheit (Art. 8), die Vereinigungs- und (insbesondere gewerkschaftliche) Koalitionsfreiheit (Art. 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10) ebenso wie die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13). Daneben finden sich völlig neue Grundrechte wie Art. 4 Abs. 3 „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden“ und Art. 16 „Politisch verfolgte genießen Asylrecht“. Zum Letzteren ist allerdings zu sagen, dass wir dieses, wie Carlo Schmid sagte, generöse Grundrecht, das gewissermaßen einen mit Verfassungsrang versehenen Dank an die rettende Bereitschaft anderer Staaten gegenüber deutschen Emigranten zwischen 1933 und 1945 war, so nur bis 1993 im Grundgesetz hatten. Heute leitet derselbe Text zwar den Art. 16 a GG als dessen Abs. 1 ein, die Norm enthält dann aber ein bürokratisch abgefasstes, mehr an Verwaltungsrecht erinnerndes „Asylverhinderungsrecht“ im Rahmen der europäischen Einwanderungs-(besser: Einwanderungsabwehr) Politik.

Im Folgenden sollen nun – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – einige (nach wie vor gültige) Artikel des Grundgesetzes in den Blick genommen werden, die die Auseinandersetzung mit der Zeit des Nationalsozialismus besonders deutlich werden lassen. Auch hierbei soll der Blick bis in die Gegenwart ihrer Anwendung und Auslegung gehen. Denn es wäre sehr verfehlt, die bloße Existenz einer absichtsvoll und gut formulierten Norm schon für deren Anwendungswirklichkeit zu halten.

Die einleitenden und grundlegenden Art. 1 und 2 GG haben sich, insbesondere in Kombination, besonders bewährt. Art. 1 bestimmt in seinen ersten beiden Absätzen:

- „(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.
- (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

Art. 2 lautet:

- (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
- (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

Nicht nur werden diese Grundrechte, jedes für sich genommen und insbesondere als „Auffanggrundrechte“, respektiert und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt. Insbesondere hat das Bundesverfassungsgericht aus beiden zusammen, als Reaktion auf die sich aus Datenverarbeitung und anderen Informationstechnologien ergebenden Herausforderungen, das „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ konstruiert. Damit wird den Bedrohungen der Persönlichkeitssphäre, der Individualität und der Menschenwürde im „elektronischen Zeitalter“ Rechnung getragen.¹²

Bedeutung hat diese Rechtsprechung auch in der unsäglichen, nach dem Entführungsfalls Metzler 2003 in Frankfurt entbrannten „Folterdebatte“ und in der Diskussion über neue Entwürfe eines (bereits einmal vor dem Bundesverfassungsgericht gescheiterten) Luftsicherheitsgesetzes. Dass es hierzu, in Verteidigung der Positionen aus der Nachkriegszeit und auch des Grundgesetzes selbst wie damals 1949 eine Koalition der aufgeklärten de-

mokratischen Konservativen, der liberalen Mitte und der Linken (im weitesten Sinne, also SPD und Grüne eingeschlossen, nicht nur die Partei „Die Linke“) gibt, hat kürzlich in – für mich – unerwarteter Weise der (von der CDU benannte) Richter des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts Udo Di Fabio bewiesen, der in seiner „Berliner Rede“ vor der Bundesakademie für Sicherheitspolitik unter der Überschrift „Sicherheit und Freiheit; Die verfassungsrechtlichen Grenzen innerer und äußerer Sicherheit“ u. a. gesagt hat:

„Man sollte nicht den Versuch unternehmen, das Recht in einen Ausnahmezustand hinein zu veralltäglichen oder vom Ausnahmezustand her konzeptionell zu denken. Es wird vielleicht auch deshalb einigermaßen unbefangen vom Feindstrafrecht geredet, als ginge es um Kriegsrecht, weil von Frieden durch die vielen latenten Bedrohungen nicht mehr gesprochen werden könne. Diese nicht zufällig an den scharfsinnigen Geistesverwirrer Carl Schmitt erinnernde Terminologie will sich nicht mit den Grenzen des Rechts abfinden und auch noch den Grenzfall und vom Grenzfall aus konsistent dogmatisieren, freilich um den Preis einer verformten Dogmatik. Man kann mit Blick auf die Extremlage den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht beliebig verschieben, nach dem Motto, die Sicherung des Landfriedens und des Lebensschutzes soll „falls möglich mit milden Mitteln, aber zur Not-Wende auch mit härteren, geeigneten und erforderlichen Mitteln“ (Brugger) bis hin dann womöglich zu absolut unerlaubten Mitteln erfolgen dürfen. Eine Gesellschaft sollte sich nicht hysterisch in eine „Not-Wende-Zeit“ hineinreden, in der jedes Mittel recht scheint, um zu überleben. Wer heute so katastrophensfixiert formuliert, könnte morgen eine solche Wirklichkeitswahrnehmung herbeigeredet haben.

Wer mehr Sicherheit in Freiheit will, sollte den Pragmatismus mehr lieben als das intellektuelle Spiel mit dem Grenzfall. Auch das Recht der inneren und äußeren Sicherheit ist nicht sakrosankt für sachliche Anpassungen und die Klarstellung der Kompetenzen. Wer jede neue Sicherheitsmaßnahme als Weg in den Überwachungstotalitarismus brandmarkt¹³, überzieht und verliert Glaubwürdigkeit. Wer aber die vielleicht schwindende pragmatische Alltagsvernunft durch den harten Lehrmeister des gesetzlosen Ausnahmezustandes und die Reanimation des verkündeten Opfertodes zu ersetzen gedenkt, setzt – wenn gleich vielleicht in bester Absicht – doch das zivilisatorische Niveau des Westens aufs Spiel. Zwischen diesen beiden ins Abseitige führenden Pfaden müssen pragmatische Politik und das Verfassungsrecht steuern, den Einzelfall wägen und die Prinzipien rechtsstaatlicher Freiheit und völkerrechtlicher Friedensordnung achten.“¹⁴

Der Gleichheitssatz hat in Art. 3 GG von Anfang an in Abs. 2 seine legendäre, auf Elisabeth Selbert zurückgehende Fassung „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ gefunden. In der heutigen Fassung folgt hierauf die Formulierung der Pflicht des Staates, die tatsächliche Gleichstellung zu fördern.

Insbesondere aber sind in Abs. 1 („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“) und Abs. 3 („Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“; heute gefolgt noch von der Ergänzung „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“) die klaren gesetzlichen Voraussetzungen mit Verfassungsrang geschaffen, einer Diskriminierung jedenfalls von staatlicher Seite mit allen erdenklichen Mitteln vorzubeugen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) tut jetzt ein Übriges.

Auch hier wissen wir natürlich, insbesondere im Angesicht des Wiedererstarkens rechtsradikaler und neonazistischer Kräfte, dass die Norm nicht immer die Wirklichkeit ist.

Aber die Antwort der Mütter und Väter des Grundgesetzes auf die Diskriminierung der Juden nicht erst durch die Nürnberger Gesetze vom September 1935, sondern schon mit dem lügnerisch genannten Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von Anfang April 1933, auf die Pogrome vom 9. 11. 1938 und auf

¹² BVerfGE 65, S. 1 ff. („Volkszählung“); neuerdings auch BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2008 (1 BvR 370/07 u.a.) („PC-Grundrecht“) und *Winfried Hassemer*, SZ v. 11.06.2008.

¹³ Hier wird *Di Fabio* m. E. gegenüber einigen – von ihm im Übrigen nicht benannten – Kritikern des „Sicherheitsstaates“ unangemessen polemisch.

¹⁴ *Die Welt* v. 12. 11. 2007.

Auschwitz ist eine eindeutige und ernsthafte, so wie es Gustav Radbruch schon 1946¹⁵ beschrieben hat.

Gänzlich neu für die deutsche Verfassungsgeschichte findet sich in Art. 4 Abs. 3 GG das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung: „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.“ Niemand soll mehr von Staats wegen gezwungen werden, andere als Soldat zu töten und sich töten zu lassen. Freilich ist in Verbindung hiermit in Art. 12 a GG der Zivildienst angeordnet worden.

So sehr man in Art. 4 Abs. 3 GG das Borchertsche „Nein!“ und das allgemein politische „Nie wieder!“ der Nachkriegszeit erkennen kann, so muss doch gesagt werden, dass die frühe Einführung eines Rechts auf Kriegsdienstverweigerung im Jahre 1949 auch schon ein Reflex der sich abzeichnenden deutschen Wiederbewaffnung ist, die dann endgültig 1955 kam. Der aus dem Jahre 1956 stammende heutige Art. 87 a GG sagt es in seinem Absatz 1: „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf ...“

Dass unter „Verteidigung“ einmal verstanden werden würde, diese könne auch am Hindukusch stattfinden, hat sich gewiss 1949 und auch 1955/56 niemand träumen lassen.

Wenn in Art. 5 Abs. 3 GG es wieder heißt „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“, so möchte ich an dieser Stelle hinsichtlich der Kunst nur daran erinnern, dass die Freiheit der Kunst in der Zeit von 1933 bis 1945 alles andere als gegeben war. Jegliches künstlerisches Leben war in der Zwangs- und Zulassungsinstitution „Reichskulturkammer“ organisiert. Die Abschaffung dieser Zwangsorganisation entsprach dem freien Hauch, der durch sämtliche Künste in der Nachkriegszeit ging und der sich u. a. in der Schaffung solcher Einrichtungen wie der documenta in Kassel seit den 50er Jahren niederschlug.

Art. 6 GG, der in den Gesetzessammlungen die (nichtamtliche) Überschrift „Ehe, Familie, nichteheliche Kinder“ trägt, mag vielleicht auf den ersten Blick, im Verhältnis zu anderen, „spektakulären“ Normen des Grundgesetzes unscheinbar sein. Er ist aber von vielfältiger und großer Bedeutung. Nach seinem Abs. 5 sind „den unehelichen Kindern ... durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“. Der Gesetzgeber ist dem immerhin seit 1969 Schritt für Schritt nachgekommen.

Hier will ich aber insbesondere die Absätze 2 und 3 hervorheben, weil sie, wie im Übrigen der gesamte Art. 7 GG, der das Schulwesen regelt, eine ausgesprochene Reaktion auf das Bestreben der NS-Machthaber sind, das elterliche Erziehungsrecht einzuschränken, an den Rand zu drängen, ein solches für sich zu beanspruchen und schon die Kinder für die Staatsräson in Pflicht zu nehmen.

Die gesamte NS-Schul- und Erziehungspolitik war antiplural und im Sinne der Staatsdoktrin vereinnahmend, bis hin zur Instrumentalisierung der Kinder zur Bespitzelung ihrer Eltern. Deswegen heißt es jetzt in Art. 6 Abs. 2: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Und nur vor- und fürsorglich heißt es dann weiter: „Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“

Und Abs. 3 bestimmt: „Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.“ Mögen wir in jüngster Zeit auch dramatische Beispiele eines (zu) späten Eingreifens der staatlichen Instanzen, also insbesondere des Jugendamtes, erlebt waren (Fall Kevin in Bremen), so können diese Bestimmungen mit ihrer die Rechte der Individuen und damit die gesellschaftliche Pluralität stärkenden Substanz nicht genügend unterstrichen und gelobt werden. Sie liegen der täglichen guten Praxis der Familiengerichte zugrunde.

Wie das Gegenbild, die uniforme und uniformisierte Jugend nämlich, ausgesehen hat, lässt sich zum Beispiel bei Erika Mann¹⁶ und Arno Klönne¹⁷ nachlesen.

Wie oben schon angedeutet, regelt Art. 7 GG das Verhältnis von Staat und freien Schulträgern auf dem Gebiet des Schulwesens. Hier ist, wohl auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes und insbesondere der Chancengleichheit zu Recht, in Abs. 1 bestimmt: „Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates.“ Die staatlichen Schulen sind die Regel. Sodann wird aber vor allem in Art. 4 „das Recht zur Errichtung von privaten Schulen ... gewährleistet“ und dort und in Abs. 5 die Genehmigung bzw. Zulassung im Einzelnen und im Verhältnis zum staatlichen Schulwesen und zur staatlichen Schulaufsicht geregelt.

Auch wenn es gelegentlich wegen einzelner „freier“ oder weltanschaulich oder religiös gebundener Schulen Streit im Detail gibt (der gelegentlich ein Streit um die finanziellen Zuwendungen des Staates ist), lässt sich doch sagen, dass, bei Wahrung der Ordnungsfunktion des Staates Pluralität und Innovation ermöglicht sind.

Von der Ausführlichkeit, mit der in frühen Landesverfassungen die Frage der Eigentumsordnung neu durchdacht und gestaltet wurde, findet sich im Grundgesetz noch die Substanz, die Regelungen gehen aber nicht mehr so stark ins Detail; man könnte auch sagen: sie sind nicht mehr so konkret, wohl weil auch damals schon Entflechtung, Verstaatlichung und Mitbestimmung nur noch in Richtung bestimmter Bereiche der Wirtschaft (insbesondere für die Montanindustrie) gedacht wurden, nicht mehr aber insgesamt. Aber immerhin sagt Art. 14 GG (bevor in Abs. 3 die Frage einer eventuellen Entschädigung geregelt wird):

„(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Und Art. 15:

„Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeinschaftseigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden ...“

In der Frühzeit der Bundesrepublik und in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war, schon wegen der Existenz dieser Vorschriften, als gesichert angesehen, dass das Grundgesetz sich nicht auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung festgelegt habe. Hier wird man nicht nur wegen des innerstaatlichen gesellschaftlichen Mainstream und des globalen Trends einer sich die Setzung der Maßstäbe anmaßenden Wirtschaft („Globalisierung im landläufigen Sinne), sondern auch wegen einiger Vorschriften des deutsch-deutschen Einigungsvertrages von 1990 und des europäischen Gemeinschaftsrechts sagen müssen, dass (auch) normativ die Gemeinwirtschaft auf dem Rückzug und die unendliche Liberalisierung auf dem Vormarsch sind. Kräfte der unendlichen Liberalisierung auf dem Rückzug und die Kräfte der unendlichen Liberalisierung auf dem Vormarsch sind, um es ausnahmsweise einmal militärisch auszudrücken.

Justizgrundrechte und Unabhängigkeit der Justiz

Zu den in ausgesprochener Reaktion auf das NS-Regime entstandenen Grundrechten gehört auch Art. 19 Abs. 4 (die Rechtsweggarantie): „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen“, ebenso Art. 20 Abs. 3 (das Rechtsstaatsprinzip) „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“.

Darüber hinaus finden sich in den Artikeln 101 ff. weitere Grundrechte der Bürger, die sich an die Adresse der Justiz

¹⁵ in der Süddeutschen Juristenzeitung, Heft 1, S. 105 ff.: Es sollte nie wieder Gesetze (und schon gar nicht ein Handeln hiernach) geben, „die Menschen als Untermenschen behandeln und ihnen die Menschenrechte versagen.“; hier zitiert nach dem von *Winfried Hassemer* herausgegebenen Band 3 der Radbruch-Gesamtausgabe, Heidelberg (C. F. Müller) 1990, S. 83 ff.

¹⁶ Zehn Millionen Kinder – Die Erziehung im Dritten Reich, München (edition Spangenberg im Ellermann Verlag) 1986; Erstausgabe 1938 unter dem Titel „School for Barbarians. Education under the Nazis“ im Verlag Modern Age Books, New York, erschienen; auf deutsch im selben Jahr im Querido Verlag N. V., Amsterdam.

¹⁷ Jugend im Dritten Reich – die Hitler-Jugend und ihre Gegner, Köln (Eugen Diederichs Verlag) 1982; vom Auto überarbeitete Taschenbuchausgabe München (dtv) 1990. S. auch die autobiografische Studie „Als Pimpf in Polen“ von Jost Hermand, Frankfurt am Main (Fischer Taschenbuch Verlag) 1993, in der er die „Kinderlandverschickung 1940 bis 1945“ schildert.

richten: Art. 101 enthält das Verbot von Ausnahmerichtern und sagt weiter „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“ Dieser Satz hat große Auswirkungen auf die manipulationsfreie Besetzung der Gerichte im Einzelfall und findet im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in den §§ 21 a ff. und im Revisionsrecht aller Gerichtsbarkeiten ihren Niederschlag.

Art. 102 GG sagt, nach der exzessiven Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe von 1933 bis 1945 eindeutig: „Die Todesstrafe ist abgeschafft.“ Art. 103 GG regelt den wichtigen Grundsatz (Abs. 1) „Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.“; das klassische *audiatur et altera pars* als grundrechtlich gesicherter Anspruch.

Die Absätze 2 und 3 regeln wichtige strafrechtliche Grundsätze: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ (strafrechtliches Bestimmtheitsgebot) und „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“ (Verbot der Doppelbestrafung).

Schließlich regelt Art. 104 – auch insoweit eine Fortführung klassischer rechtsstaatlicher Grundsätze, in diesem Fall mit britischer Tradition – die *habeas-corpus*-Rechte, also Fragen der Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung und Garantie richterlicher Entscheidung hierüber. Darüber hinaus ist in Abs. 1 Satz 2 normiert: „Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden.“. Hieraus zieht die Strafprozessordnung (StPO) direkte Konsequenzen in ihrem § 136 a.

Was die Rechtspflege als Ganzes angeht, hat das Grundgesetz nicht nur traditionelle Bestimmungen aus früheren Verfassungen aufgenommen, insbesondere in Art. 97 Abs. 1 GG: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.“. Art. 92 GG bringt zusätzlich eine neue Konzeption von Justiz, indem er lautet: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut.“ Dazu wird ein für Deutschland völlig neues System der Wahl der Bundesrichter und der Richter des Bundesverfassungsgerichts angeordnet. Aus allem ergibt sich, dass nach dem erklärten Willen der Verfassungsgeber das Richteramt konkreten Personen und nicht etwa Institutionen anvertraut ist. Das bedeutet: Die Richterinnen und Richter sollen, in ihrer Unabhängigkeit geschützt, aber in persönlicher Verantwortung, ihr Amt wahrnehmen. Nun ist mit aller Deutlichkeit geklärt, dass die Richterinnen und Richter, obwohl zugleich Teil der Staatsgewalt, in ihrer Gesamtheit die unabhängige dritte Gewalt bilden, die in jeglicher Hinsicht von der Exekutive getrennt ist und sich im Status nicht mehr an den Beamten orientiert. Von der Justizverwaltung kann man das allerdings noch nicht sagen. Sie hat, mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts, nach wie vor den Justizminister an ihrer Spitze, also ein Mitglied der Exekutive¹⁸.

Sozusagen den Schlussstein in dem hohen Gewölbe des Rechtsstaats bildet konsequenterweise das Bundesverfassungsgericht. Dies hat sich, ungeachtet auch einiger unter demokratisch-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kritikabler Entscheidungen, insgesamt als der große rechtsstaatlich-demokratische Lehrmeister der Juristen in der Bundesrepublik bei der Interpretation der neuen Verfassung, des Grundgesetzes erwiesen. Die Anfänge waren mühsam (etwa bei der gesetzlichen Verankerung und praktischen Umsetzung der rechtlichen Gleichstellung zwischen Mann und Frau), aber insgesamt ist das Grundgesetz mit seiner neuen Rangordnung „Bürgerrechte vor Staatsräson“ allmählich zum selbstverständlichen vorrangigen „Handwerkszeug“ aller Juristinnen und Juristen geworden. Allerdings hat es zur Umsetzung in die tägliche Rechtswirklichkeit ein bis zwei Generationen gedauert. Bei der Vermittlung des grundrechtsorientierten Denkens spielt das bereits eingangs beschriebene Vorlageverfahren zum Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG eine große Rolle.

¹⁸ Vgl. zur „Justiz in Deutschland“ meine Einführung vor Art. 92 GG in: Dieter Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), GG („Mitarbeiterkommentar“), Heidelberg (C. F. Müller) 2002. Zur zukünftigen (Selbst-)verwaltung der Justiz (auch) in Deutschland wird demnächst (November 2008) auf Initiative des Frankfurter Strafrechlers Peter Alexis Albrecht und aller drei allgemeinen deutschen Richterorganisationen (Deutscher Richterbund, Neue Richtervereinigung, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in ver.di) und ihrer europäischen Dachorganisationen (Europäischer Richterbund und MEDEL – Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés, Europäische Richter für Demokratie und Grundrechte → ein Kongress in Frankfurt mit europäischer Beteiligung stattfinden. S. neuerdings auch die Initiativen des Hamburger Justizsenators Steffen und des schleswig-holsteinischen Justizministers Döring („Justiz 2010“).

Internationalisierung, Europäisierung und Globalisierung des Rechts

Das Grundgesetz ist bereits in seiner Substanz von 1949, auch dies eine Reaktion auf Terror, Krieg und Zerstörung zwischen 1933 und 1945, auf internationale Dimensionen hin angelegt.

In dem bereits zitierten Art. 1 Abs. 2 ist das Bekenntnis des deutschen Volkes zu den „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ benannt.

Art. 24 Abs. 1 gibt dem Bund das Recht, „durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen“. Dies ist in besonderer Weise durch Art. 23 GG heutiger Fassung von 1992 geschehen, der den alten, auf die Vereinigung der deutschen Teilstaaten gerichteten Artikel mit gleicher Ordnungsnummer ersetzt hat und der sich mit der Verwirklichung eines vereinten Europas befasst.

Ganz generell sind nach Art. 25 GG „die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes ... Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

Abs. 2 des bereits zitierten Art. 24 GG gibt dem Bund das Recht, „sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.“ Dies wird insbesondere in der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland in den Vereinten Nationen deutlich.

In diesem Zusammenhang verdient auch noch Art. 26 GG benannt zu werden, nach dessen Abs. 1 „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, ... verfassungswidrig“ und „unter Strafe zu stellen“ (sind).

Aus allem werden die Gebote der Friedensstaatlichkeit und einer grundsätzlich nicht an Gewalt orientierten Politik deutlich. Ob und wie allerdings Art. 56 Abs. 1 GG justiziabel ist, dafür ist zurzeit die Nagelprobe der durch den deutschen Rechtsanwalt Wolfgang Kaleck für eine Gruppe amerikanischer Bürgerrechtler betriebene Versuch, die Bundesanwaltschaft zur strafrechtlichen Verfolgung des US-amerikanischen Verteidigungsministers Rumsfeld zu veranlassen.

In den Zusammenhang der Internationalisierung, der Europäisierung und der Globalisierung gehört noch zweierlei:

Zum einen die Unterwerfung der Bundesrepublik Deutschland unter die Jurisdiktion Internationaler Gerichtshöfe und/oder die Mitwirkung an solchen; sei es in der traditionellen Form des Internationalen Gerichtshofes in den Haag, sei es in der „modernen Form“ der, in Fortführung der Nürnberger Prinzipien errichteten Internationalen Gerichtshöfe: Dies sind u. a. der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und der Internationale Strafgerichtshof nach dem Vertrag von Rom, beide ebenfalls in den Haag.

Zum Zweiten: Das Bundesverfassungsgericht steht inzwischen in einer (vom Bundes(verfassungs)gesetzgeber gewollten) Konkurrenz zu zwei weiteren Gerichtshöfen, deren Entscheidungen ebenfalls Auswirkungen für die rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und zum Teil für einzelne Staatsbürger mit ihren Grundrechten haben. Es sind dies der Europäische Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg. Die Rechtsprechung aller drei Gerichte bildet inzwischen ein System gegenseitiger Balance und Kontrolle, das insgesamt zum Fortschritt der Grundrechte (auch) in Deutschland beiträgt. Dazu muss angemerkt werden, dass – im Gegensatz zu Staaten, die keinen direkten Grundrechtsschutz durch Verfassungsgerichte im eigenen Land haben – der Grundrechtsschutz in Deutschland ohnehin durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die daran orientierte Rechtsprechung der übrigen Gerichte äußerst ausgebaut ist.

Schlussbemerkung

Wir haben gesehen, auch auf dem Gebiet des Rechts, von dem immerhin Heinrich Böll gesagt hat, er halte es „fast für die wichtigste Errungenschaft der menschlichen Kultur“¹⁹, hat es in Gestalt der Landesverfassungen und dann des Grundgesetzes absichtsvolle und deutliche Reaktionen auf die „Zerstörung der Rechtskultur“ 1933 bis 1945 gegeben. Man mag (und ich meine: man sollte) die Rolle des Rechts bei der Herstellung menschenwürdiger Zustände und einer blühenden Kultur durchaus nicht überschätzen. Man sollte sie aber auch nicht unterschätzen. Immerhin gibt das Recht den Rahmen, es gibt Schutz und Hilfe für die Schaffung einer menschenwürdigen, dem einzelnen seine Entfaltung ermöglichenden Gesellschaft. So dient der „Kampf um Verfassungspositionen“ (Jürgen Seifert) dem Setzen von Marken, dem Sichern oder der Wiedererlangung einmal erreichter oder auch neuer Standards. In welcher Verfassung sich aber ein Gemeinwesen wirklich befindet, das bestimmt sich nicht nach den Buchstaben von Verfassung, Gesetz und Recht. Das

¹⁹ Im Interview vom 2.9.1983 mit Rudolf Gerhardt, in: *Hans-Ernst Böttcher* (Hrsg.) *Recht Justiz Kritik*, Festschrift für Richard Schmid, Baden-Baden (Nomos) 1985, S. 183 ff.

entscheidet sich im politischen Kampf, in den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen. Wie haben es noch einmal, am Schluss einer rechtspolitischen Bildungsveranstaltung der Deutschen Postgewerkschaft und der (damaligen) übrigen Gewerkschaften des Öffentlichen Dienstes in Rheinland-Pfalz in den achtziger Jahren des verflossenen Jahrhunderts, bei der ich referiert hatte und bei der es um die Geltung und Durchsetzung der Grundrechte im Bereich des Öffentlichen Dienstes und vor allem um die Schaffung eines demokratie-adäquaten einheitlichen Rechtes des Öffentlichen Dienstes ging, die Veranstalter in der Zusammenfassung der Ergebnisse so treffend (wie doppeldeutig) gesagt: „Beamte müssen ihre Rechte wahrnehmen, sonst verkümmern sie.“

Das heißt für unsere Frage, wie man nach einer Zeit der Verabschiedung einer Nation aus dem Kreis der zivilisierten Völker zu einem dauerhaft gesicherten, wie man heute sagt, nachhaltigen Wiederaufbau einer demokratischen Rechtskultur gelangt und diese dann erhält: „Die Bürger müssen ihre Rechte wahrnehmen, sonst verkümmern sie.“

Und demokratische Richterinnen und Richter braucht man auch dazu.

Dr. jur. Martin Meyer (1878–1966): Dramatisches Leben eines Lübecker Juristen und Zionisten*

Dr. phil. Peter Guttkuhn, Historiker, Lübeck

„Martin konnte sehr gut lernen“, schrieb Mutter Johanna Meyer in den Familien-Erinnerungen, die sie im Dezember 1913 aufzuzeichnen begann, „aber seine Flüchtigkeit verhinderte oft den Erfolg, und er blieb mehrere Male in der Schule sitzen. Da wir nun schon zwei Söhne im Geschäft hatten – Iwan und Otto –, wünschten wir, dass Martin wenigstens sein Abiturium machen sollte, um sich dann einem ihm zusagenden Beruf zu widmen. Es wäre uns recht gewesen, wenn er Kaufmann geworden wäre, doch entschied er sich für das juristische Studium und studierte in Heidelberg, Berlin und Kiel“.

Martin Meyer wurde am 23. März 1878 in Lübeck als viertes Kind des Kaufmanns Hermann Meyer (1842–1914) und seiner Ehefrau Johanna geb. Jüdel (1847–1924) geboren. Der tatkräftige und erfolgreiche Vater war von 1874 bis zu seinem Tod ehrenamtlicher Vorsitzender des Vorstands der neo-orthodoxen jüdischen Einheitsgemeinde Lübeck. Die Mutter gründete 1877 den „Israelitischen Frauenverein zu Lübeck“, der sich im sozialen Bereich betätigte und den sie bis zu ihrem Tod führte.

Martin Meyer war Ostern 1884 in die Vorschule des staatlichen Lübecker Katharineums aufgenommen worden, in eine Klasse zusammen mit zwei gleichaltrigen jüdischen Jungen: Erich Mühsam und Leopold Jacobsohn, seinem Freund und späteren Sozios. Der Ordinarius Lichtwark, der 42 Schüler zu betreuen hatte, wurde von den lebhaften Burschen stets stark gefordert. Am 11. März 1898 bestand Meyer die Reifeprüfung, nachdem er zuvor schon die Berechtigung zum einjährig-freiwilligen Militärdienst erworben hatte.

Der Lübecker Senat beschloss am 30. März 1901 seine Zulassung zur ersten juristischen Prüfung am Königlich Preussischen Oberlandesgericht in Kiel, die er freilich nicht bestand. Nach erfolgreicher Wiederholung am 20. Oktober 1902 wurde Meyer am 1. November in Lübeck zum Referendar ernannt und begann seinen Vorbereitungsdienst, den er vier Jahre später durch Ablegung der zweiten juristischen Prüfung in Hamburg abschloss. Daraufhin wurde er am 10. November 1906 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.

Gleichzeitig wünschte er – und das war seinerzeit in Lübeck durchaus gängige Praxis – vom Senat zum Notar berufen zu werden. Doch der Präsident des Landgerichts der freien und

Hansestadt Lübeck und des Großherzoglich Oldenburgischen Fürstentums Lübeck, Karl Hoppenstedt, lehnte ab. Am 19. November 1906 schrieb er an den Senat: „Meyer ist nach den meisten seiner Zeugnisse nur mäßig begabt und ein flüchtiger, oberflächlicher Arbeiter, daher für das Amt eines Notars nicht qualifiziert“. Nun begann ein nahezu fünfjähriges Ringen um das Notariat.

Der Lübecker Landgerichts-Präsident Hoppenstedt (1834–1910), Mitglied der Ortsgruppe Lübeck des Alldeutschen Verbandes, lag mit seiner Zurückweisung Meyers auf der Linie der Diskriminierung von Juden, wie man sie in Preußen verfolgte. Dort hatte der Staats- und Justizminister Karl Heinrich von Schönstedt (1833–1924) in einer Landtagsdebatte 1901 erklärt: „Ich kann bei der Ernennung der Notare jüdische Rechtsanwälte nicht ebenso wie christliche behandeln, da weiteste Kreise der Bevölkerung nicht gewillt sind, ihre Angelegenheiten von jüdischen Notaren erledigen zu lassen“.

Aufgrund weiterer jeweils negativer Gutachten des Landgerichtspräsidenten – 1907 und 1909 – lehnte der Senat Meyers Ansuchen ab. Dann starb 1910 der Präsident, und der Nachfolger Dr. Richard Oemler (1861–1941) führte in seinem Gutachten vom 27. Januar 1911 aus, dass in Lübeck überhaupt kein Bedürfnis zur Vermehrung der ohnedies bereits übermäßigen Zahl hiesiger Notare bestehe. Es gebe im Freistaat 22 Notare für nicht einmal 100000 Bewohner! Das sei bereits zuviel. „Meyer ist nur mittelmäßig begabt und außer in dem ihn offenbar interessierenden Handelsrecht im übrigen Recht auch wohl nur mittelmäßig beschlagen“, so der neue LG-Präsident in seinem abschlägigen Bescheid. Nun aber schaltete sich die Justizkommission des Senats in den Fall ein und sprach sich am 4. Mai 1911 einstimmig für Meyers Ernennung aus: Er dürfe nicht wegen mangelnder Bedürfnisse abgelehnt werden, habe sich schließlich in den zurückliegenden Jahren als Anwalt bewährt. Daraufhin ernannte ihn der Senat zwei Tage später zum Notar.

Zwischenzeitlich war Martin Meyer in die Kanzlei von Leopold Jacobsohn eingetreten, zu der 15 Jahre später noch Dr. Karl Bründel kam, hatte im August 1908 die Hamburgerin Ellen Reiß (1885–1973), die Cousine seiner Schwägerin Anna geheiratet, die ihm ein Jahr darauf das erste von insgesamt drei Kindern gebar. 1909 trat er der „Gemeinnützigen Gesellschaft“ in Lübeck bei und wurde im selben Jahr mit einer juristischen Dissertation in Leipzig zum Dr. jur. promoviert: „Die rechtliche Stellung des Speiditeurs gegenüber dem Verfolgersrechte des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs aus § 44 der Konkursordnung“. Lübeck: Werner & Hörnig, 1909, 59 Seiten.

* Eine Lebensskizze auf Grund der Personal- und Notariatsakten des Archivs der Hansestadt Lübeck (AHL) sowie der Akten des Landesentschädigungsamtes im Landesarchiv Schleswig-Holstein in Schleswig (LAS).

Eineinhalb Jahre nach seiner Auswanderung aus Deutschland teilte der „Deutsche Reichsanzeiger und Preußische Staats-anzeiger“ am 30. 11. 1938 mit, dass dem „Reichsfeind“ Dr. jur. Martin Meyer der akademische Grad durch die Leipziger Juristenfakultät aberkannt worden war. Am 30. April 2007 – 41 Jahre nach seinem Tod – stellte die Juristenfakultät der Universität Leipzig durch den Dekan die „Unwirksamkeit“ der Aberkennung des Doktorgrads („Depromotion“) fest. Ein deutsch-jüdisches Schicksal.

Der Erste Weltkrieg griff mit radikaler Härte auch in die Lebensplanung von Dr. Martin Meyer ein. Am 15. April 1916 wurde der 38-Jährige zur II. Ersatz-Abteilung des Feld-Artillerie-Regiments Nr. 45 in Altona-Bahrenfeld eingezogen und kam an die Westfront nach Frankreich. Ihn und sämtliche deutsche Juden in den Schützengräben der Fronteinheiten empörte und beleidigte jene antisemitische Ungeheuerlichkeit, die der preußische Kriegsminister General Adolf Wild von Hohenborn (1860–1925) auslöste, als er am 11. Oktober 1916 ein Dekret erließ, das eine statistische Erhebung über die Dienstverhältnisse der deutschen Juden im Krieg anordnete. Diese „Juden-zählung“ fand statt, weil von Seiten zahlreicher antisemitischer Organisationen behauptet wurde, dass sich viele Juden hinten der Front gesichert hätten. Die verleumderische Behauptung traf nicht zu, aber die Ergebnisse der Juden-zählung wurden auch nicht veröffentlicht. So förderte die skandalöse Angelegenheit nachhaltig die antisemitischen Ressentiments sowohl im Heer als auch in der Heimat.

Meyer war ein politisch interessierter Mann, der freilich nicht in der Öffentlichkeit hervortrat. Bereits vor dem Ersten Weltkrieg war er Mitglied in der Fortschrittlichen Volkspartei geworden, trat nach dem Krieg der linksliberalen Deutschen Demokratischen Partei (DDP) bei, die sich seit 1930 Deutsche Staatspartei nannte. Er gehörte dem Reichsbund jüdischer Frontsoldaten (RjF) an und unterstützte die Bestrebungen des Reichsbanners Schwarz-Rot-Gold. Er war Zionist der ersten Stunde, Vorsitzender des zionistischen Jugendbundes Beth Chaluz (Haus der Pioniere), Mitglied der Esra-Loge und des Lübecker Asylvereins und in allen Verbänden ganz selbstverständlich auch jahrelang deren Präsident bzw. Vorsitzender.

Meyer war auch ein im Wirtschafts- und Handelsbereich interessierter und engagierter Zeitgenosse. Nachdem seit dem 15. 11. 1923 die neue Rentenmark ausgegeben und die Hoch-Inflation gestoppt wurde – eine Billion Papiermark entsprach nunmehr einer Goldmark –, sich die Finanz- und Wirtschaftssituation langsam und nachhaltig zu bessern versprach, gründete er zusammen mit seinen Brüdern am 11. Dezember 1923 eine AG unter der Firma H. Meyer & Co., Aktiengesellschaft für Handel und Industrie mit Sitz in Hamburg. Gegenstand des Unternehmens: Handel mit Rohprodukten aller Art sowie deren fabrikmäßige Verwertung und Verarbeitung. Grundkapital: 9000 Billionen Papiermark. Martin Meyer als Gründer der AG vertrat 100 Billionen, den Rest sein Bruder Iwan. Das Unternehmen trug sich nicht selbst und ging nach kurzer Zeit im Hamburger Familienbesitz auf.

Wenig erfolgreich war auch die am 1. April 1927 errichtete GmbH unter der Firma „Velox“ mit Sitz in Lübeck. Meyer und fünf Lübecker Kaufleute, die zusammen ein Stammkapital von 25.000 Reichsmark vertraten, gründeten das Unternehmen zur Nutzbarmachung einer zum Patent angemeldeten Fahrradstütze sowie zur Verwertung und Nutzung weiterer Patente und Gebrauchsmuster. Doch sowohl der Absatz als auch die Fabrikation der diversen Artikel blieben weit hinter den Erwartungen zurück.

Der Einbruch der Nazi-Herrschaft wurde auch im Büro Jacobsohn-Meyer-Bründel sehr rasch sehr konkret spürbar. Verfügte die Kanzlei 1932 über 14 Angestellte, waren es Anfang Juli 1934 noch drei. Der NS-Boycott trieb alle jüdischen Anwälte in den Ruin. Dr. Meyer fertigte seine letzte notarielle Beurkundung am 18. August 1933. Am 11. September entließ ihn der Lübecker Nazi-Senat aus dem Amt eines Notars. Der Widerspruch, den er zusammen mit seinem Sozium und Freund Leopold Jacobsohn¹ beim Reichsstatthalter Friedrich Hildebrandt (1898–1948) einlegte, wurde verworfen. Meyer bereitete die Emigration vor.

Der wohlhabende Mann musste im April 1936 sein Haus verkaufen und erleben, dass und wie sämtliche Möbel und Einrichtungsgegenstände am 29. Juni 1936 durch den Lübecker Auktionator Alwin Pump versteigert, tatsächlich verschleudert wurden. Den sehnlich erwarteten Reichsfluchtsteuerbescheid des Finanzamts Lübeck vom 28. Januar 1937 über den Betrag von 8.312,50 RM beglich er am Morgen der Abreise aus seiner Heimatstadt Lübeck, am 1. März 1937, mit allen bis dahin aufgelaufenen Zuschlägen von insgesamt RM 9957,50. Anschließend reiste die dreiköpfige Familie mit der Bahn über Straßburg nach Marseille, wo die Meyers ein Schiff nach Haifa bestiegen.

Nach der Ankunft – am 11. März 1937 – begaben sich die Flüchtlinge nach Tel Aviv. Dr. Meyer war 59 Jahre alt und fand in seinem erlernten Beruf als Anwalt keine Beschäftigung. Im Rahmen der so genannten fünften Alija (Einwanderungswelle) ins jüdische Palästina des britischen Mandatsgebiets (1933–39) kamen überwiegend deutschsprachige Juden („Jeckes“), unter ihnen zahlreiche Akademiker, insonderheit Rechtsanwälte und Ärzte. Während der nächsten zehn Jahre, in denen sich Martin Meyer als Vertreter einer Grundstücksgesellschaft (Grundstücksmakler) über Wasser hielt, wurde er nicht zur Einkommensteuer veranlagt bzw. herangezogen, weil seine jährlichen Erlöse erheblich unterhalb der gesetzlichen Mindestgrenze lagen.

Am 4. Juli 1938 wurde die Familie Martin Meyer aus Deutschland zwangsweise ausgebürgert, geriet in die Staatenlosigkeit. Das hatte u. a. zur Folge, dass das (verbliebene) Eigentum der Betroffenen dem Großdeutschen Reich verfiel. Nach der Reichspogromnacht erreichte Dr. Martin Meyer in Tel Aviv ein Schreiben des Finanzamts Berlin vom 16. Januar 1939: „Auf Grund der Durchführungsverordnung über die Sühneleistung der Juden vom 21. November 1938 wird die von Ihnen zu entrichtende Abgabe festgesetzt auf 1400 RM“. Das Berliner Finanzamt „verwaltete“ im Auftrag des Reiches den eingezogenen Verkaufserlös der Familie Meyer aus Lübeck und setzte die Höhe der „Judenvermögensabgabe“ fest.

Aus Gründen einer gewissen Rechtssicherheit erwarb Meyer am 16. April 1939 für sich und die gesamte Familie die palästinensische Staatsbürgerschaft, die man bis zur Gründung des Staates Israel vor 60 Jahren beibehielt. Das Ehepaar Meyer verlegte am 1. Oktober 1957 seinen Wohnsitz von Tel Aviv nach Haifa. Dort machte sich der Jurist und Zionist verdient um die Erschließung des Jaaroth-Hacarmel-Geländes und arbeitete mit an der Schriftenreihe „Documenta judaica“. Am 17. März 1966 verstarb Dr. jur. Martin Meyer aus Lübeck an Herzschwäche in Haifa. „Das frühere Lübeck seiner Jugend blieb ihm ein unvergänglicher Wert“, so der Landesrabbiner von Westfalen Dr. Hans Chanoch Meyer (1909–1991).

¹ Zu diesem s. *Guttkuhn*, SchlHA 2005, 364 ff.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Kieler Sicherheitskonzept Sexualstraftäter (KSKS)

Gem. AV d. MJAE, IM u. MSGF v. 26. September 2008
– II 30/1552 E – 6 SH – 53 SH –
(SchlHA 2008 S. 348)

I
Einleitung

Sexualstraftäter, die aus dem Justizvollzug oder dem Maßregelvollzug entlassen worden sind, bergen in vielen Fällen die

Gefahr einer einschlägigen Rückfallstrafat in sich. In den Fällen, in denen eine solche Rückfallgefahr angenommen werden kann, besteht deshalb ein besonderes Bedürfnis zum ergänzenden Schutz der Bevölkerung durch präventiv-polizeiliche Maßnahmen, die insbesondere neben den Maßnahmen, die im Rahmen der Führungsaufsicht angewendet werden, greifen sollen.

Gleiches gilt in Bezug auf verurteilte Sexualstraftäter, die nicht der Führungsaufsicht unterliegen und bei denen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bzw. Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt wurde. Auch in diesen Fällen ist die Prognose einer Rück-

fallgefahr denkbar, insbesondere können sich nachträglich Hinweise dahingehend ergeben, dass die insoweit zunächst angenommene positive Sozialprognose nicht mehr angenommen werden kann. Auch insoweit besteht ein besonderes Bedürfnis zum ergänzenden Schutz der Bevölkerung durch präventiv-polizeiliche Maßnahmen.

Ziel des „Kieler Sicherheitskonzeptes Sexualstraftäter“ ist die Verringerung des Rückfallrisikos dieser Sexualstraftäter. Das Ziel soll strategisch erreicht werden durch eine bessere Informationssammlung und eine Maßnahmenoptimierung in der Zusammenarbeit der beteiligten Stellen der Justiz, des Maßregelvollzuges und der Polizei.

Kerngedanke des Sicherheitskonzeptes ist es dabei, dass die Polizei Überwachungsmaßnahmen betreffend rückfallgefährdete Sexualstraftäter auf Grundlage des Landesverwaltungsgesetzes in eigener Verantwortung durchführt und über die betreffenden Stellen der Justiz bzw. des Maßregelvollzuges mit den dafür notwendigen Informationen ausgestattet wird.

Zur Ermöglichung des Datentransfers und der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Stellen Justizvollzugsanstalt, Maßregelvollzugseinrichtung, Staatsanwaltschaft, Jugendrichter als Vollstreckungsleiter, Strafvollstreckungskammer, Führungsaufsichtsstelle, Bewährungshilfe und Polizei, der Sammlung von Informationen bei der Polizei sowie der Durchführung von polizeilichen Überwachungsmaßnahmen wird das Verfahren „Kieler Sicherheitskonzeptes Sexualstraftäter“ wie folgt geregelt:

II Zielgruppen

1. Führungsaufsichtsfälle

Vom Sicherheitskonzept erfasst werden Sexualstraftäter, die wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach den §§ 174 bis 174c, 176 bis 180 und 182 des Strafgesetzbuches oder eines Tötungsdeliktes (§§ 211, 212 Strafgesetzbuch) mit sexuell motiviertem Hintergrund oder wegen Begehung einer der vorgenannten Taten wegen Vollrausches (§ 323a Strafgesetzbuch) verurteilt worden sind und deshalb unter Führungsaufsicht stehen.

Daraus ergeben sich folgende Fallgruppen der die genannten Verurteilten betreffenden Führungsaufsicht:

a) Anordnung der Führungsaufsicht gegen die genannten Verurteilten kraft richterlicher Anordnung bzw. kraft Gesetzes in den Fällen der §§ 68, 68f Abs. 1 des Strafgesetzbuches;

b) Anordnung der Führungsaufsicht bei Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung in den Fällen des § 67b Abs. 2 sowie der §§ 67c und 67d Abs. 2 bis 6 des Strafgesetzbuches.

2. Bewährungsfälle

Das Sicherheitskonzept erfasst zudem verurteilte Sexualstraftäter im Sinne der Nummer 1 Satz 1, die nicht der Führungsaufsicht unterliegen, bei denen die Vollstreckung einer Freiheits- bzw. Jugendstrafe bzw. eines Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt wurde, insbesondere, wenn sich durch ihr Verhalten nachträglich Hinweise dahingehend ergeben, dass die insoweit zunächst angenommene positive Sozialprognose nicht mehr angenommen werden kann.

3. Vollverbüßer

Das Sicherheitskonzept erfasst auch verurteilte Sexualstraftäter im Sinne der Nummer 1 Satz 1, die ihre Strafe im Justizvollzug voll verbüßt haben, insbesondere solche, bei denen die Vollstreckung eines Strafrestes nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde sowie verurteilte Sexualstraftäter im Sinne der Nummer 1 Satz 1, hinsichtlich derer die Vollstreckung der Maßregel für erledigt erklärt wurde, und die nachfolgend nicht der Führungsaufsicht unterliegen, also Vollverbüßer bzw. Entlassene, die nach ihrer Entlassung nicht mehr der justiziellen Kontrolle unterliegen.

III

Risikoprognose/Einstufung der Rückfallgefahr

4. Kriterien für das Bestehen einer Rückfallgefahr/Kategorisierung

Für die Beurteilung, ob der Verurteilte als rückfallgefährdet anzusehen ist, soll nach drei Kategorien unterschieden werden:

a) Kategorie A:

Es handelt sich um Verurteilte, von denen zu erwarten ist, dass sie jederzeit erneut eine einschlägige Straftat begehen werden. Bei ihnen ist von einer hohen Gefährlichkeit auszugehen und es liegen keine rückfallrisikomindernden Bedingungen vor.

b) Kategorie B:

Es handelt sich um Verurteilte, von denen zu erwarten ist, dass sie bei Wegfall oder Gefährdung protektiver Bedingungen erneut eine einschlägige Straftat begehen werden. Bei ihnen ist von einer hohen Gefährlichkeit auszugehen. Es liegen jedoch rückfallrisikomindernde Bedingungen vor.

c) Kategorie C:

Es handelt sich um Sexualstraftäter, die nicht unter die Kategorien A oder B fallen.

Für die Bewertung der Gefährlichkeit sind insbesondere folgende Kriterien von Relevanz: Die Art und Schwere der begangenen Tat sowie die festgestellte Motivationslage und die Tatvorgeschichte insbesondere in Hinblick auf eine sexuelle Grundlegung, die Tatdynamik, die Persönlichkeit des Betroffenen, insbesondere das Vorhandensein von psychischen Störungen, eines erheblichen Aggressionspotenzials und das Verhalten nach der Tat, insbesondere die Entwicklung im Vollzug.

Als risikomindernde Bedingungen gelten insbesondere labile, eigenständige Faktoren, die eine rückfallpräventive Wirkung haben können, z.B. Abstinenz von Suchtmitteln, Einbindung in (therapeutische) Behandlung, Familie und Partnerschaft, Arbeitsstelle, soziales Umfeld, Pharmakotherapie.

5. Fälle der Vollverbüßung aus dem Justizvollzug

Die Bewertung der Rückfallgefahr bei Vollverbüßern aus dem Justizvollzug (vgl. Nummer 1 und Nummer 3, 1. Alt.) für den Zeitpunkt ihrer Entlassung erfolgt in zwei Schritten.

Zuständig ist insoweit zunächst die Vollzugsbehörde, d.h. die für den Vollzug der Freiheitsstrafe oder der Sicherungsverwahrung zuständige Justizvollzugsanstalt bzw. die für den Vollzug der Jugendstrafe zuständige Jugendanstalt. Dort werden im Rahmen der Vollzugsplanung für einen Gefangenen ab Beginn der Haftzeit Erkenntnisse über den Behandlungsverlauf, die Auseinandersetzung mit der Tat, die Entlassungssituation, insbesondere den sozialen Empfangsraum bei der Entlassung und damit verbundene konkrete Maßnahmen festgehalten. Insbesondere im Zusammenhang mit Lockerungsprognosen und bedingter Entlassung können Gutachten erstellt werden. Diese Erkenntnisse werden insgesamt zur prognostischen Einschätzung, ob es sich bei dem betreffenden Gefangenen um einen Risikoprobanden im Sinne der Kategorisierung nach Nummer 4 handelt, verwertet. Die Prognoseeinschätzung wird formularmäßig erfasst.

Die Vollzugsbehörde übersendet die Prognoseeinschätzung spätestens drei Monate vor der Entlassung, in Jugendsachen spätestens unverzüglich nach Bekanntwerden des konkreten Entlassungszeitpunktes, an die Vollstreckungsbehörde, d.h. die Staatsanwaltschaft bzw. in Jugendsachen den Jugendrichter als Vollstreckungsleiter. Dort wird unter Würdigung aller dort zusätzlich vorhandenen Tat- und Täterinformationen im Einzelfall eine weitere, eigene Einschätzung vorgenommen, ob es sich um einen Risikoprobanden im Sinne der Kategorisierung nach Nummer 4 handelt. Ggf. wird das KSKS-Formular mit weiteren Informationen ergänzt.

6. Fälle aus dem Maßregelvollzug

Die Bewertung der Rückfallgefahr eines Sexualstraftäters für den Zeitpunkt seiner Entlassung aus dem Maßregelvollzug (vgl. Nummer 1 und Nummer 3, 2. Alt.) erfolgt beim Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zunächst durch die jeweilige Einrichtung des schleswig-holsteinischen Maßregelvollzuges, die bei ihrer Prognoseeinschätzung insbesondere ggf. vorhandene externe Prognosegutachten berücksichtigt, nachfolgend durch die Vollstreckungsbehörde. Dabei ist die Prognose einer Rückfallgefahr auch in Bewährungsfällen denkbar (vgl. BVerfG, NSTZ 2001, 328 (330)), so dass es in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung bedarf, ob eine Rückfallgefahr im Sinne der Nummer 4 gegeben ist.

Die Prognoseeinschätzung und deren Übersendung an die zuständige Vollstreckungsbehörde im KSKS-Formular durch die Einreichung des Maßregelvollzugs erfolgt unverzüglich nach Vorliegen der gerichtlichen Entscheidung.

7. Bewährungsfälle

Die Bewertung der Rückfallgefahr eines Sexualstraftäters für den Zeitpunkt seiner Verurteilung zu einer Freiheits- bzw. Jugendstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, erfolgt nach rechtskräftiger Verurteilung unverzüglich durch die Vollstreckungsbehörde. In den Fällen der Aussetzung des Restes einer oder mehrerer Freiheits- bzw. Jugendstrafen erfolgt die Bewertung der Rückfallgefahr unverzüglich nach Vorliegen der gerichtlichen Entscheidung im Verfahren wie unter Nummer 2. Dabei ist die Prognose einer Rückfallgefahr auch in Bewährungsfällen denkbar (vgl. BVerfG, NSTz 2001, 328 (330)), so dass es in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung bedarf, ob eine Rückfallgefahr im Sinne der Nummer 4 gegeben ist.

8. Zuständige Vollstreckungsbehörden

Im Falle der Vollstreckung von freiheitsentziehenden Maßnahmen durch mehrere Vollstreckungsbehörden ist im Rahmen des Sicherheitskonzeptes zunächst die schleswig-holsteinische Vollstreckungsbehörde zuständig, die wegen einer der in Abschnitt II genannten Straftaten vollstreckt. Trifft dies auf mehrere Vollstreckungsbehörden zu, ist die Höhe des Strafmaßes entscheidend. Alle übrigen Vollstreckungsbehörden erhalten das KSKS-Formular nachrichtlich und der Information halber zugesandt.

Sollte eine Vollstreckung in Schleswig-Holstein wegen einer der in Abschnitt II genannten Straftaten ausschließlich durch die Vollstreckungsbehörde eines anderen Bundeslandes erfolgen, so erfolgt die Bewertung der Rückfallgefahr allein durch die Vollzugsbehörde; die Vollstreckungsbehörde des anderen Bundeslandes erhält das KSKS-Formular nachrichtlich und der Information halber. Gleiches gilt für den Fall, dass neben einer solchen Vollstreckung eine weitere Vollstreckung durch eine schleswig-holsteinische Vollstreckungsbehörde wegen einer anderen als in Abschnitt II genannten Straftat erfolgt.

IV

Übersendung der Daten an die KSKS-Zentralstelle/besondere Verfahren

9. Weiterleitung der Prognose an die KSKS-Zentralstelle

Die zuständige Vollstreckungsbehörde sendet der KSKS-Zentralstelle (vgl. Abschnitt V) unverzüglich das ggf. von ihr ergänzte KSKS-Formular zu. Des Weiteren übersendet die Vollstreckungsbehörde der KSKS-Zentralstelle eine Abschrift des zu Grunde liegenden Urteils, ggf. vorliegende Gutachten, im Falle der Führungsaufsicht den Antrag der Vollstreckungsbehörde an die Strafvollstreckungskammer mit den beantragten Weisungen zur Führungsaufsicht sowie einen aktuellen Auszug aus dem Bundeszentralregistergesetz.

10. Information der Strafvollstreckungskammer

Gleichzeitig mit der Übersendung der prognostischen Einschätzung an die KSKS-Zentralstelle fertigt und übersendet die Staatsanwaltschaft die Stellungnahme zur Vorbereitung der Führungsaufsicht nach § 54a Abs. 2 der Strafvollstreckungsordnung an die zuständige Strafvollstreckungskammer, die wiederum insbesondere über die Verhängung von Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht zu entscheiden hat. Die Staatsanwaltschaft wird unter Hinweis auf das KSKS-Verfahren der Stellungnahme gegenüber der Strafvollstreckungskammer auch eine Ablichtung des ggf. von ihr ergänzten Formblattes beifügen. Nachrichtlich ist diese Stellungnahme von der zuständigen Staatsanwaltschaft auch der Führungsaufsichtsstelle zuzuleiten.

11. Nachträgliche Informationen

Die Vollstreckungsbehörde und die Führungsaufsichtsstelle unterrichten die KSKS-Zentralstelle über alle für die Beurteilung der Rückfallprognose und die Fortdauer der Überwachung des Probanden wichtigen bei ihnen nachträglich anfallenden Informationen, insbesondere über Wohnsitzwechsel, weitere gegen den Probanden geführte Ermittlungsverfahren und gerichtliche Entscheidungen wie insbesondere den Erlass von Haftbefehlen

(§§ 112, 112a, 230 Abs. 2, §§ 453c, 457 Abs. 2 Strafprozessordnung), Widerrufsentscheidungen nach § 56f Abs. 1 des Strafgesetzbuches oder Maßnahmen der befristeten Wiederinvolzugsetzung von Unterbringungen im Maßregelvollzug nach § 67h des Strafgesetzbuchs.

12. Fälle aus anderen Bundesländern

In Fällen des Wechsels von Führungsaufsichtsprobanden aus anderen Bundesländern nach Schleswig-Holstein erfolgt die Bewertung der Rückfallgefahr sowie die entsprechende Weiterleitung des KSKS-Formulars und – soweit vorhanden – der Daten nach Nummer 9 Satz 2 an die KSKS-Zentralstelle durch die Führungsaufsichtsstelle in Schleswig-Holstein, welche die Führungsaufsicht übernommen hat.

In den Fällen des Wechsels von Bewährungsprobanden aus anderen Bundesländern nach Schleswig-Holstein soll die Bewertung der Rückfallgefahr sowie die entsprechende Weiterleitung des KSKS-Formulars und – soweit vorhanden – der Daten nach Nummer 9 Satz 2 an die KSKS-Zentralstelle durch das für die Bewährungsaufsicht zuständige Gericht in Schleswig-Holstein erfolgen.

13. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung

Die Führungsaufsichtsstelle prüft in jedem Einzelfall die Ausschreibung des Probanden nach § 463a Abs. 2 der Strafprozessordnung.

14. Entwicklungen während laufender Bewährungszeit bzw. Führungsaufsicht

Zeigt sich im Bewährungsfall entgegen einer ursprünglichen positiven Sozialprognose innerhalb der Bewährungszeit eine negative Entwicklung, die Anlass zur Besorgnis der Begehung weiterer Sexualdelikte gibt, so übermittelt die Bewährungshilfe unverzüglich einen entsprechenden detaillierten Bericht an das für die Aufsicht zuständige Gericht. Die Durchführung des Sicherheitskonzeptes KSKS erfordert die Weiterleitung des Berichtes durch das Gericht an die Vollstreckungsbehörde. Zum Zwecke der Ersterfassung in KSKS bzw., soweit eine Erfassung in KSKS noch nicht erfolgt ist, zum Zwecke der Umstufung (vgl. Abschnitt IX), nimmt die Vollstreckungsbehörde auf Grundlage des Berichtes sowie weiterer verfügbarer Informationen, die Einschätzung einer Rückfallgefahr vor, erfasst diese formularmäßig und leitet das KSKS-Formular mit – soweit vorhanden – den Daten nach Nummer 9 Satz 2 an die KSKS-Zentralstelle weiter. In eiligen Fällen informiert die Bewährungshilfe das Gericht ggf. telefonisch, wobei in diesen Fällen die Durchführung des Sicherheitskonzeptes nachfolgend die unverzügliche direkte Information der KSKS-Zentralstelle durch das Gericht erfordert. In den Ausnahmefällen des rechtfertigenden Notstands oder der Einwilligung des Probanden kann die Bewährungshilfe die KSKS-Zentralstelle unmittelbar unterrichten (vgl. Nummer 24).

Gleiches gilt hinsichtlich der Führungsaufsichtsfälle. Hier informiert die Bewährungshilfe die Führungsaufsichtsstelle, welche die Daten an die Vollstreckungsbehörde weiterzuleiten hat. Die Vollstreckungsbehörde nimmt auf Grundlage des Berichtes sowie weiterer verfügbarer Informationen die Einschätzung einer Rückfallgefahr vor, erfasst diese formularmäßig und leitet das KSKS-Formular mit – soweit vorhanden – den Daten nach Nummer 9 Satz 2 an die KSKS-Zentralstelle weiter. In eiligen Fällen informiert die Bewährungshilfe die Führungsaufsichtsstelle ggf. telefonisch und diese leitet die Informationen nachfolgend unverzüglich direkt an die KSKS-Zentralstelle weiter. In den Ausnahmefällen des rechtfertigenden Notstands oder der Einwilligung des Probanden kann die Bewährungshilfe die KSKS-Zentralstelle unmittelbar unterrichten (vgl. Nummer 23).

V

Aufgaben und Organisation der KSKS-Zentralstelle

15. KSKS-Zentralstelle

Die KSKS-Zentralstelle ist das Landeskriminalamt.

16. Aufgaben und Organisation der KSKS-Zentralstelle

Das Landeskriminalamt hat als KSKS-Zentralstelle die Aufgabe, den gesamten Prozess der polizeilichen Informationssteue-

rung zu gestalten und zu überwachen. Des Weiteren koordiniert es in dieser Funktion die notwendigen Maßnahmen gegenüber dem Probanden mit der örtlich zuständigen Polizeidirektion/Polizeistelle. Schließlich koordiniert und steuert es den Informationsaustausch mit anderen Ländern.

Die Aufgaben der KSKS-Zentralstelle werden in den Sachgebieten 122 und 243 des Landeskriminalamtes wahr genommen. Näheres regelt das Landeskriminalamt durch eigenen Erlass.

VI

Polizeiliche Bewertung und Maßnahmen

17. Bewertung durch die KSKS-Zentralstelle

Die KSKS-Zentralstelle bewertet in eigener Zuständigkeit, ob von dem Probanden eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne des Landesverwaltungsgesetzes ausgeht. Dabei verwendet und berücksichtigt sie die ihr von der Vollstreckungsbehörde übersandten Erkenntnisse und reichert diese mit Erkenntnissen aus Kriminalakten und sonstigen polizeilichen Informationsquellen an. Die KSKS-Zentralstelle verdichtet somit die vorhandenen Informationen, bewertet sie und erstellt einen eigenständigen Bericht. Insbesondere werden die in der Prognoseeinschätzung ausgesprochenen Empfehlungen sowie die Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer insbesondere zu Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht berücksichtigt.

18. Polizeiliche Verfahrensabläufe

Die KSKS-Zentralstelle übersendet nach Abschluss ihrer Arbeiten die Unterlagen mit Maßnahmeempfehlungen an die für den Wohnsitz des Probanden zuständige Polizeidirektion/Polizeidienststelle und koordiniert mit ihr die notwendigen Maßnahmen. Die KSKS-Zentralstelle ist ferner zuständig für die Koordinierung des polizeilichen Informationsflusses gegenüber Staatsanwaltschaft, Führungsaufsichtsstelle und Bewährungshilfe. Die Polizei teilt insoweit insbesondere die Wohnsitznahme des Probanden, die Ergebnisse durchgeführter polizeilicher Maßnahmen sowie bekannt gewordene Weisungsverstöße mit. Auch informiert die KSKS-Zentralstelle das Landeskriminalamt eines anderen Bundeslandes, wenn der Proband seinen Wohnsitz oder seinen vorübergehenden Lebensmittelpunkt in dessen Zuständigkeitsbereich nimmt.

VII

Rechtsgrundlagen für den justiziellen Datentransfer

19. Datentransfer von Justizvollzug zur Vollstreckungsbehörde

Rechtsgrundlagen für die in dieser Allgemeinen Verfügung genannten Datenübermittlungen von den Justizvollzugsanstalten zur Vollstreckungsbehörde sind für den Erwachsenenstrafvollzug und die Sicherungsverwahrung § 180 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 4, Abs. 10, sowie § 182 Abs. 2 Satz 2 und 3 des Strafvollzugsgesetzes, für den Bereich des Jugendstrafvollzugs § 89 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 4, Abs. 10, sowie § 92 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Jugendstrafvollzugsgesetzes.

20. Datentransfer von Maßregelvollzugseinrichtung zur Vollstreckungsbehörde

Rechtsgrundlagen für die in dieser Allgemeinen Verfügung genannten Datenübermittlungen von den Einrichtungen des Maßregelvollzugs zur Vollstreckungsbehörde ist § 23 Abs. 2 Nr. 1 und 10 des Maßregelvollzugsgesetzes.

21. Datentransfer von der Vollstreckungsbehörde zur Polizei

Die Übermittlung der Daten von der Vollstreckungsbehörde an die KSKS-Zentralstelle erfolgt nach § 481 Abs. 1 Satz 2 der Strafprozessordnung.

22. Datentransfer von der Führungsaufsichtsstelle zur Bewährungshilfe sowie zur Polizei

Mitarbeiter der Führungsaufsichtsstellen unterliegen dem strafbewehrten Berufsgeheimnisschutz des § 203 des Strafgesetzbuches. Insoweit ist für jeden Datentransfer dieser Stelle

stets entweder die Einwilligung des Betroffenen oder aber eine gesetzliche Befugnis erforderlich.

Der Informationsaustausch zwischen der Führungsaufsichtsstelle und der Bewährungshilfe ist durch § 68a des Strafgesetzbuches gesetzlich abgesichert.

Die Führungsaufsichtsstelle ist durch § 463a Abs. 1 der Strafprozessordnung privilegiert. Sie darf nach dieser Vorschrift von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen selbst vornehmen und vornehmen lassen. Für den Fall des Bemerkens von Auffälligkeiten bei den Probanden, die sicherheitsrelevant sein könnten, können mit der Vergabe solcher Aufträge an die Polizei diese Informationen weitergegeben werden.

23. Datentransfer von der Bewährungshilfe in Fällen der Führungsaufsicht

Die Bewährungshilfe unterliegt dem strafbewehrten Berufsgeheimnisschutz des § 203 des Strafgesetzbuches. Insoweit ist für jeden Datentransfer dieser Stellen stets entweder die Einwilligung des Betroffenen oder aber eine gesetzliche Befugnis erforderlich.

In Fällen der Führungsaufsicht ist die unmittelbare Datenübermittlung durch die Bewährungshilfe an die Polizei auf Grund von § 463a der Strafprozessordnung, welcher nur die Führungsaufsichtsstellen privilegiert, aus systematischen Gründen gesperrt. Die Bewährungshilfe kann daher nur über die Führungsaufsichtsstelle die Polizei informieren (vgl. § 68a Abs. 2 Strafgesetzbuch). Es gelten folgende Ausnahmen, die eine direkte Information der Polizei ermöglichen:

- a) rechtfertigender Notstand (§ 34 Strafgesetzbuch) oder
- b) Einwilligung des Probanden.

Die Voraussetzungen des § 34 des Strafgesetzbuches wären gegeben bei einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr insbesondere für Leben und Leib eines Anderen, wenn das geschützte Interesse die datenschutzrechtliche Beeinträchtigung überwiegt.

24. Datentransfer von der Bewährungshilfe in Fällen der Bewährungsaufsicht

In Fällen verurteilter Sexualstraftäter, die nicht der Führungsaufsicht unterliegen und bei denen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wurde, erfolgt der Datentransfer von der Bewährungshilfe zum Aufsicht führenden Gericht nach § 56d Abs. 3 Satz 2 und 3 des Strafgesetzbuches. Vorbehaltlich des rechtfertigenden Notstands bzw. der Einwilligung des Betroffenen ist die Bewährungshilfe nicht befugt, die Polizei unmittelbar zu informieren.

25. Einwilligung des Probanden

Die vom Sicherheitskonzept erfassten Probanden sollen um die Unterzeichnung einer entsprechenden schriftlichen Einwilligungserklärung zum Datentransfer nach Nummern 23 und 24 gebeten werden.

VIII

Datenlöschung

26. Die Speicherung der Daten bei der KSKS-Zentralstelle erfolgt in den Fällen der Nummern 1 und 2 für die Dauer der Führungsaufsicht bzw. der Bewährungszeit. Danach werden die Daten gelöscht oder bei Vorliegen der entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen in andere Dateien überführt.

IX

Umstufungen in KSKS

27. Gibt das gezeigte Verhalten des Probanden Anlass für eine Umstufung innerhalb der KSKS-Kategorien A, B oder C aus Nummer 4 – z.B. Verstöße gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht, Wegfall bzw. Eintritt stabilisierender bzw. destabilisierender Faktoren wie Veränderungen im Arbeitsleben oder in den sozialen Beziehungen – so sind diese Veränderungen der Vollstreckungsbehörde mitzuteilen. Die Vollstreckungsbehörde entscheidet nachfolgend über eine mögliche Umstufung innerhalb der Kategorien aus Nummer 4 und teilt eine solche der KSKS-Zentralstelle mit.

X
Retrograde Erfassung

28. Alle vor dem 1. Oktober 2008 aus dem Justiz- bzw. Maßregelvollzug entlassenen Führungsaufsichtsprüfungsprobanden sowie alle Bewährungsprobanden, welche die Erfassungsvoraussetzungen erfüllen, sind rückwirkend zu erfassen, wenn die Führungsaufsicht bzw. die Bewährungszeit noch mindestens bis zum 30. September 2009 dauert. Zuständig für die Bewertung der Rückfallgefahr sowie die entsprechende Weiterleitung des KSKS-Formulars und – soweit vorhanden – der Daten nach Nummer 9 Satz 2 an die KSKS-Zentralstelle sind in Führungsaufsichtsfällen die Führungsaufsichtsstelle und in Bewährungsfällen die Vollstreckungsbehörde. In Führungsaufsichtsfällen ist ggf. die Ausschreibung des Probanden nach § 463 a Abs. 2 der Strafprozessordnung zu veranlassen.

XI
Inkrafttreten

29. Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Oktober 2008 in Kraft.

**Richtlinien für die Bearbeitung von Haftsachen
einschließlich Verfahren der einstweiligen
Unterbringung**

Der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein
420 – 96 – vom 29. September 2008
(SchlHA 2008, S. 352)

I.

Artikel 2 Satz 2 GG garantiert die Freiheit der Person.

Aus diesem Grundrecht in Verbindung mit der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 MRK) folgt das in Haftsachen geltende besondere verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot. Es zu beachten, ist Aufgabe und Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte.

Diese Richtlinien sollen (ergänzend zu den Vorschriften der Nr. 46–59 RiStBV) helfen, die Umsetzung des besonderen Beschleunigungsgebots in Haftsachen sowie einstweiligen Unterbringungssachen zu sichern und der Aufhebung von Haftbefehlen sowie Unterbringungsbefehlen, insbesondere im Haftprüfungsverfahren nach §§ 121, 122 StPO, wegen Nichtbeachtung des Beschleunigungsgebots vorzubeugen.

II.

1. Dauernde oder längere Überlastung, Krankheit, Urlaub der Dezernentin/des Dezernenten oder ähnliche Umstände sind keine „wichtigen Gründe“ i. S. d. § 121 StPO. Einer Verzögerung der Ermittlungen oder der Anklageerhebung muss in diesen Fällen notfalls durch geeignete Vertretungsregelungen begegnet werden (OLG Schleswig, SchlHA 1996, 93). Haftsachen – auch solche aus einem Vertretungsdezernat – gehen allen anderen Strafsachen vor (OLG Schleswig, SchlHA 1996, 93; OLG Hamm, StV 2006, 319). Die Überlastung einer Behörde vermag den Vorrang der Strafverfolgungspflicht gegenüber dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten nicht zu begründen (OLG Schleswig, SchlHA 1989, 103; 1983, 110).

2. Verzögerungen bei den polizeilichen Ermittlungen verletzen ebenfalls das besondere Beschleunigungsgebot (BVerfG, StV 1992, 121). Auch eine Überlastung der polizeilichen Dienststelle ist kein wichtiger Grund i. S. d. § 121 StPO (OLG Schleswig, SchlHA 1995, 5; 1988, 109). Die Dezernentinnen und Dezernenten müssen sich deshalb fortlaufend über den Stand der Ermittlungen unterrichten und erforderlichenfalls auf sie Einfluss nehmen. Dabei ist in Haftsachen besonders darauf zu achten, dass Art und Umfang der Ermittlungen konkret zu bestimmen sind, um Zeitverluste durch entbehrliche Ermittlungsmaßnahmen zu vermeiden (Nr. 11 RiStBV; BVerfG, StV 2007, 369). Die Einhaltung vorzuziehender Erledigungsfristen ist zu kontrollieren, Verzögerungsgründe müssen in den Akten (nicht nur in den Handakten) vermerkt werden.

3. Das besondere Beschleunigungsgebot gilt auch, wenn nur Überhaft notiert ist (OLG Karlsruhe, StV 2002, 317) oder die Untersuchungshaft durch Strafhaft bzw. zur Vollstreckung einer

Ersatzfreiheitsstrafe unterbrochen wird (KG, StV 2002, 523). Es ist auch dann zu berücksichtigen, wenn der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt ist (BVerfG, StV 2006, 87; 2003, 30).

III.

1. Der Aktenführung ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Wenn Ermittlungsakten versandt werden müssen, sind regelmäßig Aktendoppel als Haftsonderbände anzulegen (Nr. 12, 54 Abs. 3, 56 Abs. 3 RiStBV; BVerfG, StV 1999, 162; OLG Schleswig, SchlHA 1983, 110), unter Umständen auch weitere Mehrfachakten. Während der Aktenversendung mögliche weitere Ermittlungen sind parallel zur Aktenversendung aus den Doppelakten zu führen, bei Rückkehr der Akten ist auf Vervollständigung aller noch benötigten Aktendoppel zu achten.

Alle Maßnahmen sind lückenlos in den Akten darzustellen (vgl. § 168 b Abs. 1 StPO). Das gilt auch für telefonische Ermittlungen, Aufträge, Erinnerungen, die Einschaltung der Haftentscheidungshilfe usw. Selbst Ermittlungsversuche, die kein den Tatvorwurf stützendes Ergebnis erbracht haben, wie z. B. vergebliche Zeugenladungen, erfolglose Fahndungsmaßnahmen nach Zeugen oder Tatbeteiligten u. ä., müssen aktenkundig gemacht werden, um die Förderung der Ermittlungen zu dokumentieren.

2. Die vorrangige Erledigung der Verfügungen ist innerhalb der Behörde – regelmäßig durch Weitergabe von Hand zu Hand – sicherzustellen und zu kontrollieren.

3. Ist die Übersetzung einer Anklageschrift erforderlich (vgl. Nr. 181 Abs. 2 RiStBV), soll der Dezernent oder die Dezernentin diese bereits mit der Abschlussverfügung veranlassen.

IV.

Verzögerungen ist insbesondere bei folgenden Sachverhaltsgestaltungen entgegenzutreten:

1. Wenn der Beschuldigte weiterer Straftaten verdächtig ist, die nicht vom Haftbefehl erfasst sind, ist darauf zu achten, dass die Ermittlungen wegen dieser weiteren Vorwürfe nicht zu unverhältnismäßigen Verzögerungen führen. Gegebenenfalls muss Abtrennung erfolgen (BVerfG, NJW 1992, 1749, 1750; KG bei Paeffgen, NStZ 2008, 136).

2. Die Fahndung nach Tatbeteiligten oder Ermittlungen gegen sie dürfen die Ermittlungen gegen den in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten nicht verzögern, wenn diese Maßnahmen zur Prüfung des Schuldvorwurfs gegen den inhaftierten Beschuldigten selbst nicht erforderlich sind (OLG Frankfurt, StV 1995, 423). Auch der Umstand, dass wegen wechselseitiger Schuldzuweisungen eine geringere Bestrafung zu erwarten ist, rechtfertigt ein Abwarten mit der Anklageerhebung nicht. Erforderlichenfalls ist das Verfahren abzutrennen.

3. Sind nur noch Ergebnisse von Ermittlungen im Randbereich offen, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht sofort Anklage erhoben werden kann. Es kann auch geboten sein, mit der Erstellung der Anklageschrift zu beginnen und später noch eingehende Ermittlungsergebnisse einzuarbeiten oder der Anklageschrift nachzureichen (BVerfG, StV 1994, 589).

4. Ist der Sachverhalt im Wesentlichen ermittelt und anklagereif, nachdem der Beschuldigte verantwortlich vernommen war und sein Verteidiger (nach Akteneinsicht) Gelegenheit hatte, binnen angemessener Frist vorzutragen, ist regelmäßig Anklage zu erheben, ohne den Eingang einer ggf. für die Zeit nach Fristablauf noch angekündigten Stellungnahme des Verteidigers abzuwarten.

5. Stets ist die Notwendigkeit von Gutachten zu prüfen.

Müssen sie eingeholt werden, sind die erforderlichen Aufträge umgehend zu erteilen (BVerfG, StV 2007, 644). Vor Auftragserteilung ist in einem persönlichen (auch telefonischen) Gespräch die Bereitschaft des Sachverständigen zur kurzfristigen Gutachtenserstattung und ein Fertigstellungstermin abzusprechen (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StPO). Für psychiatrische Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit wird im Regelfall ein Zeitraum von 1 bis 2 Monaten als ausreichend betrachtet werden müssen (OLG Schleswig, SchlHA 1996, 92; 1982, 121). Im Auftragschreiben ist auf das Gespräch hinzuweisen; der Auftrag ist im Einzelnen zu spezifizieren (Nr. 72 Abs. 2 RiStBV).

Über alle Bemühungen, insbesondere auch über die Suche nach und die Auswahl von geeigneten Sachverständigen, sind Vermerke zu den Akten – nicht nur den Handakten – zu bringen. Im Fall des Wechsels von Sachverständigen ist darauf Bedacht

zu nehmen, dass dadurch vermeidbare Verzögerungen nicht entstehen.

Geht das Gutachten – dies gilt ebenso für Übersetzungen – nicht fristgemäß ein, sind formularmäßige Erinnerungen nicht angebracht. Es empfehlen sich in Vermerkform niederzulegende fernmündliche Anfragen oder persönliche Anschreiben unter Hinweis auf die besondere Eilbedürftigkeit.

Die Fertigstellung des Gutachtens sollte bei Überschreitung des abgesprochenen Termins unter Nachfristsetzung angemahnt werden, ggf. muss bei fruchtloser Nachfristsetzung auch von der Androhung und Festsetzung von Ordnungsgeldern Gebrauch gemacht werden (§ 77 StPO).

In geeigneten Fällen sind die Sachverständigen zu bitten, das Ergebnis ihrer Begutachtung vorweg kurz mitzuteilen. Oft wird schon auf der Basis dieser Mitteilung über die Anklageerhebung entschieden werden können. Ist dies der Fall, muss Anklage schon vor Eingang des vollständigen Gutachtens erhoben werden.

Besteht auch ohne das Gutachten hinreichender Tatverdacht, ist sofort Anklage zu erheben. Dies gilt z. B., wenn die Schuldfähigkeit nicht zweifelhaft ist und das Gutachten allein die Frage verminderter Schuldfähigkeit klären soll. Auch wenn nur das Randgeschehen gutachtlich zu prüfen ist, muss Anklage sofort erhoben werden.

V.

Bei den Ermittlungen eingetretene Verzögerungen können im Einzelfall durch eine besonders beschleunigte weitere Bearbeitung ausgeglichen werden (OLG Thüringen, NStZ 1997, 452,453; KG, StV 1993, 203). Zur weitest möglichen Beschleunigung auch nach Anklageerhebung sollten die De- zernentinnen und De zernenten, soweit dies möglich ist, solche Verfahren dem zuständigen Gericht vorab ankündigen und auf eine besonders vorrangige Bearbeitung hinwirken.

VI.

1. Bei Vorlage der Akten an die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht im Verfahren nach den §§ 121, 122 StPO soll dargestellt werden, aus welchen Gründen es bisher nicht zur Anklageerhebung oder zur Hauptverhandlung gekommen ist.

2. Unter den Begriff „derselben Tat“ (§ 121 Abs. 1 StPO) fallen alle Taten des Beschuldigten von dem Zeitpunkt an, in dem sie im Sinne eines dringenden Tatverdachts bekannt geworden sind und in den bestehenden Haftbefehl hätten aufgenommen werden können, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie Gegenstand desselben Verfahrens oder getrennter Verfahren sind (OLG Schleswig, SchIHA 2008, S. 233). Danach beginnt die Frist des § 121 Abs. 1 StPO nicht erneut zu laufen, wenn die Untersuchungshaft aufgrund eines neuen oder erweiterten Haftbefehls vollzogen wird, der lediglich Tatvorwürfe enthält, die bereits bei Erlass des ersten Haftbefehls im Sinne eines dringenden Tatverdachts bekannt waren (OLG Schleswig, aaO). Wird dagegen erst nach Erlass des ersten Haftbefehls eine neue Tat im Sinne eines dringenden Tatverdachts bekannt und ergeht deswegen ein neuer oder erweiterter Haftbefehl, so wird dadurch ohne Anrechnung der bisherigen Haftdauer eine neue Frist von sechs Monaten in Lauf gesetzt (OLG Schleswig aaO). Für den Fristbeginn maßgebend ist in diesem Fall der Zeitpunkt, ab dem wegen des neuen Tatvorwurfs erstmals die Voraussetzungen für den Erlass oder die Erweiterung eines Haftbefehls vorgelegen haben (OLG Schleswig, aaO).

3. Im Verfahren nach §§ 121, 122 StPO ist das Oberlandesgericht nicht berechtigt, den Haftbefehl von sich aus zu ergänzen oder umzustellen. Erforderlichenfalls ist deshalb der Haftbefehl rechtzeitig den veränderten Ermittlungsergebnissen anzupassen.

4. Grundsätzlich sind die Ermittlungen auch während des Zeitraums der Vorlage beim Oberlandesgericht zu fördern.

VII.

Verzögerungen nach Anklageerhebung hat die Staatsanwaltschaft nicht zu vertreten. Sie hat aber darauf hinzuwirken, dass auch die Gerichte das Verfahren mit der in Haftsachen gebotenen Beschleunigung bearbeiten. Nach Eingang der Anklage und dem Termin zur Hauptverhandlung darf nur der Zeitraum liegen, der zur Vorbereitung der Hauptverhandlung notwendig ist. Hierfür reichen drei Monate aus, wenn keine besonderen Umstände eine spätere Terminierung rechtfertigen (OLG Schleswig, SchIHA 1992, 146).

Drohen Verzögerungen im gerichtlichen Bereich, ist die Behördenleitung zu informieren. Auch (nicht nur vorübergehende) Überlastungen der gerichtlichen Spruchkörper rechtfertigen die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft über die Sechs-Monats-Grenze nicht (BVerfG, NJW 2003, 2895; OLG Schleswig, StV 1985, 115; SchIHA 1982, 121).

VIII.

1. Abteilungsleiter/Abteilungsleiterinnen bzw. Gruppenleiter/Gruppenleiterinnen haben grundsätzlich schon im Rahmen ihrer allgemeinen Dienstaufsicht die Bearbeitung der Haftsachen im Auge zu behalten.

Falls nicht binnen 3 Monaten Untersuchungshaft Anklage erhoben wird, müssen sie diese Haftsachen (anlässlich der monatlichen Kontrolle der Haftlisten) mit den De zernentinnen und De zernenten einzeln erörtern und den zügigen Abschluss dieser Verfahren besonders überwachen. Bei umfangreichen Verfahren oder Überlastung des De zernats ist die Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes notfalls durch geeignete Vertretungsregelungen sicherstellen.

Die zuständige De zernentin/der zuständige De zernent hat die Dienstpflicht, eine Überlastung mit Haftsachen unverzüglich – auch bereits während der ersten drei Monate – anzuzeigen, damit ggf. eine Vertretungsregelung getroffen werden kann.

2. Ist eine Verzögerung eingetreten und besteht das Risiko einer Haftbefehlsaufhebung, ist der Behördenleitung vorzutragen. Diese hat den Gründen der verzögerten Sachbehandlung im Wege der Dienstaufsicht nachzugehen. Sollte es zu einer Haftentlassung durch das Oberlandesgericht im Haftprüfungsverfahren wegen einer verzögerten Sachbehandlung der Staatsanwaltschaft kommen, ist dem Generalstaatsanwalt über das Ergebnis der dienstlichen Nachprüfung zu berichten.

IX.

Diese Richtlinien gelten sinngemäß für die Bearbeitung von Verfahren, in denen gem. § 126a StPO die einstweilige Unterbringung angeordnet worden ist (vgl. auch Nr. 59 RiStBV).

X.

Die vorstehenden Richtlinien sind jeder De zernentin/jedem De zernenten bei Dienstantritt bekannt zu geben. Sie sind zudem einmal im Jahr in Umlauf zu bringen und von allen De zernentinnen/De zernenten, Gruppenleiterinnen/Gruppenleitersowie Abteilungsleiterinnen/Abteilungsleiter abzuzeichnen.

In dem nach einer Haftentlassung wegen verzögerter Sachbearbeitung zur erstattenden Bericht (Abschn. VIII letzter Absatz) ist mitzuteilen, wann die zuständige De zernentin/der zuständige De zernent und ihr/e Gruppenleiterin/Gruppenleiter bzw. Abteilungsleiterin/Abteilungsleiter letztmalig vor der Verzögerung den Umlauf abgezeichnet haben.

XI.

Diese Richtlinien treten mit dem heutigen Tag in Kraft. Gleichzeitig werden die Richtlinien für die Bearbeitung von Haftsachen vom 19.6.1996 – 420 – 96 – (SchIHA 1996, S. 217) aufgehoben.

Bek. d. Präs. d. SchIHOLG vom 19. September 2008 –
2344 E – 11 –
(SchIHA 2008 S. 353)

Neue Einteilung der Gerichtsvollzieherbezirke der Amtsgerichte Ratzeburg und Schwarzenbek

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2008 werden die Gerichtsvollzieherbezirke der Amtsgerichte Ratzeburg und Schwarzenbek wie folgt geändert:

Die Gemeinden Borstorf, Breitenfelde, Niendorf/Str., Woltersdorf, Hornbek, Güster, Langenlehtsen, Götting und Besenthal werden aus dem Gerichtsvollzieherbezirk des Amtsgerichts Ratzeburg herausgelöst und dem Gerichtsvollzieherbezirk des Amtsgerichts Schwarzenbek zugeschlagen.

III. Personalnachrichten

MJAE

Ernannt: Zum Regierungsdirektor: Oberregierungsrat *Bernd Küpperbusch*, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa.

Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht: Richter am Oberlandesgericht *Dr. Armin Teschner*.

Zur Richterin am Oberlandesgericht: Richterin am Amtsgericht *Susanne Veit*, zuvor Amtsgericht Kiel.

Zum Richter am Oberlandesgericht: Richter am Amtsgericht *Hans Althoff*, zuvor Amtsgericht Kiel; Richter am Landgericht *Jens Bahr*, zuvor Landgericht Kiel; Richter am Landgericht *Andreas Kluckhuhn*, zuvor Landgericht Itzehoe; Richter am Amtsgericht *Björn Sepke*, zuvor Amtsgericht Kiel.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Tobias Stankovsky*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Friedrich Friedrichsen*.

Gerichte

Ernannt: Zur Richterin am Landgericht: Richterin am Amtsgericht *Dr. Lore Lange*, Landgericht Itzehoe.

Zum Richter am Amtsgericht – als der ständige Vertreter der Direktorin oder des Direktors –: Richter am Amtsgericht *Jörg Smoydzin*, Amtsgericht Schleswig; zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Juliane Stoltenberg*, Amtsgericht Norderstedt.

Zum 1.8.2008 zur Sozialinspektorin: Sozialinspektorin z. A. *Gerlind Rohmann*, Landgericht Itzehoe.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Kerstin Raekow*, Amtsgericht Lübeck

Versetzt: Justizsekretärin *Jacqueline Meyer* vom Amtsgericht Bad Oldesloe an die Staatsanwaltschaft Lübeck; Justizsekretärin *Cressida Schacht* vom Landgericht Lübeck an das Amtsgericht Eutin.

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Amtsgericht *Jürgen Albrecht*, Amtsgericht Norderstedt; Richter am Amtsgericht *Gert Küppers*, Amtsgericht Rendsburg; Justizoberamtsrätin *Gudrun Felder*, Amtsgericht Lübeck; Justizamtsinspektor *Hans-Joachim Glienke*, Amtsgericht Eutin.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Richterin am Landessozialgericht: Richterin am Sozialgericht *Dagmar Kossiski*.

Finanzgerichtsbarkeit

Ernannt: zur Richterin am Finanzgericht: Staatsanwältin (Richterin kraft Auftrags) *Angelika Prätorius*.

Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht: Richter am Verwaltungsgericht *Dr. Hartwig Martensen*.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtsfrau *Elke Schulze*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht Schleswig.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Cynthia Unrau*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht Schleswig.

Zum Ersten Justizhauptwachmeister der BesGr. A 6 BBesO: Erster Justizhauptwachmeister *Norbert Holst*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht; Erster Justizhauptwachmeister *Horst Oje*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht, Erster Justizhauptwachmeister *Jürgen Tröh*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zum Staatsanwalt: Richter *Bijan Nowrouzian* (Staatsanwaltschaft Kiel); Richter *Dr. Emanuel Guhra* (Staatsanwaltschaft Flensburg)

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum 1. August 2008 zum Lehrer im Justizvollzug: Lehrer im Justizvollzug z. A. *Jörg Marten*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand: Mit Ablauf des Monats Juni 2008: Justizamtsinspektor *Klaus Krüger*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Versetzung in den Ruhestand: Mit Ablauf des Monats Juli 2008: Justizamtsrat *Walter Scheppach*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand: Mit Ablauf des Monats Juli 2008: Justizhauptsekretär *Wolfgang Schulz*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizoberinspektor *Helmut Richter*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Notare:

Ernannt: *Dr. Volker von Borzeszkowski*, Flensburg.
Notaramt erloschen: *Frau Ruth Ellrodt*, Ahrensburg.

Die zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden im Monat August 2008: *Nicolai Fricke*, Hamburg; *Tobias Kunert*, Schwerin; *Janine Gall*, Rendsburg; *Sandra Sfinis*, Lübeck; *Agnes Fricke*, Hamburg; *Nele Casper*, Uetersen; *Andreas-Werner Krause*, Berlin; *Ines Wilken-Günther*, Hamburg; *Julia Jessen*, Kiel; *Michael Birkold*, Hamburg; *Katrin Neidenbach*, Kiel; *Claudia Palutke*, Lübeck; *Stefanie Oberst*, Buchholz; *Nadja Ali*, Hamburg; *Martina Wolf*, Hamburg; *Gunilla Klisa*, Lübeck; *Lena Schwarzer*, Hamburg; *Katja Anacker*, Lübeck.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJAE vom 2. Oktober 2008 – II 332/5112 Ea – 1743 –
(SchIHA 2008 S. 354)

Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel,

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Landessozialgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht in Schleswig.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von

Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

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

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

Bewerbungen werden erbeten bis zum 30. November 2008.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

GSB §§ 1, 5; BGB § 823 II

1. Ist dem Kreditvertrag eine Zweckbestimmung für das Darlehen nicht zu entnehmen, handelt es sich kraft konkludenter Vereinbarung dennoch um Baugeld iSv § 1 Abs. 3 GSB, wenn die kreditgebende Bank dem Bauunternehmer auf Wunsch der Bauherrn die Finanzierung des Bauvorhabens mit einer Bankbescheinigung bestätigt.
2. Empfänger von Baugeld iSv § 1 Abs. 1 S. 1 GSB kann auch sein, wer nicht mit allen Teilen der Errichtung eines Gebäudes befasst ist, wenn er dem Leitbild nach die Rolle eines Generalunternehmers behält.

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Urteil vom 17. April 2008 – 5 U 156/07 n.rkr. –, Te.

Die Kl.in macht gegen den Bekl. als Geschäftsführer der mittlerweile insolventen Firma Baugeschäft B GmbH Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (GSB) geltend. Die Firma B GmbH hatte zunächst ein Angebot an die Eheleute P auf vollständige Errichtung eines Einfamilienhauses zu einer Auftragssumme von 91500,00 € hergegeben. Weil sich die Bauherren dann aber entschlossen, eine sog. Futura-Bodenplatte herstellen zu lassen, gab die Firma B GmbH unter dem 4. Februar 2005 ein weiteres Angebot ab. Danach sollte sich der Preis von 91500,00 € auf 74000,00 € ändern, weil wegen der Entscheidung für die Futura-Bodenplatte die Gewerke bzw. Preise aus der Bau-Leistungsbeschreibung nämlich: „Erdarbeiten, Heizung, Beton, Verlegung von Schweißbahn, Betonsteine und Baustahl, Estrich“ entfielen.

Den Kreditvertrag schlossen die Bauherren unter dem 19. November 2004 mit der Deutschen Genossenschafts-Hypothekenbank AG Hamburg. Es handelt sich nach dem Text des Vertrages um einen grundpfandrechtlich gesicherten Kredit in Höhe von 105500,00 €.

Das Landgericht hat der Klage aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 Abs. 1 GSB stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Bekl., die ohne Erfolg blieb.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

Das Landgericht hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. als Geschäftsführer der insolventen Firma B GmbH aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 Abs. 1 GSB bejaht. Es ist anerkannt, dass der Geschäftsführer einer GmbH aus den §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1, 5 GSB, 14 StGB persönlich schadensersatzpflichtig ist, wenn er vorsätzlich entgegen der Verwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB Baugelder zweckwidrig verwendet hat

(BGH WM 1990, 773 ff. bei Juris Rn. 8 und OLG Dresden, BauR 2000, 585 ff. bei Juris Rn. 11 sowie Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002 Rn. 1869).

1. Entgegen der Auffassung der Berufung kann der Senat feststellen, dass es hier um Baugeld im Sinne von § 1 GSB geht. Nach der Definition des Begriffs in § 1 Abs. 3 GSB muss es sich um Geldbeträge handeln, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baus in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient.

Die Sicherung des Kredits der Deutschen Genossenschafts-Hypothekenbank AG Hamburg an dem zu bebauenden Grundstück ist hier nicht im Streit, wohl aber die Frage, ob der Kredit „zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baus“ gewährt worden ist. Denn unter Berücksichtigung der Vorgabe des Gesetzes ist nicht jeder aus Anlass eines Bauvorhabens gewährte Betrag „Baugeld“. Vielmehr muss der Kredit zur Bestreitung der Kosten des Baus bestimmt und mithin zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer vereinbart worden sein, dass das Darlehen gewährt wird, damit der Darlehensnehmer seine Verbindlichkeiten gegenüber Personen tilgen kann, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk- oder Werklieferungsvertrags beteiligt sind. Die Zweckbestimmung – so hat es der III. Strafsenat des BGH in seinem Urteil vom 11. April 2001

(NJW 2001, 2484 f. bei Juris Rn. 13)

ausgeführt –, dass der ausgezahlte Betrag der Bestreitung der Kosten eines Baus dienen soll, muss Inhalt des Darlehensvertrages sein, nicht aber lediglich Motiv einer der Parteien. Nicht erforderlich ist jedoch, dass diese Zweckabrede ausdrücklich in dem Text des Kreditvertrages niedergelegt worden ist. Es reicht aus, dass sie schlüssig getroffen wurde, weil sich die Parteien darüber einig sind, dass die zugesagten Kreditmittel der Finanzierung eines Bauvorhabens in der genannten Weise dienen sollen

(BGH aaO; Werner/Pastor, aaO, Rn. 1866).

Der Berufung ist Recht zu geben, dass dem Text des Kreditvertrages selbst eine solche Zweckbestimmung nicht zu entnehmen ist. Andererseits steht aber fest und ist unstreitig vorgetragen, dass sich die B GmbH eine Bankbescheinigung vorlegen ließ, in der die kreditgebende Bank die Finanzierung des Bauvorhabens bestätigt hat. Diese Finanzierungsbestätigung lag bei Abschluss des Bauvertrages vor. Hat die darlehensgebende Bank aber sogar nach außen hin gegenüber dem Bauunternehmen bestätigt, dass sie den Bauvertrag finanzieren wird, dann lässt sich daraus im Verhältnis Darlehensgeber zu Darlehensnehmer entnehmen, dass die Kreditmittel in Höhe des gegenüber dem Bauunternehmen geschuldeten Festgeldbetrages zur Bestreitung der Kosten des zu errichtenden Baus dienen sollten und mithin kraft konkludenter Vereinbarung Baugeld sind. Es ist im Übrigen nicht erforderlich, dass der gesamte in einem Kredit eingeräumte Darlehensbetrag Baugeld sein muss

(vgl. Werner/ Pastor, aaO, Rn. 1866 und OLG Dresden BauR 2000, 585 ff. Rn. 13).

Einer Verneinung der Eheleute P über die Frage etwaiger ausdrücklicher Absprachen zur Verwendung des Kredits mit ihrer Bank bedarf es deshalb nicht.

2. Die Firma B GmbH ist entgegen der Annahme der Berufung auch Baugeldempfängerin im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 GSB.

Der Bundesgerichtshof hat stets ausgeführt, dass es dem Schutzzweck des Gesetzes entspreche, den Begriff „Empfänger von Baugeld“ im Interesse der an der Herstellung des Baus Beteiligten weit zu fassen. Unter diesem Aspekt können Bauträger, Generalunternehmer und Generalübernehmer Baugeldempfänger sein. Entscheidend soll nach dem Urteil des BGH vom 16. Dezember 1999

(WM 2000, 735 ff. bei Juris Rn. 13)

sein, dass die Baugeldempfänger hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung bezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmen gebühren, einem Treuhänder angenähert sind. Generalunternehmer und Generalübernehmer seien in aller Regel darüber informiert, ob und inwieweit der Bauherr des Objekts seinerseits durch Hypothek oder Grundschuld gesicherte Gelder verwende. Sie würden darüber bestimmen, wie diese Gelder weiter verwendet würden und hätten insoweit die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen. Der BGH hat diese „Empfänger von Baugeld“ abgegrenzt gegenüber den nur mit einzelnen Teilen des Baus beauftragten Unternehmen, die nicht wie Bauträger, Generalunternehmer oder Generalübernehmer an Stelle des Kreditnehmers über die Finanzierungsmittel verfügen. Eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf diese Unternehmer – im Sachverhalt des zitierten Urteils ging es um eine mit Elektroarbeiten beauftragte Firma, die eine Sub-unternehmerin eingesetzt hatte – würde den Inhalt des Gesetzes unzulässig erweitern. Dann nämlich würde auch eine Haftung des Unternehmers in Rede stehen, der mit dem Werklohn seine Lieferanten oder seine Arbeitskräfte nicht bezahlt habe. Das entspreche nicht dem Schutzzweck des GSB.

Das OLG Düsseldorf hatte sich in seinem Urteil vom 5. November 2004

(OLGR Düsseldorf 2005, 152 ff.)

mit einer Fallgestaltung zu befassen, wo ein Bauunternehmer nur die Tief- und Rohbauarbeiten übernommen hatte, während der Innenausbau und die Gewerke Elektroinstallation, Heizung, Brandwände und Treppen in diesem Auftrag nicht erfasst waren. Die Gewerke Tief- und Rohbau machten bei Gesamtinvestitionen für den Bau von 4,2 Mio. DM ein Auftragsvolumen von 2,89 Mio. DM aus. Das OLG Düsseldorf hat ausgeführt, das fragliche Unternehmen sei nicht als Empfänger von Baugeld anzusehen. Es sei zwar zutreffend – unter Verweis auf die Entscheidung des Strafsenats des BGH, aaO –, dass Baugeld nicht notwendigerweise der gesamte Betrag eines anlässlich des Baus gewährten Darlehens sein müsse. Empfänger von Baugeld sei aber nur, wer umfassend oder doch mindestens zu einem ganz überwiegenden Teil mit der Erstellung des Gebäudes beauftragt sei. Letztlich könne offen bleiben, ob Empfänger von Baugeld auch derjenige sei, dem nahezu alle Arbeiten im Rahmen eines Bauvorhabens übertragen worden seien, sodass nur unwesentliche Restarbeiten verbleiben

würden. Um unwesentliche Restarbeiten gehe es in jenem Fall jedenfalls nicht. Die Ausführungen des BGH

(aaO)

seien dahin auszulegen, dass eine dem Treuhänder vergleichbare Position nur dann bestehe, wenn der Unternehmer volle Verfügungsgewalt über das ausgezahlte Baugeld habe, d. h. einerseits die freie Entscheidung über die Verwendung des Baugelds und andererseits auch eine umfassende Verfügungsgewalt, was den Umfang des Baugelds selbst betreffe. Es sei nicht zulässig eine Differenzierung nach Teilgewerken und einer Mehrzahl von Gewerken vorzunehmen, weil eine sichere Abgrenzung dann im Einzelfall nicht gewährleistet sei und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs mangels zureichender Bestimmtheit auch im Hinblick auf die Strafdrohung in § 5 GSB auf eine unzulässige Analogie hinausliefe. Im Rahmen einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm der Verletzung eines Schutzgesetzes, welches eine Strafdrohung enthalte, müsse die aus strafrechtlicher Sicht gebotene Einschränkung des Anwendungsbereichs im Zivilrecht ebenfalls Berücksichtigung finden.

In der Literatur ist zu dieser Entscheidung die Auffassung vertreten worden, das OLG Düsseldorf hätte im Lichte des BGH-Urteils weiter fragen müssen, ob die GmbH wie ein Treuhänder Baugelder für Nachunternehmer verwahrt habe und ob sie darüber hätte selbständig verfügen dürfen. Denn die treuhänderähnliche Funktion sei das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Eigenschaft des Baugeldempfängers

(Stammkötter in JBR 2005, 1191, Bl. 95 d. A.).

Im vorliegenden Fall wollte die Firma B GmbH nach ihrem ursprünglichen Angebot als Generalunternehmerin das gesamte Einfamilienhaus zu einem Preis von 91.500,00 € errichten. Die Auftragssumme ist dann auf 74.000,00 € reduziert, weil sich „die Bauherren ... für eine Futura-Bodenplatte entschieden haben“

(so das Schreiben der B GmbH vom 4. Februar 2005, Bl. 34 d. A.).

Es würden aus der Bau-Leistungsbeschreibung die Gewerke bzw. Preise für Erdarbeiten, Heizung, Beton, Verlegung von Schweißbahnen, Betonsteine und Baustahl sowie Estrich entfallen. Die Kl.in hat insoweit näher dargelegt – dies kann auch im Internet weiter nachvollzogen werden und war im Übrigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht streitig –, dass es sich bei der „Futura Klima-Bodenplatte“ um ein integriertes System handelt, wo innerhalb der Sohle bereits eine Flächenheizung eingebaut ist und zudem eine geglättete Oberfläche erstellt wird, die belagsfertig ist und weiteren Estrich überflüssig macht. Es ist also aus dem Bauvertrag ein integriertes Gewerk „Bodenplatte“ herausgenommen worden, während die Firma Baugeschäft Kühnemann für sämtliche oberhalb dieser Bodenplatte zu errichtenden Teile des Hauses verantwortlich sein sollte. Der Bauvertrag enthält deshalb auch weiterhin die Formulierung „Der Auftragnehmer errichtet im Auftrag des Bauherren ein Einfamilienhaus“. Nicht bestritten ist der Vortrag der Kl.in in der Berufungserwiderung, dass die Firma B GmbH neben den von ihr selbst ausgeführten Rohbauarbeiten insbesondere die Gewerke Elektroarbeiten, Sanitärarbeiten, Fenster- und Türarbeiten sowie Verputzarbeiten an vier weitere Firmen als Subunternehmer vergeben hat.

Vor diesem Hintergrund ist einerseits festzustellen, dass – bezogen auf die gesamte Errichtung des Hauses und die dafür aufzuwendenden Baukosten – aus dem ursprünglichen Komplettangebot zwar nicht nur ein unwesentlicher Teil herausgenommen worden ist. Andererseits entspricht die von der Firma B GmbH übernommene Aufgabe weiterhin der Aufgabe einer Generalunternehmerin. Sie ist keinesfalls nur mit einzelnen Teilen des Baus beauftragt und hat auch wie eine Generalunternehmerin an Stelle des Kreditnehmers im Rahmen einer treuhänderähnlichen Stellung über die Finanzierungsmittel verfügt, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den mindestens vier nachgeordneten Unternehmen, ihren Subunternehmern, gebühren. Auf eine „wirtschaftliche Betrachtung“ unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Gesetzes hat aber der BGH

(aaO, Rn. 13 f. bei Juris)

deutlich abgestellt. Nicht zu bezweifeln ist auch, dass die Firma B GmbH über die ihr ausgezahlten rund 74.000,00 € die volle Verfügungsgewalt hatte. Sie hatte die tatsächliche Möglichkeit der freien Entscheidung über die Verwendung dieses Baugelds.

Nach Auffassung des Senats ist die genannte GmbH auf der Grundlage der zitierten BGH-Rechtsprechung als Empfängerin von Baugeld iSd GSB anzusehen. Es ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustellen und zu fragen, ob das betreffende

beauftragte Unternehmen wie ein Bauträger oder Generalunternehmer an Stelle des Kreditnehmers über die Finanzierungsmittel im Sinne einer treuhänderähnlichen Stellung verfügt, oder ob es eine derartige Stellung nicht hat, weil es nur mit einzelnen Teilen des Baus beauftragt ist. Damit ist der Anwendungsbereich des GSB auch im Hinblick auf die Strafdrohung in § 5 GSB ausreichend deutlich eingeschränkt und bleibt bestimmbar.

Anders als im Fall des OLG Düsseldorf – wo nur die Tief- und Rohbauarbeiten beauftragt waren – hat die genannte GmbH den Auftrag zur Errichtung eines Einfamilienhauses im Sinne einer Generalunternehmerin erhalten, auch wenn ein abgrenzbarer Teil – nämlich die besondere Bodenplatte – aus dem Auftrag herausgenommen worden ist. Der Fall liegt nicht anders, als wenn nach Abriss eines Altbaubestandes auf der noch erhalten gebliebenen Bodenplatte ein Neubau errichtet wird und dazu einem Unternehmen der Generalauftrag erteilt wird (wie dies etwa nach Zerstörung des Altbaus oberhalb der Bodenplatte durch Brandschaden vorkommen kann).

3. Der Senat folgt nicht der Auffassung der Berufung, die nötige Kenntnis des Bekl., dass es sich bei dem erhaltenen Werklohn um Baugeld im Sinne des § 1 GSB handele, sei nicht dargelegt und lasse sich nicht feststellen.

Zwar muss ein Verstoß gegen § 1 GSB vorsätzlich erfolgen, es reicht aber ein bedingter Vorsatz

(BGH WM 2002, 861 bei juris Rn. 8 ff.).

Hier sind ausreichend konkrete Umstände dargelegt, aus denen der Schluss gezogen werden kann, dass dem Baugeldempfänger Anhaltspunkte dafür vorlagen, es handele sich bei dem von den Bauherren empfangenen Geldern um Fremdmittel, die durch eine Grundschuld oder Hypothek an dem zu bebauenden Grundstück gesichert waren

(zu diesen Kriterien vgl. OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 1999, 398 ff. bei Juris Rn. 30, 32).

Ein bedingter Vorsatz liegt bereits dann vor, wenn der Geschäftsführer der GmbH das Vorliegen von Baugeld billigend in Kauf nimmt. Mit einer Finanzierung über dinglich gesicherte Fremdmittel muss jedenfalls „ab einer gewissen Größenordnung ... bei nahezu allen Bauvorhaben ernsthaft“ gerechnet werden

(OLG Dresden, aaO, bei Juris Rn. 36; Werner/Pastor, aaO, Rn. 1871; vgl. auch BGH WM 2002, 861 bei juris Rn. 11).

Im vorliegenden Fall ist der GmbH unstreitig eine Finanzierungsbestätigung vorgelegt worden. Der Einsatz von Fremdmitteln einer Bank zur Finanzierung des Bauvorhabens war dort mithin bekannt. Der Bekl. hat die seinerzeitige Kenntnis von der grundbuchlichen Absicherung nicht ausreichend bestritten. Denn er hat dazu erstinstanzlich in der Klagerwiderung nur geschrieben: „Ob und in welcher Weise eine Absicherung durch welche Bank erfolgte, entzieht sich der Erinnerung des Bekl.“. Im Übrigen stammt die unstreitig vorgelegte Bankbestätigung von der „Deutschen Genossenschafts-Hypothekenbank AG“, die sich also schon nach ihrem Namen mit grundbuchlich gesicherten Krediten beschäftigt. Vor diesem Hintergrund hatte der Bekl. jedenfalls ausreichende Hinweise für eine grundbuchliche Absicherung. Angesichts der genannten Umstände musste der Bekl. als in der Baubranche tätiger Unternehmer mit der dinglichen Absicherung des Kredits an dem Baugrundstück rechnen, so dass ein bedingter Vorsatz nicht fehlt.

Hatte sich der Bekl. eigens eine Bankbestätigung über die Finanzierung der Baukosten vorlegen lassen, so kann er bei lebensnaher Betrachtung nicht geltend machen, er habe aber nicht sicher gewusst, ob tatsächlich diese Bankmittel später geflossen seien. Unstreitig ist der GmbH der Werklohn über die genannte Bank ausgezahlt worden.

4. Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision nach § 543 II Nr. 2 ZPO zugelassen, weil in Anbetracht der zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht gänzlich geklärt ist, ob Empfänger von Baugeld im Sinne des Schutzgesetzes § 1 Abs. 1 S. 1 GSB auch sein kann, wer nicht mit allen Teilen der Errichtung eines Gebäudes befasst ist, auch wenn er dem Leitbild nach die Rolle eines Generalunternehmers behält.

BGB §§ 123, 144

1. Der Verkäufer einer Immobilie muss sich Angaben „ins Blaue hinein“ des von ihm mit dem Verkauf beauftrag-

ten Maklers als eigene i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, sofern der Makler bei wertender Betrachtung als Hilfsperson des Verkäufers anzusehen ist (§ 278 BGB).

2. Keine Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts dadurch, dass im Rechtsstreit zunächst Schadensersatz und erst im Wege der Klagerweiterung vollständige Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Anfechtung geltend gemacht wird.

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 14. Februar 2008, 7 U 24/06, n.rkr., Sa.

Die Kl. erwarben von den Bekl. durch notariellen Vertrag vom 1. Juli 2004 ein Hausgrundstück in N., das mit einem unterkellerten Einfamilienhaus bebaut ist. Die Bekl. hatten die Immobilie ihrerseits im Jahre 1984 erworben und bis Ende 2003 bewohnt. Im Dezember 2003 beauftragten sie die Zeugin A, eine Maklerin, mit der Vermakelung des Objekts. Im Juni 2004 besichtigte die Kl.in zu 2. gemeinsam mit der Zeugin A das fragliche Haus. Im westlich gelegenen großen Kellerraum des Hauses befand sich an der (südlichen) Außenwand unterhalb des Fensters unstreitig ein „Fleck“; was die Zeugin A auf Nachfrage der Kl.in zu 2. zu dem „Fleck“ erklärte, ist streitig.

Die Zeugin A überzeugte die Kl. letztlich, das Haus zu kaufen. Die Parteien selbst lernten sich erstmals am 1. Juli 2004 anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages, an der auch die Zeugin A teilnahm, kennen. Die Kl. stellten alsbald nach Übergabe des Hauses großflächige Durchfeuchtungen an der südlichen Außenwand des westlich gelegenen großen Kellerraumes fest. Nachdem sie zunächst die Bekl. auf Ersatz von Sanierungskosten in Höhe von rund 7100,00 € sowie Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Mängelbeseitigungskosten in Anspruch genommen hatten, ließen sie mit außergerichtlichem Anwaltschreiben vom 30.6.2005 die Anfechtung des notariellen Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung erklären. Sie machen Rückabwicklung der aufgrund des Kaufvertrages ausgetauschten Leistungen, darüber hinaus Freihaltung von Maklerkosten und Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten geltend.

Die Kl. waren und sind der Auffassung, dass die Bekl. sich falsche Angaben der Maklerin A zu dem „Fleck“ an der Wand des Kellerraumes zurechnen lassen müssten. Die Zeugin A habe auf Nachfrage erklärt, es handle sich um einen Altschaden, dessen Ursache längst beseitigt sei. Der „Fleck“ müsse lediglich abgekratzt und überstrichen werden. Tatsächlich sei es aber so, dass das gesamte Kelleraußenmauerwerk, insbesondere in dem westlich gelegenen Kellerraum, massiv durchfeuchtet sei. Dies müsse auch schon zu Besitzzeiten der Bekl. so gewesen sein, so dass die Bekl. selbst auch arglistig gehandelt hätten, indem sie einen offenbarungspflichtigen Mangel verschwiegen hätten.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und der Widerklage – gerichtet auf Zahlung der vereinbarten Zinsen und des restlichen Kaufpreises – stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die Berufung der Kl. erweist sich – bis auf einen Teil der geltend gemachten Nebenforderungen – als begründet.

Die von den Kl. erklärte Anfechtung des notariellen Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung greift durch, so dass die Bekl. gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1/3 BGB zur Rückzahlung des bereits gezahlten Teilkaufpreises in Höhe von 152000,00 € verpflichtet sind, allerdings nur Zug gegen lastenfreie Rücküberweisung des Hausgrundstückes G in Neumünster, soweit die Lasten von den Kl. verursacht worden sind. Daneben haben die Bekl. die Kl. im Schadensersatzwege (§ 284 BGB) von der Provisionsforderung der Zeugin A für die Vermittlung des Kaufvertrages in Höhe von 6960,00 €, die bislang von den Kl. nicht erfüllt ist, freizuhalten, zudem sind sie letztlich zum Ersatz der Anwaltsgebühren für die Anfechtung des Kaufvertrages verpflichtet. Entsprechend ist die Widerklage der Bekl., die zusammengefasst auf Zahlung der vereinbarten Zinsen bzw. Sicherstellung des restlichen Kaufpreises in Höhe von 48000,00 € gerichtet ist, abzuweisen.

Im Einzelnen:

Das angefochtene landgerichtliche Urteil leidet unter Rechts- und Verfahrensfehlern im Sinne von § 513 Abs. 1 ZPO.

Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob die Bekl. selbst die Kl. arglistig durch Verschweigen eines aufklärungs- pflichtigen Mangels des Hauses – nämlich die großflächige Durchfeuchtung der südlichen Außenwand des westlichen Kellerraumes – getäuscht haben; dafür, dass die Bekl. den Mangel kannten, sprechen zwar gewichtige Umstände, insbesondere die überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen S, dass der Feuchtegehalt im Kalksandsteinmauerwerk in Verbindung mit der lediglich vorhandenen Bodenfeuchtigkeit dafür spreche, dass das Mauerwerk schon seit vielen Jahren feucht sei. Anders als durch eine über Jahre dauernde Durchfeuchtung lasse sich der auffällig hohe Wassergehalt im Kalksandstein nicht erklären. Der Sachverständige geht angesichts dieser Umstände davon aus, dass die südliche Außenwand im Kellerraum schon zu Besitzzeiten der Bekl. durchfeuchtet war. Weiter spricht für eine Kenntnis der Bekl. von der Durchfeuchtungproblematik das widersprüchliche Vorbringen der Bekl.. Während die Beklagte zu 1) in ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat (...) erklärt hatte,

sie habe in den 80er Jahren eine Grundierung aus dem Baumarkt geholt, diese auf die als „Fleck“ bezeichnete Stelle aufgebracht und dann übergestrichen, haben die Bekl. nach Vorlage des Gutachtens des Sachverständigen eingeräumt, die gesamte Wand im Jahre 1986/1987 mit einem Grundierungsanstrich versehen zu haben (...); dies, nachdem der Sachverständige S vor Ort einen entsprechenden Anstrich der Wand festgestellt hatte.

Jedenfalls müssen sich die Bekl. die falschen, ins Blaue hinein erfolgten Angaben der Maklerin A im Rahmen des/der Besichtigungstermine gegenüber den Kl. über Ursache und Beseitigungsmöglichkeiten des „Flecks“ zurechnen lassen. Dabei steht – jedenfalls aufgrund der Beweisaufnahme – fest, dass der für alle Beteiligten offensichtliche „Fleck“ sich so darstellte wie auf dem von den Bekl. selbst zur Akte gereichten Foto ersichtlich, nämlich aus zwei größeren Verfärbungen unterhalb des Fensters der südlichen Außenwand des westlichen Kellerraumes bestehend. Die Zeugin A hat (...) für den Umfang des Flecks auf diese Fotografie verwiesen; auch die Bekl. haben während des gesamten Rechtsstreits den Fleck in dieser Form – eben auch unter Bezugnahme auf die von ihnen zur Akte gereichte Fotografie – beschrieben. Wenn die Bekl. nun im Rahmen des Senatstermins vom 24. Januar 2008 und mit nachgereichtem Schriftsatz vom 25. Januar 2008 den bei der Besichtigung vorhandenen „Fleck“ als den vom Sachverständigen S festgestellten großflächigen Durchfeuchtungen der Wand entsprechend darstellen wollen, ist dies mit ihrem anders lautenden bisherigen Vortrag und dem Beweisergebnis nicht vereinbar, damit unbeachtlich.

Weiterhin steht fest, dass die Zeugin A in ihrer Eigenschaft als von den Bekl. beauftragte Maklerin gegenüber jedenfalls der Kl.in zu 2. falsche Angaben ins Blaue hinein sowohl über die Ursache des „Flecks“ als auch über die Beseitigungsmöglichkeiten gemacht hat. Selbst wenn man davon ausgeht, die Zeugin A habe der Kl.in zu 2. auf deren Nachfrage hin erklärt, es handle sich bei dem Fleck um Ausblühungen, man müsse von außen den Lichtschacht abnehmen und die Bitumenschicht erneuern, und nicht das erklärt hat, was die Zeugin K bekundet hat, nämlich dass die Wand zwar einmal nass gewesen sei, da aber nichts mehr sei, waren diese Angaben ins „Blaue hinein“ falsch.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen S handelt es sich bei den Feuchtigkeitserscheinungen im Keller eben nicht um einen nur unter dem Fenster befindlichen „Fleck“, der durch einfaches Abnehmen des Lichtschachtes und Erneuerung des dortigen Bitumenanstrichs beseitigt werden kann. Vielmehr liegt eine großflächige Durchfeuchtung der Außenwand vor, die ihre Ursache darin hat, dass der ohnehin zu dünn aufgetragene Sperrputz Risse hat, die Wasser von außen eindringen lassen und eine umfangreiche Sanierung der Kelleraußenwände erfordern.

Die Angaben der Zeugin A waren mithin nicht nur objektiv falsch, sondern auch ohne jede Kenntnis der Ursache und der Beseitigungsmöglichkeiten des Mangels erfolgt. Dass es sich um so genannte Angaben „ins Blaue hinein“ handelte, erschließt sich weiterhin daraus, dass die Zeugin ihr vermeintliches Wissen über Ursache und Beseitigungsmöglichkeiten des Mangels von einem Bekannten haben will, einem vermeintlichen „Fachmann“ für Altbausanierung, der ihr gesagt haben will, bei dem Ausblühungsleck handle es sich um das Übliche, nämlich dass der Kellerschacht undicht sei und die Bitumenschicht erneuert werden müsse. Da dieser Bekannte selbst aber auch nur den Fleck gesehen hatte, musste der Zeugin völlig klar sein, dass es sich bei diesen Angaben nur um eine reine Spekulation handeln konnte. Denn weder die Zeugin noch der „Fachmann“ waren auch nur ansatzweise der Ursache des „Flecks“ näher nachgegangen. Die Angaben der Zeugin sollten ganz offenbar nur der Beruhigung der Kl.in zu 2) dienen.

Diese Erklärung der von ihnen beauftragten Maklerin müssen sich die Bekl. als eigene im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB zurechnen lassen (§ 278 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH NJW 1995, S. 2550 ff.; NJW 1996, S. 452; NJW 2001, S. 358 f.)

wird ein Makler als Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB angesehen, wenn ihm von einer der Kaufvertragsparteien die Führung der wesentlichen Vertragsverhandlungen überlassen worden ist, er mit Wissen und Willen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben übernommen hat, die typischerweise der Vertragspartei selbst obliegen oder dem Makler die gesamten Vertragsverhandlungen quasi als Repräsentanten überlassen wurden. Entscheidend kommt es dabei nicht auf die Einräumung von Vertretungsmacht an, sondern darauf, ob bei wertender Be-

urteilung der tatsächlichen Umstände das Verhalten des Maklers dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist

(BGH NJW 1995, S. 2551 mwN);

der Makler muss dabei – von der Vertragspartei zurechenbar veranlasst – Aufgaben übernommen haben, die dem Pflichtenkreis dieser Partei zuzuordnen sind

(BGH NJW 1996, S. 452).

Dabei sind die Einzelfallumstände entscheidend für die Frage, ob ein Vermittler, gleichgültig ob selbständig oder nicht, mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, übernommen hat und so in ihrem Pflichtenkreis tätig geworden ist und zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten ist

(BGH NJW 2001, S. 358).

Die Bekl. hatten der von ihnen beauftragten Maklerin, der Zeugin A, praktisch den kompletten Verkauf ihres Hauses überlassen, bis hin zum Aushandeln des letztlichen Kaufpreises und den Modalitäten der Kaufpreiszahlung. Die Bekl. selbst sind im Rahmen der Anbahnung des Kaufvertrages mit den Kl. diesen gegenüber in keiner Weise tätig geworden, lediglich zur Unterzeichnung des Kaufvertrages sind sie beim Notar aufgetreten. Insbesondere haben sie der Maklerin auch die Besichtigungstermine mit Kaufinteressenten allein überlassen; die Zeugin A hat damit all dies übernommen, was typischerweise Aufgabe eines Verkäufers im Rahmen der Anbahnung eines Grundstückskaufvertrages ist. Bei wertender Betrachtung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, müssen sich die Bekl. die falschen, ins Blaue hinein erfolgten Angaben der Zeugin A zurechnen lassen. Dabei hätte für die Bekl. ohne weiteres bis zur Beendigung der notariellen Beurkundung die Möglichkeit bestanden, sich von den Erklärungen der Maklerin zu distanzieren. Dies haben sie aber gerade nicht getan. Zwar wollte der Bekl. zu 2. nach seinen Angaben im Senatstermin vom 18.1.2007 im Rahmen der notariellen Beurkundung – neben dem stillgelegten Öltank und der fehlenden Genehmigung für den Fahrradschuppen, beides Punkte, die in dem notariellen Kaufvertrag Niederschlag gefunden haben – auch auf den „Feuchtigkeitsschaden im Keller“ hinweisen. Auf die zugrunde liegende Problematik konnte oder wollte der Bekl. zu 2. aber nicht hinweisen, insbesondere wollten die Bekl. sich nach ihrem eigenen Vorbringen nicht von den falschen Angaben ihrer Maklerin distanzieren. Vielmehr sind sie (vgl. Schriftsatz vom 25.1.2008) offenbar immer noch der Ansicht, die Zeugin A habe eigentlich nichts Falsches bekundet.

....

Die Anfechtung ist binnen Jahresfrist (§ 124 Abs. 1/Abs. 2 BGB) erklärt worden; entgegen der Auffassung der Bekl. liegt in der Tatsache, dass die Kl. zuerst „lediglich“ Schadensersatz geltend gemacht haben, auch keine Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts im Sinne von § 144 Abs. 1 BGB. Gerade in der Geltendmachung von Mängelansprüchen – wie hier – liegt keine Bestätigung in dem Sinne, dass daraus der Wille offenbar wird, trotz der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts an diesem festhalten zu wollen

(vgl. Palandt-Heinrichs BGB 67. Aufl. § 144 Rn. 2 a.E. mwN).

Infolge der Anfechtung ist der notarielle Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB), so dass die gegenseitig erfolgten Leistungen gemäß §§ 812 ff BGB rückabzuwickeln sind. Maßgeblich für den Umfang der jeweiligen Bereicherung ist § 818 BGB; der Anspruch geht dabei auf den Saldo der Bereicherung (so genannte „Saldotheorie“), wobei der Bereicherungsgläubiger eine ungleichartige Gegenleistung seines Vertragspartners bei der Geltendmachung berücksichtigen muss, sei es im Klageantrag, sei es, dass der Anspruch einredeweise geltend gemacht wird

(vgl. BGH NJW 2001, S. 1863 ff. [1864]);

dem haben die Kl. durch ihren Zug um Zug-Antrag Rechnung getragen....

Zinsen auf den gezahlten (Teil-)Kaufpreis können die Kl. für den Zeitraum bis zur prozessualen Geltendmachung des Rückzahlungsanspruches (§ 291 BGB) nur in Höhe tatsächlicher oder potentieller Nutzungen des Geldes durch die Bekl. geltend machen. Der Senat schätzt die Zinsen für diesen Zeitraum auf 2% p.a., die durchschnittliche Höhe des Spareckzinses.

Die den Bekl. zurechenbare arglistige Täuschung stellt zugleich eine deren Schadensersatzpflichten begründende Pflichtverletzung dar. Diese Pflichtverletzung führt zu einem Freihalteanspruch von der bislang nicht gezahlten Maklerprovision, die als

„vergebliche Aufwendungen“ im Sinne von § 284 BGB anzusehen ist; zugleich sind die Bekl. zur Erstattung der nicht anrechenbaren vorgerichtlichen anwaltlichen Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Erklärung der Anfechtung des notariellen Kaufvertrages verpflichtet, deren Höhe unstrittig ist.

Eine Verzinsung des Freihalteanspruches kommt dabei nicht in Betracht, zumal Ansprüche der Maklerin gegen die Kl. ohnehin kaum (mehr) gegeben sein dürften.

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Bekl. – sofern zu ihren Gunsten eine Restkaufgeldhypothek gem. § 2 Ziff. 2 b) des notariellen Kaufvertrages vom 1.7.2004 eingetragen sein sollte – im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages verpflichtet sind, die Löschungsbewilligung für eine solche Hypothek zu erteilen.

BGB § 280

Zu den Pflichten eines Rechtsanwaltes gehört es, Klaganträge so zu formulieren und zu stellen, dass damit das klägerische Rechtsschutzziel erreicht, das klägerische Interesse im Falle des Obsiegens durchgesetzt werden kann.

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 31. Januar 2008 – 11 U 11/07 –, Scho. –

Die Kl.in nimmt die Bekl. wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags auf Schadensersatz in Anspruch. Die Bekl. vertraten die Kl.in im Jahre 2001 im Rahmen eines Rechtsstreits gegen die A AG, mit dem die Kl.in den Anschluss einer Windkraftanlage (im Folgenden: WKA) an das Netz der A AG erreichen wollte. Die seinerzeit vor dem Landgericht Itzehoe erhobene Klage gegen die A AG wurde rechtskräftig auf Kosten der Kl.in abgewiesen. Die Kl.in ist der Auffassung, dass dies auf eine Schlechterfüllung der anwaltlichen Pflichten der Bekl. zurückzuführen sei. Sie begehrt deshalb den Ersatz der von ihr zu tragenden Kosten des Rechtsstreits gegen die A AG.

Das Landgericht hat die Klage gegen die Bekl. mit Urteil vom 14. Dezember 2006 abgewiesen.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl.in hat in der Sache Erfolg. Die Kl.in hat nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Schlechterfüllung anwaltlicher Pflichten gegen die Bekl.

Dabei kann offen bleiben, ob die Bekl. ihre anwaltlichen Pflichten dadurch verletzt haben, dass sie in dem Rechtsstreit 5 O 88/01 vor dem Landgericht Itzehoe unzureichend zur Frage der Ablehnung eines Netzanschlusses durch die A AG vorgetragen und Beweis angeboten haben. Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob es als eine Verletzung anwaltlicher Pflichten zu bewerten ist, dass die Bekl. den besagten Rechtsstreit 5 O 88/01 nicht für erledigt erklärt haben.

Die Bekl. haben die ihnen gegenüber der Kl.in obliegenden anwaltlichen Pflichten jedenfalls dadurch schuldhaft verletzt, dass sie einen Klageantrag empfohlen und in dem Rechtsstreit 5 O 88/01 gestellt haben, der nicht dem erklärten Rechtsschutzziel der Kl.in entsprach.

Die Kl.in wollte nach ihrem Vortrag mit der Klage gegen die A AG erreichen, dass ihre WKA an dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt angeschlossen wurde und die A AG alle Netzdaten offen legte, mit denen sich feststellen ließ, ob der von der A AG angebotene Verknüpfungspunkt technisch und wirtschaftlich am günstigsten war.

Diesem Vorbringen sind die Bekl. nicht hinreichend entgegengetreten. Für dessen Richtigkeit spricht im Übrigen auch das Informationsschreiben der Kl.in vom 9.5.2001.

Nach dem somit zugrunde zu legenden Vortrag der Kl.in ging es ihr darum, den Anschluss an einem bestimmten, für sie technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt durchzusetzen und zu diesem Zweck die Daten zu erhalten, mit denen sie selbst ermitteln und kontrollieren konnte, welcher Anschlusspunkt technisch und wirtschaftlich am günstigsten war. Dieses Ziel konnte mit dem tatsächlich in dem Rechtsstreit 5 O 88/01 gestellten Klageantrag nicht erreicht werden, weil er nur allgemein auf den Anschluss an das Netz der A AG gerichtet war, ohne einen bestimmten Standort zu benennen. Richtigerweise hätte die Kl.in (Stufen-)Klage auf Auskunft über die technischen Gegebenheiten erheben und nach der Auskunftserteilung beantragen müssen, die A AG zu verurteilen, ihre – der Kl.in – WKA an dem nach der Auskunft wirtschaftlich und technisch günstigsten Verknüpfungspunkt anzuschließen.

Das hätten die Bekl. bei gehöriger Sorgfalt auch erkennen können und die Kl.in entsprechend beraten müssen.

Wenn sie so vorgegangen wären, hätte die Kl.in in dem Prozess gegen die A AG die Anträge gestellt, die ihrem erklärten Rechtsschutzziel entsprachen. Dann hätte sie in diesem Rechtsstreit obsiegt und die von ihr als Schaden geltend gemachten (der Höhe nach unstrittigen) Prozesskosten in Höhe von 8392,77 € nicht tragen müssen.

BGB §§ 1896, 1906 I Nr. 2

Die Erweiterung der Betreuung auf die Aufgabenkreise Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung mit dem Ziel der Unterbringung des Betroffenen zur Heilbehandlung ist nur erforderlich, wenn eine Heilbehandlung in einer geschlossenen Einrichtung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB überhaupt in Betracht kommt, das heißt, diese nach einer vorläufigen Einschätzung Erfolg versprechend und nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unumgänglich erscheint.

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 19. April 2007 – 2 W 5/07 –, Sch.

Im Jahre 1991 erlitt der Betroffene bei einem Verkehrsunfall ein schweres Schädel-Hirntrauma unter dessen Folgen er bis heute zu leiden hat. Im Jahre 1993 richtete das Amtsgericht für ihn eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen Vermögenssorge, Rentenangelegenheiten und Behördenangelegenheiten ein. Mit Beschluss vom 5.8.1999 verlängerte das Amtsgericht die Betreuung. Mit Beschluss vom 1.8.2000 erweiterte das Amtsgericht die Betreuung um den Aufgabenkreis „Regelung der Postangelegenheiten“. Mit Beschluss vom 16.10.2002 erweiterte das Amtsgericht die Betreuung um den Bereich Regelung der Wohnungsangelegenheiten und ordnete für diesen Bereich einen Einwilligungsvorbehalt an. Mit Beschluss vom 7.11.2004 verlängerte das Amtsgericht die bestehende Betreuung einschließlich der angeordneten Einwilligungsvorbehalte mit einer Überprüfungsfrist zum 16.11.2009. Mit Beschluss vom 12.10.2006 hat das Amtsgericht die bestehende Betreuung um die Bereiche Recht zur Aufenthaltsbestimmung einschließlich einer freiheitsentziehenden Maßnahme (§ 106 Abs. 1 und Abs. 4 BGB), sowie Recht zur Gesundheitsfürsorge (Untersuchung des Gesundheitszustandes, Durchführung einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs) erweitert. Gegen diesen Beschluss hat der Betroffene am 20.10.2006 Beschwerde eingelegt.

Mit Beschluss vom 17.11.2006 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Nach Schilderung der in der jüngeren Vergangenheit aufgetretenen Impulsdurchbrüche und deren Folgen hat das Landgericht folgendes ausgeführt: „Diese auf der chronischen Erkrankung des Betreuten beruhenden Aggressionsdurchbrüche bedingen es, dem Betreuer in Krisensituationen die Möglichkeit zu geben, die erforderlichen Maßnahmen einzuleiten, um weitere Schäden von dem Betreuten abzuwenden. Hierzu ist die Erweiterung auf die vom Amtsgericht angeordneten weiteren Aufgabenkreise erforderlich.“

Gegen diesen ihm am 17.11.2006 zugestellten Beschluss hat der Betroffene sofortige weitere Beschwerde einlegen lassen.

Aus den Gründen

Die gemäß den §§ 20, 27, 29 FGG zulässige weitere Beschwerde des Betroffenen hat in der Sache mit der Maßgabe Erfolg, dass die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen ist. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung, §§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO.

Das bisher in den Akten dokumentierte Ergebnis der Ermittlungen rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Voraussetzungen des § 1896 BGB für die Erweiterung der Betreuung um die Aufgabenkreise Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung derzeit gegeben sind.

Zwar leidet der Betroffene unter einer psychischen Erkrankung im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB, nämlich einem hirnganischen Psychosyndrom, mit den in den ärztlichen Sachverständigengutachten beschriebenen Folgeerscheinungen.

Das Landgericht hat aber nicht hinreichend geklärt, ob eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung auch erforderlich im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB ist.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Anordnung einer Betreuung mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung mit der Befugnis zur Unterbringung, die auf eine Unterbringung zur Heilbehandlung abzielt, nur erforderlich, wenn eine Behandlung des Betroffenen in einer geschlossenen Einrichtung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB überhaupt in Betracht kommt, d. h. diese bei einer vorläufigen Einschätzung Erfolg versprechend und nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unumgänglich erscheint, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung abzuwenden

(Senat Beschluss vom 23.5.2005, 2 W 11/05, OLGR Schleswig 2005, 546 = BtPrax 2005, 196).

Entsprechendes muss gelten, wenn die Erweiterung der Betreuung um den Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung und Befugnis zur Unterbringung zum Zwecke der Abwehr einer erheblichen Ei-

gengefährdung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfolgen soll. Es müssen dann konkrete krankheitsbedingte Ereignisse feststehen, aus denen sich mit erforderlicher Wahrscheinlichkeit auf die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung oder einer Selbsttötung schließen lässt

(Senat Beschluss vom 7.5.2003, 2 W 73/03, OLGR Schleswig 2003, 391 = BtPrax 2003, 223).

Dabei ist zu beachten, dass die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur diesen Zwecken dient und nicht etwa der Abwehr einer Fremdgefährdung, die zwar zu einer Unterbringung nach PsychKG führen kann, eine Unterbringung des Betroffenen nach § 1906 BGB aber nicht zu rechtfertigen vermag.

Die in der angefochtenen Entscheidung getroffenen Feststellungen genügen diesen Anforderungen nicht.

Sowohl die Entscheidung des Amtsgerichts als auch die angefochtene Entscheidung begründen die Erforderlichkeit der Erweiterung der Betreuung damit, dass dem Beteiligten zum Zwecke der Krisenintervention ein Instrument an die Hand gegeben werden sollte, das es ermöglichen sollte, den Betroffenen im Falle eines Impulsdurchbruches kurzfristig geschlossen unterzubringen.

Inwiefern eine derartige Unterbringung, zu deren alleinigem Zweck im vorliegenden Fall die Erweiterung der Betreuung um die Aufenthaltsbestimmung vorgenommen wurde, zur Abwendung einer erheblichen Selbstgefährdung des Betroffenen im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB erforderlich sein soll, ergibt sich weder aus den gerichtlichen Beschlüssen, noch aus dem ärztlichen Sachverständigengutachten der Sachverständigen Dr. V. Bei den von der Sachverständigen beschriebenen und auch in der Akte hinreichend dokumentierten Impulsdurchbrüchen des Betroffenen ist es zwar schon mehrfach zu Sachbeschädigungen und bedauerlicher Weise auch zu Tötlichkeiten gegenüber der Ehefrau gekommen. Dieses Verhalten für sich genommen kann eine Unterbringung nach BGB jedoch nicht rechtfertigen, sondern bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen lediglich zu einer Unterbringung wegen Fremdgefährdung nach PsychKG führen. Sofern der Betroffene im Rahmen der Impulsdurchbrüche keine eigengefährdenden Handlungen begeht oder er infolge seines Verhaltens nicht anderweitig Gefahr läuft, eine erhebliche Selbstschädigung zu erleiden, kommt eine Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht in Betracht. Zu diesen gesetzlichen Voraussetzungen einer Unterbringung nach BGB enthalten weder die angefochtene Entscheidung noch die Entscheidung des Amtsgerichts tragfähige Feststellungen. Da sich darüber hinaus aus dem Sachverständigengutachten noch aus den Berichten des Beteiligten noch aus dem übrigen Akteninhalt tragfähige Anhaltspunkte dafür ergeben, welcher Art die Selbstgefährdung des Betroffenen sein könnte – von Suizidgedanken des Betroffenen berichtete zuletzt die Vorbetreuerin im Jahre 2003 – kann der Senat hierzu keine eigenen Feststellungen treffen. Unter diesen Umständen ist die Erweiterung der Betreuung um den Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung – zum Zwecke der Unterbringung zur Abwehr der Eigengefährdung – nicht hinreichend begründet.

Das Gleiche gilt für die Erweiterung der Betreuung um den Aufgabenkreis Gesundheitsvorsorge – wiederum verbunden mit den Aufgabenkreisen Aufenthaltsbestimmung und der Befugnis zur Unterbringung zum Zwecke der Heilbehandlung. Warum der Aufgabenkreis der Gesundheitsvorsorge zum gegenwärtigen Zeitpunkt erforderlich geworden sein soll, nachdem der Betroffene, der immerhin bereits seit 1993 einen Betreuer hat, bislang stets ohne Betreuung in diesem Bereich ausgekommen ist, wird in der angefochtenen Entscheidung und der Entscheidung des Amtsgerichts nicht näher ausgeführt. Auch in dem Sachverständigengutachten finden sich hierzu keine tragfähigen Angaben. Die Sachverständige, die die Erweiterung der Betreuung um den Aufgabenkreis Gesundheitsvorsorge im Übrigen überhaupt nicht ausdrücklich empfohlen, sondern lediglich im Zusammenhang mit Aufenthaltsbestimmung und BGB Unterbringung erwähnt hat, dass diese eine Heilbehandlung des Betroffenen „ermöglichen“ könne, hat nicht dargelegt, in welcher Art und Weise eine Heilbehandlung der Anlasserkrankung des Betroffenen durchgeführt werden könnte und ob die Durchführung der Heilbehandlung die Erweiterung der Betreuung um den Bereich der Gesundheitsvorsorge aus ärztlicher Sicht notwendig machen würde. Die bloße Beschreibung der während des Klinikaufenthaltes des Betroffenen zur Zeit der Begutachtung verabreichten Medikation kann eine nachvollziehbare Darlegung eines Therapiekonzepts nicht ersetzen. Damit fehlen

der Erweiterung der Betreuung um den Aufgabenkreis Gesundheitsvorsorge schon unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten – die Vorschriften der §§ 68b Abs.1 S.1 69i Abs. 1 S. 1 FGG verlangen vor bei jeder nicht unwesentlichen Erweiterung der Betreuung die Einholung eines Sachverständigen über deren Notwendigkeit – die erforderlichen Grundlagen. Dieser wesentliche Mangel schlägt auch auf die Erweiterung des Aufgabenkreises Aufenthaltsbestimmung – verbunden mit der Befugnis der Unterbringung des Betroffenen zum Zwecke der Heilbehandlung – durch, da ohne tragfähige Ausführungen zu einer Heilbehandlung naturgemäß nicht festgestellt werden kann, dass eine solche Behandlung so dringend erforderlich wäre, dass sie eine geschlossene Unterbringung des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erforderlich machen würde. Mit diesen Fragen haben sich weder das Amtsgericht noch das Landgericht in ihren Beschlüssen im Einzelnen auseinandergesetzt.

Da sich anhand des Akteninhalts zu den angesprochenen Fragen, insbesondere zu der Frage der erheblichen Eigengefährdung und der Erforderlichkeit einer Heilbehandlung keine Feststellungen treffen lassen, war der angefochtene Beschluss aufzuheben und zur Durchführung weiterer Ermittlungen an das Landgericht zurückzuverweisen.

Strafrecht

StVollzG §§ 7, 111, 113, 114 II, 116

Die Verpflichtung zur Neubescheidung eines zuvor abgelehnten Antrags auf Vollzugslockerungen kann die Justizvollzugsanstalt nicht schon durch (ablehnende) Fortschreibung des Vollzugsplanes erfüllen.

Kommt die Justizvollzugsanstalt einer gerichtlich angeordneten Bescheidungsverpflichtung nicht nach, ist hiergegen – erforderlichenfalls erneut – ein Vornahmeantrag (§ 113 StVollzG) statthaft.

SchlHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 8. April 2008 – 2 VollzWs 123/08 (77/08) –, Pr.

Der Ast. verbüßt u. a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs seiner Tochter in Tateinheit mit Vergewaltigung eine Freiheitsstrafe von vier Jahren. Das Strafende wird zum 17. Juni 2008 eintreten. In der Hauptverhandlung hatte der Ast. bestritten, die ihm vorgeworfenen Taten begangen zu haben und hat sich auch im Strafvollzug auf diesen Standpunkt gestellt. Therapieversuche waren deshalb nicht erfolgreich.

Einen am 22. April 2007 gestellten Antrag auf Gewährung eines 90-minütigen unbegleiteten Ausgangs innerhalb von N. wies die Ag.in. mit Bescheid vom 10. Mai 2007 zurück. Das nach Durchführung des Vollzugsbeschwerdeverfahrens durchgeführte gerichtliche Verfahren endete mit durch Beschluss des Senats vom 4. Oktober 2007 – 2 Vollz Ws 392/07 (veröffentlicht in SchlHA 2007, 542 ff.) – ausgesprochener Aufhebung des erwähnten Bescheides und der Verpflichtung der Ag.in., den Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

Dieser Verpflichtung kam die Ag.in. bisher nicht im Sinne einer ausdrücklichen und förmlichen Bescheidung nach. Allerdings erstellte die Ag.in. am 30. Oktober 2007 für den Ast. einen neuen Vollzugsplan, in dem es u. a. hieß:

„Nach Auswertung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Schleswig-Holstein vom 4. 10. 2007:

Weiterhin Gewährung von Ausführungen zweckbezogen zur Entlassungsvorbereitung und aus sozialen Gründen.

Bei beanstandungsfreiem Verlauf einer weiteren Ausführung und nach vorheriger Einholung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft Itzehoe gemäß VV Nr. 7 Abs. 4 zu § 11 StVollzG Prüfung der Gewährung von Ausgängen mit der Weisung „in Begleitung“...“.

Nach den Feststellungen der Strafvollstreckungskammer wurde eine Wiederholungsfrist von 3 Monaten notiert. Ausweislich eines nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens zur Akte gelangten Schriftsatzes des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers vom 4. März 2008 habe die Ag.in. – dies ergibt sich jedenfalls aus einer beigefügten Anlage – am 25. Februar 2008 den Vollzugsplan erneut fortgeschrieben mit dem Text

„Weiterhin Gewährung von Ausgängen mit der Weisung „in Begleitung“.

Die Gewährung weitergehender Vollzugslockerungen kommt vorerst nicht in Betracht.

...

Wvl zur Überprüfung nach 2 Monaten (Entlassung)“.

Die Strafvollstreckungskammer hat mit Beschluss vom 22. Februar 2008 das als solches ausgelegte Begehren des Antragstellers auf Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats und auf Gewährung eines unbegleiteten Ausgangs von mindestens 90 Minuten innerhalb des Stadtgebietes von Neumünster zurückgewiesen. Ersichtlich gehe es dem Ast. um einen Vornahmeantrag wegen Untätigkeit der Ag.in. i. S. d. § 113 StVollzG, also um die Rechtmäßigkeit des „Liegenlassens“ des ursprünglich fehlerhaft abgelehnten Antrags vom 22. April 2007. Von einem „Liegenlassen“ könne jedoch nicht die Rede sein, da die Ag.in. den Ast. zwar nicht förmlich beschieden, aber doch den Vollzugsplan fortgeschrieben habe. Hiergegen hätte der Ast. sich nach Durchführung des vorgeschriebenen Vorschaltbeschwerdeverfahrens im Wege einer Anfechtung gesondert wenden können, was nicht erfolgt sei.

Das Landgericht wird im Zuge der weiteren Ermittlungen ein ergänzendes Sachverständigen Gutachten zu der Frage einzuholen haben, ob aus ärztlicher Sicht die Erweiterung der Betreuung auf den Aufgabenkreis Gesundheitsvorsorge erforderlich ist und ob die Voraussetzungen für eine Unterbringung des Betroffenen nach § 1906 BGB vorliegen. Dabei genügt ein Gutachten, dass sich in der Aufzählung der von dem Betroffenen begangenen fremd-aggressiven Handlungen und einem Hinweis auf seine Impulsdurchbrüche erschöpft, den inhaltlichen Anforderungen an ein Sachverständigen Gutachten nach § 68b FGG nicht, darüber hinaus begegnet auch die Erstattung eines Gutachtens „nach Aktenlage“ in diesem Zusammenhang durchgreifenden Bedenken

(vgl. BayObLG BtPrax 1999, 195; KG FamRZ 1995, 1379; Brandenburgisches OLG FamRZ 2001, 40).

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass sich weder das Amtsgericht, noch das Landgericht mit der Frage auseinandergesetzt haben, ob die Voraussetzungen für die Erweiterung einer Betreuung gegen den Willen des Betroffenen nach § 1896 Abs.1a BGB vorliegen, auf diese weitere verfahrensfehlerhaft unterblieben Tatsachenfeststellung kommt es nach dem oben Gesagten allerdings nicht mehr an.

Gegen diese Entscheidung wendete sich der Ast. mit fristgerecht durch seinen Verfahrensbevollmächtigten eingelegter Rechtsbeschwerde, mit welcher er die Missachtung des Senatsbeschlusses vom 4. Oktober 2007 – 2 Vollz Ws 392/07 – durch die Ag.in. rügt.

Die Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Zurückverweisung der Sache an die Strafvollstreckungskammer.

Aus den Gründen

Die in rechter Frist und rechter Form angebrachte Rechtsbeschwerde ist im Sinne des § 116 StVollzG statthaft und hat auch in der Sache insoweit – vorläufigen – Erfolg, wie die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an die Strafvollstreckungskammer zurückzuverweisen war.

1. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde im Sinne des § 116 Abs. 1 StVollzG folgt bereits daraus, dass die Fallgestaltung die – vom Senat bisher nicht beschiedene – verallgemeinerbare Rechtsfrage aufwirft, ob die Ag.in. der mit Senatsbeschluss vom 4. Oktober 2007 – 2 Vollz Ws 392/07 – ausgesprochenen Verpflichtung zur Neubescheidung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats schon durch die bisherige Fortschreibung des Vollzugsplanes nachgekommen ist.

2. Aber auch in der Sache hat die Rechtsbeschwerde jedenfalls dem Grunde nach – vorläufigen – Erfolg, weil diese Rechtsfrage in dem angefochtenen Beschluss der Strafvollstreckungskammer er nach Auffassung des Senats unzutreffend zu Lasten des Ast. beantwortet worden ist.

a) Beizupflichten ist der Strafvollstreckungskammer allerdings zunächst darin, dass sie angesichts der bisher erfolgten förmlichen Nichtbescheidung des Ast. in der von diesem erhobenen Untätigkeitsbeschwerde i. S. d. § 113 StVollzG einen geeigneten Weg zur Verfolgung des Bescheidungsinteresses des Ast. gesehen hat. Dieser – u. a. auch bereits vom OLG Celle in NStZ 1990, 207 f. grundsätzlich für zulässig erachtete – Weg trägt dem Umstand Rechnung, dass das Strafvollzugsgesetz zur Vollstreckung gerichtlicher Vornahmeverpflichtungen kein gesondertes Vollstreckungsinstrumentarium bereit hält. Denn offensichtlich ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Strafvollzugsbehörden Gerichtsentscheidungen respektieren werden oder diese Respektierung jedenfalls durch die im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß § 111 Abs. 2 StVollzG zu beteiligende Aufsichtsbehörde im Wege der Dienstaufsicht durchgesetzt werden kann

(ebenso im Ergebnis Kamann/Volkart in Feest (Hrsg), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl., Rn. 81 zu § 115 StVollzG).

Der Senat hält diese Erwartung angesichts der im Strafvollzug strikten aufsichtsrechtlichen Gegebenheiten als keinesfalls für unberechtigt und daher in Übereinstimmung mit der schon bisher ergangenen Rechtsprechung

(OLG Frankfurt, NStZ 1983, 335; OLG Karlsruhe ZfStrVO 2004, 315)

auch nicht etwa § 172 VwGO (Anordnung eines Zwangsgeldes) für entsprechend anwendbar.

Anderes folgt auch nicht aus der gemäß Artikel 19 Abs. 4 GG zu gewährleistenden Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes. Denn kommt eine Behörde ihrer Verpflichtung zur Neubescheidung ohne Angaben nachvollziehbarer Gründe nicht nach, ist dieser Umstand im durch § 113 StVollzG erneut eröffneten Verfahren der freien Würdigung des Gerichts zugänglich. Stellt sich danach die Verweigerung der begehrten Maßnahme immer noch als Überschreitung von Beurteilungsspielraum oder Ermessensgrenzen dar und sind auch keine anderweitigen Gründe ersichtlich, die der begehrten Maßnahme entgegen stehen, kann das Gericht nach Lage des Einzelfalles durchaus von einer Reduzierung des Einschätzungs- sowie Entscheidungsermessens ausgehen und selbst die Verpflichtung der Behörde zur Gewährung der begehrten Maßnahme aussprechen. Falls das Begehren eines Ast. sich durch Zeitablauf zu erledigen droht, kann insoweit gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG diese Entscheidung auch im Wege einer einstweiligen Anordnung getroffen werden.

b) Nicht zu teilen vermag der Senat indessen die Auffassung der Strafvollstreckungskammer, dass ein Fall unzulässigen „Liegenlassens“ schon wegen der unstreitig erfolgten Fortschreibung des Vollzugsplanes nicht vorliege.

Der Senat hatte nämlich in seinem schon erwähnten Beschluss vom 4. Oktober 2007 – 2 VollzWs 392/07 – die Ag.in. nicht zu irgendeiner in näherem oder weiterem Zusammenhang zur begehrten Entscheidung stehenden Aktivität verpflichtet, sondern nach Aufhebung der als ermessensfehlerhaft erachteten Bescheide der Ag.in. vom 10. Mai 2007 sowie des entsprechenden Beschwerdebescheides vom 5. Juli 2007 zur exakt sich mit dem zugrunde liegenden Begehren des Ast. befassenden Neubescheidung. Dieser Verpflichtung ist die Ag.in. nicht schon durch die bloße Fortschreibung des Vollzugsplanes nachgekommen.

Zwar soll nicht verkannt werden, dass der Gefangene grundsätzlich ein Recht auf Erstellung und ggf. Fortschreibung eines Vollzugsplanes in schriftlicher Form unter Beteiligung der Vollzugsplankonferenz hat (§ 7 Abs. 1 StVollzG) und dieser Vollzugsplan dem Gefangenen und den Vollzugsbediensteten als Orientierungsrahmen für den Ablauf des Vollzuges sowie für die Ausgestaltung der einzelnen Behandlungsmaßnahmen dient. Aufgrund dieser Vorwirkung des Vollzugsplanes sind dessen Aufstellung bzw. Fortschreibung als solche auch grundsätzlich gesondert anfechtbar

(zutreffend OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2. Oktober 2007 – 1 Ws 64/07 L – StraFO 2007, 519 ff.).

Allerdings ändert dies nichts daran, dass Vollzugsplan und Einzelmaßnahme des Vollzuges zueinander im Verhältnis von Grundsatz und Einzelakt stehen. Trotz der eine Maßnahmenart grundsätzlich befürwortenden oder ablehnenden Planung vermag im Einzelfall eine begehrte Maßnahme gleichwohl verweigert oder gewährt zu werden. Die Existenz des Vollzugsplanes beeinflusst insoweit die Begründungslast dahin, dass Abweichungen von der generellen Planung im Einzelfall gesondert zu begründen sind

(s. nur OLG Frankfurt ZfStrVO 1985, 170 f.).

Selbst wenn die Ag.in. in rechtlich nicht zu beanstandender Weise bisher auf die Aufnahme der Planung von Lockerungen in Gestalt unbegleiteter Ausgänge in die generelle Vollzugsplanung verzichtet haben sollte, enthebt sie dies folglich nicht der Pflicht, einen konkreten Lockerungswunsch auch konkret zu bescheiden. Dies muss um so mehr gelten, wenn sie – wie hier – diesen Weg auch eingeleitet hatte und die zunächst ergangene Bescheidung lediglich als ermessensfehlerhaft aufgehoben worden war. Liegt es derart und folgte – wie vorliegend – die Abänderung der Vollzugsplanung zeitlich nach, wird zudem die Ag.in. ihre Verpflichtung zur Offenlegung der konkreten Gründe ihrer Ausübung von Beurteilungsspielraum und Entscheidungsermessens nicht dadurch verkürzen können, dass sie sich pauschal auf eine zwischenzeitlich erfolgte Änderung der Vollzugsplanung zurückzieht. Denn bei pflichtgemäßen Handeln hätte die Ag.in. den Ast. nämlich schon zuvor oder allenfalls zeitgleich mit der Fortschreibung der Vollzugsplanung bescheiden müssen.

c) Als Rechtsbeschwerdegericht vermag der Senat nicht festzustellen, welches Stadium die Vollzugsplanung inzwischen erreicht hat, wie die begleiteten Ausführungen verlaufen sind ob und auf welche Weise und mit welchen Gründen zwischenzeitlich vielleicht die Ag.in. den Ast. doch beschieden haben könnte. Auch vermag allein das erstinstanzliche Gericht eine etwa nach Aussetzung im Sinne des § 113 Abs. 2 Satz 1 StVollzG erfolgte

Bescheidung als Erweiterung des bisherigen Sachverhalts festzustellen und im ersten Zugriff gerichtlich zu überprüfen. Von daher ist die Sache nicht entscheidungsfähig (§ 119 Abs. 4 Satz 2 und 3 StVollzG) und zur erneuten Befassung der Strafvollstreckungskammer an diese zurückzuverweisen.

MVollzG Schl.-H. §§ 2, 17; StVollzG § 136, 138 III, 116; StGB § 63

- 1. § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H. ist verfassungsgemäß. Allerdings sind Vollzugslockerungen bei günstiger Gefährdungsprognose bereits bei neutralen Auswirkungen für den Therapieerfolg zu gewähren (verfassungskonforme Auslegung von § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 MVollzG Schl.-H.). Auch muss die Gefährdungsprognose aufgrund konkreter Tatsachen bezogen auf die konkrete Lockerungsmaßnahme gestellt werden (verfassungskonforme Auslegung von § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 MVollzG Schl.-H.).**
- 2. Zweck der Unterbringung im Maßregelvollzug ist es, den Untergebrachten durch therapeutische Maßnahmen so weit zu heilen, dass er nicht mehr defektbedingt „erhebliche Straftaten“ (§63StGB) begehen wird. „Mangelnde Offenheit“ oder „Unzuverlässigkeiten“ des Untergebrachten können die Versagung einer Vollzugslockerung daher nur rechtfertigen, wenn sich aus einem hinreichend konkreten Verhalten spezifische Anzeichen für die fortbestehende Gefahr der defektbedingten Begehung erheblicher Straftaten ergeben.**

SchiHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 9. April 2008 – 2 VollzWs 42/08 (20/08) –, Pr.

Der Ast. ist bei dem Ag. aufgrund eines Urteils des Landgerichts Lübeck vom 7. Juni 1999 zum Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB untergebracht. Anlass waren u.a. sexuelle Nötigung und Beleidigung, nachdem der Ast. schon zuvor durch exhibitionistische Handlungen aufgefallen war. Das seinerzeit erkennende Gericht war – sachverständig beraten – vom Vorliegen schwerer Persönlichkeitsstörungen ausgegangen, die durch eine erhebliche Selbstwertproblematik und unverarbeitete, abgehaltene Aggressivität mit Streben nach direkter Erfüllung von Kontaktwünschen und mit aggressiven Impulsen in Zurückweisungs- und Kränkungsituationen gekennzeichnet waren.

Im Laufe des Klinikaufenthaltes machte der Ast. nach Einschätzung des Ag. beachtliche Fortschritte, und zwar sowohl aufgrund seit Dezember 2005 einvernehmlich zur Triebdämpfung erfolgenden Behandlungen mit Androcur als auch bei der Arbeit an seinen Persönlichkeitsdefiziten im Rahmen psychotherapeutischer Behandlung. Deshalb konnte der Ast. am 13. Juni 2006 in den wenig gesicherten Klinikbereich auf die Station FN 10 verlegt werden. Dem Ast. wurden in der Folgezeit auch Ausgänge in Personalbegleitung ebenso erlaubt wie Gruppenausführungen in die Stadt N. Zur Zeit ist der Ag. den Feststellungen des angefochtenen Beschlusses zufolge mit der Prüfung befasst, ob dem Ast. Geländeausgänge in Begleitung seiner Partnerin gewährt werden können.

Seit seiner ausdrücklichen Antragsstellung durch die Antragstellervertreterin mit Schriftsatz vom 21. März 2007 im Streit steht die Durchführung von patientenbegleiteten Ausgängen, welche der Ag. mit Schreiben vom 19. April 2007 ablehnte. Nach Beschwerde mit Schriftsatz vom 28. April 2007 erließ der Ag. unter Datum vom 16. August 2007 einen ablehnenden Beschwerdebescheid, in welchem der Ag. zwar einerseits die therapeutischen Fortschritte und eingetretene Nachreife der Persönlichkeit des Ast. hervorhob, andererseits aber eine bisher noch nicht überwundene Oberflächlichkeit im Kontakt zum therapeutischen Team und bei der Aufarbeitung eigener Defizite. Insoweit führt der Beschwerdebescheid eine fehlende Offenheit – aufgezeigt an einer Täuschung über sein Onanierverhalten, den über die Antragstellervertreterin vorgenommenen Bemühungen um Verlegung in eine andere Klinik und an fehlender Thematisierung der zwischenzeitlich eingegangenen Partnerschaft – ebenso an wie dem Umstand, dass der Ast. „immer wieder Termine mit seinen Therapeuten nicht eingehalten und ihm auftragene therapeutische Hausaufgaben nicht erledigt“ habe. Von daher sei nicht zu beanstanden, dass aus Sicht der Klinik jedenfalls patientenbegleiteten Geländeausgängen momentan noch die Stagnation des Ast. bei der Offenheit gegenüber seinen inneren Konflikten und seiner Sexualität sowie bei seiner Eigeninitiative zur Entwicklung einer Rückfallprophylaxe entgegen stände.

Das fristgemäß geltend gemachte Begehren auf gerichtliche Entscheidung dahin, den Ag. zu verpflichten, dem Ast. ab sofort patientenbegleitete Geländeausgänge zu gewähren und – unter der Bedingung, dass diese im Laufe von drei Monaten beanstandungsfrei verlaufen – unbegleitete Geländeausgänge, hat die Strafvollstreckungskammer insgesamt zurückgewiesen. Hinsichtlich der begehrten Verpflichtung auch zu unbegleiteten Geländeausgängen sei bereits das erforderliche Verwaltungsvorverfahren nicht eingehalten worden. Hinsichtlich der Gewährung patientenbegleiteter Ausgänge sei das Begehren zulässig, aber unbegründet. Der Maßregelvollzug dürfe gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H. nur gelockert werden, wenn zu erwarten sei, dass dadurch die Ziele des Maßregelvollzuges gefördert werden und die ihm eingeräumten Möglichkeiten mutmaßlich nicht missbraucht, insbesondere die Allgemeinheit nicht gefährdet werde. Den insoweit zu beachtenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum habe der Ag. nicht verletzt. So sei er von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen und habe zu Recht eine doppelte Prognose angedeutet, d. h. eine Einschätzung der Auswirkungen von patientenbegleiteten Ausgängen für die Allgemeinheit und für den Ast. selbst. Nicht zu beanstanden sei, dass der Ag. es als erforderlich angesehen habe, dass der Ast. sein Verhalten nach außen – insbesondere gegenüber den Therapeuten – transparent machen müsse, und deshalb die mangelnde Offenheit zu Verlegungs Bemühungen oder auch bei der Thematisierung der Partnerschaft des Ast. als negative Lockerungs-indikatoren angesehen habe. Ebenso habe der Ag. auf Unzuverlässigkeiten im Rahmen der The-

rapiemaßnahmen – etwa das Versäumen von Terminen und die Nichterledigung von Hausarbeiten – abstellen dürfen.

Gegen diese Entscheidung hat der anwaltlich vertretene Ast. rechtzeitig Rechtsbeschwerde eingelegt und diese wie folgt begründet:

Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde folge bereits aus der Verfassungswidrigkeit von § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H. entspreche doch diese landesrechtliche Norm nicht den bei Eingriffsregelungen zu beachtenden Grundsätzen der Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit. Auch stehe die Rechtsauffassung der Strafvollstreckungskammer im Widerstreit mit der Entscheidung des OLG Hamburg (Beschluss vom 16. März 2007 – 3 VollzWs 1/07 –), derzufolge ein Zusammenhang zwischen belastender Maßnahme und Behandlungserfolg bestehen müsse. Ungeachtet dessen sei die Sachaufklärung fehlerhaft, da nicht ersichtlich sei, auf welchem Wege die Strafvollstreckungskammer zur Überzeugung der Zugrundelegung eines vollständigen Sachverhalts durch die Ag.in gekommen sei. In der Sache habe die Klinik durch widersprüchliches Vorbringen die Grenzen ihres Ermessens verletzt, sei doch nicht ersichtlich, wie bei patientenbegleiteten Geländeausgängen tatsächlich „tatsrelevante Konfliktsituationen“ eintreten sollten. Auch werde der Erprobungscharakter von Vollzugslockerungen ebenso verkannt, wie es keine Eingriffsgrundlage für die Forderungen nach einer – auch die Intimsphäre umfassenden – rückhaltlosen Offenheit gebe.

Das als Aufsichtsbehörde im Sinne der §§ 138 Abs. 3, 111 Abs. 2 StVollzG, 3 Abs. 1 b Satz 5 MVollzG Schl.-H. beteiligte Ministerium hat die Verfassungsgemäßheit des § 17 MVollzG Schl.-H. betont. Diese Norm konkretisiere letztlich den Maßstab des § 63 StGB, wonach therapeutischer Erfolg und Verhinderung der Allgemeingefährdung anlässlich der Gewährung von Lockerungen „Hand in Hand“ gehen müssten. Auch sei § 17 MVollzG Schl.-H. keine Eingriffsregelung, sondern diene schrittweise der Wiederherstellung der Freiheit der im Maßregelvollzug untergebrachten Menschen.

Die Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Zurückverweisung der Sache an die Strafvollstreckungskammer.

Aus den Gründen

Die rechtzeitig und in gehöriger Form (§§ 138 Abs. 3, 118 StVollzG) eingelegte Rechtsbeschwerde ist zum überwiegenden Teil statthaft und hat auch in der Sache – vorläufigen – Erfolg insoweit, als die angefochtene Entscheidung der Strafvollstreckungskammer im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Strafvollstreckungskammer zurück zu verweisen war.

1. Was die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde im Sinne der §§ 138 Abs. 3, 116 Abs. 1 StVollzG betrifft, fehlt es an die-ser jedoch – insoweit war die Rechtsbeschwerde bereits als unzulässig zu verwerfen –, soweit die – uneingeschränkt erhobene – Rechtsbeschwerde auch die Zurückweisung des bedingt gestellten Antrags auf unbegleitete Geländeausgänge durch die Strafvollstreckungskammer angreift ...

Anders liegt dies indes hinsichtlich des Begehrens auf Gewährung von patientenbegleiteten Geländeausgängen, weil die angefochtene Entscheidung insoweit mehrere allgemein zu beantwortende Rechtsfragen aufwirft, die von den Besonderheiten des vorliegenden Einzelfall getrennt werden können und auch in anderen vergleichbaren Fällen Bedeutung erlangen können

(vgl. zu diesem Kriterium zuletzt Senat, Beschluss vom 14. Juli 2007 – 2 VollzWs 208/07 –) ...

2. Soweit die Rechtsbeschwerde damit statthaft ist, hat sie auch in der Sache –vorläufigen – Erfolg.

Hierbei hält der Senat allerdings § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H. bei zutreffender Auslegung für durchaus verfassungsgemäß (a). Jedoch beruht die angefochtene Entscheidung insoweit auf einer Rechtsverletzung (§ 116 Abs. 2 StVollzG), als „mangelnde Offenheit“ und „Unzuverlässigkeiten im Rahmen der Therapiemaßnahmen“ durchgängig – also auch ohne feststellbar konkreten Bezug zum Unterbringungszweck – als geeigneter Versagungsgrund für Lockerungen des Maßregelvollzuges angesehen (b) und schon auf der Basis der bisherigen Feststellungen ein Fehlgebrauch von Beurteilungsspielraum und Entscheidungsermessens verneint worden ist (c).

a) Was die verfassungsrechtlichen Bedenken des Ast. gegenüber § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H. betrifft, ist auch nach Auffassung des Senats § 17 MVollzG Schl.-H. insgesamt an den gesteigerten Anforderungen zu messen, die das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit insbesondere für Eingriffsnormen aufstellt.

Keinesfalls ist § 17 MVollzG Schl.-H. schon deshalb keine Eingriffsnorm, weil – wie es das beteiligte Ministerium formuliert hat – es „nicht um Eingriffe in die ohnehin gerichtlich festgelegte Freiheitsentziehung“ gehe, „sondern um die schrittweise Wiederherstellung der Freiheit der im Maßregelvollzug untergebrachten Menschen“. So zutreffend damit auch das Ziel von Vollzugslockerungen beschrieben wird, darf nicht auf diese Weise die hergebrachte, aber aus heutiger Sicht zu recht obsolet gewordene Figur des „besonderen Gewaltverhältnisses“, in welches der Untergebrachte bereits aufgrund der Aufnahme in die Unterbringung gelangt ist, wieder etabliert werden. Vielmehr wird durch die

Versagung der begehrten Lockerung der Untergebrachte in seinem einfachgesetzlich durch §§ 136 StVollzG, 2 MVollzG Schl.-H. konkretisierten und grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteresse im Sinne eines Eingriffs berührt. Unter dem Aspekt des notwendigen Grundrechtsschutzes kann es sich nämlich bei § 17 MVollzG Schl.-H. nicht anders verhalten als bei den nach § 11 StVollzG im Strafvollzug zu gewährenden Vollzugslockerungen, welche das Bundesverfassungsgericht ebenfalls in Zusammenhang mit dem Resozialisierungsinteresse des Strafgefangenen als grundrechtlich geschützt angesehen hat

(BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 2003 – 2 BVR 11/03 – unter II 1 a; zum grundrechtlichen Schutz des Resozialisierungsinteresses allgemein BVerfGE 35, 202, 235 f, seither ständige Rechtsprechung).

Den hierbei zu stellenden Anforderungen genügt § 17 MVollzG Schl.-H. aber insgesamt durchaus, weil die Anknüpfungskriterien „Erfolg der Behandlung“ und „Gefährdung der Allgemeinheit“ (§ 17 Abs. 1 Satz 2 MVollzG Schl.-H.) bzw. Förderung der „Ziele des Maßregelvollzuges“ und „Missbrauchsgefahr“ (§ 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H.) ausdrücklich benannt und verknüpft werden. Hierbei ist ähnlich der Situation bei § 11 StVollzG auch gegen die Koppelung von – Beurteilungsspielräume beinhaltenden – unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite mit Entscheidungsermessern auf der Rechtsfolgeseite als solches nichts zu erinnern. Denn zum einen ist schon nicht vorstellbar, wie der Gesetzgeber in praktikabler Form die denkbaren Mannigfaltigkeiten von Verhaltens- und Therapiesituationen mit erkennbarem Gewinn weiter typisieren könnte. Zum anderen kann mit der jetzigen Fassung des § 17 MVollzG Schl.-H. dem Einschätzungs- und Prognosecharakter der entsprechenden Wertungen der Klinik ebenso hinreichend Rechnung getragen werden, wie selbst die Annahme von Beurteilungsspielräumen selbstverständlich die Gerichte nicht von der Pflicht zur hin-reichend präzisen Überprüfung entbindet

(vgl. zu § 11 StVollzG BVerfG NSTZ 1998, 430, 431).

Insoweit ist es schließlich auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren, eine beabsichtigte Lockerung des Maßregelvollzuges nicht nur gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 MVollzG Schl.-H. an der zu erwartenden Gefährdung der Allgemeinheit zu messen, sondern gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 MVollzG Schl.-H. zugleich an der Förderung des Ziele des Maßregelvollzuges. Denn nicht nur ist – und insoweit determinieren, wie noch näher auszuführen sein wird, § 63 StGB und § 136 StVollzG das landesrechtliche Maßregelvollzugsrecht – einzig rechtmäßiger Unterbringungsgrund gerade die Gefährlichkeit des Straftäters aufgrund eines seine Bestrafung ausschließenden seelischen Defektzustandes. Vielmehr würde es die Verfolgung des auch im Interesse des Untergebrachten liegenden Therapieerfolges konterkarieren – und insoweit muss und darf der Untergebrachte auch vor sich selbst geschützt werden –, wenn eine Vollzugslockerung schon bei zwar günstiger Gefährlichkeitsprognose, aber insgesamt ungünstiger Prognose für den Therapieerfolg gewährt werden müsste. Verfassungskonform kann und sollte § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 MVollzG Schl.-H. allerdings dahin einschränkend ausgelegt werden, dass bei günstiger Gefährlichkeitsprognose Vollzugslockerungen bereits bei neutralen Auswirkungen für den Therapieerfolg gewährt werden dürfen.

Ebenfalls verfassungskonformer Auslegung bedürfen die in § 17 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 MVollzG Schl.-H. normierten Merkmale der Gefährlichkeitsprognose selbst. Vermag hiernach eine Vollzugslockerung nur erfolgen, „wenn zu erwarten ist, dass... der untergebrachte Mensch die ihm eingeräumten Möglichkeiten mutmaßlich nicht missbrauchen, insbesondere die Allgemeinheit nicht gefährden wird“, darf aus der Koppelung einer Prognose („wenn zu erwarten ist“) mit der Anknüpfung an einen nur „mutmaßlichen“ Missbrauch der Lockerung keineswegs auf die – einer „Erwartung“ letztlich zuwider laufende – Geeignetheit jeglichen Gefahrenverdachts zur Versagung einer Vollzugslockerung geschlossen werden. Sicher darf schon nach allgemeinem Verständnis das Ausmaß des zu fordernden Gefahrenverdachts von der Art des drohenden Schadens abhängig gemacht werden; bei Gefahr für Leib und Leben rechtfertigt schon ein geringerer Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts die Versagung einer begehrten Lockerung als bei Gefahr für Sachen. Andererseits mag etwa eine zu befürchtende Überschreitung der Ausgangsfrist zwar einen Missbrauch des gewährten Ausgangs darstellen, für sich allein aber noch nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit. Zu § 11 Abs. 2 StVollzG hat der Senat festgestellt, „dass das Vor-

liegen von Flucht- oder Missbrauchsbedürfnissen im Sinne des § 11 Abs. 2 StVollzG aufgrund konkreter Tatsachen bezogen auf die konkrete Lockerungsmaßnahme festgestellt werden muss“

(Senat, Beschluss vom 4. Oktober 2007 – 2 VollzWs 392/07 –, SchlHA 207, 542 ff.).

Die Sachlage verhält sich im Maßregelvollzug aber nur insoweit anders, als aufgrund des therapiebedürftigen seelischen Defekts des Untergebrachten über eine etwaige Entweichung hinaus in der Tendenz häufiger die Gefährdung der Allgemeinheit durch Begehung weiterer Straftaten befürchten werden muss. Ungeachtet dessen ändert sich jedoch unter Verhältnismäßigkeitsaspekten nichts an der auch für den Maßregelvollzug notwendigen Konkretisierung der Anknüpfungspunkte einer Gefahrenprognose; nur allgemeine Sicherheitsüberlegungen oder vage Befürchtungen reichen folglich keineswegs.

b) Bestehen somit keinesfalls durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Anwendung insbesondere des § 17 Abs. 1 Satz 3 MVollzG Schl.-H., so hat die Strafvollstreckungskammer gleichwohl bei ihrer – in ihrem Ansatz nicht zu beanstandenden – Überprüfung der Einhaltung der Grenzen von Beurteilungsspielraum und Ermessensausübung des Ag.

(zur Anwendung des in § 115 Abs. 5 StVollzG enthaltenen Maßstabs vgl. auch Senat aaO)

die zu beachtenden Kriterien nicht vollständig erkannt.

Hierbei vermag der Senat der Strafvollstreckungskammer noch darin zu folgen, dass „mangelnde Offenheit“ des Untergebrachten und „Unzuverlässigkeiten im Rahmen der Therapiemaßnahmen“ grundsätzlich Indikatoren für einen nicht erreichten Therapiefortschritt und die zu prognostizierende Gefährlichkeit des Untergebrachten für die Allgemeinheit sein können. Kommunikative Offenheit und sozialintegriertes Verhalten – auch in die Abläufe eines Klinikbetriebes – können und dürfen zwar nicht dem Untergebrachten abgezungen werden. Ebenso verweist der Ast. zu Recht darauf, dass ihm auch unter den Bedingungen eines therapeutisch geprägten Klinikalltags ein unverzichtbares Minimum an Privatheit im Denken und Fühlen zugestehen ist. Fehlt es aber in prägendem Maße an kommunikativer Offenheit und sozialer Integration, kann und muss die Klinik diesen Befund im Rahmen einer nach § 17 MVollzG Schl.-H. zu treffenden Prognose- und Abwägungsentscheidung berücksichtigen. Insoweit muss ein sich gegenüber jedem therapeutischen Zugang vollständig verschließender Untergebrachter aber durchaus auch die Konsequenzen dessen tragen, dass er den Entscheidungsverantwortlichen bei der Prognose seines künftigen Verhaltens eben nicht eine durch Kenntnis seines Denkens und Fühlens erweiterte Einschätzungsperspektive ermöglicht hat.

Allerdings war der Ag. – und dies hat die Strafvollstreckungskammer nicht vollständig berücksichtigt – bei der Anknüpfung an Tatbestände mangelnder Offenheit oder Unzuverlässigkeit als Versagungsgrund für eine erstrebte Vollzugslockerung nicht völlig frei. Denn keinesfalls kann etwa aus jedweden deviantem Verhalten des Untergebrachten im Klinikinnenbetrieb auf Therapiedefizite oder auf das Ausmaß seiner Gefährlichkeit für die Allgemeinheit geschlossen werden. Auch muss der Untergebrachte sich Lockerungen nicht etwa erst durch Wohlverhalten „verdienen“. § 17 MVollzG Schl.-H. eignet sich schon deshalb nicht zur Schließung einer im Verhältnis zu den disziplinarrechtlichen Möglichkeiten des Strafvollzuges (§§ 102 ff. StVollzG) im Maßregelvollzug möglicherweise bestehenden Lücke, weil – völlig zutreffend – § 17 MVollzG Schl.-H. eine Versagung von Vollzugslockerungen nur aus Gründen der Gefährdung der Zwecke des Maßregelvollzuges und der Allgemeinheit selbst zulässt, nicht aber bereits bei bloßer Gefährdung des Ablaufes des Klinikinnenbetriebes

(im Ergebnis ähnlich für den Entzug von Gegenständen im Maßregelvollzug aufgrund von § 12 Abs. 3 Satz 1 HmbMVollzG OLG Hamburg, Beschluss vom 16. März 2007 – 3 VollzWs 1/07 –, Recht und Psychiatrie 2007, 203 ff.).

Es versteht sich von selbst, dass dieser Zusammenhang auch nicht etwa dadurch umgangen werden darf, dass erwähnte Störungen des Klinikinnenbetriebes in jedem Fall als mangelnde „Compliance“ im Sinne mangelnden Therapieerfolgs begriffen werden.

Zu fordern, aber auch ausreichend ist vielmehr eine konkrete Verknüpfung zwischen einem durch Benennung konkreter Tatsachen zu beschreibenden Verhalten des Untergebrachten und der Gefährdung des Unterbringungsziels

(im Ergebnis ebenso bereits OLG Hamburg aaO).

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die in § 2 Abs. 1 MVollzG Schl.-H. beschriebene Zielsetzung des Maßregelvollzuges, den Untergebrachten „insbesondere durch ärztliche, psychotherapeutische und sonstige geeignete therapeutische Maßnahmen zu behandeln sowie auf eine selbständige Lebensführung außerhalb einer Einrichtung des Maßregelvollzuges vorzubereiten und sozial und beruflich einzugliedern“ durch § 136 Satz 2 StVollzG beschränkt ist, heißt es doch dort: „Soweit möglich, soll er (der Untergebrachte) geheilt oder sein Zustand so weit gebessert werden, dass er nicht mehr gefährlich ist“. Dies ist jedoch wiederum in Orientierung an § 63 StGB danach zu bestimmen, ob und inwieweit der Untergebrachte defektbedingt „erhebliche Straftaten“, insbesondere natürlich den Anlasstaten gleichkommende Straftaten begehen würde

(vgl. auch Beschluss des 1. Strafsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 5. Februar 2008 – 1 Ws 534/07 –).

Es mag sein, dass aus einem Regeln des Anstaltsinnenbetriebs verletzenden Verhalten eines Untergebrachten bei entsprechender Art, Schwere und Häufigkeit auf eine fehlende Absprachefähigkeit geschlossen werden kann und muss sowie letztlich auch auf die Gefahr, dass der Untergebrachte außerhalb der Klinik bestimmten schädlichen Reizen nicht in jeder Hinsicht widerstehen kann. Die Unterbringung im Maßregelvollzug mandatiert jedoch nicht zur generellen Ertüchtigung in allgemeiner Lebensführung; der insoweit erreichte Grad darf deshalb – für sich betrachtet – auch kein ausschlaggebendes Kriterium für die Gewährung von Vollzugslockerungen sein. An mangelnde Offenheit des Ast. und an Tatbestände von Unzuverlässigkeit hätten somit die Strafvollstreckungskammer und zuvor auch der Ag. bzw. die Klinik nur dann anknüpfen dürfen, wenn und soweit sich aus diesen Anknüpfungspunkten spezifische Anzeichen gerade für die fortbestehende Gefahr der defektbedingten Begehung von den Anlasstaten entsprechenden Straftaten oder anderen erheblichen Straftaten durch den Ast. ergeben würden.

c) Ob dies überhaupt der Fall sein kann, erscheint dem Senat nach Aktenlage eher als zweifelhaft. Denn jedenfalls ohne Kenntnis der näheren Umstände der konkreten Vorfälle erschließt sich entgegen dem Ansatz der Strafvollstreckungskammer nicht, weshalb das Versäumen von Terminen oder die Nichterledigung von Hausarbeiten bedeutsam für die – wie erläutert – zu stellende Prognose sein kann. Ähnlich verhält es sich, soweit es die von der Strafvollstreckungskammer ebenfalls als Negativindikator in Bezug genommenen Bemühungen des Ast. über seine Verfahrensbevollmächtigte auf Verlegung in eine andere Klinik betrifft. Angesichts der zu den Sexualstraftaten gehörenden Anlasstaten der Unterbringung kann es sich jedoch anders verhalten, soweit es die Thematisierung der offenbar während der Unterbringung eingegangenen Partnerschaft des Ast. anbelangt.

Allerdings leidet auch insoweit wie auch im Übrigen der angefochtene Beschluss daran, dass die Strafvollstreckungskammer den Ag. weder zu ergänzenden und konkretisierenden Darlegungen veranlasst noch aufgrund eigener Ermittlungen ergänzende Feststellungen getroffen hat, die eine Beurteilung des Einschätzungs- und Entscheidungsermessens des Ag. bzw. zuvor der Klinik im Hinblick auf die Einhaltung der unter b) genannten Anforderungen zulassen. Hätten aber zum Zeitpunkt der Ausübung des Einschätzungs- und Entscheidungsermessens hinreichende und konkrete Umstände vorgelegen, welche Versagungsgründe für die erstrebte Vollzugslockerung dargestellt hätten, und hätte die Entscheidung der Ag. in auch tatsächlich auf diesen beruht, so könnte materiell von einem Ermessensfehler nicht gesprochen werden

(vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, 6. Aufl., Rn. 31, 41 zu § 39 VwVfG; Senat, Beschluss vom 17. Januar 2008 – 2 VAs 2/08 – zur Ermessensausübung im Rahmen des § 35 BtMG).

Damit ist die Sache noch nicht spruchreif, so dass dem Senat als Rechtsbeschwerdegericht eine eigene Sachentscheidung verwehrt ist und daher das Verfahren an die Strafvollstreckungskammer zurückzuverweisen war (§ 119 Abs. 4 Satz 2 und 3 StVollzG). Im Rahmen ihrer erneuten Befassung wird die Strafvollstreckungskammer den Ag. zu ergänzenden und konkretisierenden Darlegungen zu veranlassen sowie diese ggf. durch eigene Ermittlungen zu ergänzen und die derart gewonnenen Ergebnisse im Hinblick auf die Ausübung von Einschätzungs- und Entscheidungsermessens des Ag. erneut zu überprüfen haben.

Arbeitsrecht

BGB § 622 Abs. 2, S. 1 und 2; Art. 1, 2, 6 der RL 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000, EG Art. 234 III

- 1. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB verstößt gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000).**
- 2. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist bei der Berechnung der maßgeblichen Kündigungsfrist auch ohne Vorlage an den Europäischen Gerichtshof von den nationalen Gerichten nicht anzuwenden.**

SchIHLAG Urteil vom 28. Mai 2008, 3 Sa 31/08, He.

Die Parteien streiten um die Dauer der Kündigungsfrist und in diesem Zusammenhang um die Wirksamkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB.

Die Kl.in ist 1982 geboren und war bei Ausspruch der Kündigung 25 ½ Jahre alt. Sie stand seit dem 17. 1. 2002 und damit rund 5 ½ Jahre lang bei dem Bekl. in einem Arbeitsverhältnis. Die Kl.in war als Zahnarzthelferin tätig und erhielt zuletzt bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche eine Vergütung von 1325,16 Euro brutto monatlich. Sie hatte einen Urlaubsanspruch von 26 Arbeitstagen pro anno. Das Kündigungsschutzgesetz ist auf das Arbeitsverhältnis nicht anwendbar.

Vom 23. 2. 2003 bis zum 31. 8. 2007 war die Kl.in in Elternzeit. Nach entsprechender Vorankündigung nahm die Kl.in am 1. 9. 2007 nach beendeter Elternzeit im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung ihre Arbeit wieder auf. Sie erhielt noch an diesem Tag ein Kündigungsschreiben des Bekl., mit dem das Arbeitsverhältnis „fristgerecht zum 30. 9. 2007“ beendet wurde. Damit ist die Kl.in nicht einverstanden und hat am 21. 9. 2007 Kündigungsschutzklage erhoben.

Am 24. 9. 2007 wurden zusammen mit einem vorformulierten Anschreiben die Arbeitspapiere ausgehändigt. Das Schreiben lautet u.a. wie folgt: „Ich erkläre hiermit, folgende Unterlagen erhalten zu haben: Ferner bestätige ich, dass damit meine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten sind und dass ich keine Forderungen mehr gegen die Praxis – ganz gleich aus welchem Rechtsgrund – geltend mache...“

Ob die Kl.in oder ihr Ehemann das Schreiben unterschrieben hat, ist streitig. Seit dem 1. 10. 2007 steht die Kl.in in einem neuen Beschäftigungsverhältnis. Nach ihrem Vorbringen hat dieser neue Arbeitgeber aber mindestens für Oktober und November 2007 einen etwaigen anteiligen Urlaubsanspruch nicht erfüllt. Der Bekl. hat die Urlaubsansprüche der Kl.in auf Basis eines Beendigungsdatums 30. 9. 2007 abgewickelt.

Das Arbeitsgericht hat im Rahmen der Kündigungsschutzklage erstinstanzlich festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung des Bekl. vom 1. 9. 2007 nicht zum 30. 9. 2007 beendet worden ist, sondern bis zum 30. 11. 2007 fortbestanden hat. Das geschah im Wesentlichen mit der Begründung, die gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB sei europarechtswidrig, da sie eine auf das Lebensalter zurückzuführende Ungleichbehandlung enthalte. Deshalb sei die Norm unanwendbar. Eine Vorlage an den europäischen Gerichtshof sei nicht erforderlich. Die Ausgleichsquittung stehe der Geltendmachung einer längeren Kündigungsfrist nicht entgegen. Es könne dahingestellt bleiben, wer sie unterschrieben hat, da sie als möglichen Klageverzicht gegen § 307 BGB verstoße.

Die dagegen gerichtete Berufung des Bekl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen

I. Die Berufung ist zulässig....

II. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der zum Zeitpunkt der Kündigung vom 1. 9. 2007 erst 25 Jahre alten Kl.in nicht schon zum 30. 9. 2007, sondern erst zum 30. 11. 2007 beendet worden ist, weil § 622 Abs. 2 S. 2 BGB europarechtswidrig ist. Auch wurde zutreffend davon ausgegangen, dass die Unterzeichnung der Erklärung vom 24. 9. 2007 der gerichtlichen Geltendmachung dieser Ansprüche nicht entgegensteht. Dem folgt das Berufungsgericht.

1. Es kann dahingestellt bleiben, wer letztendlich die Erklärung vom 24. 9. 2007, alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis seien abgegolten und es würden keine Forderungen mehr geltend gemacht werden, unterschrieben hat. Selbst wenn die Kl.in die Unterschrift geleistet hat, hat sie insoweit nicht wirksam auf ihr Recht, eine Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 1. 9. 2007 erheben zu können, nicht wirksam verzichtet. Die Erklärung ist als Klageverzichtvertrag auszulegen. Dieser Klageverzichtvertrag benachteiligt die Kl.in unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB und ist deshalb unwirksam.

a) Es handelt sich vorliegend zweifelsfrei um eine formulärmäßige Erklärung, die von der Beklagtenseite der Kl.in bei Übergabe der Arbeitspapiere zur Unterzeichnung vorgelegt wurde. Dieses Formular wird unstreitig seitens des Bekl. regelmäßig verwendet. Damit handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.

b) Soweit die Kl.in im Zusammenhang mit der Unterzeichnung dieses Schriftstücks überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung zum Ausdruck gebracht haben sollte, auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage und die Geltendmachung daraus resultierender Ansprüche verzichten zu wollen

(vgl. insoweit verneinend zu einer exakt gleichlautenden vorformulierten Erklärung, BAG v. 7. 11. 2007, – 5 AZR 880/06 – zit. nach JURIS),

stellt ein solcher, ohne Gegenleistung erklärter formulärmäßiger Verzicht eines Arbeitnehmers auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage jedenfalls eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dar

(vgl. nur BAG v. 6. 9. 2007 – 2 AZR 722/06 –, Rd.-Ziff. 29 ff – zit. nach JURIS).

Der reine Klageverzicht ohne jede arbeitgeberseitige Kompensation (etwa in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt, die Beendigungsart, Zahlung einer Entlassungsschädigung, Verzicht auf eigene Ersatzansprüche, etc.) ist unangemessen

(BAG v. 6. 9. 2007 – 2 AZR 722/06 –, Rd.-Ziff. 37 mit einer Vielzahl von Nachweisen).

c) Unangemessene Geschäftsbedingungen sind unwirksam mit der Folge, dass sie keine Rechtswirkung entfalten können. Sie entfallen ersatzlos. Daher kann die Unterschrift unter die Erklärung vom 24. 9. 2007, – von wem auch immer sie geleistet wurde –, der Geltendmachung der vorliegenden Ansprüche der Kl.in nicht entgegen gehalten werden.

2. Die Kündigung des Bekl. vermochte das Arbeitsverhältnis nach § 622 Abs. 2 BGB erst mit Ablauf des 30. 11. 2007 aufzulösen. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist wegen Verstoßes gegen den europarechtlichen Gleichheitssatz nicht anwendbar.

a) Gemäß § 622 Abs. 2 S. 1 BGB beträgt die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber 2 Monate zum Ende des Kalendermonats, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen 5 Jahre bestanden hat. Die Kl.in stand bei Erhalt der Kündigung am 1. 9. 2007 5 ½ Jahre in einem Arbeitsverhältnis zum Bekl., so dass sie an sich in den Genuss der verlängerten Kündigungsfrist kommen müsste.

Gemäß § 622 Abs. 2 S. 2 BGB werden bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer jedoch Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. Die Kl.in war bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 17. 1. 2002 knapp 20 Jahre alt und erhielt die Kündigung im Alter von 25 Jahren. Damit wurde ihre 5-jährige, vor der Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungsdauer gemäß § 622 Abs. 2 S. 2 BGB bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt.

b) Diese Regelung ist rechtswidrig. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB verstößt gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, niedergelegt unter anderem in der Richtlinie (im Folgenden: RL) 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG 2000 L 303, Seite 16).

aa) Nach Artikel 1 der RL 2000/78/EG ist ihr Zweck die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Artikel 2 der RL legt fest, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung u.a. wegen des Alters geben darf. Danach liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person u.a. wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person.

Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters kann allerdings dann gerechtfertigt sein, wenn die Voraussetzungen des Artikels 6 der RL erfüllt sind. Danach können Mitgliedsstaaten vorsehen, das Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind. Des Weiteren müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein.

bb) Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz untersagt nicht nur eine Ungleichbehandlung wegen hohen Alters, sondern jede Anknüpfung an das Alter, sofern sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gestattet ist

Annuß, BB 2006, S. 325 ff., 325).

cc) Der Wortlaut des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist unmissverständlich und eindeutig. Danach werden für die Berechnung der jeweils maßgeblichen Kündigungsfrist nur die Betriebszugehörigkeitszeiten ab Vollendung des 25. Lebensjahres berücksichtigt. Mit dieser Vorschrift erfahren demnach jüngere Arbeitnehmer ausschließlich aufgrund ihres Lebensalters eine weniger günstige

Behandlung als ältere Arbeitnehmer. Ihre vor dem 25. Lebensjahr liegende Betriebszugehörigkeit führt grundsätzlich zu keiner Verlängerung der Kündigungsfrist. Bei der Berechnung der Kündigungsfrist werden sie so behandelt, als seien sie erst mit Erreichen des 25. Lebensalters in den Betrieb eingetreten. Davor liegende Jahre der Betriebszugehörigkeit bleiben unbeachtlich, „verfallen“ quasi für sie. Demgegenüber wird bei Arbeitnehmern, die ihr Arbeitsverhältnis erst nach dem 25. Lebensjahr begonnen haben, deren Betriebszugehörigkeit in vollem Umfang für die Berechnung der Kündigungsfristen anerkannt. Darin liegt eine Ungleichbehandlung, die an das Alter anknüpft und somit objektiv die Voraussetzungen der Artikel 1 und 2 der RL 2000/78/EG erfüllt.

dd) Diese Ungleichbehandlung ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts unter keinem rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt nach Artikel 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG gerechtfertigt

(so auch LAG Berlin-Brandenburg vom 24.7.2007 – 7 Sa 561/07 – zitiert nach JURIS).

Sie ist weder objektiv noch angemessen noch durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt, auch nicht durch ein Ziel aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung.

(1) Zweifelsfrei dienen verlängerte Kündigungsfristen vorrangig dem Ziel, dem Arbeitnehmer mit verlängerten Kündigungsfristen die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz während des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses zu erleichtern und einen möglichst nahtlosen Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis ohne wirtschaftliche Nachteile zu ermöglichen

(Tavakoli/Westhauser, Vorlegen oder Durchentscheiden? DB 2008, 702 ff. (706) mwN).

Ebenso ist Sinn und Zweck verlängerter Kündigungsfristen bei Langzeitbeschäftigten, dass diesen in der Regel älteren Arbeitnehmern nicht oder doch nur in zweiter Linie gekündigt wird

(LAG Berlin-Brandenburg v. 24.7.2007 – 7 Sa 561/07 –, zit. nach JURIS, Rd. Ziff. 42).

Hieraus ergibt sich jedoch noch keine rechtmäßige arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Zielsetzung im Sinne des Artikel 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG für die nur jüngere Arbeitnehmer treffende Regelung des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB. Insofern beschränkt sich der Zweck dieser Regelung darauf, jüngeren Arbeitnehmern den Vorteil der verlängerten Kündigungsfrist vorzuenthalten

(Löwisch in Festschrift für Schwerdtner 769, 771).

Das ist von vornherein kein legitimes Ziel aus den Bereichen der Beschäftigungspolitik oder des Arbeitsmarktes

(Löwisch aaO).

(2) Auch aus der gesetzlichen Entstehungsgeschichte ergibt sich kein Rechtfertigungsgrund. Nach der Gesetzesbegründung aus dem Jahre 1926 wollte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Einführung der Altersschwelle (Arbeiter: 25. Lebensjahr; Angestellte: 30. Lebensjahr) den älteren Arbeitnehmer vor Arbeitslosigkeit schützen, weil ihn „jede Arbeitslosigkeit“ ungleich härter als jüngere Arbeitskräfte trifft; weil er in der Regel eine Familie zu versorgen hat und weil ihm ein Berufs- oder Wohnortwechsel besonders schwer fallen wird

(vgl. RArbBl. 1926, Nr. 28, Seite 488).

Es ist jedoch nicht ersichtlich und durch nichts belegt, vor welchem tatsächlichen Hintergrund die „Altersschwelle 25“ hier gerade als Abgrenzungskriterium dafür galt und nach wie vor gilt, dass Arbeitnehmer unter 25 in der Regel noch keine Familie zu versorgen haben, also nicht längerer Kündigungsfristen bedürfen. Ebenso wenig ist belegt, ab welchem Alter einem schon früh ins Berufsleben eingetretenen Arbeitnehmer ein Berufs- oder Wohnortwechsel schwerer fällt, so dass er nunmehr aus diesem Grunde längere Kündigungsfristen benötigt und ab wann statistisch gesehen ein Schutz vor Arbeitslosigkeit wegen ungleicher härterer Betroffenheit einsetzen muss. Warum gerade ab dem Alter von 25 – und damals (1926) noch bei den Angestellten hingegen sogar erst ab 30 differenziert wird/wurde, erschließt sich der Kammer nicht.

Abgesehen davon beruht die Verknüpfung der Kündigungsfristverlängerung mit einem Mindestalter vor dem vorstehend genannten Hintergrund ersichtlich wesentlich auf sozial-, gesellschafts- und familienpolitischen Erwägungen, aber nicht auf beschäftigungspolitischen und arbeitsmarktpolitischen Erwägungen

(so auch LAG Düsseldorf v. 21.11.2007 – 12 Sa 1311/07 – Rd. Ziff. 69, zit. nach JURIS, mwN).

(3) Auch wenn § 622 Abs. 2 S. 2 BGB im Gesamtkontext des § 622 BGB beurteilt wird, wie von Tavakoli/Westhauser gefordert

(DB 2008, S.702 ff., 706),

ergibt sich nichts anderes. Selbst wenn die für den Arbeitgeber aus längeren Kündigungsfristen resultierenden wirtschaftlichen Belastungen durch die „Altersschwelle 25“ wirtschaftlich abgedeckt und damit der Bestandsschutz älterer Arbeitnehmer kompensiert werden soll, bedarf dieser Eingriff einer arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitisch fundierten, nachweisbaren, ausgewogenen Rechtfertigung, um keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darzustellen. Es gibt jedoch keine Untersuchungen, die belegen, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist wegen einer typischen und generellen Betroffenheit der Arbeitnehmer ab dem vollendeten 25. Lebensjahr eine angemessene und erforderliche Reaktion in der Verfolgung beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitischer Ziele sein könnte. Auch ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber bei Einführung der Altersschwelle im Jahre 1926 bei Arbeitern die „Altersschwelle 25“ und bei Angestellten die „Altersschwelle 30“ gewählt hat, ohne dass hierfür eine beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitische Zielsetzung ersichtlich wäre. Erst recht fehlt eine „andere“ fundierte arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische neue Zielsetzung für die gesetzliche Neuregelung und Vereinheitlichung der „Altersschwelle“ für Arbeiter und Angestellte im Rahmen des Kündigungserstengengesetzes vom 7.10.1993 auf das Alter 25.

(4) Außerdem ist nicht unberücksichtigt zu lassen, dass die „Altersgrenze 25“ auch die jungen Menschen ungleich trifft. Jene Gruppe, die ohne oder nach nur kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnimmt, ist härter betroffen als die andere Gruppe, die nach langer Ausbildung erst spät in den Beruf eintritt. Auch insoweit ist es nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbaren, sozialen Schutzbedarf pauschal am Mindestalter 25 festzumachen

(vgl. hierzu auch LAG Düsseldorf, aaO).

(5) Daher ist mit der überwiegenden Meinung in der Literatur davon auszugehen, dass § 622 Abs. 2 BGB eine nach Artikel 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG unzulässige Diskriminierung wegen des Alters enthält

(so auch LAG Berlin-Brandenburg v. 24.7.2007, 7 Sa 561/07; unentschieden: LAG Düsseldorf v. 21.11.2007, – 12 Sa 1311/07 –; ferner Annuß, BB 2006, 325, 326; Müller-Glöge in ErfK, 7. Auflage 2007 Rn. 2 zu § 622 BGB; Schleusener, Europarechts- und Grundgesetzwidrigkeit von § 622 II 2 BGB, NZA 2007, S. 358 ff., 359; Preis, NZA 2006, S. 401 ff., 406; Wolff FA 2006, S. 260 ff., 263; Waltermann, NZA 2005, S. 1265 ff., 1270; Löwisch in Festschrift für Schwerdtner S. 769 ff., 771; anderer Ansicht Tavakoli/Westhauser DB 2008, S. 702 ff., 707).

3. Die festgestellte unzulässige Diskriminierung hat zur Folge, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB vorliegend ohne Vorlage an den Europäischen Gerichtshof wegen Verstoßes gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nicht mehr anzuwenden ist.

a) Dem steht nicht entgegen, dass europarechtliche Richtlinien „nur“ sogenanntes Sekundärrecht darstellen. Sie regeln nach dem Wortlaut des Artikels 242 EGV keine individuellen Rechte eines Einzelnen gegenüber einer anderen Einzelperson. Dem Einzelnen ist daher eine Berufung auf die Richtlinie als solche regelmäßig nicht möglich

(EuGH v. 7.9.2006, – C 81/05, Cordero Alonso NJW 2006, 623 ff.).

Um unmittelbare Auswirkungen auf ein Verhältnis zweier Privater haben zu können, bedarf es normalerweise regelmäßig einer richtlinienkonformen Auslegung/Umsetzung in nationales Recht, jedenfalls eines Vorlagebeschlusses.

b) Für eine richtlinienkonforme Auslegung ist vorliegend kein Raum. Es ist kein Auslegungsspielraum ersichtlich.

c) Eines Vorlagebeschlusses bedarf es hier aber nicht. Das Verbot der Altersdiskriminierung wirkt vorliegend ausnahmsweise unmittelbar zwischen Privatpersonen, da es auf allgemeingültigem, übergeordnetem Gemeinschaftsrecht beruht.

aa) Nach dem Urteil des EuGH vom 25.11.2005 – C 144/04

(Werner Mangold gegen Rüdiger Helm – NZA 2005, 1345 ff.)

hat das in der RL 2000/78/EG fixierte Verbot der Altersdiskriminierung seinen Ursprung in den verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedsstaaten. Es ist daher als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen

(EuGH v. 22.11.2005, aaO).

bb) Allgemeines, primäres Gemeinschaftsrecht ist aber innerhalb der Grenzen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung durch Artikel 23 GG gegenüber früherem oder späterem inner-

staatlichem Recht vorrangig anzuwenden. Der Status des Verbots der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts hat dessen Teilhabe am unmittelbar geltenden primären Gemeinschaftsrecht und damit auch nach deutschem Verfassungsrecht zwingend seinen Anwendungsvorrang in den Mitgliedsstaaten zur Folge

(vgl. Kref, Die Auslegung europäischen oder die Anwendung nationalen Rechts?, Vortrag zum europarechtlichen Symposium des BAG im Jahre 2006, Seite 15 f des Skripts; im Ergebnis auch BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 –, zit. nach JURIS).

cc) Dem folgt das Berufungsgericht. Insoweit handelt es sich um einen auch für nationale Gerichte rechtsverbindlichen Anspruch des EuGH. Die Zuständigkeit des europäischen Gerichtshofs erstreckt sich nicht nur auf die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der Normen des Gemeinschaftsrechts, sondern auch über die nach seiner Auffassung existierenden ungeschriebenen Normen des Gemeinschaftsrechts und ihrer Auslegung, die als primäres Gemeinschaftsrecht dann Geltung entfalten

(BVerfG 29.5.1974 – 2 BvL 52/71 = BVerfGE 37, 271, 281).

dd) Das Verbot der Altersdiskriminierung als solches – nicht etwa seine detaillierte Ausgestaltung im Einzelnen in Gesetzen der Mitgliedsstaaten – ist Teil des primären Gemeinschaftsrechts und hat seinen Ursprung unter anderem in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedsstaaten

(Kref, aaO, Seite 18).

In begrenztem Rahmen ist der EuGH daher auch zu einer Rechtsfortbildung des europarechtlichen Gemeinschaftsrechts berufen

(vgl. BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 –, Rd. Ziff. 19 mwN).

ee) Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, die Existenz derartigen Primärrechtes sei zweifelhaft und den vom EuGH angeführten völkerrechtlichen Verträgen nicht zu entnehmen

(Tavacoli/Westhauser, DB 2008, S.702 ff., 703; Preis, NZA 2006, S. 401 ff., 406).

Es mag durchaus zutreffen, dass sich lediglich in den Verfassungstexten Finnlands und Portugals ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung befindet. Das besagt jedoch nichts darüber, dass es den vom EuGH angeführten „allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung“ nicht gibt. Insoweit ist es unbeachtlich, ob der vom EuGH angeführte allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts: „Verbot der Diskriminierung wegen des Alters“ schriftlich fixiert wurde oder „nur“ einen in allen Rechtsordnungen generell vorausgesetzten Behandlungsgrundsatz darstellt. Maßgeblich ist allein, dass er als tragendes allgemeingültiges Rechtsgut existiert. Letzteres ist zweifelsfrei der Fall.

ff) Als primäres Gemeinschaftsrecht wirkt der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters daher unmittelbar horizontal, also auch zwischen Privaten. Der Status des Verbots der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts hat damit auch zwingend seinen Anwendungsvorrang in den Mitgliedsstaaten zur Folge

(vgl. Kref, aaO)

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB verstößt mithin als innerstaatliche Regelung gegen primäres Gemeinschaftsrecht.

d) Nach dem Urteil des EuGH vom 22.11.2005, Az. C 144/04, Mangold gegen Helm

(NZA 2005, 1345)

hat das nationale Gericht nationales Recht, dass dem allgemeinen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters entgegensteht, unangewendet zu lassen, um den rechtlichen Schutz, der sich für die Menschen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren. Insoweit bedarf es auch nicht der vorherigen Aufhebung durch den Gesetzgeber. Diese muss weder beantragt noch von dem entscheidenden Gericht abgewartet werden

(vgl. BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 –, auch BAG v. 3.4.2007 – 9 AZR 823/07 – jeweils zitiert nach JURIS).

e) Dem steht auch nicht entgegen, dass grundsätzlich die deutschen Gerichte verfassungsrechtlich verpflichtet sind, die geltenden Gesetzesnormen und also auch § 622 Abs. 2 S. 2 BGB anzuwenden. Ein deutsches Gericht darf ein deutsches Gesetz nicht anwenden, wenn dieses gegen unmittelbar anzuwendendes Primär- und Sekundärrecht verstößt. Das ist dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts geschuldet. Dieser Vorrang ist seinerseits durch Artikel 23 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert. Zu dieser Befugnis der Nichtanwendung bedarf das Gericht keiner irgendwie einzuholenden Erlaubnis aus Karlsruhe

(BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85 – (Cloppenburg) NJW 1988, 1459, zu B 3 der Gründe mwN).

Abgesehen davon ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 2 GG nicht einzuholen, da die Normen der Europäischen Gemeinschaft keine allgemeinen Regeln im Sinne des Art. 25 GG sind

(BVerfG vom 26.3.1986, BB 1986,1070).

Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG wäre unzulässig. Danach kann ein Gericht die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsgemäßheit einer Norm nur einholen, wenn es auf ihre Gültigkeit ankommt. An der Entscheidungserheblichkeit im Sinne von Art. 100 Abs. 1 GG fehlt es aber, wenn feststeht, dass ein Gesetz auf Grund entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf

(Schleusener, NZA 2007, 358ff, 360f. mwN).

f) Der „Durchentscheidung“ der nationalen Gerichte ohne erneuten Vorlagebeschluss an den EuGH kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es insoweit zu einer „Erosion der Rechtssicherheit“ kommen könnte, wenn Rechtsprechung davon abhinge, ob die jeweils angerufenen Gerichte nationales Gesetzrecht anwenden oder, weil sie es für EG-primärrechtswidrig erachten, übergehen

(so aber LAG Düsseldorf vom 21.11.2007 – 12 Sa 1311/07 – zitiert nach JURIS-Rd. Ziff. 92).

Die nationalen Gerichte sind zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet. Die Vorlagepflicht nach Artikel 234 Abs. 3 EG betrifft nur die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts, nicht dagegen die hierzu in Vorabentscheidungsverfahren vom europäischen Gerichtshof aufgestellten Rechtssätze, mögen diese auch ihrerseits bei der Anwendung im Einzelfall interpretationsbedürftig sein

(BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 –, Rd. Ziff. 36 mwN).

Abgesehen davon besteht eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH nach Maßgabe des Art. 243 Abs. 3 EG nur für die letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedsstaaten.

4. Letztendlich stellt sich auch nicht die Frage des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes.

a) Es ist bereits fraglich, ob es Vertrauensschutz für Diskriminierungshandlungen überhaupt geben kann. Er würde den Diskriminierungstatbestand zu Lasten des sich gerade wehrenden Diskriminierten perpetuieren

(siehe Kref, aaO Seite 20).

b) Der Vertrauensschutzgedanke ist vorliegend jedoch nicht tangiert. Vertrauensschutz bedeutet u.a. Schutz vor Rückwirkung. Zwar erzeugen höchstrichterliche Entscheidungen keine dem Gesetzesrecht vergleichbaren Rechtsbindungen. Sie stellen lediglich die Rechtslage in einem konkreten Fall fest. Gleichwohl darf ein Bürger auf die durch höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte Rechtslage und deren Bestand vertrauen. In den Fällen, in denen ein Gestaltungsrecht bereits ausgeübt wurde, liefe es auf eine im Ergebnis unzulässige im Ergebnis echte Rückwirkung hinaus, wenn eine Rechtsprechungsänderung voll durchschlüge. Deshalb darf unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eine Rechtsprechungsveränderung nicht dazu führen, einer Partei rückwirkend Handlungspflichten aufzuerlegen, die sie nachträglich nicht mehr erfüllen kann

(BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – zitiert nach JURIS, Rd. Ziff. 33).

c) Es geht vorliegend jedoch nicht um die Wirksamkeit der Kündigung an sich, sondern lediglich um den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der an sich rechtswirksamen Kündigungserklärung des Bekl.

(vgl. LAG Berlin-Brandenburg, aaO, Rn. 49).

Damit wird der gestaltenden Handlung des Bekl. – dem Ausspruch der Kündigung – nicht rückwirkend die Grundlage entzogen. Vielmehr wird als Folge der Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich der Lauf der Kündigungsfrist verlängert. Derartige ist arbeitsrechtlich durchaus üblich. Entsprechend wird seitens der Gerichte stets vorgegangen, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitgeber die falsche Kündigungsfrist gewählt haben.

5. Aus den genannten Gründen war § 622 Abs. 2 S. 2 BGB vorliegend für die Berechnung der Kündigungsfrist nicht anzuwenden. Die Kündigungsfrist der Kl.in, die im Alter von 25 Jahren länger als 5 Jahre bei dem Bekl. beschäftigt war, beträgt unter Außerachtlassung der „Altersgrenze 25“ gem. § 622 Abs. 2 S. 1 BGB zwei Monate zum Monatsende. Das Arbeitsgericht hat daher zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Kl.in durch die Kündigung des Bekl. vom 1.9.2007 nicht zum 30.9.2007

beendet worden ist, sondern bis zum 30.11.2007 fortbestanden hat. Die Berufung war daher zurückzuweisen.....

KSChG § 4 1 und 4, KSChG § 5 I 1 und 2

- 1. Erlangt eine Arbeitnehmerin erst nach Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung von ihrer Schwangerschaft Kenntnis, ist § 4 Satz 4 KSChG nicht anzuwenden.**
- 2. Erfährt eine Arbeitnehmerin nach Erhalt einer Kündigung ohne von ihr zu vertretenden Grund erst kurz vor Ablauf der Klagefrist von ihrer Schwangerschaft, muss ihr eine Überlegungszeit von 3 Werktagen zugebilligt werden, um abzuwägen, ob sie angesichts der für sie neuen Situation und des nun entstandenen Sonderkündigungsschutzes Kündigungsschutzklage erheben will. Sie ist nicht verpflichtet, innerhalb der verbleibenden Restzeit der noch laufenden Klagefrist von 1 bis 1½ Tagen sich ihre neue rechtliche Situation zu vergegenwärtigen und die Kündigungsschutzklage – ggf. auch nur vorsorglich zur Wahrung der Klagefrist – einzureichen. Versäumt sie durch die Inanspruchnahme dieser Überlegungszeit die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S.1 KSChG, ist die Klage auf ihren Antrag hin im Regelfall nachträglich zuzulassen, soweit Klage und Zulassungsantrag nach Ablauf von drei Werktagen eingereicht wurden.**

SchIHLAG, Beschluss vom 13. Mai 2008 – 3 Ta 56/08 –, He.

Die Parteien streiten über die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage der schwangeren Kl.in nach § 5 Abs. 1 S. 2 KSChG.

Die Kl.in ist seit dem 16.10.2006 als Mitarbeiterin im ...labor der Bekl. beschäftigt. Das KSChG findet aufgrund der Betriebsgröße auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Kl.in am 14.12.2007 betriebsbedingt fristgemäß zum 15.1.2008. Das Schreiben wurde der Kl.in an diesem Tage ausgehändigt. Die Klagefrist lief daher ab am Freitag, dem 4.1.2008.

Die Kl.in hatte zunächst nicht beabsichtigt, gegen die Kündigung zu klagen. Ausweislich einer zur Akte gereichten ärztlichen Bescheinigung wurde bei ihr dann am 3.1.2008 eine Schwangerschaft in der sechsten Schwangerschaftswoche festgestellt. Am Wochenende 5./6. Januar 2008 erfuhr die Kl.in nach eigenem Vorbringen vom möglichen Sonderkündigungsschutz infolge ihrer Schwangerschaft. Am Montag, dem 7.1.2008 suchte sie daraufhin Rechtsrat bei ihrem jetzigen Prozessbevollmächtigten. Dieser reichte noch am gleichen Tage Kündigungsschutzklage, einen Antrag auf nachträgliche Zulassung der Klagen nach § 5 KSChG und einen Prozesskostenhilfeantrag ein. Ebenso informierte er mit Fax vom 7.1.2008 die Bekl. von der festgestellten Schwangerschaft.

Die Kl.in hat vorgetragen, sie habe keinerlei Schwangerschaftssymptome gehabt und normalerweise ihre Regelblutung am 31.12.2007 bekommen müssen. Wegen akuter Bauchschmerzen habe sie am 3. Januar 2008 kurzfristig noch für den gleichen Tag einen Untersuchungstermin vereinbart, bei dem dann die Schwangerschaft festgestellt worden sei. Die Richtigkeit dieser Behauptung hat die Kl.in an Eides statt versichert. Die Bekl. hat beantragt, die Klage und den Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage abzuweisen. Die Kl.in habe noch innerhalb der 3-Wochenfrist des § 4 KSChG von der Schwangerschaft erfahren und daher Klage erheben können. Sie habe ggf. unmittelbar am 3./4. Januar 2008 Rechtsrat einholen müssen. Dass dieses erst nach dem Wochenende geschehen sei, müsse sie sich als Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten in eigenen Angelegenheiten zurechnen lassen.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage der schwangeren Kl.in zurückgewiesen. Das geschah im Wesentlichen mit der Begründung, die Kl.in habe auch nach Feststellung ihrer Schwangerschaft noch die Möglichkeit gehabt, die Kündigungsschutzklage innerhalb der Klagefrist zu erheben. Dass die Frist trotz Kenntnis der Schwangerschaft verstrichen sei, beruhe auf ihrer ursprünglich falschen Rechteinsschätzung und nicht darauf, dass eine Überlegungszeit erforderlich gewesen sei. Hinsichtlich der Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf den Beschluss des Arbeitsgerichts vom 14.2.2008 verwiesen. Gegen diesen der Kl.in am 20.2.2008 zugestellten Beschluss legte die Kl.in am 4.3.2008 sofortige Beschwerde ein, der das Arbeitsgericht jedoch nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde der Kl.in ist statthaft und zulässig. Sie ist zudem begründet. Die Klage war nachträglich zuzulassen.

1. Die Kl.in hat die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSChG versäumt. Das Kündigungsschreiben vom 14.12.2007 ist ihr am gleichen Tag zugegangen. Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSChG lief daher am Freitag, dem 4.1.2008 ab. Die Kl.in hat diese Frist versäumt. Sie hat ihre Kündigungsschutzklage erst am Montag, den 7.12.2008 beim Arbeitsgericht eingereicht.

2. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 4 Satz 4 KSChG. Danach läuft die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts, soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer. Die Kl.in beruft sich auf den besonderen Kündigungsschutz aus § 9 MuSchG. Eine Zustimmung zur Kündigung liegt unstreitig nicht vor.

a) Die Kl.in hat an Eides statt versichert, dass am 3.1.2008 eine Schwangerschaft bei ihr festgestellt wurde. Das hat sie auch durch Vorlage einer ärztlichen „Bescheinigung über die Schwangerschaft“ vom 5.5.2008 belegt. Aus ihr ergibt sich, dass am 3.1.2008 eine Schwangerschaft in der sechsten Schwangerschaftswoche festgestellt wurde. Damit hätte der Ausspruch einer Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedurft.

b) Gleichwohl kann nach Auffassung des Beschwerdegerichts die Bestimmung des § 4 S. 4 KSChG vorliegend nicht greifen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 4 Satz 4 KSChG ist, dass der Arbeitgeber den Sonderkündigungsschutz nach § 9 MuSchG kennt. Erlangt die Arbeitnehmerin erst nach Zugang der Kündigungserklärung Kenntnis von der Schwangerschaft, ist § 4 Satz 4 KSChG nicht anzuwenden. Die Arbeitnehmerin ist gehalten, binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung den Unwirksamkeitsgrund des § 9 Abs. 1 MuSchG gerichtlich geltend zu machen. War ihr das nicht möglich, hilft ihr § 5 Abs. 1 S. 2 KSChG

(vgl. KR-Friedrich, 8. Auflage, Rd.-Ziff. 202 a, 202 b zu § 4, LAG Düsseldorf, 10.2.2005 – 15 Ta 26/05; LAG Hamm 22.9.2005 – 8 Sa 974/05 – jeweils zitiert nach JURIS).

§ 4 S. 4 KSChG trägt einem Informationsdefizit des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Einholung einer erforderlichen behördlichen Zustimmung Rechnung, weil er bis zur Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde nicht weiß, ob der Arbeitgeber die behördliche Zustimmung beantragt hat, wie die Behörde entschieden hat, ob dem Arbeitgeber bereits rechtswirksam eine Zustimmung erteilt worden ist und aus welchen Gründen dies ggf. geschehen ist. Deshalb beginnt der Lauf der Klagefrist gemäß § 4 S.4 KSChG erst ab Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung an den Arbeitnehmer

(vgl. BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 487/02 – AP Nr. 7 zu § 18 BErzGG; vgl. Bender, Schmidt, KSChG2004: Neuer Schwellenwert und einheitliche Klagefrist, NZA 2004, 358, 364).

Ein solches Informationsdefizit des Arbeitnehmers ist aber nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die vorherige Einholung einer Zustimmung zur Kündigung gar nicht erwarten konnte, weil dieser von den den besonderen Kündigungsschutz begründenden Umständen und damit vom Zustimmungserfordernis einer Behörde zuvor nichts wusste

(vgl. LAG Düsseldorf v. 10.2.2005 – 15 Ta 26/05 –; KR-Friedrich, Rd.-Ziff. 202a, 202b, 204 zu § 4 KSChG; a.A. Bader, Bram, Dörner, Wenzel, Kom. zum KSChG, Rd.-Ziff. 101 zu § 5 KSChG mwN).

Das Informationsdefizit liegt in solchen Fällen nicht beim Arbeitnehmer, sondern beim Arbeitgeber

(Bender, aaO).

Solange die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber nicht von der Schwangerschaft in Kenntnis setzt, ist ihr bewusst, dass kein Zustimmungsverfahren laufen kann. Das entspricht gerade nicht der Situation, die § 4 S.4 KSChG regeln will, die Arbeitnehmerin insoweit nicht schutzbedürftig ist. In solchen Fällen ist vielmehr die allgemeine Klagefrist des § 4 S. 1 KSChG einschlägig

(vgl. LAG Düsseldorf v. 10.2.2005 – 15 Ta 26/05 – zit. nach JURIS, Rd.-Ziff. 6, Bender, aaO).

2. Die verspätete Kündigungsschutzklage ist gemäß § 5 KSChG nachträglich zuzulassen.

a) Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 KSChG ist eine Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen, wenn die Arbeitnehmerin trotz aller ihr nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben. Gleiches gilt gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 KSChG, wenn eine Frau von ihrer Schwangerschaft aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Frist des § 4 S. 1 KSChG Kenntnis erlangt hat.

b) Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 2 KSChG für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage einer schwangeren Arbeitnehmerin liegen hier nicht vor. Die Kl.in hat nicht erst nach Ablauf der Klagefrist von ihrer Schwangerschaft Kenntnis erlangt, sondern einen Tag vor Ablauf der Klagefrist. § 5 Abs. 1 S. 2 KSChG stellt auf die Kenntnis der Schwangerschaft, nicht auf die Kenntnis des von einer Schwangerschaft ausgelösten Sonderkündigungsschutzes ab. Damit fällt die Kl.in objektiv unter den Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 1 KSChG.

c) Die Kl.in hat die Klagefrist nicht unter Verletzung der ihr zuzumutenden Sorgfaltspflicht versäumt. Die Beschwerdekammer folgt insoweit nicht der Ansicht des Arbeitsgerichts, die Kl.in habe bei Anwendung aller ihr nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt die Klage noch innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist erheben können und müssen, weil sie einen Tag vor Fristablauf von

ihrer Schwangerschaft erfahren habe. Dass die Kl.in erst 3 Werk-tage nach Erlangung der Kenntnis von ihrer Schwangerschaft und damit 2 Werktage/1 Arbeitstag nach Ablauf der Klagefrist die Kündigungsschutzklage stellt vorliegend keine Verletzung der ihr zuzumutenden Sorgfaltspflicht dar.

Es ist allgemein anerkannt, dass an die nachträgliche Zulassung einer verspäteten Klage strenger, subjektiv ausgerichteter Maßstab anzusetzen ist. Dem folgt auch das Beschwerdegericht. Den Arbeitnehmer darf kein Verschulden an der verspäteten Klageerhebung treffen. Auszugehen ist von der individuellen Situation und den persönlichen Fähigkeiten des konkret betroffenen Arbeitnehmers

(Erf.K-Kiel, Rd.-Ziff. 2 zu § 5 KSchG mwN; KR-Friedrich, Rd.-Ziff. 13 zu § 5 KSchG).

Ein Beurteilungsfehler, die falsche Einschätzung der Erfolgsaussichten ist regelmäßig kein Entschuldigungsgrund. Es gehört darüber hinaus zu den an jeden Arbeitnehmer zu stellenden allgemeinen Sorgfaltsanforderungen, dass er sich beim Ausspruch einer Kündigung unverzüglich darum kümmert, ob und wie er dagegen vorgehen kann

(KR-Kiel, Rd.-Ziff. 10 zu § 5 KSchG).

Allerdings verlangt § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG vom Arbeitnehmer keinen Aktionismus. An die vom Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 KSchG einzuhaltende Sorgfalt ist zwar ein relativ strenger, jedoch ein vernünftiger und kein überspannter Maßstab anzulegen. Sinn und der Zweck der Verfahrensvorschriften und auch des § 5 KSchG ist es, der klagenden Partei zu ihrem Recht zu verhelfen. Auch wenn das Gesetz von dem Arbeitnehmer die Anwendung aller zumutbaren Sorgfalt zur rechtzeitigen Erhebung der Klage verlangt, ist damit nicht gefordert, dass er die Kündigung notfalls sofort und überstürzt nach deren Kenntnis gerichtlich angreift. Dem Arbeitnehmer ist vielmehr eine Frist zur Überlegung, ob er die Kündigung hinnehmen oder gerichtlich angreifen will, zur Fertigung der Klageschrift oder zur Beauftragung eines Rechtsanwalts und zur Versendung bzw. Einreichung bei Gericht zu gewähren. Die Frist hierfür ist grundsätzlich mit mindestens 3 Tagen anzusetzen

(vgl. LAG München v. 23.1.1992 – 4 Ta 16/92 – = NZA 1993, 266; siehe auch KR-Friedrich, Rd.-Ziff. 61 zu § 5 KSchG mwN, APS – Ascheid, Rn. 51 zu § 5 KSchG; KDZ/Zwanziger, Rn. 10 zu § 5 KSchG).

Erfährt eine Arbeitnehmerin nach Erhalt einer Kündigung ohne von ihr zu vertretenden Grund erst kurz vor Ablauf der Klagefrist von ihrer Schwangerschaft, muss ihr eine Überlegungszeit von 3 Werktagen zugebilligt werden, um abzuwägen, ob sie angesichts der für sie neuen Situation und des nun entstandenen Sonderkündigungsschutzes Kündigungsschutzklage erheben will. Sie ist nicht verpflichtet, innerhalb der verbleibenden Restzeit der noch laufenden Klagefrist von 1 bis 1½ Tagen sich ihre neue rechtliche Situation zu vergegenwärtigen und die Kündigungsschutzklage – ggf. auch nur vorsorglich zur Wahrung der Klagefrist – einzureichen. Versäumt sie durch die Inanspruchnahme dieser Überlegungszeit die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S.1 KSchG, ist die Klage auf ihren Antrag hin im Regelfall nachträglich zuzulassen, soweit Klage und Zulassungsantrag nach Ablauf von drei Werktagen eingereicht wurden.

Das Beschwerdegericht folgt damit dem sowohl der Entscheidung des LAG München vom 23.1.1992 als auch der Entscheidung des BGH vom 28.11.1984 (NJW 1986, 257 f) zugrunde liegenden Rechtsgedanken, nach der einer Partei bei Auftreten

eines für die Entscheidung zur Einlegung eines Rechtsmittels ausschlaggebenden neuen Ereignisses mindestens drei Werk-tage Rechtsmittelfrist für die Überlegung und Bewertung der Angelegenheit sowie zur Abwägung des Kostenrisikos verbleiben müssen, so dass bei zwischenzeitlichem Fristablauf ein Zulassungsgrund oder ein Wiedereinsetzungsgrund gegeben ist.

(BGH v. 28.11.1984 – NJW 1986, 257 f, Thematik: Ablehnung von Prozesskostenhilfe für die Einlegung eines Rechtsmittels unmittelbar vor Ablauf der Rechtsmittelfrist – Wiedereinsetzungsgrund 3 Werk-tage erforderliche Bedenk- und Bearbeitungszeit; vgl. auch BAG v. 2.12.1961 – NJW 1962, 462 f : Zubilligung einer Überlegungszeit von 2-3 Tagen, bevor eine Wiedereinsetzungsfrist zu laufen beginnt).

d) Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund ist der Kl.in vorliegend bei Anwendung eines vernünftigen, nicht überspannten Maßstabes gebotener und zumutbarer Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten eine Überlegungszeit von 3 Werktagen zur Erarbeitung und Verarbeitung der rechtlichen Auswirkungen ihrer am Ende der Klagefrist festgestellten Schwangerschaft zuzubilligen. Die Kl.in hat in der Beschwerdeinstanz durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachgewiesen, dass, wie zuvor schon von ihr eidesstattlich versichert, am 3.1.2008 eine Schwangerschaft festgestellt wurde. Damit trat einen Tag vor Ablauf der Klagefrist ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt bezüglich der Wirksamkeit der ihr am 14.12.2007 ausgehändigten Kündigung auf. Die Kl.in hat ferner an Eides statt versichert, dass sie bis zum 3.1.2008 keinerlei Schwangerschaftssymptome hatte und ihre Regelblutung am 3. Januar 2008 nach ihren Berechnungen nur 3 Tage überfällig war. Die Beschwerdekammer hat keinerlei Anhaltspunkte für etwaige Zweifel an der Richtigkeit der abgegebenen eidesstattlichen Versicherung vom 9.1.2008. Damit standen der Kl.in bis zum Ablauf der Klagefrist am 4.1.2008 nur noch 1 bis 1½ Werk-tage zur Verfügung, sich nicht nur mit den Folgen der Schwangerschaft für ihren weiteren Lebensweg auseinanderzusetzen, sondern auch etwaige rechtliche Auswirkungen der Schwangerschaft auf die schon fast drei Wochen zurückliegende Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zu erfassen, abzuwägen, sich ggf. Rechtsrat zu holen und zu entscheiden, ob sie Klage erheben soll, oder nicht. Bei einer derartigen Fallkonstellation von ihr zu verlangen, nunmehr innerhalb von 1 bis 1½ Tagen das abwägen und entscheiden zu müssen, wofür andere Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen normalerweise die gesetzliche Klagefrist von 3 Wochen haben, heißt, den Maßstab der einzuhaltenden Sorgfalt zu überspannen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich anderenfalls ein Wertungswiderspruch zu § 5 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 3 KSchG ergibt. Den Arbeitnehmerinnen, die von ihrer Schwangerschaft erst nach Ablauf der Klagefrist erfahren, hat der Gesetzgeber für den auf § 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG gestützten Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage in § 5 Abs. 3 KSchG einen Überlegungs- und Bearbeitungszeitraum von 2 Wochen eingeräumt. Der Kl.in hingegen würde durch die von ihr nicht zu vertretende, angesichts der eidesstattlichen Versicherung für sie ganz überraschend erst 1 Tag vor Ablauf der Klagefrist festgestellte Schwangerschaft für die gleiche Überlegung und Bearbeitung nur 1 Werktag zugebilligt. Dieser Wertungswiderspruch kann nur dahingehend aufgelöst werden, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung verneint und die Klage nachträglich zugelassen wird. Jedes andere Ergebnis wäre unbillig. Nach alledem hat die Beschwerde Erfolg.

III....

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendam 35, 24103 Kiel.

Verantwortlich i.S.d. § 8 Abs.2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. Armin Teschner, 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 8,- € 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. -1275, 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.

Buchanzeige

Dipl.-Rpfl. Renate Baronin von König

Zivil- und Kostenrecht

Praxiskurzlehrbuch

2., neu bearbeitete Auflage, Mai 2008, XXXVII und 409 Seiten, 54,- € [D], ISBN 978-3-7694-1021-1

Giesecking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld

Kostenrecht ist abhängig vom jeweiligen Verfahrensrecht. Es ist deshalb nur nachvollziehbar, wenn zumindest Kenntnisse im Verfahrensrecht vorhanden sind. Genau auf dieses Zusammenspiel ist das Praxiskurzlehrbuch ausgerichtet: Es gibt einen Überblick über den Zivilprozess und behandelt begleitend jeweils das Kostenverfahren, und zwar ...

... wesentliche Prozessgrundsätze, register-/aktenmäßige Behandlung der Klage, Einführung in die Kosten des Rechtsstreits, weitere Prozessvoraussetzungen, Ablauf des Prozesses, gerichtliche Entscheidungen, Besonderheiten des Versäumnisverfahrens, Rechtsmittel, Streitgenossenschaft, Kosten- und Vergütungsfestsetzung, Gebühren eines weiteren Anwalts/Erstattungsfähigkeit, PKH, Urkunden-/Wechselprozess, Mahnverfahren.

Dazu zahlreiche Beispiele, Fälle, Übersichten und Entscheidungsentwürfe sowie ein umfangreicher Anhang.

Die zwischenzeitlichen Neuerungen (v.a. Kostenrechtsreform 2004) sind umfassend eingearbeitet. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand Oktober 2007, zum Teil sogar darüber hinaus.

Buchanzeige

Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht

Einschließlich Staatshaftungsrecht

von Professor Dr. Joachim Englisch und Anna S. Cryns LL.M., wiss. Mitarbeiterin

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharrstr. 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstr. 6a, 81673 München 2008, 200 Seiten; 18,60 €, *Reihe »Studienprogramm Recht«*, ISBN 978-3-415-04055-7

Die Sammlung von Fällen und Übersichten wendet sich vor allem an Studierende im Grundstudium. Das Werk ermöglicht ihnen, sich die wesentlichen Problemstellungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts begleitend zum Vorlesungsbesuch oder zur Lehrbuchlektüre fallbezogen zu erschließen. Dabei wird auch der Bereich des Staatshaftungsrechts mit abgedeckt.

Die im Anhang enthaltenen Übersichten vermitteln die elementaren Prüfungsstrukturen des Allgemeinen Verwaltungsrechts in anschaulicher Weise und bieten dem Benutzer eine an der Klausurlösung orientierte Zuordnung von Meinungsstreitigkeiten. Auf die Übersichten kann auch im weiteren Studienverlauf mit Gewinn zurückgegriffen werden, da sie sich insbesondere auch zur konzentrierten Wiederholung des relevanten Stoffes vor dem Ersten oder Zweiten Staatsexamen eignen.

Die ausgewählten 28 Fälle sind in neun Lerneinheiten aufgeteilt, die eine klare Zuordnung zu den entsprechenden Vorlesungs- oder Lehrbuchabschnitten erlauben. Um Studierende, die sich erstmals mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht befassen, den Einstieg zu erleichtern, steigern sich die Fälle in ihrer Komplexität graduell bis hin zu umfangreichen Klausuraufgaben. Auf diese Weise wird der Bearbeiter auch schrittweise an die Beherrschung des Gutachtenstils herangeführt. Dabei zeigt sich auch die enge Verzahnung zwischen dem materiellen Verwaltungsrecht und seiner prozessualen Durchsetzung deutlich.

Buchanzeige

Kommentar zum TV-L

begründet als Kommentar zum Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) von Horst Clemens, Ottheinz Scheuring, Werner Steingen und Friedrich Wiese, fortgeführt als Kommentar zum TV-L von Knut Bredendiek, Ministerialrat im Bundesministerium des Innern, Norbert Görgens, Ministerialrat bei der Tarifgemeinschaft deutscher Länder, Stefan Hebler, Referent bei der Tarifgemeinschaft deutscher Länder, Manfred Hoffmann, Hauptgeschäftsführer der VKA und Verbandsgeschäftsführer des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Hessen e.V., Joachim Jeske, Ministerialdirigent a.D. (früher im Finanzministerium Nordrhein-Westfalen), Wilfried Kley, Verbandsgeschäftsführers des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Schleswig-Holstein, und Friedrich Wiese, Regierungsdirektor a.D. (früher bei der Tarifgemeinschaft deutscher Länder)

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharrstr. 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstr. 6a, 81673 München

Loseblattwerk, etwa 3450 Seiten; 125,- € einschl. vier Ordnern, CD-ROM »TV-L onClick«, *edition moll*, ISBN 3-415-03757-6

Der seit Jahrzehnten anerkannte BAT-Großkommentar aus der *edition moll* wird – neben dem TVöD – auch als Kommentar zum TV-L vom selben kompetenten und fachkundigen Autorenteam weitergeführt – als praktisches Loseblattwerk und in elektronischer Form. Abonnenten erhalten zu jeder Ergänzungslieferung des TV-L-Kommentars ein Update der CD-ROM.

Die 13. Ergänzungslieferung, erschienen am 11. Juni 2008, ist auf dem Stand April 2008. Sie beinhaltet u.a. die Kommentierungen zu den §§ 1 bis 16 des TV-Ärzte.

Die 14. Ergänzungslieferung, erschienen am 3. Juli 2008, ist auf dem Stand Mai 2008. Sie beinhaltet u.a. die jeweils letzten Teilkomentierungen zu § 37 TV-L (Ausschlussfrist) und zum TV-Ärzte sowie weitere Kommentierungen zum TVA-L Pflege und zum TV-SozAb-L.

Buchanzeige

Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2005/2006

veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht von
Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel
Wiss. Redaktion: Wiss. Ass. Dr. Christine Budzikiewicz

2008; X und 674 Seiten, brosch. 98,- € [D], ISSN 0340-7381, ISBN 978-3-7694-1020-4

Giesecking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld

Der Jahresband 2005/2006 enthält eine repräsentative Auswahl von 48 Gutachten spezialisierter Universitätsinstitute und des Max-Planck-Instituts Hamburg zu fast 30 Rechtsordnungen:

- **Allg. Lehren des Zivilrechts** – Vertragsschluss (Österreich), Anfechtung (Frankreich), Verjährung/Verwirkung (Frankreich/Österreich/Luxemburg/Türkei), Vereinsrecht (Österreich)
- **Schuldrecht** – AGB (Niederlande), Aufrechnung (Frankreich), Rücktritt/Kündigung (Österreich), Gläubiger-/Schuldnervertrag (Österreich/Niederlande), Haftungsrecht/Schadensermittlung (Italien/Niederlande), Vertrag (Saudi-Arabien), Forderungsabtretung/-übergang (Italien/Republik China [Taiwan]), Dienst- u. Werkvertrag (Niederlande), Bürgschaft (Frankreich)
- **Handelsrecht** – Kaufmannseigenschaft (Frankreich), Handelsvertreterrecht (Italien), Handelsgeschäfte (Belgien), Speditions-, Fracht- u. Transportverträge (Frankreich/USA/Norwegen/Belgien)
- **Gesellschafts-, Wertpapier-, Versicherungs- und Insolvenzrecht** – GmbH-Recht (Spanien), Wertpapierrecht (Belgien), Versicherungsrecht (Frankreich), Insolvenzrecht (Frankreich/Bulgarien)
- **Sachenrecht und Kulturgüterschutz** – Bewegliche Sachen (Republik China [Taiwan]/Russische Föderation/Bosnien-Herzegowina/Belgien), Unbewegliche Sachen (Bosnien-Herzegowina/Spanien), Nießbrauch (Spanien)
- **Familienrecht** – Eheschließung/Wirksamkeit der Ehe (Kolumbien), Eheanfechtung (Italien), Ehegüterrecht (Türkei), Ehegattenunterhalt (Niederlande/Brasilien), Scheidung/Trennung (Zypern/Italien/Namibia/Griechenland), Scheidungsfolgen (Türkei/Australien/Belgien), Kindesunterhalt (Frankreich)
- **Erbrecht** – Gesetzliches Erbrecht (USA [Illinois]/Spanien/Mazedonien/Afghanistan), Testament (Spanien/USA [Illinois]/Slowenien), Testamentsvollstreckung (USA [Illinois]), Pflichtteil/Noterbrecht (Spanien), Erbausschlagung (Mazedonien/Spanien), Nachlassverwaltung (USA [Illinois])
- **Internationales Privatrecht** – Parteiautonome Rechtswahl (USA/Norwegen), Anknüpfung der Ehescheidung (Vietnam)
- **Verfahrensrecht** – Eintritt der Rechtshängigkeit (Australien/Bulgarien/Kroatien), Rechtskraftwirkung (Österreich), Brüssel I und IIa (Frankreich/Österreich/Namibia/Vietnam), Internationale Zuständigkeit in Ehe-, Nachlass- und Insolvenzsachen (Kolumbien/USA [Illinois]/Bulgarien), Anerkennung/Vollstreckung dt./ausl. Entscheidungen (Namibia/Kroatien).

Dazu ausführliche Gesetzes- und Sachregister, Register der Staatsverträge und europ. Rechtsvorschriften

Buchanzeige

Politisches Grundwissen zu Staat und Verfassung

von Christoph Wawer

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharstr. 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstr. 6a, 81673 München
2008, 3., überarbeitete Auflage, 124 Seiten, € 19,50, ISBN 978-3-415-04058-8

Das kompakte Werk vermittelt bereits in dritter Auflage leicht verständlich und übersichtlich die grundlegenden Kenntnisse über die Verfassung und das politische System der Bundesrepublik Deutschland.

Der Autor erläutert u.a.:

- die staatlichen Grundprinzipien
- den Gang des Gesetzgebungsverfahrens
- die einzelnen Grundrechte
- die obersten Bundesorgane
- die Staatengemeinschaften

Jeder Themenkomplex ist umfassend, aber dennoch kurz und prägnant dargestellt. Übersichten und Schaubilder erleichtern das Verständnis der Materie.

Die Ausführungen zu den rechtlichen, geschichtlichen und politischen Zusammenhängen ermöglichen es, Themen aus der aktuellen Politik und staatliches Handeln verfassungsrechtlich einzuordnen und zu bewerten.

Die komprimierte und aktualisierte Darstellung macht das Buch zu einem praktischen Nachschlagewerk für Ausbildung und Beruf. Das Stichwortverzeichnis ermöglicht einen schnellen und sicheren Zugriff auf die gewünschte Information.