



Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Ausgewählte raumordnungs- und fachplanungsrechtliche Aspekte des Netzausbaus

Dr. Jörg Grotkopp

Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich

Heinz Döllel und Uwe Dreeßen

Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2011 (Teil 1)

SCHLHAGLICHT

Christian Blöcker und Klaus Schulze

„Ein Gericht modernisiert sich,
... der Mensch muss mit.“

August 2012

I. Aufsätze

Prof. Dr. Wolfgang Ewer	Ausgewählte raumordnungs- und fachplanungsrechtliche Aspekte des Netzausbaus	281
Dr. Jörg Grotkopp	Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich	285
Heinz Dörlle und Uwe Dreeßen	Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2011	289

II. Amtliche Veröffentlichungen

Vfg. der Präs.in d. SchlHOLG vom 8. Juni 2012 – 3172 – 43 SH –	Schleswig-Holsteinisches Anwaltsgericht	303
Vfg. der Präs.in SchlHOLG vom 17. Juli 2012 – 3170 – 203 SH –	Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof	303

III. Personalnachrichten

303

IV. Ausschreibungen

303

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchlHOLG	10. 2. 2012	4 U 7/11	Bestimmtheit der Betriebskostenüberwälzung bei Gewerberaummiere	305
SchlHOLG	27. 1. 2012	5 U 70/11	Zu den Aufklärungs- und Hinweispflichten einer Bank im Zusammenhang mit dem Verkauf von Zertifikaten im Rahmen eines Eigengeschäfts	306
SchlHOLG	28. 2. 2012	11 U 137/11	Übertragung der Streupflicht	308
LG Kiel	2. 7. 2012	3 T 188/12	Die zwangsweise Behandlung von Betreuten ist gem. § 1906 Abs. 1 BGB verfassungsgemäß und zulässig	309
SchlHOLG	13. 6. 2012	17 W 13/11	Zu den Voraussetzungen einer Unterbringung nach dem ThUG	312

Familienrecht

SchlHOLG	4. 1. 2012	10 WF 254/11	Berechnung des bereinigten Nettoeinkommens bei Mangelfall	316
----------	------------	--------------	---	-----

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Arno Surminski

liest aus „Der Tod eines Richters – Roman über ein ungewolltes Kind“

Dass er nicht nur ein „Ostproußen-Autor“ ist, will uns Arno Surminski zeigen, nach 2010 zum zweiten Mal im Oberlandesgericht. Diesmal mit einem Justiz-Thema, nämlich mit dem mysteriösen Tod eines pensionierten Richters, eines früheren Spezialisten für Arzthaftung. Ein anonymer Anruf bei der Tochter des Richters – „Er hatte es verdient zu sterben“ –, ein spektakulärer Haftpflichtfall und seine Folgen, nämlich eine misslungene Sterilisation und ein Jurastudent, der das ungewollte Kind ist. Das ist der Rahmen für spannende Gespräche über Recht, Medizin und Ethik: kann ein Mensch ein Schaden sein?

Hier wirkt eigenes Fachwissen des Autors nach. Denn 1934 in Ostpreußen geboren, arbeitete Arno Surminski bis 1972 in einer Hamburger Versicherungsgesellschaft und war später Wirtschaftsjournalist, aber auch Ombudsmann der Privaten Krankenversicherungen.

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

Kartenreservierung: telefonisch ab 10. September 2012 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden. Je Anrufer können bis zu zwei Karten reserviert werden.

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Donnerstag, den 20. September 2012, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Zeitgleich erschienen Romane und Erzählungen, u.a. „Jokehen oder Wie lange fährt man von Ostpreußen nach Deutschland?“ (1974), „Polninken oder Eine deutsche Liebe“ (1984), „Sommer 44 oder Wie lange fährt man von Deutschland nach Ostpreußen?“ (1997), „Vaterland ohne Väter“ (2004), „Die Vogelwelt von Auschwitz“ (2008), „Amanda oder Ein amerikanischer Frühling“ (2009), „Winter fünfundvierzig oder Die Frauen von Palmnicken“ (2010) und jetzt „Der Tod eines Richters – Roman über ein ungewolltes Kind“ (2012). Auszeichnungen: Andreas-Gryphius-Preis (1978 und 2009), Kulturpreis der Landsmannschaft Ostpreußen (1982), Hamburger Bürgerpreis (1993), Lessing-Ring (2001), Friedrich-Schiedel-Literaturpreis (2004), Biermann-Ratjen-Medaille (2004), Hanne-Irene-Greve-Literaturpreis (2008).

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

25. Oktober 2012: Poetry Slam für junge Autorinnen und Autoren

20. November 2012: Neues auf dem Buchmarkt (mit Annetarie Stoltenberg)

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –
Spendenkonto Nr.: 50007294, Nospa BLZ 21750000

Ausgewählte raumordnungs- und fachplanungsrechtliche Aspekte des Netzausbaus*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel

Seit der Atomkatastrophe von Fukushima am 11. März 2011 und der Reaktion der Bundesregierung hierauf ist die Energiewende eine erklärte Priorität auf Bundes- und Landesebene. Natürlich genügt es hierzu nicht, nur die Atomkraftwerke abschalten zu lassen. Vielmehr muss die Energieversorgung der Bevölkerung aufrechterhalten werden und müssen deshalb andere Formen der Energieerzeugung geschaffen werden. Das ist auch nicht nur eine Frage der wirtschaftlichen Entwicklung, vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass „die Energieversorgung [...] eine Leistung [ist], derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz bedarf.“¹ Mit der Energieversorgung ist im Zusammenhang einer hochtechnisierten Gesellschaft also immer auch der Grundwert der Verfassung, nämlich die Menschenwürde angesprochen.

Ein altes polnisches Sprichwort lautet: „Wer denkt im Strom noch an die Quelle.“ Beim elektrischen Strom sollten wir es freilich tun. Und dies insbesondere bei demjenigen, der aus erneuerbaren Energien erzeugt ist. Denn das gegenwärtig wohl größte Problem besteht darin, dass seine Quellen, dass sich der Großteil der Anlagen zur regenerativen Erzeugung elektrischer Energie – insbesondere solcher aus Windkraft – bei uns in Schleswig-Holstein befindet, während die Masse der hauptsächlichen Abnehmer dieser Energie – insbesondere aus der stromintensiven Industrie – im Westen und Süden Deutschlands beheimatet sind, so dass die entscheidende Voraussetzung für das Gelingen der Energiewende in der rechtzeitigen Schaffung der erforderlichen Hoch- und Höchstspannungs-Leitungskapazitäten besteht. Es kommt hinzu, dass die Erzeugung erneuerbarer Energien zunehmend auch relativ kleinteilig und dezentral erfolgt und dass daher neue Anbindungen der Erzeugungsanlagen an das Netz erforderlich sind. Gegenwärtig ist es so, dass die Menge des zur Verfügung stehenden Stroms aus erneuerbaren Quellen primär nicht durch die Erzeugung, sondern durch die Aufnahmekapazität der Netze begrenzt wird. Diese Situation gilt es natürlich zu beenden, wenn mit der Energiewende Ernst gemacht und die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien im hierzu erforderlichen Umfang ausgebaut werden soll.

Zur Lösung dieses Problems hat der Gesetzgeber bereits vor der Energiewende wichtige Schritte eingeleitet. So verpflichtet etwa § 9 Abs. 1 EEG die Netzbetreiber seit dem 1. Januar 2009, auf Verlangen der Einspeisewilligen – also der Strom-

erzeuger – ihre Netze nötigenfalls auszubauen.² Gleichwohl sind beim Netzausbau auch künftig verschiedene rechtliche Probleme zu erwarten. Insbesondere Höchstspannungsleitungen erfreuen sich bekanntlich keiner großen Beliebtheit in der Bevölkerung.³ Die elektrischen Felder solcher Leitungen werden – in durchaus verständlicher Weise – als Belastungen empfunden.⁴ Außerdem gibt es zweifellos ansprechendere Postkartenmotive als eine Landschaft voller Hochspannungsmasten. Und der Aspekt des Artenschutzes wird auch nicht zu vernachlässigen sein.⁵ Diese wenigen Gedanken verdeutlichen, dass das Vorhaben des Netzausbaus Konflikte mit anderen Nutzungen der zur Verfügung stehenden Flächen mit sich bringen wird. Derartige Nutzungskonflikte sollen bekanntlich durch das Raumordnungsrecht und das Fachplanungsrecht vermieden und aufgelöst werden.

A) Zum Raumordnungsrecht

Im Rahmen des Raumordnungsrechts ist zunächst § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 5 ROG zu nennen. Danach ist ein gesetzlicher Grundsatz der Raumordnung, dass den „räumlichen Erfordernissen für eine kostengünstige, sichere und umweltverträgliche Energieversorgung einschließlich des Ausbaus von Energienetzen“ Rechnung zu tragen ist. Diese Bestimmung stammt aus dem Jahr 2008 und stand bereits damals im Zusammenhang des Atomausstiegs und einer Energiewende. In der Gesetzesbegründung fanden sich daher folgende Ausführungen:

„[Der Grundsatz soll] dem aktuellen Anliegen der Sicherung der Energieversorgung mit dem Aspekt des Ausbaus der Energienetze Rechnung tragen. Die gegenwärtigen Stromnetze orientieren sich bislang an den überwiegend zentral ausgerichteten Strukturen der Stromwirtschaft. Strom aus erneuerbaren Energien wird jedoch zu einem großen Teil dezentral erzeugt und ist darauf angewiesen, dass die Stromnetze in der Lage sind, diesen Strom aufzunehmen.“⁶

Erst nach der so begründeten Neufassung des ROG kam die gesetzliche Laufzeitverlängerung der Atomkraftwerke, also der „Ausstieg aus dem Ausstieg.“ Nachdem der Bund aus dem „Ausstieg aus dem Ausstieg“ mittlerweile wiederum

² Dazu *Wasielowski*, *Netzentwicklung für regenerativ erzeugte Energie in Schleswig-Holstein*, NordÖR 2012, S. 218.

³ Vgl. etwa den Artikel „Am liebsten 1000 Meter Abstand zum Strommast“, FAZ vom 22.1.2011, S. 12.

⁴ Zu den insoweit einschlägigen Maßstäben BVerwG, *Gerichtsbescheid vom 21.9.2010 – 7 A 7/10 –*, zit.n.juris, und Beschluss vom 22.7.2010 – 7 VR 4/10, 7 VR 4/10 (7 A 7/10) –, DVBl 2010, S. 1300 ff.

⁵ Als Beispiel für derartige Auseinandersetzungen sei das dem Beschluss des OVG Münster vom 19.3.2008 – 11 B 289/08.AK –, NuR 2008, S. 431 ff. zugrundeliegende Verfahren genannt.

⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 16/10292, S. 21 f.

* Es handelt sich um einen Vortrag des Verfassers auf dem diesjährigen Schleswiger Forum für Öffentliches Recht am 22. 6. 2012; die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Unterzeichner dankt RA Tobias Thienel für die Unterstützung bei der Erarbeitung des Manuskripts.

¹ Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 3. 1984 – 1 BvL 28/82 –, BVerfGE 66, 248, 258.

ausgestiegen ist, behält die Betonung der Anforderungen erneuerbaren Energien durch den Gesetzgeber ihre Gültigkeit.

Die erneuerbaren Energien finden auch an anderer Stelle Erwähnung im ROG. So besagt § 2 Abs. 2 Nr. 6 Satz 8 – im Zusammenhang des Umwelt- und Klimaschutz –, dass

„die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien“

zu schaffen sind. Dabei vereint der zuerst genannte Grundsatz ökonomische und ökologische Aspekte in sich, während der zweite Grundsatz, der ausdrücklich auf die erneuerbaren Energien Bezug nimmt, nur im Dienste der Ökologie steht. Der allgemeine Klimaschutz wird damit zu einem bedeutsamen Belang in der planerischen Abwägung.⁷

Gerade im Dienste der Energiewende ist also schon kraft Gesetzes der Netzausbau in der Raumordnung zu berücksichtigen. Die Belange des Netzausbaus sind daher bei jeder Raumordnungsplanung einzustellen, soweit sie im jeweiligen Fall relevant sind. Das kann und muss freilich auf verschiedenen Ebenen der Raumordnung geschehen. Beginnen möchte ich dabei mit den Möglichkeiten der Raumordnungsplanung des Bundes. Hierzu sieht § 17 Abs. 1 ROG vor, dass das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung im Einvernehmen mit anderen fachlich betroffenen Bundesministerien und nach gemeinsamer Beratung mit den Bundesländern einzelne gesetzliche Grundsätze der Raumordnung in einem Raumordnungsplan konkretisieren kann. Dabei nimmt die Konkretisierung von Grundsätzen der Raumordnung durch den Bund die Form eines fachlichen Gutachtens über die Berücksichtigung einzelner gesetzlicher Grundsätze an.⁸ Es handelt sich um sachliche Teilpläne i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 2 ROG, und es dürfen nur Grundsätze, nicht Ziele der Raumordnung festgelegt werden.⁹

Natürlich wäre es vorstellbar, dass das Bundesverkehrsministerium einen Raumordnungsplan für die räumliche Entwicklung des Bundesgebiets gerade unter Bezug auf den Netzausbau erlässt. Die erforderliche länderübergreifende Bedeutung¹⁰ dürfte hier schon daraus folgen, dass für sehr lange Trassen zwischen den unterschiedlichen Regionen des Bundesgebiets zu planen ist. Insoweit liegt es auch anders als bei der Raumordnung für Windkraftanlagen oder Ähnliches, die in der Regel nur örtliche und regionale Interessen in den Blick nehmen müssen.¹¹ Auch in der Literatur wurde jüngst eindringlich für ein Engagement der Bundesraumordnung für die Energiewende plädiert, und zwar durchaus mit Kritik an der Enge der raumordnerischen Kompetenzen des Bundes.¹² Einstweilen bleibt es jedoch nach dem ROG dabei, dass der Bund nur Grundsätze der Raumordnung aufstellen darf, und dass seine Vorgaben auf dieser gesetzlichen Grundlage daher immer – zumindest im Allgemeinen – „wegwägbar“ sein werden.

Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt und ist ihm gerade mit Bezug auf den Netzausbau begegnet. Das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz – NABEG – sieht nunmehr eine Bundesfachplanung vor, mit der Trassenkorridore für die Höchstspannungsleitungen festgelegt werden sollen. Dabei wird – in chronologischer Reihenfolge – zunächst in einem gesetzlichen Bundesbedarfsplan gemäß § 12 e Abs. 4 EnWG der Bedarf an bestimmten länderübergreifenden oder grenzüberschreitenden Höchstspannungstrassen festgestellt. Anschließend beantragt der Vorhabenträger bei der Bundesnetzagentur die Durchführung eines Bundesfachplanungsverfahrens. Mit diesem soll der Verlauf eines Trassenkorridors festgelegt werden, der Teil eines Bundesnetzplans

wird. In die kartografische Darstellung sind auch die Übergangspunkte an den Landesgrenzen einzuzeichnen.

Bemerkenswert ist, dass diese Fachplanung des Bundes gemäß § 15 NABEG zur verbindlichen Grundlage des Planfeststellungsverfahrens über die Höchstspannungsleitungen wird und Vorrang vor der Landesplanung genießt.¹³ Demnach handelt es sich hier der Sache nach einerseits um eine Art spezielles Raumordnungsverfahren, weil nicht über die Errichtung der Leitungen als Vorhaben entschieden wird, sondern nur über die räumliche Lage der Trassenkorridore.¹⁴ Andererseits trifft im Gegensatz zum Raumordnungsverfahren der Bund bereits *verbindliche* Entscheidungen, vergleichbar mit der Festlegung von Zielen der Raumordnung.

Insoweit stellt sich zunächst die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Der Bundesgesetzgeber hat sich bei dem Erlass des NABEG auf den Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt, der das „Recht der Wirtschaft“ einschließlich der Energiewirtschaft umfasst.¹⁵ Jedoch habe ich zuvor schon angedeutet, dass zumindest hinsichtlich der Fachplanung für die Trassenkorridore eher die Rechtsmaterie der Raumordnung betroffen sein dürfte. Insoweit geht es eben nicht um Regelungen der Energiewirtschaft oder der – an sich vom Kompetenztitel mit umfasst¹⁶ – Verteilung von Energie. Schließlich werden nicht die Leitungsanlagen selbst in den Blick genommen, sondern nur die ungefähren Trassen. Dabei handelt es sich wohl nicht, wie der Gesetzgeber annahm, um ein Fachplanungsverfahren *sui generis*.¹⁷ Vielmehr geht es um die klassische Materie der Raumordnung, namentlich um die Auflösung von Nutzungskonflikten.¹⁸ Im Schwerpunkt und damit in maßgeblicher Weise dürfte daher der Kompetenztitel für die Raumordnung – also Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG – einschlägig sein.¹⁹ Der Frage, welcher der beiden genannten Kompetenztitel einschlägig ist, kommt dabei durchaus praktische Bedeutung zu. Wird nämlich nicht Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft, speziell Energiewirtschaft), sondern Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG über die Raumordnung für einschlägig gehalten, ist einerseits die Erforderlichkeit für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gemäß Art. 72 Abs. 2 GG nicht zu prüfen, und besteht andererseits eine Abweichungsbefugnis der Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG.²⁰

Als nächstes bleibt die Frage der Verwaltungskompetenz des Bundes nach den Art. 83 ff. GG zu erörtern. Diese Kompetenz – also die Kompetenz zur Fachplanung der Trassenkorridore – soll sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers aus Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG ergeben.²¹ Danach können durch Bundesgesetz selbstständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet werden, soweit es um Angelegenheiten geht, in denen der Bund die Gesetzgebungskompetenz besitzt, was zuvor im Ergebnis bejaht wurde. Hält man insoweit jedoch die Kompetenz für die Energiewirtschaft für einschlägig hält – hinsichtlich der Planung der Trassenkorridore sehe ich das aus den zuvor dargestellten Gründen anders –, dann ist auch die Verwaltungskompetenz des Bundes davon abhängig, dass die Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung

¹³ Dürner, Vollzugs- und Verfassungsfragen des NABEG, NuR 2012, S. 369, 371.

¹⁴ Erbguth, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 329; ders., Trassensicherung für Höchstspannungsleitungen: Systemgerechtigkeit und Rechtsschutz, DVBl. 2012, S. 325, 326.

¹⁵ Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Energienetze, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6073, S. 19.

¹⁶ Degenhart, in: Sachs, GG, Kommentar, 6. Auflage, München 2011, Art. 74 Rn. 44, 46; Erbguth, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 329.

¹⁷ Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Energienetze, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6073, S. 19.

¹⁸ Erbguth, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 329.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Dazu ebda.

²¹ Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Energienetze, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6073, S. 32.

⁷ Spannowsky, in: ders./Runkel/Goppel, ROG, Kommentar, München 2010, § 2 Rn. 143.

⁸ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, Kommentar, München 2010, § 17 Rn. 3.

⁹ Ebda., Rn. 4.

¹⁰ Mayer, Raumordnungs- und bauleitplanungsrechtliche Probleme des Repowering von Windkraftanlagen, EurUP 2009, S. 236, 239.

¹¹ Dazu eine Kompetenz des Bundes ablehnend Mayer, ebda.

¹² Köck, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl. 2012, S. 3, 9.

gemäß Art. 72 Abs. 2 GG zu bejahen ist.²² Das lässt sich für die Planfeststellung der eigentlichen Trassen sicherlich annehmen, weil das Verfahren der Zulassung großer Netze nicht je nach betroffenem Landesgebiet ganz unterschiedliche Formen annehmen sollte und darf.²³ Insoweit hat der Gesetzgeber in der Begründung des NABEG ausgeführt:

„Für eine angemessene Ausstattung mit Energieleitungen mit überregionaler Bedeutung ist es [...] erforderlich, dass unter einheitlichen rechtlichen Bedingungen geplant werden kann. Hinzu kommt, dass viele der Energieversorgungsunternehmen und alle Übertragungsnetzbetreiber länderübergreifend tätig sind. Aus diesen Gründen würde eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen für den rechtssicheren Ausbau der überregionalen Energieversorgung darstellen, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.“²⁴

Dieser Gedanke ist auch mit Blick auf die Fachplanung der Trassenkorridore fruchtbar zu machen. Allerdings wird in der Literatur eingewandt, dass die Länder durchaus in der Lage seien, auch grenzüberschreitend zu planen, indem sie in bereits bewährter Weise zusammenarbeiten.²⁵ Dies trifft als solches sicher zu. Die Raumordnung auf Landesebene geschieht seit jeher auch in Kooperation mit den angrenzenden Bundesländern und sogar ausländischen Staaten. Indessen ist zu bedenken, dass es nicht darum geht, ob die Bundesländer koordiniert planen können. Angesichts der Energiewende steht vielmehr in Frage, *wie schnell* sie es können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Raumordnung für überregionale Stromnetze nicht nur zwei aneinandergrenzende Ländern berühren, sondern über eine größere Zahl von Ländern hinwegführen wird. Nach meiner Überzeugung lässt sich daher, wenn man die Kompetenz für die Energiewirtschaft für einschlägig hält, das dann erforderliche Bedürfnis für eine Bundesregelung als notwendiger Grundlage einer Verwaltungskompetenz des Bundes nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG durchaus begründen.

Darüber hinaus müsste es sich freilich auch um eine zentral zu erfüllende Aufgabe²⁶ handeln, damit die Einrichtung einer Bundesverwaltung verfassungsgemäß ist.²⁷ Auch das ließe sich mit den eben angestellten Überlegungen rechtfertigen. Dabei spielt wiederum die Eilbedürftigkeit der Energiewende eine erhebliche Rolle, verbunden mit dem Umstand, dass es im NABEG immer nur um länderübergreifende oder grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen geht.²⁸ Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem NABEG bisweilen auf Leistungen von Behörden in der Fläche angewiesen sein wird. Zum Beispiel kennt das NABEG die Auslegung von Unterlagen im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Außenstellen und „weiteren geeigneten Stellen.“ Solche Hilfstätigkeiten stellen aber anerkanntermaßen die Zentralität der Aufgabe nicht in Frage.²⁹

Insgesamt ist die Bundeskompetenz daher sowohl für den Erlass des NABEG als auch für die Wahrnehmung der Ver-

waltungsaufgaben durch den Bund im Ergebnis als gegeben anzusehen.

Die Raumordnung wird daher im Bereich des Ausbaus der länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen durch die sogenannte Fachplanung der Bundesnetzagentur nach dem NABEG erfolgen. Diese Bundesfachplanung hat gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG Vorrang vor den Landesplanungen; andere Raumordnungsverfahren finden gemäß § 28 NABEG nicht statt.

Nur für die Leitungen der geringeren Spannungsclassen und für landesinterne Höchstspannungsleitungen bleibt es bei dem normalen Instrumentarium der Raumordnung. Insoweit gibt es kaum Besonderheiten mit Blick auf den Netzausbau. Dass der Netzausbau in gesetzlichen Grundsätzen gemäß § 2 Abs. 2 ROG, besonders in Nr. 6 Satz 8, Niederschlag findet, ist bereits zuvor festgestellt worden. Mit der allgemeinpolitischen Bedeutung der Energiewende wird das Gewicht dieses Belangs in der planerischen Abwägung sicher steigen müssen. Immerhin geht es um die Sicherung der Stromversorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft.

B) Zum Planfeststellungsrecht des NABEG

Neben der zuvor erörterten verbindlichen Grobtrassenplanung enthält das NABEG auch Vorschriften für eine parzellenscharfe Planfeststellung.³⁰ Nach dem NABEG unterliegen der Planfeststellung die bereits genannten länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen. Außerdem können auf Antrag des Vorhabenträgers die für den Betrieb dieser Leitungen notwendigen Anlagen, insbesondere die Umspannwerke und die Netzverknüpfungspunkte, in das Planfeststellungsverfahren einbezogen werden. Diese in § 18 Abs. 2 NABEG vorgesehene Möglichkeit dürfte für den Vorhabenträger und letztlich auch für die Behörde sinnvoll sein. Dies erinnert an die Einbeziehung der Nebenanlagen von Bundesfernstraßen und Nebenbetriebe der Bundesautobahnen i.S.v. § 1 Abs. 4 Nr. 4 und 5 sowie § 15 FStrG. Eines der großen Vorhaben im Ausbau des Höchstspannungsnetzes in Schleswig-Holstein wird übrigens nicht unter das NABEG fallen: An der Westküste soll eine 380-Kilovolt-Trasse entstehen. Diese beschränkt sich aber auf schleswig-holsteinisches Gebiet und unterliegt daher nur den bisherigen Regelungen der §§ 43 ff. EnWG.

Nach dem NABEG geht der Antrag auf Erlass des Planfeststellungsbeschlusses vom Vorhabenträger aus. In dem Antrag ist gemäß § 19 NABEG bereits ein Vorschlag für eine konkrete Trasse zu machen; außerdem muss der Vorhabenträger die Alternativen darlegen und die Gründe seiner Auswahl erläutern. Anschließend erfolgt der besondere Verfahrensschritt der Antragskonferenz nach § 20 NABEG. Diese Konferenz bezieht sich auf die UVP-Unterlagen und auf – Zitat – „sonstige für die Planfeststellung erhebliche Fragen.“ Damit wird der übliche Scoping-Termin nach § 5 UVPG ausgedehnt und für eine umfassendere Vorbereitung des weiteren Verfahrens nutzbar gemacht. Die Antragskonferenz wird von der Planfeststellungsbehörde mit dem Vorhabenträger durchgeführt. Einzuladen sind die anerkannten Naturschutzvereinigungen und die Träger öffentlicher Belange. Die Konferenz ist öffentlich; ihr Termin wird ähnlich wie der einer Auslegung im üblichen Planfeststellungsverfahren öffentlich bekanntgemacht. Die Antragskonferenz dient dem Ziel, dass die Planfeststellungsbehörde anhand der Ergebnisse der Konferenz einen Untersuchungsrahmen festlegt und den Inhalt der Planfeststellungsunterlagen bestimmt. Für diese Festlegungen sieht das Gesetz einen Zeitrahmen von zwei Monaten vor.

Innerhalb eines Monats nach Eingang der Planfeststellungsunterlagen hat dann die Behörde diese auf Vollständigkeit und Plausibilität und somit Auslegungsfähigkeit zu prüfen. Innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der vollständigen Unter-

²² *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 330.

²³ Ebda.

²⁴ Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Energienetze, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6073, S. 20.

²⁵ *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 330.

²⁶ Grundlegend BVerfG, Entscheidung vom 24.7.1962 – 2 BvF 4/61 u.a. –, BVerfGE 14, S. 197, 211, wo hervorgehoben wird, dass sich nur bestimmte Sachaufgaben zur zentralen Erledigung eignen.

²⁷ *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 330.

²⁸ A.A. für das Planfeststellungsverfahren *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 330. Er geht zu Unrecht davon aus, dass nur die Fachplanung der Trassenkorridore länderübergreifende oder grenzüberschreitende Leitungen betrifft und dass das Planfeststellungsverfahren für kleinere Vorhaben gilt. Richtigerweise handelt es sich um eine Abfolge von Verwaltungsverfahren mit Blick auf dieselben Vorhaben.

²⁹ *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326, 331.

³⁰ *Durner*, Vollzugs- und Verfassungsfragen des NABEG, NuR 2012, S. 369, 371.

lagen beginnt die eigentliche Beteiligung der Vereinigungen, der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange. Nach § 73 Abs. 2 VwVfG wäre die Frist bekanntlich ein Monat. Im Verfahren der Bundesfachplanung über die Trassenkorridore – das Verfahren der Raumordnung – ist dann bereits ein entsprechendes Verfahren, einschließlich einer Strategischen Umweltprüfung, durchgeführt worden. Deshalb kann gemäß § 23 NABEG die Umweltverträglichkeitsprüfung im Planfeststellungsverfahren auf neue oder weitere Auswirkungen des Vorhabens beschränkt werden.

Das Planfeststellungsverfahren ist insgesamt gegenüber den allgemeinen Vorschriften ein wenig gestrafft. Weitere Verkürzungen dürften insbesondere wegen unionsrechtlicher Vorgaben aus der UVP-Richtlinie und wegen der Mindestvoraussetzungen eines effektiven Rechtsschutzes ausgeschlossen sein. Zuständige Behörde im planfeststellungsrechtlichen Teil des NABEG ist zunächst nicht die Bundesnetzagentur, sondern die zuständige Landesbehörde. Das hat sich so im Gesetzgebungsverfahren nach einem Streit zwischen der Bundesregierung und dem Bundesrat ergeben. Der Bundesrat hatte darauf gedrungen, dass die Zuständigkeit auch für die großen Leitungen bei den Ländern liegen sollte, weil sonst ineffektive Aufspaltungen und Doppelungen in der Zuständigkeitsordnung drohten.³¹ Die Bundesregierung ist allerdings ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zu begründen.

Abschließend sei noch kurz auf zwei miteinander zusammenhängende Aspekte hingewiesen. Der Betrieb der großen Höchstspannungsnetze stellt aus wirtschaftlichen Gründen ein sogenanntes natürliches Monopol dar. Das bedeutet, dass die hohen Aufbau- und die geringen Betriebskosten monopolistische Anbieter begünstigen. Einerseits könnten kleinere Unternehmen den Aufwand der Errichtung der Netze nicht tragen; andererseits fällt es großen Gesellschaften nicht schwer, den – nicht allzu kleinteiligen – Unterhaltungsaufwand zu organisieren. Das führt dazu, dass vier private Betreiber die deutschen Höchstspannungsnetze territorial unter sich aufgeteilt haben. Der hier in Schleswig-Holstein tätige Betreiber TenneT zum Beispiel unterhält die Netze auch in großen Teilen von Niedersachsen, Hessen und Bayern. Er hält insgesamt ca. 40 % des deutschen Höchstspannungsnetzes. Die neuen Bundesländer werden übrigens geschlossen von dem französischen Konzern elia versorgt. Danach liegt auf der Hand, dass die Planfeststellung für neue Höchstspannungsnetze in erster Linie den jeweiligen Betreiber begünstigt. Insofern stellt sich die Frage der Voraussetzungen einer privatnützigen Planfeststellung. Soweit außerdem Enteignungen fällig werden, entsteht außerdem das Problem der privatnützigen Enteignung.

Das erste Thema, die privatnützige Planfeststellung, dürfte im vorliegenden Zusammenhang eher ein Scheinproblem darstellen. In erster Linie kommt es nämlich nicht darauf an, wer der Vorhabenträger ist, sondern ob das Vorhaben unter die jeweilige fachgesetzliche Regelung fällt.³² Daran kann hier wohl kein Zweifel bestehen. Der Gesetzgeber hat mit dem NABEG spezifisch die großen Höchstspannungsnetze angesprochen, und diese sind ausschließlich in privater Hand, wenn man von öffentlichen Beteiligungen an den Betreibergesellschaften einmal absieht. Das NABEG lässt damit die privatnützige Planfeststellung eindeutig zu. Aber auch ansonsten dürfte es hier der Sache nach nicht um eine privatnützige Planfeststellung gehen. Maßgeblich ist insoweit nämlich nicht, ob der Vorhabenträger privat oder öffentlich ist, sondern nur ob das Vorhaben objektiv öffentlichen Interessen dient.³³ Das Gegenstück der privatnützigen Feststellung ist damit die gemeinnützige Planfeststellung, nicht die Planfeststellung für ein öffentliches Vorhaben. Dass die Stromnetze öffentlichen Interessen dienen, liegt auf der Hand. In der Tat bestätigt das NABEG dies

³¹ Dazu Wasielewski, *Netzentwicklung für regenerativ erzeugte Energie in Schleswig-Holstein*, NordÖR 2012, S. 218, 223.

³² Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, Kommentar, 10. Auflage, München 2008, § 72 Rn. 14.

³³ Ramsauer/Bieback, *Planfeststellung von privatnützigen Vorhaben*, NVwZ 2002, S. 277, 278.

mit einigem Nachdruck. Dass auch ein privates Interesse besteht, kann nicht relevant sein, denn öffentliche Interessen verlieren nicht dadurch an Bedeutung, dass auch andere Interessen bestehen. Mithin geht es also nicht um eine privatnützige, sondern um eine gemeinnützige Planfeststellung.

Der zweite Aspekt der privatnützigen Enteignung ist durchaus ähnlich gelagert. Auch hier kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Person des Begünstigten keine ausschlaggebende Bedeutung bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Enteignung zu. Art. 14 Abs. 3 GG verlangt vielmehr einen qualifizierten Enteignungszweck – das Wohl der Allgemeinheit –, der seine konkrete Ausformung in gesetzlichen Vorschriften oder auf deren Grundlage gefunden haben muss. Ist die Enteignung zu diesem durch das Grundgesetz vorgegebenen und durch den Gesetzgeber hinreichend festgelegten Ziel erforderlich, kommt es für ihre verfassungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend darauf an, ob sie zugunsten eines Privaten oder eines Trägers öffentlicher Verwaltung erfolgt.³⁴

Auf dieser Grundlage dürfte gegen eine Enteignung im Rahmen der Errichtung neuer Stromleitungen jedenfalls nicht einzuwenden sein, dass hiervon ein privater Betreiber profitiert. Die Stromversorgung liegt auch dann im öffentlichen Interesse, wenn sie von Privaten organisiert wird. Dies ist sowohl vom Bundesverwaltungsgericht³⁵ als auch vom Bundesverfassungsgericht³⁶ ausdrücklich anerkannt worden.

C) Zum Ausbau des Hochspannungsnetzes

Angesichts dessen,

– dass das NABEG nach seinem § 2 Abs. 1 nur für die Errichtung oder Änderung bestimmter länderübergreifender oder grenzüberschreitender *Höchstspannungsleitungen* gilt, und

– dass auch außerhalb dieses Anwendungsbereichs – insbesondere im *Hochspannungsnetz*-Bereich – ebenfalls ein erheblicher Ausbaubedarf besteht,

kommt den sich im Zusammenhang mit den hierfür geltenden Rechtsvorschriften – also den §§ 43 ff. EnWG – stellenden Rechtsfragen nach wie vor erhebliche Bedeutung zu.³⁷ Aus Zeitgründen können an dieser Stelle nur einzelne Fragen stichwortartig ansprechen.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 ROG i.V.m. § 1 Satz 3 Nr. 14 RoV ist bei der Planung von Hochspannungsfreileitungen mit einer Nennspannung von 110 kV und mehr ein Raumordnungsverfahren durchzuführen, wenn die Planung im Einzelfall raumbedeutsam ist und überörtliche Bedeutung hat. Dessen Ergebnisse sind allerdings – anders als die bereits zuvor angesprochene, die neue Bundesfachplanung abschließende Entscheidung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 NABEG nicht bindend. Bundesrechtlich ist hierbei eine Öffentlichkeitsbeteiligung *nicht* vorgeschrieben, die landesrechtliche Rechtslage ist sehr unterschiedlich ausgestaltet. In Schleswig-Holstein hat die Landesplanungsbehörde die Öffentlichkeit nach § 14 a Abs. 3 Satz 1 Landesplanungsgesetz in der Regel einzubeziehen; nach Satz 6 kann sie unter bestimmten Voraussetzungen die Einbeziehung der Öffentlichkeit jedoch auf eine Unterrichtung beschränken. Ob eine Umweltverträglichkeitsprüfung auch schon im Raumordnungsverfahren durchzuführen ist, richtet sich gemäß § 16 Abs. 1 UVPG danach, ob das Vorhaben in Anlage 1 aufgeführt und eine Umweltverträglichkeitsprüfung im Einzelfall nach § 3 b oder § 3 c UVPG durchzuführen ist, so

³⁴ Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.1987 – 1 BvR 1046/85 –, BVerfGE 74, 264, 285; so auch Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10.9.2008 – 1 BvR 1914/02 –, zit. n. juris, Rn. 14; VGH Mannheim, Beschluss vom 23.8.2010 – 1 S 975/10 –, NVwZ-RR 2011, S. 143, 144.

³⁵ BVerwG, Urteil vom 11.7.2002 – 4 C 9/00 –, Buchholz 451.17 § 12 EnergG Nr. 1

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 20.3.1984 – 1 BvL 28/82 –, BVerfGE 66, S. 248, ...
³⁷ Hennig/Lühmann, *Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren für den Aus- und Umbau der Hochspannungsnetze*, UPR 2012, S. 81 ff.

weit landerechtlich nichts anderes bestimmt ist. Letzteres ist nicht der Fall, da die Anlage 1 zum UVPG des Landes Schleswig-Holstein insoweit keine entsprechende Regelung trifft. Die Entscheidung darüber, ob eine Erdkabelalternative bereits im Raumordnungsverfahren geprüft wird, liegt nach § 15 Abs. 1 ROG beim Vorhabenträger.³⁸

Nun zur Planfeststellung: Nach der inzwischen bestehenden Fassung des § 43 EnWG ist die Errichtung von Hochspannungsleitungen mit einer Nennspannung von 110 kV und mehr stets planfeststellungspflichtig, unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine UVP-Pflicht besteht. Nach der Änderung durch Art. 2 des Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21.08.2009 können nach § 43 Satz 7 EnWG auf Antrag des Vorhabenträgers auch die Errichtung und der Betrieb sowie die Änderung eines *Erdkabels* mit einer Nennspannung von 110 kV planfestgestellt werden. Dies wurde im Gesetzentwurf damit begründet, dass es „für den Netzbetreiber ... vorteilhaft sein (kann), bei umfangreichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen für eine Erdverkabelung ein Planfeststellungsverfahren aufgrund seiner Konzentrationswirkung durchzuführen.“³⁹ Von der Thematik der Planfeststellungsfähigkeit zu unterscheiden ist die materiellrechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Leitung als Erdkabel verlegt werden *kann* oder *muss*. Hierzu schreibt die neue Regelung des § 43 h EnWG vor: „Hochspannungsleitungen auf neuen Trassen mit einer Nennspannung von 110 kV oder weniger *sind* als Erdkabel auszuführen, soweit die Gesamtkosten für Errichtung und Betrieb des Erdkabels die Gesamtkosten einer technisch vergleichbaren Freileitung den Faktor 2,7 nicht überschreiten und naturschutzfachliche Belange nicht entgegenstehen.“ Im letzten Halbsatz heißt es, dass die für die Zulassung des Vorhabens zuständige Behörde auf Antrag des Vorhabenträgers die Errichtung als Freileitung

³⁸ Hennig/Lühmann, Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren für den Aus- und Umbau der Hochspannungsnetze, UPR 2012, S. 81, 82.

³⁹ BT-Drs. 17/6073, S. 61

zulassen *kann*, wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Dies ist aber nach der Systematik ersichtlich die Ausnahme, so dass die Grundregel des ersten Halbsatzes nicht ohne weiteres im Wege der Abwägung „überspielt“ werden kann.

Anderes gilt im Bereich der Höchstspannungsnetze. Hier hatte der Bundesrat wörtlich festgestellt: „Grundsätzlich entsprechen Erdkabel im *Höchstspannungsbereich* nicht dem Stand der Technik. Sie sind, weil sie ein Risiko für die Versorgungssicherheit darstellen, im Planfeststellungsverfahren nicht genehmigungsfähig. Sie sind auch darüber hinaus nicht genehmigungsfähig, weil ihre Errichtung und ihr Betrieb gegen das Kostengünstigkeitsgebot nach § 1 EnWG verstößt.“⁴⁰ So dass es dann zu dem kommen würde, was kürzlich als Überschrift eines Artikels im holländischen Telegraaf zu lesen war: „Energiebetriebe liefern den Strom – Tarife sorgen für die Spannung.“ Im Hinblick auf diese Bedenken enthält das Energieleitungsausbaugesetz im Ergebnis in § 2 neben der Ermächtigung für die in Abs. 1 genannten vier Pilotverfahren nur wenige Sonderregelungen zur Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs von Erdkabeln im *Höchstspannungsbereich*.⁴¹

Der bekannte Berliner Historiker Leopold von Ranke hat einmal formuliert: „Der Fortschritt ist wie ein Strom, der sich auf seine eigene Weise den Weg bahnt.“ Letzteres gilt für elektrischen Strom bekanntlich leider nicht. Wollen wir ihm rechtzeitig den Weg bahnen von den Stätten der regenerativen Erzeugung zu denjenigen des Verbrauch, so werden wir nicht nur im technischen Bereich, sondern auch bei der Bewältigung der sich insoweit in rechtlicher Hinsicht stellenden Herausforderungen rasche und spürbare Fortschritte machen müssen.

⁴⁰ BR-Drucks. 21/11/11 vom 2.2.2011 mit Empfehlungen der Ausschüsse u.a. zur Änderung des Energieleitungsausbaugesetzes, S. 2

⁴¹ Allgemein zur Bedeutung des Leitungsausbaugesetzes und einen Wirkungen insbesondere für die Planrechtfertigung *Herrmanns/Austermann*, Das neue Energieleitungsausbaugesetz – Beschleunigung des Ausbaus des Hochspannungsnetzes unter besonderer Berücksichtigung des Einsatzes von Erdkabeln, Nds.VBl. 2010, S. 175 ff.

Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich Auswirkungen der Beschlüsse des Bundesgerichtshofes vom 20.6.2012 auf das Unterbringungsrecht und die gerichtliche Praxis

von Richter am Amtsgericht Dr. Jörg Grotkopp, Amtsgericht Ratzeburg*

Einleitung

Im Bereich der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann es nicht nur die Aufrechterhaltung oder behutsame Fortschreibungen der bisherigen Spruchpraxis geben. Es zeigt selbstkritisches Bewusstsein, Reflexionsvermögen und Größe, wenn sich ein Obergericht ausdrücklich von der bisherigen Linie abwendet und rechtlich neue Wege beschreitet. Damit aber ist noch nichts über die rechtlichen Folgen dieser Rechtsfortbildung gesagt. Sie und die Motivationslage der Änderung bedürfen stets einer gesonderten Betrachtung. Beides führt zu einer eher kritischen Bewertung der beiden Beschlüsse des Bundesgerichtshofes vom 20.6.2012, mit welchen er seine bisherige Ansicht zur Zwangsbehandlung eines Betreuten aufgegeben hat.¹

Entwicklung der Rechtsprechung

Die aktuellen Beschlüsse des Bundesgerichtshofes stellen nicht die einfache Änderung einer Rechtsansicht dar, wie sie häufiger anzutreffen ist. Es geht um die Abkehr von einer Auffassung, die nicht nur angelegentlich geäußert wurde, sondern die einen Hauptbestandteil der Entscheidung vom 1.2.2006² darstellt. Noch unter Geltung des FGG war es im Rahmen der

Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG zur Befassung des Bundesgerichtshofes mit einer Materie des Unterbringungsrechtes gekommen, über die sonst grundsätzlich die Oberlandesgerichte im Rahmen der weiteren (sofortigen) Beschwerde letztinstanzlich zu entscheiden hatten. Es ging um die Frage, ob eine vom Unterbringungszweck umfasste Zwangsbehandlung im Falle der beabsichtigten zur Heilbehandlung (§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB) auch gegen den natürlichen Willen eines im Rechtssinne einwilligungsunfähigen Betreuten erfolgen konnte. Während die meisten Obergerichte dies bejahten,³ lehnte das OLG Celle die Frage ab und legte die Sache dem Bundesgerichtshof vor.⁴ In seiner darauf ergangenen Entscheidung setzte sich der 12. Zivilsenat ausführlich mit dem Problem der Zwangsbehandlung auseinander. Als gesetzlicher Vertreter des Betreuten (§ 1902 BGB) habe der Betreuer die Angelegenheiten des Betroffenen gemäß § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Damit aber sei nicht die Macht verbunden, die getroffene Entscheidung auch gegen den Willen des Betroffenen durchsetzen zu können; gerade im grundrechtsrelevanten Bereich sei die Rechtsmacht des gesetzlichen Vertreters beschränkt. Der Betreuer nehme im Rahmen der Fürsorge öffentliche Funktionen wahr, weshalb sich der Betroffene auch ihm gegenüber auf seine

* Der Verfasser ist u.a. Betreuungsrichter am Amtsgericht in Ratzeburg. Er war Mitglied der Interdisziplinären Arbeitsgruppe zum Betreuungsrecht beim BMJ.

¹ Az.: XII ZB 99/12 und XII ZB 130/12, z.Zt. nur www.bundesgerichtshof.de-Entscheidungen.

² BGH v. 1.2.2006 – XII ZB 236/05, NJW 2006, S. 1277ff.

³ So OLG Schleswig v. 25.1.2002 -2 W 17/02, FamRZ 2002, S. 984, OLG München v. 30.3.2005 – 33 Wx 38/05, FamRZ 2005, S. 1196ff. und OLG Düsseldorf v. 24.7.2003 – I-25 Wx 73/03, *juris*.

⁴ OLG Celle v. 21.12.2005 – 17 W 132/05, BtPrax 2006, S. 78f.

Grundrechte berufen könne. Dies vorausgesetzt greife der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG ein. Mithin bedürfe es zur Vornahme von Zwangshandlungen gegen den Widerstand des Betreuten einer Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz. Eine den fraglichen Tatbestand nebst Rechtsfolge regelnde Vorschrift gebe es zwar nicht. Allerdings sei mit § 1906 BGB, welcher vom Wortlaut her nur die Unterbringung betreffe, eine auslegungsfähige Norm vorhanden. Werde in ihr die Unterbringung zur Heilbehandlung geregelt und einem Richtervorbehalt unterstellt, so sei damit auch die Möglichkeit der Behandlung gegen den – natürlichen – Willen des Betroffenen umfasst. Denn ansonsten führe die Unterbringung zu einer bloßen Verwahrung und mache keinen Sinn. Auch sei der Gesetzgeber von dieser Notwendigkeit ausgegangen, ohne sie allerdings zu regeln.⁵ Wegen des erheblichen Eingriffes in die Rechte müsse der Betroffene allerdings über das Verfahren Schutz erhalten; aus diesem Grunde sei im Rahmen der Genehmigung der Unterbringung die Zwangsbehandlung so genau wie möglich zu umschreiben, auch unter Angabe der genauen Medikamente in Anwendungsdauer, Dosierung und eventueller Ersatzmittel.

Nach der Entscheidung vom 1.2.2006 schien die Frage der Zwangsmedikamentation weitestgehend geklärt;⁶ man stritt lediglich noch darum, ob die zu verabreichenden Medikamente im Genehmigungsbeschluss angegeben werden müssen.⁷

Im Jahre 2011 hat das Bundesverfassungsgericht sich in seinen Beschlüssen vom 23.3.2011⁸ und vom 12.10.2011⁹ mit der Zwangsmedikamentation im Rahmen des Maßregelvollzuges befasst. Zur Prüfung standen das rheinland-pfälzische Maßregelvollzugsgesetz sowie das baden-württembergische Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker¹⁰ an. Beide Landesgesetze stellten nach Auffassung des Gerichtes keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung dar. Zwar verneinte es die generelle Zulässigkeit einer solchen Maßnahme nicht. Allerdings müsste es eine gesetzliche Eingriffsgrundlage geben, die klarstelle, dass die Zwangsbehandlung nur bei krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit in die Notwendigkeit der Behandlung in Frage komme. Auch sei die Verhältnismäßigkeit durch etliche Sicherungsmechanismen gesetzlich zu verankern. So müsse zunächst ein Arzt mit dem Betroffenen über die Maßnahme gesprochen haben. Bleibe dies erfolglos, so sei eine strenge Prüfung des Verhältnisses von Eingriff und beabsichtigtem Ziel vorzunehmen und im Falle der Bejahung der Zwangsmaßnahme diese auf das absolute Minimum zu beschränken. In verfahrensrechtlicher Hinsicht müssten hinzutreten die rechtzeitige Ankündigung der Maßnahme und die Möglichkeit eines der Ausübung des Zwanges vorangehenden Rechtsschutzes.¹¹ Aus dem Dezember 2011 datiert die bislang letzte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, welche ebenfalls die Zwangsbehandlung betrifft.¹² In diesem Nichtannahmebeschluss, der ein Verfahren nach dem sächsischen PsychKG zum Gegenstand hat, stellt das Gericht fest, dass mit seinen vorangegangenen Entscheidungen aus dem März und Oktober 2011 „die wesentlichen Anforderungen an die Zwangsbehandlung geklärt“ seien.

⁵ Tatsächlich wird in der Gesetzesbegründung einerseits ausgeführt, dass man zwischen zwangsweiser und freiwilliger Behandlung bewusst nicht differenzieren wolle, weil sich z.T. die gleichen Probleme stellten (BT-Drucks. 11/4528, S. 72). Ferner wird gesagt, dass Zwangsbehandlungen als ultima ratio gerade nicht verboten seien; wer aufgrund seiner Erkrankung die Behandlungsnotwendigkeit nicht erkennen könne, dem solle „nicht schon deshalb die Behandlung versagt werden“ (aaO, S. 141).

⁶ Vgl. hierzu eingehend *Probst*, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, Rn. 176ff.

⁷ Ablehnend etwa OLG Karlsruhe FamRZ 2007, S. 2107, bejahend OLG Brandenburg, FamRZ 2007, S. 1127. Hierzu i.U. eingehend – und ebenfalls ablehnend – *Dodegge* NJW 2006, S. 1627ff.

⁸ BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, S. 2113ff., betreffend das rheinland-pfälzische Landesrecht.

⁹ BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 633/11, NJW 2011, S. 3571 f., betreffend das baden-württembergische Landesrecht.

¹⁰ Das PsychKG-BW war deswegen Gegenstand der Kontrolle, weil sich in Baden-Württemberg der Maßregelvollzug psychisch Erkrankter auch nach diesem Gesetz richtet.

¹¹ BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, S. 2113ff. (2117).

¹² BVerfG v. 15.12.2011 – 2 BvR 2362/11, BtPrax 2012, S. 61f.

Als Folge der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes wurde ab Dezember 2011 von den Instanzgerichten die Zwangsbehandlung zunehmend abgelehnt, und zwar nicht nur hinsichtlich der Unterbringung nach den PsychKG¹³ oder dem Unterbringungsgrund nach § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB,¹⁴ sondern in konsequenter Betonung des Gesetzesvorbehaltes auch für § 1906 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.¹⁵

Nunmehr hat der Bundesgerichtshof mit den beiden Beschlüssen vom 20.6.2012¹⁶ seine bisherige Rechtsprechung zur Frage der Zwangsmedikamentation aufgegeben. Die Forderung des Bundesverfassungsgerichtes, dass hierfür wegen des „besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffes“ eine „hinreichend klare und bestimmte“ Regelung der Eingriffsvoraussetzungen erforderlich¹⁷ sei, solle auch im Unterbringungsrecht gelten. Denn die Grundrechte fänden in diesem Zusammenhang unmittelbare Anwendung deswegen, weil der Betreuer als staatlich bestellter Vertreter eine öffentliche Funktion wahrnehme. Auch stelle die Genehmigung der vom Betreuer veranlassten Unterbringung einen „staatlichen Eingriff“ dar. Es sollten mithin für grundrechtsrelevante Eingriffe die gleichen Grundsätze für den Betreuer gelten wie für Maßnahmen, die der Staat selbst angeordnet hätte. Daher bedürfe es einer ermächtigenden Rechtsgrundlage.¹⁸ Diese fehle, auch wenn die im Tatbestand des § 1906 Abs. 1 BGB vorhandenen Auslegungsspielräume berücksichtigt werden, im Betreuungs-, Unterbringungs- und im Verfahrensrecht. Im daher neu zu schaffenden Eingriffstatbestand seien einerseits die konkret anzuwendenden Maßnahmen nach Art und Dauer anzugeben, ferner Aussagen zur Auswahl und Dosierung der einzusetzenden Medikamente sowie der Kontrolle der Behandlung zu treffen. Als notwendig wird auch eine gesetzliche Regelung zur Verhältnismäßigkeit des Inhaltes erachtet, dass die Zwangsbehandlung nur als ultima ratio nach positiver Prüfung des Verhältnisses von Eingriff und Nutzen stattfinden darf. In verfahrensrechtlicher Hinsicht schließlich müssten im Gesetz Aussagen zur möglichen Höchstdauer der Behandlung und zur inhaltlichen Ausgestaltung der gerichtlichen Genehmigung getroffen werden, ferner müsse gesichert sein, dass die Maßnahme von einem Arzt angeordnet, von ihm überwacht und dokumentiert wird.¹⁹

Rechtliche Einordnung und Folgen der Entscheidungen für das Zivilrecht

Die jetzt vorgenommene Änderung der Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof dürfte bereits vor dem Hintergrund der ausführlich begründeten Entscheidung aus dem Jahre 2006 sowie der Tatsache, dass es keine Gesetzesänderung, sondern lediglich zwei Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes zu einer durchaus anders gelagerten Rechts- und Sachlage gegeben hat, nicht unmittelbar vorhersehbar gewesen sein. Gänzlich überraschend ist sie in Ansehung der Stellungnahme, welche der XII. Zivilsenat im Rahmen des ersten vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Verfahrens abgegeben hat. Hierin war noch ein Festhalten an der bisherigen Position bekundet worden.²⁰ Vor diesem Hintergrund dieser

¹³ Für das hess. PsychKG LG Darmstadt v. 19.12.2011 – 5T 646/11, NJW 2012, S. 901.

¹⁴ LG Stuttgart v. 16.2.2012 – 2 T 35/12, FamRZ 2012, S. 1086ff.; AG Frankfurt a.M. v. 29.2.2012 – 49 XVII HOF 399/12, FamRZ 2012, S. 1084ff.; AG Bremen v. 16.12.2011 – 44 XVII L 141/05, BtPrax 2012, S. 85; AG Bremen v. 16.1.2012 – 41 XVII A 89/03, NJW 2012, S. 1090. A.A. LG Berlin v. 21.5.2012 – 83 T 163/12, juris; AG Lübeck v. 15.7.2011 – 4 XVII H 13700, SchIa 2012, S. 138ff.

¹⁵ AG Ludwigsburg v. 30.1.2012 – 8 XVII 58/2012, BtPrax 2012, S. 86 (LS) und juris.

¹⁶ XII ZB 99/12 und XII ZB 130/12, z.T. nur www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen.

¹⁷ BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, S. 2113ff. (2114).

¹⁸ BGH v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen, Rn. 30–32.

¹⁹ BGH v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen, Rn. 37ff.

²⁰ In der Entscheidung vom 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 (aaO) heißt es unter Rz. 30: *Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Stellungnahme des XII. Zivilsenats zur Zwangsbehandlung nach Betreuungsrecht übersandt. Der Betreuer dürfe als gesetzlicher Vertreter des Betreuten für diesen in medizinische Behandlungen einwilligen, wenn der Betreute dazu selbst nicht in der Lage, insbesondere nicht einsichts- oder steuerungs-fähig, sei. Der Betreuer sei indes*

ausdrücklich bekundeten Absicht kann über den Sinneswandel nur spekuliert werden; möglicherweise spielt der Wechsel im Vorsitz des Senates eine Rolle.

In der Sache begegnet die Übertragbarkeit der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zur zwangsweisen Behandlung im Rahmen des Maßregelvollzuges auf die Genehmigung einer Unterbringung auf betreuungsrechtlicher Grundlage erheblichen Bedenken. Denn es bestehen zwischen den jeweiligen Sachverhalten beachtliche Unterschiede. Sie betreffen mit der grundsätzlich verschiedenen Zielrichtung der Medikamentengabe beim stets auf längere Zeit angelegten Maßregelvollzug und der akut notwendigen Behandlung im Rahmen einer Erkrankung bzw. der Abwehr einer Eigengefährdung sowie der im Betreuungsrecht immer gegebenen Beteiligung des Vertretungsberechtigten²¹ rechtlich wichtige Aspekte.²² Gerade die zeitlichen Zusammenhänge weichen bei der Unterbringung nach §§ 312 ff. FamFG regelmäßig so sehr von der Situation im Maßregelvollzug ab, dass eine ganze Reihe der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung²³ nicht einzuhalten sind. Schließlich bleibt das dogmatische Kernproblem bestehen, dass es bei der Vertreterentscheidung zur Behandlung um Befugnisse des Betreuers nach §§ 1901, 1902 BGB geht, die keinem Genehmigungsvorbehalt unterliegt, während es bei der zu genehmigenden Unterbringung sich um eine solche der Freiheitsentziehung handelt, für die Art. 2 Abs. 2, 104 GG Geltung beanspruchen.²⁴

Der Bundesgerichtshof nun bewertet die Parallele zum Maßregelvollzug gewichtiger als die geschilderten unterbringungsrechtlichen Besonderheiten. Diese Bewertung stellt die konsequente Fortschreibung eines Paradigmenwechsels dar, der sich im Betreuungsrecht seit längerem abzeichnet. Die Betreuung ist nicht mehr primär Hilfe und Fürsorge, welche der Staat bedürftigen Personen zuteil werden lässt, sondern vor allem auch ein Eingriff in deren Rechte. Dies findet seinen Niederschlag am deutlichsten in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 12.1.2011²⁵, wo ausgeführt wird, dass „die Einrichtung einer Betreuung einen erheblichen Grundrechtseingriff“ bedeute, der „nur zulässig ist, wenn der Betroffene seinen Willen nicht frei bestimmen kann und infolgedessen sich oder andere gefährdet.“²⁶ Diese Sichtweise übernehmend stimmt der Bundesgerichtshof der Ansicht zu, dass die Unterbringungsgenehmigung einen „staatlichen Eingriff“ darstelle.²⁷ Die hieraus folgende gebotene staatliche Kontrolle müsse insoweit inhaltlich denselben Anforderungen genügen, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung für eine an den Staat adressierte Ermächtigungsgrundlage fordere. Dementsprechend soll sich der Be-

nicht befugt, den einer solchen Behandlung entgegenstehenden Willen des Betreten durch Zwang zu überwinden. Die Befugnis hierzu könne sich nur aus einem formellen Gesetz ergeben, das Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß der vom Betreten unter Zwang zu duldenen Behandlung hinreichend bestimme. Allein aus den Vertretungsvorschriften der §§ 1901, 1902 BGB ergebe sich eine solche Zwangsbefugnis nicht. Jedoch sei § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB sinnvoll dahin auszulegen, dass der Betreute nicht nur seine freiheitsentziehende Unterbringung, sondern auch die Maßnahmen, deretwegen er untergebracht werden dürfe, zu dulden habe. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB knüpfe die Zulässigkeit einer freiheitsentziehenden Unterbringung an ein doppeltes Notwendigkeitskriterium: Die Unterbringung müsse erforderlich sein, weil die medizinische Maßnahme notwendig sei und ohne die freiheitsentziehende Unterbringung faktisch nicht durchgeführt werden könne. Soweit medizinische Zwangsbehandlungen zulässig seien, sei in jedem Fall die dem Betreten zustehende „Freiheit zur Krankheit“ zu beachten.

²¹ Die Bestellung eines Betreuers ist vom BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, S. 2113ff. (2118) ausdrücklich als Möglichkeit zur Legitimierung der Zwangsbehandlung diskutiert worden.

²² Vgl. a. Olzen/Metzmacher, BtPrax 2011, S. 233ff. Im Ergebnis so wohl auch Dodegge, BtPrax 2011, S. 227ff. (231).

²³ Dies gilt insbesondere für die voranzugehenden Gespräche des Arztes, die die rechtzeitige Anknüpfung der Maßnahme und die Möglichkeit eines dem Zwang vorangehenden Rechtsschutzes; s. dazu BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, S. 2113ff. (2117).

²⁴ Vgl. hierzu eingehend Lipp, JZ 2006, S. 661ff. (663f.).

²⁵ 2 BvR 2539/10, NJW 2011, S. 1275f.

²⁶ NJW 2011, S. 1275. Dort wird Bezug genommen auf die Entscheidung vom 2.7.2010, 1 BvR 2579/08, NJW 2010, S. 3360ff., wo der Zusammenhang zwischen Eigen-/Selbstgefährdung und Einrichtung der Betreuung allerdings nicht so, wie es der zweite Senat formuliert, hergestellt wird.

²⁷ BGH v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12, aaO, Rn. 32.

troffene auch gegenüber dem Betreuer handeln „unmittelbar“ auf seine Grundrechte berufen können, weil jener als staatlich bestellter Vertreter eine öffentliche Funktion wahrnehme. Der Staat nun könne sich aber „von der Grundrechtsbindung nicht dadurch befreien, dass er eine Privatperson zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestelle und ihn die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel überlasse.“²⁸ Letztlich ist so ein Unterschied zwischen der Tätigkeit des Betreuungsgerichtes, mit welcher es eine verantwortliche Vertreterentscheidung unter Berücksichtigung des Wohls des Betroffenen allein in dessen Sinne genehmigt, und einer durch ein Exekutivorgan zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügten Ingewahrsamnahme nicht mehr zu erkennen.

Die Gedanken zur staatlich übertragenen Aufgabe übernehmend ergeben sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes für das Betreuungsrecht weitreichende Folgerungen. Zum einen ist der eingeforderte Gesetzesvorbehalt nicht allein auf die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB zu beschränken. Alle Erwägungen gelten in weiten Teilen auch für den Unterbringungsgrund der Eigengefährdung nach § 1906 Abs. 1 Ziff. 1 BGB, sofern Personen betroffen sind, bei denen die akute Exacerbation ihrer psychischen Erkrankung in Rede steht. Denn wenn es auch vom Tatbestand her primär um die Abwehr einer Eigengefährdung geht, so steht doch regelmäßig im Unterbringungs-Krankenhaus die schnelle und wirkungsvolle Behandlung mit Neuroleptika an. Ist es aber klar, dass die Unterbringung sich nicht – wie bei der Verhinderung der Weglauftendenzen orientierungsloser Dementer oder intellektuell stark Minderbegabter – in der Freiheitsentziehung erschöpft, sondern nach dem Eintreffen im Krankenhaus sogleich der berüchtigte „Begrüßungscocktail“ gegeben werden soll, dann ist die Sachlage keine andere, als die in Rahmen des § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. Hier kann sich das Betreuungsgericht nicht auf die bloße Prüfung der Eigengefährdung beschränken. Denn nach der neuen Rechtsprechung ist es das Gericht, das den maßgeblichen staatlichen Eingriff in die Rechte des Betroffenen vornimmt. Es kann daher den Blick vor den Realitäten des Psychiatrieaufenthaltes nicht verstellen und sich abstrakt auf die Freiheitsentziehung beschränken, wenn diese doch sicher in eine Behandlung münden soll. Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass eine Zwangsbehandlung auch dann vorliegt, wenn die gewaltsame Durchsetzung gar nicht erforderlich wird, weil der Betroffene unter dem Druck der obwaltenden Umstände einen körperlichen Widerstand aufgibt bzw. auf die Behandlung einlässt.²⁹ Mithin muss der vom Gericht zur Frage der Unterbringung beauftragte Sachverständige sich in seinem Gutachten zur Möglichkeit und Notwendigkeit der Abwehr der Eigengefährdung, insbesondere auch durch Behandlung der Krankheit, verhalten. Nur dann, wenn es nach Durchführung der gerichtlichen Ermittlungen gem. § 26 FamFG unter Einschluss des Ergebnisses der Anhörung, in dem der Betroffene selbstverständlich zur Frage der freiwilligen Medikamenteneinnahme zu befragen ist, realistisch erscheint, dass er in der geschlossenen Abteilung sinnvoll ohne Behandlung verbleiben kann oder er nach ärztlicher Beratung freiwillig Medikamente einnimmt, könnte unter dem Blickwinkel der Eigengefährdung bei der hier interessierenden Betroffenenengruppe die betreuungsgerichtliche Genehmigung des Freiheitsentzuges ausgesprochen werden. Sollte sich allerdings später die Notwendigkeit der Zwangsbehandlung herausstellen, dürfte die Situation des § 330 FamFG mit der Notwendigkeit der Aufhebung des Beschlusses gegeben sein.

Die Erwägungen des Bundesgerichtshofes zur Grundrechtsgeltung zwischen Betreuer und Betroffenen gelten nicht für die Unterbringung im Rahmen einer Vorsorgevollmacht. Denn hier liegt nicht die Übertragung einer staatlichen Aufgabe an der Vertretungsberechtigten, sondern eine gewillkürte Handlungsermächtigung vor. Aus diesem Grunde ist bereits der über § 1906 Abs. 5 BGB für die Entscheidung des Vorsorge-

²⁸ BGH v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12, aaO, Rn. 30, mit Verweis auf BVerfGE Bd. 10, S. 302ff. (327).

²⁹ BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 633/11, NJW 2011, 3571f. Rn. 36.

vollmachtnehmers geltende Genehmigungsvorbehalt § 1906 Abs. 1 BGB kritisch hinterfragt worden; als Schutz des Betroffenen vor Fehlhandlungen des Bevollmächtigten im sensiblen Grundrechtsbereich hat das Bundesverfassungsgericht ihn für zulässig erachtet.³⁰ Nun mag man diese Argumentation auch auf die Zwangsbehandlung übertragen und eine Parallele zu § 1904 Abs. 5 BGB ziehen wollen. Allerdings wird der dogmatische Unterschied zwischen unmittelbarer Grundrechtsgeltung (Betreuung) und reiner Kontrolle des Vertreterhandelns (Vollmacht) noch einmal verschärft, fällt die rechtliche Einordnung des im Tatsächlichen nicht unterscheidbaren Lebenssachverhaltes weiter auseinander.

Schließlich wirken sich die Entscheidungen auch auf das Familienrecht aus. Denn alle Erwägungen sind auf die Unterbringung nach § 1631b BGB, welche durch einen vom Familiengericht bestellten Vormund oder Pfleger erfolgt, ohne Unterschied zu übertragen. Auch hier ist daher auf absehbare Zeit keine Zwangsbehandlung möglich. Soll schließlich die Kontrollfunktion des Staates für zwangsweise Behandlungen von Betroffenen, die zur freien Willensbildung nicht in der Lage und gegen ihren natürlichen Willen geschlossen untergebracht sind, gleichermaßen für Volljährige (egal ob im Rahmen der Betreuung oder bei bestehender Vorsorgevollmacht) sowie bei Minderjährigen, für die ein Vormund oder Pfleger bestellt ist, gelten, dann wird man dies konsequenterweise auch auf den Sachverhalt auszudehnen haben, in dem leibliche Eltern entsprechendes verfügen. Denn bislang differenziert § 1631b BGB nicht nach der Art der Vertretungsmacht. Der argumentative Aufwand für eine solche Einschränkung der elterlichen Sorge wird dann aber groß, zumal bislang das Elternrecht bis zur Grenze des § 1666 BGB gegen den natürlichen Willen der Kinder Zwangsbehandlungen außerhalb einer geschlossenen Unterbringung ermöglicht.

Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung nach dem PsychKG

Anders als im Betreuungsrecht verhält es sich bei den auf der Grundlage der PsychKG der Bundesländer ergehenden Unterbringungen. Denn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Oktober 2011 betrifft mittelbar auch die entsprechenden Bestimmungen des baden-württembergischen PsychKG, weil in jenem Bundesland für die zwangsweise Behandlung während des Maßregelvollzuges kein gesondertes Gesetz besteht, sondern auf die Regelungen des PsychKG Bezug genommen wird. Ferner hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung aus dem Dezember 2011, bei welchem das sächsische PsychKG Gegenstand des Verfahrens war, unter Bezugnahme auf die beiden Beschlüsse vom März und Oktober 2011 explizit erklärt, dass „die wesentlichen Anforderungen an die Zwangsbehandlung geklärt“ seien.³¹ Auch inhaltlich ist stärkere Nähe zum Maßregelvollzug gegeben. Schließlich ordnet das Gericht die Unterbringung im Rahmen des Sonderordnungsrechtes PsychKG auf Antrag der Gesundheitsbehörde selbst an, es genehmigt nicht lediglich die Entscheidung eines zivilrechtlich zur Vertretung Berufenen. Ferner greift für den Vollzug der Unterbringung das Regelwerk der Landesgesetze, haben die Gesundheitsbehörde und die Leiter der Krankenhäuser eine ganz andere Stellung als bei dem zivilrechtlichen Pendant. Damit liegt es auf der Hand, dass der Eingriffscharakter wegen der Ausgestaltung des Freiheitsentzuges ungleich schwerer wiegt. Fraglich bleibt damit allein die Reichweite der Übertragung der verfassungsgerichtlichen Feststellungen.³² Denn der Behandlungszweck beim

Maßregelvollzug ist auf die Herstellung der Entlassungsfähigkeit gerichtet, der der PsychKG immer auf die Behandlung, die aus der Unterbringung zum Zwecke einer akuten Gefahrenvermeidung herrührt. Auch sind die Verfahrenssituationen grundsätzlich andere, da im Maßregelvollzug niemals ein Eilbedürfnis vorliegt, bei den Unterbringungen nach dem Gefahrenrecht hingegen regelmäßig. Schließlich bestehen in den einzelnen Gesetzen weit über den Maßregelvollzug hinausgehende Verfahrensvoraussetzungen.³³ Im Ergebnis wird man wie folgt differenzieren müssen. Die Zwangsbehandlung kann niemals erfolgen, wenn der Betroffene sie bei gegebener Einsichtsfähigkeit ablehnt.³⁴ Daher ist, ähnlich der Voraussetzung des § 1896 Abs. 1a BGB, dies stets durch den für das Gericht tätigen Gutachter festzustellen. Ferner ist eine Behandlung in den Bundesländern unmöglich, die diesbezüglich keinerlei ausdrückliche gesetzliche Regelung aufweisen. Gibt es einen Eingriffstatbestand, so sind die Kriterien der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung weitgehend zu übertragen, wenn wie in den entschiedenen Fällen ausschließliches Ziel die Therapie der psychiatrischen Grunderkrankung (gegebenenfalls unter zusätzlicher Bezugnahme auf „die Regeln der ärztlichen Kunst“³⁵) ist. Hier dürfte überwiegend die Schaffung neuer Vorschriften erforderlich sein. Wird die Zwangsbehandlung zur Abwehr einer schwerwiegenden Lebens- oder Gesundheitsgefahr zugelassen, wie z.B. in § 18 Abs. 4 PsychKG-SH, so ist immerhin eine Eingriffsnorm vorhanden, die einen zulässigen Behandlungszweck angibt. Damit aber kann es nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht sein Bewenden haben. Denn im Eingriffstatbestand sind Angaben zu den konkret anzuwendenden Maßnahmen nach Art und Dauer erforderlich, ferner Aussagen zur Auswahl und Dosierung der einzusetzenden Medikamente und der Kontrolle der Behandlung. Auch wird eine den Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen entsprechende Regelung für notwendig erachtet, dass die Zwangsbehandlung nur als ultima ratio nach positiver Prüfung der Bedeutung von Eingriff und Nutzen stattfindend darf. In verfahrensrechtlicher Hinsicht müssen Angaben erfolgen zur möglichen Dauer der Behandlung und zur inhaltlichen Ausgestaltung der Genehmigung, sodann zur Anordnung, Überwachung und Dokumentation der Maßnahme durch einen Arzt.³⁶

Die vom Bundesverfassungsgericht und vom Bundesgerichtshof geforderten Voraussetzungen der Zwangsbehandlung weist bislang keine einzige landesrechtliche Norm in Deutschland auf. Da hier Fragen des Gesetzesvorbehaltes betroffen sind, vermag auch eine (tat-)richterliche Rechtsfortbildung nicht zu helfen. Damit kann bis zur Schaffung einer ausreichenden Rechtsgrundlage auch im Rahmen der PsychKG eine Zwangsbehandlung auf einfachgesetzlicher Grundlage nicht erfolgen. Es verbleibt allein die Möglichkeit des – rechtswidrigen – Eingriffes in die körperliche Unversehrtheit unter Rechtfertigung bzw. Entschuldigung durch die bekannten Notstandskriterien.

troffenen zuvor gesprochen worden und ihm sodann der Zwang angekündigt worden sein. Dies sei zu dokumentieren, die Zwangsbehandlung schließlich vom Arzt anzuordnen und zu überwachen. Im ganzen Vorgang schließlich dürfe der Betroffene nicht allein gelassen werden. Hinsichtlich der notwendigen Absicherung der Rechtsschutzmöglichkeiten legt sich das Gericht nicht fest, sondern erörtert einen Richtervorbehalt, eine Betreuerbestellung oder die Schaffung einer anderen „neutralen Stelle“. Alle angesprochenen Punkte müssten schließlich in einem Gesetz ausdrücklich geregelt sein.

³⁰ So in Hamburg hinsichtlich des Gespräches über die geplante Maßnahme (§ 16 Abs. 5 HmbPsychKG) und des Arztvorbehaltes (§ 16 Abs. 1 Satz 2 Hmb-PsychKG), in Brandenburg und Hamburg bezüglich der Dokumentationspflicht (§ 18 Abs. 7 BbgPsychKG; § 16 Abs. 1 Satz 3 Hmb-PsychKG), in Bremen der Beteiligung einer unabhängigen Institution (§ 22 Abs. 4 Satz 2 BremPsychKG mit einem Richtervorbehalt für den Fall, dass der Betroffene Einwendungen erhebt).

³¹ A.A. für den Fall der Fremdgefährdung *Olzen/Metzmacher*, BtPrax 2011, S. 233ff. (236), doch dürfe gerade in diesem Fall die Parallele zu den vom BVerfG entschiedenen Fällen nahe liegen.

³² Zur Problematik, dass „Regeln der ärztlichen Kunst“ für die Zwangsbehandlung nicht bestehen, s. BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 633/11, NJW 2011, S. 3571f, Rn. 41.

³³ BGH v. 20.6.2012 – XII ZB 130/12, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen, Rn. 37f. Zwar hat der Bundesgerichtshof diese Aussagen zu § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB getätigt, doch sind sie von der maßgebenden Begründung zum staatlichen Eingriff und dem Grundrechtsschutz des Betroffenen ohne Einschränkung zu übertragen.

³⁰ Vgl. BVerfG v. 7.1.2009 – 1 BvL 2/05, FamRZ 2009, S. 945ff.

³¹ BVerfG v. 15.12.2011 – 2 BvR 2362/11, BtPrax 2012, S. 61f., zu einem Verfahren nach dem sächs.-PsychKG.

³² Das Bundesverfassungsgericht (B. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, aaO) hat zunächst klargestellt, dass die Zwangsmedikation einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit bedeute, und dies auch dann, wenn er vor dem möglichen Zwang „pseudofreiwillig“ die Medikamente einnehme. Es bedürfe daher der Zustimmung, die nur dann nicht vorliegen müsse, wenn es dem Betroffenen an der Möglichkeit der freien Willensbildung (Einsichtsfähigkeit) fehle. Sodann müsse die Behandlung geeignet sein, die Entlassungsfähigkeit wiederherzustellen und zudem das mildeste Mittel darstellen. Hierüber müsse mit dem Be-

Für die richterliche Unterbringungsentscheidung gelten mithin im Wesentlichen die zu § 1906 Abs. 1 Ziff. 1 BGB aufgestellten Erwägungen entsprechend. Da allerdings die Gefahrenabwehr im öffentlichen Interesse im Vordergrund steht, wird man hier stärker in Erwägung zu ziehen haben, ob nicht ein Verbringen in die Psychiatrie ohne Zwangsbehandlung zur Abwehr der sonst drohenden Schäden erfolgen muss. Ist dies zu bejahen, kann auch die Unterbringung ausgesprochen werden. Die ggf. später auftauchende Frage einer notwendig werdenden Zwangsbehandlung wäre dann eine des Vollzuges, in den der Richter bislang nicht eingebunden ist. Gleichwohl muss auch hier an § 330 FamFG mit der Notwendigkeit der Aufhebung des Beschlusses gedacht werden, weil nun ein Zusammenhang zwischen staatlich angeordneter Freiheitsentziehung und Zwangsbehandlung besteht. Damit aber verbliebe es in letzter Konsequenz allein bei einer Medikamentengabe in Extremsituationen unter Rechtfertigung über Notstandgesichtspunkte.

Fazit

Abgesehen von wenigen ideologiegeleiteten Ausnahmen³⁷ wird jeder in der Psychiatrie verantwortliche Tätige und Erfah-

³⁷ Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Psychiatrie-Erfahrenen e.V. begrüßt die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes als „einen Meilenstein in der Überwindung der Zwangspsychiatrie“; so der Inhalt einer Mail der Bundesarbeitsgemeinschaft vom 18.7.2012, die an alle dieser Vereinigung bekannten Gerichtsverwaltungen in Deutschland geschickt wurde.

rene die Notwendigkeit einer Zwangsbehandlung als *ultima ratio* bejahen. Da es im Ergebnis nicht primär um einen Zwang, sondern eine Behandlung geht, kann das Fehlen von Zwangsbefugnissen zur Durchsetzung notwendiger medizinischer Maßnahmen durchaus dazu führen, dass ein Betroffener einen erheblichen Schaden nimmt. Nachdem der Bundesgerichtshof die Legitimation einer ambulanten Zwangsbehandlung in den vergangenen Jahren mehrfach verneint hat³⁸ ist – zumindest zur Zeit – auch die Möglichkeit einer stationären Behandlung nicht gegeben. Die vom Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof eingeforderte Stärkung des Gesetzesvorbehaltes mag man aus rechtstaatlichen Gesichtspunkten vielleicht gut heißen. Der nun eingetretene Interimszustand ist es nicht. Hier wird vielmehr notwendige Hilfe den Betroffenen verweigert, die sie mangels gegebener Einsichtsfähigkeit besonders benötigen. Die katastrophalen Folgen sind im Maßregelvollzug bereits zu beobachten. Das Agieren auf unsicherer gesetzlicher Grundlage und der Verweis auf Rechtfertigungsgründe stellt zudem eine Zumutung für alle im Sinne der Betroffenen Tätigen dar, die es schnellstmöglich durch gesetzgeberisches Handeln zu beseitigen gilt.

³⁸ B. v. 11.10.2000 – XII ZB 69/00, FamRZ 2001, S. 149ff. und v. 23.1.2008 – XII ZB 185/07, FamRZ 2008, S. 866ff.

Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2011 (Teil 1)*

Heinz Döllel, Leitender Oberstaatsanwalt, und Uwe Dreeßen, Oberstaatsanwalt, Schleswig

I. Entscheidungen zum Strafgesetzbuch

StGB § 56

1. Eingeschränkte Überprüfung der Bewährungsentscheidung durch das Revisionsgericht

Das Amtsgericht hatte den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes und Führens einer halbautomatischen Kurzwaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt und die Waffe eingezogen. Die dagegen gerichtete, auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung beschränkte Berufung des Angeklagten hatte die Strafkammer verworfen. Die darauf angebrachte Revision des Angeklagten verwarf der Senat als unbegründet. Aus den Gründen:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Stellungnahme vom 29. Dezember 2010 u. a. ausgeführt:

„Die vom Berufungsgericht angenommene Rechtsmittelbeschränkung hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand, so dass allein die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung der Erörterung bedarf. Die getroffenen Feststellungen des Urteils bilden eine hinreichende Grundlage für die Prüfung der Rechtsfolgenentscheidung

(vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 352 RN 4 mwN).

Auch kann die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung losgelöst von dem in Rechtskraft erwachsenen Teil der Entscheidung rechtlich und selbstständig beurteilt werden.

Die Entscheidung des Tatgerichts, ob die Vollstreckung einer Strafe zur Bewährung auszusetzen ist, unterliegt in ihrem Ergebnis nur der eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dieses hat die tatrichterliche Entscheidung bis zur Grenze des Vertretbaren hinzunehmen

(BayObLG, 5. Strafsenat, Urteil vom 15.7.2004 – 5 StRR 182/04 –, juris; KG Berlin, 4. Strafsenat, Urteil vom 1.9.2008 – 1 Ss 207/08 (114/08) –, juris).

Die Ermessensentscheidung (BGHSt 6, 298 (299)) ist durch das Revisionsgericht allein auf das Vorliegen von Ermessens- und sonstigen Rechtsfehlern zu prüfen

(Löwe-Rosenberg-Hanack, StPO, 25. Aufl., § 337 RN 236; BGHSt 6, 298 (300)),

wozu die Darlegung der wesentlichen, nach Sachlage in die Entscheidung einzubeziehenden Umstände im Urteil erforderlich ist.

* Teil 2 in Heft 9/12

Das Landgericht hat eine für die Strafaussetzung gemäß § 56 Abs. 1 StGB erforderliche günstige Sozialprognose unter Vornahme einer Gesamtwürdigung der hierfür zugrunde zu legenden Umstände ohne Rechtsfehler nachvollziehbar verneint. Dabei hat es mit rechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen, die entgegen den – teilweise urteilsfremden – Ausführungen der Revisionsbegründung weder gegen Denkgesetze verstoßen noch widersprüchlich sind, der aus der nach wie vor bestehenden Mitgliedschaft im Motorradclub „Red Devils“ gefolgerten mangelnden Bereitschaft des Angeklagten, sich aus dem Rockermilieu zukünftig fernzuhalten, und dem mehrfachen Bewährungsversagen der Vergangenheit besonderes Gewicht beigemessen.

Zwar setzt sich das Landgericht in den Erwägungen zur Sozialprognose nicht ausdrücklich mit dem vom Angeklagten abgegebenen Geständnis und seinem nach der Tat gezeigten kooperativen Verhalten auseinander. Indes zeigt die Erwähnung dieser Umstände unter Punkt IV 1 des Urteils, dass das Gericht diese Gesichtspunkte nicht übersehen hat. Angesichts dessen ist vielmehr davon auszugehen, dass die Kammer das Vorhandensein eines Geständnisses und des kooperativen Verhaltens nach der Tat bei seiner Betrachtung ohne ausdrückliche Erörterung bedacht, ihm bei der Gesamtwürdigung aller Umstände aufgrund der aufgeführten sonstigen schwerwiegenden Gründe indes nicht eine das Ergebnis der Abwägung zugunsten einer positiven Sozialprognose des Angeklagten maßgeblich beeinflussende Bedeutung beigemessen hat.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 21.1.2011 – 1 Ss 204/10 (2/11) –

StGB § 57 Abs. 2 Nr. 2

2. Ablehnung der bedingten Entlassung einer Erstverbüßerin mit beanstandungsfreiem Vollzugsverhalten nach Halbstrafenvollstreckung

Der Senat verwarf die sofortige Beschwerde der Verurteilten gegen den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den ihr Antrag abgelehnt worden war, die gegen sie erkannte Freiheitsstrafe nach Verbüßung von mehr als der Hälfte zur Bewährung auszusetzen, als unbegründet, mit folgenden Erwägungen: Zu Recht hat die Strafvollstreckungskammer nach Anhörung der Verurteilten am 22. März 2011 und unter Berücksichtigung der

Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt vom 15. Februar 2011 die Aussetzung der Vollstreckung der Reststrafe aus dem Urteil des Landgerichts zur Bewährung abgelehnt. Es fehlt vorliegend an den besonderen Umständen i. S. d. § 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Schon die zu berücksichtigenden Milderungsgründe – namentlich das Geständnis in der seinerzeitigen Hauptverhandlung, die Beeindruckung durch die Haft, die durch die Familiensituation (insbesondere Trennung von den Kindern) verursachte besondere Haftempfindlichkeit – geben selbst in ihrer Gesamtheit der Straftat nicht das besondere Gepräge, welches zur Ausnahme vom Gebot weiterer Strafvollstreckung berechtigt. Demgegenüber ist im Übrigen die Schwere der Straftat zu berücksichtigen. Diese allein steht zwar einer Halbstrafenaussetzung nicht grundsätzlich entgegen, da der Gesetzgeber – entgegen der sog. Erstverbüßerregelung in § 57 Abs. 1 Nr. 1 StGB – in § 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB gerade keine zeitliche Obergrenze für zeitliche Freiheitsstrafen normiert hat (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 57 Rn. 29).

Die aus der Tatschwere resultierenden Gesichtspunkte stehen aber im Regelfall – worauf die Kammer zu Recht abgestellt hat – im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung einer Aussetzung des Strafrestes nach § 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB entgegen und gebieten insoweit die Anordnung der Haftfortdauer auch aus Gründen der Verteidigung der Rechtsordnung

(vgl. a. SchIHOLG, Beschluss des II. Strafsenats vom 13. Juli 2007 – 2 Ws 267/07 (147/07) – StV 2008, 33 ff.).

auch wenn die Verurteilte – wie hier – vor der Tat nicht vorbestraft war und sich erstmals in Haft befindet.

Zu einer davon abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage gibt auch das Beschwerdeverfahren keinen Anlass. Zwar ist die Verurteilte Erstverbüßerin und sind ihr Nachtatverhalten sowie ihre Entwicklung im Vollzug nicht zu beanstanden. Namentlich ist sie sich angesichts der langen Trennung von ihren Kindern, insbesondere ihrer jüngeren Tochter, der Konsequenzen ihrer Straffälligkeit für ihre Familie bewusst. Sie hat sich im geschlossenen Vollzug, in Lockerungen und längerfristig auch im offenen Vollzug bewährt. Sie verfügt über eine Wohnmöglichkeit und pflegt – im Rahmen des aus der Haft heraus Möglichen – intensiven Kontakt zu ihren Kindern. Es kann dahinstehen, ob sie sich insoweit bereits eine günstige Sozialprognose erarbeitet hat. Jedenfalls geht diese nicht – wie es erforderlich wäre – über die legal prognostische Lage hinaus, die für eine bedingte Entlassung ohnehin erforderlich ist. Die nunmehr hervorgehobene, gegenüber dem Verurteilungszeitpunkt noch erhöhte Haftempfindlichkeit und verschlechterte persönliche Situation der Verurteilten und ihrer Familie, namentlich die zunehmende Sorge um das Wohl ihrer jüngeren Tochter – die ältere Schwester, die sie betreute, ist aufgrund ihrer Ausbildungssituation nicht mehr in der Lage, sich zu kümmern – sind jedenfalls nicht von einem solchen Gewicht, dass sie ausnahmsweise den Ausschlag für die Annahme geben könnten, es lägen besondere Umstände vor. Dies gilt umso mehr, als mit Blick auf die Begehungsweise und die nicht unerhebliche Gemeinschaftlichkeit der Betrugstaten der Verurteilten hier dem Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung im besonderen Maße Beachtung zu zollen ist.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 13.7.2011 – 1 Ws 286/11 (185/11) –

StGB §§ 62, 63; StPO §§ 463 Abs. 3, 454 Abs. 3, 34

3. Notwendiger Inhalt einer rechtmittelfähigen Entscheidung über die Fortdauer einer Maßregel

Auf sofortige Beschwerde des Untergebrachten hob der Senat den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den u. a. die Fortdauer der Unterbringung des Beschwerdeführers in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet worden war, auf und verwies die Sache an die Strafvollstreckungskammer zurück. Aus den Gründen:

Die gemäß §§ 463 Abs. 1, 3, 454 Abs. 3 StPO statthafte sofortige Beschwerde ist zulässig und hat Erfolg.

Die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer genügt nicht den Anforderungen, die an eine durch ein Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung zu stellen sind. Gemäß § 34 StPO sind solche Entscheidungen und die, durch welche ein Antrag abgelehnt wird, mit Gründen zu versehen. Sie soll insbesondere die Anfechtungsberechtigten in die Lage versetzen, eine sachgemäße Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels zu treffen. Ferner dient sie dem Rechtsmittelgericht als Grundlage für seine Entscheidung

(Senat SchIHA 1993, 223).

Die Entscheidung über die Fortdauer einer Maßregel nach den

§§ 62 und 63 StGB muss zumindest zu drei Punkten Stellung beziehen, nämlich zunächst zum „Zustand des Unterzubringenden“, also zu der Frage, ob er (behandlungsbedürftig und behandlungsfähig) erkrankt ist. Sodann muss festgestellt werden, ob er für die Allgemeinheit „gefährlich“ ist, weil „infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten“ zu erwarten sind. Schließlich muss die Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßregel erörtert werden, und zwar umso drängender, je länger deren Vollzug bereits dauert (Senat, Entscheidung vom 1. Dezember 2009, 1 Ws 518/09 (209/09)).

Dazu findet sich in dem angefochtenen Beschluss hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Punkte (noch) nichts. Das Landgericht hat weder zur Frage der Gefährlichkeit des Untergebrachten noch zur Frage der Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung eigene Feststellungen getroffen. Zur Frage der vom Untergebrachten noch ausgehenden Gefährlichkeit konnte sich die Kammer offensichtlich auch (noch) nicht äußern, hielt sie diese Frage, wie sich aus dem weiteren Beschlusstenor und der Begründung ergibt, noch für aufklärungsbedürftig. Dazu hat sie dann auch – insoweit folgerichtig – die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. Es erschließt sich dem Senat jedoch nicht, dass gleichwohl im noch laufenden Verfahren vor dem Landgericht bereits abschließend über die Fortdauer der Unterbringung entschieden worden ist, wenn denn deren Tatsachengrundlage erst aus deren Sicht noch ermittelt werden soll. Dass der Untergebrachte bis zu einer Entscheidung in einem begonnenen Überprüfungsverfahren im Maßregelvollzug zu verbleiben hat, versteht sich von selbst und bedurfte mit der Inauftraggabe des Gutachtens keines besonderen Ausspruchs. Soweit das Landgericht damit den Eindruck erweckt hat, die Fortdauer der Unterbringung im Maßregelvollzug nicht nur für das laufende Überprüfungsverfahren aussprechen, sondern, wenn auch widersprüchlich zum weiteren Beschlusstenor, mit dieser Entscheidung das laufende Überprüfungsverfahren beenden zu wollen, wie sich aus der Rechtsmittelbelehrung ergeben könnte, hat der Senat deshalb zumindest aus Gründen der Klarstellung die Entscheidung hinsichtlich der Fortdauer der Unterbringung aufgehoben, über die die Kammer erst nach Einholung des Gutachtens abschließend zu entscheiden haben wird. Beschl. v. 12.8.2011 – 1 Ws 318/11 (202/11) –

StGB § 63; MVollzG §§ 5, 8; StVollzG §§ 101, 136; BGB § 1906

4.

- a) *Allein die Tatsache, dass eine Person aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung im Maßregelvollzug untergebracht ist, rechtfertigt nicht, eine „interkurrente“ Erkrankung dieser Person zwangsweise gegen ihren Willen zu behandeln.*
- b) *Es ist bereits verfassungsrechtlich zweifelhaft, ob § 5 MVollzG überhaupt als rechtliche Grundlage für eine zwangsweise Behandlung der Anlasserkrankung eines Untergebrachten hinreichend konkret gefasst ist. Das MVollzG bietet jedenfalls für die Zwangsbehandlung einer „interkurrenten“ Erkrankung im Maßregelvollzug keine ausreichende Rechtsgrundlage.*
- c) *Eine eventuell erforderliche Zwangsbehandlung kann allenfalls zivilrechtlich durch betreuungsrechtlich genehmigte Unterbringung durchgesetzt werden.*

Beschl. v. 29.11.2011 – 1 VollzWs 368/11 –

mit Gründen veröffentlicht in SchIHA 2012 Seite 148

StGB §§ 64 Abs. 2, 67 d Abs. 5

5. Zum Fortfall der Unterbringungsvoraussetzungen

Der Senat verwarf die sofortige Beschwerde des Verurteilten als unbegründet gegen den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den diese seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt erklärt hatte. Zu den Gründen führte der Senat u. a. aus:

Nach § 67 d Abs. 5 StGB erklärt das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB nicht mehr vorliegen. Nach § 64 Satz 2 StGB darf die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur ergehen, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen. Das Gericht ist nach § 67 d Abs. 5 Satz 1 StGB zur Beendigung des Vollzugs der Unterbringung jedenfalls dann verpflichtet, wenn ihr Zweck aus Gründen, die in der Person des Untergebrachten liegen, nicht erreicht werden kann, sobald sich also der Zweck der Unterbringung

als unerreichbar erweist

(Fischer, StGB, 57. Aufl., § 67 d Rn. 21),

wobei eine Krise im Rahmen einer Entziehungsbehandlung noch nicht ohne weiteres die Beendigung des Maßregelvollzugs rechtfertigt und auch nicht die Therapieunwilligkeit oder Therapieunfähigkeit, solange Möglichkeiten der Abhilfe bestehen

(Fischer, aaO).

Voraussetzung für die Feststellung der Aussichtslosigkeit des Maßregelvollzugs gemäß § 64 StGB ist somit, dass in der Gesamtschau des bisherigen Verhaltens des Verurteilten einschließlich der in der Klinik verbrachten Zeit im Rahmen einer zu stellenden Prognose aller Voraussicht nach nicht mehr mit einem Therapieerfolg gerechnet werden kann

(OLG Celle, Beschluss vom 22. Februar 2010 – 2 Ws 41/10 –, bei Juris; OLG Hamm, Beschluss vom 3. Januar 2008 – 3 Ws 707-709/07 –, NStZ 2009, 39; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19. Dezember 2002 – 1 Ws 596/02 –, NStZ-RR 2003, 157; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. August 2002 – 3 Ws 831/02 –, NStZ-RR 2002, 299).

Hierbei kommt es ohne Zweifel auf den Willen und die Fähigkeit zur tatsächlichen Mitarbeit des Verurteilten an, also auf seine Therapiemotivation und Therapiefähigkeit im Rahmen eines angebotenen Therapiekonzepts. Keinesfalls liegt es im Belieben allein des Verurteilten, eine Therapie für sich passend auszugestalten

(KG, Beschluss vom 10. November 2000 – 1 AR 1327/00 – 5 Ws 748/00, 1 AR 1327/00, 5 Ws 748/00, bei Juris).

Andererseits rechtfertigt, wie oben erwähnt, eine zu überwindende Krise allein ebenso wenig einen Behandlungsabbruch

(OLG Zweibrücken aaO),

wie auch überprüft werden muss, ob eine – vorübergehende – mangelnde Therapiemotivation nicht doch wieder geweckt werden kann

(OLG Hamm aaO).

Weiter ist zu bedenken, dass gerade eine Unterbringung gemäß § 64 StGB auch dazu dient, die Ursache anfänglich fehlender Therapiemotivation oder -fähigkeit zu beheben, namentlich fehlende Therapiebereitschaft überhaupt erst zu wecken, um die Voraussetzungen einer Erfolg versprechenden Weiterbehandlung zu schaffen

(OLG Frankfurt aaO mwN).

Anders als bei der Anordnung einer Therapie als Weisung im Rahmen einer Strafaussetzung zur Bewährung

(vgl. dort § 56 c Abs. 3 StGB)

ist nämlich die Therapieeinwilligung des Straftäters – also seine artikulierte Therapiebereitschaft – nicht Voraussetzung für die Anordnung seiner Unterbringung im Maßregelvollzug, sofern nur nach einer gewissen Anpassungszeit eine Öffnung des Untergebrachten für die Therapie und seiner Mitarbeit an dieser zu erwarten ist

(BGH NStZ-RR 1997, 34).

Insoweit sind aber auch Defizite bei der Integration in die Abläufe des Klinikbetriebs jedenfalls noch nicht für sich allein geeignet, eine Feststellung der Erledigung zu rechtfertigen. Dies schon deshalb nicht, weil und soweit das Maßregelvollzugsrecht selbst auf bestimmte Gefährdungssituationen spezifische Reaktionsmöglichkeiten bereit hält (z. B. Beschränkungen der Kommunikation oder des Paketempfangs gemäß §§ 9 ff. MVollzG Schl.-H., Beschränkungen bzw. Widerruf von Lockerungen gemäß §§ 17, 18 MVollzG Schl.-H.), andererseits aber bewusst auf bestimmte Mechanismen – etwa ein eigenes Disziplinarrecht – verzichtet hat

(vgl. Senat, Beschluss vom 9. April 2008 – 2 Vollz Ws 42/08 –, SchlHA 2008, 361 = Recht & Psychiatrie 2009, 108).

Dessen ungeachtet ist die Reaktion auf Defizite bei der Integration stets am Maßregelziel – dem Therapieerfolg – zu orientieren: Ebenso wie der Missbrauch von Vollzugslockerungen die Erledigung der Unterbringung erst bei konkretem Anlass für die Aussichtslosigkeit eines Therapieerfolgs insgesamt rechtfertigt

(OLG Celle aaO),

können Verstöße gegen die Anstaltsordnung einen Abbruch der Therapie nur dann rechtfertigen, wenn aus ihnen zugleich auf eine grundsätzlich therapiefeindliche Einstellung des Verurteilten geschlossen werden muss und deshalb eine Fortsetzung der Therapie keinen Therapieerfolg mehr erwarten lässt.

Was im Besonderen das – vorliegend näher zu thematisierende – Einbringen von Suchtstoffen in die Klinik anbelangt oder auch das Mitwirken am Einbringen durch andere, wird indes ein derartiges Verhalten über den Ordnungsverstoß hinaus regelmäßig ein starkes Indiz für mangelnde Bereitschaft zur Therapie enthalten. Denn anders als beim bloßen Rückfall, der sehr häufig zum

Krankheitsbild eines Abhängigen gehört, manifestiert sich in jenem Verhalten zumeist nicht nur die Gefährdung des eigenen Therapieerfolgs, sondern auch des Therapieerfolgs der Mitpatienten. In der Regel zugleich auch die Gruppenloyalität in Frage stellend, nämlich das Bemühen der Behandlungsgruppe, gemeinsam zum Therapieerfolg zu gelangen, liegt bei einem derartigen Verhalten die Annahme einer grundsätzlich therapiefeindlichen Einstellung zumindest nahe.

Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Unterbringung des Verurteilten in einer Entziehungsanstalt für erledigt zu erklären, weil der Zweck der Unterbringung aus Gründen in der Person des Verurteilten nicht mehr erreicht werden kann...

Beschl. v. 3. 3. 2011 – 2 Ws 51/11 (18/11) –

StGB §§ 64, 67 d Abs. 5

6.

- a) Der Abbruch der gemäß § 64 StGB angeordneten Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Suchttherapie) setzt voraus, dass in der Gesamtschau des bisherigen Verhaltens des Verurteilten einschließlich der in der Klinik verbrachten Zeit nicht mehr mit einem Therapieerfolg gerechnet werden kann.
- b) Defizite bei der Integration in die Abläufe des Klinikbetriebs rechtfertigen eine Abbruchentscheidung nur, wenn aus ihnen – etwa bei Verstößen gegen die Anstaltsordnung – auf eine grundsätzlich therapiefeindliche Einstellung des Verurteilten geschlossen werden muss und deshalb eine Fortsetzung der Therapie keinen Therapieerfolg mehr erwarten lässt.
- c) Das einem Verurteilten zuzurechnende Einbringen von Suchtstoffen in die Klinik – durch Pakete o. ä. – enthält regelmäßig ein starkes Indiz für mangelnde Therapiebereitschaft. Anders kann es dann liegen, wenn ein derartiger Vorfall sich kurze Zeit nach Beginn der Unterbringung ereignet hat und der Verurteilte therapeutisch nicht vorerfahren ist.
- d) Bei der Beurteilung der weiteren Therapiebereitschaft ist auch das Nachverhalten des Verurteilten nach Vorfall bzw. Abbruchentscheidung zu berücksichtigen. Insoweit ist vom Verurteilten zur Darlegung seiner Therapiemotivation mehr als nur angepasstes Verhalten zu fordern. Hierbei kann es den Verurteilten entlasten, wenn die Klinik in Erwartung der baldigen Entlassung des Verurteilten ihren therapeutischen Zugang zum Verurteilten reduziert hat.

Beschl. v. 17.3.2011 – 2 Ws 53/11 (21/11) –

mit Gründen veröffentlicht in SchlHA 2011 Seite 342

StGB § 68 f Abs. 2

7. Anforderungen an Prognoseentscheidung

Auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den u. a. angeordnet worden war, dass die Maßregel der Führungsaufsicht entfiel, änderte der Senat den angefochtenen Beschluss ab und stellte fest, dass Führungsaufsicht eingetreten sei. Dazu führte er aus:

Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist gemäß §§ 463 Abs. 3, 454 Abs. 3, 311 StPO statthaft und in zulässiger Weise angebracht. Das bereits ursprünglich auf die Frage beschränkte Rechtsmittel, ob die Strafvollstreckungskammer in zulässiger Weise ausnahmsweise von der regelmäßig eintretenden Maßregel der Führungsaufsicht nach Vollverbüßung abgesehen hat, hat in diesem Umfang auch Erfolg.

Grundsätzlich tritt gemäß § 68 f Abs. 1 StGB von Gesetzes wegen Führungsaufsicht ein, wenn gegen den Verurteilten – wie hier – eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren vollständig vollstreckt worden ist.

Zwar kann die Strafvollstreckungskammer gemäß § 68 f Abs. 2 StGB von der Maßregel absehen und anordnen, dass diese entfällt. Voraussetzung ist jedoch, dass zu erwarten ist, dass die Verurteilte Person auch ohne die Führungsaufsicht keine Straftaten mehr begehen wird. Dies ist aber bereits nach den Feststellungen des angefochtenen Beschlusses, angesichts der langen Haftdauer und der Labilität des Verurteilten halte es die Kammer für notwendig, ihm eine Bewährungshelferin oder einen Bewährungshelfer an die Seite zu stellen, nicht der Fall.

Die Staatsanwaltschaft hat in ihrer Zuschrift vom 4. Januar 2011 ausgeführt:

„Die Voraussetzungen von § 68 f Abs. 2 StGB liegen nicht vor. Diese Vorschrift hat Ausnahmecharakter. Die Anforderungen an die danach zu stellende Prognose sind strengere als bei ei-

ner Entscheidung nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Es bedarf der begründeten Erwartung, dass der Verurteilte infolge nachträglich bekannt gewordener oder hervorgetretener Umstände künftig ein straffreies Leben führen wird. Zweifel an der Prognose gehen zu Lasten des Verurteilten

(OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2000, 347).

Nachdem die Vollstreckung der Reststrafe aus dem Urteil vom 22. November 2001 mit Beschluss des Landgerichts vom 31. März 2005 zur Bewährung ausgesetzt wurde, wurde der Verurteilte aufgrund des Sicherungshaftbefehls des Landgerichts vom 21. Februar 2006 am 27. Juli 2006 festgenommen und befindet sich seitdem (wieder) in Haft.

Zwar ist bei einer Prognoseentscheidung über das zukünftige Legalverhalten nach mittlerweile knapp fünfjährigem Strafvollzug nicht allein auf die Vorstrafen des Verurteilten und sein Bewährungsversagen in der Vergangenheit abzustellen. Diesen Aspekten kann bei einem lang dauernden Vollzug nur noch eine eingeschränkte Aussagekraft zukommen. Auch ist nicht zu übersehen, dass mit zunehmender Dauer der Freiheitsentziehung die Umstände für die Prognose an Bedeutung gewinnen, die – wie das Verhalten im Vollzug oder die augenblicklichen Lebensverhältnisse des Verurteilten – Erkenntnisse über das Erreichen des Vollzugsziels gemäß § 2 StVollzG und damit wichtige Informationen für die Kriminalprognose vermitteln

(vgl. BVerfG, NJW 2000, 502).

Folglich ist bei der Prognoseentscheidung auch die Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt zu berücksichtigen, welche insbesondere feststellt, dass alle bislang dem Verurteilten gewährten Vollzugslockerungen beanstandungsfrei verlaufen seien. Auch bestehe nach seiner Entlassung aus der Haft ein tragfähiges soziales Umfeld, was ihm auch Wohnung geben werde.

Unbeschadet dieser durchaus beachtlichen positiven Faktoren hat sich das Landgericht nach persönlicher Anhörung des Verurteilten am 3. Dezember 2010 gleichwohl veranlasst gesehen, in dem angegriffenen Beschluss eine „Labilität“ des Verurteilten festzustellen und ihm aufgrund dessen eine Bewährungshilfe an die Seite zu stellen.

Gemäß § 56 d StGB unterstellt das Gericht die verurteilte Person der Aufsicht und Leitung einer Bewährungshilfe, wenn dies angezeigt ist, um sie von Straftaten abzuhalten. Mithin hat die Kammer dadurch zu erkennen gegeben, dass sie die dem Verurteilten attestierte günstige Prognose nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB von seiner Unterstellung unter einen Bewährungshelfer abhängig macht.

Unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten, dass nämlich § 68 f Abs. 2 StGB strengere Anforderungen an eine positive Prognose stellt als § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB, hätte die Kammer bei Unterstellen des Verurteilten unter die Bewährungshilfe zur Sicherung einer positiven Prognose gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB konsequenterweise nicht das Entfallen der Führungsaufsicht gemäß § 68 f Abs. 2 StGB anordnen dürfen.“

Dem tritt der Senat bei.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 473 Abs. 2, 465 StPO.

Beschl. v. 10.2.2011 – 2 Ws 1/11 (10/11) –

StGB § 316

8. Notwendige Feststellungen zur absoluten Fahruntüchtigkeit im Falle eines Geständnisses

Das Landgericht hatte die Berufung des Angeklagten gegen ein Urteil des Amtsgerichts, durch das dieser wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen neben der Verhängung eines Fahrverbots von 3 Monaten verurteilt worden war, als unbegründet verworfen. Auf die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hob der Senat das Berufungsurteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück. Aus den Gründen:

Die auf die allgemeine Sachrüge hin veranlasste Überprüfung des Urteils lässt dessen Gründe als lückenhaft erscheinen. Die bisher getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung des Angeklagten wegen des Vorwurfes der fahrlässigen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 StGB nicht – insbesondere nicht in der von dem Landgericht angenommenen Form der sogenannten „absoluten Fahruntüchtigkeit“.

Denn der Begriff der absoluten Fahruntüchtigkeit beschreibt nicht etwa ein Maß von Fahruntüchtigkeit, sondern bedeutet die Unwiderleglichkeit des Indizwertes einer festgestellten Blutalkoholkonzentration zum Tatzeitpunkt. Dazu aber, wie hoch die Blutalkoholkonzentration des Angeklagten zum Tatzeitpunkt war und

auf welchem Wege diese festgestellt worden ist, schweigen die Urteilsgründe vollständig; ein bezifferter Wert der Blutalkoholkonzentration wird nicht mitgeteilt. Die für eine Verurteilung nach § 316 StGB erforderliche Feststellung, beim Angeklagten habe zum Tatzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 1,1 ‰ oder mehr vorgelegen, kann nicht ersetzt werden durch die – ihrerseits nicht mit Tatsachen unterlegte – Angabe in den Urteilsgründen, der Angeklagte (der im Übrigen an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hatte) habe „seine absolute Fahruntüchtigkeit als solche glaubhaft gestanden“. Jedenfalls ein Laie ist nicht in der Lage, das Erreichen oder Überschreiten eines Grenzwertes, der durch chemikalisch-technische Verfahren ermittelt werden muss und ggf. zudem um Rückrechnungsgrößen zu ergänzen ist, „glaubhaft zu gestehen“.

Soweit die Urteilsgründe darüber hinaus den Angeklagten – allerdings ebenfalls ohne Feststellung der zugrunde liegenden Tatsachen – als „volltrunken“ bezeichnen, ist auch dies nicht unbedenklich. Unter „Volltrunkenheit“ wird üblicherweise in der Rechtsprechung ein die Schuldfähigkeit ausschließender Zustand im Sinne des § 20 StGB verstanden. Sollte dies gemeint gewesen sein und vorgelegen haben, so hätte der Angeklagte jedenfalls nicht nach § 316 StGB bestraft werden dürfen; in Betracht wäre möglicherweise dann eine Verurteilung nach § 323 a StGB gekommen.

Beschl. v. 31.1.2011 – 1 Ss 8/11 (21/11) –

II. Entscheidungen zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Gerichtsverfassungsgesetz

EGGVG §§ 23 ff; MVollzG

9. Zur Behandlung von Verlegungsanträgen aus dem Maßregelvollzug bei Verlegung in ein anderes Bundesland

Der Senat hob auf die Rechtsbeschwerde des Ast. den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den sein Antrag, ihn in eine Maßregelvollzugsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen zu verlegen, abgelehnt worden war, aus folgenden Gründen auf:

Zunächst ist festzuhalten, dass die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 116 Abs. 1 StVollzG erfüllt sind. Es ist erforderlich, die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung zur Fortbildung des Rechts zu ermöglichen.

Über den Verlegungsantrag des Ast. hat ein für die Entscheidung nicht zuständiges Gericht entschieden. Der bis zum Ende des Jahres 2009 zur Entscheidung über Rechtsbeschwerden aus dem Straf- und Maßregelvollzug zuständig gewesene II. Strafsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts hat wiederholt für den Bereich des Strafvollzuges entschieden, bei der Entscheidung über die Verlegung eines Strafgefangenen in ein anderes Bundesland handele es sich nicht um eine Einzelfallentscheidung auf dem Gebiet des Strafvollzuges im Sinne des § 109 StVollzG, ebenso wenig wie es materiell-rechtlich um die Frage der Verlegung eines Gefangenen abweichend vom Vollstreckungsplan im Sinne des § 8 StVollzG gehe

(vgl. exemplarisch Beschluss des II. Strafsenats des Schl.-Holst. OLG vom 27. November 2006 [2 VollzWs 392/06 (239/06)]).

Vielmehr hätten in solchen Fällen die obersten Landesbehörden der beteiligten Bundesländer sich miteinander ins Benehmen zu setzen und ihre Entscheidung über den Verlegungsantrag in Form eines Justizverwaltungsaktes zu treffen, der vom Ast. nach den §§ 23 ff. EGGVG angefochten werden könne, und zwar sowohl hinsichtlich der Entscheidung des abgebenden, als auch hinsichtlich derjenigen des aufnehmenden Bundeslandes

(vgl. dazu etwa Entscheidungen des II. Strafsenats des Schl.-Holst. OLG vom 11. Februar 2002 [2 VAs 1/02], vom 8. Januar 2007 [2 VAs 18/06] und vom 25. Juni 2009 [2 VAs 5/09]).

Diese Auffassung des II. Strafsenats, die der inzwischen für entsprechende Entscheidungen zuständig gewordene I. Strafsenat teilt, entspricht im Übrigen einer verbreitet in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht

(Callies/Müller-Dietz, StVollzG 11. Aufl., § 153, Rn. 2 unter Hinweis auf etwa OLG Frankfurt, NW 1997, 381).

Die im vorliegenden Fall eingelegte Rechtsbeschwerde nimmt der Senat zum Anlass, diese Rechtsprechung nunmehr auch auf den Maßregelvollzug zu übertragen. Verlegungsanträge aus dem Maßregelvollzug sind nicht anders zu behandeln, als solche aus dem Strafvollzug. Sowohl § 3 Abs. 2 Satz 2 des MVollzG des Landes Schleswig-Holstein, als auch § 8 StVollzG regeln Abweichungen vom Vollstreckungsplan nur insoweit, als es um die Verlegung eines Untergebrachten bzw. eines Strafgefangenen innerhalb eines Bundeslandes geht. Diese Regelungen sind nicht

nur inhaltlich deckungsgleich, sondern eine Verlegung in ein anderes Bundesland hat – unabhängig davon, ob sie aus dem Maßregel- oder aus dem Strafvollzug heraus erfolgt – dieselben (u. a. justizpolitischen und finanziellen) Konsequenzen. Hierüber haben die obersten Landesbehörden der beteiligten Länder zu befinden. Der Ag. hätte den Ast. darauf aufmerksam machen müssen oder die Vorgänge zur Entscheidung über den gestellten Antrag dem Sozialministerium vorlegen müssen. Dass das Sozialministerium im vorliegenden Fall einen Beschwerdebescheid erlassen hat, reicht nicht aus, da das Ministerium nicht nur gehalten war, auf eine Beschwerde hin die Entscheidung des Klinikums zu überprüfen, sondern eine originäre eigene Entscheidung unter Zugrundelegung eines anderen Prüfungsmaßstabes hätte treffen müssen

(vgl. den oben erwähnten Beschluss des 11. Strafsenats des Schl.-Holst. OLG vom 27. November 2006).

Diese Entscheidung wäre auch einer Überprüfung durch die Strafvollstreckungskammer entzogen; ggf. hätte die gerichtliche Überprüfung auf dem Wege über die §§ 23 EGGVG durch den Senat zu erfolgen.

Beschl. v. 21.1.2011 – 1 VollzWs 553/10 (14/11) –
vgl. auch Beschlüsse des II. Senats v. 8.1.2007 – 2 VAs 18/06 –
und v. 20.6.2007 – 2 VAs 8/07 – in SchlHA 2007 S. 341 und 342 –

GVG § 178

10. Keine Ungebühr des Angeklagten wegen seines Ausrufs „das ist ein Witz“ bei der Urteilsverkündung

Auf die sofortige Beschwerde des Angeklagten gegen den Ordnungsgeldbeschluss des Amtsgerichts hob der Senat den Beschluss auf und führte hierzu aus:

Die vom Angeklagten eingelegte sofortige Beschwerde ist nach den §§ 178 Abs. 181 Abs. 1 GVG statthaft. Sie ist darüber hinaus zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Die sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 15. April 2011 Folgendes ausgeführt:

„Der Angeklagte hat sich durch den Ausruf „das ist ein Witz“ keiner Ungebühr i. S. d. § 178 GVG schuldig gemacht.

Eine Ungebühr vor Gericht umfasst alle Verhaltensweisen, die den ordnungsgemäßen Ablauf der Sitzung gefährden oder beeinträchtigen und die Würde des Gerichts und der Verfahrensbeteiligten angreifen oder missachten

(KK-Diemer, § 178 GVG Rn. 1).

Bei der Verhängung eines Ordnungsgeldes wegen Ungebühr ist zudem insbesondere auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Dabei fällt die Meinungsfreiheit und das Rechtsstaatsprinzip ins Gewicht, mit der Folge, dass es einerseits auf die subjektive Sichtweise des Betroffenen, andererseits darauf ankommt, ob das ungebührliche Verhalten den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf in nicht unerheblichem Ausmaß stört

(BVerfG, NJW 2007, 2839).

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes in Höhe von 200,00 € wegen der auf die Urteilsverkündung getätigten Äußerung des Angeklagten ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zu vereinbaren.

Vorliegend gilt es zum einen zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft wegen der verfahrensgegenständlichen Tat zunächst im Strafbefehlswege die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen beantragt hatte. In der Hauptverhandlung beantragte sie sodann die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen, ehe das Gericht den bislang nicht vorbestraften Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten zur Bewährung verurteilte.

Die Äußerung des Angeklagten ist angesichts dieser erheblichen Abweichung des Gerichts vom Antrag der Staatsanwaltschaft als spontane Missfallenskundgabe über das aus Sicht des Angeklagten unverhältnismäßig hohe Strafmaß, nicht jedoch als Angriff auf die Ehre des Gerichts zu werten.

Zum anderen ist es von Bedeutung, dass diese Äußerung nach Schluss der Hauptverhandlung erfolgte und daher nicht geeignet war, den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf in erheblichem Maße zu stören.“

Dem schließt sich der Senat an.

Die Kostenentscheidung folgt aus der analogen Anwendung des § 467 Abs. 1 StPO.

Beschl. v. 26.4.2011 – 2 Ws 168/11 (58/11) –

III. Entscheidungen zur Strafprozessordnung

StPO § 28 Abs. 2 Satz 2

11. Ausschluss der selbstständigen Anfechtung der Ablehnung eines Befangenheitsgesuches (auch) im Vollstreckungsverfahren

Die Beschwerde des Verurteilten gegen einen Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den sein gegen die erkennende Richterin angebrachtes Befangenheitsgesuch ebenso als unzulässig zurückgewiesen worden war, wie sein Antrag, die vollzogene Maßregel der Sicherungsverfahren in die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt umzuwandeln, verwarf der Senat als unzulässig u.a. aus den Gründen:

Ist damit mangels Beschwer das Rechtsmittel des Verurteilten in diesem Punkt unzulässig, so ist es dies auch hinsichtlich des abgelehnten Befangenheitsgesuches. Anders als die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf eine entsprechende Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Saarbrücken in ihrer an den Senat gerichteten Zuschrift hält der Senat nach eigener ständiger Rechtsprechung

((SchlHA 2004, 234) § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO))

auch im Vollstreckungsverfahren für anwendbar. Dies bedeutet, dass eine Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch nur zusammen mit der Hauptsache angefochten werden kann. Erweist sich aber die Anfechtung der Hauptsache mangels Beschwer als unzulässig, so gilt dies damit auch für die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch.

Beschl. v. 5.4.2011 – 1 Ws 138 + 144/11 (96 +97/11) –

vgl. auch Beschl. v. 27.10.2003 – 1 Ws 405/03 (145/03) – in SchlHA 2004 Seite 234 Nr. 19 –

StPO § 28 Abs. 2 Satz 2; StVollzG § 120

12. Entsprechende Anwendung der Vorschrift auch in Strafvollzugs-sachen

Der Senat verwarf die sofortige Beschwerde des Verurteilten gegen den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den sein Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden als unbegründet zurückgewiesen worden war, als unzulässig:

Die sofortige Beschwerde ist bereits nicht statthaft und deshalb unzulässig.

Gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO, der vorliegend über § 120 StVollzG zur Anwendung kommt, kann die Entscheidung, mit der die Ablehnung eines erkennenden Richters als unbegründet zurückgewiesen wurde, nur zusammen mit dem „Urteil“ angefochten werden. In Strafvollzugs- und Maßregelvollzugssachen ist nach weit überwiegender Auffassung § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend anwendbar

(OLG Rostock, Beschluss vom 13. August 2010 – 1 Vollz (Ws 9/10) –; OLG Hamburg StraFO 2008, 520 f.; OLG Brandenburg NSTZ 2005, 296; OLG Celle Strafo 1998, 428 f.; für den Bereich der Strafvollstreckung durch den Senat entschieden durch Beschluss vom 27. Oktober 2003, OLG Schleswig, SchlHA 2004, 234).

Dies gilt nach Ansicht des Senats auch für den Strafvollzug.

Beschl. v. 6.1.2011 – 1 Ws 637/10 (3/11) –

StPO §§ 35 Abs. 1, 247

13. Fehlerhafte Verkündung des Ausschließungsbeschlusses in Abwesenheit des Angeklagten

Der Senat hob auf die Revision des Angeklagten das Berufungsurteil des Landgerichts mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz aus folgenden Gründen zurück:

Die gem. § 333 StPO statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Revision ist zulässig. Sie hat auch mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Zu Recht rügt der Angeklagte die Verletzung des § 247 StPO. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am ersten Hauptverhandlungstag wurde die Nebenklägerin als Zeugin gehört. Sie machte Angaben zur Person und zur Sache. Der Nebenklägervertreter beantragte, den Angeklagten nunmehr während der weiteren Vernehmung seiner Mandantin von der Hauptverhandlung auszuschließen. Die Sitzung wurde unterbrochen. Angeklagter und Verteidiger verließen den Sitzungssaal. Nach zwei Minuten erschien der Verteidiger allein im Sitzungssaal und erklärte, ein Beschluss über den Ausschluss des Angeklagten sei nicht nötig, denn der Angeklagte gehe freiwillig. Sodann verkündete der Vorsitzende in Abwesenheit des Angeklagten den Beschluss der Strafkammer, wonach gemäß § 247 StPO für die Dauer der Vernehmung der Nebenklägerin die Entfernung des An-

geklagten aus dem Sitzungssaal angeordnet wurde, da bei ihrer Vernehmung in Anwesenheit des Angeklagten die dringende Gefahr für schwerwiegende Nachteile für die Gesundheit der Zeugin bestehe. Der Beschluss wurde im Folgenden ausführlicher begründet. Alsdann stellte der Kammervorsitzende wegen des Fehlens des Angeklagten fest, dass dieser Beschluss bereits ausgeführt worden sei. Die Nebenklägerin sagte weiter zur Sache aus. Nachdem die Sitzung für eine Mittagspause unterbrochen worden war, erschien der Angeklagte wieder im Sitzungssaal. Der Vorsitzende informierte ihn über den wesentlichen Inhalt der Vernehmung der Nebenklägerin. Der Beschluss gemäß § 247 StPO wurde ihm nicht bekannt gemacht.

Der Ausschließungsbeschluss durfte nicht in Abwesenheit des Angeklagten verkündet werden

(vgl. BGH, Beschluss vom 20. August 1997 – 3 StR 357/97 – zitiert nach juris mwN).

Das folgt aus §§ 35 Abs. 1 Satz 1, 247 Satz 1 StPO. Danach war der Gerichtsbeschluss in Anwesenheit des Angeklagten zu verkünden, die in ihm beschlossene Abwesenheit erstreckte sich nur auf die Dauer der Vernehmung der Zeugin. Das durch den Verteidiger übermittelte Einverständnis des Angeklagten mit der Absicht der Kammer, den Angeklagten während der Dauer der Vernehmung der Zeugin gemäß § 247 StPO auszuschließen, bezog sich ebenso wie die Erklärung des Verteidigers nur auf den beabsichtigten Verfahrensgang und erfolgte ersichtlich allein im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß § 33 Abs. 1 StPO

(vgl. BGH aaO).

Beschl. v. 16.3.2011 – 1 Ss 7/11 (19/11) –
– vgl. auch StV 2011 Seite 351 –

StPO §§ 36 Abs. 1, 37, 275 Abs. 4

14. Anforderungen an Urteilszustellung

Beschl. v. 29.9.2011 – 2 SsOWi 122/11 (104/11) –
– siehe unter OWiG §§ 79, 80 –

StPO § 55

15. Voraussetzungen und Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts wegen drohender Strafverfolgung

Die Beschwerde der sich auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht wegen drohender Strafverfolgung berufenden Zeugin gegen einen Beschluss des Landgerichts, mit dem wegen Verweigerung des Zeugnisses ein Ordnungsgeld in Höhe von 250 EUR, ersatzweise für je 50 EUR ein Tag Ordnungshaft, festgesetzt worden war, verwarf der Senat als unbegründet. Aus den Gründen: Die gemäß § 304 Abs. 1 und 2 StPO statthafte und zulässig eingelegte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Der angefochtene Beschluss ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Zunächst neigt auch der Senat der Auffassung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs in dessen Beschluss vom 26. August 2003

(– 5 StR 145/03 (NSTZ 2004, 218 ff.) –

zu, dass – wie der Senat den Bundesgerichtshof versteht – allein bei möglicher Würdigung als Verbrechen eine Wiederaufnahme des gegen die Zeugin zunächst betriebenen, sodann aber gemäß § 153 Abs. 2 StPO eingestellten Strafverfahrens wegen Strafvereitelung ermöglichen würde und daher nur unter diesen Voraussetzungen die Zeugin sich im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO durch die Beantwortung von Fragen im Rahmen ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen würde. So bedürfte es für eine derart drohende Strafverfolgung konkreter Anhaltspunkte; auf bloße denktheoretische Möglichkeiten kann ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO nicht gestützt werden

(vgl. nur BGH NSTZ 1999, 415 f. mwN).

Letztlich müssen diese Fragen aber vorliegend noch nicht abschließend beantwortet werden, weil § 55 StPO einem Zeugen kein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht gewährt, sondern lediglich ein Auskunftsverweigerungsrecht auf einzelne Fragen. Bereits der Beschwerdebegründung selbst lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Zeugin D. die Auskunft auf nur einzelne Fragen verweigert hätte. Offensichtlich geht sie vielmehr von einem umfassenden Verweigerungsrecht aus, welches ihr aber nicht zusteht.

Die Staatsanwaltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat hierzu u. a. ausgeführt:

„Die angefochtene Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin hat sich zwar darauf berufen, ihr stünde ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht zu, das sie zur Verweigerung des Zeugnisses in vollem Umfang berechtige, jedoch hat das Landgericht sie zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Auffassung rechtsfehlerhaft ist.

Nach § 55 Abs. 1 StPO kann jeder Zeuge die Auskunft auf Fragen verweigern, bei deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er bestimmte Tatsachen angeben müsste, die ihn der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen. Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens

(§ 152 StPO)

oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte

(vgl. Ignor/Bertheau, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Band 2, 26. Aufl. 2008, § 55 Rn. 10; Meyer-Gößner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 55 Rn. 7).

Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die mittelbar den Verdacht einer Straftat begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar allein eine Strafverfolgung nicht auslösen könnte, jedoch „als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude“ zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte

(vgl. BVerfG, NJW 2002, 1411, 1412 – juris; BGH, NJW 1999, 1413 – juris).

Für die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung muss es konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben; bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus

(BGH NJW 1994, 2839, 2840 – juris; BGH NSTZ 1999, 415, 416 – juris).

Ob eine Verfolgungsgefahr besteht, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung durch den Tatrichter, dem insoweit ein Beurteilungsspielraum zukommt

(Meyer-Gößner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 55 Rn. 10; vgl. BVerfG-K, NJW 1999, S. 779 – juris; BGH, Beschluss vom 6. August 2002 – 5 StR 314/02 – juris).

Maßgeblich sind dabei die Umstände des Einzelfalls

(vgl. BGHSt 1, 39, 40 – juris; 10, 104, 105 – juris).

Ist danach von einer Verfolgungsgefahr auszugehen, so ist der Zeuge gemäß § 55 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise ist er zu einer umfassenden Verweigerung der Auskunft befugt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit wahrheitsgemäß aussagen könnte

(Senatsbeschluss vom 21.1.2011 – 2 Ws 36/11 (15/11) –; BGH, NS2 2002, S. 607; NW-RR 2005, S. 316).

Um erkennen zu können, ob diese Voraussetzungen für ihn gegeben sind, muss der Zeuge daher zunächst abwarten, welche Fragen an ihn gerichtet werden, denn erst dann kann sich zeigen, ob etwa einer der seltenen Ausnahmefälle vorliegt, in denen die Beantwortung jeder der an ihn gerichteten Fragen eine solche Gefahr begründen könnte

(Senatsbeschluss vom 21.1.2011 – 2 Ws 36/11 (15/11) –; KG Berlin, 4. Strafsenat, Beschlüsse vom 19.07.2001 – 1 AR 1424/96 – 4 Ws 109/01 – und vom 22.3.1999 – 1 AR 255/99 – 4 Ws 73/99 –, juris; BGHR, § 70 StPO Weigerungsgrund 3).

Von einer solchen Ausnahmesituation ist hier indes nicht auszugehen. Zwar ist nicht auszuschließen, dass sich die Beschwerdeführerin durch wahrheitsgemäße Angaben im Rahmen einer Zeugenvernehmung erneut des Verdachts einer Straftat und somit weiterer Strafverfolgung aussetzt. Unabhängig von der Frage, ob hinsichtlich der im gegen sie abgeschlossenen Verfahren wegen Strafvereitelung durch die nach § 153 Abs. 2 StPO erfolgte Einstellung wegen dieser Tat Rechtsklageverbrauch eingetreten ist oder weitere Strafverfolgung drohen könnte, ist indes nicht zu erwarten, dass sämtliche der Zeugin möglichen relevanten Angaben mit einem strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang stehen, dass eine Trennung zwischen belastenden und nicht belastenden Auskünften nicht möglich wäre. So wäre etwa auszuschließen, dass sich für die Beschwerdeführerin aus der wahrheitsgemäßen Beantwortung von Fragen über ihr bekannte Personen der beteilig-

ten Rockergruppen sowie deren Organisationsstruktur und Umfeld nachteilige Folgen im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ergeben könnten. Dies gilt darüber hinaus auch für die Beantwortung von solchen Fragen, die sich auf Umstände beziehen, die den Ermittlungsbehörden bereits bei ihrer Zustimmung zur Einstellung der gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Ermittlungen bekannt gewesen sind

(Senatsbeschluss vom 21.1.2011 – 2 Ws 36/11 (15/11)).

Ob die Beschwerdeführerin bei fortschreitender Vernehmung in der Hauptverhandlung auf andere Fragen des Gerichts die Auskunft hätte verweigern dürfen und ob sich aus diesen Fragen gegebenenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht hätte ergeben können, lässt sich nicht beantworten, weil sie – auch der Beschwerdeführerin – nicht bekannt sind.

Die Beschwerdeführerin handelte hinsichtlich der Zeugnisverweigerung auch schuldhaft, weil sie von der Kammer zuvor auf die Grundlosigkeit ihrer Weigerung und anschließend auch auf deren Folgen hingewiesen worden ist.

Die Höhe des festgesetzten Ordnungsgeldes erscheint angesichts der Schwere und Bedeutung der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Straftat angemessen.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 15.3.2011 – 2 Ws 114/11 (35/11) –

StPO § 112 Abs. 1

16. Anforderungen an dringenden Tatverdacht/Aussageverweigerung eines zunächst aussagewilligen Belastungszeugen vor dem Ermittlungsrichter

Die weitere Beschwerde des Beschuldigten gegen einen Beschluss der Großen Strafkammer, durch den seine Beschwerde gegen einen Beschluss des Amtsgerichts, der den gegen ihn ergangenen Haftbefehl aufrecht erhalten hatte, verworfen worden war, verwarf der Senat als unbegründet und führte dazu u. a. aus:

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO statthaft und zulässig. In der Sache bleibt die weitere Beschwerde jedoch ohne Erfolg.

Der Beschuldigte ist der ihm in dem Haftbefehl des Amtsgerichts vom 17. März 2011 zur Last gelegten Straftaten weiter dringend verdächtig. Der dringende Tatverdacht folgt im Wesentlichen aus den Zeugenaussagen der gesondert Verfolgten H. und W. Diese Zeugen haben gegenüber den ermittelnden Beamten umfangreiche Angaben gemacht, aufgrund derer die Tatvorwürfe gegen den Beschuldigten erhoben worden sind.

Der dringende Tatverdacht, der aus diesen Zeugenangaben folgt, entfällt nicht dadurch, dass die gesondert Verfolgte H. im Zuge ihrer richterlichen Vernehmung keine Angaben zur Sache gemacht hat. Der dringende Tatverdacht besteht vielmehr dann, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist

(Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 112 Rn. 5).

Die Prognose, dass eine Verurteilung wahrscheinlich ist, verlangt der dringende Tatverdacht hingegen nicht

(Meyer-Goßner, aaO).

Es genügt die Möglichkeit der Verurteilung. Zum einen ergibt sich aus dem Umstand, dass die gesondert Verfolgte H. im Rahmen einer richterlichen Vernehmung keine Angaben zur Sache gemacht hat noch nicht, dass im Falle einer stattfindenden Hauptverhandlung von ihr erneut keine Angaben gemacht werden. Zum anderen bestünde die Möglichkeit der Verurteilung auch dann, wenn die gesondert Verfolgte H. auch weiterhin keine Angaben machen würde, weil weitere Beweismittel zur Verfügung stehen. In diesem Verfahrensstadium lässt jedenfalls die Aussageverweigerung gegenüber einem Richter den dringenden Tatverdacht nicht entfallen. Im Übrigen wird hinsichtlich des dringenden Tatverdachts auf die Gründe des Haftbefehls des Amtsgerichts vom 17. März 2011 Bezug genommen.

Beschl. v. 16.6.2011 – 2 Ws 250/11 (83/11) –

StPO §§ 112, 120, 304

17. Verfahrensförderung in Haftsachen während laufender Hauptverhandlung

Die Beschwerde des Angeklagten gegen einen Beschluss der großen Strafkammer, mit dem sein während laufender Hauptverhandlung gestellter Antrag, den gegen ihn vollstreckten Haftbefehl aufzuheben, zurückgewiesen worden war, verwarf der Senat als unbegründet. Aus den Gründen:

Die gemäß § 304 StPO statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise angebrachte Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Der Angeklagte ist der in dem Haftbefehl des Amtsgerichts bzw. der Fortdauerentscheidung der Strafkammer dargestellten Taten dringend verdächtig. Die Ausführungen der Kammer halten – unter Berücksichtigung des eingeschränkten Überprüfungsumfangs durch das Beschwerdegericht während laufender Hauptverhandlung –

(vgl. Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 114, Rn. 21 m. Rspr.-Nachw.)

ebenso wie die Ausführungen zu den Haftgründen einer Überprüfung jederzeit stand. Zugunsten des Angeklagten sprechende sachliche Veränderungen sind nicht festzustellen und werden von dem Angeklagten auch nicht geltend gemacht.

Der Senat ist der Ansicht, dass die Förderung des Verfahrens den in Haftsachen gebotenen und mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft steigenden Anforderungen genügt. Grundsätzlich zu Recht weist die Beschwerde zwar darauf hin, dass Haftsachen von Beginn an, und nichts anderes gilt während laufender Hauptverhandlung, mit größtmöglicher Beschleunigung zu betreiben sind, was in der Regel mehr als einen Verhandlungstag pro Woche erfordert

(Meyer-Goßner aaO, § 120 Rn. 3 m. Rspr.-Nachw.).

Aus den Darstellungen in dem angefochtenen Beschluss, aber auch aus den am 4. Oktober 2011 nachgereichten und dem Verteidiger zugänglich gemachten Unterlagen ergibt sich jedoch, dass die Kammer das Verfahren in diesem Sinne beschleunigt betrieben hat (wird ausgeführt).

Beschl. v. 11.10.2011 – 2 Ws 422/11 (153/11) –

StPO §§ 141, 304 Abs. 1

18. Keine rückwirkende Bestellung eines Pflichtverteidigers nach Abschluss des Verfahrens

Der Senat erklärte die Beschwerde der Angeklagten in dem Beschluss des Vorsitzenden der Berufungskammer des Landgerichts, durch welchen sein Antrag auf Beordnung seines Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger abgelehnt worden war, als gegenstandslos und führte zur Begründung aus:

Im Zusammenhang mit der Anberaumung des Termins zur Verhandlung über die Berufung der Angeklagten gegen ihre Verurteilung durch das Amtsgericht hat der Vorsitzende der mit der Sache befassten Kleinen Strafkammer des Landgerichts durch Beschluss vom 11. November 2010 den Antrag der Angeklagten auf Beordnung eines ihrer bisherigen Wahlverteidiger als Pflichtverteidiger abgelehnt. Die dagegen erhobene Beschwerde der Angeklagten, die sie im Fortsetzungstermin am 17. November 2010 angebracht hat, ist gegenstandslos, weil prozessual dadurch überholt, dass die Berufungsinstanz durch Urteil vom 17. November 2010 ihren Abschluss gefunden hat. Dies hat die ursprünglich in dem angefochtenen Beschluss begründete und die Voraussetzung seiner Anfechtbarkeit bildende Beschwerde für die Angeklagte entfallen lassen

(vgl. Kammergericht Beschluss vom 27. Februar 2006 – 3 Ws 624/05 – zitiert nach Juris).

Da der Berufungsrechtszug nach Verkündung des Urteils der Strafkammer des Landgerichts vom 17. November 2010 abgeschlossen war, besteht für die Bestellung eines Pflichtverteidigers danach kein Bedürfnis mehr. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers dient nicht dem Kosteninteresse des Angeklagten oder seines Verteidigers, sondern allein dem Zweck, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Betroffener in schwerwiegenden Fällen rechtskundigen Beistand erhält und der ordnungsgemäße Verfahrensablauf gewährleistet wird

(BVerfGE 39, 238, 242; OLG Düsseldorf StV 1984, 66, II. Strafsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, SchlHA 2008, 174).

Dieser Zweck kann nach Abschluss der Instanz nicht mehr erreicht werden. Eine nachträgliche, rückwirkende Bestellung für das im Rechtszug abgeschlossene Verfahren ist schlechthin unzulässig und unwirksam und mithin grundsätzlich ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn der Wahlverteidiger oder der Rechtsanwalt, den der Angeklagte als den zu stellenden Pflichtverteidiger benannt hatte, seine Bestellung beantragt hatte

(KG Berlin, Beschluss vom 9. März 2006 – 5 Ws 563/05 –, zitiert nach Juris; 11. Strafsenat des Schl.-H. OLG aaO).

Die Beordnung ist auch dann unzulässig, wenn der Antrag – so wie hier – noch vor der Beendigung des Verfahrens gestellt worden ist

(vgl. Kammergericht aaO; Meyer-Goßner, StPO 53. Aufl., § 141 Rn. 8).

Als ein erst nachträglich gegenstandslos gewordenes Rechtsmittel ist die Beschwerde durch den vorliegenden Beschluss (ohne Kostenentscheidung) für erledigt zu erklären

(vgl. Meyer-Goßner vor § 296 Rn. 17 unten).

Beschl. v. 3.1.2011 – 1 Ws 653/10 (449/10) –

– vgl. auch Beschl. v. 24.1.2008 – 2 Ws 8/08 (9/08) – SchIHA 2009 Seite 244 Nr. 39 –

StPO §§ 141, 304 Abs. 1

19. Unzulässige Anfechtung der Ablehnung der Verteidigerbeordnung nach Verfahrenseinstellung

Die Strafkammer hatte auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit Beschluss vom 21. Februar 2011 das gegen den Beschwerdeführer anhängige Strafverfahren mit Rücksicht auf eine in einem anderen Verfahren zu erwartende Bestrafung gem. § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt und zugleich seinen am 14. Januar 2011 gestellten Antrag, ihm Rechtsanwalt K. als Pflichtverteidiger beizuordnen, zurückgewiesen. Die gegen die Ablehnung der Beordnung von Rechtsanwalt K. angebrachte Beschwerde verwarf der Senat als unzulässig und führte dazu aus:

Die gemäß § 304 Abs. 1 StPO statthafte Beschwerde ist unzulässig.

Eine Maßnahme, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann, ist prozessual überholt und deshalb grundsätzlich nicht mehr anfechtbar

(Meyer-Goßner, StPO, 53. A., Vor. § 296, Rn. 17 m. R. N.).

So verhält es sich hier, weil das Beschwerdeziel, die Beordnung eines Verteidigers, nicht mehr erreicht werden kann, nachdem das Verfahren gegen den Angeklagten gemäß § 154 Abs. 1 StPO eingestellt worden ist.

Die Vorsitzende der Strafkammer ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht dem Kosteninteresse des Angeklagten oder seines Verteidigers dient, sondern allein dem Zweck, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Betroffener in schwerwiegenden Fällen rechtskundigen Beistand erhält und der ordnungsgemäße Verfahrensablauf gewährleistet wird

(Senatsbeschluss vom 24. Januar 2008, 2 Ws 8/08; SchIHA 2009, 244).

Demnach ist für eine Bestellung kein Raum mehr, wenn das Verfahren – wie hier – für die Instanz oder im Ganzen beendet ist. Dies gilt auch dann, wenn der Beordnungsantrag vor der Instanz- oder verfahrensabschließenden Entscheidung gestellt worden ist

(Senatsbeschluss a. a. O.; KG Berlin, StV 2007, 372 ff.)

und hier insbesondere deshalb, weil der Beordnungsantrag erst auf die Mitteilung des staatsanwaltschaftlichen Einstellungsantrages gemäß § 154 StPO erfolgte.

Auf die Frage, ob dem Angeklagten im Hinblick auf seine Haftsituation in anderer Sache bei Fortgang des hiesigen Verfahrens ein Verteidiger gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 StPO zu bestellen gewesen wäre, kommt es daher nicht mehr an.

Der Antrag war allerdings bereits deshalb unbegründet, weil der Angeklagte zum Zeitpunkt des Beordnungsantrages am 14. Januar 2011 einen Wahlverteidiger hatte und nur dem Angeklagten ein Verteidiger bestellt wird, der noch keinen Verteidiger hat

(§ 141 Abs. 1 StPO).

Beschl. v. 30.3.2011 – 2 Ws 132/11 (44/11) –

vgl. auch Beschl. v. 24.1.2008 – 2 Ws 8/08 (9/08) – in SchIHA 2009 Seite 244 –

StPO §§ 230 Abs. 1, 338 Nr. 5, 344 Abs. 2

20. Die Rüge, dass die Hauptverhandlung verfahrensfehlerhaft ohne den Angeklagten stattgefunden habe, ist unzulässig, wenn nicht dargelegt wird, dass das Ausbleiben des Angeklagten uneigenmächtig war

Der Senat verwarf die Revision des Angeklagten gegen ein Berufungsurteil des Landgerichts u. a. mit folgender Begründung:

Die Verfahrensrüge der Verletzung des § 230 Abs. 1 StPO dadurch, dass die Hauptverhandlung teilweise ohne den Angeklagten stattgefunden habe, ist unzulässig, weil sie nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht. Nach erneuter Beratung und unter Abkehr von der früher geäußerten Rechtsauffassung schließt sich nunmehr der Senat der auch von der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht vertretenen Auffassung an, dass hier zu der ordnungsgemäßen Verfahrensrüge ein Sachvortrag gehört hätte, aus dem sich Ansatzpunkte für Gegenstand und Richtung der geforderten Nach-

prüfung der Tatsachen ergeben, die konkret belegen, dass das Ausbleiben des Angeklagten nicht eigenmächtig war

(vgl. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 231 Rn. 36).

Die von dem Senat zunächst herangezogene Entscheidung des OLG Hamm

(Beschluss vom 20. März 2007 – 3 Ss 541/06 –, zitiert nach Juris),

die für die Zulässigkeit der Verfahrensrüge für ausreichend hält, dass der Verhandlungsteil angegeben wird, bei dem der Angeklagte gefehlt hat, steht im Gegensatz zu der einhelligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH StV 1981, 393; 1984, 326)

und anderer Obergerichte

(OLG Köln StV 1985, 50)

und der im Schrifttum vertretenen Auffassung

(Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, aaO; Meyer-Goßner, StPO, 23. Aufl., § 231 Rn. 25).

Danach gehört zu den Darlegungspflichten der Revision die Behauptung, dass der Angeklagte der Hauptverhandlung nicht eigenmächtig fern geblieben sei und die Erläuterung dieser Behauptung, wenn auch nicht ihre Glaubhaftmachung. Erst wenn eine solche ordnungsgemäße Verfahrensrüge erhoben worden ist, kann das Revisionsgericht – ohne Bindung an die Feststellungen des angefochtenen Urteils – selbstständig von Amts wegen prüfen, ob die Voraussetzungen der „Eigenmächtigkeit“ vorliegen und sich dabei auch auf andere Umstände stützen, als in dem Revisionsvorbringen dargelegt

(OLG Köln aaO).

An einer solchen ordnungsgemäßen Verfahrensrüge fehlt es hier. Der Angeklagte beschränkt sich darauf mitzuteilen, dass er am zweiten Hauptverhandlungstag nicht teilgenommen habe, dass die Strafkammer in seiner Abwesenheit weiter verhandelt habe, obwohl keinerlei Gründe für eine Ausnahme der Anwesenheitspflicht des Angeklagten vorgelegen hätten und dass die Kammer pflichtwidrig nicht aufgeklärt habe, warum der Angeklagte der Hauptverhandlung ferngeblieben sei. Es sei nicht Sache des Angeklagten, den Verdacht der Eigenmächtigkeit auszuräumen. Dies reicht nicht aus. Zur Ordnungsmäßigkeit der Rüge hätte gehört, dass der Angeklagte die Gründe für sein Fernbleiben mitteilt.

Beschl. v. 17.6.2011 – 1 Ss 26/11 (43/11) –

StPO § 244

21. Notwendige Unterrichtung der Prozessbeteiligten bei beachtlicher Auswechslung der Gründe für die Ablehnung eines Beweisantrages

Die Revision des Angeklagten gegen ein Urteil der Strafkammer, das seine Berufung gegen ein Urteil des Amtsgerichts, durch das er wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, mit der Maßgabe verworfen hatte, dass gegen ihn wegen Körperverletzung eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen verhängt wurde, hatte mit der Verfahrensrüge Erfolg. Der Senat führte dazu u. a. aus:

Wie in der Verfahrensrüge ausgeführt, hat der Angeklagte durch seinen Verteidiger einen Beweisantrag dahingehend gestellt, dass er die Einholung eines medizinischen Sachverständigenutachtens beantragt hat, welches ergeben sollte, dass das bei dem Angeklagten festgestellte Kehlkopfödem oberhalb des linken Steilknorpels sowie die Stimmbandlähmung, die Gesichtsprellung über dem linken Auge, die Prellung und Schürfwunden der rechten Hand, die Quetschmarke im linken Kehlkopfbereich und die Abschürfung und das Hämatom am rechten Oberschenkel mit dem vom Angeklagten geschilderten Geschehen in Einklang zu bringen sei. Hintergrund dieses Beweisantrages war die Darstellung des Angeklagten, er sei von dem Geschädigten und Zeugen Dr. W. unvermittelt und kraftvoll mit beiden Händen gegen den Kehlkopf gestoßen und gewürgt worden. Außerdem habe dieser versucht, ihm in die Genitalien zu treten, was aber misslungen sei. Der Tritt habe aber eine 14 cm lange Schürfwunde am rechten Oberschenkel sowie ein Hämatom an linken Oberschenkel verursacht. Diesen Beweisantrag hat die kleine Strafkammer mit der folgenden Begründung abgelehnt:

„Der auf die Übereinstimmung der durch ärztliches Attest vom 8. März 2010 nachgewiesenen Verletzungen mit der Schilderung des Tatgeschehens durch den Angeklagten gerichtete Beweisantrag wird zurückgewiesen, weil die Verletzungen als solche bereits nachgewiesen sind und ihre Zuordnung zu den vom Angeklagten geschilderten Tathergang dem Gericht auch ohne Sachverständigenrat möglich ist.“

Dieser Begründung ist bereits nicht eindeutig zu entnehmen, aus welchen der in § 244 StPO genannten Gründe der Beweisantrag abgelehnt worden ist. Mit der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger geht auch der Senat davon aus, dass die Ablehnung gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO aus eigener Sachkunde des Gerichts erfolgt ist. Hierfür spricht, dass der Beweisantrag auf eine medizinische Beurteilung der Zusammenhänge von Handlungen und Verletzungen abzielt und die Kammer hierzu ausgeführt hat, dass diese Zuordnung dem Gericht ohne Sachverständigenrat möglich sei.

Entgegen diesem ablehnenden Beschluss finden sich jedoch im Urteil keinerlei Ausführungen dazu, ob und ggf. aufgrund welcher Umstände das Gericht die zur Beurteilung dieser medizinischen Frage erforderliche Sachkunde besitzt. Vielmehr ergibt sich aus den Urteilsgründen, dass die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung durch die Kammer ohne Bedeutung war. Die Kammer führt auf Seite 9 der Urteilsgründe aus:

„Hingegen glaubt die Kammer der Behauptung des Angeklagten, alle vom Arzt attestierten Verletzungen seien ihm vom Zeugen zugefügt worden, nicht, da es keinen nachvollziehbaren Anlass für eine Attacke des Zeugen auf den Angeklagten gegeben hat. Die Verletzungen am Kehlkopf sowie die weiteren im Attest des Arztes enthaltenen Feststellungen, die die Verletzung des Angeklagten betreffen, mag dieser sich durch den Versuch des Zeugen, den Angriff des Angeklagten abzuwehren oder bei anderer Gelegenheit, vielleicht bei Ausübung seines Kampfsportes, zugezogen haben.“

Diesen Ausführungen der kleinen Strafkammer ist zu entnehmen, dass der Beweisantrag letztlich wegen Bedeutungslosigkeit im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abzulehnen gewesen wäre, nicht jedoch wegen eigener Sachkunde. Werden jedoch die Ablehnungsgründe geändert oder ergänzt, müssten hierüber die Prozessbeteiligten vor Schluss der Beweisaufnahme, notfalls unter Wiedereröffnung einer bereits geschlossenen Verhandlung, durch einen mit Gründen versehenen Beschluss unterrichtet werden

(Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 244 Rn. 45 mwN).

Das Unterlassen dieser Unterrichtung steht der ungerechtfertigten Ablehnung eines Antrages gleich

(Meyer-Goßner, aaO).

Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Urteil auf diesem Gesetzesverstoß beruht, weil insbesondere der Hinweis der Kammer darauf, dass sich der Angeklagte die Verletzungen möglicherweise bei Ausübung seines Kampfsportes zugezogen haben könnte, der Verteidigung im Rahmen einer Hauptverhandlung und Unterrichtung über diese ablehnenden Gründe die Möglichkeit eröffnet hätte, zu den Zeiten des Kampfsportes oder zu den hierbei zugezogenen Verletzungen eine weitere Einlassung des Angeklagten abzugeben und ggf. weitere Beweisanträge zu stellen.

Beschl. v. 31.5.2011 – 2 Ss 41/11 (56/11) –

StPO §§ 247 a, 336

22. Rechtsfehlerhaftes Absehen von einem Gerichtsbeschluss über die Anordnung audiovisueller Vernehmung eines Zeugen

Der Senat hob das im Wege der Sprungrevision angefochtene Urteil des Amtsgerichts mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zurück. Aus den Gründen:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 22. Februar 2011 zu einer Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes des § 250 Satz 1 StPO Folgendes ausgeführt:

„Der Zulässigkeit der unter Berücksichtigung der Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 StPO erhobenen Rüge gemäß § 337 StPO stehen die Vorschriften der §§ 247 a Satz 2 und 336 Satz 2 StPO nicht entgegen, wenn – wie vorliegend – geltend gemacht wird, dass kein Beschluss zur Durchführung einer audiovisuellen Zeugenvernehmung gefasst worden ist

(BGH, NJW 1999, 3788).

Die Revision ist insoweit auch begründet.

Den Urteilsausführungen ist zu entnehmen, dass das Gericht die getroffenen Feststellungen insbesondere auch auf die Aussage der Zeugin A. gestützt hat. Aus dem Sitzungsprotokoll wiederum ergibt sich, dass sich diese Zeugin während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhielt. Die Vorsitzende hat in ihrer dienstlichen Stellungnahme vom 16. Februar 2011 bestätigt, dass auch

sie sich in jenem Vernehmungszimmer abseits des Sitzungssaals aufgehalten habe und die Vernehmung mittels Videoanlage in den Sitzungssaal übertragen worden sei.

Unabhängig davon, dass eine solche Vernehmung nach dem sog. Mainzer Modell im Rahmen des § 247 a StPO nicht zulässig ist

(LR-Becker, § 247 a Rn. 3),

fehlt es an der Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung gemäß § 247 a Satz 1 StPO. Aufgrund dessen wird nicht erkennbar, auf welchen besonderen Umständen die Entscheidung des Gerichts beruhte, die Zeugin A. ausnahmsweise nicht im Sitzungssaal zu vernehmen

(vgl. BGH, NSTZ 2008, 421; KK-Diemer, § 247 a Rn. 24; LR-Becker, § 247 a Rn. 33).

Insbesondere enthält das Protokoll auch keine Einverständniserklärungen i. S. d. §§ 247 a Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz, 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO

(vgl. Meyer-Goßner, § 273 Rn. 7).

Das Urteil beruht auch auf der Gesetzesverletzung. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei näherer Prüfung der Ausnahmvorschrift des § 247 a StPO keine audiovisuelle Vernehmung der Zeugin A. angeordnet worden wäre und ein rechtsfehlerfreies Verfahren zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.“

Dem schließt sich der Senat an.

Für eine erneute Verhandlung weist der Senat darüber hinaus vorsorglich darauf hin, dass auch bei einer Vernehmung der Zeugin nach § 247 a StPO die dauerhafte Anwesenheit des/der Vorsitzenden im Gerichtssaal erforderlich ist. Die Vernehmung ist also vom Gerichtssaal aus durch Übertragung der entsprechenden Fragen in das Vernehmungszimmer sowie Rückübertragung der Antworten in den Sitzungssaal durchzuführen. Auf diese Weise wird die ununterbrochene Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen, die nach § 226 StPO erforderlich ist, sichergestellt.

Beschl. v. 7.3.2011 – 2 Ss 14/11 (28/11) –

StPO §§ 251 Abs. 4 Satz 1, 238 Abs. 2

23. Zum Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses vor Verlesung einer schriftlichen Zeugenaussage

Die Berufung des Angeklagten gegen eine ihn wegen sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 8 Monaten verurteilende Entscheidung des Amtsgerichts hatte die Strafkammer verworfen. Die darauf angebrachte Revision des Angeklagten hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Aus den Gründen:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Stellungnahme vom 15. April 2011 u. a. ausgeführt:

„Zu Recht wird mit der Revision ein Verstoß gegen § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO geltend gemacht. Die Verfahrensrüge wurde in der zulässigen Form des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erhoben. Sie ist darüber hinaus auch begründet. Die Kammer hat ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls die schriftliche Aussage des Zeugen U. verlesen. Ein entsprechender, auf die Verlesung der besagten Urkunde gerichteter Gerichtsbeschluss ist dem Hauptverhandlungsprotokoll nicht zu entnehmen. Dort ist lediglich die Zustimmung des Verteidigers, des Staatsanwalts und der Vertreterin der Nebenklage protokolliert, wobei es sich hinsichtlich des angeführten § 151 Abs. 1 Nr. 1 GVG um eine offenbare Unrichtigkeit handelt. Gemeint ist § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO. Der Beschluss nach § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO ist eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO

(vgl. Karlsruher Kommentar Engelhardt, 6. Aufl., § 273 StPO, Rn. 4).

Ein entsprechender Gerichtsbeschluss ist nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung auch dann erforderlich, wenn alle Beteiligten mit der Verlesung einverstanden sind

(vgl. die Nachweise bei Meyer/Goßner, 53. Aufl., § 251 StPO, Rn. 40),

was vorliegend im Hinblick auf die fehlende Zustimmung des Angeklagten nicht gegeben war.

Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das angefochtene Urteil auf dem festgestellten Rechtsfehler beruht. Der Bundesgerichtshof legt bei der Frage, ob das Urteil bei einem fehlenden Beschluss im Sinne des § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO auf diesem Rechtsfehler beruht, einen strengen Maßstab an: „Zwar ist es zutreffend, dass das Beruhen nach der Rechtsprechung entfallen kann, wenn den Verfahrensbeteiligten der Grund der Verlesung bewusst war und die persönliche Vernehmung des Zeugen zur weiteren Aufklärung nicht hätte beitragen können

(vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 52; 2001, 261).

Ein solcher Ausschluss des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Verletzung des Gesetzes und dem Urteil kann jedoch mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des Beschlusserfordernisses nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Die in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO verlangte Entscheidung durch den gesamten Spruchkörper dient nicht nur der Unterrichtung der Verfahrensbeteiligten über den Grund der Verlesung. Sie beruht vor allem auch darauf, dass die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung einer Niederschrift den Grundsatz der Unmittelbarkeit einschränkt, der zur Qualitätssicherung der Beweisaufnahme eine direkte und unvermittelte Wahrnehmung der Gerichtspersonen in der Hauptverhandlung gewährleisten soll. Das Beschlusserfordernis in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO soll angesichts der potentiellen Bedeutung der Verlesung für die Zuverlässigkeit der Beweisgewinnung und Rekonstruktion des Tatgeschehens auch gewährleisten, dass das Gericht durch eine gemeinsame Meinungsbildung sowie in seiner Gesamtheit die Verantwortung dafür trägt, ob ausnahmsweise die Einschränkung der Unmittelbarkeit durch den Verzicht auf den Zeugen hinnehmbar ist oder die Aufklärungspflicht die Vernehmung der Beweisperson gebietet.“

(Beschluss des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Juni 2010, 2 StR 78/10, zitiert nach juris).

Es war vorliegend auch nicht der Zwischenrechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO zu erheben. Eine Rügepräklusion tritt im Hinblick auf § 238 Abs. 2 StPO nicht ein, wenn sich die Revision gegen das Unterlassen einer strafprozessual gebotenen Maßnahme wendet

(KK-Schneider, 6. Aufl., § 238 StPO, Rn. 30).

Eines Eingehens auf die weiteren Verfahrensrügen und auf die Sachrüge bedarf es damit nicht mehr.“
Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 27.4.2011 – 1 Ss 34/11 (69/11) –

StPO §§ 262, 344 Abs. 2

24. Darlegungslast bei Verfahrensrüge der fehlerhaften Ablehnung der Aussetzung des Strafverfahrens zur Klärung einer zivil-(oder sozial-)rechtlichen Vorfrage

Das Landgericht hatte die Berufung des Angeklagten gegen ein Urteil des Amtsgerichts, durch das gegen ihn wegen Betruges eine Geldstrafe verhängt worden war, verworfen. Die dagegen angebrachte, mit der Sachrüge und der Verfahrensrüge begründete Revision verwarf der Senat. Aus den Gründen:

Die Verfahrensrüge, mit der die Revision geltend macht, die Strafkammer habe § 262 StPO verletzt, weil sie das Strafverfahren nicht im Hinblick auf ein Verfahren vor dem Schleswig-Holsteinischen Sozialgericht ausgesetzt habe, in welchem die Angeklagte die Rückforderung des Sozialamtes überzahlter Sozialhilfeleistungen angefochten habe, ist bereits unzulässig.

Grundsätzlich kann die Ablehnung der Aussetzung nach § 262 Abs. 2 StPO, welche über den Wortlaut hinaus auch auf sozialgerichtliche Verfahren möglich ist

(vgl. HK-StPO-Julius, 4. Aufl., Rn. 1 zu § 262 StPO),

nicht mit Erfolg gerügt werden, weil die Aussetzung im Ermessen des Strafgerichts steht

(§ 262 Abs. 1 StPO).

Maßgebend bei der Ausübung des Ermessens sind Art und Bedeutung der Strafsache, das Gebot der Verfahrensbeschleunigung, die Schwierigkeit der Vorfrage und ihre Bedeutung für das anhängige Verfahren

(vgl. zu allem Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 262, Rn. 17, 11 m. Rspr.-Nachw.).

Die Revisionsbegründung versäumt es jedoch mitzuteilen, in welchem Stadium sich das sozialgerichtliche Verfahren befindet. Die Angeklagte hatte bereits mit Schriftsatz vom 21. Februar 2008 Klage vor dem Schleswig-Holsteinischen Sozialgericht in Schleswig gegen den Rücknahmebescheid der Stadt R. vom 10. April 2007 erhoben. Zur Beantwortung der Frage, ob nach den soeben dargestellten Grundsätzen das Ermessen der Strafkammer hier tatsächlich „auf Null reduziert“ gewesen sein kann, wie die Verteidigung nunmehr meint, wäre es ebenso erforderlich gewesen, in der Revisionsbegründung jenen Verfahrensstand mitzuteilen wie eine Erörterung der Frage notwendig wäre, ob ein möglicherweise anberaumter Verhandlungstermin vor dem Sozialgericht oder eine etwaige Entscheidung den Tatgerichten überhaupt zur Kenntnis gegeben worden waren

Beschl. v. 31.5.2011 – 2 Ss 42/11 (57/11) –

StPO § 267 Abs. 1

25. Anforderungen an Begründung des Rechtsfolgenausspruchs im Berufungsurteil

Das Landgericht hatte die Berufung des Angeklagten gegen ein Urteil des Amtsgerichts, mit dem gegen ihn wegen Körperverletzung eine Freiheitsstrafe verhängt worden war, verworfen. Auf die dagegen angebrachte Revision hob der Senat das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch auf. Aus den Gründen:

Die auf die – ausgeführte – allgemeine Sachrüge gestützte Revision erweist sich in Teilen als – vorläufig – erfolgreich. Dies betrifft die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Rechtsfolgenausspruch. Diese sind unvollständig und ermöglichen dem Senat ihre Überprüfung auf Rechtsfehler nicht.

Grundsätzlich verlangt § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO hinsichtlich der Abfassung der Urteilsgründe eine in sich geschlossene Darstellung der vom erkennenden Gericht zur Urteilsgrundlage gemachten Feststellungen. Die Urteilsgründe müssen klar, geschlossen, erschöpfend und aus sich heraus verständlich sein. Von den Sonderfällen des § 267 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 Satz 1 StPO abgesehen, sind daher auch Verweisungen oder Bezugnahmen auf Feststellungen außerhalb des Urteils unzulässig, sofern dadurch die gebotene eigene Sachdarstellung ersetzt werden soll

(KK-Engelhardt, StPO 6. Aufl., § 267, Rn. 3, mwN).

Diesem Maßstab werden die Feststellungen zum Rechtsfolgenausspruch nicht gerecht.

Revisionsrechtlich bedenklich ist dabei bereits, dass sich das Urteil zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten, die bei der Strafzumessung

(§ 46 Abs. 2 StGB)

eine mitentscheidende Rolle spielen, auf die Feststellung beschränkt, insoweit hätten sich „keine wesentlichen Veränderungen gegenüber den Feststellungen des Amtsgerichts“ ergeben. Abgesehen davon, dass in dieser Formulierung keine ausdrückliche Bezugnahme auf die entsprechenden – genau zu bezeichnenden – Teile des amtsgerichtlichen Urteils liegt, ist es grundsätzlich auch Aufgabe des neuen Tatrichters, die Feststellungen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten selbst zu treffen. Nur dann, wenn ein Berufungsgericht zu identischen Feststellungen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen eines Angeklagten gelangt, kann es – zur Vermeidung rein wiederholender Schreiarbeit – auf entsprechende Passagen des angefochtenen Urteils Bezug nehmen. Dies muss aber klar und eindeutig erfolgen. Formulierungen wie „im Wesentlichen“ werden revisionsrechtlich als mindestens bedenklich, wenn nicht gar unzureichend angesehen

(KK-Engelhardt, aaO, Rn. 5).

Im vorliegenden Fall etwa erschließt sich aus der gewählten Form der Darstellung nicht, worin gegenüber den Feststellungen des Amtsgerichts nunmehr die Veränderungen in den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten liegen und aus welchem Grund das Berufungsgericht diese Veränderungen als „unwesentlich“ angesehen hat.

Entscheidend für die Teilaufhebung des angefochtenen Urteils ist aber, dass dieses Urteil nicht – und zwar weder aus sich heraus noch durch eine Übernahme der amtsgerichtlichen Entscheidung – erkennen lässt, zu welcher Strafe der Angeklagte durch das Amtsgericht verurteilt worden ist und zu der das Berufungsgericht durch die Verwerfung der Berufung offenbar erneut gelangen will. Wenn aber die Höhe der Strafe nicht mitgeteilt wird, erweisen sich alle anschließenden Überlegungen des Gerichts zur Angemessenheit dieser Strafe als nicht überprüfbar.

Diese Überlegungen blieben im Übrigen im vorliegenden Fall auch dann unzureichend, wenn das Urteil mitgeteilt hätte, zu welcher Strafe der Angeklagte verurteilt werden soll. Die sich an die Benennung der anzuwendenden Strafvorschrift und des sich hieraus ergebenden Strafrahmens anschließende Formulierung:

„Die Kammer ist den Erwägungen des Amtsgerichts ebenfalls gefolgt, was die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe angeht“ lässt in ihrer Kürze besorgen, das Berufungsgericht habe seine Aufgabe, eine eigenständige von den Erwägungen der Vorinstanz unabhängige Strafzumessung vorzunehmen, verkannt. Eine Bezugnahme auf Strafzumessungserwägungen eines anderen Richters wird der Bedeutung der Strafzumessung und der Aufgabe des Berufungsgerichts nicht gerecht

(BGH, NSTZ 2000, 441).

Dadurch, dass sich das Berufungsgericht schließlich die „Erwä-

gungen, die das Amtsgericht veranlasst hat, die Strafe zur Bewährung auszusetzen, ebenfalls zu Eigen gemacht“ hat, ist der Angeklagte nicht beschwert.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenauspruch mit den dazugehörigen Feststellungen, die auch die – im Grunde fehlenden – Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten umfassen, aufzuheben. Insoweit ist die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kleine Strafkammer des Landgerichts Flensburg zurückzuverweisen, die eine eigenständige Strafzumessung vorzunehmen und in diesem Zusammenhang die erforderlichen Feststellungen und Überlegungen in den Urteilsgründen darzustellen haben wird.

Beschl. v. 25.5.2011 – 1 Ss 53/11 (81/11) –

StPO § 267 Abs. 5

26. Anforderungen an ein freisprechendes Urteil

Das Amtsgericht hatte die Angeklagte vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Die dagegen gerichtete Berufung der Nebenklägerin hatte das Landgericht verworfen. Der Senat hob auf die Revision der Nebenklägerin das Berufungsurteil mit den zugrunde liegenden Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Dazu führte er u. a. aus:

Es fehlt bereits an einer zusammenfassenden Darstellung des festgestellten Sachverhalts, also der Tatsachen, die das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme für erwiesen erachtet; Tatzeit und -ort sind nicht erkennbar, der Tathergang lässt sich allenfalls in Bruchstücken erschließen. Aus den Gründen ergibt sich auch nicht mit hinreichender Deutlichkeit, weshalb sich das Berufungsgericht nicht mit der erforderlichen Sicherheit die Überzeugung vom Vorliegen einer Straftat der Angeklagten bilden konnte.

Vor diesem Hintergrund hat die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in ihrer an den Senat gerichteten Zuschrift vom 31. Mai 2011 zur Abfassung des angefochtenen Urteils u. a. ausgeführt:

„Das angefochtene Urteil wird den Anforderungen an die Begründungspflicht bei einem freisprechenden Urteil nicht gerecht. Spricht das Tatgericht den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen frei, so muss es in den Urteilsgründen den Anklagevorwurf, die hierzu getroffenen Feststellungen, die wesentlichen Beweisgründe und seine rechtlichen Erwägungen mitteilen

(BGH, Urteil vom 17. Dezember 2008, 1 StR 552/08, zitiert nach Juris).

Ein freisprechendes Urteil muss aus sich heraus verständlich sein und so viele Angaben enthalten, dass dem Revisionsgericht eine sachlich rechtliche Prüfung ermöglicht wird.

Hierbei muss das Tatgericht zunächst diejenigen Tatsachen feststellen, die es für erwiesen erachtet, bevor es in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen weiteren Feststellungen nicht getroffen werden konnten. Dabei hat es vor allem diejenigen Gesichtspunkte zu erörtern, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden

(§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO)

und die entweder festgestellt oder nicht festgestellt werden können

(BGH, Urteil vom 17. März 2005, 5 StR 461/04, zitiert nach Juris).

Gemessen daran kann das landgerichtliche Urteil keinen Bestand haben.

Eines Eingehens auf die Verfahrensrüge bedarf es daher nicht mehr.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 6.6.2011 – 1 Ss 71/11 (108/11) –

StPO §§ 310 Abs. 1, 311 a

27. Ausschluss der weiteren Beschwerde gegen die auf eine Beschwerde hin ergangene Durchsuchungsanordnung/keine Anfechtung der im Nachverfahren ergangenen Beschwerdeentscheidung

Die Staatsanwaltschaft hatte einen auf Beschwerde gegen die den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts ergangene Durchsuchungsanordnung des Landgerichts gegen den Beschuldigten vollstreckt. Die darauf angebrachte, gegen die Durchsuchungsanordnung gerichtete, Beschwerde des Beschuldigten verwarf der Senat als unzulässig. Aus den Gründen:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 17. März 2011 darauf hingewiesen, dass der eingelegte Rechtsbehelf bereits nicht statthaft und mithin als unzulässig zu verwerfen sei. Hierzu hat sie in der o. g. Zuschrift Folgendes ausgeführt:

„Soweit der Beschwerdeführer sich gegen eine vermeintliche Beschlagnahme von Gegenständen wendet, verkennt er, dass weder in dem angefochtenen Beschluss noch im Zuge der Vollstreckung dieses Beschlusses oder im Anschluss daran eine Beschlagnahmeanordnung nach § 98 Abs. 1 StPO ergangen ist. Vielmehr sind Gegenstände lediglich zum Zwecke der Durchsicht

(§ 110 StPO)

mit dem Ziel, ggf. später eine Beschlagnahmeanordnung zu erwirken, sichergestellt worden. Soweit der Beschwerdeführer nunmehr die Herausgabe der sichergestellten Unterlagen begehrt, ist der Senat nicht zur Entscheidung berufen. Vielmehr wird darüber entsprechend § 98 Abs. 2 StPO i. V. m. § 162 Abs. 1 StPO der Amtsrichter gesondert zu befinden haben

(vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 110 Rn. 10).

Wenn sich der Beschwerdeführer demgegenüber gegen die von dem Landgericht erlassene Durchsuchungsanordnung als solche wendet, dann verkennt er, dass diese auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen eine ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts ergangen ist. Dagegen ist ein weiterer Rechtsbehelf – auch soweit der Beschwerdeführer durch den Beschluss des Landgerichts erstmalig beschwert ist

(vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 310 Rn. 1)

– nicht gegeben, da keine der abschließend in § 310 Abs. 1 Nr. 1–3 aufgezählten Maßnahmen betroffen ist.

Auch eine analoge Anwendung des § 310 Abs. 1 StPO auf darin nicht benannte Sachverhalte scheidet aus. Anderes ergibt sich nicht deshalb, weil der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs behauptet. Auch für diese Fälle hat das Gesetz nicht etwa die weitere Beschwerde zugelassen, sondern das Verfahren nach § 311 a StPO vorgesehen. Dem hat die Kammer im Übrigen Genüge getan, indem sie das Vorbringen des Beschwerdeführers als „Gegenvorstellung“ gewürdigt und darauf die angefochtene Entscheidung mit weiterem Beschluss vom 02.03.2011 ergänzt hat. Auch verweist sie zutreffend darauf, dass gem. § 308 Abs. 1 Satz 2 StPO i. V. m. § 33 Abs. 4 Satz 1 StPO in Fällen der hier in Rede stehenden Art es regelmäßig einer vorherigen Anhörung des Beschwerdegegners vor Erlass der Beschwerdeentscheidung wegen einer potentiellen Gefährdung des Untersuchungszweckes nicht bedarf.“

Dem schließt sich der Senat an.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch eine im Nachverfahren nach § 311 a StPO ergangene Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht mit der weiteren Beschwerde angefochten werden kann

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. Mai 1988 – 3 Ws 127188 –, zitiert nach Juris).

Auch ein behaupteter Verfassungsverstoß führt nicht zur Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde nach § 310 StPO. Außer in den Fällen des § 310 Abs. 1 StPO wird durch einen geltend gemachten Verfassungsverstoß keine weitere Beschwerdeinstanz eröffnet. Zur Überprüfung einer nicht mehr anfechtbaren Entscheidung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist ausschließlich das Bundesverfassungsgericht berufen, zu dem der jeweils Betroffene über die Verfassungsbeschwerde gelangen kann

(OLG Düsseldorf NJW 1991, 2434, zitiert nach Juris)

Beschl. v. 30.3.2011 – 2 Ws 124/11 (43/11) –

StPO § 349

28. Nachträgliche Aufhebung einer unanfechtbaren Rechtsmittelentscheidung wegen Nichtablaufs der Rechtsmittelbegründungsfrist

Beschl. v. 29.9.2011 – 2 SsOWi 122/11 (104/11) –
– siehe unter OWiG §§ 79, 80 –

StPO §§ 354 Abs. 1 b, 460, 462

29. Voraussetzungen der Verweisung in das Beschlussverfahren nach Aufhebung des Gesamtstrafenauspruchs im Revisionsrechtszug, Urteilsanforderungen bei Gesamtstrafenbildung

Auf die Revision des Angeklagten gegen die Verwerfung seiner Berufung durch das Landgericht hob der Senat das angefochtene Urteil im Gesamtstrafenausspruch auf und verwies die Sache in diesem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Aus den Gründen:

Danach kann lediglich mangels ausreichender Feststellungen der Ausspruch über die Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe keinen Bestand haben.

Dies ergibt sich daraus, dass das angefochtene Urteil hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten mehrere Verurteilungen feststellt, die zeitlich nach einem Teil bzw. nach allen drei jetzt abgeurteilten Taten des Angeklagten liegen. Im Einzelnen handelt es sich dabei um:

das Urteil des Amtsgerichts vom 25. November 2008 wegen Diebstahls geringwertiger Sachen (Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 15,- €),

das Urteil des Amtsgerichts vom 15. Oktober 2009 wegen Diebstahls geringwertiger Sachen (Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 5,- €) und

das Urteil des Amtsgerichts vom 26. Oktober 2010 wegen unerlaubten Besizes von Betäubungsmitteln (Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 10,- €).

Zu diesen Verurteilungen teilen die Gründe der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht alle für eine mögliche nachträgliche Gesamtstrafenbildung maßgeblichen Umstände mit. So fehlen die Angaben zu Tatzeiten der abgeurteilten Taten, Erledigungsstand der in Betracht kommenden Strafen sowie wesentliche Zumessungsgründe für die Höhe der Einzelstrafen. Derartige Mängel der Darstellung führen, wenn nicht ein Beruhen im Sinne von § 337 StPO ausgeschlossen werden kann, auf die allgemeine Sachrüge zur Aufhebung des entsprechenden Teils der Verurteilung

(Fischer, StGB 58. Aufl., § 55, Rn. 34).

Ein Beruhen der angefochtenen Entscheidung hierauf kann im vorliegenden Fall schon deshalb nicht ausgeschlossen werden, weil im Falle einer möglichen Gesamtstrafenfähigkeit einer der beiden zuerst genannten Verurteilungen eine Zäsurwirkung zwischen den beiden zeitlich früheren jetzt abgeurteilten Taten des Angeklagten und seiner letzten Tat eintreten würde.

Soweit die Staatsanwaltschaft beantragt hat, nach Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe die Sache gemäß § 354 Abs. 1 b StPO in das Beschlussverfahren nach den §§ 460 und 462 StPO zu verweisen, kam dies nicht in Betracht, weil dieser Weg nur bei „Gesetzesverletzung bei Bildung einer Gesamtstrafe“ in Betracht kommt, also sicher feststeht, dass und in welcher Form die vorgenommene Gesamtstrafenbildung unzutreffend war. Im vorliegenden Fall ist aber mangels ausreichender Feststellungen unklar, ob und ggf. in welcher Weise die vorgenommene Gesamtstrafenbildung fehlerhaft war. Dies kann nicht im Beschlusswege geklärt werden. Denn sollte sich bei der vorzunehmenden Prüfung herausstellen, dass das Berufungsgericht zu Recht keine Strafen aus Vorverurteilungen in sein Urteil einbezogen hat, so käme es nicht zu einer neuerlichen Gesamtstrafenbildung und das angefochtene Urteil verbliebe – wegen der Teilaufhebung der Gesamtstrafenbildung durch den Senat – als „Resturteil“ allein mit dem Ausspruch über drei Einzelstrafen bestehen.

Daher war die Sache nach Teilaufhebung in diesem Umfang zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen, die auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben wird.

Beschl. v. 5. 5. 2011 – 1 Ss 44/11 (68/11) –

StPO §§ 356 a, 349 Abs. 2

30. Zur Gehörsrüge bei Verwerfung der Revision durch Beschluss als offensichtlich unbegründet

Das Landgericht hatte die Berufung der Angeklagten gegen ein amtsgerichtliches Urteil, durch das sie wegen Störung öffentlicher Betriebe in Tateinheit mit Nötigung zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt worden war, unter Verwerfung im Übrigen im Rechtsfolgenausspruch dahin geändert, dass gegen die Angeklagte eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen verhängt wurde. Die dagegen angebrachte, mit Verfahrensängeln und der Sachrüge begründete Revision der Angeklagten hatte der Strafsenat verworfen. Auch die darauf von der Angeklagten mit der Begründung, der Senat sei im Rahmen der Prüfung der Sachrüge nicht auf eine in der Revision dargestellte, aus Sicht der Beschwerdeführerin fehlerhafte Behandlung des Verhältnisses von Strafrecht zu dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit durch das Berufungsgericht eingegangen, blieb ohne Erfolg. Der Senat führte dazu aus:

Die gemäß § 356 a StPO statthafte Gehörsrüge ist zulässig, aber unbegründet.

Der Senat hat das rechtliche Gehör der Angeklagten nicht in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Auch wenn der Senat die materiellrechtlichen Ausführungen in der Revisionsbegründung und der Gegenerklärung zu dem Verwertungsantrag der Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich erwähnt hat, hat der Senat dieses Vorbringen gleichwohl zur Kenntnis genommen und in die Erwägungen, die zum Verwerfen der Revision geführt haben, einbezogen. Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt nicht die Pflicht, sich mit jedem Vorbringen in der Begründung der Entscheidung ausdrücklich zu befassen

(vgl. BGH bei Cierniak, NStZ-RR 2009, Seite 38 Nr. 42).

Dies gilt umso mehr bei der Verwerfung einer Revision durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO, die ohnehin grundsätzlich keiner schriftlichen Begründung bedarf

(vgl. Meyer-Göfner, StPO, 54. Aufl., § 349 Rn. 14).

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig hat in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2011 u. a. ausgeführt:

„Wenn die Betroffene demgegenüber meint, der Umstand, dass ihr Revisionsvorbringen ungehört geblieben sei, erschließe sich gleichwohl daraus, dass das Landgericht sich – aus Sicht der Betroffenen fehlerhaft – auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 2001

– 1 BvR 1190/90 – (NJW 2002, S. 1031 ff.)

berufen habe, dann geht dies fehl. Entgegen der Auffassung der Betroffenen verhält sich die vorgenannte Entscheidung nicht nur zu Auswirkungen einer Versammlung auf Dritte nach einer Versammlungsauflösung. Vielmehr setzt sie sich u. a. damit auseinander, dass die Strafgerichte in den der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zugrunde liegenden Fällen die Verurteilungen – ungeachtet der Rechtmäßigkeit der später erfolgten Versammlungsauflösung – jedenfalls auch auf Verhalten der seinerzeitigen Beschwerdeführer gestützt haben, das zeitlich vor der Auflösung lag

(BVerfG aaO S. 1033).

Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus, ein allgemein verbotenes Verhalten werde nicht dadurch rechtmäßig, dass es gemeinsam mit anderen in Form einer Versammlung erfolge. Art. 8 GG schaffe keinen Rechtfertigungsgrund für strafbares Verhalten. Umstände und Zielrichtung einer Versammlung seien vielmehr ggf. (nur) im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB zu prüfen

(BVerfG aaO S. 1034 f.).

Dem hat die Strafkammer genügt. Mithin bedurfte es einer weiteren Auseinandersetzung damit im Revisionsverfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Betroffenen nicht. Ebenso wenig kann die Betroffene einen Gehörsverstoß daraus herleiten, dass der Senat nicht auf das in der Gegenerklärung angesprochene Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2011

– 1 BvR 699/06 – (NJW 2011, S. 1201 ff.)

eingegangen ist. Zwar ist diese Entscheidung erst nach dem angefochtenen Urteil ergangen und konnte von der Strafkammer mithin in den Urteilsgründen nicht berücksichtigt werden. Gleichwohl war der Senat nicht gehalten, sich damit ausdrücklich auseinanderzusetzen, da sich daraus – entgegen der Auffassung der Betroffenen – kein Widerspruch zu den Ausführungen der Strafkammer ergibt. Insbesondere trifft es nicht zu, wenn die Betroffene meint, aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch daraus herleiten zu können, eine Versammlung auf Gleisen der Deutschen Bahn abhalten zu dürfen. Vielmehr eröffnet das Bundesverfassungsgericht ein Zugangsrecht zu Versammlungszwecken lediglich für solche Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs, die der Öffentlichkeit allgemein geöffnet und zugänglich sind. Ausgeschlossen sind dagegen Orte, zu denen der Zugang individuell kontrolliert und nur für einzelne, begrenzte Zwecke gestattet wird

(BVerfG aaO).

Bezogen auf den Frankfurter Flughafen hat das Bundesverfassungsgericht dies dahin präzisiert, dass er Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs sei, soweit es sich um Bereiche handle, die als Orte des Flanierens und des Gesprächs oder als Wege zum Einkaufen und zu Gastronomiebetrieben ausgestaltet seien. Dies gelte indes nicht für den gesamten Flughafen. Eine Berufung

auf die Versammlungsfreiheit für Sicherheitsbereiche, die nicht allgemein zugänglich seien, sei ebenso ausgeschlossen, wie für solche Bereiche, die nur bestimmten Funktionen (z. B. der Gepäckausgabe) dienen

(BVerfG aaO).

Danach lässt sich daraus einen Anspruch auf freien Zugang zu Versammlungszwecken zu dem – der Öffentlichkeit generell verschlossenen – Schienennetz der Deutschen Bahn gerade nichts herleiten, so dass es eines Eingehens auf das vorerwähnte Urteil des Bundesverfassungsgerichts mangels Entscheidungserheblichkeit ersichtlich nicht bedurfte.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 25.7.2011 – 1 Ss 39/11 (65/11) –
vgl. auch Beschl. v. 4.5.2010 – 2 Ss 25/10 (21/10) – SchlHA 2011 Seite 308 Nr. 47 –

StPO §§ 359 Nr. 5, 368

31. Prüfungsmaßstab bei Behauptung neuer Tatsachen; erweiterte Darlegungspflicht bei Benennung bereits in der Hauptverhandlung bekannter Beweismittel

Die sofortige Beschwerde des Verurteilten gegen den Beschluss des Landgerichts, durch den sein Antrag auf Wiederaufnahme des gegen ihn geführten, mit einem Schuld- und Strafausspruch rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens als unzulässig verworfen worden war, verwarf der Senat als unbegründet. Zur Begründung führte er u. a. aus:

1. Gemäß § 368 Abs. 1 StPO reicht es nämlich zur Stellung eines zulässigen Wiederaufnahmeantrages nicht aus, lediglich neue Beweismittel – hier die Benennung neuer Zeugen gemäß § 359 Nr. 5 StPO – beizubringen. Vielmehr müssen – dies hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 27. Mai 2004 näher dargestellt

(2 Ws 146/04 (108/04), SchlHA 2005, 264)

– diese neuen Beweismittel darüber hinaus auch geeignet sein, entweder allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen, die Freisprechung des Angeklagten zu begründen. Als Teil der Prüfung der Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrags ist somit eine hypothetische Schlüssigkeitprüfung durchzuführen; in gewissen Grenzen gehört zu ihr auch eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung, wobei die Grundsätze des § 244 Abs. 3 StPO nicht maßgebend sind und das Gericht auch nicht auf die Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ verwiesen ist. Vielmehr muss das Antragsvorbringen zu dem gesamten Inhalt der Akten und früheren Beweisergebnis im Rahmen des Freibeweises in Beziehung gesetzt werden. Insoweit ist das Wiederaufnahmegericht allerdings an die Beweiswürdigung und an die Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts gebunden, sofern diese denklogisch möglich und nicht offensichtlich unhaltbar sind

(Senat aaO); zur Maßgeblichkeit der Perspektive des erkennenden Gerichts vgl. auch Beschluss des I. Strafsenats des SchlHOLG vom 10. Dezember 2003 – 1 Ws 401/03 (148/03) –, SchlHA 2004, 242).

Hierbei ist der Ast, mit der Benennung von Beweismitteln, welche bei Abschluss des Erkenntnisverfahrens dem erkennenden Gericht nicht bekannt waren und welche deshalb „neu“ im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO sind, aber gleichwohl ihm – dem Ast, und Verurteilten – selbst bekannt waren, nicht präkludiert. Allerdings muss das Wiederaufnahmegericht im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit und Erheblichkeit des Beweisantritts prüfen können, weshalb das Beweismittel erst jetzt benannt worden ist. Insoweit bedarf es aber „gesteigerter“ Darlegungen des Ast.

(Beschluss des I. Strafsenats des SchlHOLG vom 12. Juni 2009 – 1 Ws 41/09 (71/09) –, SchlHA 2010, 233 sowie OLG Stuttgart NSTZ-RR 2003, 210 zu dem Verurteilten schon in der Hauptverhandlung bekannten Beweismitteln; OLG Düsseldorf NSTZ 2004, 454 für die – insoweit ähnliche – Situation des Widerrufs eines früheren Geständnisses, vgl. hierzu bereits OLG Köln NSTZ 1991, 96 ff.).

Auch reicht die Benennung und Unterbeweisstellung des Gegenstands einer bisher als bewiesen erachteten Tatsache für sich nicht aus, wird doch das erkennende Gericht in der Regel mit der Feststellung einer Tatsache denknotwendig deren Gegenteil als nicht vorliegend bedacht haben

(BGH NSTZ 2000, 218).

Auch insoweit bedarf es folglich des Vortrags ergänzender und „neuer“ Tatsachen sowie Beweismittel.

2. Gemessen an diesen Maßstäben ist die Ablehnung des Wiederaufnahmebegehrens bereits als unzulässig durch das Landgericht nicht zu beanstanden (wird weiter ausgeführt).

Beschl. v. 11.4.2011 – 2 Ws 148/11 (45/11) –

vgl. auch Beschl. v. 10.12.2003 – 1 Ws 401/03 (148/03) – in SchlHA 2004 Seite 242 Nr. 39 und v. 12.6.2009 – 1 Ws 41/09 (71/09) – in SchlHA 2010 Seite 233 Nr. 44 –

StPO §§ 397 a Abs. 1 Nr. 1, 395 Abs. 2 Nr. 1

32. Anspruch des Nebenklägers auf Bestellung eines eigenen anwaltlichen Beistands seiner Wahl bei mehreren bereits vertretenen Nebenklägern

Der Vorsitzende der Großen Strafkammer hatte einen Antrag der als Nebenklägerin auftretenden Schwester eines Getöteten, ihr Rechtsanwalt Dr. B. als Beistand in dem gegen die mutmaßlichen Täter anhängigen Strafverfahren beizuordnen, abgelehnt. Zur Begründung hatte die Kammer darauf abgestellt, dass anderen Familienangehörigen bereits Rechtsanwalt Dr. T. und Rechtsanwalt R. als Beistände beigeordnet worden seien, die auch den übrigen Familienangehörigen – neben der Beschwerdeführerin waren ihre Eltern sowie zwei weitere Brüder als Nebenkläger an dem Verfahren beteiligt – beigeordnet werden könnten. Auf Beschwerde der Nebenklägerin hob der Senat den angefochtenen Beschluss auf, ordnete ihr Rechtsanwalt Dr. B. als Beistand bei und führte dazu u. a. aus:

Die als solche statthafte einfache Beschwerde

(§ 304 StPO)

ist zulässig angebracht worden und hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung der Kammer sieht der Senat nämlich keinen durchgreifenden Grund, der Nebenklägerin die Beordnung des von ihr gewünschten Beistands zu versagen.

Gemäß § 397 a Abs. 1 Nr. 1, § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO steht der Nebenklägerin als einer Schwester des Getöteten grundsätzlich ein Anspruch auf Bestellung eines anwaltlichen Beistands zu. Was dessen Auswahl anbelangt, kommt der Bezeichnung eines bestimmten Anwalts als Beistands „seiner Wahl“ bzw. „ihrer Wahl“ durch einen Nebenkläger bzw. eine Nebenklägerin ein bedeutsamer Aspekt zu, wie die Verweisung in § 397 Abs. 3 StPO auf die für die Pflichtverteidigerbestellung geltende Vorschrift des § 142 Abs. 1 StPO zeigt. Gemäß § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO hat der Vorsitzende diesen Anwalt zu bestellen, „wenn dem kein wichtiger Grund entgegen steht.“ Dies ist vorliegend nach Auffassung des Senats nicht der Fall.

Hierbei sieht der Senat wohl, dass angesichts der Größe der Familie des Getöteten und der Zahl der Angeklagten die Bestellung jeweils eines eigenen anwaltlichen Beistands für einen Nebenkläger eine Strafkammer sowohl bei der Terminplanung als auch bei der Termindurchführung vor Herausforderungen stellen kann.

Allerdings ist schon für die Bestellung eines Pflichtverteidigers anerkannt, dass die Versagung der Beordnung eines gewünschten Verteidigers aus „wichtigem Grund“ eine Ausnahme sein muss und die Konkretisierung des Merkmals „wichtiger Grund“ aus der Perspektive einer wirksamen Verteidigung, also aus dem Blickwinkel der dem Angeklagten geschuldeten Fürsorge erfolgen muss. Maßgebend ist letztlich, ob Anlass zu der Besorgnis besteht, dass durch die Beordnung eines bestimmten Verteidigers der Zweck der Pflichtverteidigung, dem Angeklagten einen geeigneten anwaltlichen Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens zu gewährleisten, ernsthaft gefährdet wäre

(BVerfGE 39, 238, 244 ff.; OLG Karlsruhe Anwaltsblatt 1980, 306; OLG Köln NSTZ 1991, 248, 249).

Vor diesem Hintergrund kommen als wichtige Gründe in Betracht eine durch die Bestellung entstehende unzulässige Mehrfachverteidigung

(vgl. § 146 StPO),

Defizite in der Qualifikation des Verteidigers

(vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 30. Juni 1987 – 1 Ws 377/87 –, StV 1987, 478 f.),

die Befürchtung eines groben prozessualen Fehlverhaltens

(OLG Köln aaO),

aber auch die Befürchtung, dass ein Verteidiger wegen räumlicher Entfernung die Hauptverhandlungstermine überwiegend nicht wahrnehmen können wird

(OLG Köln, Beschluss vom 21. September 2010 – 2 Ws 594/10 –, bei Juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Mai 2011 – 2 Ws 97 u. 98/11 –, bei Juris).

Dass nach der Neufassung des § 142 Abs. 1 StPO durch Gesetz

vom 29. Juli 2009 der – nichtbenannte – Verteidiger nicht mehr aus der Zahl der im Gerichtsbezirk zugelassenen Rechtsanwälte auszuwählen ist, lässt diese – verfahrensbezogene – Bedeutung des Umstands der Ortsnähe nicht entfallen

(zutreffend OLG Köln aaO).

Diese Kriterien müssen sinngemäß auch für die Bestellung eines Beistands für den Nebenkläger gelten, wobei die Interessenlage zum Teil von derjenigen bei der Pflichtverteidigung differiert. So sind Interessenkollisionen bei Mehrfachvertretung zwar nicht ausgeschlossen, aber seltener zu befürchten als bei der Pflichtverteidigung. Ebenso ist die örtliche Nähe des Sitzes des Nebenklägervertreters zum Gericht unter dem Aspekt der Wahrnehmbarkeit von Hauptverhandlungsterminen zwar wünschenswert; letztlich können aber – anders als bei notwendiger Verteidigung

(§ 145 StPO)

– Hauptverhandlungstermine auch ohne Nebenklagevertretung durchgeführt werden. Andererseits kommt es auch für die Bestellung eines Beistands für die Nebenklägerin oder den Nebenkläger auf die Perspektive der diesen geschuldeten Fürsorge an, soweit die Beiordnung des von diesen bezeichneten Rechtsanwalts „seiner Wahl“ bzw. „ihrer Wahl“ aus „wichtigem Grund“ abgelehnt werden soll.

Gemessen zunächst an diesen Kriterien ist die Auswahl des anwaltlichen Beistands durch die Nebenklägerin nicht zu beanstanden.

...

Da Zweifel an der persönlichen Qualifikation des ausgewählten anwaltlichen Beistands nicht bestehen und auch Interessenkollisionen nicht erkennbar sind, verbleibt allein der – allgemeine – Aspekt des von jedem Anspruchssteller darzulegenden Rechtsschutzbedürfnisses

(vgl. HK-Kurth, 4. Aufl., Rn. 6 zu § 397 a StPO).

In der Tat kann gefragt werden, ob die Bezeichnung eines bestimmten eigenen anwaltlichen Beistands nicht dann bereits ohne Rechtsschutzbedürfnis erfolgt, wenn nach den Umständen des Falles gegenüber einer sich anbietenden Mehrfachvertretung überhaupt kein Grund für die eigenständige Vertretung mehr erkennbar ist. Allerdings hat für die Frage der Auswahl des Beistands § 397 a Abs. 3 Satz 2 StPO mit § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO eine gegenüber allgemeinen Erwägungen speziellere Regelung getroffen, kann doch danach die Auswahl der Nebenklägerin oder des Nebenklägers nur „aus wichtigem Grund“ abgelehnt werden. Kann es in diesem Rahmen auf die aufgeworfene Frage gleichwohl ankommen, so mag bei entsprechender Konstellation die Nebenklägerin oder der Nebenkläger eine Obliegenheit zur Darlegung der Gründe für die Wahl eines bestimmten anwaltlichen Beistands treffen. Allerdings muss es dabei bleiben, dass auch insoweit eine Ablehnung des frei gewählten Anwalts nur in krassen Ausnahmefällen erfolgen darf. Mit dem Verweis auf § 142 Abs. 1 in § 397 a StPO nicht zu vereinbaren wäre es, wenn von der Nebenklägerin oder dem Nebenkläger eine stringente Rechtfertigung der Wahl eines eigenen Beistandes erwartet würde.

Von daher ist aber auch aus Sicht des Senats nicht erkennbar, dass im konkreten Verfahren der Nebenklägerin eine geradezu missbräuchliche Gestaltung vorgeworfen werden müsste. Vom Beistand eines anderen Nebenklägers war zu vernehmen, dass die Großfamilie, aus der der Getötete stammt, nicht homogen sei und bei der Wahrnehmung der Nebenklägervertretung jedenfalls im Verlaufe des Verfahrens noch Interessengegensätze entstehen könnten. Überdies hat der gewählte Beistand nachvollziehbar dargelegt, auf welche Weise und aus welchen Gründen es zu seiner Mandatierung gekommen ist; eine gewissermaßen willkürliche Vermeidung der naheliegenden Beauftragung eines schon anderweitigen Nebenklägervertreters ist hier nicht zu erkennen. Damit war unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses die begehrte Beiordnung auszusprechen.

Beschl. v. 23. 8. 2011 – 2 Ws 312/11 (111/11) –

StPO § 455

33. *Kein Strafaufschub bei depressiver Erkrankung des Verurteilten*

Der Senat verwarf die sofortige Beschwerde des Verurteilten gegen den Beschluss der Strafvollstreckungskammer, durch den die Aufhebung eines Vollstreckungshaftbefehls und die Aufschiebung der Strafvollstreckung abgelehnt worden war, aus folgenden Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist gem. §§ 458 Abs. 2, 462 Abs. 3, 311 StPO statthaft und in zulässiger Weise angebracht.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 20. Dezember 2011 ausgeführt:

„Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung“ mit dem Ziel, den „Vollstreckungshaftbefehl der Staatsanwaltschaft Itzehoe vom 6. Oktober 2011 aufzuheben“, der Verteidigerin des Verurteilten vom 19. Oktober 2011 ist vom Landgericht auch zu Recht als Einwendung gegen die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde vom 21. September 2011, durch welche dem beantragten Strafaufschub gemäß §§ 455 Abs. 1 bis 3 nicht stattgegeben worden ist, ausgelegt worden. Dass der benannte Antrag erst nach Beginn der Vollstreckung gestellt wurde, steht dem nicht entgegen

(LR-Graalmann-Scheerer, StPO, 26. Auflage, § 458 Rn. 16).

Da es dem Verurteilten ersichtlich allein um die Vollstreckung der Strafe und nicht um den erlassenen Vollstreckungshaftbefehl ging, war der Antrag insoweit auch nur als Einwendung gegen den nicht gewährten Strafaufschub und nicht als – mangels Möglichkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 23, 28 Abs. 1 S.4 EGGVG zu behandelnder –

(Meyer-Goßner, StPO, 54. Auflage, § 457 Rn. 16)

Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungshaftbefehl auszulegen.

Die sofortige Beschwerde ist indes unbegründet.

Ein Strafausstand in Form eines Aufschubes setzt nämlich die – in § 455 Abs. 1 bis 3 StPO jeweils näher bestimmte – Vollzugsuntauglichkeit des Verurteilten voraus

(Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 455 Rn. 1).

Daran fehlt es vorliegend. Aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses ist nämlich davon auszugehen, dass eine etwaige depressive Erkrankung des Verurteilten im Vollzug behandelbar ist und ausreichend behandelt wird und befürchtete Dekompensationen oder Probleme des Verurteilten im Vollzug wegen der genannten Erkrankung nicht aufgetreten oder noch zu erwarten sind.

Anderere Gründe als Vollzugsuntauglichkeit sind für einen Strafausstand gemäß § 455 StPO nicht zu berücksichtigen.

Die den Vollstreckungsaufschub wegen erheblicher Nachteile für die Familie des Verurteilten gem. § 456 StPO ablehnende Entscheidung der Vollstreckungsbehörde vom 8. April 2011 ist von dem Verurteilten nicht angegriffen worden. Es wurden im Weiteren vielmehr allein Anträge auf Strafaufschub nach § 455 StPO gestellt.

Über den hilfsweise gestellten Halbstrafenantrag gem. § 57 StGB ist mangels Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren nicht zu entscheiden, da zunächst die hierzu berufene Strafkammer über den Antrag zu befinden und das Beschwerdegericht erst bei etwaigem Rechtsbehelf gegen dessen Entscheidung seinerseits zur Entscheidung berufen ist.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 23. 12. 2011 – 2 Ws 527/11 (194/11) –

StPO §§ 464 a, 464 b; ZPO §§ 104 Abs. 3, 572 Abs. 3

34. *Die Auslagen für einen nach Beiordnung eines Pflichtverteidigers mandatierten Wahlverteidiger sind grundsätzlich erstattungsfähig, wenn die Beiordnung entgegen § 143 StPO nicht aufgehoben wird.*

Im strafprozessualen Kostenfestsetzungsverfahren ist es wie im zivilprozessualen Kostenfestsetzungsverfahren möglich, auf die sofortige Beschwerde gegen die Versagung einer begehrten Kostenfestsetzung schon dem Grunde nach die Sache zur Entscheidung über die Höhe an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen.

Beschl. v. 20. 1. 2011 – 2 Ws 20/11 (12/11) – mit Gründen veröffentlicht in SchlHA 2011 S. 207 f –

– vgl. auch Beschl. v. 12. 10. 2010 – 1 Ws 535/10 (374/10) – SchlHA 2011 S. 310 f Nr. 53 –

II. Amtliche Veröffentlichungen

Schleswig-Holsteinisches Anwaltsgericht

Vfg. der Präsidentin d. SchlHOLG vom 8. Juni 2012 – 3172
– 43 SH –
(SchIHA 2012 S. 303)

1. Ernannet mit Wirkung zum 13. September 2012 unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtliche Richterin für die Dauer von fünf Jahren zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichts ist Rechtsanwältin *Petra Ahlers* in Kiel.
2. Ernannet mit Wirkung zum 16. September 2012 unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtlicher Richter für die Dauer von fünf Jahren zum Mitglied des Schleswig-Hol-

steinischen Anwaltsgerichts ist Rechtsanwalt und Notar *Karl-Heinz Balzer* in Brunsbüttel.

Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof

Vfg. der Präsidentin SchlHOLG vom 17. Juli 2012 –
3170 – 203 SH –
(SchIHA 2012 S. 303)

Ernannet mit Wirkung zum 13. September 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtlicher Richter zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwalt und Notar *Dr. Paul Harneit* in Kiel.

III. Personalmeldungen

Gerichte

Ernannet: Zum Sozialoberinspektor: *Christoph Sörnsen*, Landgericht Flensburg.

Zur Justizoberinspektorin: *Birte Kruse*, Amtsgericht Husum; *Maria Forker*, Amtsgericht Kiel.

Zum Ersten Justizhauptwachmeister (A 6): Erster Justizhauptwachmeister *Kevin Prox*, Landgericht Itzehoe.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannet: Zum Justizobersekretär: Justizsekretär *Robert Siewa*, Sozialgericht Kiel.

Staatsanwaltschaften

Ernannet: Zum Ersten Justizhauptwachmeister: Justizhauptwachmeister *Benjamin Wrisberg*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Justizoberwachmeister: Justizoberwachmeisteranwärter *René Christoph*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtfrau *Agnes Bade*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Notare

Ernannet: *Carsten Klaper*, Grömitz.

Notaramt erloschen: *Klaus Thoms*, Flensburg.

Die Zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden im Monat Juni/Juli 2012 *Olaf Lenschow*, Krons-
hagen; *Nicole Braune*, Kiel; *Jantje-Kathrin Agena*, Kiel; *Lonny
Achterberg*, Kiel; *Silvia Ribeiro da Cunha*, Hamburg; *Irene Öder*,
Kiel; *Anja Schumacher*, Halstenbek; *Marvin Kewe*, Kiel; *Jan-
Peter Wiepert*, Neuratjensdorf; *Christopher Blumenthal*, Ham-
burg; *Daniel Kreher*, Flensburg; *Martina Rocksien*, Altenholz;
Carsten Hendrik Vollnberg, Kiel; *Konstantin Pistorius*, Ham-
burg; *Florian Töllner*, Kiel; *Mario Schulz*, Hamburg; *Paul Robra*,
Flensburg; *Marco Seegatz*, Rosengarten; *Yvonne Meyer*, Kiel;
Nadine Utke, Husum; *Tobias Findt*, Flensburg; *Sinje Scheltz*,
Kiel; *Wolfgang Pflieger*, Hamburg; *Tilman Maier-Hellbardt*,
Kiel; *Eun-Kyung Lee*, Kiel; *Johanna Kalkreuth*, Kiel; *Marleen
Jonas*, Kiel; *Klaas Fredrik Saße*, Lübeck; *Sonja Welske*,
Flensburg; *Dagmar Anna Goraj*, Hamburg; *Viola Spohn*, Molf-
see; *Sebastian Schwalbach*, Kiel; *Robert Schweckendieck*,
Flensburg; *Pauline Müller*, Kiel; *Thomas Backen*, Pinneberg;
Christian Backhaus, Kiel; *Ebru Elif Topuz-Özkan*, Hanau; *Anna
Partsch*, Kiel; *Jean-Philippe Lucas*, Hamburg; *Sophie Reese*,
Kiel; *Nele Christiansen*, Hamburg; *Gesche Kathrin Blanken*,
Hamburg; *Rebecca Stern*, Hannover; *Anna Karina Rotgeri*,
Kiel; *Sebastian Bongartz*, Kiel; *Natascha Trebes*, Kiel; *Ilknur
Sancur*, Hamburg; *Ann-Christin Egger*, Kiel; *Verena Stoecker*,
Hamburg.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJKE vom 1. August 2012 – II 332/5112 Ea – 1792 –
(SchIHA 2012 S. 303)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Beset-
zung von

- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe,
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Ratzeburg,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter bei dem Sozialgericht Schleswig.
Die Ausschreibung der Stelle der BesGr. R 1 bei dem Sozialgericht Schleswig richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im richterlichen Dienst der Sozialgerichtsbarkeit.
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Die Ausschreibung der Stelle der BesGr. R 1 bei der Staatsanwaltschaft Flensburg richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwaltschaftlichen Dienst.

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.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 unter Angabe der aktuellen Privatanschrift erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 26. Juli 2012 – 5112 Eb – 212 – (SchlHA 2012 S. 304)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Justizamtsrätin oder einen Justizamtsrat (Geschäftsleiterin oder als Geschäftsleiter) bei dem Amtsgericht Oldenburg i.H.

Zu den Aufgaben der Geschäftsleitung gehören die Leitung und Koordinierung folgender Aufgabenbereiche: Personalangelegenheiten, Haushaltsangelegenheiten, Initiierung und Durchführung von Projekten zur Reorganisation von Geschäftsabläufen, Hausverwaltung und Bauangelegenheiten.

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

Wünschenswert sind Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten der Personalverwaltung, des Haushaltsrechts und der Haushaltsabwicklung sowie EDV-Kenntnisse.

Vor Ernennung und endgültiger Bestellung zur Geschäftsleiterin bzw. zum Geschäftsleiter ist gemäß der AV über die Bestellung und Aufgaben der Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften in Schleswig-Holstein – AV d. MJAE v.16.4.2009 – II 34/3010 – 79aSH – (SchlHA 2009 S.142) – eine Bestellung zur kommissarischen Geschäftsleiterin bzw. zum kommissarischen Geschäftsleiter für zwölf bis höchstens vierundzwanzig Monate zur Erprobung vorgesehen. Die Erprobungszeit kann abgekürzt werden, soll aber eine Mindestzeit von sechs Monaten nicht unterschreiten.

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen werden erbeten bis zum **30. September 2012**. Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 26. Juli 2012 – 5112 Ed – 100 – (SchlHA 2012 S. 304)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die Besetzung von

1 Funktionsstelle in der Justizverwaltung bei dem Amtsgericht Reinbek für eine Beamtin oder einen Beamten des Justizwachtmeisterdienstes zur Qualifizierung für ein Amt der Besoldungsgruppe A 7 der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt gemäß § 15 JWLA VO vom 29.3.2012 – GVOBl. SH. 2012 S. 437.

Der Aufgabenbereich umfasst Aufgaben der örtlichen IT-Stelle nach Abschnitt II der „Dienstanweisung für die IT-Stellen der ordentlichen Gerichtsbarkeit – IT-Stellen-AV“ vom 10.12.2001 – II 142/1510 E – 90 SH – 5 SH – (SchlHA 2002 S. 108) und der Leistungsbeschreibung der Anlage 1 zu dieser Dienstanweisung sowie Justizverwaltungsangelegenheiten nach Nr. 1.23 der „AV über die Aufgaben der

Beamtinnen/Beamten, der Justizfachangestellten und der Justizangestellten des mittleren Justizdienstes bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften“ in der Fassung vom 10.3.2008 – II 343/2326-31aSH (SchlHA 2008 S. 119) mit Arbeitskraftanteilen von jeweils 50 %.

Die Funktionsstelle soll ab dem 1. Oktober 2012 bei dem Amtsgericht Reinbek besetzt werden.

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen sind bis zum **15. September 2012** auf dem Dienstwege einzureichen und mir mit einer Anlassbeurteilung und einer Stellungnahme des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 31. Juli 2012 – 5112 Ed – 101 – (SchlHA 2012 S. 304)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die Besetzung von

1 Funktionsstelle in der Justizverwaltung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht für eine Beamtin oder einen Beamten des Justizwachtmeisterdienstes zur Qualifizierung für ein Amt der Besoldungsgruppe A 7 der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt gemäß § 15 JWLA VO vom 29.3.2012 – GVOBl. SH. 2012 S. 437.

Der Aufgabenbereich umfasst folgende Aufgaben:

1. Entscheidungen über den Einsatz der Mobilien Einsatzgruppe im Justizwachtmeisterdienst (MEG) gem. Erl. des MJAE vom 28.10.2002 – II 421/5330 E – 96 SH – und die Leitung der MEG,
2. Sicherheitsberatung im Sicherheitsmanagement der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit,
3. sowie Justizverwaltungsangelegenheiten nach Nr. 1.23 der „AV über die Aufgaben der Beamtinnen/Beamten, der Justizfachangestellten und der Justizangestellten des mittleren Justizdienstes bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften“ in der Fassung vom 10.03.2008 – II 343/2326-31aSH (SchlHA 2008 S. 119).

Die Funktionsstelle soll ab dem 1. Oktober 2012 bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht besetzt werden.

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen sind bis zum **15. September 2012** auf dem Dienstwege einzureichen und mir mit einer Anlassbeurteilung und einer Stellungnahme des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Nach §§ 3 Abs. 1, 4 der AVNot d. MJAE vom 21. August 2006 – II 164/3830 – 95 SH – (SchIHA 2006 S. 307), geändert durch AV d. MJGI vom 18.3.2011 (SchIHA 2011 S. 136) besteht in folgenden Amtsgerichtsbezirken ein Bedürfnis zur Bestellung von weiteren Notarinnen und Notaren:

Elmshorn	1 Notarstelle
Flensburg	3 Notarstellen
Husum	7 Notarstellen
Kiel	3 Notarstellen
Meldorf	9 Notarstellen
Niebüll	7 Notarstellen
Norderstedt	2 Notarstellen

Pinneberg	2 Notarstellen
Plön	3 Notarstellen
Reinbek	5 Notarstellen
Schwarzenbek	1 Notarstelle
Gesamt:	43 Notarstellen

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die die Voraussetzungen der oben angegebenen Allgemeinen Verfügung (§ 5) erfüllen, können sich um eine der ausgeschriebenen Notarstellen bewerben. Die Bewerbung ist spätestens am **28. September 2012** bei dem Präsidenten des für den in Aussicht genommenen Amtssitz zuständigen Landgerichts einzureichen. Für die Bewerbung sollen die bei dem zuständigen Landgericht erhältlichlichen Vordrucke verwendet werden (vgl. § 8 AVNot). Diese können auch im Internet unter www.schleswig-holstein.de/OLG herunter geladen werden.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 133, 157; II. BV § 27; MHRG § 4; BetrKV § 2

Auch in einem Gewerberaummietverhältnis bedarf die Umlage von Betriebskosten auf den Mieter einer inhaltlich bestimmten und eindeutigen Vereinbarung, wobei Unklarheiten zu Lasten des Vermieters gehen.

SchIHOLOG, 4. Zivilsenat, Urteil vom 10. Februar 2012 – 4 U 7/11 –, Ha.

Die klagende Vermieterin begehrt von der beklagten Mieterin für das Jahr 2009 die Bezahlung von Grundsteuer, Sturmschadenversicherung und Haftpflichtversicherung aus ihrer Nebenkostenabrechnung vom 12. Januar 2010. Die Parteien sind durch ein Gewerberaummietverhältnis ... verbunden, in dem die Bekl. einen Supermarkt betreibt. In dem zwischen den Parteien geltenden Mietvertrag ... heißt es u.a.:

„ 6. Nebenkosten

- 6.1 Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen, trägt die Mieterin und führt sie direkt ab. Es sind dies insbesondere
- Stromkosten
 - Heizungskosten einschließlich Wartung
 - Wasserversorgung
 - Müllabfuhr
 - Straßenreinigung
 - Entwässerung
 - Gartenpflege
 - Schornsteinreinigung
 - Hausmeister
 - Räum-, Streu- und Sicherungspflicht sowie deren Kosten
 - Wartungskosten für Feuerlöscher und Sicherheitsbeleuchtung (sofern diese erforderlich wird) und die sonstige Haustechnik.

Die Mieterin schließt eine Betriebshaftpflichtversicherung auf eigene Rechnung ab. Der Abschluss ist der Vermieterin nachzuweisen...

Die Bekl. beglich die Nebenkostenabrechnung der Kl.in vom 12. Januar 2010 für das Jahr 2009 bis auf einen Betrag von 8867,06 €, der für ... gezahlte Grundsteuer zzgl. 19 % Mehrwertsteuer, Sturmschadenversicherung und Haftpflichtversicherung verlangt wird. Für diese Positionen werden Betriebskosten gegenüber der Bekl. erstmals mit der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2009 geltend gemacht. Das Landgericht hat die Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 4099,40 € verurteilt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die zulässige Klage habe zum Teil Erfolg. Der Kl.in stehe gegen die Bekl. ein Zahlungsanspruch in Höhe von 4099,40 € für die Kosten der Sturmschaden- und Feuerversicherung zu. Zwar sei diese Position unter den Nebenkosten in Ziffer 6.1 des Mietvertrages nicht ausdrücklich erwähnt. Die Aufzählung in Ziffer 6.1 des Mietvertrages sei jedoch nicht abschließend, wie sich aus der Formulierung „insbesondere“ ergebe. Die Sturmschaden- und Feuerversicherung sei eine Nebenabgabe, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhänge. Zum einen sei das Feuerrisiko durch den Betrieb des Marktes deutlich erhöht, zum anderen sei eine Sturmschaden- und Feuerversicherung auch im Interesse der Bekl., um im Falle eines Sturm- oder Feuerschadens die Fortführung des Betriebes durch eine schnelle Reparatur zu gewährleisten. Soweit die Kl.in darüber hinaus Grundsteuer und die Kosten für eine Haftpflichtversicherung verlange, stehe ihr kein Anspruch zu. Eine eventuelle Haftpflichtversicherung, soweit sie mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhänge, sei auf Seiten der Kl.in nicht erforderlich, da ausweislich des Mietvertrages die Bekl. selbst für den Abschluss einer Betriebshaftpflicht zu sorgen habe und dieser Verpflichtung auch nachgekommen sei. Bei der Grundsteuer handle es sich um Kosten, die ebenfalls nicht mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen. Hiergegen wendet sich die Bekl., während die Kl.in mit der Anschlussberufung ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Berufung wie Anschlussberufung blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen

Die nach den §§ 511 ff. ZPO statthafte und zulässige Berufung der Bekl. hat Erfolg, während die Kl.in mit ihrer nach § 524 Abs. 1

ZPO zulässigen Anschlussberufung abzuweisen war. Die Klage war hiernach unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung abzuweisen.

Die Kl.in kann von der Bekl. nicht nach Ziffer 6.1 des Mietvertrages vom 24./28. November 1978 die Zahlung der in ihrer Nebenkostenabrechnung vom 12. Januar 2010 ausgewiesenen Beträge für Grundsteuer (zzgl. 19 % Mehrwertsteuer), Sturmschadenversicherung und Haftpflichtversicherung verlangen.

Nach der gemäß den §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung von Ziffer 6.1 des Mietvertrages haben die Mietvertragsparteien die Übernahme der für Grundsteuer, Sturmschadenversicherung und Haftpflichtversicherung entstehenden Kosten durch die Bekl. nicht vereinbart, die mietvertragliche Formulierung

Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen, trägt die Mieterin und führt sie direkt ab. Es sind dies insbesondere ...

begründet eine entsprechende Verpflichtung der Bekl. nicht.

Auch in einem Gewerberaummietverhältnis bedarf die Umlage von – nach dem allgemeinen Grundsatz vom Vermieter zu tragenden – (Betriebs-)Kosten auf den Mieter einer inhaltlich bestimmten und eindeutigen Vereinbarung, wobei Unklarheiten zu Lasten des Vermieters gehen; für den Mieter muss sich aus der Vereinbarung ergeben, welche Betriebskostenarten er zu tragen hat, um sich ein jedenfalls grobes Bild von den auf ihn zukommenden zusätzlichen Kosten zu machen

(BGH NZM 2005, 863 f, iuris Rn. 28 f.: „Kosten für den Betrieb“ nicht hinreichend bestimmt; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 556 BGB, Rn. 35 ff.).

Die hiernach erforderliche hinreichende Bestimmtheit fehlt im Hinblick auf die streitgegenständlichen Positionen, die in der Aufzählung nach „insbesondere“ nicht genannt werden.

Auch liegt in der Formulierung in Ziffer 6.1 MV „Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen, insbesondere ...“ entgegen der von der Kl.in unter Hinweis auf die Entscheidung KG NZM 2008, 128 f

(„Bewirtschaftungs- und sonstige Verbrauchsabgaben“ in einem GewerberaummietV = „Betriebskosten“ i.S.d. der Anlage 3 zu § 27 II BV; a.A. Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummieta, 2. Aufl. 2008, Kap. 11, Rn. 43 „zu weitgehend“; einschränkend „nur Verbrauchsabgaben“ Schmidt-Futterer-Langenberg, § 556, Rn. 36)

vertretene Auffassung eine zulässige Bezugnahme auf den bei Abschluss des Mietvertrages (1978) geltenden Katalog der Anlage 3 Nr. 1–16 zu § 27 der II. BV, der die streitgegenständlichen Betriebskostenarten beinhaltet, nicht.

Nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann allerdings die Umlage der Nebenkosten in Formularverträgen durch eine hinreichend konkrete Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 der II. BV vereinbart werden

(BGH NZM 2007, 769 und NZM 2006, 534: Fassung des bei Vereinbarung gültigen Kataloges der Betriebskosten; Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummieta, 2. Aufl. 2008, Kap. 11 Rn. 49).

Bei Abschluss des Gewerbemietvertrages im November 1978, der hinsichtlich der Nebenkosten durch die Nachträge nicht geändert worden ist, galten (für preisgebundenen Wohnraum) § 4 MHRG sowie § 27 der II. Berechnungsverordnung

(nebst der dazugehörigen Anlage 3, BGBl. 1975 I, S. 569, 592).

Hiernach (Legaldefinition des § 27 der II. BV) waren Betriebskosten

insbesondere die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder des Grundstücks laufend entstehen, es sei denn, dass sie üblicherweise vom Mieter außerhalb der Miete unmittelbar getragen werden.

In Ziffer 6.1 des Mietvertrages wird aber auf den Katalog der Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung nicht in hinreichend bestimmter Weise Bezug genommen. Dort fehlt ein konkreter Hinweis auf den Katalog oder den Betriebskostenbegriff in § 27 der II. BV. Auch wird die Legaldefinition des § 27 der II. BV zu den Betriebskosten nicht wiederholt, sondern hiervon abweichend ohne Hinweis auf dem Eigentümer durch das Eigentum entstehende Kosten abgestellt auf „Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen.“ Gegen eine von den damaligen Vertragsparteien gewollte Überwälzung der (unabhängig vom Betrieb des Mietgegenstandes anfallenden) Grundsteuer und der Versicherungsprämie für die Sturmschadens- und Haftpflichtversicherung spricht ferner, dass die Mieterin die „Nebenabgaben und Kosten“ nach Ziffer 6.1 des Mietvertrages „direkt abführen“ soll, was angesichts der regelmäßigen Belastung des Eigentümers mit Grundsteuer und der Prämie für die Gebäudeversicherung insoweit nicht passt.

Der Annahme einer von den Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrages gewollten Bezugnahme auf den Katalog widerspricht auch, dass in Ziffer 6.1 unter „insbesondere“ Kosten aufgeführt werden, die nicht Gegenstand des Katalogs der Nr. 1–15 der Anlage 3 waren, etwa „Räum-, Streu- und Sicherungspflicht sowie deren Kosten“ und „Wartungskosten für Feuerlöscher ... und die sonstige Haustechnik.“ Schließlich spricht gegen das von der Kl.in vertretene Verständnis von Ziffer 6.1 des Mietvertrages die jahrzehntelange (1978–2008) Praxis der Mietvertragsparteien, wonach die Grundsteuer, die Gebäudeversicherungs- und Gebäudehaftpflichtversicherungsprämien gegenüber der beklagten Mieterin nicht mit den Nebenkostenabrechnungen geltend gemacht worden sind. Auch insoweit besteht eine Vergleichbarkeit zu dem vom Kammergericht beurteilten Sachverhalt

(NZM 2008, 128 f)

nicht.

BGB §§ 280 I, 312d IV Nr. 6; KWG § 23a I 2

- 1. Zu einer anleger- und objektgerechten Beratung gehört bei Zertifikaten grundsätzlich auch die Aufklärung über das sog. allgemeine Emittentenrisiko. Eine solche Pflicht besteht jedoch dann nicht, wenn dem Anleger dieses Risiko aus seinem bisherigen Anlageverhalten geläufig war.**
- 2. Neben dem Hinweis auf das Emittentenrisiko kommt bei Zertifikaten der Warnung vor dem Fehlen einer Einlagensicherung keine eigenständige Bedeutung zu. Weiß der Kunde um die Möglichkeit eines Totalverlustes, kann er nicht gleichzeitig auf das Eingreifen einer Einlagensicherung vertrauen. Anderes gilt nur, wenn der Kunde für die beratende Bank erkennbar ein besonderes Interesse an der Nominalsicherheit der Geldanlage hat.**
- 3. Die Bank genügt ihrer Pflicht nach § 23a Abs. 1 S. 2 KWG i. d. F. vom 1.8.1998 bereits dann, wenn die Information über die Sicherungseinrichtung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und sie den Kunden hierauf vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung gesondert hinweist.**
- 4. Eine Bank ist im Rahmen der Anlageberatung nicht verpflichtet, ihre Handelsspanne bei Eigengeschäften offenzulegen.**

5. Bei Zertifikaten ist ein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen.

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 27. Januar 2012 – 5 U 70/11 –, Rô.

Die Kl.in nimmt die Bekl. aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der inzwischen insolventen L. Co. B.V. in Anspruch Zug um Zug gegen Rückübertragung der erworbenen Wertpapiere.

Der Ehemann der Kl.in, der Zeuge H., erwarb Anfang Februar 2007 im Verlauf eines Telefonats mit einem Mitarbeiter der Rechtsvorgängerin der Bekl., der X.-Bank AG (nachfolgend: Bekl.), dem Zeugen S., 30 Stück Lehman Brothers Global Champion Zertifikate zu einem Gesamtkaufpreis von 30000,00 €. Der genaue Inhalt des Gespräches ist zwischen den Parteien streitig. Die Zertifikate hatte die Bekl. von der Emittentin zu einem unter dem Nennwert liegenden Preis erworben und sodann aus dem Eigenbestand an den Zeugen H. veräußert.

Bei dem L. Zertifikat handelt es sich um eine Schuldverschreibung, die als Bonuszertifikat ausgestaltet ist. Fälligkeit und Bonuszahlung richten sich nach der Entwicklung der drei Aktienindizes Dow Jones EURO STOXX 50, des Standard & Poor's 500 und des Nikkei 225. Am Ende eines jeden von drei Beobachtungszeiträumen erhält der Anleger einen Bonus in Höhe von 8,75 % des Nennbetrages des Zertifikats, sofern keiner der zugrunde liegenden Basiswerte seine Kursschwelle berührt oder unterschritten hat. Die Kursschwelle wird bei Emission fixiert und beträgt für jeden Basiswert 60 % seines Schlusskurses am Festlegungstag. Berührt oder unterschreitet einer der drei genannten Indizes seine Barriere, entfällt von da an die Bonuszahlung und die Rückzahlung richtet sich nach der Wertentwicklung des Index, der seine Kursschwelle während der Laufzeit am tiefsten unterschritten hat.

Die Kl.in hat behauptet, die Bekl. habe weder anleger- noch anlegergerecht beraten. Sie beansprucht im Wege des Schadensersatzes von der Bekl. Zahlung von 30000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4% p.a. vom 15.2.2007 bis zum 17.10.2009 und von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 18.10.2009, abzüglich am 13.5.2008 gezahlter 2625,00 €, Zug um Zug gegen Übertragung von 30 Stück Lehman Brothers Treas. Co. B.V. Global Champion ZT07(13.5.10).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Kl.in Beratungsfehler der Bekl. nicht zu beweisen vermocht habe. Die Berufung der Kl.in blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen

Die Berufung hat gemäß § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Der Senat hat bereits mit Beschluss vom 4. Januar 2012 auf Folgendes hingewiesen:

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Kl.in gegen die Bekl., der sich vorliegend nur aus §§ 280 Abs. 1, 398 BGB im Zusammenhang mit einem zwischen dem Zeugen H. und der Bekl. geschlossenen Beratungsvertrag ergeben kann, liegen nicht vor.

1. Zwischen dem Zeugen H. und der Bekl. als Rechtsnachfolgerin der X.-Bank AG ist entsprechend den Grundsätzen zum schlüssigen Zustandekommen eines Beratungsvertrages bei Anlagegeschäften ein Beratungsvertrag zustande gekommen.

Im Rahmen eines solchen Beratungsvertrages obliegt dem Anlageberater eine umfassende Informationspflicht. Er hat dem Anleger all diejenigen Informationen zu liefern, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Die erteilten Informationen müssen wahrheitsgemäß und sorgfältig, insbesondere richtig und vollständig sein. Darüber hinaus ist der Anlageberater verpflichtet, die ihm vom Anleger gegebenen Informationen und Unterlagen unter Berücksichtigung der Anlageziele und der Risikobereitschaft des Anlegers fachkundig zu bewerten und zu beurteilen. Bei der Anlageberatung sind zum einen personenbezogene und zum anderen objektbezogene Kriterien zu beachten. Zu den Umständen in der Person des Anlegers gehören insbesondere dessen Wissensstand über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft. Zu berücksichtigen ist vor allem, ob es sich bei dem Kunden um einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen handelt und welches Anlageziel der Kunde verfolgt. Sind diese Umstände nicht bekannt, müssen Informationsstand und Anlageziel des Kunden erfragt werden. Dabei ist insbesondere festzustellen, ob das beabsichtigte Anlagegeschäft der sicheren Geldanlage dienen oder spekulativen Charakter haben soll.

In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Dabei ist zwischen den allgemeinen Risiken wie Konjunktur, Inflation, Entwicklung des Marktes und

den speziellen Risiken zu unterscheiden, die sich aus den individuellen Gegebenheiten des Anlageobjekts ergeben, insbesondere Kurs-, Zins- und Währungsrisiko bei Wertpapieren oder Objektrisiken bei Immobilien

(zu Inhalt und Umfang pflichtgemäßer Beratung vgl. BGHZ 123, 126, 128 ff.).

Darlegungs- und beweispflichtig für eine daran gemessene Falschberatung ist vollumfänglich die Kl.in. Soweit es um eine unterbliebene Belehrung und damit negative Tatsachen geht, obliegt es zwar im Rahmen der sekundären Darlegungslast der Bekl., eine erfolgte Beratung nach ihrem Inhalt und den näheren Umständen darzutun. Diese unter Beweisantritt zu widerlegen, ist dann aber wieder Sache der Kl.in.

Bei Zugrundelegung und Beachtung dieser Kriterien vermag der Senat vorliegend eine Pflichtverletzung der Bekl. nicht zu erkennen.

a) Dass der Kauf der Zertifikate nicht anlegergerecht war, lässt sich nicht feststellen. Die Kl.in hat nicht darzulegen vermocht, dass das streitgegenständliche Zertifikat, ein auf drei große, anerkannte Aktienindizes bezogenes Bonuszertifikat mit 60%igem Barrierepuffer und breiter Risikostreuung, das in der Rechtsprechung als moderat risikobehaftet und auch als Beimischung für eher konservativ geführte Portfolios grundsätzlich geeignet angesehen wird, sich nicht zum Anlageprofil des Zeugen H. fügen würde.

Wie das Landgericht mit tatbestandlicher Wirkung festgestellt hat, handelte es sich bei dem Zeugen H. im Jahr 2007 um einen erfahrenen Anleger, der Gelder selbstständig in Wertpapieren anlegte. Dafür informierte er sich selbstständig bei verschiedenen Internetportalen und erwarb dann die Wertpapiere online über das Portal der X-Bank AG. Auch hatte der Zeuge vor Zeichnung der hier streitgegenständlichen Anlage bereits Erfahrungen mit Zertifikaten in Form sog. Hebelzertifikate. An diese Feststellungen ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 ZPO gebunden. Die etwaige Unrichtigkeit der Feststellungen kann nur in einem Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO erhoben werden. Einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat die Kl.in nicht gestellt.

b) Die Beratung erfolgte auch anlegergerecht.

aa) Das Landgericht ist auf Grundlage der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kl.in nicht zu beweisen vermocht hat, dass die Bekl. dem Zeugen H das Kapitalverlustrisiko verschwiegen und dahingehend falsch beraten habe, dass allenfalls die Zinsen unsicher seien. Hieran ist der Senat gebunden. Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Hieraus ist allerdings nicht zu folgern, dass die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt wäre, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt. Denn aus den Gesetzgebungsmaterialien folgt, dass die Bindung des Berufungsgerichts an erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen (nur) auf solche Tatsachen beschränkt sein sollte, welche die erste Instanz bereits vollständig und überzeugend getroffen hat. Danach sind auch verfahrensfehlerfrei getroffene Entscheidungen nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind. Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinne ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte wollte der Gesetzgeber ausschließen. Konkrete Anhaltspunkte können sich aus gerichtsbekannten Tatsachen, aus dem Vortrag der Parteien oder aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben, aber auch aus Fehlern, die dem erstinstanzlichen Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen können sich deshalb

auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz

(vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2005 – VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit der vom Landgericht getroffenen Feststellung.

Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit hinreichender Gewissheit davon ausgegangen werden kann, dass der Zeuge S. dem Zeugen H. eine „Kapitalgarantie“ zugesagt hat (... wird weiter ausgeführt).

Das Ergebnis der Beweisaufnahme führt daher allenfalls zu einem non-liquet, welches zu Lasten der darlegungs- und beweisbelasteten Kl.in geht.

bb) Die Bekl. war aus dem Beratungsvertrag nicht verpflichtet, den Zeugen H. darüber aufzuklären, dass die Rückzahlung des angelegten Kapitals von der Bonität der Emittentin abhängig war. Zwar gehört nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer anleger- und objektgerechten Beratung grundsätzlich auch die vollständige Risikodarstellung der Anlageform des Zertifikats und damit eine Aufklärung über das sog. allgemeine Emittentenrisiko

(BGH Urteile vom 27.9.2011, Az. XI ZR 182/10 und Az. XI ZR 178/10, bei Juris).

Eine solche Pflicht besteht aber dann nicht, wenn dem Anleger dieses Risiko aus seinem bisherigen Anlageverhalten geläufig war

(BGH Urteil vom 27.9.2011, Az. XI ZR 178/10).

Der Zeuge H. hat im Rahmen seiner Vernehmung eingeräumt, zuvor bereits häufiger (Hebel-) Zertifikate und Derivate erworben zu haben, darunter u.a. ein sog. P³-Produkt bei der Bekl. bzw. deren Rechtsvorgängerin, über das er auch aufgeklärt wurde. Hat aber der Anleger durch sein früheres Anlageverhalten bereits Erfahrungen mit Zertifikaten und Derivaten gesammelt, wäre der Hinweis der beratenden Bank auf das allgemeine Emittentenrisiko ein bloßer Formalismus. Ein Informationsgewinn für den Anleger wäre damit nicht verbunden. Die Bekl. durfte daher nach den Umständen davon ausgehen, dass dem Zeugen H. das grundsätzlich bei Anlagen dieser Art bestehende Emittentenrisiko bekannt war. Entsprechend hat sich der Zeuge S. geäußert. Es sei ihm und dem Zeugen H. klar gewesen, dass theoretisch ein Insolvenzrisiko bestand, allerdings hätten sie mit einer Verwirklichung nicht gerechnet.

cc) Die Bekl. musste entgegen der klägerischen Auffassung bei Erwerb der Zertifikate nicht gesondert darauf hinweisen, dass die Zertifikate als Inhaberschuldverschreibungen nicht dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (ESAEG) unterfallen.

Eine ordnungsgemäße Beratung hat sich auf diejenigen Eigenschaften und Risiken einer Anlage zu beziehen, die für die Anlageentscheidung wesentlich sind oder sein können. Neben einem Hinweis auf das Emittentenrisiko aber kommt der Warnung vor dem Fehlen einer Einlagensicherung keine eigenständige Bedeutung zu

(OLG Celle, Beschluss vom 11.1.2011).

In einem solchen Fall ist es für den Anleger unerheblich, ob er das eingesetzte Kapital wegen der Zahlungsunfähigkeit der Emittentin verliert oder weil dieses Risiko nicht zusätzlich durch Einlagensicherungssysteme gedeckt ist. Weiß der Kunde um die Möglichkeit eines Totalverlustes, kann er nicht gleichzeitig auf das Eingreifen einer Einlagensicherung vertrauen

(BGH Urteil vom 27.9.2011, Az. XI ZR 182/10).

Ein anderes vermöchte allenfalls dann in Anlehnung an BGH WM 2009, 1467 ff. zu gelten, wenn der Kunde für die beratende Bank erkennbar ein besonderes Interesse an der Nominalsicherheit der Geldanlage hat. Dies aber ist für den vorliegenden Fall nicht festzustellen.

Dessen ungeachtet liegen dem Depotvertrag unstreitig die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. zugrunde, in denen diese in Ziff. 20 Abs. 2 ausdrücklich darauf hinweist, dass Forderungen nicht geschützt sind, über die die Bank Inhaberpapiere wie z.B. Inhaberschuldverschreibungen und

Inhabereinlagenzertifikate ausgestellt hat. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt eine Bank ihrer Pflicht nach § 23a Abs. 1 S. 2 KWG i. d. F. vom 1.8.1998, einen Kunden schriftlich in leicht verständlicher Form über die Sicherungseinrichtung zu informieren, bereits dann, wenn die Information – wie vorliegend – in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und sie den Kunden hierauf vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung gesondert hinweist

(vgl. BGH NJW 2009, 3429, 3431 f.; OLG Frankfurt Urteil vom 12. Februar 2010 – 2-21 O 271/09).

dd) Das Landgericht hat auch zu Recht angenommen, dass die Bekl. nicht verpflichtet war, ihre Handelsspanne offenzulegen.

Zwar muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter bestimmten Umständen über die Existenz und Höhe von Innenprovisionen sowie Rückvergütungen aufgeklärt werden

(BGH Urteil 27.9.2011, Az. XI ZR 182/10 aaO, mwN).

Unter Innenprovisionen in diesem Sinne sind aber nur nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen zu verstehen, die in Anschaffungs- und Herstellungskosten eines Kaufobjektes enthalten sind, nicht aber die hier in Rede stehenden Verkaufsrabatte

(BGH aaO).

Ebenso wenig handelt es sich um aufklärungsbedürftige Rückvergütungen. Denn diese setzen ein Dreipersonenverhältnis voraus, an dem es bei einem Festpreisgeschäft in Form eines Eigengeschäftes fehlt

(BGH Urteil vom 27.9.2011, Az. XI ZR 178/10, aaO).

Für eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zu aufklärungspflichtigen Rückvergütungen auf den Wertpapiererwerb im Wege des Eigengeschäfts fehlt es an einem vergleichbaren Interessenkonflikt, wie er bei Innenprovisionen und Rückvergütungen besteht

(BGH Urteil vom 27.9.2011, Az. XI ZR 178/10 aaO).

ee) Es ist nicht von Belang, dass – wie die Kl.in geltend macht – dem Zeugen H. nicht bekannt war, dass der Erwerb der Zertifikate im Wege eines Eigengeschäfts der Bekl. erfolgte. Entgegen den von der Berufungsbegründung angeführten Entscheidungen des OLG Köln

(Urteil vom 4.5.2011, Az. 13 U 165/10)

und des OLG Frankfurt a.M.

(Urteil vom 29.6.2011, Az. 17 U 12/11)

lehnt der Bundesgerichtshof eine entsprechende Aufklärungspflicht der beratenden Bank ab, weil schützenswerte Interessen des Anlegers dadurch nicht verletzt werden

(vgl. BGH Urteile vom 27.9.2011, Az. XI ZR 178/10 und Az. XI ZR 182/10, aaO).

Die Berufung vermag demgegenüber nicht aufzuzeigen, welche schützenswerten Interessen des Zeugen H. betroffen sind und warum – wie die Kl.in geltend macht – er von dem Geschäft Abstand genommen hätte, wenn er von einem Eigengeschäft gewusst hätte.

ff) Entgegen der Auffassung der Berufung bedurfte es auch keines besonderen Hinweises auf den „Wettcharakter“ des Zertifikats. Der Zeuge H. hat ausgesagt, dass der Zeuge S. ihm die Funktionsweise des Zertifikats mit seinen Barrieren erläutert habe und ihm die Produktbeschreibung einleuchtend erschien. Für den Zeugen war mithin das spekulative Element der Anlage erkennbar. Dass bei einem derart strukturierten Produkt die Erwartungen der Emittentin und die des Anlegers gegenläufig sind, ist für jeden Anleger offensichtlich. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände, wie beispielsweise einer bewusst zum Nachteil des Kunden gestalteten Risikostruktur, für die vorliegend keine Anhaltspunkte bestehen, bedarf es keiner besonderen Aufklärung der Bank

(BGH Urteile vom 27.9.2011, Az. XI ZR 178/10 und Az. XI ZR 182/10 aaO).

gg) Die Bekl. war auch nicht verpflichtet, den Zeugen H. über die Preisbildung des Zertifikats aufzuklären. Denn der Zeuge hatte bereits Erfahrungen mit Zertifikaten gesammelt und war sich deren Besonderheiten und ihrer Unterschiede gegenüber dem Aktienhandel bewusst. Jedenfalls durfte die Bekl. davon ausgehen, dass dem Zeugen dies bekannt war und auf einen

entsprechenden Hinweis verzichten.

hh) Letztlich steht der Kl.in auch kein Rückgewähranspruch gemäß §§ 346, 357, 312d, 312b BGB zu. Dahinstehen kann, ob das Landgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass schon kein Fernabsatzvertrag im Sinne von § 312b Abs. 1 BGB vorliegt, weil der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems erfolgt ist. Denn ein Widerrufsrecht wäre jedenfalls nach § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen.

Bei den streitgegenständlichen Zertifikaten handelt es sich um eine Ware oder Finanzdienstleistung, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterfällt, auf die die Bekl. keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können. Ob die Zertifikate bereits vor ihrer Börseneinführung dem Anwendungsbereich von § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB unterfielen, weil ihr Preis zumindest mittelbar durch Börsenindizes bestimmt wurde

(so OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 22351),

kann offen bleiben. Denn spätestens mit Börseneinführung am 1. August 2007 wäre ein Widerrufsrecht des Zeugen H. erloschen. Dass auch eine nachträgliche Börseneinführung vom Ausschlussstatbestand des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB erfasst ist, zeigt bereits dessen Wortlaut. Danach ist maßgeblich, dass die Preisschwankungen innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können. Die Widerrufsfrist war vorliegend – mangels Belehrung über ein solches Recht – am 1. August 2007 noch nicht abgelaufen. Für eine solche Auslegung streiten zudem teleologische Gesichtspunkte. Sinn und Zweck des Ausschlussstatbestandes ist es, dem Verbraucher die Möglichkeit zu versagen, bei einer negativen Entwicklung des Produkts durch Ausübung des Widerrufsrechts die Kursrisiken auf den Unternehmer abzuwälzen. Folgerichtig müssen auch solche Preisschwankungen auf dem Finanzmarkt zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts führen, die erst nach Abschluss des Kaufvertrages entstehen können.

Angesichts vorstehender Ausführungen kann dahinstehen, ob die Kl.in – ein Widerrufsrecht unterstellt – überhaupt berechtigt war, ein solches im eigenen Namen durch ihren Prozessbevollmächtigten zu erklären.

Einwände dagegen sind von der Kl.in innerhalb der eingeräumten Stellungnahmefrist von zwei Wochen nicht vorgebracht worden.

Nach alledem hat die Berufung i. S. v. § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keinen Erfolg.

BGB § 823

Auch mit einer vertraglich unwirksamen Übertragung der Streupflichten, können sich die Streupflichten des ursprünglich Pflichtigen in Auswahl-, Instruktions- und Überwachungspflichten ändern und Pflichten bei dem Übernehmer entstehen.

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 28. Februar 2012 – 11 U 137/11 –, Scho.

Die Parteien streiten um Schadensersatz, Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige materielle Schäden aus einem Unfall vom 6.2.2010 vor dem Haus W. in B., während urlaubsbedingter Abwesenheit des beklagten Hauseigentümers. Das Landgericht hat den Klaganträgen bis auf die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige immaterielle Schäden stattgegeben.

Mit der Berufung hat der Bekl. u.a. die Beweismittel angegriffen und weiter geltend gemacht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, die Räum- und Streupflicht sei nicht wirksam auf den als Zeugen vernommenen Nachbarn K. übertragen worden. Die Übertragung sei jedoch wirksam erfolgt, weil sie in der urlaubsbedingten Abwesenheit des Bekl. in der Zeit vom 31.1.2012 bis zum 7.2.2010 im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtungen vollständig erfolgt und so bereits beanstandungslos 15 Jahre praktiziert worden sei. Ohne besonderen Anhalt habe er danach seinen Nachbarn nicht kontrollieren müssen. Im Übrigen sei aber auch die Mutter des Bekl., die Zeugin S., damit betraut gewesen, täglich nach der Post zu sehen, wobei sie auch gleichzeitig eine Kontrolle der Verhältnisse auf dem Bürgersteig und der Zuwegung zum Haus verbunden habe. Die Zeugin S. habe im Rahmen Ihrer Vernehmung auf Befragen ausdrücklich erklärt, dass sie Herrn K. angesprochen hätte, wenn der Bürgersteig nicht geräumt gewesen wäre. Sie habe überdies bestätigt, dass auch bei früheren Urlauben der Räum- und Streudienst durch den Nachbarn K. ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Im Übrigen treffe die Kl.in ein Mit- bzw. Eigenverschulden weil sie – unabhängig vom Schuhwerk – am Unfalltag nicht besondere Sorgfalt gewahrt habe, die aufgrund der vorhandenen Witterungs- und Straßenverhältnisse erforderlich gewesen wäre.

Die Berufung war erfolgreich.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

1. Es kann dahinstehen, ob der Bekl. seine Verkehrssicherungspflichten auf dem streitgegenständlichen Bürgersteig vor seinem Haus zur Unfallzeit wirksam auf seinen Nachbarn K. delegiert hatte.

a) Die Wirksamkeit der gewollten Delegation dürfte allerdings nicht an der Unklarheit der Übertragung scheitern, da der Inhalt der zu übertragenden Verkehrssicherungspflichten, sowie der räumliche und zeitliche Umfang dem Nachbarn K. bekannt war, weil von der Gemeinde B. auf ihn entsprechende Pflichten vor seinem Hause kraft Satzung delegiert worden waren.

b) Die Wirksamkeit der gewollten Delegation dürfte auch nicht daran scheitern, dass es sich bei dem Nachbarn K. nicht um ein Fachunternehmen für den Winterstreudienst handelte. Wäre dies ein Entscheidungskriterium für die Wirksamkeit der Delegation der Streupflichten, so wären die entsprechenden Pflichten schon nicht von der Gemeinde B. wirksam auf den Bekl. und dessen Nachbarn K. übertragen worden.

c) Ob der Wirksamkeit der gewollten Delegation die fehlende Schriftform entgegensteht, die die Satzung der Gemeinde B. für eine Übernahme der delegierten Streupflichten vorsieht, kann dahinstehen.

2. a) Einer echten Delegation der Sorgfaltspflichten mit vollständiger Haftungsbefreiung des originär Verantwortlichen bedarf es nicht, um dessen deliktischen Pflichtenkreis einzuschränken. Die fortbestehenden Sorgfaltspflichten des primären Pflichtenträgers ergeben sich auch bei einer unwirksamen Delegation weiterhin aus § 823 Abs. 1 BGB; lediglich ihr Inhalt ändert sich, nämlich in Auswahl-, Instruktions- und Überwachungspflichten. Bei der originär verantwortlichen Partei verbleibt die Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl und fortlaufenden Überwachung des Übernehmers.

Es reichen regelmäßige Kontrollen aus, soweit nicht bei schwerwiegenden Schadensrisiken gesteigerte Überwachungspflichten bestehen. Ergeben sich keinerlei Hinweise auf Nachlässigkeiten, kann darauf vertraut werden, dass der Übernehmer sich ordnungsgemäß verhält. Betraut etwa ein Mieter für die Zeit seiner urlaubsbedingten Abwesenheit eine befreundete Person mit der Wahrnehmung der ihm obliegenden Wegereinigungs- und Streupflichten, ist er nicht gehalten, den Urlaub zu unterbrechen, um letzteren zu kontrollieren

(vgl. OLG Köln, VersR 1995, 801, 802; MÜKo/Wagner aaO Rn. 302).

Für die Begründung der Deliktshaftung des Übernehmers von Sorgfaltspflichten – und damit die Inhaltsänderung der Pflichten des primären Pflichtenträgers – verlangte die ältere Rechtsprechung eine wirksame vertragliche Vereinbarung zwischen dem primären Pflichtadressaten und dem Dritten. Die neuere Judikatur des BGH stützt den Übergang deliktischer Sicherungspflichten indessen auf das Faktum einverständlicher Aufgabenübernahme, so dass es auf die Wirksamkeit des Übernahmevertrages nicht ankommt. Liegt ein faktisches Einverständnis vor und wird dies durch eine entsprechende Praxis gestützt, wird der Übernehmer seinerseits im Außenverhältnis deliktisch verantwortlich. Seine Haftung beruht nicht auf einer Umleitung vertraglicher Leistungspflichten zugunsten Dritter, sondern ist deliktsrechtlicher Natur. Sie besteht ggfls. auch dann, wenn dieser Vertrag rechtlich keinen Bestand hat. Entscheidend ist, dass der in die Verkehrssicherungspflicht Eintretende faktisch die Aufgabe der Verkehrssicherung in dem Gefahrenbereich übernimmt und im Hinblick hierauf Schutzvorkehrungen durch den primär Verkehrssicherungspflichtigen unterbleiben, weil sich dieser auf das Tätigwerden des Beauftragten verlässt. Auf Grund dieser von ihm mitveranlassten neuen Zuständigkeitsverteilung ist der Beauftragte für den Gefahrenbereich nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen verantwortlich. Insofern ist seine Verkehrssicherungspflicht nicht abgeleiteter Natur. Vielmehr erfährt sie mit der Übernahme durch den Beauftragten in seine Zuständigkeit eine rechtliche Verselbständigung. Inhalt und Schutzbereich dieser verselbständigten Verkehrssicherungspflicht bestimmen sich allein danach, was objektiv erforderlich ist, um mit der Gefahrenstelle in Berührung kommende Person vor Schaden zu bewahren

(BGH, NJW – RR 1989, 394, 395; vgl. MÜKo/Wagner BGB, 5. Aufl. § 823, Rn. 296f m. w. Nachw. zur Rspr.).

b) Von diesen Grundsätzen ausgehend war im vorliegenden Fall die Überwachung des Nachbarn K. durch den Bekl. ausreichend.

Die Behauptungen einer fünfzehnjährigen problemfreien Übertragung der Räumspflicht vom Bekl. auf den Nachbarn K. und Überwachung durch die Zeugin S. sind zwar von der Kl.in mit Nichtwissen bestritten worden.

Der Zeuge K. hat die fünfzehnjährige Praxis aber ausdrücklich bestätigt. Der Zeuge St. hat sie allgemein bestätigt.

Im angefochtenen Urteil hat das Gericht den Zeugen K. für glaubwürdig gehalten und ist davon ausgegangen, dass der Bürgersteig vor dem Haus des Bekl. grundsätzlich während dessen Urlaubsabwesenheit geräumt und gestreut wurde. Nur für den konkreten Unfalltag, den 6.2.2010, ist es wegen dem entgegenstehender Zeugenaussagen davon ausgegangen, dass an diesem Tag gar nicht oder unzureichend geräumt und gestreut worden war.

Das gleiche gilt nach dem angefochtenen Urteil im Hinblick auf den Zeugen St. und die Zeugin S. (Seite 6 und 7 des angefochtenen Urteils, Bl. 96, 97 GA).

Der Senat ist an diese tatsächlichen Feststellungen gem. § 529 ZPO gebunden. Im Übrigen lassen aber auch die protokollierten Aussagen der Zeugen die Tatsachenfeststellungen so zu.

Fehlende Problemmeldungen in den vergangenen 15 Jahren zwingen zwar nicht zu dem Schluss, dass der Nachbar K. die ihm übertragenen Streupflichten 15 Jahre lang ordentlich wahrnahm. Möglich ist auch, dass es nur 15 Jahr gut bzw. kein Geschädigter sich meldete. Fehlende Problemmeldungen ergeben aber ein gewisses Indiz. Dies reicht jedenfalls neben der von der Zeugin S. bestätigten Überwachungstätigkeit aus.

Der Umfang der Überwachungspflichten ist wie der der Verkehrssicherungspflichten allgemein durch die Zumutbarkeit begrenzt. Soll diese Grenze nicht überschritten werden, so reichte zum Zeitpunkt des Unfalls die Überwachung durch die Feststellung einer beanstandungsfreien Praxis in den vorangegangenen 15 Jahren neben der nach Kenntnis des Bekl. von dessen Mutter praktizierten Kontrolle des Bürgersteigs bei der täglichen Postabholung aus.

Im Übrigen kommt es für das Verschulden des Bekl. nicht darauf an, ob der Zeuge K. und die Zeugin S. die von ihnen übernommenen Pflichten vollständig erfüllten, sondern ob der Bekl. nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) davon ausgehen durfte, dass beide dies taten. Letzteres ist nach beanstandungsfreien 15 Jahren zu bejahen.

FamFG § 58, BGB § 1906 Abs. 1

- 1. Die Regelung in § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB stellt – auch nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Unzulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Rahmen des Maßregelvollzugs vom 23.3.2011 und 12.10.2011 (NJW 2011, 2113 und NJW 2011, 3571) – eine formell geeignete Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Behandlung der Betroffenen dar. Nur wenn das Gesetz derart mangelhaft ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung gar nicht in Betracht kommt, läge ein Verstoß gegen das Gebot der Klarheit vor. Trotz der sprachlichen Ungenauigkeit kann § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB nur so verstanden werden, dass damit gerade auch zwangsweise Behandlungen gestattet werden sollte.**
- 2. Die Erforderlichkeit der zwangsweisen Heilbehandlung unterliegt einer besonders strengen Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Sie muss unumgänglich sein, um drohende gewichtige gesundheitliche Schädigungen von dem Betroffenen abzuwenden. Die Nachteile, die ohne Unterbringung und zwangsweise Behandlung entstehen würden, müssen die Schwere der Freiheitseinschränkungen und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit im Rahmen der zwangsweisen Behandlung ganz deutlich überwiegen, damit das der**

Betroffenen an sich zustehende „Recht auf Krankheit“ demgegenüber zurücktritt.

LG Kiel, 3. Zivilkammer, Beschluss vom 2. Juli 2012 – 3T 188/12 (n.rkr.) –, Ditt.

Anmerkung der Redaktion: Die Entscheidung ist möglicherweise vor dem Hintergrund der aktuellen Beschlüsse des BGH vom 20.6.2012 (XII ZB 99/12 und XII ZB 130/12) – erstmals veröffentlicht am 17.7.2012 – überholt. Auf den Beitrag von RiAG Dr. Jörg Grottkop „Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich“, abgedruckt in diesem Heft (SchlHA 8/12, S. 285) wird hingewiesen.

Die Betroffene leidet an einer chronisch verlaufenden paranoiden Schizophrenie mit ausgeprägten akustischen Halluzinationen. Aufgrund der Erkrankung musste die Betroffene mehrfach geschlossen untergebracht werden. Hervorzuheben ist insbesondere eine Unterbringung aus dem Jahre 2008, die erfolgte, nachdem die Betroffene ein Feuer gelegt hatte, weil ihr dies durch die imperative Stimme des Herrn Schostakowitsch (gemeint ist wohl der russische Komponist) eingegeben worden war.

Im August 2005 regte die Betreuungsbehörde des Kreises an, für die Betroffene eine Betreuung einzurichten. Die Betroffene lebe seit Jahr und Tag in einem Zimmer im Elternhaus, nehme aber am Familienleben nicht mehr teil. Sie sei inzwischen nach dem PsychKG untergebracht. In der Einweisungssituation am 5.8.2005 sei die Betroffene in ihrem Zimmer angetroffen worden, das außer einem uralten Bett keinerlei Mobiliar enthalte. Der hygienische Zustand müsse als katastrophal bezeichnet werden. Es hätten sich nur noch Teppichreste gefunden, das Fenster sei eingeschlagen gewesen, überall hätten verdorbene Nahrungsreste und zerstörte Kleidungsstücke herumgelegen. Die Betroffene halluziniere offensichtlich, ein geordnetes Gespräch mit ihr sei nicht möglich gewesen. Die Haut an den unteren Extremitäten sei voller entzündlicher Veränderungen.

Für die Betroffene wurde daraufhin durch Beschluss des Amtsgerichts vom 1.12.2005 eine Betreuung eingerichtet. Zur berufsmäßigen Betreuerin wurde Frau Y. bestellt, u.a. mit den Aufgabenkreisen Gesundheitspflege und Aufenthaltsbestimmung.

Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 14.7.2008 wurde die Betreuung mit den bisherigen Aufgabenkreisen verlängert. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht durch Beschluss vom 2.12.2008 nach Einholung eines ergänzenden Gutachtens des Sachverständigen zurück.

Nachdem sich der Zustand der Betroffenen im Rahmen einer Unterbringung in einer vollstationären Einrichtung stabilisiert hatte, hob das Amtsgericht, an das das Betreuungsverfahren zwischenzeitlich abgegeben worden war, auf Anregung der Betreuerin durch Beschluss vom 7.6.2010 die Betreuung für die Aufgabenbereiche Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitspflege auf.

In den Jahren 2010 und 2011 war die Betroffene unter der Medikation mit Clozapin (Leponex®) und Quetiapin (Seroquel®) weitgehend symptomfrei, so dass sie im August 2011 aus der betreuten Einrichtung mit entsprechender ambulanter Unterstützung in eine eigene Wohnung entlassen werden konnte.

In der Folge hat die Betroffene in Abstimmung mit der behandelnden Ärztin zunächst das Quetiapin vollständig ausgeschlossen und das Clozapin reduziert und schließlich auch Letzteres, allerdings eigenmächtig, vollständig abgesetzt, wodurch es schließlich im März 2012 zu einer massiven Verschlechterung ihres Zustandes kam. Die Betroffene leidet seither unter deutlichen akustischen Halluzinationen, die sie selbst zumindest zeitweise als quälend empfindet, und wurde zunehmend aggressiv. Schließlich verschlechterte sich ihr Zustand ausweislich der gutachterlichen Stellungnahme des Amtsarztes derart, dass sie von ihrer Schwägerin in hilflosem Zustand aufgefunden wurde und nicht mehr in der Lage war aufzustehen. Auch im Gespräch zeigte sie sich nicht mehr erreichbar. Daraufhin ist durch Beschluss vom 23.3.2012 im Wege der einstweiligen Anordnung auf Antrag der zuständigen Gesundheitsbehörde die Unterbringung der Betroffenen nach dem PsychKG bis längstens zum 3.5.2012 angeordnet worden.

Parallel dazu hat die Betreuerin unter dem 23.3.2012 beantragt, ihr die geschlossene Unterbringung der Betroffenen betreuungsgerichtlich zu genehmigen und ferner am 27.3./29.3.2012 beantragt, ihr die Zwangsmedikation der Betroffenen zu genehmigen.

Den Antrag auf Genehmigung der Zwangsmedikation hat das Amtsgericht durch Beschluss vom 30.3.2012 zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.2011 und 12.10.2011 setze eine Zwangsbehandlung eine klare und bestimmte gesetzliche Regelung voraus. Diesen Anforderungen entspreche § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht. Im Übrigen sei der Antrag auch in materieller Hinsicht unbegründet, weil kein Behandlungsplan mit Angabe der konkret beabsichtigten Maßnahmen vorliege.

Am selben Tage hat die Betreuerin den Antrag auf Genehmigung der Zwangsbehandlung, u.a. auch für eine Thromboseprophylaxe, wiederholt. Das Amtsgericht hat daraufhin Frau Rechtsanwältin X. zur Verfahrenspflegerin bestellt und den Antrag auf Genehmigung der Thrombosebehandlung mit der Begründung abgelehnt, es genüge, die Betroffene zu veranlassen, sich mehr zu bewegen.

Die Verfahrenspflegerin hat in der Folge beantragt, der Betreuerin zunächst wieder die Aufgabenbereiche Gesundheitspflege und Aufenthaltsbestimmung zu übertragen. Dem hat das Amtsgericht durch Beschluss vom 5.4.2012 im Wege der einstweiligen Anordnung entsprochen.

Sodann hat die Verfahrenspflegerin mit Schriftsatz vom 13.4.2012 gegen den Beschluss vom 30.3.2012 Beschwerde eingelegt, der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat. Die Kammer hat die Verfahrenspflegerin darauf hingewiesen, dass eine Genehmigung der Zwangsmedikation schon deshalb nicht in Betracht komme, weil über den Unterbringungsantrag noch nicht entschieden sei und angeregt, dass die Betreuerin einen neuen Antrag auf Unterbringung der Betroffenen bei gleichzeitiger zwangsweiser Heilbehandlung stelle und die Verfahrenspflegerin im Hinblick darauf die Beschwerde zurücknehme, was in der Folge auch geschehen ist.

Parallel dazu hat das Amtsgericht nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen vom 18.4.2012 die weitere Unterbringung der Betroffenen nach dem PsychKG bis längstens zum 1.8.2012 angeordnet.

Mit Schriftsätzen vom 25.4.2012 hat die Betreuerin sodann unter Bezugnahme auf das Gutachten beantragt, ihr die geschlossene Unterbringung der Betroffenen und deren zwangsweise Heilbehandlung betreuungsgerichtlich zu genehmigen. Das Amtsgericht hat die Betroffene daraufhin im Beisein der Verfah-

renspflegerin und der Betreuerin angehört. Sodann hat das Amtsgericht durch Beschluss vom 27.4.2012 die Anträge der Betreuerin zurückgewiesen.

Hiergegen hat zunächst die Verfahrenspflegerin mit Schriftsatz vom 8.5.2012 unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der behandelnden Ärztin Beschwerde eingelegt und zugleich beantragt, die zwangsweise Behandlung der Betroffenen entsprechend dem Behandlungsplan der behandelnden Ärztin zu genehmigen. Das Amtsgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 10.5.2012 nicht abgeholfen und zugleich den Antrag der Verfahrenspflegerin auf zwangsweise Behandlung zurückgewiesen. Die Beschwerde der Verfahrenspflegerin hat die Kammer durch Beschluss vom 16.5.2012 als unzulässig verworfen.

Sodann hat die Betreuerin mit Schriftsatz vom 22.5.2012 gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 27.4.2012 Beschwerde eingelegt.

Die Kammer hat durch die Berichterstatlerin die Betroffene im Beisein der Verfahrenspflegerin und der Betreuerin angehört und, nachdem die Betroffene die weitere Teilnahme an der Anhörung verweigert hatte, die Angelegenheit mit den Beteiligten erörtert. Die behandelnde Ärztin hat mit Faxschreiben vom 15.6.2012 und 21.6.2012 die vorgesehene Behandlung in Bezug auf die Medikamentengaben ergänzt und telefonisch mitgeteilt, dass sie versucht habe, den Behandlungsplan mit der Betroffenen zu erörtern. Diese habe jedoch das Gespräch sowie jede Einnahme von Medikamenten weiterhin abgelehnt.

Die Kammer hat die Akte der PsychKG-Unterbringung zu Informationszwecken beigezogen.

Die Kammer hat den angefochtenen Beschluss geändert und der Betreuerin die Genehmigung erteilt, die Betroffene bis längstens zum 26. August 2012 in einem geeigneten Krankenhaus geschlossen unterzubringen und sie zwangsweise medikamentös behandeln zu lassen.

Aus den Gründen

Die Beschwerde der Betreuerin ist gemäß § 58 FamFG zulässig.

Sie ist auch begründet.

Gemäß § 1906 Abs. 1 BGB ist die Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil eine Heilbehandlung notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Die Betroffene leidet an einer psychischen Krankheit in Form einer chronisch verlaufenden paranoiden Schizophrenie. Dies steht aufgrund der verschiedenen Gutachten und gutachterlichen Stellungnahmen zur Überzeugung der Kammer fest.

Nach der Behandlung mit Clozapin (Leponex®) und Quetiapin (Seroquel®) war die Betroffene in die Jahren 2010 und 2011 weitgehend beschwerdefrei, so dass sie im August 2011 mit entsprechender ambulanter Unterstützung in eine eigene Wohnung entlassen werden konnte. Nunmehr ist die Erkrankung erneut exacerbiert, nachdem die Betroffene die Medikamente abgesetzt hatte. Die Betroffene zeigt wiederum massive akustische Halluzinationen. In der Anhörung durch das Amtsgericht hat die Betroffene eingeräumt, wieder die Stimme des Herrn Schostakowitsch zu hören, die teils als beruhigend, teils als beeinträchtigend empfinde. Auch komme es zu Gedankenübertragungen, die sie auf ihre Reiki-Ausbildung zurückführe. Im Übrigen leidet die Betroffene unter dem Wahn, der norwegische Attentäter Breivik sei ihr Enkel.

Vor der Einweisung in die Klinik am 23.3.2012 war die Betroffene von ihrer Schwägerin in hilflosem Zustand aufgefunden worden. Sie war im Gespräch nicht mehr erreichbar und nicht mehr im Stande aufzustehen. Das steht aufgrund der gutachterlichen Stellungnahme des Amtsarztes K. im Rahmen der Unterbringung nach dem PsychKG zur Überzeugung der Kammer fest.

Aufgrund dieser Symptomatik bedarf die Betroffene dringend der Heilbehandlung, die wegen ihrer fehlenden Krankheits- und Behandlungseinsicht nur zwangsweise unter geschlossenen Bedingungen erfolgen kann.

Allerdings ist nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Unzulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Rahmen des Maßregelvollzugs vom 23.3.2011 und 12.10.2011

(NJW 2011, 2113 und NJW 2011, 3571)

inzwischen (erneut) streitig, ob § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB eine formell geeignete Ermächtigungsgrundlage für zwangsweise Behandlungen untergebrachter Personen darstellt und

ob diese in materieller Hinsicht verfassungsgemäß ist

(ablehnend LG Stuttgart Az. 2 T 35/12; LG Flensburg Az. 5 T 110/12 und 5 T 120/12; zustimmend Olzen/Metzmacher, BtPrax 2011, 233).

Die Kammer ist der Auffassung, dass die Regelung des § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB eine formell geeignete Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Behandlung der Betroffenen darstellt.

Dabei geht die Kammer in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht

(NJW 2011, 2113)

und dem Bundesgerichtshof

(NJW 2006, 1277)

davon aus, dass eine medizinische Behandlung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen einen schwerwiegenden Eingriff in das grundgesetzlich geschützte Freiheitsinteresse (und in das Recht auf körperliche Unversehrtheit) darstellt. Die grundgesetzlich geschützte Freiheit schließt das „Recht zur Krankheit“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind. Der Gesetzgeber ist daher nur berechtigt, unter engen Voraussetzungen Behandlungsmaßnahmen gegen den natürlichen Willen des Betroffenen ausnahmsweise zu ermöglichen, wenn der Betroffene zur Einsicht in die Schwere der Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht nicht fähig ist

(BVerG, aaO).

Davon ausgehend erachtet das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur Maßnahmen zur Zwangsbehandlung betroffener Personen nicht generell für unzulässig

(BVerfG, aaO, S. 2115 mwN).

In formeller Hinsicht bedarf es dazu indes einer gesetzlichen Bestimmung, die die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs hinreichend klar und bestimmt regelt. Das ist nach Auffassung der Kammer der Fall.

§ 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB lässt eine freiheitsbeschränkende Unterbringung des einsichtsunfähigen Betreuten nur dann zu, wenn sie zur Durchführung einer medizinisch indizierten Maßnahme unumgänglich ist, was indes gerade voraussetzt, dass der Betroffene sich nicht freiwillig behandeln lässt. Daraus folgt, dass durch die Unterbringung eine von dem Betroffenen abgelehnte, aber unbedingt notwendige Heilbehandlung erzwungen werden darf und soll. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung

(BtDrs. 11/5428 S. 147),

wonach Zweck der Regelung sei, die Erhaltung der Gesundheit und die Verringerung oder Besserung von Krankheiten oder Behinderungen des Betroffenen zu dessen Wohle zu gewährleisten. Dieses Wohl dürfe nicht durch die mangelnde Einsicht- oder Steuerungsfähigkeit des Betroffenen gefährdet werden. Es ging dem Gesetzgeber daher ersichtlich darum, im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB eine Behandlung des behandlungsunwilligen Betroffenen zu erzwingen. Vor diesem Hintergrund hat auch der BGH in seiner Entscheidung vom 1.6.2006

(FamRZ 2006, 615)

§ 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB – trotz einer gewissen sprachlichen Ungenauigkeit – als ausreichende Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Behandlung des Betroffenen angesehen und insoweit ausgeführt, dass die Vorschrift sinnvoll nur dahin ausgelegt werden kann, dass der Betroffene die notwendigen medizinischen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt und derentwegen der Betroffenen untergebracht ist, unabhängig von seinem entgegenstehenden natürlichen Willen zu dulden hat.

Soweit die Landgerichte Stuttgart und Flensburg unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.2011 der Auffassung sind, dass es sich angesichts des Wortlauts der Vorschrift verbiete, im Wege einer verfassungskonformen Auslegung in die ihrer Auffassung nach ungenügende gesetzliche Regelung eine Eingriffsermächtigung

hineinzulesen, ist dem nicht beizupflichten.

Es ist allgemein anerkannt, dass bei einem Streit über die Auslegung einer Norm diejenige Auslegung zugrunde zu legen ist, die mit der Verfassung vereinbar ist. Nur wenn das Gesetz derart mangelhaft ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung gar nicht in Betracht kommt, läge ein Verstoß gegen das Gebot der Klarheit vor.

Das ist hier nicht der Fall.

Nach Ansicht der Kammer kann § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB trotz der sprachlichen Ungenauigkeit nur so verstanden werden, dass gerade auch zwangsweise Behandlungen gestattet werden sollten.

Auch in materieller Hinsicht begegnet § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB nicht den Bedenken, die das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Zwangsbehandlung im Rahmen des Maßregelvollzuges beanstandet hat.

So setzt § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB entsprechend den vorstehenden Ausführungen voraus, dass dem Betroffenen krankheitsbedingt die Einsichtsfähigkeit fehlt, die Notwendigkeit der Behandlung zu erkennen bzw. entsprechend dieser Einsicht zu handeln. Gerade die krankheitsbedingt fehlende Einsichtsfähigkeit als unabdingbares Erfordernis einer zwangsweisen Behandlung war in dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 23.3.2011 beanstandeten rheinland-pfälzischen Maßregelvollzugsgesetz nicht gesetzliche Voraussetzung. In dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 12.10.2011 als mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärten baden-württembergischen Unterbringungsgesetz war zwar die fehlende Einsichtsfähigkeit gesetzliche Voraussetzung, jedoch beschränkt auf operative Eingriffe oder Behandlungen, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind, galt mithin nicht uneingeschränkt, was das Bundesverfassungsgericht wiederum beanstandet hat.

Schließlich greifen auch die verfahrensrechtlichen Beanstandungen in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Maßregelvollzug bei der Unterbringung zur Heilbehandlung nach Betreuungsrecht nicht durch.

Die Zwangsbehandlung bedarf im Betreuungsrecht vorab der richterlichen Genehmigung und eröffnet eine Überprüfung im Rahmen des Instanzenzuges, so dass ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist.

Der Betreuer ist gemäß § 1901 Abs. 3 BGB in aller Regel gehalten, die Behandlungsmaßnahmen mit dem Betroffenen vorab zu erörtern.

Vor der gerichtlichen Entscheidung ist der Betroffene gemäß § 319 Abs. 1 FamFG persönlich anzuhören, wovon gemäß § 319 Abs. 3 FamFG nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen abgewichen werden darf. Auch ist dem Betroffenen gemäß § 317 Abs. 1 FamFG in aller Regel zur Wahrung seiner Rechte ein Verfahrenspfleger beizuordnen, sofern er nicht durch einen Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird.

Nach alledem erfüllt das Betreuungsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Zwangsbehandlung in so hohem Maße, dass die Entscheidungen zum Maßregelvollzug die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung nach § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB nicht berühren

(ebenso Olzen/Metzmacher, aaO).

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die zwangsweise Behandlung der Betroffenen, wie sich im Tenor näher konkretisiert ist, zulässig und auch erforderlich.

Dabei ist Kammer ist aufgrund der vorliegenden Gutachten davon überzeugt, dass der Betroffene in Bezug auf die Notwendigkeit der Heilbehandlung die Einsichtsfähigkeit bzw. jedenfalls die Fähigkeit fehlt, entsprechend dieser Einsicht zu handeln.

Zwar steht außer Frage, dass die Betroffene über eine primär überdurchschnittliche Intelligenz verfügt und daher an sich in der Lage wäre, Nutzen und Risiken der medikamentösen Behandlung vernunftgemäß gegeneinander abzuwägen. Jedoch lehnt die Betroffene die Behandlung mit den erforderlichen Medikamenten gerade deshalb ab, weil ihr die imperative Stimme des Herrn Schostakowitsch die Einnahme von Medika-

menten ausdrücklich untersagt. Der Ablehnung der notwendigen Heilbehandlung ist daher ersichtlich krankheitsbedingt. Die Kammer hat ferner berücksichtigt, dass die Erforderlichkeit der zwangsweisen Heilbehandlung einer besonders strengen Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Sie muss unumgänglich sein, um drohende gewichtige gesundheitliche Schädigungen von dem Betroffenen abzuwenden. Die Nachteile, die ohne Unterbringung und zwangsweise Behandlung entstehen würden, müssen die Schwere der Freiheitseinschränkungen und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit im Rahmen der zwangsweisen Behandlung ganz deutlich überwiegen, damit das der Betroffenen an sich zustehende „Recht auf Krankheit“ demgegenüber zurücktritt. Das ist hier der Fall.

Soweit das Amtsgericht der Meinung ist, die Betroffene werde durch ihr Wahnerleben und die akustischen Halluzinationen nur unwesentlich beeinträchtigt, folgt die Kammer dem nicht. Dazu hat die Sachverständige Dr. M. in ihrer gutachterlichen Stellungnahme gegenüber der Berichtserätterin erklärt, dass die Betroffene trotz der Abschränkung im Einzelzimmer der geschlossenen Station mit weitgehender Reizarmut fast in jeder Nacht und auch manchmal tagsüber schreit, obwohl sie allein in ihrem Zimmer ist. Davon ausgehend ist die Kammer davon überzeugt, dass ihre Äußerungen zu den Beeinträchtigungen durch die akustischen Halluzinationen als bewusste Bagatelisierung verstanden werden müssen, gerade in Anbetracht der primär überdurchschnittlichen Intelligenz der Betroffenen, und dass die Betroffene entgegen ihren eigenen Angaben die akustischen Halluzinationen tatsächlich als massiv quälend empfindet, sie dies unter dem Zwang der imperativen Stimme des Herrn Schostakowitsch, der ihr die Einnahme von Medikamenten strikt untersagt, jedoch nicht einzuräumen vermag.

Andererseits haben die Erfahrungen der Vergangenheit gezeigt, dass die Betroffene gerade auf die Behandlung mit Clozapin besonders gut anspricht und unter der Behandlung über einen Zeitraum von rund zwei Jahren weitgehend beschwerdefrei war und zudem ihr Zustand derart stabilisiert werden konnte, dass sie mit entsprechender ambulanter Unterstützung in einer eigenen Wohnung leben konnte. Erst als in Abstimmung mit der behandelnden Ärztin das Quetiapin abgesetzt und die Medikation mit Clozapin reduziert wurde, hat sie schließlich die Medikamente gänzlich abgesetzt, mit der Folge, dass ihr Zustand ganz massiv verschlechterte bis hin zu einer völligen Hilflosigkeit.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene weiterhin ganz erheblich aggressiv ist und nach wie vor gegenüber anderen Personen tätlich wird. Aus diesem Grunde erfolgte die inzwischen langfristige Unterbringung nach dem PsychKG, die unter den derzeitigen Verhältnissen aller Voraussicht nach verlängert werden muss, wenn keine Behandlung erfolgt. Demgegenüber ist bei der geplanten Zwangsbehandlung nach derzeitiger Einschätzung der behandelnden Ärztin, an deren Prognose die Kammer auf ihrer langjährigen Erfahrungen in der Behandlung psychisch kranker Patienten zu zweifeln keinen Anlass sieht, eine geschlossene Unterbringung über einen Zeitraum von „nur“ acht Wochen ausreichend.

Aufgrund der Erfahrung mit der früheren Behandlung ist zudem zu erwarten, dass der Zustand der Betroffenen durch eine zwangsweise medikamentöse Behandlung deutlich gebessert werden kann und sogar die Aussicht besteht, dass sie mit entsprechender ambulanter Unterstützung mittelfristig wieder weitgehend selbständig leben kann.

Hinsichtlich des Behandlungsplans folgt die Kammer im Einvernehmen mit der Betreuerin den Vorgaben der behandelnden Ärztin. Das bedeutet zunächst eine langsame Eindosierung mit Clozapin, beginnend mit 25 mg bis hin zu 300 mg. Soweit der Betroffenen dieses Medikament aufgrund ihrer Gegenwehr nicht verabreicht werden kann, bedarf es ggf. der sedierenden medikamentösen Behandlung mit einem Benzodiazepin (Lorazepam 1 mg drei- bis viermal täglich oder Diazepam 5 mg drei- bis viermal täglich), die ebenfalls zu genehmigen war.

Erst wenn diese Behandlung nicht greift, ist auf Behandlung mit klassischen Neuroleptika zurückzugreifen, und zwar entweder durch orale Einnahme von bis maximal 800 mg pro Tag Chlorprothixin (Truxal®) oder bei Gegenwehr der Betroffenen durch intramuskuläre Injektion mit 5 bis maximal 15 mg Haloperidol (Haldol®) oder 50 mg bis maximal 100 mg Zuclophenithel (Ciatyl).

Die Kammer hat bei der Genehmigung der Medikation die eventuell auftretenden Nebenwirkungen hinreichend berücksichtigt. Dies gilt insbesondere für die Behandlung mit Clozapin, das zu Veränderungen des Blutbildes, insbesondere zu einer Verminderung der Leukozytenzahl mit deutlich erhöhter Infektionsgefahr führen kann. Indes ist bei der früheren Behandlung der Betroffenen eine entsprechende Veränderung des Blutbildes nicht eingetreten. Zudem erfolgt im Rahmen der jetzigen Behandlung eine engmaschige Blutbildkontrolle, so dass bei entsprechendem Absinken der Leukozytenzahl die Behandlung mit Clozapin jederzeit abgebrochen werden kann und auch muss.

Was die Gabe von Benzodiazepinen angeht, soll diese nur in der Anfangsphase erfolgen, so dass das durchaus erhebliche Suchtpotenzial dieser Medikamente in den Hintergrund tritt, zumal bei der Betroffenen keine Suchtvorgeschichte vorliegt. Zur Durchführung der zwangsweisen Behandlung war die geschlossene Unterbringung entsprechend der Einschätzung der behandelnden Ärztin für die Dauer von acht Wochen betreuungsgerichtlich zu genehmigen. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

ThuG §§ 1, 2, 8, 9

- 1. Die für die Unterbringung nach § 1 Abs. 1 ThUG maßgebliche „hohe Wahrscheinlichkeit“ einer erheblichen Beeinträchtigung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der persönlichen Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung eines anderen setzt – ähnlich der Begriffsverwendung in § 66 b Abs. 1 Satz 2 StGB bisheriger Fassung – die hinreichende Gewissheit einer gegenwärtigen und konkreten Gefahr voraus. Eine abstrakte – im Wesentlichen statistisch bestimmte – Wahrscheinlichkeit reicht nicht. Kann eine Gefährdung lediglich nicht ausgeschlossen werden, darf eine Unterbringung nicht erfolgen.**
- 2. Von der persönlichen Anhörung des Betroffenen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 ThUG) darf nur abgesehen werden, wenn die Anordnung der Unterbringung als in jedem Falle ausgeschlossen erscheinen muss. So liegt es in der Phase des erkennbaren Aufbaus der zur Umsetzung des ThUG erforderlichen Infrastruktur noch nicht deshalb, weil zu Beginn der Verfahrens eine zur Unterbringung geeignete Einrichtung noch nicht benannt ist.**
- 3. Das Erfordernis der Einholung von zwei Gutachten (§ 9 Abs. 1 ThUG) schützt nicht nur den Betroffenen, sondern beschreibt auch den bei der Sachaufklärung zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab. Von der Einholung eines weiteren Gutachtens darf daher – von Fällen einer evident fehlenden Erforderlichkeit einer Unterbringung abgesehen – nicht schon dann abgesehen werden, wenn das erste Gutachten zwar von einem Gefährdungspotential ausgeht, aber nicht zur Erforderlichkeit einer Unterbringung kommt.**

SchlHOLG, 17. Zivilsenat, Beschluss vom 13. Juni 2012 – 17 W 13/11 –, Pr.

Der Beteiligte zu 2., der Leiter der Justizvollzugsanstalt, in welcher der Betroffene seinerzeit noch im Rahmen der Sicherungsverwahrung untergebracht war, hat mit Schreiben vom 5. September 2011 die Unterbringung des Betroffenen nach dem Therapieunterbringungsgesetz einschließlich des Erlasses einer hierauf gerichteten einstweiligen Anordnung beantragt. Das Landgericht hat beides abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2. Der strafrechtlich einschlägig vorbelastete Betroffene verbüßte zuletzt eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten wegen gefährlicher Körperverletzung, zu der er am ... 1996 vom Landgericht ... verurteilt worden war. Seit dem 31. Dezember 2000 schloss sich sodann die in dem erwähnten Urteil ebenfalls angeordnete Sicherungsverwahrung an. Diese Sicherungsverwahrung ist mit Beschluss der Strafvollstreckungskammer vom 13. September nach Ablauf der Höchstfrist von 10 Jahren für erledigt erklärt worden. Die Entlassung des Verurteilten mit Wirkung zum 1. November 2011 unter Eintritt von Führungsauf-

sicht und entsprechender Weisungen ist angeordnet worden. Dieser Beschluss ist nach Zurückweisung der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft mit Beschluss des I. Strafsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 7. Oktober 2011 – 1 Ws 423/11 (255/11) – rechtskräftig.

Im Rahmen des Verfahrens vor der Strafvollstreckungskammer war die dortige Beauftragung des Gutachters Dr. H. mit der Erstattung eines psychiatrischen Prognosegutachtens um die Fragestellung erweitert worden, ob von dem Betroffenen nicht nur eine „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten“ ausgehe, sondern ob dieser auch an einer psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 ThUG leide. Der Gutachter kam zu dem Ergebnis, dass der Verurteilte an einer Störungskombination aus dissozialer Persönlichkeitsstörung mit Akzentuierung psychopathischer Persönlichkeitsmerkmale und schädlichem Gebrauch von Alkohol bei zwischenzeitlich erzielter Abstinenz leide und außerdem leichte kognitive Störungen aufweise. Insgesamt sei von einer gegenüber gleichaltrigen Männern erhöhten Gefahr für weitere Gewaltdelinquenz auszugehen, welche allerdings durch auch außerhalb der Sicherungsverwahrung umsetzbare Maßnahmen reduziert werden könne. Vor dem Hintergrund dieser Begutachtung haben sowohl die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Lübeck als auch der I. Strafsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts nicht eine „hochgradige Gefahr“ im Sinne einer außerordentlichen Gefährlichkeit des Betroffenen dahin feststellen können, dass unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326 ff.) trotz Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über die nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung ausnahmsweise doch noch die Fortdauer der Sicherungsverwahrung angeordnet werden könne.

Daher hat unter Bezugnahme auf das erwähnte Gutachten der Beteiligte zu 2. im Anschluss an die Beendigung der Sicherungsverwahrung die Unterbringung des Betroffenen nach dem ThUG beantragt und insoweit auch eine vorläufige Unterbringung begehrt.

Das Landgericht, hat auf eine persönliche Anhörung des Betroffenen sowie auf die Einholung weiterer Gutachten verzichtet und das Unterbringungsbegehren insgesamt zurückgewiesen (veröffentlicht in SchlHA 2011, 417 ff.). Neben Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zum Erlass des Therapie- und Unterbringungsgesetzes hat die Kammer schon die Benennung einer geeigneten Unterbringungseinrichtung im Sinne des § 2 ThUG vermisst; eine „Art Vorratsbeschluss“ dürfe es aber nicht geben. Auch hat die Kammer dem erwähnten Gutachten des Dr. H. nicht entnehmen mögen, dass im Sinne der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 ThUG aufgrund einer Gesamtwürdigung der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Lebensverhältnisse des Betroffenen anzunehmen sei, dass dieser infolge seiner psychischen Störung mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen werde. Hierbei sei der Gefahrenbegriff ähnlich zu verstehen wie im Zusammenhang des § 66 b StGB. Köne eine derartige Prognose schon nach dem bisher vorliegenden – wenn auch noch von der Strafvollstreckungskammer beauftragten, aber um die Fragestellung zu § 1 ThUG erweiterten und daher „faktisch“ ersten – Gutachten nicht getroffen werden, müsse auch nicht mehr ein zweites Gutachten eingeholt werden.

Mit seiner fristgerecht eingelegten Beschwerde rügt der Beteiligte zu 2. die Verkennung des maßgeblichen Gefährlichkeitsmaßstabes durch das Landgericht und die Nichteinholung wenigstens eines weiteren Gutachtens. Auch habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass mit dem Klinikum N., welches bisher bereits für den Maßregelvollzug zuständig sei, eine Einrichtung bereit stehe, in der auch die Unterbringung nach dem ThUG vollzogen werden könne und welche hierfür im Zusammenwirken der zuständigen Fachministerien auch benannt worden sei.

Das im Beschwerdeverfahren antragsgemäß als Verwaltungsbehörde im Sinne des § 6 Abs. 3 Nr. 1 ThUG beteiligte Ministerium – der Beteiligte zu 3. – ist den Ausführungen des Beteiligten zu 2. beigetreten und hat diese vertieft.

Der Senat hat den Betroffenen zunächst mit am 28. Oktober 2011 beschlossener einstweiliger Anordnung (Dringlichkeitsanordnung) in der erwähnten Klinik N. vorläufig untergebracht. Im Rahmen der dortigen Unterbringung hat der Senat am 17. November 2011 den Betroffenen erstmals persönlich angehört und überdies den anwesenden Sachverständigen Dr. H. mit der Erstattung eines ergänzenden Gutachtens zur Frage der Erfüllung der Voraussetzungen einer Unterbringung nach dem ThUG beauftragt. Mit Beschluss vom 22. November 2011 hat der Senat die Vollziehung der vorläufigen Unterbringung gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt und überdies die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung im Sinne des § 1896 BGB angeregt. Die Bestellung eines derartigen Betreuers mit u.a. den Aufgabenkreisen Gesundheitsvorsorge, Vermögensvorsorge, Wohnungsangelegenheiten und Behördenangelegenheiten ist mit Beschlüssen des Amtsgerichts Lübeck vom 15. Dezember 2011 und vom 28. März 2012 (4 XVII B 23671 AG Lübeck) erfolgt.

Der Betroffene nahm sodann Wohnung in einer von dem ehrenamtlichen Mitarbeiter Y. der Reso-Hilfe L. vermittelten Wohnung und ist dort u.a. auch mit Hausmeisteraufgaben betreuert. Ausweislich zwischenzeitlich auch dem Senat zur Verfügung gestellter Berichte des im Rahmen der Führungsaufsicht bestellten Bewährungshelfers Z. vom 8. Februar 2012, vom 18. April 2012 und vom 15. Mai verlief die Entwicklung des Betroffenen positiv. Aufgrund Beweisbeschlusses des Senats vom 22. November 2011 hat der Sachverständige Dr. J. zwischenzeitlich ein weiteres Sachverständigengutachten zur Frage der Voraussetzung einer Unterbringung nach ThUG erstattet, welches Gegenstand einer nochmaligen Anhörung des Betroffenen und des Sachverständigen vor dem Senat am 8. Juni 2012 gewesen ist.

Aus den Gründen

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. ist zulässig, weil sie innerhalb der gemäß § 16 Abs. 2 ThUG maßgeblichen Zweiwochenfrist eingelegt worden ist und der Beteiligte zu 2. als Anstaltsleiter, welcher erstinstanzlich den Unterbringungsantrag gestellt hat, auch beschwerdebefugt ist (§ 16 Abs. 1 mit

§ 5 Abs. 1 Satz 3 ThUG). Ein Fortfall der Antragsberechtigung wegen zwischenzeitlicher Entlassung aus der Sicherungsverwahrung

(vgl. OLG München StV 2012, 234 f.)

kommt nicht in Betracht, weil sich der Betroffene zum Zeitpunkt der Antragstellung noch in der Sicherungsverwahrung der von dem Beteiligten zu 2. geleiteten Justizvollzugsanstalt befand.

In der Sache hat die Beschwerde gleichwohl keinen Erfolg.

1. Der Anwendungsbereich des ThUG gemäß § 1 Abs. 1 ThUG ist zweifelsfrei eröffnet. Wie der Gesamtschau der Beschlüsse der Strafvollstreckungskammer und des im Beschwerdeverfahren zuständigen Strafsenats entnommen werden kann, handelt es sich im Falle des zum 1. November 2011 abgeschlossenen Verfahrens der Sicherungsverwahrung des Betroffenen um einen „Altfall“ im Sinne des § 1 Abs. 1 ThUG dahin, dass der Betroffene „deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfung im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist“. Insoweit war nämlich zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Vorwegverbüßung von Straftat mit Urteil des Landgerichts ... vom ... 1996 die Möglichkeit einer über zehn Jahre hinausreichenden ersten Sicherungsverwahrung noch nicht bestand, sondern vielmehr diese erst später mit der Neufassung des § 67 d Abs. 3 StGB durch Gesetz vom 26. Januar 1998

(BGBl. I S. 160)

geschaffen worden ist. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit einer Anordnung der Sicherungsverwahrung aber nur, wenn – wie in den erwähnten Entscheidungen erörtert – eine „hochgradige Gefahr“ schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen aufgrund einer relevanten psychischen Störung besteht. Da dies verneint worden ist, kommt eine Anwendung des § 1 ThUG auf den Betroffenen grundsätzlich in Betracht.

2. Nach der gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 ThUG gebotenen Einholung von zwei Gutachten und der gemäß § 8 Abs. 2 ThUG gebotenen persönlichen Anhörung des Betroffenen ist der Senat indes zur Auffassung gelangt, dass der Betroffene zwar an einer psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ThUG leidet, gleichwohl aber bei der notwendigen Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit, seines Vorlebens und seiner jetzigen Entwicklung keinesfalls mit der notwendigen „hohen Wahrscheinlichkeit“ davon ausgegangen werden kann, dass dieser deshalb „das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen“ wird.

a) Was die Kategorie der „psychischen Störung“ anbelangt, geht der Senat in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien

(Begründung zu § 1 ThUG in Artikel 5 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts zur Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, BT-DRs 17/3403),

den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner erwähnten Entscheidung vom 4. Mai 2011

(bei Juris, Rn. 36)

und dem zwischenzeitlich erreichten Diskussionsstand in der Rechtsprechung

(BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 – 5 StR 52/11 –, bei juris, Rn. 24; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 30. September 2011 – 5 W 212/11 – 94, 5 W 212/11, bei juris Rn. 78 ff.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 30. Dezember 2011 – 15 W 2355/11 ThUG, 15 W 2356/11 ThUG –, bei juris, Rn. 10 f.)

davon aus, dass die von beiden Gutachtern, darüber hinaus aber auch in einer weiteren Anzahl von Vorgutachten (Gutachten Dr. R., Gutachten Dr. G.) beim Betroffenen diagnostizierte dissoziale Persönlichkeitsstörung in Kombination mit Alkoholabhängigkeit zweifelsohne eine psychische Störung im Sinne des § 1 ThUG darstellt. Ob eine solche Störung zu einer Einschränkung der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB führt oder nicht, ist insoweit ohne Belang

(BGH aaO).

Soweit es den Gefährlichkeitsmaßstab betrifft, ist die von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ThUG geforderte „hohe Wahrscheinlichkeit“ einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtsgüter Leben,

körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung keineswegs mit der – ausnahmsweise die Fortdauer der Sicherungsverwahrung rechtfertigenden – „hochgradigen Gefahr“ identisch. Läge es anders, bestände für das Therapie- und Unterbringungsgesetz nämlich kein eigenständiger Anwendungsbereich

(zutreffend OLG Nürnberg, Beschluss vom 21. Juli 2011 – 15 W 1400/11ThUG, bei juris, Rn. 20 ff.).

Vielmehr hat bereits das Landgericht zu Recht den Gefahrenbegriff an § 66 b Satz 1 Nr. 2 StGB bisheriger Fassung angelehnt, welcher Vorschrift zufolge für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsanordnung zum Zeitpunkt der Entscheidung feststehen muss, dass der Betroffene „mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“

(ebenso zu § 1 ThUG auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 8. Dezember 2011 – 15 W 2002/11 ThUG –, bei juris, Rn. 10 ff. sowie OLG Nürnberg, Beschluss vom 30. Dezember 2011 – 15 W 2355/11ThUG, 2356/11ThUG –, bei juris, Rn. 40 f.).

Zum Gefahrenbegriff des § 66 b StGB hat allerdings bereits das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 22. Oktober 2008 – 2 BvR 749/08 –

(NJW 2009, 980, bei juris Rn. 41)

hervorgehoben:

„Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB setzt voraus, dass der Verurteilte nach Überzeugung des Gerichts künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Das trägt den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung, wonach die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur als letztes Mittel in den seltenen Fällen gerechtfertigt ist, in denen die Gerichte auf der Grundlage der gebotenen Gesamtwürdigung mit hinreichender Gewissheit zu dem Ergebnis kommen, dass von dem Betroffenen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht. Keinesfalls genügt es insofern, wenn lediglich nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Untergebrachte in Freiheit weitere rechtswidrige Taten begeht. Auch eine bloß abstrakte, auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützte Prognoseentscheidung reicht nicht aus. Vielmehr bedarf es unter Ausschöpfung der Prognosemöglichkeiten einer positiven Entscheidung über die Gefährlichkeit des Betroffenen, um die Freiheitsentziehung zu rechtfertigen (BVerfGE 109, 190, 242). Durch den Aspekt ihrer Gegenwärtigkeit hebt sich die zu prognostizierende Gefährlichkeit von einer allgemeinen Rückfallwahrscheinlichkeit ab (BVerfGK 9, 108, 114). Erwägungen zur statistischen Rückfallwahrscheinlichkeit dürfen danach zwar ergänzend herangezogen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 2008 – 5 StR 431/07 –, Rn. 12, juris), genügen demnach aber für sich genommen nicht, zumal dann nicht, wenn sie nicht den Gesichtspunkt der Rückfallgeschwindigkeit in den Blick nehmen (vgl. BVerfGK 9, 108, 118). Es reicht verfassungsrechtlich auch nicht aus, eine hohe Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 66b StGB bereits dann anzunehmen, wenn (nur) überwiegende Umstände auf eine künftige Delinquenz des Betroffenen hindeuten (BVerfGK 9, 108, 118); erst recht würde es dem hohen Wert des Freiheitsgrundrechts widersprechen, wenn die Gerichte die nachträgliche Sicherungsverwahrung bereits dann anordnen könnten, wenn lediglich die Ungefährlichkeit des Betroffenen nicht positiv feststeht (vgl. BVerfGE 109, 133, 161.)“

Diesen Auffassungen tritt der Senat auch für die Anwendung des § 1 ThUG bei und verweist darauf, dass bei bestehenden Zweifeln eine Unterbringung schon deshalb nicht in Betracht kommen darf. Insofern liegt die Situation auch grundlegend anders als bei im Rahmen des § 57 StGB bei vorzeitiger Haftentlassung zu treffenden Prognoseentscheidungen

(zutreffend OLG Hamm, Beschluss vom 22. Dezember 2011 I – 23 W 3/11 –, bei juris, Rn. 62 f.).

b) Gemessen an den insoweit anzulegenden Kriterien kann vorliegend nicht von einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ der Gefährdung erheblicher Rechtsgüter und damit der Rechtfertigung einer Unterbringung ausgegangen werden.

Bereits das von der Strafvollstreckungskammer eingeholte Gutachten des Dr. H. schreibt dem Betroffenen zwar ein „mindestens mittleres Risiko für spätere Gewaltdelinquenz“ zu, wobei neben der Auswertung durchgeführter Tests insbesondere „die hohe Belastung in der historischen Kategorie“ – also die kriminelle Vergangenheit des Betroffenen –, aber auch die festgestellten Bagatellisierungstendenzen als Ausdruck eines „Mangels an Einsicht in innerseelische Abläufe“ gewertet wurden (Gutachten S. 27). Andererseits räumt auch dieser Gutachter ein, dass schon altersbedingt von einem Rückgang krimineller Energie auszugehen sei („antisocial-burn-out“, Gutachten S. 30). In der Haft habe zwar kein Zugang zum Betroffenen gefunden werden können, dieser habe sich aber störungsfrei verhalten (Gutachten S. 35). Auch seien sämtliche Gewaltdelikte unter Einfluss von Alkohol begangen worden; insoweit sei aber zumindest der Zustand der Abstinenz erreicht worden (Gutachten S. 32, 38). Insgesamt kommt damit dieses Gutachten für ein Leben in Freiheit zwar zu einer „gegenüber gleichaltrigen Männern erhöhten Gefahr für weitere Gewaltdelinquenz“, hält aber die Reduzierung dieser höhergradigen Gefahr auch durch Maßnahmen außerhalb der Sicherungsverwahrung für grundsätzlich möglich (Gutachten S. 38 f.).

Im Rahmen seiner ergänzenden Begutachtung vor dem Senat hat der Gutachter Dr. H. seine Einschätzung wie folgt präzisiert (Protokoll vom 17. November 2011, S. 5): „Insofern kann man bei Herrn X. sagen, dass bei einer Unterbringung in einem völlig geschützten Bereich in der Regel von ihm überhaupt keine Gefahr zu erwarten ist, hieraus auch nichts bekannt geworden ist. Umgekehrt muss man befürchten, dass bei einem Leben in völliger Freiheit unter der Zusatzbedingung des Einflusses von Alkohol in Stresssituationen Kontrollverluste und gefährliche Taten erwartet werden können. Wenn nun nach der anzupeilenden „Mitte“ gefragt ist, ist zunächst zu fragen, wie diese aussehen soll. Wenn es darum geht, „so viel Freiheit wie möglich und so viel Kontrolle wie nötig“, würde ich darauf setzen, dass die notwendige Kontrolle nicht unbedingt ein Verlust an Bewegungsfreiheit bedeuten muss, sondern es geht eher darum, Kontrolle durch Beziehungsanbindung zu erreichen.“

Nach Einschätzung des Senats beschreibt bereits ein derartiges Szenario nicht mehr die in Anlehnung an § 66 b StGB zu fordernde „hohe Wahrscheinlichkeit“ als sehr konkrete Wahrscheinlichkeit. Denn abgesehen von einer im Wesentlichen aus der Diagnose der existenten Persönlichkeitsstörung und des Alkoholproblems des Betroffenen sowie seinem Vorleben abgeleiteten allgemeinen Wahrscheinlichkeit einer im Vergleich zur gleichaltrigen Altersgruppe erhöhten Gefahr von Gewaltdelikten vermag der Gutachter konkrete Gefährdungen nicht zu benennen. Er sieht diese jedenfalls dann nicht, wenn außerhalb der Sicherungsverwahrung der Verurteilte in einer strukturierten und durch Beziehungsanbindung gekennzeichneten Situation lebt. Dass eine derartige Situation nicht zu realisieren wäre und daher in jedem Fall mit einem Abgleiten in Instabilität und erhöhte Gefahr zu rechnen wäre, stand aber bereits für den Gutachter nicht fest. Und so liegt es auch keinesfalls, wie der Senat und der von ihm beauftragte weitere Gutachter Dr. J. im Zuge der weiteren Entwicklung haben beobachten können:

Zwar hat auch der Gutachter Dr. J. die schon bisherigen Diagnosen einer dissozialen Persönlichkeitsstörung und einer grundsätzlich vorhandenen Alkoholabhängigkeit als solche bestätigen müssen (Gutachten S. 33 f.). Insofern besteht auch hinsichtlich der vom Vorgutachter Dr. H. festgestellten psychopathischen Akzentuierungen (dortiges Gutachten S. 26, 30) in der Sache keine Diskrepanz, wie der Sachverständige Dr. J. in der Anhörung vor dem Senat ergänzend erläutert hat (Protokoll vom 8. Juni 2012, S. 3); lediglich terminologisch habe er sich anders ausgedrückt. Ein erster Unterschied zu den Vorbegutachtungen bestehe allerdings darin, dass er anders als diese keine Einschränkung der hirnganischen Leistungs-

fähigkeit des Betroffenen habe feststellen können (Gutachten S. 22, 29, 32). Ihm gegenüber habe der Betroffene – dessen Wohnbereich in tadellosem Zustand gewesen sei (Gutachten S. 7) – sich erstaunlich offen äußern können, zunehmend freier, authentischer und freudiger (Gutachten S. 8 f.). Daher hat der Sachverständige früher als solche wahrnehmbare Phänomene, welche zur Annahme von hirnorganischen Leistungsschwächen geführt hatten, auf ein Hospitalisierungsphänomen infolge langjähriger Haft Erfahrung zurückgeführt (Gutachten S. 29, Protokoll vom 8. Juni 2012, S. 3).

Der vom Gutachter festgestellte Wandel entspricht auch der eigenen Wahrnehmung des Senats bei der Anhörung am 17. November 2011 einerseits und der Anhörung am 8. Juni 2012 andererseits. Während nämlich bei der ersten Anhörung der Betroffene tatsächlich wenig zugänglich erschien und Fragen häufig erst nach einer gewissen Verzögerung beantwortete, waren seine Antworten vor dem Senat am 8. Juni 2012 überwiegend spontan und frisch und ließen weitgehend einen echten Dialog zu.

Dies beschreibe – so der Sachverständige Dr. J. weiter – Entwicklungen, in der der Betroffene in seinem neuen Umfeld „tatsächliche Kommunikations- und Beziehungsfähigkeit genutzt, es gewagt“ hat, „gewillt Kontakt zu pflegen und Vertrauen zu riskieren“ (Gutachten S. 30). Sichtlich bewusst seien ihm das Potential und das Vertrauen seiner derzeitigen Begleiter sowie das Ziel, die letztlich letzte Chance zu nutzen, um in Freiheit und inhaltsreich zu leben (Gutachten S. 29). In einem für den Betroffenen hoch wertvollen Beziehungsgeflecht – dies meint insbesondere die Begleitung durch Herrn Y. von der Resohilfe L. einschließlich des hierdurch vermittelten Freundeskreises und den im Rahmen der Führungsaufsicht bestellten Bewährungshelfer Z. – habe dieser begonnen, diese neue Entwicklung als Bereicherung zu empfinden (Gutachten S. 26, 28, Protokoll vom 8. Juni 2012, S. 4). Mit seinem Interesse für seinen jetzt bewirtschafteten Schrebergarten greife der Betroffene auch durchaus eine alte Vorliebe auf. All dies sei – als zwischenzeitliches Ergebnis einer „Erprobung und Bewährung in Freiheit“ – eine „sehr konstruktive Entwicklung im Rahmen realistischer Möglichkeiten, die nicht mit Heilung einer fremden und schweren strukturellen Störung zu verwechseln ist“ (Gutachten S. 26,30). Der Betroffene wisse um die Mechanismen von Kränkungen und auch von Alkohol, wenn auch fraglich sei, welche Verständnistiefe insoweit erreichbar sein könne (Gutachten S. 28,31). Daher sei auch die „Belastbarkeit durch zwischenmenschliche Konflikte, die ein reifer Charakter bewältigen könne“, beim Betroffenen nicht zu erreichen (Gutachten S. 31), bleibe dieser doch „auf einen strukturiertem Rahmen, gerne auch wesentlich selbst strukturiert“, aber „mit kompetenten Begleitern hinsichtlich seiner Persönlichkeitsproblematik“, angewiesen (Gutachten S. 31).

Vor diesem Hintergrund erwartet der Gutachter lediglich nur „mit geringer Wahrscheinlichkeit“ weitere Straftaten, „sofern auf der Grundlage von verbindlichen Beziehungsangeboten eine hochstrukturierte Altersbegleitung auch im kontrollierenden Sinne installiert bleibt, wie sie zurzeit besteht.“ Daher werde „mit großer Sorgfalt“ in den nächsten Jahren darauf zu achten sein, inwieweit „die Initiative und Leistungsbereitschaft, eigene Angelegenheiten selbst und konsequent zu regeln, realisiert“ werden könne. Den Betroffenen „angemessen zu fordern, ihn jedoch zu entlasten von Dingen, die sein Leistungsvermögen gerade vor dem Hintergrund jahrzehntelanger Deprivation überfordern, wird für die Aufrechterhaltung seiner emotionalen Stabilität sorgen“ (Gutachten S. 34 f.).

Den Senat überzeugen diese Ausführungen, auch deshalb, weil – wie erwähnt – sie der auch ihm zugänglichen eigenen Wahrnehmung und den vorliegenden Berichten des im Rahmen der Führungsaufsicht bestellten Bewährungshelfers entsprechen. Unter Zugrundelegung dieser Einschätzung kann von der für eine Unterbringung nach ThUG erforderlichen „hohen Wahrscheinlichkeit“ künftiger erheblicher Straftaten keine Rede sein. Es verbleibt ein mäßiges Risikopotential, das in dieser Allgemeinheit allerdings bei vielen haftentlassenen Straftätern bestehen wird. Größer werden könnte dieses Ri-

sikopotential, wenn die stabilisierenden Elemente im Leben von Herrn X. fallen, Krisen auftreten und es zum Rückfall in den Alkoholkonsum kommen würde. Allerdings – so der Gutachter Dr. J. – werde auch dann noch etwas Zeit bleiben, in der ein soziales Netz greifen könne, aber auch müsse (Protokoll vom 8. Juni 2012, S. 4).

Jedoch haben schon die vergangenen Monate einer faktischen Erprobung des Betroffenen in Freiheit gezeigt, dass die Etablierung einer auf ihn zugeschnittenen, aber auch wirkungsvollen Strukturierung durchaus möglich ist. Der gegebene Rahmen der noch fortdauernden Führungsaufsicht, die eingeleiteten Maßnahmen sozialpflegerischer Natur und die auch bisher noch fortdauernde Bestellung eines BGB-Betreuers erscheinen insoweit sinnvoll. Der Senat selbst kann im Rahmen der ihm zukommenden Entscheidungskompetenz die weiteren Maßnahmen nicht mehr mitsteuern, regt jedoch im Anschluss an die Ausführungen des Gutachters Dr. J. im Rahmen seiner Anhörung an (Protokoll vom 8. Juni 2012, S. 4) an, die eingeleiteten Maßnahmen möglichst noch eine Zeitlang beizubehalten und Übergänge kontinuierlich zu gestalten. Dies trifft insbesondere den Fortbestand der Betreuung; gerade hier könnte der Wechsel von einer beruflichen zu einer ehrenamtlichen Betreuung jedenfalls zunächst eine Alternative zur Vollaufhebung einer Betreuung sein.

3. Liegen danach bereits die Voraussetzungen einer Therapieunterbringung nicht vor, so kann offen bleiben, inwieweit – was der Senat allerdings zu überprüfen hätte – die bisher in Schleswig-Holstein in Aussicht genommene Unterbringung im Maßregelvollzug des Klinikum N. die an eine Unterbringung im Sinne von § 2 ThUG zu stellenden Anforderungen jetzt schon erfüllt oder welche ergänzenden Maßnahmen zu ergreifen wären. Schon nicht im Sinne einer anderenfalls zu erwägenden Vorlage nach Artikel 100 GG entscheidungserheblich sind etwaige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes selbst; die vom Landgericht geäußerten Zweifel an der Kompetenz des Bundesgesetzgebers teilt der Senat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 30. September 2011

(– 5 W 212/11 – 94, 5 W 212/11 bei Juris, Rn. 28 ff.)

ohnehin nicht.

Mit der Entscheidung in der Hauptsache wird die mit Beschluss des Senats vom 28. Oktober 2011 angeordnete vorläufige Unterbringung gegenstandslos (§§ 3 ThUG, 56 Abs. 1 Satz 1 FamFG), was klarzustellen war.

4. Der Senat hat in der Sache selbst entschieden und die erforderliche Sachaufklärung trotz – an sich zur Zurückverweisung der Sache berechtigender - Verfahrensfehler des Landgerichts vorgenommen (§§ 3 ThUG, 69 Abs. 1 FamFG).

Daher wird zur Sachbehandlung künftiger Verfahren auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen:

a) Die in den jeweiligen Instanzen beteiligten Gerichte haben nicht nur generell alle Verfahrensbeteiligten anzuhören (§ 8 Abs. 1 ThUG). Vielmehr ist insbesondere der Betroffene selbst vor einer Therapieunterbringung persönlich anzuhören (§ 8 Abs. 2 Satz 1 ThUG). Von diesem Erfordernis darf nur abgewichen werden, wenn nach dem Gang des Verfahrens die Anordnung einer Unterbringung als in jedem Falle im Ergebnis ausgeschlossen erscheinen muss.

Eine derartige Situation lag im Anschluss an die Einholung des ersten Gutachtens des Dr. H. von der Strafvollstreckungskammer, welches dem Antrag des Beteiligten zu 2. beigefügt war, aber keineswegs vor. Denn nicht nur war – wie der Gutachter in seinem erwähnten Gutachten selbst ausgeführt hatte – seinerzeit überhaupt noch nicht hinreichend geklärt, von welcher Gefährlichkeitsdefinition bei Anwendung des Therapie- und Unterbringungsgesetzes tatsächlich auszugehen sein würde, so dass bereits deshalb hinreichende Veranlassung bestand, gerade dieser Frage nachzugehen und ihrem Verständnis durch den Gutachter. Vielmehr offenbarte besonders dieses erste Gutachten des Dr. H. eine Reihe von Gefährlichkeitsmomenten, die jedenfalls eine weitere Sachverhaltsaufklärung erforderlich werden ließen. Wird bedacht, dass Sachverständige grundsätzlich nur die Gehilfen der Gerichte sein, nicht

aber deren Überzeugungsbildung ersetzen können, ist in einer derartigen Situation kaum ein Grund vorstellbar, aus welchem heraus auf die Verschaffung eines unmittelbaren persönlichen Eindrucks vom Betroffenen durch das zur Entscheidung berufene Gericht verzichtet werden darf.

Ein solcher liegt auch nicht etwa ohne Weiteres schon darin, dass bei Verfahrenseinleitung noch nicht sicher ist, wo der Betroffene erforderlichenfalls wird untergebracht werden können. Zwar ist die Existenz einer zur Unterbringung geeigneten Einrichtung im Sinne der §§ 1, 2 ThUG Voraussetzung für die Anordnung einer Unterbringung selbst

(zutreffend OLG Karlsruhe NStZ 2011, 586 ff.; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 30. September 2011 – 5 W 212/11 – 94, 5 W 212/11, bei juris).

Allerdings ist jedenfalls derzeit die zur Umsetzung des Therapie- und Unterbringungsgesetzes notwendige Infrastruktur in den meisten Bundesländern ersichtlich noch im Aufbau, so auch in Schleswig-Holstein, und daher im Verlaufe eines eingeleiteten Verfahrens mit entscheidenden Fortschritten zu rechnen. So ist noch während des vorliegenden Verfahrens das zur Ausführung des Bundesrechts bestimmte Landesgesetz – das Gesetz über den Vollzug der Therapieunterbringung in Schleswig-Holstein

(Therapieunterbringungsvollzugsgesetz, ThUVollzG)

des Landes Schleswig-Holstein vom 24. April 2012

(GVOBl. Schl.-H. 2012, S. 530 ff.) –

in Kraft getreten und wird in Parallele zum Maßregelvollzugsgesetz des Landes Schleswig-Holstein vom 19. Januar 2000

(MVollzG, GVOBl. Schl.H. 2000, S. 114 ff., zuletzt geändert durch G. vom 31. März 2008, GVOBl. Schl.-H., S. 158 ff.)

gemäß § 5 Abs. 3 ThUVollzG u.a. die ggf. erforderliche Beileihung Privater mit der notwendigen Hoheitsgewalt ermöglichen.

b) Weiter begegnet es Bedenken, dass das Landgericht von der Einholung eigener Gutachten abgesehen hat.

Dies betrifft schon die Verwertung des noch von der Strafvollstreckungskammer eingeholten Gutachtens des Dr. H.. Wie

bereits ausgeführt, war dieses zwar um eine Fragestellung hinsichtlich der Anwendung des ThUG erweitert worden. Gleichwohl lag dort nicht der Kernauftrag des Gutachtens und es war – wie bereits erwähnt – keinesfalls abschließend und hinreichend geklärt, mit welchem Maßstab der Gutachter vorzugehen hatte bzw. tatsächlich dann auch vorgegangen ist. Aus diesem Grund hat der Senat den Gutachter sodann nochmals selbst beauftragt.

Auch darf das Erfordernis der Einholung von zwei Gutachten „vor einer Therapieunterbringung“ (§ 9 Abs. 1 Satz 1 ThUG) nicht dahin verstanden werden, dass in Fällen, in denen – wie hier – bereits ein erstes Gutachten nicht eindeutig zur Notwendigkeit einer Unterbringung kommt, ein weiteres Gutachten schon nicht mehr eingeholt werden muss.

Zwar ist das Erfordernis der Einholung zweier Gutachten dem erwähnten Gesetzeswortlaut nach in erster Linie zum Schutze des Betroffenen vor einer voreiligen Unterbringung allein aufgrund einer gutachterlichen Einzelmeinung formuliert. Allerdings ist § 9 Abs. 1 ThUG ersichtlich § 275 a Abs. 4 Satz 2 StPO nachgebildet, welcher Regelung zufolge bei der Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung generell zwei Gutachten einzuholen sind. Damit soll die Einholung zweier Gutachten aber nicht nur den Betroffenen schützen, sondern markiert darüber hinaus den Sorgfaltsmaßstab, den das mit der Entscheidung befasste Gericht bei der Sachaufklärung anzulegen hat. Deshalb versteht der Senat das in § 9 Abs. 1 ThUG formulierte Erfordernis zweier Gutachten dahin, dass – abgesehen von den seltenen Fällen einer evident fehlenden Notwendigkeit der Unterbringung – nach Vorlage eines Gutachtens, welches von einem Gefährdungspotential zwar ausgeht, aber nicht schon ohne Weiteres zur Erforderlichkeit einer Unterbringung nach ThUG gelangt, grundsätzlich noch ein weiteres Gutachten einzuholen ist, um nicht nur den Betroffenen, sondern auch die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit angemessen zu berücksichtigen. Dies hat der Senat mit der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Dr. J. nachgeholt.

Familienrecht

BGB §§ 1601, 1602, 1603, 1610

- 1. Reicht das Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht aus, um den Unterhaltsbedarf seiner minderjährigen und privilegiert volljährigen Kinder zu decken, ist in die Mangelfallberechnung in der Regel nur der Mindestunterhalt der Kinder einzustellen. Der Mehrbedarf eines Kindes ist in der Regel nachrangig zu befriedigen.**
- 2. Ist der Mindestunterhalt der minderjährigen oder privilegiert volljährigen Kinder nicht gewahrt, sind Beiträge zu einer privaten Unfallversicherung nicht vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abzugsfähig.**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 4. Januar 2012 – 10 WF 254/11 –, Ba.

Aus den Gründen

Die gemäß § 113 Abs. 1 FamFG, §§ 127 Abs. 2 Satz 2, 567 ff. ZPO zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Die Rechtsverfolgung des Ast. hat allenfalls in dem Umfang hinreichende Aussicht auf Erfolg, in dem ihm durch Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Oldenburg i. H. vom 4. November 2011 Verfahrenskostenhilfe bewilligt worden ist, § 113 Abs. 1 FamFG, § 114 ZPO.

Dem 12-jährigen Ag. steht gegen den Ast., seinen Vater, ein Anspruch auf Zahlung von Kindesunterhalt aus §§ 1601, 1602, 1603, 1610 BGB zu. Streitig ist, in welchem Umfang der Ast. leistungsfähig ist. Ihn trifft gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB eine gesteigerte Unterhaltungspflicht, um jedenfalls den Mindestunterhalt seiner drei minderjährigen Kinder sicherzustellen.

Bei der Berechnung des bereinigten Nettoeinkommens des Ast. sind Beiträge für die private Unfallversicherung nicht zu berücksichtigen. Zwar können Beiträge für bestimmte Risikoversicherungen, die der Sicherung des Einkommens im Falle von Krankheit und Arbeitslosigkeit dienen, u. U. vom Einkom-

men abgesetzt werden

(vgl. BGH FamRZ 2009, 1207 für Beiträge zu Berufsunfähigkeitsversicherung und Krankenhaustagegeldversicherung).

Dies gilt jedoch für Beiträge zur Unfallversicherung nicht, wenn der Mindestunterhalt minderjähriger oder privilegiert volljähriger Kinder nicht gewahrt ist.

Das Familiengericht hat darüber hinaus zu Recht die Kinderbetreuungskosten für das mit dem Ast. und seiner Ehefrau zusammenlebende Kind P. nicht vorab vom Einkommen des Ast. abgesetzt.

Kindergartenbeiträge stellen in der Regel Mehrbedarf des Kindes und nicht berufsbedingte Aufwendungen des betreuenden Elternteils dar

(BGH FamRZ 2009, 962).

Dies ist auch vorliegend der Fall. P. besucht den Kindergarten nicht, damit dem Ast. und seiner Ehefrau, der Mutter von P., eine Berufstätigkeit ermöglicht wird, sondern aus pädagogischen Gründen. Zur Ermöglichung einer Berufstätigkeit des Ast. wäre die Fremdbetreuung von P. nicht notwendig, da seine Ehefrau derzeit aufgrund der Geburt des Kindes J. ohnehin nicht berufstätig ist.

Nach den im Verfahrenskostenhilfeprüfverfahren zugrunde-
zulegenden Einkünften des Ast. reichen diese nicht aus, um den Unterhaltsbedarf seiner drei minderjährigen Kinder zu decken. Es ist eine Mangelfallberechnung durchzuführen. Der Mehrbedarf von P. ist dabei nicht vorab in vollem Umfang zu befriedigen und nur das verbleibende Einkommen, soweit es über dem notwendigen Selbstbehalt liegt, gleichmäßig auf alle drei minderjährigen Kinder zu verteilen. Vielmehr ist nicht der Mehrbedarf, sondern der Mindestunterhalt der drei minderjährigen Kinder vorrangig zu befriedigen. Reicht die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen für den Unterhalt sämtlicher Berechtigter nicht aus, so führt die

Angemessenheitsbetrachtung beim Unterhaltsbedarf gemäß § 1610 BGB regelmäßig dazu, dass der Kindesunterhalt nur in Höhe des Existenzminimums zu veranschlagen ist; das Existenzminimum ist in § 1612 a BGB als Mindestunterhalt festgelegt

(BGH FamRZ 2008, 2189).

Nur der Mindestunterhalt der drei Kinder ist hier in die Mangelfallberechnung einzustellen. Es kann dahin stehen, ob im

Einzelfall – etwa bei krankheitsbedingtem Mehrbedarf eines Kindes – der Mehrbedarf neben dem Mindestunterhalt in die Mangelfallberechnung einzubeziehen ist. Die Angemessenheitskontrolle ergibt vorliegend jedenfalls, dass der Mehrbedarf von P. bei der Mangelfallberechnung nicht zu berücksichtigen ist. Das Existenzminimum aller drei minderjähriger Kinder ist hier vorrangig vor dem Mehrbedarf des Kindes P., der aus pädagogischen Gründen entsteht.

Arbeitsgerichtsbarkeit

GG Art. 12 I; KSchG § 1 I; BGB §§ 138 I, 242

- 1. Ob eine Probezeitkündigung wegen falscher Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei dessen Einstellung gestellten Frage gemäß §§ 242, 138 Abs. 1 BGB rechtmisbräuchlich und damit nichtig ist, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber in zulässiger Weise von seinem Fragerecht Gebrauch gemacht hat.**
- 2. Aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers und dem Resozialisierungsgedanken hat der Arbeitgeber in Bezug auf Vorstrafen nur ein eingeschränktes Fragerecht.**
- 3. Demgegenüber hat der öffentliche Arbeitgeber in der Regel ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung verhängter Disziplinarmaßnahmen, weil diese grundsätzlich als Reaktion auf pflichtwidriges Verhalten im Amt verhängt wurden.**

SchiHLAG, 5. Kammer, Urteil vom 12. Januar 2012 – 5 Sa 339/11 –, O.-E.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Probezeitkündigung. Der 1962 geborene, verheiratete Kl. wurde mit Arbeitsvertrag vom 17.8.2010 mit Wirkung zum 23.8.2010 als Studienrat an Gymnasien in den Landesdienst eingestellt und am Gymnasium in X. eingesetzt. Der Kl. bezog zuletzt ein monatliches Bruttoeinkommen i. H. v. € 3064,54.

Vor seiner Einstellung hatte der Kl. in B. das Referendariat abgeleistet und die Zweite Staatsprüfung am 18.1.2010 bestanden. Anlässlich der Einstellung in den Schleswig-Holsteinischen Schuldienst gab er am 29.7.2010 eine Erklärung ab. Durch seine Unterschrift auf der Formularerklärung bestätigte er u. a.

„... dass ich nicht gerichtlich bestraft oder disziplinarrechtlich belangt worden bin und dass gegen mich kein gerichtliches Strafverfahren, strafrechtliches Ermittlungsverfahren oder Disziplinarverfahren anhängig ist, ...“

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Kl. durch unangemessenes Verhalten und Distanzlosigkeit im Sportunterricht aufgefallen ist. Am 23.11.2010 fand zwischen dem Kl. und dem Schulleiter F. eine Nachbesprechung über zwei Unterrichtsstunden statt. In diesem Gespräch teilte Herr F. dem Kl. mit, Schülerinnen der neunten Klasse hätten behauptet, er, der Kl., „gucke komisch“. Herr F. fragte den Kl., ob er möglicherweise ein „Nähe-Distanz-Problem“ im Verhältnis zu Schülerinnen und Schülern habe. Herr F. wandte sich an das Personalreferat, woraufhin das beklagte Land die Personalakten bei der alten Dienststelle des Kl. in B. anforderte. Aus den übersandten Akten ergab sich, dass aufgrund eines Vorfalls am Autobahnzubringer H.-L. am 14.5.2000 ein Ermittlungsverfahren gegen den Kl. wegen exhibitionistischer Handlungen eingeleitet und dieses gemäß § 153 Abs. 1 StPO eingestellt worden war. Während der Zeit des in B. abgeleisteten Referendariats war es am 31.5.2005 zu einem weiteren Vorfall gekommen, der von der Staatsanwaltschaft B. in der Anklageschrift als exhibitionistische Handlung gemäß § 183 StGB bewertet worden war. Das Strafverfahren war gemäß § 153 Abs. 2 StPO eingestellt worden. Infolge dieses Vorfalls war der Kl. vom Senator für Bildung und Wissenschaft der F. H. B. mit bestandskräftigem Bescheid vom 10.5.2005 gemäß § 38 Abs. 1 des B. Disziplinargesetzes vorläufig des Dienstes entbunden worden. Außerdem war nach § 38 Abs. 2 B. Disziplinargesetz ein Teil seiner Dienstbezüge einbehalten worden. In dem Bescheid wurde zur Begründung u. a. ausgeführt:

„Ausweislich einer vom Polizeirevier N. aufgenommenen Strafanzeige haben Sie am 31. März 2005, zwischen 14:30 Uhr und 15:00 Uhr am W. (Höhe B. weg) in alkoholisiertem Zustand (Blutalkoholkonzentration 2,08 g Promille) eine andere Person durch exhibitionistische Handlungen belästigt, in dem Sie vor der Geschädigten onanierten. Die Geschädigte hatte Sie bereits zuvor angesprochen und Ihnen unmissverständlich klar gemacht, dass Sie sie in Ruhe lassen sollten. Sie wurden von der Polizei noch am selben Ort angetroffen, befanden sich aber mittlerweile in Begleitung von zwei jungen Mädchen, die Sie als Lehrer bezeichneten.“

Mit Bescheid vom 31.3.2006 widerrief das Land B. das Beamtenverhältnis des Kl. gemäß §§ 39 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 4 B. Beamtengesetz a. F. unter Bezugnahme auf den Vorfall am W. am 31.3.2005 und ordnete die sofortige Vollziehung an.

Gegen diese Maßnahmen wandte sich seinerzeit der Kl. nach erfolglosem Widerspruch vor dem Verwaltungsgericht B. mit einem einstweiligen Anordnungsverfahren und einer Verpflichtungsklage (VG B. 6 V 1793/06 und 6 K 1647/06). Nachdem der Kl. in jenem Hauptsacheverfahren im Wege der teilweisen Antragsrücknahme nur noch beantragt hatte, das Land B. zu verpflichten, mit ihm den Vorbereitungsdienst außerhalb eines Beamtenverhältnisses wieder aufzunehmen, wurde der Bescheid vom 31.3.2006 betreffend die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis bestandskräftig. Nachdem ein amtsärztliches und fachpsychiatrisches Gutachten zu dem Ergebnis gekommen war, der Kl. sei

nicht alkoholabhängig und von ihm gingen keinerlei Gefährdungen aus, die das Selbstbestimmungsrecht der am Schulleben Beteiligten in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten, einigten sich das Land B. und der Kl. dahingehend, dass der Kl. den Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses fortsetzen konnte. Das Hauptsacheverfahren mit dem geänderten Antrag erklärten sie sodann übereinstimmend für erledigt.

Am 28.12.2010 hörte das beklagte Land (künftig: die Bkl.) den Hauptpersonalrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Kl. innerhalb der Probezeit an. Der Hauptpersonalrat stimmte der Kündigung am 10.1.2011 zu. Daraufhin kündigte die Bkl. das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13.1.2011 fristgerecht zum 31.1.2011.

Gegen diese ihm am 17.1.2011 zugegangene Kündigung hat der Kl. am 4.2.2011 vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 13.7.2011 abgewiesen. Die Kündigung sei nicht treuwidrig gemäß § 242 BGB. Nach Darstellung der Bkl. sei die Kündigung erfolgt, weil der Schulleiter den Eindruck gewonnen habe, dass der Kl. nicht das von einer Lehrkraft zu erwartende Verhalten gezeigt und im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen gewahrt habe und von einer mangelnden Eignung des Kl. für den Lehrerberuf auszugehen sei. Außerdem beziehe sich die Bkl. auf eine nachhaltige Erschütterung des Vertrauensverhältnisses aufgrund fehlender Angaben des Kl. bei seiner Einstellung zu dem Disziplinarverfahren in B. Ob der Kl. grundsätzlich für den Lehrerberuf geeignet sei, ob er tatsächlich nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen gewahrt und eine vorsätzlich falsche Erklärung bei seiner Einstellung abgegeben habe, bedürfe keiner Entscheidung, weil die Kündigung innerhalb der Probezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfolgt sei. Die Kündigung beruhe nicht auf willkürlichen oder sachfremden Motiven. Die Kündigung sei auch nicht aufgrund fehlerhafter Personalratsanhörung unwirksam.

Mit seiner Berufung trägt der Kl. vor, das Arbeitsgericht sei im Tatbestand von einem „fachpsychiatrischen Gutachten“ ausgegangen, in Wahrheit habe es sich indessen um ein „forensisch-psychiatrisches Gutachten“ gehandelt. Dieses sei in Bezug auf den Beweiswert beachtlich. Der Kl. bestreite, dass der Schulleiter den Eindruck gewonnen habe, dass er, der Kl., aufgrund seines gegenüber Schülerinnen distanzlosen Verhaltens im Sportunterricht für den Lehrerberuf nicht geeignet sei. Der Schulleiter habe in dem Gespräch vom 23.2.2011 nicht behauptet, dass Schülerinnen (oder Eltern) an ihn persönlich herangetreten seien mit der Beschwerde, er, der Kl., „gucke komisch“. Richtig sei vielmehr, dass er, der Schulleiter, dies nur gehört habe. Auch an die Beratungslehrer seien solche Beschwerden nicht herangetragen worden. Es sei nach wie vor offen, wer die Eindrücke eines „Nähe-Distanz-Problems“ aufgeworfen habe. Ein Kündigungsmotiv aus den Zusammenhängen des Arbeitsverhältnisses gebe es nicht. Die Kündigung verletze ihn mithin in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die Vorfälle aus 2005 dürften nicht zur Beurteilung seiner persönlichen und fachlichen Eignung für den Lehrerberuf herangezogen werden. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund des forensisch-psychiatrischen Gutachtens. Die Motive der Kündigung ergeben sich aus dem Personalrats-Anhörungsprotokoll, nur dass diese allesamt falsch seien. Damit griffe die Kündigung nicht nur in die Berufsausübungsfreiheit, sondern sogar in die Berufswahlfreiheit ein, da bei dem Lehrerberuf die Personalakte stets zum neuen Arbeitgeber gleichsam „mitwandere“. Vor diesem Hintergrund müssten auch bei einer Probezeitkündigung Gründe vorliegen, die tatsächlich stimmten. Ansonsten gäbe es keinen Mindestschutz bei Probezeitkündigungen.

Das beklagte Land verteidigt das angefochtene Urteil. Der verfassungsrechtliche Mindestschutz vor einer Kündigung, die nicht dem Kündigungsschutz unterliege, sei weder aus sachfremden noch aus willkürlichen Motiven missachtet worden. Vielmehr habe sie die ihr zugetragenen Eindrücke des Schulleiters, der Kl. zeige nicht das von ihm zu erwartete Verhalten einer Lehrkraft und wahre im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen, zum Anlass genommen, dessen Personalakte anzufordern. Die Einsichtnahme in die Personalakte habe offenbart, dass der Kl. bei dessen Einstellung verheimlicht habe, dass gegen ihn ein Disziplinarverfahren geführt worden sei, welches mit der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis geendet habe. Dieser Umstand, die Verheimlichung des Disziplinarverfahrens und dessen Gegenstand, sowie die Distanzlosigkeit gegenüber Schülerinnen hätten letztlich zur streitbefangenen Kündigung des Kl. während der Probezeit geführt.

Aus den Gründen

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsfeststellungsklage zu Recht abgewiesen. Die hiergegen vom Kl. erhobenen Einwände rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen werden. Lediglich ergänzend und auf den Sach- und Rechtsvortrag

des Kl. in der Berufungsinstanz eingehend wird noch auf Folgendes hingewiesen:

I. Die Feststellungsklage ist – in der in der Berufungsverhandlung geänderten Fassung – zulässig, aber unbegründet. Entgegen der Auffassung des Kl. ist die ordentliche Probezeitkündigung vom 13.1.2011 nicht wegen Treu- oder Sittenwidrigkeit nichtig, §§ 138 Abs. 1, 242 BGB.

1. Während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist der Arbeitnehmer lediglich vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. In der Wartezeit erfolgt daher grundsätzlich nur eine Missbrauchskontrolle

(LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.1.2011 – 3 Sa 95/11 –, zit. n. Juris).

Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden.

a) Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Arbeitnehmer auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes über die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt werden (§§ 242, 138 BGB). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Der durch die Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) vermittelte Schutz darf allerdings auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, z. B. vor Diskriminierungen i. S. v. Art. 3 Abs. 3 GG

(BVerfG, Urt. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 –, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969).

Das gilt auch für Kündigungen innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG

(BVerfG, Urt. v. 21.6.2006 – 1 BvR 1659/04 –, NZA 2006, 913; BAG, Urt. v. 24.1.2008 – 6 AZR 96/07 –, NZA-RR, 397 ff.).

b) Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine Kündigung gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Andernfalls würde in diesen Fällen über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt werden und damit die Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb während der gesetzlichen Wartezeit zu überprüfen

(st. Rspr. des Bundesarbeitsgericht, vgl. nur: BAG, Urt. v. 24.1.2008 – 6 AZR 96/07 –, aaO mwRspr.-Nachw.).

Eine willkürliche Kündigung liegt nicht vor, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht

(BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 6 AZR 828/08 –, ZTR 2010, 430; BAG, Urt. v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02 –, AP Nr. 17 zu § 242 BGB ‚Kündigung‘).

c) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer

(vgl. BAG, Urt. v. 22.5.2003 – 2 AZR 426/02 –, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 ‚Wartezeit‘).

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gewährleistet. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen,

um ihn zu entkräften. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden

(BAG, Urt. v. 16.9.2004 – 2 AZR 447/03 –, AP Nr. 44 zu § 611 BGB ‚Kirchendienst‘).

2. Gemessen an diesen Voraussetzungen beruht die streitgegenständliche Kündigung gerade nicht auf sachfremden Motiven und ist deshalb auch nicht willkürlich i. S. v. § 242 BGB. Der Kl. hat nicht darzulegen vermocht, dass die Bekl. sich bei Ausspruch der Kündigung von sachfremden und missbräuchlichen Motiven hat leiten lassen.

Zutreffend weisen sowohl der Kl. als auch die Bekl. darauf hin, dass sich die Bekl. nur auf die Kündigungsgründe bzw. diejenige Motivlage beziehen kann, die sie in dem Anhörungsverfahren gegenüber dem Personalrat offengelegt hat, § 51 MBG.

a) Nachdem die Bekl. dem Personalrat zunächst die Eindrücke des Schulleiters zur möglicherweise vorliegenden fehlenden Distanz des Kl. gegenüber Schülerinnen im Sportunterricht und die daraufhin durch Fakten gewonnenen neuen Erkenntnisse aufgrund des Inhalts der angeforderten Personalakte schilderte, hat sie den daraus entwickelten Kündigungsgrund im letzten Absatz des Anhörungsbogens zusammengefasst. Dort teilt die Bekl. dem Personalrat mit, dass der Kl. innerhalb der Probezeit entlassen werden sollte, da es zu keinem Vertragsschluss gekommen wäre, wenn sie gewusst hätte, dass der Kl. während seines Referendariats im Rahmen eines Disziplinarverfahrens wegen exhibitionistischer Handlungen in der Öffentlichkeit aus dem Beamtenverhältnis entlassen wurde. Zudem komme hinzu, dass der Kl. auch gegenüber abhängigen Schülerinnen in Schleswig-Holstein durch Distanzlosigkeit auffällig geworden sei.

Der Kl. vermochte nicht zu widerlegen, dass dieses Motivbündel gerade nicht ausschlaggebend für die Kündigung war, sondern andere, sachwidrige Gründe.

b) Unstreitig hat der Kl. in der Einstellungserklärung vom 29.7.2010 eine nachweisbar falsche Bestätigung abgegeben. Der Kl. wurde durch – letztlich aufgrund der Antragsänderung in dem Hauptsacheverfahren bestandskräftig gewordenen – Bescheid des Landes B. vom 31.6.2006 aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf entlassen. Hierbei handelt es sich auch um eine disziplinarische Maßnahme gemäß §§ 39 Abs. 1, 38 Abs. 4 B. Beamtengesetz a. F. Die falsche Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage kann den Arbeitgeber unter Umständen berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung § 123 Abs. 1 BGB anzufechten

(vgl. BAG, Urt. v. 7.7.2011 – 2 AZR 396/10 –, zit. n. Juris).

aa) Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die Bekl. bei der Einstellung des Kl. überhaupt in zulässiger Weise von ihrem Fragerecht Gebrauch gemacht hat, d. h. ob sie berechtigt war, eine uneingeschränkte Frage nach verhängten disziplinarischen Maßnahmen zu stellen.

Dabei wird nicht verkannt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Einstellung nicht uneingeschränkt nach etwaigen Vorstrafen befragen darf. Eine in zulässiger Weise gestellte Frage setzt ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung voraus. Fehlt es hieran, ist die wahrheitswidrige Beantwortung nicht rechtswidrig. Nach Vorstrafen darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Einstellung fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, welche Vorstrafen er als einschlägig ansieht; entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab. Das gilt grundsätzlich auch angesichts der Geltung des Bundeszentralregistergesetzes. Je nach den Umständen kann es außerdem zulässig sein, sogar nach anhängigen Ermittlungsverfahren zu fragen. Die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung bindet unmittelbar nur denjenigen Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat. Dagegen lässt sich aus der Unschuldsvermutung nicht der Schluss ziehen, dass dem Betroffenen aus der Tatsache, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn anhängig ist, überhaupt keine Nachteile entstehen dürfen

bb) Ob dieses eingeschränkte Fragerecht des Arbeitgebers zu Vorstrafen, welches auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers sowie dem Resozialisierungsgedanken basiert, im öffentlichen Dienst auch uneingeschränkt für verhängte Disziplinarmaßnahmen gilt, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung von verhängten Disziplinarmaßnahmen besteht nach Auffassung der Kammer in aller Regel bereits deshalb, weil diese grundsätzlich als Reaktion auf pflichtwidriges Verhalten im Amt verhängt werden.

Vorliegend hatte die Bekl. auch ein berechtigtes Interesse, von der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf zu erfahren. Soweit dies der vorliegenden Akte zu entnehmen ist, wurde der Entlassungsbescheid vom 31.3.2006 mit dem gezeigten exhibitionistischen Verhalten des Kl. am W. begründet. Die Verantwortung gegenüber Schülerinnen und Schülern und ihren Eltern schließe es aus, ein gewisses Restrisiko sexuell übergreifenden Verhaltens des Kl. in Kauf zu nehmen. Die Garantenstellung gegenüber den Schutzbefohlenen würde eine ständige Beaufsichtigung des im Vorbereitungsdienst zu leistenden eigenverantwortlichen Unterrichts des Kl. erfordern, die nicht zumutbar sei.

Der damalige Grund der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis tangiert auch maßgeblich die hier vertraglich geschuldete Tätigkeit des Kl. beim beklagten Land. Der Kl. ist bei der Bekl. mit den Kernfächern Sport und Religion eingestellt worden. Gerade von einem Sportlehrer, der den Schülern und Schülerinnen bei den Sportübungen Hilfestellungen leisten und sie deshalb auch anfassen muss, muss erwartet werden, dass dieser in jeder Hinsicht den erforderlichen Anstand und Abstand wahr und jegliches sexuell zu deutende Verhalten seinerseits unterlässt. Der Kl. hätte mithin die disziplinarisch veranlasste Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf aus Sicht der Kammer nicht verschweigen dürfen.

c) Letztlich bedarf es aber auch keiner Beantwortung, ob es gegen das ethische Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstieße (§ 242 BGB), wenn ein öffentlicher Arbeitgeber eine Probezeitkündigung allein damit begründet, der Arbeitnehmer sei vor mehr als fünf Jahren während seines Referendariats wegen einer exhibitionistischen Handlung außerhalb des Vorbereitungsdienstes aus dem damaligen Beamtenverhältnis auf Widerruf entlassen worden.

aa) Die Bekl. stützt die Probezeitkündigung vorliegend gerade nicht allein auf diese Umstände und die falsche Einstellungserklärung des Kl.. Unstreitig hatte der Schulleiter die Bekl. darüber informiert, dass der Kl. durch unangemessenes und distanzloses Verhalten gegenüber Schülerinnen aufgefallen sei. Ebenso unstreitig hat der Schulleiter den Kl. im Rahmen einer Unterrichtsnachbesprechung damit konfrontiert, dass Schülerinnen sich beschwert hätten, er, der Kl., „gucke komisch“ und die Frage aufgeworfen, ob er, der Kl., ein Distanz-Nähe-Problem habe. Die Bekl. hat dem Personalrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach §§ 51, 52 MBG-SH mitgeteilt, dass der Schulleiter aufgrund „eigener Beobachtungen“ und „Eindrücke“ von Eltern und Schülerinnen zu der Erkenntnis gelangt sei, dass der Kl. nicht das von ihm als Lehrkraft zu erwartete Verhalten zeige und im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen zeige. Diese Einschätzung des Schulleiters hat sich die Bekl., wie sich aus dem letzten Absatz der Personalratsanhörung ergibt, auch zu Eigen gemacht. Die vom Schulleiter erhobenen Bedenken gegen die persönliche Eignung des Kl. hat die Bekl. erst zum Anlass genommen, die Personalakte des Kl. anzufordern. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem

Sachverhalt, der der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10.3.2011 – 11 Sa 2266/10 –

(zit. n. Juris)

zugrunde lag.

bb) Der Vorwurf distanzlosen Verhaltens gegenüber Schülerinnen ist auch nicht deshalb treuwidrig, weil die Bekl. nicht geprüft hat, ob die ihr insoweit mitgeteilte Einschätzung des Schulleiters auf einer objektiv belegbaren Tatsachengrundlage fußt. Zum einen hat die Bekl. die vom Schulleiter getroffene negative Eignungseinschätzung zum Anlass genommen, die Personalakte des Kl. anzufordern, um ggf. neue Erkenntnisse in dieser Hinsicht zu gewinnen. Zum anderen verkennt der Kl., dass der Arbeitgeber grundsätzlich innerhalb der ersten sechs Monate das Arbeitsverhältnis frei, d. h. ohne soziale Rechtfertigung, kündigen kann. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Kündigung darf nicht dazu führen, dass das gesetzlich normierte freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers innerhalb der ersten sechs Monate ad absurdum geführt würde. Nach der gesetzlichen Intention des § 1 Abs. 1 KSchG hat der Arbeitgeber während der gesetzlichen Wartezeit die grundsätzlich uneingeschränkte Möglichkeit, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit zu überprüfen. Dieses freie Kündigungsrecht ist nur durch Rechtsmissbrauch i. S. v. § 242 BGB begrenzt. Von Rechtsmissbrauch oder Sittenwidrigkeit kann indessen dann nicht ausgegangen werden, wenn ein irgendetwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht

(BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 6 AZR 828/08 –, ZTR 2010, 430; BAG, Urt. v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02 –, AP Nr. 17 zu § 242 BGB ‚Kündigung‘).

Es ist indessen einleuchtend und nachvollziehbar, dass ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit kündigt, wenn der unmittelbare Vorgesetzte, der die Eignung und das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers in der Regel unmittelbar beurteilen kann, den Arbeitnehmer für ungeeignet hält. Der Arbeitgeber darf sich mithin während der ersten sechs Monate auf die subjektive Eignungseinschätzung und Leistungsbeurteilung der unmittelbaren Vorgesetzten des Arbeitnehmers verlassen, ohne dass er selbst diese vom Vorgesetzten übernommene Einschätzung auf belegbare Tatsachen stützen kann

(vgl. BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 6 AZR 828/10 –, ZTR 2010, 384; vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.10.2002 – 5 Sa 345/02 –, NZA-RR 2003, 310).

Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Einschätzung des Schulleiters objektiv zutreffend und durch verifizierbare Tatsachen fundiert ist

(Hessisches LAG, Urt. v. 21.3.2003 – 12 Sa 561/01 –, NZA-RR 2004, 356).

Entgegen der Auffassung des Kl. kam es dementsprechend nicht streitentscheidend darauf an, welche Schülerinnen und/oder Eltern sich beim Schulleiter über den Kl. beschwert haben, der Kl. „gucke komisch“. Vielmehr durfte sich die Bekl. auf die ihr mitgeteilte subjektive Einschätzung des Schulleiters, insbesondere vor dem Hintergrund der aus der beigezogenen Personalakte gewonnenen zusätzlichen Erkenntnisse, darauf verlassen, der Kl. sei für die Stelle eines Sportlehrers nicht geeignet. Es ist jedenfalls nicht widerlegt, dass diese vom Schulleiter übernommene subjektive Einschätzung der Bekl., der Kl. sei wegen nicht gewahrter Distanz zu Schülerinnen als Sportlehrer nicht geeignet, für die Bekl. das letztlich tragende Kündigungsmotiv war.

3. Die streitgegenständliche Kündigung ist auch nicht wegen mangelhafter Anhörung des Personalrats gemäß §§ 52 Abs. 1, 51 Abs. 1 MBG-SH unwirksam. Insoweit kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seite 8) verwiesen werden. Der Kl. hat seine diesbezüglichen erstinstanzlich erhobenen Einwände in der Berufungsinanz auch nicht weiter aufrechterhalten.

Meinungen | Thesen | Aspekte

„Ein Gericht modernisiert sich, ... der Mensch muss mit.“

Das Amtsgericht als der älteste Justizbau in Schleswig, wenn nicht sogar im Lande, ist nicht zuletzt wegen der seit mehr als 20 Jahren vom Justizministerium für die in dem jeweiligen Jahr eingestellten RichterInnen und StaatsanwältInnen bei Kaminfeuer (!) durchgeführten „Proberichterabende“ in der gesamten Justiz bekannt.



Das Gebäude wurde 1754 von Christian Friedrich von Heespen, einem Richter in Schleswig, erbaut und ist damit mehr als 120 Jahre

älter als das Oberlandesgericht. Nach mehrfachem Eigentumswechsel übernahm 1869 der preußische Justizfiskus das Gebäude. Es wird seither als Amtsgericht genutzt. Durch die Errichtung eines Erweiterungsbaus im Jahre 1981 erhöhte sich die Grundrissfläche von 905 m² auf 4617 m². Dabei ist dem Amtsgericht Schleswig das barocke Ambiente nicht verloren gegangen, da die Anbauten von der Fronseite her kaum zu erkennen sind.

Vor allem in den letzten 12 Jahren hat das Gericht, wie alle Gerichte im Lande, sich neuen Entwicklungen anpassen müssen und dabei stetig auch neue Aufgaben übernommen.

Meilensteine im Hinblick auf die Modernisierung des Amtsgerichts waren dabei neben der Einführung von MEGA im Oktober 2000 (bis dahin gab es im Hause nicht einen dienstlichen Computer!), die Einführung des automatisierten Mahnverfahrens im September 2002, die Übernahme des überwiegenden Teils des aufgelösten Amtsgerichts Kappeln im April 2007 und zum November 2007 die Zentralisierung aller Mahnverfahren aus Schleswig – Holstein.. Durch die Zentralisierung der Mahnverfahren und die Aufnahme von Personal und Akten des Amtsgerichts Kappeln wuchs die Mitarbeiterzahl innerhalb eines Jahres von 84 auf 110. Hierfür sind kurzfristig durch den Rück- und Ausbau der ursprüngliche Arresträume und des Spitzbodens weitere 227 qm für neue und moderne Arbeitsplätze hergerichtet worden.

Das im September 2012 10 Jahre alt werdende automatisierte Mahnverfahren und deren spätere Zentralisierung haben sich zu einer Erfolgsstory entwickelt. Es ist ein bewährtes, anerkanntes und effizientes Verfahren und trägt wesentlich zur Modernisierung der Justiz in Schleswig – Holstein bei. So sind vom 1.9.2002 bis zum 31.5.2012 bislang über 1,5 Millionen Mahnbescheidsanträge bearbeitet worden (überwiegend tagfertig) und an Gebühren über 32,6 Millionen € eingegangen.

Ein weiteres Projekt in 2002 war neben der Einführung des automatisierten Mahnverfahrens die Einführung von FOLIA in Grundbuchsachen. Bereits im Mai 2008 war das Amtsgericht Schleswig das erste Amtsgericht in Schleswig – Holstein, das alle rd. 42.000 Grundbücher elektronisch verfügbar hatte.

Daneben war das Amtsgericht Schleswig mit weiteren „kleineren“ Projekten betraut bzw. ist noch betraut, wie z.B. die elektronische Akte im Mahnverfahren, Spracherkennung oder



Christian Blöcker
(Jahrgang 1955)
Direktor des Amtsgerichts
Schleswig (seit 2001)

Klaus Schulze (Jahrgang 1954)
Geschäftsleiter des
Amtsgerichts Schleswig
(seit 2006)

die elektronische Benachrichtigung der Notare in Grundbuchsachen über EGVP. Seit April 2010 besteht im Hause im Übrigen eine Mediationsabteilung.

Frei nach dem Motto: „Die Zeit nach dem Projekt ist die Zeit vor dem Projekt“ sind wir z.Zt. vor allem damit beschäftigt, die Einführung des zentralen Vollstreckungsgerichts beim Amtsgericht Schleswig vorzubereiten. Ab dem 1.1.2013 sind in jedem Bundesland sowohl die Schuldner- als auch die Vermögensverzeichnisse nicht mehr bei jedem Vollstreckungsgericht, sondern zentral und in elektronischer Form bei einem Vollstreckungsgericht, in Schleswig-Holstein eben beim Amtsgericht Schleswig, zu führen. Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff „zentrales Vollstreckungsgericht“ ist hierbei jedoch insofern irreführend, als alle anderen Vollstreckungssachen (z.B. Forderungspfändungen von Konto/Gehalt usw.) von dieser Zuständigkeitskonzentration nicht betroffen sind. Eine Voraussetzung für die Einführung des Zentralen Vollstreckungsgerichts ist der Einsatz der neuen Fachanwendung ForumSTAR. Nur in dem Vollstreckungsmodul von ForumSTAR ist die Bearbeitung der Daten des zentralen Vollstreckungsgerichts möglich. Das Amtsgericht Schleswig wird daher vorab das Vollstreckungsmodul aber auch das Zivilmodul, das ebenso beim Amtsgericht Schleswig als erstem Amtsgericht zum 1.1.2013 eingeführt werden soll, mit der Unterstützung der Projektgruppe ForumSTAR testen, schulen und pilotieren.

Der vermehrte Arbeitsaufwand, der mit der Durchführung von Projekten dieser Art einhergeht, ist für die Mitarbeiter unbestritten eine zusätzliche Belastung und kann nur mit entsprechend motivierten und gut ausgebildeten Mitarbeitern gemeistert werden, so dass wir viel Zeit investieren, um die Mitarbeiter für die mit den Projekten verbundenen Ziele zu begeistern. Dies ist nicht immer einfach, denn auf Grund der allseits bekannten Arbeitsverdichtung, sei es in Folge von Stelleneinsparungen oder zusätzlichen (etwa Statistik-)Aufgaben oder auch der Vielzahl der in der Vergangenheit durchzuführenden neuen Projekte (s.o.), ist die Arbeitsbelastung der Mitarbeiter bereits im laufenden Geschäft sehr hoch. Deshalb und weil auch die Erfahrung lehrt, dass der Erfolg eines Projektes maßgebend davon abhängt, wie die Mitarbeiter das Projekt mittragen, wird die Frage der Mitarbeitermotivierung und –führung im öffentlichen Dienst auch immer wichtiger. Fortbildungen in diesem Bereich werden aus gutem Grunde deshalb in den letzten Jahren auch verstärkt angeboten. Nach unseren Erfahrungen funktioniert dies am ehesten, wenn die Mitarbeiter rechtzeitig eingebunden werden und möglichst frühzeitig alle Informationen über den Verlauf und die Zukunft des Projektes kommuniziert werden, damit auf Anregungen der betroffenen Mitarbeiter, die es häufig am besten wissen, noch rechtzeitig reagiert werden kann. Dies gelingt uns mal besser, mal schlechter. Wir wünschen uns sehr, dass die Einführung von ForumSTAR und des zentralen Vollstreckungsgerichts uns gut gelingen möge. Die Uhr tickt. Der 1.1.2013 rückt immer näher.

Buchanzeige

Muster für Vollmachten

– einschließlich vorsorgender Generalvollmacht und Patientenverfügung –
von Dieter Epple, Notar a.D.

2012, 8., überarbeitete Auflage, 70 S., 7,80 €, Recht der Wirtschaft, Band 135, ISBN 978-3-415-04800-3
erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Stuttgart

Vollmachten erleichtern die Besorgung von Rechtsangelegenheiten wesentlich. Doch ihre Erteilung ist Vertrauenssache und will daher gut überlegt sein.

Der bewährte Ratgeber enthält 56 Vollmachtsmuster zur Vertretung im Geschäfts- und Liegenschaftsverkehr, in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten oder in Rechtsstreitigkeiten, um nur die wichtigsten Bereiche zu nennen. Neben Generalvollmachten stehen zahlreiche Gattungsvollmachten, ferner Spezial- oder Sondervollmachten zur Verfügung. Daneben sind auch Muster für den Widerruf von Vollmachten sowie eine Patientenverfügung enthalten.

Hinweise und Anmerkungen gehen auf die rechtlich bedeutsamen Fragen ein und stellen dadurch den Zweck und die Tragweite der einzelnen Vollmachtsmuster klar heraus.

Buchanzeige

Bracker/Dehn

Gemeindeordnung Schleswig-Holstein Kommentar

9. Auflage 2012, kartoniert, ca. 800 S., Format 16,5 x 23,5 cm, Preis ca. 79,- €, ISBN 978-3-8293-1005-5
erschienen im Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Wiesbaden

Das kommunale Verfassungsrecht ist im März dieses Jahres grundlegend vom schleswig-holsteinischen Landesgesetzgeber geändert worden. Diesem Umstand trägt die Neuauflage Rechnung. Sie beinhaltet alle rechtlichen und verfahrensmäßigen Fragen der Kommunalverfassung anschaulich und verständlich und verhilft damit zu einer sicheren Bewältigung dieser elementaren Rechtsmaterie.

Schwerpunkte des Kommentars sind die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte der Einwohner und Bürger, die Rechtsstellung der Vorsitzenden der Gemeindevertretung, Rechte und Pflichten der Gemeindevertreter und Ausschussmitglieder, Aufgaben und Arbeitsweise der Gemeindevertretung, des Hauptausschusses und der Fachausschüsse, das Berichtswesen und die Wahl, Rechtsstellung und Aufgaben der ehren- und hauptamtlichen Bürgermeister. Die Vorschriften über die Kommunalaufsicht werden ebenfalls eingehend erläutert.

Die 9. Auflage beinhaltet die aktuelle Rechtsprechung und die neuesten Praxis-Erfahrungen. Damit liegt ein geschlossener Überblick über die Verwaltungs- und Verfahrensrechtsprechung zur Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vor. Das Erläuterungswerk ist ein Praktiker-Kommentar, der Hilfen für die tägliche Arbeit gibt.

Buchanzeige

Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch (Hrsg.)

Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar

mit rechtlichen Aspekten des E-Government

2012, gebunden, ca. 900 S., Format 16,5 x 23,5 cm, Preis ca. 89,- €, ISBN 978-3-8293-0973-8
erschienen im Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Wiesbaden

Der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechniken und die Umsetzung von E-Government in der Verwaltung ist längst Alltag. Aktuell findet aber u.a. mit der flächenhaften Verbreitung des neuen Personalausweises sowie dessen im Verwaltungsverfahren nutzbarer Identitätsnachweisfunktion oder der Einführung der (verfahrens-)sicheren Übermittlung von E-Mail durch das De-Mail-Gesetz eine deutliche Beschleunigung der elektronischen Durchdringung des Verwaltungsverfahrens statt.

Dies greift der neue Kommentar zum VwVfG in bisher nicht dagewesener Weise auf. Der Bezug zum E-Government wird für sämtliche Vorschriften des VwVfG vorgestellt. Um einen umfassenden Überblick zu ermöglichen, werden zudem die weiteren wichtigen gesetzlichen Regelungen mit Relevanz für E-Government wie das Verwaltungszustellungsgesetz, die Verwaltungsgerichtsordnung, das Personalausweisgesetz und das De-Mail-Gesetz auszugsweise kommentiert. Der Nutzer erhält also ein in sich geschlossenes Compendium zum E-Government im Verwaltungsverfahren.

Insgesamt stellt der Kommentar eine kompetente Arbeitshilfe für die gesamte Verwaltung, die Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie für Studenten, Kammern, Verbände und Institutionen, bis hin zu Auszubildenden von Verwaltungshochschulen dar.

»Der Eichmann-Prozess in Jerusalem«

Eine Ausstellung im
**Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgericht**

vom 15. Okt. - 8. Nov. 2012

Ausstellungsort:

Schl.-H. Oberlandesgericht
Gottorfstr. 2
24837 Schleswig

Öffnungszeiten:

Montag bis Freitag
8.30 Uhr bis 15.30 Uhr

Kontakt:

Pressestelle des OLG, 04621 86 – 1328
oder verwaltung@olg.landsh.de

www.schleswig-holstein.de/olg



Yad Vashem Jerusalem
Freundeskreis Yad Vashem e.V.



Präsidentin des Schleswig
Holsteinischen Oberlandesgerichts



Landeszentrale für politische Bildung

Dokumentations- und Forschungsstelle
'Justiz und Nationalsozialismus'
an der Justizakademie Nordrhein-Westfalen