



Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Dr. Armin Teschner

Der Prozess gegen Adolf Eichmann in Jerusalem – Ein Rückblick auf die Ausstellung im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Dr. Thomas Krause

„Wer einmal aus dem Blechnapf frisst“ – Hans Fallada und der Strafvollzug seiner Zeit

Dr. Christian Dornis

Zuständigkeitschaos – Wer über Fortsetzungsfeststellungsanträge nach erledigter behördlicher Freiheitsentziehung zu entscheiden hat

Aktuell:

Vorlagebeschluss AG Oldenburg i.H. an das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein wegen der Zwangsbehandlung psychisch Kranker

SCHLHAGLICHT

Michael Burmeister

Budgetverantwortung der Gerichte stärken

Februar 2013

I. Aufsätze

Dr. Armin Teschner	Der Prozess gegen Adolf Eichmann in Jerusalem – Ein Rückblick auf die Ausstellung im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht	49
Dr. Thomas Krause	„Wer einmal aus dem Blechnapf frisst“ – Hans Fallada und der Strafvollzug seiner Zeit	52
Dr. Christian Dornis	Zuständigkeitschaos – Wer über Fortsetzungsfeststellungsanträge nach erledigter behördlicher Freiheitsentziehung zu entscheiden hat	56

II. Amtliche Veröffentlichungen

AV d. MJKE v. 13. Dezember 2012 – II 34/3200 – 117 SH –	Änderung der Überleitungsbestimmungen aus Anlass der Aufhebung des Amtsgerichts Bad Bramstedt	58
AV d. MJKE v. 27. Dezember 2012 – II 342/3851 – 70 SH –	Änderung der Anordnung über die geschäftliche Behandlung des maschinell geführten Grundbuchs	58
Bek. d. MJKE v. 25. Januar 2013 – II 302/3221 – 178 SH –	Hinweise und Empfehlungen zur Aufstellung der Vorschlagsliste für Schöffinnen und Schöffen sowie der Jugendschöffinnen und Jugendschöffen	58
Bek. d. MJKE v. 28. Januar 2013 – II 332/2016 – 54 SH –	Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses	60
Vfg. Präs.in SchIHOLG v. 4. Januar 2013 – 3170 – 202 SH –	Schleswig-Holsteinisches Anwaltsgerichtshof	60

III. Personalnachrichten

IV. Ausschreibungen

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG 22. 5.2012 3 U 69/11	Eigentum an KfZ bei Übergabe unter Einbehalt von Zweitschlüssel	64
SchIHOLG 28. 2.2012 11 U 64/10	Unterlassungsanspruch und Wiederholungsgefahr beim Wegerecht	67
SchIHOLG 22. 6.2012 3 Wx 16/12	Anforderungen an Feststellung des Fiskalerbrechts	70
Aktuell: Vorlagebeschluss des AG Oldenburg 25. 1.2013 20 XIV 36/13	Die Rechtsgrundlage nach § 14 Abs. 4 PsychKG SH zur Zwangsbehandlung psychisch Kranker ist verfassungswidrig. Das Verfahren wird ausgesetzt und dem Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein zur Entscheidung vorgelegt.	71
LG Lübeck 27.11.2012 7 T 732/12	Zur Rechtsgrundlage von freiheitsentziehenden Maßnahmen auf der Intensivstation eines Allgemeinen Krankenhauses	74
AG Elmshorn 26.11.2012 71 XIV 4834 L	Zum Gefahrbegriff und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Unterbringung nach § 7 PsychKG SH	76
AG Kiel 19.10.2012 2 XIV 30440 L	Zu den inhaltlichen und formalen Anforderungen an ein Unterbringungs-gutachten nach PsychKG	77
SchIHOLG 11. 7.2012 2 W 187/11	Verweisung trotz Rügeverzicht des Bekl.	78
SchIHOLG 17. 8.2012 3 Wx 137/11	Gerichtskostenverteilung im Erbscheinverfahren	80

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Moritz Rinke

liest aus „Der Mann, der durch das Jahrhundert fiel“:

Eine Familie, die untergeht, buchstäblich im Moor, wird von Moritz Rinke in seinem Debütroman porträtiert. Seine „Buddenbrooks von Worpswede“ – so eine Rezension des Deutschlandfunks – ist voller Groteske und Tragikomik: traditionsunwitterte Künstlerkolonie, norddeutscher Butterkuchen, braune Vergangenheit einer Künstlerfamilie und die „68er“: Alles wuchtig, ein wenig schräg, schnelle Dialoge und das Moor gluckst fröhlich, wenn wieder mal etwas versinkt. Das Buch stand wochenlang auf den Bestsellerlisten.

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

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 16. April 2013: Lesung mit Zsuzsa Bánk („Die hellen Tage“)
- 22. Mai 2013: Lesung mit Ursula Krechel („Landgericht“)
- 10. Juni 2013: Lesung mit Dirk Kurbjuweit („Angst“)

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

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Donnerstag, den 28. Februar 2013, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht,
Schleswig, Gottorfstraße 2

1967 in Worpswede geboren, studierte Moritz Rinke Drama, Theater, Medien in Gießen und arbeitete zunächst als Journalist u.a. bei der Berliner Zeitung. Nach Tätigkeit u.a. als Bühnenautor, Filmmacher und Schauspieler ist er jetzt freier Schriftsteller in Berlin. Wichtige Veröffentlichungen: „Republik Vineta“ (Theaterstück, 2000), „Der Blauwal im Kirschgarten“ (Geschichten und Kolumnen, 2001), „Titelkampf. Fußballgeschichten der deutschen Autorennationalmannschaft“ (2008), „Der Mann, der durch das Jahrhundert fiel“ (2010). Schon jetzt ist Moritz Rinke vielfach ausgezeichnet: Axel Springer-Preis (1995 und 1998), Literaturpreis des PEN-Club Liechtenstein (1998), Inselschreiber auf Sylt (2002), Gastprofessur in Leipzig (2009).

Kartenreservierung: telefonisch ab 18. Februar 2013 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.

Der Prozess gegen Adolf Eichmann in Jerusalem – Ein Rückblick auf die Ausstellung im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

von Dr. Armin Teschner, Vorsitzender Richter am OLG, Schleswig

Vor fünfzig Jahren endete im Mai 1962 mit der Verwerfung seiner Berufung der Prozess gegen Adolf Eichmann, den Organisator des systematischen Massenmordes an den europäischen Juden. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat aus diesem Anlass vom 15. Oktober bis 8. November 2012 eine von der Gedenk- und Forschungsstätte Yad Vashem Jerusalem konzipierte Ausstellung gezeigt.

Eichmann und die Deportation der Juden aus Schleswig-Holstein

Die Auseinandersetzung mit diesem Prozess führt zu dem dunkelsten Kapitel der deutschen Geschichte und ist zunächst und vor allem eine Erinnerung an die Opfer, an 6 Millionen Menschen, die dem monströsen Verbrechen zum Opfer gefallen sind. Diese Menschen haben konkrete Gesichter, auch hier in Schleswig-Holstein. Die Spuren des Verbrechens führen durchaus auch nach Schleswig.

Der „Rote Elefant“ in Schleswig, Sitz des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts seit 1948, ist in der preußischen Zeit des späteren 19. Jahrhunderts als Verwaltungsgebäude für die Provinzialregierung errichtet worden. Von 1938 bis Ende 1943 amtierte hier als Regierungspräsident der Jurist Wilhelm Hamkens. Der Rechtsanwalt und Notar aus Hohenwestedt war schon 1929 in die NSDAP eingetreten, nicht zuletzt mit dem Ziel, seine Karriere zu befördern¹. Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurde er im April 1933 Landrat in Rendsburg und führte unverzüglich eine rücksichtslose Gleichschaltung im Sinne der NS-Ideologie durch². Er nutzte seine Machtstellung auch zur Abrechnung mit Gegnern, wie seinem Vorgänger Theodor Steltzer, nach dem Krieg erster Ministerpräsident Schleswig-Holsteins. Hamkens war allerdings seit vielen Jahren befreundet mit dem angesehenen Arzt Dr. Ernst Bamberger aus Rendsburg, der aus einer jüdischen Familie stammte, kurz vor seiner Heirat aber der evangelisch-lutherischen Kirche beigetreten war. Über „*Ernst Bamberger und Wilhelm Hamkens – Eine Freundschaft in Mittelholstein unter dem NS-Regime*“ hat Felicitas Glade eine einfühlsame Doppelbiographie geschrieben³. Für die freundschaftliche Verbindung zwischen den beiden Honorationen der mittelholsteinischen Gesellschaft war in den 20er Jahren die jüdische Herkunft des einen kein Hindernis. Hamkens und Bamberger

teilten „*Bildung, Erfahrung und Interessen*“⁴, nicht zuletzt die gemeinsame Jagdleidenschaft. Nach 1933 hat Hamkens diese Freundschaft zwar keineswegs aufgekündigt und Ernst Bamberger in einiger Hinsicht auch Schutz verschaffen können. Indes nahmen ihre Wege in der Gesellschaft nun – vorgezeichnet eben durch das Judentum des Arztes – einen radikal unterschiedlichen Verlauf. Bamberger wurde nach zahlreichen sich steigernden Repressalien 1938 die Approbation aberkannt, wie dies auch bei anderen Ärzten geschah. Er musste Rendsburg verlassen und fand einen stets bedrohten Unterschlupf in dem Dorf Remmels. Dort besuchte ihn Hamkens noch verschiedentlich im Schutz der Dunkelheit⁵, konnte aber trotz seiner Position nicht verhindern, dass der Freund endgültig Opfer des Terrorregimes wurde, ein Opfer letztlich auch der Verbrechen des Adolf Eichmann.

Im September 1941 gab Hitler den Befehl, die noch in Reichsdeutschland lebenden Juden nach Osteuropa zu deportieren. Im Reichssicherheitshauptamt in Berlin war Adolf Eichmann als Leiter der Abteilung IV B 4 zuständig für Juden- und Räumungsangelegenheiten und damit auch verantwortlich für die Ausführung des Hitler-Befehls. Eichmann war zu diesem Zeitpunkt keineswegs ein unbeschriebenes Blatt und auch kein grauer Verwaltungsbeamter in untergeordneter Position. 1906 in Solingen geboren trat er 1932 nach durchaus gescheiterter Schul- und Ausbildungszeit in die NSDAP sowie die SS ein und machte ab 1934 innerhalb des Sicherheitsdienstes (SD) der SS eine Karriere, die von Anfang an mit der Vertreibung und späteren Vernichtung der europäischen Juden verbunden war. Nach dem „Anschluss“ Österreichs wurde ihm im August 1938 die Leitung der „Zentralstelle für jüdische Auswanderung“ in Wien übertragen, wo er in kürzester Zeit rd. 150.000 Menschen jüdischer Herkunft zur Ausreise zwang. In ähnlicher Funktion sorgte er ab Mitte 1939 in Prag für die Auswanderung der dortigen jüdischen Bevölkerung unter Einsatz erheblicher Repressalien. Eichmann ist zu diesem Zeitpunkt längst eine Person mit Zugang zum inneren Machtzirkel der Nationalsozialisten, vor allem über seinen Förderer Heydrich⁶.

Eichmann verlagerte seine Aktivitäten schließlich zentral nach Berlin. Es ging jetzt nicht mehr um Vertreibung der jüdischen Bevölkerung, es ging um ihre Vernichtung. Eichmann wusste, was die Juden in Umsetzung des Deportationsbefehls von September 1941 erwartete. In umfangreichen Reiseaktivitäten besuchte er die Orte der Vernichtung, inspizierte die

¹ Felicitas Glade, *Ernst Bamberger und Wilhelm Hamkens – Eine Freundschaft in Mittelholstein unter dem NS-Regime*, Rendsburger Jahrbuch – Beihefte Band 1, 2000, S. 77.

² Glade, aaO, S. 107 ff.

³ Oben FN 1.

⁴ Glade, aaO, S. 58.

⁵ Glade, aaO, S. 58.

⁶ Vgl. Bettina Stangneht, *Eichmann vor Jerusalem*, 2011, S. 33 ff, 39 ff.

Instrumentarien des Massenmordes⁷. Schon im Herbst 1941 nahm er an Massenerschießungen der internierten jüdischen Bevölkerung in Minsk teil⁸, wo in den Lagern Platz für die geplanten Deportationen aus Deutschland geschaffen werden musste, die ab Mitte Oktober 1941 begannen.

So erreichten Eichmanns Deportationspläne auch Norddeutschland. Unter seiner Zuständigkeit wurde Ende 1941 die ersten Transporte der in Norddeutschland verbliebenen Juden in die Vernichtungslager des besetzten Osteuropas organisiert. Von Hamburg aus fuhr am 8. und 18. November 1941 Transporte nach Minsk, eine „Säuberungsaktion“ mit dem Ziel Riga folgte am 6. Dezember 1941. Dieser letztere Transport erfasste auch 133 Juden aus Schleswig-Holstein⁹. Fast alle deportierten Juden aus Schleswig-Holstein kamen um, insgesamt geht man von 1225 Opfern aus unserem Land aus¹⁰.

Die Anweisungen über die Deportationen im Dezember 1941 erfolgten in Schleswig-Holstein auf dem Behördenweg über die Gestapo an die Kreis- und Ortspolizeibehörden¹¹. Auch über den Tisch des Schleswiger Regierungspräsidenten Wilhelm Hamkens werden sie gegangen sein, denn der Regierungspräsident wurde als Aufsichtsbehörde stets über die Sanktionen und Gewaltakte gegen die jüdische Bevölkerung in Zusammenarbeit zwischen Gestapo und Polizei informiert¹². Ein enger Gefolgsmann und Vertrauter von Hamkens, der damalige Rendsburger Bürgermeister Krabbes, soll Dr. Ernst Bamberger von diesem Deportationsbefehl rechtzeitig unterrichtet haben. Vielleicht ein letzter Freundschaftsdienst, denn der Arzt hatte angekündigt sich der Deportation, über deren Zielrichtung er sich keine Illusionen gemacht haben dürfte, entziehen zu wollen. Dr. Ernst Bamberger nahm sich am 6. Dezember 1941 das Leben¹³. Nach ihm ist heute das Gebäude der ehemaligen Rendsburger Synagoge benannt, Teil des dortigen jüdischen Museums.

Der Eichmann-Prozess und die Erinnerung an die Opfer

Eichmann hat ganz konkret auch hier in unserer Umgebung seine verbrecherischen Spuren hinterlassen. Dies jedenfalls mit einem einzelnen, konkreten Opfernamen aus unserer unmittelbaren räumlichen Umgebung zu verbinden – einem Namen, der uns Nachgeborenen auch heute noch bekannt ist –, scheint mir ein wichtiger Punkt der Erinnerung angesichts einer Ausstellung zu sein, deren Ziel nicht zuletzt gerade die Erinnerung an die zahllosen Opfer ist¹⁴. Die Ermittlung und Bewahrung der Namen aller 6 Millionen Opfer des nationalsozialistischen Terrors gegen die europäische jüdische Bevölkerung ist ein zentrales Anliegen der Gedenk- und Forschungsstätte Yad Vashem – eine Aufgabe, die noch lange nicht abgeschlossen ist, weil immer noch zahllose Opfer namenlos sind.

Die von Yad Vashem entworfene und realisierte Ausstellung zum Eichmann-Prozess vor fünfzig Jahren in Jerusalem hat deshalb im heutigen Gebäude des Oberlandesgerichts Schleswig einen richtigen Ort gefunden, um gezeigt zu werden. Dem deutschen Freundeskreis Yad Vashem e.V. und der Vorbereitungsgruppe des Oberlandesgerichts war es ein besonderes

⁷ Stangneth, aaO, S. 59 f.

⁸ Götz Aly, Adolf Eichmanns späte Rache, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften 11, 2000, Heft 1 S. 186 ff., 190, zitiert nach wikipedia, Adolf Eichmann, dort bei FN 3).

⁹ Vgl. Bettina Goldberg, Die Deportation nach Riga-Jungfernhof am 6. Dezember 1941, in: Zum Gedenken 6.12.2011: 70. Jahrestag der Deportation der Juden aus Schleswig-Holstein, Hintergrund – Schriftenreihe der Landeszentrale für politische Bildung Schleswig-Holstein, 2011, S. 38 ff.; vgl. daselbst S. 58 ff. auch Gerhard Paul, Endstation Riga-Jungfernhof: Tzeit-Tatort-Täter-Tat, der S. 59 auch über die von Eichmann am 23. Oktober 1941 geleitete Besprechung der Judensachbearbeiter der Gestapo-Leitstellen zur Umsetzung der Deportation von 50 000 reichsdeutschen Juden nach Minsk und Riga berichtet.

¹⁰ Rainer Hering, Judenverfolgung als Thema der Landesgeschichte, in: Zum Gedenken 6.12.2011, s.o. FN 9, S. 10, 12.

¹¹ Paul, aaO S. 59; Glade, aaO, S. 174.

¹² Glade, aaO, S. 160.

¹³ Zu den letzten Wochen des Lebens von Dr. Ernst Bamberger siehe Glade, aaO, S. 173–175.

¹⁴ Zu weiteren konkret betroffenen Menschen aus Schleswig-Holstein vgl. die zitierte Broschüre der Landeszentrale für politische Bildung und die Habilitationsschrift von Bettina Goldberg, Abseits der Metropolen – die jüdische Minderheit in Schleswig-Holstein, 2011.

Anliegen, die Inhalte dieser Ausstellung über die Mitarbeiter der Schleswig-Holsteinischen Justiz hinaus auch der jüngeren Generation nahezubringen, damit das Wissen um das unvorstellbare Verbrechen und die Erinnerung an die Opfer nicht abreißt und die daraus zu ziehenden Lehren nicht vergessen, sondern stets neu diskutiert, verinnerlicht und dem eigenen Handeln zugrunde gelegt werden. Eine Reihe von Lehrern nutzte schon Ende September unsere Einladung zur Teilnahme an einem Einführungsseminar, wo uns Frau Deborah Hartmann begleitete, pädagogische Mitarbeiterin der International School for Holocaust Studies der Gedenkstätte Yad Vashem. In den Mittelpunkt der ersten Arbeitseinheit stellte sie ein Foto, auf dem eine Gruppe von 20 offenbar reisefertigen Personen in Winterkleidung zu sehen sind – Männer, Frauen und ein Kind, versehen mit dem Judenstern. Es ist ein Foto der Juden von Coesfeld unmittelbar vor deren Deportation nach Osteuropa im Dezember 1941. Eichmanns Opfer haben ein Gesicht – und hier auch einen Namen, denn die Namen dieser Opfer sind ermittelt, ihr Schicksal ist durch das glückliche Überleben einer einzelnen Frau dieser Gruppe bekannt. Die Juden von Coesfeld – das ist eine kleine Stadt im Münsterland, wo seinerzeit meine Mutter als 9-jähriges Kind wohlbehütet in einem Lehrerhaushalt aufwuchs und von dem Verbrechen wohl nichts ahnte.

Das Gesicht der Opfer spiegelt sich dann auch wieder in dem zentralen, für mich eindrucksvollsten Panel der Ausstellung, wo jene gut hundert Überlebenden des Terrors gezeigt werden, die im Zeugenstand vor dem Jerusalemer Gericht ausgesagt haben – jene Überlebende, die als Zeugen den Mut hatten, von dem Grauen zu sprechen und das Verbrechen zu belegen. Sie konnten neben den dem Gericht vorliegenden 1600 Dokumenten wesentlich dazu beitragen, einen zentralen Mitverantwortlichen des Holocaust zu überführen und zu bestrafen.

Der Eichmann-Prozess im Spiegel der Ausstellung

Die 19 Panels der Ausstellung zeigen in Texten, Fotografien und Dokumenten die Vorgeschichte des Prozesses, dessen Verlauf einschließlich Urteil sowie Vollstreckung und die Wirkung dieses singulären Verfahrens. In meinen Führungen von Schulklassen habe ich fünf Aspekte hervorgehoben, die ihrerseits von den Fragestellungen der Schüler und ihren Diskussionsbeiträgen bereichert worden sind:

– Adolf Eichmann der Selbstdarsteller: Im Prozess stellt er sich dar als kleines, unbedeutendes Rädchen in einem großen Verwaltungsapparat, als subalternen Befehlsempfänger, der überdies auch aufgrund seines Eides gezwungen ist, den Führerbefehlen zu folgen. Vor diesem Hintergrund entsteht das Bild von der „Banalität des Bösen“, dem (wohl oft missverstandenen) Untertitel des berühmten Buches der Philosophin Hannah Arendt¹⁵, die den Prozess vor Ort verfolgt hat. Die Ausstellung zeigt aber durchaus auf, wie gezielt Eichmann in der Vorbereitung auf den Prozess und seinem Auftreten dort an diesem Bild gearbeitet hat – und wie ganz anders er sich zuvor während seiner Taten und später bei seinem langjährigen Aufenthalt in Argentinien gezeigt hat. Seine vermutlich aus den in Argentinien entstandenen Sassen-Protokollen stammenden Sätze „Ich folgte nicht lediglich Befehlen...Ich war ein Idealist“ stehen im Mittelpunkt von Panel 3. Sie belegen seine tatsächliche Geisteshaltung. Die Beweisaufnahme hat seine durchaus zentrale Rolle bei der Vernichtung der europäischen Juden aufgezeigt, die uns heute vor dem Hintergrund zahlloser weiterer Dokumente – nicht zuletzt seinen Äußerungen in Argentinien – noch viel deutlicher geworden ist, als seinerzeit dem Jerusalemer Gericht.

– Die Vorgeschichte des Prozesses: Fünf Jahre versteckt sich Eichmann erfolgreich in Deutschland und lebt unbehelligt unter fremden Namen in der Lüneburger Heide. Dann flieht er nach Argentinien und kann dort mit seiner Familie über rund

¹⁵ Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen, dt. Fassung München 1964.

zehn Jahre ein durchaus materiell angenehmes Leben führen. Die Fragen der Schüler danach, wie dieser zentrale Täter so lange unentdeckt bleiben konnte, beantwortet die Ausstellung nur recht rudimentär. Nachgegangen ist ihnen die Wissenschaftlerin Bettina Stangneht in ihrem 2011 erschienenen, preisgekrönten (und überdies sehr gut lesbaren) Sachbuch „Eichmann vor Jerusalem“. Sie zeigt auf, welche Unterstützung Eichmann in der Nachkriegszeit erfahren hat, wie wenig die mit dem Wiederaufbau beschäftigte Bundesrepublik an seiner Verfolgung interessiert war, welche internationalen Strukturen diesem und anderen Nazi-Tätern zur Seite standen.

– Die Einwände gegen den Prozess: Anschaulich zeigt die Ausstellung die Beobachtung Eichmanns in Argentinien durch die Agenten des Mossad und schließlich die Entführung aus dem südamerikanischen Land nach Israel. Darf ein Staat einen Straftäter aus einem anderen Land entführen, um ihn seiner Justiz zuzuführen oder ergibt sich daraus ein Prozesshinderis? Im Text der Ausstellung heißt es am Ende von Panel 5a: „Im Laufe des Prozesses und besonders gegen dessen Ende erkannten die meisten Staaten sowie die öffentliche Weltmeinung die Rechtmäßigkeit des israelischen Vorgehens sowie Israels Recht an, diesen Verbrecher zur Rechenschaft zu ziehen.“ Dennoch: In den Diskussionen gerade mit Juristen bleibt der Ausgangspunkt des Prozesses mit der Entführung des Angeklagten aus einem fremden Hoheitsbereich ein Problem. Die Ausstellung zeigt allerdings gut nachvollziehbar, dass die weiteren juristischen Argumente gegen den Prozess kaum greifen und auch schon während des Verfahrens widerlegt worden sind: Vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Weltrechtsprinzips, wonach Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord an jedem Ort der Welt unabhängig vom konkreten Tatort angeklagt und verhandelt werden können, greifen Einwände gegen den Ort der Verhandlung nicht durch. Angesichts der Sorgfalt der Prozessvorbereitung, den umfassenden Arbeitsmöglichkeiten des Verteidigers und der umfangreichen Beweisaufnahme – bei der hinsichtlich ihrer Authentizität seinerzeit noch nicht zweifelsfrei verifizierbare Dokumente wie gerade die Sassen-Protokolle konsequent nicht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt wurden – haben die Richter den Vorwurf der Befangenheit deutlich widerlegt. In den Diskussionsbeiträgen der Schüler kommt schließlich der folgende Einwand: Darf ein Staat auch angesichts dieses monströsen Verbrechens die Todesstrafe verhängen und vollstrecken? In Israel ist das bislang nur in einem einzigen Fall geschehen, im Fall des Adolf Eichmann.

– Die Wirkung des Prozesses: Es dürfte kaum ein gerichtliches Verfahren mit derart umfassenden Auswirkungen gegeben haben. Zunächst in Israel selbst: Gabriel Bach, einer der Ankläger im Prozess, berichtet, dass die Menschen in Israel erst durch den Prozess und den Mut der vielen Zeugen dazu gebracht worden sind, über die schreckliche Vergangenheit miteinander zu sprechen, insbesondere auch die Jugendlichen mit der Opfergeneration¹⁶. Weltweit wurde über den Prozess und die intensive Beweisaufnahme in der Presse berichtet. Zahlreiche Bücher erschienen in der Folgezeit, wobei insbesondere Hannah Arendts Bericht „Eichmann in Jerusalem“ zu einer umfangreichen kontroversen Debatte führte. Panel 9, 15 und 19/19a machen das große Presseecho und die angestoßene wissenschaftliche Debatte deutlich, die bis heute nicht zu Ende ist. Auch in Deutschland war die Beschäftigung mit dem Holocaust und dem Verbrechen an den europäischen Juden nun unumgänglich. In der Folge wurden die Frankfurter Auschwitz-Prozesse möglich, vorangetrieben durch den hessischen Generalstaatsanwalt Fritz Bauer, der Vertretern Israels wichtige Informationen zur Entdeckung und Ergreifung Eichmanns in Argentinien hatte zukommen lassen¹⁷. Die Zeit der Verdrängung des Verbrechens in den Adenauer-Jahren ging zu Ende.

¹⁶ Vgl. die Interviewäußerungen von Gabriel Bach in: Gabriel Bach – Der Ankläger und der Eichmannprozess, ein Film von Frank Gutermuth und Wolfgang Schoen, Deutschland 2010.

¹⁷ Vgl. Stangneht, aaO, S. 407 ff., 428 ff.

– Wer hat etwas gewusst? Diese Fragestellung drängte sich auch für die Schüler auf, die die Ausstellung besucht haben. Die Deportation und Ermordung von 6 Millionen Menschen mag von Eichmann und seinen Mitarbeitern noch so bürokratisch perfekt organisiert worden sein – sie kann einer größeren Öffentlichkeit kaum verborgen geblieben sein. Das von Frau Hartmann in unserem Vorbereitungsseminar mitgebrachte Unterrichtsmaterial stellt den ausführlichen dienstlichen Bericht des Leiters eines Deportationszuges vom 11. Dezember 1941 der Schilderung einer überlebenden Betroffenen gegenüber. Es wird deutlich, wie viele Menschen an der Durchführung des Transportes beteiligt waren, aber auch als zufällige Beobachter Kenntnis bekommen haben. Ich denke an kürzlich veröffentlichte Interviews, die mein Sohn und seine Mitschüler mit noch lebenden Zeitzeugen geführt haben. Die Interviewten waren damals Kinder – die Frage danach, ob sie etwas vom Holocaust mitbekommen haben, beantworten sie dennoch jedenfalls dahin, dass jüdische Familien aus der Umgebung, dass Mitschüler oder Lehrer jüdischer Herkunft dann irgendwann „weg“ waren¹⁸. Bemerkte haben es selbst die Kinder.

Verlauf und Resonanz der Ausstellung in Schleswig

Für die Eröffnung der Ausstellung haben wir uns auf Gabriel Bach gefreut, den damaligen stellvertretenden Staatsanwalt im Prozess gegen Eichmann. Ein Zeitzeuge, den in Israel jedes Kind kennt – er führt seit vielen Jahren durch die Gedenkstätte Yad Vashem, Pflichtprogramm für israelische Schüler. Leider musste er kurzfristig wegen Erkrankung absagen. Der Film „Gabriel Bach – der Ankläger und der Eichmannprozess“ aus dem Jahr 2010 vermittelte den Besuchern der Eröffnung einen Eindruck von seiner Persönlichkeit und seiner Arbeit im Verfahren gegen Eichmann.

Der Plenarsaal war im Übrigen bei der Eröffnungsveranstaltung praktisch bis auf den letzten Platz gefüllt. Prof. Dr. Dr. Rainer Hering, Leiter des Landesarchivs, gab einen Überblick über die Judenverfolgung in Schleswig-Holstein, der frühere Generalstaatsanwalt Prof. Dr. Heribert Ostendorf stellte ein Fallbeispiel aus der Willkürjustiz der Sondergerichte vor und der Autor Reinhard Großmann las eindrucksvoll aus seinem Buch „Lodzer Texte“. Ausstellung und Eröffnung fanden einiges Presseecho.

In den folgenden drei Wochen konnte für rund 500 Schüler ein geführter Ausstellungsbesuch organisiert werden. Die Klassen wurden in der Regel mit einem Einführungsreferat auf das Thema der Ausstellung vorbereitet und dann durch die Ausstellung begleitet. An den Führungen beteiligten sich auch der frühere Präsident des Landgerichts Lübeck Hans-Ernst Böttcher und der frühere Präsident des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts Manfred Krause, beide ausgewiesene Experten der Justizgeschichte des dritten Reiches und ihrer Aufarbeitung in der Nachkriegszeit. Im Anschluss an die Führung konnten die Schüler einen jüngeren Film über Eichmann sehen, der zahlreiche Originalsequenzen aus dem Prozess in Israel enthielt und sich als gute Ergänzung zu den Panels der Ausstellung erwies. Eichmann und seine Opfer und die Organisation des Massenmordes an der jüdischen Bevölkerung im dritten Reich werden diese Schüler wohl nicht vergessen.

Zahlreiche weitere Besucher haben die Ausstellung individuell besucht und ihre Eindrücke im Ausstellungsbuch auch schriftlich hinterlassen.

Warum diese Ausstellung im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (sie war zuvor im OLG Düsseldorf zu sehen und ist nun weitergewandert nach München) und der Aufwand für den Besuch der Schulklassen? Unsere jüdischen Gesprächspartner von Yad Vashem und seinem Freundeskreis haben deutlich gemacht, dass ihnen eines wichtig ist: Dass das Verbrechen

¹⁸ Clemens Groth u.a., „...das habe ich nie vergessen, bis heute...“ Jugendliche befragen Menschen, die die Zeit des Nationalsozialismus erlebt haben, Jerusalemer Texte Bd. 9, 2011 – etwa S. 80 f., 133.

und seine 6 Millionen Opfer hier in Deutschland nicht vergessen werden. Dazu gehört auch die Beschäftigung mit den Tätern, die Frage danach, wie der Holocaust möglich wurde, die Frage nach den Lehren für Gegenwart und Zukunft.

Die Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe in Deutschland, der sich auch die Justiz stellen muss. Die Ausstellung sollte dazu einen Beitrag geleistet haben.

Vor dem Haupteingang des „Roten Elefanten“ erinnert im Übrigen die Skulptur des Gehenkten von Prof. Waldemar Otto an

weitere Opfer der NS-Zeit, nämlich die Opfer der Willkürjustiz. Am 2. April 1993 ist das Mahnmal übergeben worden, damals vielen Juristen ein Stein des Anstoßes und Gegenstand einer heftigen Debatte¹⁹. 2013 liegt dies 20 Jahre zurück – Anlass für die Justiz in Schleswig-Holstein, um auch an diese Opfer wieder zu erinnern und die schwierige Geschichte der Aufarbeitung des NS-Unrechts fortzuschreiben.

¹⁹ Vgl. Volker Lindemann, Das Mahnmal für die Opfer der Willkürjustiz von 1933 bis 1945, in: 50 Jahre Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig, herausgegeben von der Schleswiger Gesellschaft Justiz + Kultur e.V., 1998, S. 198–207.

„Wer einmal aus dem Blechnapf frisst“ – Hans Fallada und der Strafvollzug seiner Zeit

von Dr. Thomas Krause, Juristisches Seminar der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*

1. Einleitung

Neben Karl May¹ gehört Hans Fallada zu den bekanntesten deutschen Schriftstellern des 19. und 20. Jahrhunderts, die wiederholt mit dem Gesetz in Konflikt gerieten und deshalb jeweils mehrere Jahre ihres Lebens hinter geschlossenen Anstaltsmauern verbrachten. Bei Fallada waren es, wie zwei seiner Biografen ausgerechnet haben, insgesamt siebeneinhalb Jahre, das heißt fast ein Siebtel seines knapp vierundfünfzigjährigen Lebens.² Während May vier, zum Teil mehrjährige, Freiheitsstrafen zu verbüßen hatte,³ handelte es sich bei Hans Fallada überwiegend um Aufenthalte in psychiatrischen Anstalten.⁴ Immerhin gut zweieinhalb Jahre lang war allerdings auch er dem regulären Strafvollzug unterworfen.⁵ Obwohl er diese Zeit später auch literarisch unter anderem in dem zu seinen bekanntesten Werken zählenden Roman *Wer einmal aus dem Blechnapf frisst* (erstmals erschienen im Jahre 1934) verarbeitet hat,⁶ zählt sie nach wie vor zu den eher stiefmütterlich behandelten Phasen seines Lebens.⁷ Insbesondere die Tatsache, dass Fallada selbst sich auf Grund eigener Betroffenheit während seiner Haftzeit intensiv mit Fragen des Strafvollzuges befasste und darüber eigene (nichtliterarische) Texte verfasste hat, war bisher kaum bekannt.⁸ Gerade für einen Strafvollzugshistoriker wie den Autor erscheint es von daher besonders reizvoll, einen bescheidenen Beitrag zur seit einiger Zeit zu be-

obachtenden Fallada-Renaissance⁹ speziell dieser Thematik zu widmen, was im Folgenden geschehen soll.¹⁰

Nach einem kursorischen und keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden, sondern sich auf die hier interessierenden Aspekte konzentrierenden Überblick über Falladas Leben und Werk (sogleich unter 2.) soll im vorliegenden Beitrag zunächst sein Aufenthalt in Schleswig-Holstein und hier vor allem seine von 1926 bis 1928 dauernde Haftzeit im „Zentralgefängnis Neumünster“ etwas näher beleuchtet werden (unten unter 3.). Anschließend folgen einige allgemeine Bemerkungen über den Strafvollzug während der Weimarer Republik und insbesondere in der zweiten Hälfte der Zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts in Deutschland, Preußen, Schleswig-Holstein und speziell Neumünster (unten unter 4.). Diesen gegenübergestellt wird dann abschließend Hans Falladas eigene Beschäftigung mit dem Strafvollzug seiner Zeit und seine Texte dazu (unten unter 5.).

2. Hans Fallada – Leben und Werk im Überblick

Rudolf Wilhelm Friedrich Ditzen (so lautete(e) Falladas bürgerlicher Name) wurde am 21. Juli 1893 in Greifswald als drittes Kind und erster Sohn des dortigen Landgerichtsrats Wilhelm Ditzen (1852–1937)¹¹ und seiner Ehefrau Elisabeth geboren.¹² Beide Eltern stammten aus alteingesessenen niedersächsischen Juristenfamilien und der Vater galt selbst als anerkannter Strafrichter. Er veröffentlichte mehrere Aufsätze sowie

* Der Autor ist studierter Jurist und Historiker (Promotion zum Dr. iur. 1989 in Göttingen mit einem rechtshistorischen Thema) sowie hauptamtlich seit gut 20 Jahren Bibliotheksleiter des Juristischen Seminars der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Seine Veröffentlichungen der letzten Jahre befassen sich überwiegend mit strafvollzugsgeschichtlichen Themen (Gesamtdarstellung „Geschichte des Strafvollzugs“ 1999, zahlreiche Aufsätze, u. a. auch „Geschichte der Freiheitsstrafe in Schleswig-Holstein“, SchlHA 2007, 359–365).

¹ Siehe zur Straffälligkeit Karl Mays die ausführliche Darstellung von Jürgen Seul: Old Shatterhand vor Gericht. Die 100 Prozesse des Schriftstellers Karl May, Bamberg u.a. 2009 (1. Teil: Der Straftäter Karl May, S. 11–174).

² Tom Crepon; Marianne Dwars: An der Schwale liegt (k)ein Märchen. Hans Fallada in Neumünster. Neumünster 1993, S. 14.

³ Einzelheiten bei Seul (wie Anm. 1), S. 25–29, 46–64, 100–116, 133–135, 162–171.

⁴ Siehe dazu den Überblick über Falladas Leben und Werk im vorliegenden Beitrag (unten unter 2.).

⁵ Zu seiner Greifswalder Haftzeit im dortigen Gefängnis im Jahre 1924 siehe unten S. 53. Falladas gut zweijähriger Aufenthalt im „Zentralgefängnis Neumünster“ wird demgegenüber gesondert thematisiert (unten unter 3.).

⁶ Dieser Roman, der als eines der ersten Rowohl-Taschenbücher auch nach dem Zweiten Weltkrieg noch sehr erfolgreich war, ist kürzlich in einer Neuausgabe erschienen (Berlin 2011).

⁷ Crepon; Dwars (wie Anm. 2), S. 19–20.

⁸ Erwähnt wird diese Tatsache immerhin bei Crepon und Dwars (wie Anm. 2), S. 21–23. Vgl. außerdem Jenny Williams: Mehr Leben als eins. Hans Fallada. Biographie. Berlin 2011, S. 117–118. Ausführlich thematisiert wird Falladas publizistische Beschäftigung mit Fragen des Strafvollzuges erstmals in einem Beitrag des heutigen Leiters „seiner“ Anstalt, Jörg Alisch (Der Fall Fallada. Ein Schriftsteller hinter Gittern. Neumünsters berühmtester Häftling. In: Festschrift aus Anlass der Übergabe der modernisierten Ost- und Westflügel des C-Hauses der Justizvollzugsanstalt Neumünster 27. Oktober 2011. Neumünster 2011, S. 13–23). Die entsprechenden Texte, die bisher nicht veröffentlicht waren, sind dort erstmals teilweise abgedruckt (ebd., S. 20–23).

⁹ Vgl. dazu statt vieler Williams (wie Anm. 8), S. 7, 15–20.

¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf einem Vortrag, den der Verfasser am 9. Dezember 2011 in der Verwaltungsakademie Bordesdahl im Rahmen einer Fortbildungsveranstaltung des Generalstaatsanwalts des Landes Schleswig-Holstein gehalten hat. Dem derzeitigen Inhaber dieses Amtes, Herrn Wolfgang Müller-Gabriel, sei für die freundliche Einladung bei dieser Gelegenheit nochmals herzlich gedankt. Unter Beibehaltung der Vortragsform, allerdings ergänzt um die wichtigsten Belege, wurde der Text zunächst in der Zeitschrift „Auskunft“ 32 (2012), S. 9–21, veröffentlicht. Diese sehr zeitnahe Möglichkeit der Erstpublikation ist deren Redakteur, meinem Kieler Kollegen Dr. Rüdiger Schütt, zu verdanken, der außerdem wertvolle Tipps aus germanistischer und literaturwissenschaftlicher Sicht gab. Der hiesige Zweitabdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Redaktion der „Auskunft“ sowie des Verlages „Traugott Bautz GmbH“, Nordhausen, denen dafür an dieser Stelle verbindlichster Dank gebührt.

¹¹ Zu Wilhelm Ditzen siehe neuerdings ausführlich Hermann Weber: Juristensöhne als Dichter. Hans Fallada, Johannes R. Becher und Georg Heym. Berlin 2009, insb. S. 3–13.

¹² Die kursorischen, keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden, Ausführungen über Falladas Leben und Werk fußen auf den maßgeblichen Biografien über ihn, wobei auf Einzelnachweise verzichtet wird. Als Standardbiografie kann mittlerweile das erstmals 1998 im Original erschienene und im Jahre 2011 in einer aktualisierten deutschen Fassung neu vorgelegte Werk der irischen Germanistin Jenny Williams (wie Anm. 8) gelten. Siehe außerdem Cecilia von Studnitz: Es war wie ein Rausch. Fallada und sein Leben. Düsseldorf 1997 sowie die maßgebliche DDR-Biografie über Fallada von Werner Liersch, die erstmals 1981 erschien und 1997 in einer Neuausgabe vorgelegt wurde (Hans Fallada. Sein großes kleines Leben. Reinbek bei Hamburg 1997). Als Dokumentation, an der unter anderem auch Falladas älterer Sohn Uli Ditzen mitwirkte, ist wertvoll: Hans Fallada. Sein Leben in Bildern und Briefen. Hrsg. von Gunnar Müller-Waldeck; Roland Ulrich. Berlin 1997. Zu Einzelaspekten aus Falladas Leben und Werk vgl. außerdem noch Crepon und Dwars (wie Anm. 2) sowie Weber (soeben Anm. 11).

eine Monografie zu strafprozessualen Fragen und war zwei Jahre lang als einer von lediglich zwei Richtern Mitglied der „Kommission für die Revision des Strafgesetzbuches“ beim Reichsjustizamt. 1895 wurde ihm sogar eine Strafrechtsprofessur in Greifswald angetragen, die er aber ausschlug, weil er lieber Richter bleiben wollte. Als solcher machte er im Folgenden allerdings Karriere, indem er im Jahre 1899 an das Berliner Kammergericht in den dortigen Strafsenat berufen und schließlich Ende 1908 sogar zum Reichsgerichtsrat in Leipzig ernannt wurde. Am Reichsgericht wirkte er dann bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand im Jahre 1918 als Mitglied des Zweiten Strafsenats.

Sein Sohn Rudolf war demgegenüber ein schwächliches, kränkliches und sensibles Kind, das vor allem mit der Strenge seiner Berliner Lehrer nicht zurechtkam und dementsprechend verheerende schulische Leistungen aufwies. Letztere besserten sich dann allerdings in Leipzig, und der junge Ditzen schrieb hier außerdem erste eigene Gedichte und entwickelte auch sonst starke literarische Interessen sowie den Wunsch, Schriftsteller werden zu wollen. Nach einem Selbstmordversuch wegen einer unglücklichen Tanzstundenliebe wird Rudolf Ditzen vom Vater im Jahre 1911 auf das angesehene „Fürstliche Gymnasium Rudolstadt“ gesandt und in der Stadt zunächst bei einem Superintendenten und später bei einem Offizier in Logis gegeben. Auch dort treiben ihn allerdings weiterhin Selbstmordgedanken um, die er gemeinsam mit seinem Schulfreund Hanns Dietrich von Necker am Morgen des 17. Oktober 1911 zu verwirklichen versucht. Verabredet war zwischen beiden ein als Duell getarnter Doppelselbstmord, bei dem beide umkommen sollten. Tödlich getroffen wurde indessen nur Necker, während Ditzen unverseht blieb, allerdings anschließend versuchte, sich selbst zu töten. Da dies ohne Erfolg blieb (er wurde zwar schwer verletzt, überlebte aber), drohte ihm eine Anklage wegen eines Tötungsdelikts, die mindestens eine mehrjährige Freiheitsstrafe zur Folge gehabt hätte. Da das während des Ermittlungsverfahrens von der Jenenser Psychiatrischen Universitätsklinik erstattete Gutachten Ditzen für unzurechnungsfähig im Sinne von § 51 des Strafgesetzbuches erklärte, wurde das Strafverfahren am 12. Januar 1912 eingestellt. Stattdessen erfolgte eine Zwangseinweisung in die „Heil- und Pflegeanstalt für Nerven- und Gemütskranke“ in Tannenfeld in Sachsen-Altenburg, die gleichzeitig Entziehungsanstalt für Alkohol- und Drogensüchtige war. Rudolf Ditzen hatte nämlich zu dieser Zeit bereits ein – wie wir heute sagen würden – massives Drogenproblem, indem er Alkohol und vor allem Nikotin bis zum Exzess und bis hin zur Vergiftung konsumierte. Als nach gut anderthalbjähriger Behandlung im September 1913 seine Entlassung anstand, empfahl der Anstaltsleiter für seinen Zögling als künftige Betätigung eine Gutslehre, da diese mit viel frischer Luft und schwerer körperlicher Arbeit verbunden und deshalb besonders geeignet sei, ihn dauerhaft von seinen Süchten und Depressionen zu befreien. Wilhelm Ditzen schließt sich dieser Meinung an, da für seinen Sohn eine Fortsetzung des Schulbesuchs, Abitur und anschließendes Jurastudium (wie an sich von ihm gewünscht) ohnehin nicht mehr in Frage kommt.

Dem Abschluss seiner Ausbildung schließen sich Tätigkeiten Ditzens auf verschiedenen Gütern in Pommern und Schleswig-Holstein als Gutssekretär an. Trotz der Betätigung in der Landwirtschaft verschärfen sich seine Drogenprobleme (Morphiumsucht kommt hinzu), woran auch mehrere Entziehungskuren nichts zu ändern vermögen. In der Folge begeht er eine erste Unterschlagung, um seinen Rauschmittelkonsum zu finanzieren, die ihm 1923 eine Verurteilung zu sechs Monaten Gefängnis in Greifswald einbringt. Während seiner dortigen, wegen guter Führung auf viereinhalb Monate verkürzten, Haftzeit von Juni bis November 1924 führt er teilweise ein *Gefängnistagebuch*, das allerdings erst im Jahre 1998 aus dem Nachlass publiziert wird.¹³ Bereits vorher hatte er unter dem Pseudonym *Hans Fallada* zwei expressionistische Debütroma-

¹³ *Hans Fallada*: Strafgefangener, Zelle 32. Tagebuch 22. Juni-2. September 1924. Hrsg. von *Günter Caspar*. Berlin 1998.

ne veröffentlicht, die indessen beide erfolglos blieben und von denen er sich später distanzierte. Die Verwendung eines Pseudonyms, das er auch bei allen seinen späteren Werken beibehielt, sollte dem Schutz seiner Familie dienen, die seiner literarischen Betätigung überwiegend mit Skepsis begegnete.

Sein erster Romanerfolg war dann im Jahre 1931 *Bauern, Bonzen, Bomben*, in dem er seine Erfahrungen als Prozessbeobachter und Gerichtsreporter der Landvolkprozesse in Neumünster verarbeitet.¹⁴ Der folgende, erstmals 1932 erschienene und wohl bekannteste Roman *Falladas, Kleiner Mann, was nun?*, wurde sogar ein Welterfolg und versetzte seinen Autor in die Lage, fortan nur noch als freier Schriftsteller tätig sein zu können. Von den Tantiemen erwarb Fallada, der inzwischen verheiratet und Familienvater war, einen Resthof in Carwitz in der Feldberger Seenlandschaft, der mittlerweile sowohl das „Hans-Fallada-Museum“ als auch das „Hans-Fallada-Archiv“¹⁵ beherbergt. Er wohnte dort von 1933 bis 1945 mit seiner Familie und suchte einerseits Schutz vor den „Verlockungen“ der Großstadt (er hatte vorher in Berlin gelebt) und andererseits vor dem NS-Regime, dem er kritisch gegenüberstand. Falladas 1934 erschienener, die Erfahrungen seiner Neumünsteraner Haftzeit der Jahre 1926 bis 1928 verarbeitender Roman *Wer einmal aus dem Blechnapf frißt*, wurde denn auch von der Nazi-Propaganda auf das Schärfste verurteilt. Die Folge war eine Art innere Emigration, die ihn bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs in erster Linie kommerziell sehr erfolgreiche, aber inhaltlich eher belanglose Unterhaltungsromane sowie Filmdrehbücher und Kinderbücher verfassen ließ. Anhaltende Alkohol- und Drogenprobleme führten zur Zerrüttung seiner Ehe und im Jahre 1944 schließlich zur Scheidung. Als Fallada kurz darauf in volltrunkenem Zustand auf seine Exfrau schießt (ohne sie indessen zu treffen) wird er zwangsweise in die Landesanstalt Strelitz eingewiesen, wo erneut ein – erst jüngst aus dem Nachlass publiziertes – Tagebuch¹⁶ sowie der ebenfalls erst posthum im Jahre 1950 veröffentlichte Roman *Der Trinker* entstehen.

Nach seiner Entlassung aus der Strelitzer Anstalt heiratet Fallada die ebenfalls morphiumabhängige Fabrikantenwitwe Ursula Losch, die er in Feldberg kennengelernt hat, und wird nach Kriegsende als anerkannter „Antifaschist“ von der russischen Besatzungsmacht als dortiger Bürgermeister eingesetzt. Den Belastungen dieses Amtes nicht gewachsen, übt er es allerdings nur für kurze Zeit aus und übersiedelt alsbald mit seiner zweiten Frau nach (Ost)Berlin, wo sich beide umgehend in klinische Behandlung begeben. Nachdem er 1946 innerhalb von nur drei Wochen seinen letzten großen Roman *Jeder stirbt für sich allein* zum Thema Widerstand gegen das NS-Regime im Arbeitermilieu verfasst hat, stirbt Hans Fallada am 5. Februar 1947 in der Nervenklinik der Berliner Charité an Herzversagen. Die Beisetzung erfolgt zunächst in Ostberlin, nach Ablauf des Nutzungsrechts an der Grabstätte lässt seine erste Frau die Urne dann aber nach Carwitz (wo sie wohnen geblieben ist) umbetten. Auf dem dortigen Dorffriedhof befindet sich seitdem das Grab Hans Falladas.¹⁷

3. Hans Fallada in Schleswig-Holstein unter besonderer Berücksichtigung seiner Haftzeit im „Zentralgefängnis Neumünster“

Nach verschiedenen Tätigkeiten auf pommerschen Gütern wurde Hans Fallada ab 1925 in Schleswig-Holstein ansässig, wo er eine Stelle als Gutssekretär und Rendant (Rech-

¹⁴ Vgl. unten Anm. 22. Siehe allgemein zu den Landvolkprozessen und deren Hintergrund *Nils Werner*: Die Prozesse gegen die Landvolkbewegung in Schleswig-Holstein 1929/32. Frankfurt a.M. 2001 (Rechtshistorische Reihe 249).

¹⁵ *Manfred Kuhnke*: Das Hans-Fallada-Haus in Carwitz. Ein Museumsführer. Carwitz 2004. Vgl. außerdem neuerdings auch *Bernd Erhard Fischer*: Hans Fallada in Carwitz. Berlin 2011.

¹⁶ *Hans Fallada*: In meinem fremden Land. Gefängnistagebuch 1944. Hrsg. von *Jenny Williams*; *Sabine Lange*. Berlin 2009. Nachdem er zunächst nur zur Beobachtung in Neustrelitz eingewiesen worden war, wurde Fallada im November 1944 unter Anrechnung dieser Zeit zu dreieinhalb Monaten Gefängnis verurteilt, allerdings bereits nach gut drei Monaten am 13. 12. 1944 aus der Strelitzer Anstalt wieder entlassen (*Williams*, wie Anm. 8, S. 315–316, 324).

¹⁷ *Kuhnke* (wie Anm. 15), S. 15 mit Abbildung des Grabsteins.

nungsführer) bei der Gräflin von Hahnschen Gutsverwaltung in Neuhaus am Selenter See in der Nähe von Lütjenburg in Ostholstein antrat.¹⁸ Als er in dieser Eigenschaft einen Scheck über 10 000 Reichsmark in Kiel zur Bank bringen soll, lässt er sich dort die Summe auszahlen, unterschlägt sie und begibt sich mit dem Geld nach Berlin, wo er es unter anderem für den Erwerb von Morphinum verwendet. Nach mehreren Tagen stellt er sich allerdings selbst der Polizei und wird zunächst in Berlin und dann in Kiel in Untersuchungshaft genommen.¹⁹ Ein – wiederum eingeholtes – Sachverständigen Gutachten erklärt ihn für nicht unzurechnungsfähig im Sinne von § 51 des Strafgesetzbuches, so dass er vom Kieler Schöffengericht wegen Unterschlagung verurteilt wird und zwar zu zwei Jahren und sechs Monaten Gefängnis.²⁰ Tatsächlich abzusitzen hat er allerdings nur zwei Jahre, da sechs Monate der Strafe durch die erlittene Untersuchungshaft als verbüßt gelten.

Während kurzzeitige Gefängnis- und Haftstrafen in den Gerichtsgefängnissen Flensburg, Kiel und Itzehoe sowie Zuchtstrafen in Rendsburg vollzogen wurden, war die zuständige Anstalt für die Verbüßung längerer Gefängnisstrafen in der damaligen preußischen Provinz Schleswig-Holstein seit seiner Errichtung in den Jahren 1901–1905 das „Zentralgefängnis“ in Neumünster.²¹ Dort rückte Fallada am 17. April 1926 ein und wird unter seinem bürgerlichen Namen „Ditzen, Rudolf“ unter der „Nr. 91/26“ in das Namensverzeichnis der Gefangenen eingetragen, das als „Datum des Abgangs“ den „10.5.28“ ausweist.²² Unterlagen über seine Neumünsteraner Haftzeit sind leider nur in sehr geringem Umfang erhalten geblieben und beschränken sich auf einzelne Briefe an seinen Schwager und anwaltlichen Vertreter Fritz Bechert, die sich heute im „Hans-Fallada-Archiv“ in Carwitz befinden.²³ Amtliche Dokumente in den relevanten Archivbeständen des schleswig-holsteinischen Landesarchivs gibt es demgegenüber leider gar nicht (mehr), sondern erhalten geblieben sind lediglich Akten allgemeiner Art über den Strafvollzug in Neumünster während Falladas dortiger Haftzeit.²⁴ Dieser soll deshalb im nächsten Abschnitt etwas näher beleuchtet werden.²⁵

¹⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden die Nachweise in Anm. 12.

¹⁹ Darüber berichtet Fallada auch selbst in einem um 1930 geschriebenen, aber erst 1997 aus dem Nachlass publizierten Textfragment (*Hans Fallada: Drei Jahre kein Mensch*. In: *Drei Jahre kein Mensch. Erlebtes. Erfahrenes. Erfundenes. Geschichten aus dem Nachlaß*. Hrsg. von Günter Caspar. Berlin 1997, S. 25–53). Vgl. dazu auch die editorischen Hinweise des Herausgebers (ebd., S. 140–144).

²⁰ Abgedruckt ist das Urteil bei Müller-Waldeck (wie Anm. 12), S. 71–72 sowie bei Alisch (wie Anm. 8), S. 15.

²¹ Thomas Krause: Die Geschichte der Freiheitsstrafe in Schleswig-Holstein. In: *Schleswig-Holsteinische Anzeigen* 2007, S. 359–365, hier S. 364–365 mwN vgl. zur Baugeschichte des Neumünsteraner Zentralgefängnisses ebd., Anm. 105 sowie neuerdings Jörg Alisch: Ein Denkmal – fit für die Zukunft. Zur Baugeschichte des Gefängnisses in Neumünster. In: *Festschrift* (wie Anm. 8), S. 4–8.

²² Landesarchiv Schleswig-Holstein Abt. 357.4 (Justizvollzugsanstalt Neumünster), Nr. 2. Ein Faksimile des Eintrags befindet sich mittlerweile in der – gleichzeitig als Lehrrestaurant dienenden – Neumünsteraner Anstaltskantine, die zu Ehren ihres wohl prominentesten Gefangenen seit einiger Zeit den Namen „Fallada“ trägt (Alisch, wie Anm. 8, S. 14). Fallada wurde, wie das Namensverzeichnis ausweist, „n. Hamburg entl.“; d. h. nach Hamburg entlassen, wo er zunächst in einem christlichen Wohnheim für entlassene Strafgefangene unterkam und als Adressenschreiber arbeitete. Er kehrte allerdings alsbald nach Neumünster zurück, wo er Tätigkeiten als Anzeigenwerber und später Redakteur des dortigen „General-Anzeiger“ aufnahm. Da diese Episode seiner Biografie bereits ausführlich monografisch behandelt wurde (Tom Crepon; Marianne Dwars: *An der Schwale liegt (kein Märchen, wie Anm. 2)*, wird dieser Teil von Falladas Leben in Schleswig-Holstein hier nicht weiter erörtert.

²³ Das „Hans-Fallada-Archiv“ ist mittlerweile eine Unterabteilung des „Literaturzentrums Neubrandenburg e. V.“ und wird von dort aus verwaltet. Die Archivalien werden aber nach wie vor im „Hans-Fallada-Haus“ in Carwitz aufbewahrt. Für die nicht nur sachkundige, sondern überaus zuvorkommende Unterstützung meiner einschlägigen Recherchen im Vorfeld und vor Ort in Carwitz selbst danke ich der zuständigen Archivarin, Frau Erika Becker, sehr herzlich. Die genannten Briefe befinden sich in den Beständen „S 942“ (1927) und „S 943“ (1928). Publiziert ist bisher lediglich ein Schreiben vom 5. 8. 1927 (bei Müller-Waldeck, wie Anm. 12, S. 72 sowie auszugsweise bei Alisch, wie Anm. 8, S. 16).

²⁴ Freundliche Auskunft von Frau Dr. Elke Imberger vom „Landesarchiv Schleswig-Holstein“ in Schleswig, die dem Verfasser in überobligatorischer Weise Kopien aus dem entsprechenden Findbuch zur Verfügung stellte und auch die Recherchen vor Ort kompetent begleitete.

²⁵ Siehe sogleich unter 4.

4. Der preußische und deutsche Strafvollzug in der zweiten Hälfte der Zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Schleswig-Holstein und Neumünster

Als Rudolf Ditzen alias Hans Fallada seine Haft im „Zentralgefängnis Neumünster“ am 17. April 1926 antrat, hatten sich gerade grundlegende Veränderungen innerhalb des deutschen Strafvollzugs ergeben.²⁶ Die schon länger bestehenden Bemühungen, diesen reichseinheitlich zu regeln und gleichzeitig zu reformieren, waren nämlich mit dem Erlass der sogenannten „Reichsratsgrundsätze“ vom 7. 6. 1923, einer reichsweit verbindlichen und im Reichsgesetzblatt veröffentlichten Ländervereinbarung,²⁷ in eine neue Phase getreten. Angeregt und mitverfasst vom sozialdemokratischen Reichsjustizminister und Kieler Strafrechtsprofessor Gustav Radbruch (1878–1949), stellten sie erstmals den Erziehungs- und Besserungsgedanken oder – wie wir heute sagen würden – Resozialisierungsgedanken in den Mittelpunkt der Strafvollzugskonzeption. Formuliert wird dieser in § 48, der folgendermaßen lautet:

Durch den Vollzug der Freiheitsstrafe sollen die Gefangenen, soweit es erforderlich ist, an Ordnung und Arbeit gewöhnt und sittlich so gefestigt werden, daß sie nicht wieder rückfällig werden.

Erreicht werden sollte dieses Vollzugsziel bei „längeren Strafen“ durch einen „Vollzug in Stufen“ (§ 130 S. 1). Gemeint ist damit eine, auf englische und irische Vorbilder zurückgehende und auch „Progressivsystem“ genannte, Strafvollzugskonzeption, die die Gefangenen eine Reihe verschiedener Strafstufen durchlaufen lässt (→ Stufenstrafvollzug), welche sich durch eine allmähliche Lockerung des Vollzuges auszeichnen (sog. „progressive stages“, deshalb: „Progressivsystem“).²⁸ Auf diese Weise sollen sie allmählich auf ihre Entlassung und den „Übergang in die Freiheit“ (§ 130 S. 3) vorbereitet werden.

Der Verpflichtung, die „Reichsratsgrundsätze“ baldmöglichst einzuführen, kamen die Länder alsbald durch den Erlass entsprechender Vorschriften nach. In Preußen geschah dies zunächst durch eine am 1. 8. 1923 erlassene „Dienst- und Vollzugsordnung für die Gefangenenanstalten der Justizverwaltung in Preußen“, die allerdings die Resozialisierung als Ziel des Strafvollzugs nur allgemein formulierte und den Stufenstrafvollzug noch nicht einführt.²⁹ Letzteres geschah dann erst durch „Richtlinien für den Strafvollzug in Stufen“, die in Form einer Verfügung des Justizministers am 2. 1. 1925 erlassen wurden.³⁰ Danach gab es drei Stufen, nämlich eine untere, eine mittlere sowie eine obere mit jeweils fortschreitenden Vergünstigungen für die Gefangenen.³¹ Die Mindestaufstiegszeit von Stufe Eins nach Stufe Zwei betrug für Gefängnisinsassen (wie Fallada) sechs Monate, und Voraussetzung war,

²⁶ Siehe hierzu zu dem Folgenden statt vieler den Überblick bei Thomas Krause: *Geschichte des Strafvollzugs*. Darmstadt 1999, Kap. XI (S. 79–84) mwN (S. 127–130). Vgl. außerdem ausführlich Christina Schenk: *Bestrebungen zur einheitlichen Regelung des Strafvollzugs in Deutschland von 1870 bis 1923*. Frankfurt a.M. 2001 (Rechtshistorische Reihe 248); Kai Naumann: *Gefängnis und Gesellschaft. Freiheitsentzug in Deutschland in Wissenschaft und Praxis 1920–1960*. Berlin 2006, insb. S. 31–72 sowie neuerdings Julian Krüger: *Systeme und Konzepte des progressiven Strafvollzugs*. Baden-Baden 2011 (Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen N. F. 64), S. 82–147, jeweils mwN.

²⁷ RGBl. II, S. 263–282. Vollständig abgedruckt sind die „Reichsratsgrundsätze“ außerdem bei Werner Schubert (Hrsg.): *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*. I. Abtlg.: Weimarer Republik (1918–1932). Bd. 5: *Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz (1927–1932)*. Berlin u.a. 1999, S. 113–129.

²⁸ Siehe zur Begriffsdefinition von „Progressivsystem“ und „Stufenstrafvollzug“ namentlich Bernd Koch: *Das System des Stufenstrafvollzugs in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung seiner Entwicklungsgeschichte*. Diss. jur. Freiburg i.Br. 1972, S. 9–13 mwN.

²⁹ Schenk (wie Anm. 26), S. 113–114 mwN.

³⁰ Koch (wie Anm. 27), S. 60–61; Herbert Schatke: *Die Geschichte der Progression im Strafvollzug und der damit zusammenhängenden Vollzugsziele in Deutschland*. Frankfurt a.M. 1979 (Europäische Hochschulschriften II: Rechtswissenschaft 202), S. 156–157, jeweils mwN. Eine weitere und ausführlichere Regelung erfolgte dann noch im Jahre 1929 durch die „Verordnung über den Strafvollzug in Stufen“ (Schatke, ebd., S. 183 und ausführlich Koch, ebd., S. 63–71).

³¹ Siehe hierzu und zum Folgenden im einzelnen ausführlich Schatke (wie Anm. 30), S. 155–161, 277–299 mwN.

dass das „Gesamtverhalten einen inneren Wandlungswillen erkennen lassen mußte“. Nach mindestens weiteren sechs Monaten war dann bei „Aussicht (Prognose), daß Gefangener sich in Freiheit wohlverhalten werde“ eine Versetzung von der Mittel- in die Oberstufe (Stufe Drei) möglich.

Darüber, wie das System des Stufenstrafvollzuges während Falladas Haftzeit im „Zentralgefängnis“ Neumünster gehandhabt wurde, geben noch vorhandene Akten des Strafvollzugsamts Kiel als zuständiger Aufsichtsbehörde Auskunft.³² Diesen ist zu entnehmen, dass bei einer Visitation im Sommer 1927 die zu schematische und geradezu automatische Versetzung der Gefangenen von Stufe Eins in Stufe Zwei nach sechs Monaten bemängelt wird, die „nicht den Absichten der R. V. vom 2. 1. 25 (entspreche)“.³³ Erforderlich sei vielmehr eine individuelle Beurteilung „sowohl (der) Inspektionsbeamten, als auch (der) mit den einzelnen Gefangenen befaßten Aufsichtsbeamten und Werkmeister über die Persönlichkeit des Gefangenen...“³⁴ Der Gefängnisdirektor, der die Missstände mit Personalmangel gerechtfertigt hat und dem aufgegeben wird, diese innerhalb von drei Monaten zu beseitigen, macht mit Schreiben vom 6. Dezember 1927 Vollzugsmeldung an den Präsidenten des Strafvollzugsamts.³⁵ Die Einstufungen erfolgten nunmehr alle „nach Beratung in der Beamtenbesprechung“ und „für Stufe II (betrage) die Wartefrist (jetzt) zwischen 6 und 9 Monaten je nach Vorleben und Strafdauer“. Außerdem nennt er noch – wie verlangt – vollzugsstatistische Zahlen, nach denen sich von „511 Gefangenen 122 in Stufe II (und) 23 Gefangene in Stufe III (befänden)“ Zu letzteren gehörte Ende 1927 auch Rudolf Ditzen alias Hans Fallada. Er saß mittlerweile seit 20 Monaten in Neumünster ein, war inzwischen Vertrauensmann seiner Mitgefangenen geworden und begann zunehmend, sich – ausgehend von seiner eigenen Situation – grundsätzlich mit Fragen des Strafvollzuges zu befassen.³⁶

5. Hans Falladas eigene Beschäftigung mit Fragen des Strafvollzugs und seine darüber verfassten Texte

Als Gefangener der dritten Stufe besaß Fallada unter anderem das Privileg, sich mit Büchern versorgen zu lassen, das er ausgiebig nutzte und das die Voraussetzung für seine thematische Beschäftigung mit Fragen des Strafvollzugs bildete. In seinem Nachlass sind nämlich diverse Exzerpte aus den relevanten Strafvollzugsvorschriften sowie von Aufsätzen zur Thematik erhalten.³⁷ Nachdem er bereits nach seinem Greifswalder Gefängnisaufenthalt einen Aufsatz unter dem Titel *Stimme aus den Gefängnissen* in der Berliner Zeitschrift *Das Tage-Buch* publiziert hatte,³⁸ verfasste er gegen Ende seiner Neumünsteraner Haftzeit weitere einschlägige Texte, die er an verschiedene Zeitungen wie das *Hamburger Fremdenblatt*, die *Kieler Neuesten Nachrichten* und das *Berliner Tageblatt* schickte.³⁹ Da sie alle abgelehnt werden, blieben sie bisher unveröffentlicht und erst Jörg Alisch hat sie jüngst teilweise publiziert.⁴⁰ Im

einzelnen handelt es sich um einen, von diesem vollständig abgedruckten, maschinenschriftlichen Text mit handschriftlichen Ergänzungen zum Thema *Anregungen zur Entlassenenfürsorge*,⁴¹ einen sowohl als Typoskript als auch handschriftlich vorliegenden Beitrag *Ein Beschwerdefall im Gefängnis* sowie einen Aufsatz über das *Beschwerderecht der Gefangenen*. Letzterer liegt sowohl in einer maschinenschriftlichen Kurz- als auch in einer zwölfseitigen Langfassung vor, die außerdem auch noch handschriftlich erhalten ist. Im zweiten Teil dieses Textes⁴² äußert Fallada aus „praktisch passiv(er) Sicht eines Gefangenen“ deutliche Kritik am Stufenstrafvollzug, da er von diesem vor allem „Wohlverhalten“ verlange und ihn auf diese Weise von den ihn beurteilenden Beamten abhängig mache.⁴³ Letztere seien zudem in Folge schlechter Ausbildung und Personalmangels in den Anstalten überfordert, so dass sie sich gegenüber „dem...humanen Strafvollzug...vollkommen ablehnend (verhielten)“ und die Einstufungsentscheidungen schematisch und bürokratisch handhabten.⁴⁴ Diese Kritik, die Fallada in modifizierter literarischer Form auch zu Beginn des Romans „Wer einmal aus dem Blechnapf frißt“ wiederholt,⁴⁵ mutet aus heutiger Sicht sehr modern an. Nach der Wiederherstellung eines rechtsstaatlichen Strafvollzuges nach den Perversionen der NS-Zeit wurde nämlich auf den nunmehr als zu schematisch empfundenen Stufenstrafvollzug der Weimarer Zeit nicht wieder zurückgegriffen. Stattdessen legte man ein stärker individualisiertes Konzept zu Grunde,⁴⁶ das nicht zuletzt qualifiziertes Personal voraussetzt.⁴⁷ Zukunftsweisend ist ebenso Falladas Vorschlag aus den *Anregungen zur Entlassenenfürsorge*, „Gefangene, die längere Freiheitsstrafen verbüßt haben, nicht übergangslos aus den Anstalten hinaus (zu entlassen), (sondern für sie) Übergangsstationen (zu schaffen)..., in denen der Gefangene...langsam lernt, sich frei zu fühlen, sich in der Freiheit zu bewegen, mit Geld umzugehen“.⁴⁸ Derartige Zwischenanstalten („intermediate prisons“) gab es zwar bereits um die Mitte des 19. Jahrhunderts im irischen Progressivstrafvollzug,⁴⁹ im deutschen Stufenstrafvollzug der Weimarer Zeit waren sie aber demgegenüber kaum und jedenfalls in Preußen gar nicht vorgesehen.⁵⁰ Vielmehr wurden sie in größerem Stil erst in Form des halboffenen und offenen Vollzuges ab den 50er und 60er Jahren des 20. Jahrhunderts eingeführt.⁵¹

Nach alledem ist eine Lektüre von Falladas Texten zu Fragen des Strafvollzugs auch heute noch sowohl für alle an seinem Werk Interessierten als auch speziell für Strafvollzugshistoriker wie den Verfasser dieses Beitrages außerordentlich lohnend. Es bleibt daher zu wünschen, dass sie in absehbarer Zeit vollständig publiziert werden mögen.

⁴¹ Abgedruckt bei Alisch (wie Anm. 8), S. 21–22.

⁴² Teilabdruck bei Alisch (wie Anm. 8), S. 22–23.

⁴³ Hans Fallada: Das Beschwerderecht der Gefangenen (Typoskript-Langfassung), S. 6–7.

⁴⁴ Ebd., S. 8–11. Abdruck dieser Passage bei Alisch (wie Anm. 8), S. 22–23.

⁴⁵ Fallada: Blechnapf (Neuausgabe 2011) (wie Anm. 6), S. 8.

⁴⁶ Siehe dazu statt vieler Krause (wie Anm. 26), S. 92–93 mwN (133).

⁴⁷ Vgl. Klaus Laubenthal: Strafvollzug. 6. Aufl., Berlin u.a. 2011, S. 143.

⁴⁸ Abdruck bei Alisch (wie Anm. 8), S. 21–22.

⁴⁹ Krause (wie Anm. 26), S. 76 mwN (126). Siehe auch schon oben S. 54. Vgl. außerdem ausführlich ders. „Eine Wanderung durch Irländische Gefängnisse“ – der Einfluss des irischen Progressivsystems des Sir Walter Crofton auf die Entwicklung des Strafvollzugs in Deutschland. In: Andreas Hoyer; Hans Hattenhauer; Rudolf Meyer-Pritzl; Werner Schubert (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Jörn Eckert. Baden-Baden 2008, S. 475–488, hier S. 477–479.

⁵⁰ Siehe dazu den Überblick bei Schattke (wie Anm. 30), S. 291. Vgl. auch Krause (wie Anm. 49), S. 485 und Naumann (wie Anm. 26), S. 68, jeweils mwN.

⁵¹ Krause (wie Anm. 26), S. 92; ders. (wie Anm. 49), S. 486, jeweils mwN. Vgl. auch Laubenthal (wie Anm. 47), S. 57 und Krüger (wie Anm. 26), S. 209–212 mwN.

³² Landesarchiv Schleswig-Holstein (LAS), Abt. 351.

³³ LAS, Abt. 351 Nr. 1251 (Revisionen beim Zentralgefängnis in Neumünster 1903-1932), Bl. 91 (Niederschrift vom 9. August 1927 über die Besichtigung des Zentralgefängnisses Neumünster am 12. Juli 1927 durch den Präsidenten des Strafvollzugsamts).

³⁴ Ebd.

³⁵ LAS, Abt. 351 Nr. 1251, Bl. 110.

³⁶ Vgl. Crepon; Dwars (wie Anm. 2), S. 20–23; Alisch (wie Anm. 8), S. 18–23.

³⁷ Hans-Fallada-Archiv (HAF) N 69 („Gefangenenfürsorge“).

³⁸ Das Tage-Buch 6 (1925), S. 9–15. Ein Neuabdruck befindet sich im Anhang der Neuausgabe des Romans „Wer einmal aus dem Blechnapf frißt“ (wie Anm. 6), S. 573–582.

³⁹ Crepon; Dwars (wie Anm. 2), S. 21.

⁴⁰ Alisch (wie Anm. 8), S. 21–23. Siehe auch schon oben Anm. 8. Die Originale sämtlicher Texte befinden sich in der Akte HAF N 69 („Gefangenenfürsorge“). Vgl. soeben Anm. 37.

Zuständigkeitschaos – Wer über Fortsetzungsfeststellungsanträge nach erledigter behördlicher Freiheitsentziehung zu entscheiden hat

von RiAG Dr. Christian Dornis, Elmshorn*

Verfahrenspfleger und Rechtsanwälte sind gelegentlich mit der Frage konfrontiert, bei welchem Gericht sie die Rechtmäßigkeit einer bereits erledigten behördlichen Freiheitsentziehung überprüfen lassen können. Ist hierfür das Amtsgericht (Betreuungsgericht) oder das Verwaltungsgericht zuständig? Die Rechtslage scheint verworren, die Rechtsprechung ist uneinheitlich. Dieser Beitrag versucht, den Nebel ein wenig zu lichten.

1. Reichweite des Problems

Gemäß Artikel 104 Abs. 2 GG hat über eine Freiheitsentziehung stets der Richter zu entscheiden. Die Behörde darf ohne richterliche Entscheidung einen Menschen lediglich bis zum Ende des nächsten Tages in Gewahrsam behalten.

Es kommt immer wieder vor, dass die Entlassung des Betroffenen aus dem behördlichen Gewahrsam bereits erfolgt ist, bevor der Richter tätig werden konnte. Bei den Betroffenen gibt es dann oft ein Interesse, die Rechtswidrigkeit der Inge-wahrsamnahme festzustellen.¹

Diese Situation kann bei bundesrechtlicher Freiheitsentziehung

- nach dem Aufenthalts- oder Asylverfahrensgesetz (Abschiebungsgewahrsam/Abschiebungshaft)²
- nach § 30 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz
- nach dem Bundespolizeigesetz³

* Der Autor ist Richter am Amtsgericht in Elmshorn und bearbeitet dort u.a. das „XIVer-Dezernat“, dem die PsychKG-Unterbringungen und die Freiheitsentziehungssachen zugeordnet sind.

¹ Das solche Fortsetzungsfeststellungsanträge überhaupt nötig sind, widerspricht einer Verfassungsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 2002. Das Gericht ist (soweit unstrittig und gängige Praxis) bei der Inge-wahrsamnahme eines Menschen unverzüglich durch die Behörde zu informieren. Nach der Entscheidung des BVerfG v. 15.5.2002 (Az.: 2 BvR 2292/00, NJW 2002, 3161–3162) ist aber sogar bei erledigter Freiheitsentziehung die Nachholung der richterlichen Entscheidung erforderlich, selbst wenn der Freiheitsentzug vor Ablauf der Frist des Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG endet. Diese Bestimmung setze dem Festhalten einer Person ohne richterliche Entscheidung mit dem Ende des auf das Ergreifen folgenden Tages eine äußerste Grenze, befreie aber nicht von der Verpflichtung, eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen. Diese Auffassung, die aus einer Entscheidung über einen Fall der Überprüfung eines Abschiebe-gewahrsams nach erfolgter Abschiebung stammt, hat sich aber praktisch nicht durchsetzen lassen. Denn sie stellt rechtsdogmatische Fragen ebenso wie die Frage des Sinns richterlichen Tuns. Zudem stößt sie an verfahrensrechtliche Grenzen. Rechtsdogmatisch ist problematisch, dass normalerweise das Gericht bei Unterbringungen und Freiheitsentziehungen nur über die Zukunft entscheidet. Gegenstand ist also ausschließlich die Fortdauer der Freiheitsentziehung, nicht die Rechtmäßigkeit der bisherigen einstweiligen Maßnahme der Behörde (so zutreffend *Oldenburg*: Die Rolle einstweiliger Unterbringungsanordnungen im Recht der gefahrenabwehrenden Freiheitsentziehungen 2002, S. 28; a.a. *Marschner* in: Marschner/Volckardt/Lesting: Freiheitsentziehung und Unterbringung 5. Aufl. 2010, Teil B Rnr. 102). Dies schließt eine Entscheidung nach Erledigung aus – dem Verfahren ist der Gegenstand genommen. Praktisch stellt sich das Problem, dass das Gericht i.d.R. nicht ohne persönliche Anhörung des Betroffenen über eine Freiheitsentziehung entscheiden darf. Ein abgeschobener Ausländer kann aber nicht angehört werden. Auch sonst haben Betroffene in der Regel wenig Neigung, mit einem Richter, der über einen erledigten unangenehmen Sachverhalt entscheiden soll, noch zu sprechen. Denn die Entscheidung ist, sofern nicht der Betroffene selbst die Überprüfung des Gewahrsams verlangt, völlig irrelevant, weil es nämlich nichts mehr zu regeln gibt.

In der Praxis beschränken sich die Entscheidungen über erledigte Freiheitsentziehungen deshalb weitgehend auf die Fälle der hier zu besprechenden Fortsetzungsfeststellungsanträge.

² Dies betrifft alle Formen der Abschiebungshaft, einschließlich der § 62 Abs. 3 AufenthG (Sicherungshaft), § 62 Abs. 2 AufenthG (Vorbereitungshaft), § 15 Abs. 5 AufenthG (Zurückweisungshaft), § 15 Abs. 6 i.V.m. Abs. 5 AufenthG (Abreisehaft; Flughafengewahrsam), § 57 Abs. 3 AufenthG (Zurückschiebungshaft), § 74a AufenthG (Durchbeförderungshaft), § 59 Abs. 2 AsylVfG i.V.m. § 12 Abs. 3 AufenthG (Verbringungshaft) und des § 82 Abs. 4 Satz 3 AufenthG i.V.m. §§ 40, 42 BPolG (Haft zur Erzwingung einer Mitwirkung und zur Identitätsfeststellung).

³ Hier sind insbesondere die §§ 23 Abs. 3 Satz 4; 25 Abs. 3; 39 Abs. 1, 2; 43 Abs. 5 BPolG, jeweils i.V.m. §§ 40, 42 BPolG zu nennen.

oder bei landesrechtlicher Freiheitsentziehung

- nach den Polizei- bzw. allgemeinen Gefahrenabwehrgesetzen der Länder
- nach den Unterbringungsgesetzen bzw. PsychKG der Länder entstehen.

Während die Zuständigkeit in den bundesrechtlichen Bereichen eindeutig geregelt ist, sind sich die Gerichte verschiedener Gerichtszweige im Bereich des PsychKG/UBG nicht einig, welches Gericht für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag zuständig ist. Teilweise gilt dies auch im polizeirechtlichen Bereich. Nur wenige Entscheidungen beschäftigen sich aber ernsthaft mit der Grundfrage, ob von der Regelung des § 23a Abs. 1 Nr. 2 GVG auch Fortsetzungsfeststellungsbegehren umfasst sind.

2. Grundsätzliches zur Zuständigkeit, der Meinungsstreit

Für Entscheidungen über Unterbringungssachen und über Freiheitsentziehungssachen sind gemäß § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Zi. 1 und 6 GVG die Amtsgerichte zuständig. An dieser Zuweisung verwaltungsrechtlicher Sachverhalte an die Amtsgerichte ist verschiedentlich heftige Kritik geübt worden.⁴ Gleichwohl ist sie geltendes Recht.

Ist also über die erstmalig anzuordnende Freiheitsentziehung oder die Fortdauer einer durch die Behörde vorgenommenen Freiheitsentziehung zu entscheiden, so trifft die Zuständigkeit ausschließlich den Amtsrichter. Dies betrifft alle oben genannten Verfahrensarten – ohne Ausnahme.

Verschiedene Gerichte bewerten jedoch im Bereich des PsychKG/UBG (und seltener im Polizeirecht) die Frage, ob sich diese Zuständigkeit auch auf Fortsetzungsfeststellungsanträge erstreckt, unterschiedlich. Größtenteils wird die Zuständigkeit angenommen, ohne sie weiter zu problematisieren. Dies gilt für verwaltungsgerichtliche Entscheidungen ebenso wie für Entscheidungen ordentlicher Gerichte.

3. Die bundesrechtliche Unterbringung

Die Rechtslage bei bundesrechtlicher Unterbringung ist vergleichsweise unspektakulär. Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 428 Abs. 2 FamFG und § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Zi. 1 GVG hat über Anträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer bundesverwaltungsrechtlichen freiheitsentziehenden Maßnahme das Amtsgericht zu entscheiden, unabhängig davon, ob es um Abschiebungshaft oder um eine freiheitsentziehende Maßnahme nach dem Bundespolizeigesetz oder dem Infektionsschutzgesetz geht.

4. Die (landes)polizeirechtlichen Freiheitsentziehungen

Für die Freiheitsentziehungen aufgrund polizeirechtlicher Regelung ist der Landesgesetzgeber zuständig, sei es das Auflesen hilfloser, weil betrunkenen Personen, sei es die Inge-wahrsamnahme von Castor-Gegendemonstranten oder die Durchsetzung eines ausgesprochenen Platzverweises gegen einen Randalierer, der für einige Stunden in der Polizeizelle verwahrt wird. Auch das Verfahrensrecht ist nicht bundeseinheitlich geregelt. Praktisch bereitet dies aber relativ wenig Probleme, da mit Ausnahme Niedersachsens alle Polizeige-

⁴ etwa im Falle des § 327 FamFG von *Schmidt-Recla* in MüKo ZPO 3. Auflage 2010, § 327 Rn. 1 und 8.

setze auf §§ 415 ff FamFG verweisen.⁵ Die Formulierung der Verweisung lässt jedoch in einigen Ländern Zweifel offen, ob diese Verweisung auch für Fortsetzungsfeststellungsanträge gilt.⁶ In Niedersachsen ist die Zuständigkeit für Fortsetzungsfeststellungsbegehren durch § 19 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nds. SOG ausdrücklich dem Amtsgericht zugewiesen.

5. Die Unterbringungen nach den PsychKG bzw. den Unterbringungsgesetzen der Länder

Für die Unterbringungen nach den PsychKG/UBG gilt § 428 FamFG nicht. PsychKG/UBG-Unterbringungen sind nicht als Freiheitsentziehungssache gemäß § 415 ff. FamFG, sondern als Unterbringungssache gemäß § 312 ff. FamFG definiert. Eine dem § 428 FamFG vergleichbare Regelung gibt es innerhalb der § 312 ff. FamFG nicht.

Um die Rechtslage zu verstehen, ist es erforderlich, die Gesetzgebungsgeschichte kurz zu rekapitulieren. Während die bundesrechtliche Freiheitsentziehung bis zum Inkrafttreten des FamFG 2009 im Freiheitsentziehungsgesetz des Bundes geregelt war, gab es für die PsychKG-/UBG der Länder in der Regel bis 1991 eigene landesrechtliche Regelungen über das Verfahren. Mit dem Betreuungsgesetz 1990/1992 wurde im FGG erstmal eine bundeseinheitliche Verfahrensordnung für die Unterbringungssachen geschaffen (§ 74 ff FGG 1992).

Für Fortsetzungsfeststellungsanträge stand seit einer Entscheidung des BayObLG aus dem Jahr 1983⁷ fest, dass diese vom Amtsgericht immer dann zu bearbeiten seien, wenn auch die Entscheidung bei Fortdauer der Freiheitsentziehung dem Amtsgericht obliegen hätte. Neben einer kurzgehaltenen rechtlichen Argumentation mit den Bestimmungen des BayUBG in Bezug auf § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO stellt das BayObLG zu Recht fest, dass es sachgerecht ist, wenn „der vom Grundgesetz gewollte Rechtsschutz durch den Richter gewährt wird, der für die Anordnung der Unterbringung zuständig ist.“

Dem ist eigentlich nichts hinzuzufügen. Die Entscheidung ist dann auch in der Literatur auf überwiegende Zustimmung gestoßen.⁸ Andere Gerichte aus Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit sind dieser Auffassung gefolgt.⁹

Seit wenigen Jahren wird diese sachgerechte und rechtlich überzeugende Argumentation durch Teile der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wieder in Frage gestellt.¹⁰ Die entscheidenden Gerichte argumentieren, sofern sie sich überhaupt zur Zuständigkeitsfrage äußern, die vorläufige Unterbringung durch die Behörde (oder auch die vorläufige polizeiliche Freiheitsentziehung, sofern der 428 Abs. 2 FamFG

nicht für anwendbar gehalten wird) sei ein Verwaltungsakt, der wie jeder Verwaltungsakt einer Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliege.

Ausdrückliche landesrechtliche Spezialzuweisungen, die einer angenommenen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gemäß § 40 Abs. 1 VwGO vorgingen, finden sich für die Unterbringung in keinem Bundesland.¹¹

Die Auffassung, die Verwaltungsgerichte könnten zuständig sein, ist jedoch falsch. Denn die vorläufige Unterbringung ist kein Verwaltungsakt (a) und das Amtsgericht ist immer für ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren zuständig (b).

(a) Die vorläufige Unterbringung ist kein Verwaltungsakt.¹² Der Verwaltungsakt muss definitionsgemäß Regelungscharakter haben. Eine Regelung über die Entziehung der Freiheit darf die Verwaltung aber nicht treffen. Dies ist durch Artikel 104 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich dem Richter vorbehalten.

Die grundgesetzliche Formulierung geht dann im Weiteren auch – wie selbstverständlich – davon aus, dass eine solche vorläufige Maßnahme der Verwaltung keinen Regelungscharakter hat. Es heißt in Artikel 104 Abs. 2 S. 2 GG: „Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen *in eigenem Gewahrsam halten*.“

Die vielfach in der juristischen Literatur,¹³ in einfachgesetzlichen Regelungen¹⁴ und in gerichtlichen Entscheidungen¹⁵ anzutreffenden Formulierungen, die von einer „Anordnung“ der vorläufigen Unterbringung durch die Verwaltung sprechen, sind mit dieser grundgesetzlichen Formulierung nicht in Übereinstimmung zu bringen. Vielmehr geht das Grundgesetz davon aus, dass die Verwaltung den Betroffenen in Gewahrsam „hält“, nicht den Gewahrsam anordnet. Es kann sich folglich nur um tatsächliches Verwaltungshandeln, einen Realakt, nicht um einen regelnden, anordnenden Verwaltungsakt handeln.¹⁶

(b) Das Amtsgericht ist zuständig.

Hier ist zunächst auf die gesetzliche Definition der Unterbringungssachen in § 312 Zi. 3 FamFG zurückzugreifen. Hiernach sind Unterbringungssachen (für die gemäß § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Zi. 6 GVG die Amtsgerichte zuständig sind) alle Verfahren, die eine freiheitsentziehende Unter-

⁵ Teilweise verweisen die Landesgesetze noch aufgrund fehlender redaktioneller Anpassung auf die Vorgängernormen des FrEntzG, was aber materiellrechtlich keinen Unterschied bedeuten dürfte. Die Regelungen finden sich in Schleswig-Holstein in §§ 204 Abs. 6, 181 Abs. 4 LVwG; in den übrigen Ländern in den Art. 18 Abs. 3 Satz 3 BayPAG; § 31 Abs. 3 Satz 2 ASOG Bln; § 18 Abs. 2 Satz 2 BbgPolG; § 16 Abs. 3 Satz 2 BremPolG; § 13a Abs. 2 Satz 2 HmbgSOG; § 33 Abs. 2 Satz 2 HSOG; § 56 Abs. 5 Satz 5 SOG M-V; § 36 Abs. 2 Satz 2 PolG NRW; § 15 Abs. 2 Satz 2 POG RPF; § 14 Abs. 2 Satz 2 SPolG; § 22 Abs. 8 Satz 2 SächsPolG; § 38 Abs. 2 Satz 2 SOG LSA; § 20 Abs. 2 Satz 2 ThürPAG. Anders § 19 Abs. 4 Satz 1 Nds. SOG mit einer Verweisung auf das Nds. FGG.

⁶ So nimmt das OVG NRW (Beschluss v. 09.01.2012, 5 E 251/11 – bei juris) trotz der Verweisung des § 36 Abs. 2 S. 2 PolG NRW die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren nach einer polizeirechtlichen Ingewahrsamnahme an.

⁷ BayObLG Beschluss vom 01.07.1983, BReg 3 Z 98/93, NJW 1983, 2645.

⁸ z.B. *Parensen*: Die Unterbringung Geistes- und Suchtkranker, PsychKG NRW, 1972, S. 240; *Volckardt* in Saage/Göppinger Freiheitsentziehung und Unterbringung 3. Aufl. 1994, Kap. 5.2 Rnr. 35/36; *Dodegge/Zimmermann*, PsychKG NRW, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 7; *Dornis* in Dornis (Hg.), PsychKG Schleswig-Holstein 2012, § 11 Rnr. 2; *Zimmermann*, Bayerisches UBG, 3. Aufl. 2009, Art. 10, Rnr. 22; a.A. *Prütting* MRVollzG und PsychKG NRW 2004, § 14 PsychKG Rnr. 48, und *Marschner* in: *Marschner/Volckardt/Lesting*: Freiheitsentziehung und Unterbringung 5. Aufl. 2010, Teil B Rnr. 102.

⁹ statt vieler: LG Traunstein, Beschluss v. 15.01.1993, 4 T 809/92, R&P 1993, 84; Schleswig-Holsteinisches VG, Beschluss v. 13.12.1999, 3 A 342/98, NordÖR 2000, 115; VGH BW, Beschluss v. 08.07.1993, 10 S 783/93 (bei juris); BayVGH, Beschluss v. 07.04.2005, 24 C 05.552; für die polizeirechtliche Freiheitsentziehung: Schl.-Holst. OLG v. 25.04.2001, 2 W 27/01 (SchlHAnz 2002, 17–19)

¹⁰ z.B. VG Stuttgart, Urteil v. 25.07.2007, 2 K 2805/07, juris-Rn. 20; VG Düsseldorf v. 10.08.2011, 7 K 3219/10 (bei juris), OVG NRW v. 09.01.2012 5 E 251/11 (bei juris).

¹¹ Für andere Sachverhalte im Unterbringungsrecht werden landesrechtliche Zuweisungen an das Amtsgericht durchaus vorgenommen. Dies betrifft z.B. Anträge auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Maßnahme im Vollzug der vorläufigen Unterbringung oder Vergleichbares, siehe z.B. Art. 7 Abs. 5 BayUBG, § 6 Abs. 3 saarl. UBG, § 18 Abs. 8 sächs. PsychKG, sehr detailliert § 5 S. 2, 6 Abs. 3 UBG BW und §§ 10, 14 Abs. 9, 15 Abs. 7 PsychKG RP. Aber auch diese Länder kennen keine explizite Spezialzuweisung für Fortsetzungsfeststellungsanträge gegen die vorläufige Unterbringung durch die Verwaltungsbehörde.

¹² Anderer Auffassung sind die in Fn. 10 genannten Entscheidungen, darüber hinaus für die vorläufige polizeiliche Ingewahrsamnahme VGH BW, Urteil v. 17.3.2011, Az: 1 S 2513/10; VG Frankfurt a. M., Urteil vom 20.1.1993 – V/3 E 1210/90

¹³ z.B. *Radtke* in Beck-OK GG, Stand 01.10.2012, Art. 104 Rnr. 20; *Oldenburg*: Die Rolle einstweiliger Unterbringungsanordnungen im Recht der gefahrenabwehrenden Freiheitsentziehungen 2002, S. 28

¹⁴ z.B. § 9 Abs. 1 Thür. PsychKG; § 18 Abs. 1 sächs. PsychKG

¹⁵ z.B. BGH Urteil vom 22.11.2012, III ZR 150/12

¹⁶ Das Schleswig-Holsteinische OVG bringt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1992 es auf den Punkt (Beschluss v. 02.12.1992, Az: 2 M 73/12; SchlHA 1993, 74-75): „Eine solche Anordnung [der vorläufigen Freiheitsentziehung] durch Verwaltungsakte seitens der Behörde ist unzulässig, weil sie Art. 104 Abs. 2 GG widersprechen würde, der die Entscheidung über die Freiheitsentziehung ausschließlich dem Richter vorbehalten hat. Das gilt auch für die Anordnung der vorläufigen, befristeten Unterbringung. Die davon zu unterscheidende vorläufige Vornahme der Unterbringung nach § 24 Abs. 1 PsychKG [heute § 11 PsychKG] durch die Kreisgesundheitsbehörde darf nur als einstweilige Sicherungsmaßnahme erfolgen zur Verhütung einer anders nicht zu verhindernden erheblichen unmittelbaren Gefahr für einen psychisch Kranken infolge seines Leidens oder einer von ihm aufgrund seines Leidens für Dritte ausgehenden erheblichen Gefahr i.S.d. § 8 PsychKG [heute § 7 PsychKG]. Die Entscheidung über die Anordnung oder Nichtanordnung der einstweiligen Unterbringung gemäß § 23 PsychKG [heute § 7 PsychKG] muss dann der Richter auf Antrag der Kreisgesundheitsbehörde treffen, die den entsprechenden Antrag gemäß § 24 Abs. 2 PsychKG [heute § 8 PsychKG] unverzüglich zu stellen hat.“

bringung eines Volljährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker betreffen. Diese gesetzliche Formulierung hat keine Beschränkung auf die gerichtliche Unterbringung vorgenommen, sondern betrifft schon nach ihrem Wortlaut auch die vorläufige Unterbringung durch die zuständige Behörde. Eine dem § 40 IVwGO vorgehende Spezialzuweisung ist folglich vorhanden.

Des Weiteren kann auf die nach wie vor durch ihre Einfachheit bestechende Argumentation des BayObLG aus dem Jahre 1983 (Fußnote 7) zurückgegriffen werden. Es ist hier nach sachgerecht, wenn „der vom Grundgesetz gewollte Rechtsschutz durch den Richter gewährt wird, der für die Anordnung der Unterbringung zuständig ist.“ Dies stellt das BayObLG fest, obwohl es in der genannten Entscheidung, anders als der Autor, davon ausgeht, dass die vorläufige Unterbringung ein Verwaltungsakt ist. Das BayObLG wendet dann die Vorschriften des BayUBG, die dem heutigen § 327 FamFG vergleichbar sind, analog an und begründet hieraus die Zuständigkeit des Amtsgerichts. Diese Argumentation kann auf die heutige Rechtssituation übertragen werden: Wenn § 327 FamFG die Kontrolle über Einzelmaßnahmen und einzelne Regelungen im Vollzug der Unterbringung den Amtsgerichten zuweist, und die Unterbringungsentscheidung selbst den Amtsgerichten zugewiesen ist, so liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, die durch analoge Anwendung der §§ 327, 313 FamFG i.V.m. § 23a Abs. 1 Nr. 2 GVG zu schließen ist. Damit ist auch ein Fortsetzungsfeststellungsantrag bei den Amtsgerichten zu stellen.

Zudem bliebe, wenn man konsequent der Auffassung vom Verwaltungsakt folgte, die absurde Situation, dass gegen diesen Verwaltungsakt auch nach einer Entscheidung des Amtsgerichts über die weitere Unterbringung separat Rechtsmittel eingelegt werden dürften.¹⁷ Ein Verwaltungs-

¹⁷ Ein solches separates Rechtsmittel wäre allerdings nur zulässig, wenn die amtsrichterliche Unterbringungsentscheidung, die die Wirkung des vermeintlichen Verwaltungsakts beendet hat, nicht auch das Fortsetzungsfeststellungsinteresse beseitigt hat. Dies ist aber bei einer Fülle denkbarer Fallkonstellationen der Fall. Zum Beispiel könnte sich der Betroffene darauf berufen, erst durch seine Verbringung ins Krankenhaus sei die Gefahr, die zur Unterbringung geführt habe, entstanden; oder sie sei eine Folge ungewollt im Krankenhaus verabreichter Medikation oder die behördliche vorläufige Unterbringung sei verfahrensfehlerhaft gewesen.

akt bliebe separat angreifbar, auch wenn danach das Amtsgericht die weitere Unterbringung anordnet. Dann ergäbe sich eine höchst kontraproduktive Doppelzuständigkeit.

Dies meinte auch das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht im Jahr 1992 (o. Fn. 16), als es ausführte:¹⁸ „Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts besteht in diesem Bereich nicht, auch nicht in bezug auf einstweilige Sofortmaßnahmen der Kreisgesundheitsbehörde nach § 24 PsychKG [heute § 11 PsychKG]. Eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte mit den nach der VwGO vorgesehenen Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln neben der Zuständigkeit der Amtsgerichte mit den in § 19 PsychKG [heute §§ 58 ff. FamFG] vorgesehenen Rechtsmitteln würde zu einer Doppelgleisigkeit der Rechtsmittelverfahren führen, was die Gefahr widersprechender Entscheidungen und einer mit Art. 104 GG nicht zu vereinbarenden Verzögerung der richterlicher Entscheidung bei einstweiligen Sofortmaßnahmen der Behörden nach § 24 PsychKG nach sich ziehen könnte.“

Und schließlich muss das Amtsgericht bei Kostenentscheidungen im Rahmen seines Verfahrens ohnehin immer wieder prüfen, ob das Verwaltungshandeln rechtmäßig war.

7. Fazit:

Es ist an der Zeit, dass das herrschende Zuständigkeitschaos beseitigt wird. Verwaltungs- und Betreuungsgerichte sollten sich einig sein, dass die Zuständigkeit für Fortsetzungsfeststellungsanträge nach erledigter behördlicher Freiheitsentziehung das Amtsgericht (Betreuungsgericht) trifft.

Sofern es nicht zu einer derartigen klarstellenden Rechtsprechung kommt, ist eine gesetzliche Klarstellung zu empfehlen. Eine dem § 428 Abs. 2 FamFG entsprechende Regelung sollte in die Vorschriften des § 312 ff. FamFG aufgenommen werden.

¹⁸ Die Entscheidung betrifft allerdings keinen Fortsetzungsfeststellungsantrag, sondern die Konstellation, dass die Behörde meinte, die einstweilige Unterbringung durch förmlichen schriftlichen Verwaltungsakt mit Rechtsmittelbelehrung (Anfechtungsklage beim VG) anordnen zu müssen.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Änderung der Überleitungsbestimmungen aus Anlass der Aufhebung des Amtsgerichts Bad Bramstedt

AV d. MJKE v. 13. Dezember 2012 – II 34/3200 – 117 SH – (SchlHA 2013 S.58)

Die Überleitungsbestimmungen aus Anlass der Aufhebung des Amtsgerichts Bad Bramstedt (Allgemeine Verfügung vom 23. August 1999 – II 13/3200 – 117 SH – <SchlHA 1999 S. 233>) werden wie folgt geändert:

1. In Abschnitt II Nr. 7 werden die Worte „Notarinnen und Notare sowie“ gestrichen,
2. Abschnitt II Nr. 8 wird gestrichen.

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Februar 2013 in Kraft.

Änderung der Anordnung über die geschäftliche Behandlung des maschinell geführten Grundbuchs

AV d. MJKE v. 27. Dezember 2012 – II 342/3851 – 70 SH – (SchlHA 2013, S. 58)

Die Anordnung über die geschäftliche Behandlung des maschinell geführten Grundbuchs (Allgemeine Verfügung vom 29.9.2011 – II 601/3851 – 70 SH – <SchlHA 2011, S. 368>) – wird wie folgt geändert:

Nummer 6 wird wie folgt geändert:

1. Es wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) In dem dafür vorgesehenen automatisierten Verzeichnis (Vorgangsübersicht) ist unverzüglich nach Anbringung des Eingangsvermerks ein neuer Vorgang anzulegen. Bei den Vorgangsdetails ist mindestens das Eingangsdatum zu erfassen, die Zuordnung der offensichtlich betroffenen Grundbuchblätter vorzunehmen und der Name des einreichenden Notars anzugeben. Sollte sich im Verlauf der weiteren Bearbeitung herausstellen, dass weitere Grundbuchblätter betroffen sind, sind diese unverzüglich nachzutragen.“

2. Die bisherigen Absätze 2 bis 4 werden Absätze 3 bis 5.

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Januar 2013 in Kraft.

Hinweise und Empfehlungen zur Aufstellung der Vorschlagsliste für Schöffinnen und Schöffen sowie Jugendschöffinnen und Jugendschöffen

Bek. d. MJKE v. 25. Januar 2013 – II 302 / 3221 – 178 SH (SchlHA 2013 S. 58)

Bis zum 1. August 2013, sowie jedes folgenden fünften Jahres stellen die Gemeinden die Vorschlagslisten für Schöffinnen

und Schöffen auf (§ 36 Absatz 1 Gerichtsverfassungsgesetz <GVG> in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung des Ministeriums für Justiz, Kultur und Europa <MJKE> vom 13. Dezember 2012). Für die Aufstellung der Vorschlagslisten für Jugendschöffinnen und Jugendschöffen sind die Jugendhilfeausschüsse zuständig (§ 35 Jugendgerichtsgesetz <JGG>). Die Gemeinden und die Jugendhilfeausschüsse sollen bei Aufstellung der Vorschlagslisten die Allgemeine Verfügung des MJKE vom 13. Dezember 2012 beachten.

Personen, bei denen die Gründe der §§ 32–34 GVG vorliegen, sind nicht in die Vorschlagsliste aufzunehmen. Diese Vorschriften lauten:

§ 32 Gerichtsverfassungsgesetz: Unfähigkeit zum Schöffenamt

Unfähig zu dem Amt eines Schöffen sind:

1. Personen, die infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzen oder wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt sind;
2. Personen, gegen die ein Ermittlungsverfahren wegen einer Tat schwebt, die den Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben kann.

§ 33 Gerichtsverfassungsgesetz: Nicht zu berufende Personen
Zu dem Amt eines Schöffen sollen nicht berufen werden:

1. Personen, die bei Beginn der Amtsperiode das fünfundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet haben würden;
2. Personen, die das siebzigste Lebensjahr vollendet haben oder es bis zum Beginn der Amtsperiode vollenden würden;
3. Personen, die zur Zeit der Aufstellung der Vorschlagsliste nicht in der Gemeinde wohnen;
4. Personen, die aus gesundheitlichen Gründen zu dem Amt nicht geeignet sind;
5. Personen, die in Vermögensverfall geraten sind.

§ 34 Gerichtsverfassungsgesetz: Weitere nicht zu berufende Personen

(1) Zu dem Amt eines Schöffen sollen ferner nicht berufen werden:

1. der Bundespräsident;
2. die Mitglieder der Bundesregierung oder einer Landesregierung;
3. Beamte, die jederzeit einstweilig in den Warte- oder Ruhestand versetzt werden können;
4. Richter und Beamte der Staatsanwaltschaft, Notare und Rechtsanwälte;
5. gerichtliche Vollstreckungsbeamte, Polizeivollzugsbeamte, Bedienstete des Strafvollzugs sowie hauptamtliche Bewährungshelfer;
6. Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind;
7. Personen, die als ehrenamtliche Richter in der Strafrechtspflege in zwei aufeinander folgenden Amtsperioden tätig gewesen sind, von denen die letzte Amtsperiode zum Zeitpunkt der Aufstellung der Vorschlagslisten noch andauert.

(2) Die Landesgesetze können außer den vorbezeichneten Beamten höhere Verwaltungsbeamte bezeichnen, die zu dem Amt eines Schöffen nicht berufen werden sollen.

Personen, die nach § 35 GVG zur Ablehnung des Amtes berechtigt sind, können in die Vorschlagsliste aufgenommen werden. In den Vorschlagslisten sollen aber die Tatsachen aufgenommen werden, die eine Ablehnung des Schöffenamtes rechtfertigen könnten. § 35 GVG lautet:

§ 35 Gerichtsverfassungsgesetz: Ablehnung des Schöffenamtes

Die Berufung zum Amt eines Schöffen dürfen ablehnen:

1. Mitglieder des Bundestages, des Bundesrates, des Europäischen Parlaments, eines Landtages oder einer zweiten Kammer;

2. Personen, die in der vorhergehenden Amtsperiode die Verpflichtung eines ehrenamtlichen Richters in der Strafrechtspflege an vierzig Tagen erfüllt haben, sowie Personen, die bereits als ehrenamtliche Richter tätig sind;
3. Ärzte, Zahnärzte, Krankenschwestern, Kinderkrankenschwestern, Krankenpfleger und Hebammen;
4. Apothekenleiter, die keinen weiteren Apotheker beschäftigen;
5. Personen, die glaubhaft machen, dass ihnen die unmittelbare persönliche Fürsorge für ihre Familie die Ausübung des Amtes in besonderem Maße erschwert;
6. Personen, die das fünfundsechzigste Lebensjahr vollendet haben oder es bis zum Ende der Amtsperiode vollendet haben würden;
7. Personen, die glaubhaft machen, dass die Ausübung des Amtes für sie oder einen Dritten wegen Gefährdung oder erheblicher Beeinträchtigung einer ausreichenden wirtschaftlichen Lebensgrundlage eine besondere Härte bedeutet.

Neben den gesetzlichen Voraussetzungen sollten die sonstigen Eignungskriterien Berücksichtigung finden. Das verantwortungsvolle Schöffenamt verlangt in hohem Maße Unparteilichkeit, Selbstständigkeit und Reife des Urteils. Um wirkungsvoll an der Strafrechtspflege mitwirken zu können, sollte jede Schöffin und jeder Schöffe zudem soziales Verständnis, Menschenkenntnis und Einfühlungsvermögen, Berufs- und Lebenserfahrung sowie logisches Denkvermögen und Kommunikationsfähigkeit mitbringen. Jugendschöffinnen und Jugendschöffen sollten zudem erzieherisch befähigt sein.

Bei gleicher Eignung soll die Vorschlagsliste alle Gruppen der Bevölkerung angemessen berücksichtigen, und zwar nach

- Geschlecht,
- Alter,
- Beruf und sozialer Stellung (§ 36 Absatz 2 GVG).

Daher sollte angestrebt werden, den Anteil von Frauen und Männern in der Vorschlagsliste an ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung zu orientieren. Es sollten nach Möglichkeit genauso viele Frauen wie Männer vorgeschlagen werden. Auch hinsichtlich der Altersstruktur sollten die vorgeschlagenen Personen ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung entsprechen. Daher sollte darauf geachtet werden, dass alle in Frage kommenden Altersgruppen vertreten sind.

Die Vorschlagsliste wird durch Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder der Gemeindevertretung aufgestellt. Sinn und Zweck des Gesetzes gebieten es, dass eine individuelle Vorauswahl die Gewähr für das Heranziehen erfahrener und urteilsfähiger Personen als Schöffinnen und Schöffen bietet. Unzulässig ist daher die Aufstellung der Liste nach dem Zufallsprinzip (Auslosen).

Zwar wird es als zulässig angesehen, die Liste allein auf Grund von Vorschlägen der Parteigruppen zusammenzustellen, die die Gemeindevertretung bilden. Es empfiehlt sich aber, auch andere Vorschläge angemessen zu berücksichtigen. Hierbei kann es sich beispielsweise um Vorschläge von Vereinigungen wie von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden, Bürgervereinen und Organisationen aus der kirchlichen und sozialen Arbeit handeln; auch für Selbstbewerbungen ist Raum. Da es entscheidend darauf ankommt, für das Schöffenamt Personen zu gewinnen, die für die Tätigkeit ein besonderes Interesse haben, sollten Personen, die sich bewerben, bei gegebener Eignung nach Möglichkeit berücksichtigt werden.

Zur Information über das Schöffenamt empfiehlt es sich, eine angemessene Zeit vor Aufstellung der Vorschlagsliste in der Tagespresse, im Rundfunk und im Fernsehen auf die Bedeutung des Schöffenamtes und die Aufstellung der Vorschlagsliste dafür hinzuweisen.

II

Die Neufassung tritt mit sofortiger Wirkung in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Hinweise und Empfehlungen

zur Aufstellung der Vorschlagsliste für Schöffinnen und Schöffen (Bekanntmachung vom 4. Februar 1992 – II 302/3221 – 131 – <SchlHA 1992 S. 41 >) außer Kraft.

Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses

Bek. d. MJKE v. 28. Januar 2013 – II 332/2016 – 54 SH –
(SchlHA 2013 S. 60)

Hiermit wird gemäß § 28 des Landesrichtergesetzes die in der konstituierenden Sitzung des Richterwahlausschusses am 30. November 2012 beschlossene Geschäftsordnung des Richterwahlausschusses genehmigt. Mit dem Inkrafttreten der nachfolgenden Geschäftsordnung wird die mit Bekanntmachung des Ministeriums für Justiz, Gleichstellung und Integration vom 23. April 2010 – II 332/2016 – 54 SH – (SchlHA 2010 S. 127) veröffentlichte Geschäftsordnung gegenstandslos.

Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses

Aufgrund des § 28 des Landesrichtergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1992 (GVOBl. Schl.-H. S. 46), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. September 2012 (GVOBl. Schl.-H. S. 642), gibt sich der Richterwahlausschuss folgende Geschäftsordnung:

I

Berichterstattung

(1) Für jede durch den Richterwahlausschuss zu besetzende Stelle und für jede Entscheidung oder Anhörung nach § 23 Abs. 2 und 4 des Landesrichtergesetzes werden die Berichterstatterin oder Berichterstatter und die Mitberichterstatterin oder der Mitberichterstatter in der Reihenfolge bestellt, in der die Ministerin oder der Minister für Justiz, Kultur und Europa die einzelnen Vorgänge auf die Tagesordnung einer Sitzung des Richterwahlausschusses setzt. Die Besetzung mehrerer gleichartiger Stellen bei demselben Gericht kann als ein Tagesordnungspunkt (gleiche Berichterstattung und Mitberichterstattung) behandelt werden. Legt die Ministerin oder der Minister für Justiz, Kultur und Europa die Unterlagen einer Richterin oder eines Richters zusammen mit deren oder dessen Bewerbung um eine bestimmte Richterstelle auch vor, damit der Ausschuss nach § 23 Abs. 2 oder 4 des Landesrichtergesetzes entscheidet, falls die Richterin oder der Richter auf ihre oder seine Bewerbung nicht gewählt wird, so sind die Berichterstatterin oder der Berichterstatter und die Mitberichterstatterin oder der Mitberichterstatter für die zu besetzende Stelle auch für diesen Vorgang zuständig.

(2) Zu Berichterstatterinnen oder Berichterstattern werden eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter und eine Richterin oder ein Richter im Wechsel aus je einer alphabetisch geordneten Liste der Abgeordneten sowie der ständigen richterlichen Mitglieder und des nichtständigen Mitglieds der ordentlichen Gerichtsbarkeit bestimmt, beginnend mit der oder dem in der Liste ersten Abgeordneten. Es folgt die oder der in der Liste erste Richterin oder Richter.

(3) Mitberichterstatterinnen oder Mitberichterstatter werden in der alphabetischen Reihenfolge, beginnend mit der oder dem Letzten der Liste, eine Richterin oder ein Richter, wenn eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter Bericht erstattet und eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter, wenn ein richterliches Mitglied Bericht erstattet; jedoch wird in der Reihenfolge der richterlichen Mitberichterstattung jeweils eine Richterin oder ein Richter übersprungen.

(4) Abweichend von Absatz 2 und 3 wird für Vorgänge aus den Fachgerichtsbarkeiten das nichtständige Mitglied der betroffenen Gerichtsbarkeit zur Berichterstattung oder Mitberichterstattung herangezogen, wenn nach der Reihenfolge des Absatzes 2 ein richterliches Mitglied zur Berichterstattung oder Mitberichterstattung zu bestellen ist; zur Berichterstattung

und Mitberichterstattung über Vorgänge in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit werden, soweit diese durch Abgeordnete erfolgt, lediglich Abgeordnete nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 des Landesrichtergesetzes herangezogen. Die Reihenfolge der richterlichen Berichterstattung und Mitberichterstattung für Vorgänge der ordentlichen Gerichtsbarkeit bleibt unberührt.

(5) Ist ein Mitglied in der Sitzung des Ausschusses oder in einem Vorgang ausgeschlossen oder verhindert, übernimmt die zuständige Vertreterin oder der zuständige Vertreter die Berichterstattung oder die Mitberichterstattung. Ist keine Vertreterin oder kein Vertreter vorhanden oder sind auch die Vertreterin oder der Vertreter und etwaige weitere Vertreterinnen oder Vertreter ausgeschlossen oder verhindert, wird eine neue Berichterstatterin oder ein neuer Berichterstatter oder eine neue Mitberichterstatterin oder ein neuer Mitberichterstattter für die Sitzung oder für den Vorgang nach den Absätzen 2 und 3 bestimmt.

II

Beschlussfassung

(1) Ist nur über eine Bewerbung zu entscheiden oder betrifft die Beschlussfassung einen Fall des § 23 des Landesrichtergesetzes, so stimmen die Mitglieder auf dem Wahlzettel mit „ja“ oder „nein“.

(2) Über mehrere Bewerbungen um eine Richterstelle wird in einem Wahlgang abgestimmt. Die Mitglieder kreuzen in diesem Fall auf dem Stimmzettel den Namen der Bewerberin oder des Bewerbers an.

(3) Ergibt die Abstimmung nach Absatz 2 auch bei Wiederholung keine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen für eine Bewerbung, so scheidet in der weiteren Wahl alle Bewerbungen aus, für die im zweiten Wahlgang keine Stimmen abgegeben wurden. Dies gilt nicht in Fällen des § 22 Abs. 3 des Landesrichtergesetzes.

(4) Über die nach Absatz 3 noch zur Wahl stehenden Bewerbungen wird in einem dritten Wahlgang abgestimmt. Ergibt auch diese Abstimmung keine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen für eine Bewerbung, wählt der Ausschuss durch Einzelabstimmung (Absatz 1). Über die einzelnen Bewerbungen wird in der Reihenfolge der im dritten Wahlgang erreichten Stimmen abgestimmt, beginnend mit der Bewerbung, die die wenigsten Stimmen erhalten hat. Bei Stimmengleichheit richtet sich die Reihenfolge nach dem Alphabet.

III

Personalunterlagen

(1) Die Vertraulichkeit der Personalunterlagen ist zu wahren. Aus Personalakten und Personalübersichten sollen deshalb grundsätzlich keine Abschriften oder Kopien hergestellt werden.

(2) Die zur Vorbereitung der Sitzung versandten Personalübersichten und weiteren Unterlagen werden nach der Entscheidung des Richterwahlausschusses in derselben Sitzung an die Ministerin oder den Minister für Justiz, Kultur und Europa zurückgegeben.

IV

Die Geschäftsordnung ist am 30. November 2012 in Kraft getreten.

Anke Spoorendonk
Ministerin

Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof

Vfg. Präs.in SchlHOLG vom 4. Januar 2013 – 3170 – 202 SH –
(SchlHA 2013 S. 60)

Bestellt mit Wirkung zum 1. März 2013 für die Dauer von fünf Jahren nebenamtlich zum berufsrichterlichen Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist der Richter am Oberlandesgericht *Gereon Bollmann*.

III. Personalnachrichten

MJKE

Ernannt: Zum Regierungsamtmann: Regierungsoberinspektor *Sascha Bendixen*, Ministerium für Justiz, Kultur und Europa.

Zur Oberregierungsrätin: Regierungsrätin *Dr. Christina Wiener*, Ministerium für Justiz, Kultur und Europa.

Versetzung in den Ruhestand: Ministerialrat *Hans-Joachim Marezoll*, Ministerium für Justiz, Kultur und Europa; Oberamtsrat *Hans-Hermann Conradsen*, Ministerium für Justiz, Kultur und Europa.

Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Ersten Justizhauptwachtmeister: Justizhauptwachtmeister *Sönke Clausen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

Berichtigung der Veröffentlichung
in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen A 1/13:

Ernannt zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Stefan Knosp*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

Gerichte

Ernannt: Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Bettina Hochleitner*, Landgericht Itzehoe.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Maria Haorig*, AG Neumünster.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Sebastian Gude*, Landgericht Flensburg.

Zur Justizobersekretärin: Justizsekretärin *Karen Beckmann*, Landgericht Itzehoe; Justizsekretärin *Tamara Hielscher*, Amtsgericht Oldenburg i.H.; Justizsekretärin *Anja Hill*, Amtsgericht Eutin; Justizsekretärin *Kathrin Lilienthal*, Amtsgericht Flensburg; Justizsekretärin *Mira Ludley*, Amtsgericht Kiel.

Zum Ersten Justizhauptwachtmeister (A 6): Erster Justizhauptwachtmeister *Andreas Sell*, Amtsgericht Kiel.

Versetzt: Justizamtfrau *Katja Bortfeldt* vom Amtsgericht Flensburg an das Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Maren Wilkens* vom Amtsgericht Niebüll an das Amtsgericht Elmshorn; Gerichtsvollzieher *Stefan Hoffmann* vom Amtsgericht Reinbek an das Amtsgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Justizoberamtsrat *Rainer Kindt*, Amtsgericht Husum; Justizamtsrat *Uwe Soost*, Amtsgericht Plön; Justizamtsinspektor *Egon Jochimsen*, Amtsgericht Meldorf.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsrat *Manfred Meggers*, Amtsgericht Neumünster; Justizamtsinspektorin *Dörthe Ehms-Weisweiler*, Amtsgericht Norderstedt.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Oberstaatsanwältin: Staatsanwältin *Silke Füssinger*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zur Oberregierungsrätin: Regierungsrätin *Dr. Andrea Hauschild*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zur Staatsanwältin: Justizoberinspektorin *Christine Stoll*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizoberinspektorin *Jana Hegeholz*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Assessorin *Stefanie Herrig*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Versetzt: Oberstaatsanwältin *Silke Füssinger* von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel an die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Staatsanwalt *Günther Hamann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Thorsten Breitner*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtfrau *Verena Serger*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Carsten Bruhn*, Jugendanstalt Schleswig.

Zur Sozialamtfrau: Sozialoberinspektorin *Dörte Franke*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Sozialoberinspektorin *Cathrin Wartig*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum Justizinspektor: Justizamtsinspektor *Sönke Stade*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum Justizamtsinspektor mit Amtszulage: Justizamtsinspektor *Jan Josupeit*, Jugendarrestanstalt Moltsfelde; Justizamtsinspektor *Torsten Rohloff*, Justizvollzugsanstalt Flensburg.

Zum/r Justizamtsinspektor/in: Justizhauptsekretärin *Katja Dibern*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretärin *Andrea Struve*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretärin *Martina Bahr*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Jörn Kiesche*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizhauptsekretär *Frank Dudek*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizhauptsekretär *Ralf Gercke*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretär *Michael Dobbrunz*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretär *Michael Moeck*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizhauptsekretär *Stefan Hintz*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizhauptsekretär *Heino Fröhlich*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Jörg Kasimir*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Sven Jansen*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Rüdiger Höft*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Marc Füllner*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Patrick Hacker*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Achim Kiehl*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum/r Justizhauptsekretär/in: Justizobersekretärin *Sabrina Marschinkowski*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretärin *Annett Rabes*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Thorsten Clausen*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizobersekretär *Dirk Paepke*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizobersekretär *Sönke Husfeld*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär *Niels Meier*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär *Thilo Koy*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär *Thomas Bianchi*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizobersekretär *Arne Mutschall*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizobersekretär *Sven Petersen*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe; Justizobersekretär *Michael Schmahl*, Jugendarrestanstalt Moltsfelde; Justizobersekretär *Thomas Volkmann*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Jochen Steigerwald*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Björn Lettow*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Jan Volstorf*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Karsten Schönfeldt*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Thomas Saballus*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Christian Pleik*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Thomas Mandelkau*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizamtsinspektor *Hubert Weiss*, Jugendanstalt Schleswig.

Notare

Notaramt erloschen: *Gerd Brendemühl*, Ahrensburg; *Hermann Schreiber*, Krempe; *Christel Aschmoneit-Lücke*, Kiel; *Thomas Arndt*, Eckernförde; *Raimund Ludwig*, Rendsburg; *Rolf-Michael Werth*, Oldenburg i. H.; *Rainer Wulff*, Rendsburg; *Harro Löble*, Lübeck; *Gunther Giese*, Pinneberg; *Adolf-Lorenz Petersen*, Süderbrarup; *Hartwig Kurts*, Lensahn; *Dr. Thomas Peter Carstensen*, Schleswig; *Anna Boldt*, Reinbek; *Gert-Friedrich Schneider*, Lübeck.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJKE vom 1. Februar 2013 – II 332/5112 Ea – 1799 –
(SchIHA 2013 S. 62)

Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 6 für eine Präsidentin oder einen Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht in Schleswig
Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung in besonderer Weise bewährt und darüber hinaus Erfahrungen in einer Leitungsfunktion erworben hat.
Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und anstehenden Strukturveränderungen der Justiz aufgeschlossen gegenüber steht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voran zu treiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

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

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

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

Bewerbungen werden erbeten bis zum **31. März 2013**. Sie sind zu richten an das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Referat II 33, Lorentzen-damm 35, 24103 Kiel.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. MJKE vom 1. Februar 2013 – II 332/5112 Ea – 1798 –
(SchIHA 2013 S. 62)

1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Flensburg
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel
- 1 Stelle der BesGr. R 1 mit einer Amtszulage nach Anlage 8 SHBesG für eine Staatsanwältin als Gruppenleiterin oder einen Staatsanwalt als Gruppenleiter bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe

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 erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel
 - 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Kiel
 - 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Ratzeburg
- Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt 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 erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. MJKE vom 4. Februar 2013 – II 211 / 5112 Eg – 41 –
(SchIHA 2013 S. 62)

Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein sucht zum **1. Juli 2013** in Vollzeit eine Leiterin oder einen Leiter der Justizvollzugsanstalt Lübeck (Leitende/r Regierungsdirektor/in) A 16 im Beamtenverhältnis auf Probe gemäß § 5 LBG. Die regelmäßige Probezeit beträgt zwei Jahre. Bei Tarifbeschäftigten kann eine Eingruppierung bis zur Entgeltgruppe E 15 Entgeltordnung zum TV-L erfolgen.

Die Justizvollzugsanstalt (JVA) Lübeck ist eine geschlossene Vollzugsanstalt für erwachsene männliche und weibliche Gefangene. Sie verfügt über ca. 500 Haftplätze und ca. 285 Beschäftigte. Neben des Vollzuges der Freiheitsstrafe wird in der JVA Lübeck auch Untersuchungshaft vollzogen.

In der Justizvollzugsanstalt Lübeck wurden und werden in verschiedenen Bereichen bauliche Erneuerungen durchgeführt. Aktuell befindet sich ein Funktionsgebäude (Küche und Wäscherei) in der Bauphase. In Kürze soll mit dem Bau eines Besuchszentrums begonnen werden.

Weitere große Baumaßnahmen sind für die nächsten Jahre geplant.

Die Justizvollzugsanstalt Lübeck verfügt über eine Sozialtherapeutische Abteilung und über eine Sicherheitsabteilung.

Die Leiterin oder der Leiter der Justizvollzugsanstalt Lübeck bestimmt die Gesamtentwicklung der Anstalt. Sie oder er trägt die Verantwortung für die recht- und zweckmäßige Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben. Zu den der Anstaltsleiterin oder dem Anstaltsleiter obliegenden Aufgaben gehören insbesondere die Ausgestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation, die Zuweisung der Dienstgeschäfte an die Mitarbeiterinnen

und Mitarbeiter, die Mitwirkung bei Personalentscheidungen, die bauliche Weiterentwicklung der Anstalt sowie die Bearbeitung von Angelegenheiten von grundsätzlicher oder besonderer Bedeutung. Die Anstaltsleiterin oder der Anstaltsleiter vertritt die Anstalt nach außen.

Für die Leitung der Justizvollzugsanstalt Lübeck wird eine Persönlichkeit mit der Befähigung für die Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt, mit einem abgeschlossenen juristischen oder sozialwissenschaftlichen Hochschulstudium gesucht. Sofern die Befähigung für die Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt, im Rahmen einer Bewährung aus der Laufbahngruppe 2, erstes Einstiegsamt, erworben wurde, kann die Voraussetzung eines Studiums entfallen. Umfassende Kenntnisse im Vollzugs- und Verwaltungsrecht für den Bereich des Justizvollzuges werden vorausgesetzt.

Bewerberinnen und Bewerber sollten in ihrem bisherigen beruflichen Werdegang Führungs- und Leitungsaufgaben wahrgenommen und an konzeptioneller Arbeit mitgewirkt haben. Von besonderer Bedeutung ist die Fähigkeit einen großen Mitarbeiterstamm zu führen. Erwartet werden ferner Organisations- und Innovationsfähigkeit sowie Kenntnisse über neue Organisations- und Steuerungsformen. Neben Verantwortungsbereitschaft und Urteilsfähigkeit werden Entschlusskraft, Durchsetzungsfähigkeit und soziale Kompetenz von den Bewerberinnen und Bewerbern erwartet. Durch die immer größer werdende Bedeutung von Datenverarbeitung und Wirtschaftlichkeitsberechnungen sind Grundkenntnisse in Datenverarbeitung und in betriebswirtschaftlichen Fragen wünschenswert.

Bewerbungen sind zu richten bis zum **8. März 2013** an das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Referat II 21, Lorentzendam 35, 24103 Kiel. Ansprechpartner: Herr Dr. Bublies Telefon: 0431/988-38 18

Sofern Sie bereits im öffentlichen Dienst beschäftigt sind, bitte ich, den Bewerbungsunterlagen eine Einverständniserklärung zur Personalakteneinsicht (unter Angabe der personalaktenführenden Stelle) für die am Auswahlverfahren beteiligten Personen hinzuzufügen. Sollte die Personalakte keine aktuelle Beurteilung enthalten, bitte ich darum, unverzüglich deren Erstellung zu beantragen.

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 zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Bek. d. MJKE vom 4. Februar 2013 – 211 / 5112 Eg – 44 –
(SchlHA 2013 S. 63)

Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein sucht zum **1. Januar 2014** in Vollzeit eine Leiterin oder einen Leiter der Justizvollzugsanstalt Neumünster (Leitende/r Regierungsdirektor/in) A 16 SHBesO im Beamtenverhältnis auf Probe gemäß § 5 LBG. Die regelmäßige Probezeit beträgt zwei Jahre. Bei Tarifbeschäftigten kann eine Eingruppierung bis zur Entgeltgruppe E 15 Entgeltordnung zum TV-L erfolgen.

Die Justizvollzugsanstalt (JVA) Neumünster ist eine geschlossene Vollzugsanstalt für männliche erwachsene Gefangene im Erstvollzug und für jugendliche Gefangene. Sie verfügt über ca. 590 Haftplätze und ca. 250 Beschäftigte. Neben dem Vollzug der Freiheitsstrafe wird in der JVA Neumünster auch Untersuchungshaft vollzogen. In der JVA Neumünster stehen für die Gefangenen ca. 450 Arbeitsplätze zur Verfügung. Neben allgemein bildendem Unterricht wird geeigneten Gefangenen in der JVA Neumünster die Möglichkeit gegeben, eine Berufsausbildung zu absolvieren oder sich im Rahmen von beruflichen Teilqualifikationen weiterzubilden. Hierzu bietet die Justizvollzugsanstalt derzeit bis zu 10 verschiedene Berufsausbildungsangebote und unterschiedliche berufliche Teilqualifikationen an.

In der JVA Neumünster werden in verschiedenen Bereichen größere bauliche Erneuerungen durchgeführt. Weitere Baumaßnahmen sind für die nächsten Jahre geplant.

Die Leiterin oder der Leiter der Justizvollzugsanstalt Neumünster bestimmt die Gesamtentwicklung der Anstalt. Sie oder er trägt die Verantwortung für die recht- und zweckmäßige Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben. Zu den der Anstaltsleiterin oder dem Anstaltsleiter obliegenden Aufgaben gehören insbesondere die Ausgestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation, die Zuweisung der Dienstgeschäfte an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Mitwirkung bei Personalentscheidungen, die bauliche Weiterentwicklung der Anstalt sowie die Bearbeitung von Angelegenheiten von grundsätzlicher oder besonderer Bedeutung. Die Anstaltsleiterin oder der Anstaltsleiter vertritt die Anstalt nach außen.

Für die Leitung der Justizvollzugsanstalt Neumünster wird eine Person mit der Befähigung für die Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt, mit einem abgeschlossenen juristischen oder sozialwissenschaftlichen Hochschulstudium gesucht. Sofern die Befähigung für die Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt, im Rahmen einer Bewährung aus der Laufbahngruppe 2, erstes Einstiegsamt, erworben wurde, kann die Voraussetzung eines Studiums entfallen. Umfassende Kenntnisse im Vollzugs- und Verwaltungsrecht für den Bereich des Justizvollzuges werden vorausgesetzt.

Bewerberinnen und Bewerber sollten in ihrem bisherigen beruflichen Werdegang Führungs- und Leitungsaufgaben wahrgenommen und an konzeptioneller Arbeit mitgewirkt haben. Von besonderer Bedeutung ist die Fähigkeit, einen großen Mitarbeiterstamm zu führen. Erwartet werden ferner Organisations- und Innovationsfähigkeit sowie Kenntnisse über neue Organisations- und Steuerungsformen. Neben Verantwortungsbereitschaft und Urteilsfähigkeit werden Entschlusskraft, Durchsetzungsfähigkeit und soziale Kompetenz von den Bewerberinnen und Bewerbern erwartet. Durch die immer größer werdende Bedeutung von Datenverarbeitung und Wirtschaftlichkeitsberechnungen sind Grundkenntnisse in Datenverarbeitung und in betriebswirtschaftlichen Fragen wünschenswert.

Bewerbungen erbitte ich bis zum **8. März 2013** an das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Referat II 21, Lorentzendam 35, 24103 Kiel. Ansprechpartner: Herr Dr. Bublies, Telefon: 0431/988-38 18.

Ich bitte den Bewerbungsunterlagen eine Einverständniserklärung zur Personalakteneinsicht (unter Angabe der personalaktenführenden Stelle) für die am Auswahlverfahren beteiligten Personen hinzuzufügen. Sollte die Personalakte keine aktuelle Beurteilung enthalten, bitte ich darum, unverzüglich deren Erstellung zu beantragen.

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 zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Justizinterne Ausschreibung

Bek. d. Präsidentin des Schl.-Holst. OLG vom 14. Januar 2013
– 5112 Ee – 62 –
(SchlHA 2013 S. 63)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die Besetzung von

- 1 Stelle der Besoldungsgruppe A 6 der Besoldungsordnung A, Anlage 1 des SHBesG, mit einer Stellenzulage gemäß § 54 SHBesG, Anlage 8 des SHBesG, für eine Erste Justizhauptwachtmeisterin oder einen Ersten Justizhauptwachtmeister (Leitende Wachtmeisterin bzw. Leitender Wachtmeister) bei dem Amtsgericht Oldenburg in Holstein.

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.

Die ausgeschriebene Stelle richtet sich ausschließlich an Beamtinnen und Beamte im Justizwachmeisterdienst des Landes Schleswig-Holstein.

Bewerbungen sind bis zum **28. Februar 2013** auf dem Dienstwege einzureichen und mit einer Stellungnahme und einer aktuellen dienstlichen Beurteilung des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 604, 861, 863, 864, 929, 931, 1006

- 1. Überreicht ein Fahrzeugeigentümer das mit einer Schleife geschmückte Kfz unter Schlüsselübergabe einer dritten Person an deren Geburtstag mit dem Bemerkten, damit könne sie nun fahren, behält er aber selbst einen Schlüsselsatz und auch den Fahrzeugbrief des weiterhin in seiner Garage geparkten Kfz, lässt sich ein Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB nicht feststellen. In der Regel führt schon das Behalten eines Fahrzeugzweitschlüssels zum Mitbesitz, der einem Eigentumsübergang nach dieser Norm entgegensteht.**
- 2. Auch § 1006 Abs. 1 S. 1 bzw. § 1006 Abs. 2 BGB helfen in einem solchen Fall nicht weiter. Die Vermutung beruht auf der Annahme, dass der Besitzerwerb anlässlich einer Eigentumsübertragung stattgefunden hat. Liegt aber Mitbesitz vor, spricht die Vermutung gerade nicht für Alleineigentum und muss vielmehr derjenige, der Alleineigentum für sich in Anspruch nehmen will, die aus dem Mitbesitz sprechende Vermutung zugunsten des Mitbesitzers widerlegen.**
- 3. Sind sowohl die Besitzschutzklage aus § 861 BGB als auch die Widerklage auf Rückgabe nach beendeter Leihe aus § 604 Abs. 3 BGB begründet und gleichzeitig entscheidungsreif, so wird die Klage trotz § 863 BGB zur Vermeidung widersprechender Verurteilungen entsprechend § 864 Abs. 2 BGB abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.**

SchlHOLG , 3.Zivilsenat, Urteil vom 22. Mai 2012 – 3 U 69/11 –, Te.

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Herausgabe eines PKW – ein Cabrio – mit der Behauptung in Anspruch, die Bekl. habe ihm dieses Fahrzeug anlässlich seines 60. Geburtstages geschenkt. Die Bekl. behauptet dagegen, sie habe dem Kl. das streitgegenständliche, von ihr Ende 2009 neu erworbene Fahrzeug zu seinem Geburtstag lediglich mit einer Schleife geschmückt präsentiert, weil sie ihm die Nutzung dieses Autos habe schenken wollen.

Das Landgericht hat die Bekl. mit dem angefochtenen Urteil zur Herausgabe des fraglichen Fahrzeuges verurteilt. Es hat ausgeführt, die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 985 BGB würden vorliegen. Denn die Bekl. sei Besitzerin des Fahrzeuges und der Kl. sei Eigentümer, wobei sein Eigentum nach § 1006 Abs. 2 BGB vermutet werde.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Bekl., die geltend macht, für den Kl. spreche nicht die Vermutung nach § 1006 BGB, weil sie Besitzerin des streitgegenständlichen Fahrzeuges gewesen sei und dies auch weiterhin sei. Sie sei von Beginn an Besitzerin der Fahrzeugschlüssel des Fahrzeuges gewesen und auch der Originalfahrzeugbrief habe sich von Beginn an in ihrem Besitz befunden. Das Gericht verkenne, dass die Bekl. dem Kl. niemals die Möglichkeit zur alleinigen Gewaltausübung eröffnet habe. Die Voraussetzungen für einen Eigentumswerb nach § 929 BGB seien deshalb nicht gegeben. Aus der Ausstattung des Fahrzeuges mit einer riesigen Schleife könne nicht auf eine Eigentumsübertragung geschlossen werden. Selbst wenn man das anders sehen wolle, sei aber zu berücksichtigen, dass sie die behauptete Schenkung wegen groben Undanks gemäß § 530 BGB widerrufen habe. Soweit der Kl. erstinstanzlich hilfsweise Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes geltend gemacht habe (gestützt auf Besitzschutzansprüche) würde dem entgegenstehen, dass es sich bei dem eingeräumten Nutzungsverhältnis um einen Fall der Leihe gehandelt habe und die Bekl. ihren jederzeit möglichen Rückforderungsanspruch bereits im Oktober 2010 geltend gemacht habe, ohne dass der Kl. dem gefolgt sei. Deshalb habe sie sich das Fahrzeug selbst zurückholen können, wobei eine Kündigung nach § 605 BGB nicht erforderlich gewesen sei. Die Bekl. beantragt vor diesem Hintergrund im Berufungsverfahren hilfsweise im Wege der Widerklage für den Fall, dass der bereits erstinstanzlich gestellte Hilfsantrag des Kl. auf Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes an dem PKW Erfolg haben sollte, festzustellen, dass ihr an dem PKW ein Recht zum unmittelbaren Besitz zusteht.

Die Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Bekl. hat Erfolg.

1. Dem Kl. steht hinsichtlich des PKW ... ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB nicht zu. Er hat nicht nachweisen können, Eigentümer dieses Fahrzeuges zu sein. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann sein Eigentum auch nicht nach § 1006 Abs. 2 BGB vermutet werden.

a) Den vollen Nachweis eines Eigentumserwerbs nach den §§ 929 ff. BGB hat der Kl. nicht erbracht, wovon allerdings auch das Landgericht nicht ausgegangen ist.

aa) Ursprünglich war unstrittig die Bekl. Eigentümerin und alleinige unmittelbare Besitzerin des Fahrzeuges.

Am 60. Geburtstag des Kl., dem 25. Dezember 2009, ist es zu einem Eigentumsübergang nicht gekommen. Schon die dingliche Einigung im Sinne des § 929 BGB lässt sich nicht feststellen. Jedenfalls hat die Bekl. nicht jeglichen Besitz an dem Fahrzeug verloren.

Nach den Angaben sowohl des Kl. als auch der Bekl. bei ihrer persönlichen Anhörung erster wie zweiter Instanz ist am 25. Dezember 2009 auf dem Platz vor dem Restaurant ... – per Foto festgehalten – weder ausdrücklich von dem schuldrechtlichen Geschäft „Schenkungs des Fahrzeuges“ noch von der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang die Rede gewesen. Es fuhr dort vielmehr die Bekl. mit dem fraglichen Auto vor, stieg aus und gratulierte dem aus der Arbeit im Restaurant herbeigerufenen Kl. zum Geburtstag. Das Auto war mit Schleife geschmückt. Die Bekl. hat weiter in beiden Instanzen zu Protokoll erklärt, sie habe dem Kl. bei dieser Gelegenheit gesagt, er dürfe dieses Auto fahren. Der Kl. hat zu Protokoll erklärt, die Bekl. habe ihm noch einen Schlüssel für das Fahrzeug gegeben, mit dem anschließend – insoweit unstrittig – der Zeuge ..., Ehemann einer Mitarbeiterin der Bekl. und jedenfalls später auch für diese als Hausmeister tätig, das Fahrzeug in die Garage der Bekl. zurückgefahren hat. Diesen Schlüssel hat der Zeuge ... dem Kl. nicht zurückgegeben, wie er bei seiner Anhörung vor dem Senat mitgeteilt hat. Am nächsten Tag befanden sich vielmehr alle Schlüssel zunächst wieder bei der Bekl.

Der Kl. hat auch in seinen schriftsätzlichen Ausführungen an keiner Stelle vorgetragen, dass die Bekl. ihm bei der Gratulation am 25. Dezember 2009 gesagt habe, sie wolle ihm das Fahrzeug schenken und zu Eigentum übertragen. Er hat schriftsätzlich allerdings zunächst behauptet, die Bekl. habe ihm bei dieser Gelegenheit beide Fahrzeugschlüssel und die auf ihn zugelassenen Papiere, nämlich Kfz-Brief und Kfz-Schein ausgehändigt. Dieser mehrfache Vortrag, aus dem sich durchaus ein Indiz für einen Übereignungswillen seitens der Bekl. am 25. Dezember 2009 hätte ergeben können, hat sich aber als unrichtig herausgestellt. Denn nach den eigenen Angaben des Kl. schon bei seiner Anhörung vor dem Landgericht hatte er zwar eine Mappe mit Unterlagen zu dem Fahrzeug erhalten, Kraftfahrzeugbrief und Tageszulassung aber erst am nächsten Tag in der Wohnung der Bekl. vorgefunden, zusammen mit sämtlichen von ihm sodann zwischen der Bekl. und sich selbst aufgeteilten Schlüsseln.

Vor diesem Hintergrund kann auch nach der Anhörung der Parteien durch den Senat nicht festgestellt werden, dass der

Kl. den tatsächlichen Vorgang – Vorfahren der Bekl. mit dem mit Schleife geschmückten Fahrzeug und Gratulation zum Geburtstag sowie Übergabe eines Schlüssels – dahin verstehen konnte und durfte, dass ihm damit konkludent ein Schenkungsangebot und ein Angebot auf Übereignung gemacht worden ist, was er dann konkludent angenommen hätte.

Die Anhörung hat ergeben, dass die Bekl. über mehrere andere Luxusfahrzeuge verfügte. Das hier fragliche Fahrzeug fiel auch keinesfalls auffällig aus dem Rahmen der „Sammlung“ der Bekl.. Sie hatte mehrere besondere Cabrios, nämlich ein ... Cabrio und ein ... Cabrio. Kurz darauf kam ein ... Cabrio hinzu. Ihre neueren Fahrzeuge waren durchweg – wie der ... – schwarz lackiert. Auch durfte der Kl. Fahrzeuge der Bekl. durchaus nutzen, wenngleich bis auf den ... nur jeweils im Einzelfall. Diesen ... nutzte der Kl. aber zuvor regelmäßig und erledigte damit auch die Besorgungen für die Lokale der Bekl.. Dafür hatte er einen Schlüssel zur ständigen Verwahrung erhalten, während der andere Schlüssel (und der Kfz-Brief) bei der Bekl. verblieb. Unwiderrprochen hat die Bekl. bei ihrer Anhörung vor dem Senat angegeben, dass seinerzeit ein Ende der Nutzungsmöglichkeit des ... durch den Kl. wegen der Einstellung eines weiteren Mitarbeiters absehbar war, der dieses Fahrzeug als Dienstfahrzeug nutzen sollte. In der Folgezeit ab Frühjahr hat der Kl. sodann den ... eben auch für Besorgungen betreffend die Betriebe der Bekl. genutzt und dafür wie zuvor bei dem ... jeweils ein Schlüsselexemplar behalten, während die zweiten Schlüssel bei der Bekl. blieben. War mithin eine derartige Nutzungs-Situation hinsichtlich eines PKWs der Bekl. zwischen den Parteien schon vor dem 25. Dezember 2009 bekannt, ist auch deshalb nicht sicher feststellbar, dass der Kl. die geschilderten Umstände an diesem Tag vor dem Restaurant ... als konkludentes Schenkungs- und Übereignungsangebot verstehen durfte.

Angesichts des erheblichen Fahrzeugwertes hätte schon nahegelegen, den etwaigen Willen zur Schenkung und Übereignung des PKW auch verbal zum Ausdruck zu bringen, was aber nicht geschehen ist. Die Möglichkeit, gerade sein „Traumfahrzeug“ auf unbestimmte Zeit nutzen zu können, kann sich in dieser Situation als durchaus denkbare und auch ansehnliche Geschenk darstellen.

Der Tatbestand des § 929 Abs. 1 S. 1 BGB ist aber am 25. Dezember 2009 jedenfalls deshalb nicht erfüllt worden, weil es nicht zu einer Besitzaufgabe – schon gar nicht zu einer vollständigen Besitzaufgabe, wie aber für § 929 Abs. 1 S. 1 BGB zwingend erforderlich – seitens der bisherigen Eigentümerin gekommen ist. Ein Eigentumsübergang nach § 929 Abs. 1 S. 1 BGB findet nicht statt, wenn der Veräußerer auch nur Mitbesitz oder aber mittelbaren Besitz behält

(vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 929 Rn. 11).

Auf Seiten des Kl. als Erwerber reicht im Übrigen die nur äußerst kurzzeitige Aushändigung eines von mehreren Schlüsseln des Fahrzeuges nicht für den im Rahmen des Eigentumsübergangs nach § 929 BGB erforderlichen unmittelbaren Besitzerwerb

(vgl. BGH NJW-RR 2005, 280 f, bei juris Rn. 16).

Es kommt nicht darauf an, wer konkret dem Zeugen ... die Weisung gegeben hat, das Fahrzeug mit dem fraglichen Schlüssel wieder in die Garage der Bekl. zu fahren. Der Zeuge ... war nicht Besitzdiener (§ 855 BGB) des Kl., sondern vielmehr Besitzdiener der Bekl. In ihrem Auftrag hatte er bereits geholfen, das Fahrzeug für die Gratulation vorzubereiten. Der Kl. hat den fraglichen Schlüssel von dem Zeugen ... auch nicht etwa nach dem Transport in die Garage der Bekl. zurück erhalten und dies auch nicht beanstandet. Vielmehr hat der Zeuge den Schlüssel ohne Weiteres an die Bekl. zurückgegeben, so dass nach eigenen Angaben des Kl. sämtliche Schlüssel am nächsten Tag auf dem Tisch im Hause der Bekl. lagen, ebenso wie Kfz-Brief und Zulassungsbescheinigung. Das Fahrzeug wurde zudem in die Garage eines im Eigentum der Bekl. stehenden unbewohnten Grundstücks in der unmittelbaren Nähe des „...“ gefahren, wo es auch schon vor der Gratulation gestanden hatte.

Am 25. Dezember 2009 hatte mithin – wie zuvor – allein die Bekl. die tatsächliche Sachherrschaft über das Fahrzeug. Sie

hatte – nach außen hin dokumentiert durch den Besitz von sämtlichen maßgeblichen Gegenständen wie Schlüssel, Kfz-Brief und Zulassung – auch Besitzwillen bezüglich dieses in ihrer Garage befindlichen Fahrzeuges.

bb) Auch am 26. Dezember 2009 lassen sich die Voraussetzungen des § 929 BGB nicht feststellen.

Das gilt bereits für die Frage der Einigung über den Eigentumsübergang. Ein Indiz wäre zwar, wenn die Bekl. dem Kl. an diesem Tag den Kfz-Brief übergeben hätte. Das behauptet der Kl. allerdings, hat dafür aber keinen Beweis angetreten. Sichere Feststellungen hat die Anhörung der Parteien insoweit nicht ermöglicht, denn die Bekl. hat ausgeführt, ihm den Brief keinesfalls übergeben zu haben. Der Brief habe vielmehr stets in ihrem Tresor gelegen, mit Ausnahme der Zulassung im nächsten Frühjahr. Zu diesem Tresor aber – wo der Brief auch nach Angaben des Kl. jedenfalls später lag – hatte der Kl. keinen freien Zugang.

Vor allem hat die Bekl. auch nach den Vorgängen am 26. Dezember 2009, wie sie die Parteien in ihrer persönlichen Anhörung sowohl erster wie zweiter Instanz geschildert haben, jedenfalls Mitbesitz an dem PKW behalten, so dass der Tatbestand des § 929 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt ist. Denn die Bekl., die an diesem Tag mit dem Kl. zusammen eine Probefahrt gemacht und das Fahrzeug also auch selbst (wenn auch als Beifahrerin) genutzt hat, behielt einen der Tür- und Zündschlüssel des Fahrzeuges. Zudem verblieb dieses Fahrzeug weiterhin in ihrer Garage, zunächst noch für einige wenige Tage in der Garage ..., dann fortlaufend in einer leerstehenden Garage auf dem in ihrem Eigentum stehenden Nachbargrundstück des von ihr selbst – nicht aber von dem Kl. – bewohnten Grundstücks. Die Bekl. behielt auch insoweit jedenfalls einen Garagenschlüssel.

In der Regel führt das Behalten eines Zweitschlüssels zum Mitbesitz

(BGH NJW 1979, 714; Palandt/Bassenge aaO, § 854 Rn. 5).

Anderes kann möglicherweise gelten, wenn im Einzelfall eine Mitbenutzungsabsicht fehlt und das Aufbewahren von Zweitschlüsseln etwa nur den Zweck hat, dem Alleinbesitzer im Falle des Verlustes der Schlüssel oder wenn er aus anderem Grunde nicht sogleich auf seinen ihm verbliebenen Schlüssel zurückgreifen kann, den Zugang zu ermöglichen. Eine fehlende Mitbenutzungsabsicht ist aber nicht bewiesen. Jedenfalls an diesem fraglichen Tag, dem 26. Dezember 2009 haben die Parteien das Fahrzeug gemeinsam benutzt. Später hat die Bekl. mindestens einmal auch am Steuer (mit dem Kl. als Beifahrer) gesessen. Nach dem äußeren Bild spricht für eine Mitbenutzungsabsicht zudem, dass das Fahrzeug eben in der Garage der Bekl. abgestellt war, zu der sie Zugang hatte.

Der Senat kann nach alledem nicht erkennen, warum es an einem auch nach außen hin dokumentierten Besitzbegründungswillen der Bekl. jedenfalls im Sinne eines Mitbesitzes ab dem 26. Dezember 2009 gefehlt haben sollte.

cc) Auch die sonstigen Umstände lassen keine Sicherheit dahin gewinnen, dass sich die Parteien am 25. oder 26. Dezember 2009 oder auch später auf einen Eigentumsübergang nach Schenkung des Fahrzeuges geeinigt haben. Zwar hat die Tochter des Kl., die Zeugin ..., ausgesagt, mit der Bekl. im Herbst 2009 von ... aus telefoniert zu haben, wobei die Bekl. gesagt habe, dem Kl. das fragliche Auto schenken zu wollen. Daraus ergibt sich aber keine Sicherheit, dass die Bekl. später so auch verfahren ist und das Fahrzeug dem Kl. geschenkt sowie übereignet hat. Die von der Bekl. vorgelegten Protokolle von Chats zwischen ihr und der Zeugin in der fraglichen Zeit enthalten im Zusammenhang mit dem Auto das Wort „schenken“ nicht. Sie lassen aber erkennen, dass es in der Beziehung zwischen der Bekl. und dem Kl. bereits zuvor einen Bruch gegeben hatte. Das hat auch die Anhörung der Parteien durch den Senat deutlich ergeben. Danach hatte der Kl. der Bekl. auf deren Aufforderung nach einem Alkoholrückfall im Sommer 2008 die Schlüssel zu ihrer Wohnung zurückgegeben, weil sie insoweit kein Vertrauen mehr zu ihm hatte. Er hatte seither die Haustürschlüssel auch nicht wiedererhalten, wenngleich sich die Beziehung nach seinen Angaben später

wieder verbessert und er durchaus häufiger bei ihr auch übernachtet hatte. Auch angesichts dieses Bruchs in der Beziehung ab Sommer 2008 erscheint allerdings keineswegs zwingend, dass der Kl. die Gratulation am 25. Dezember 2009 mit dem Vorfahren des schleifengeschmückten wertvollen Fahrzeugs nur als konkludentes Schenkungs- und Übereignungsangebot verstehen konnte.

Die Annahme des Landgerichts, in der privaten Beziehung miteinander liierter Paare sei es nicht ungewöhnlich, dass in einem dem einen Partner gehörenden Tresor auch Sachen des anderen Partners aufgenommen würden (wie hier der KfZ-Brief), dass beide Partner jeweils einen Schlüssel des nur dem einen Partner gehörenden PKW hätten und dass das dem einen Partner gehörende Fahrzeug in der Garage des anderen Partners stünde, ohne dass dies alles aber für Mitbesitz des Anderen an dem PKW spreche, wenn dessen Eigentümer keinen eigenen Tresor und keine eigene Garage habe, ist bezogen auf die konkreten Verhältnisse der Parteien nicht haltbar. Die Anhörung hat nämlich ergeben, dass die Parteien nach dem Bruch im Sommer 2008 nicht mehr im engeren Sinne einer Lebensgemeinschaft liiert waren. Nicht nur besaß der Kl. seither keine Hausschlüssel mehr für die Wohnung der Bekl. Er hatte vielmehr auch keinen freien Zugang zu deren Tresor und zu den Fahrzeugschlüsseln, selbst wenn er bei der Bekl. übernachtete und Zugriff auf die Schlüssel hätte nehmen können. Der Kl. selbst hat bei seiner Anhörung ausgeführt, er hätte den Tresorschlüssel niemals von sich aus an sich genommen, das wäre nicht korrekt gewesen. Nur wenn die Bekl. ihm eine entsprechende Weisung gegeben hätte, etwas in den Tresor zu legen, habe er von ihr den Tresor-Schlüssel erhalten.

Schließlich ergeben auch die Umstände nach Weihnachten 2009 keinen sicheren Hinweis darauf, dass eine Fahrzeugübergabe stattgefunden hat. Allerdings hat der Kl. nach seinen Angaben Inspektions- und Reparaturrechnungen gezahlt und auch kleine Veränderungen an dem Fahrzeug vorgenommen. Indes sollte er dieses Fahrzeug gerade wie auch zuvor den ... nicht zuletzt für die Lokale der Bekl. durchaus fortlaufend nutzen und wollte die Bekl. andererseits auch vor dem Hintergrund unstrittig schlechter Erfahrungen anlässlich eines von dem Kl. nicht lange zuvor in alkoholisiertem Zustand verschuldeten Unfalls mit erheblicher Beschädigung eines ihrer anderen Fahrzeuge erreichen, dass er insoweit (auch finanzielle) Verantwortung selbst trug und eben auch die laufenden Kosten für das von ihm genutzte Fahrzeug. Gegen die von dem Kl. im vorliegenden Verfahren vertretene Eigentümerstellung hinsichtlich des ... spricht indiziell deutlich seine als Anlage B 8 zur Akte gereichte Mail an die Bekl. vom 1. Oktober 2010, mit der er unmittelbar auf die von der Bekl. verlangte Rückgabe des ... reagierte. Dort heißt es u.a.:... (wird zitiert)

Mit keinem Wort ist in dieser Mail in Reaktion auf die Rückgabebaufforderung davon die Rede, dass der Kl. das Fahrzeug von der Bekl. doch geschenkt bekommen und Eigentümer dieses Fahrzeugs sei, er es deshalb überhaupt nicht zurückgeben müsse. Das aber wäre lebensnah auch bei dem Wunsch nach einer friedlichen Einigung als Argument ersichtlich zu erwarten gewesen, wenn jedenfalls der Kl. selbst von einer Schenkung und Eigentumsübertragung ausgegangen wäre.

cc) Auch ein Eigentumserwerb nach § 930 BGB durch Begründung eines Besitzkonstituts lässt sich nicht feststellen. Als Besitzkonstitut käme allenfalls ein Verwahrungsverhältnis in Betracht

(vgl. etwa OLG Karlsruhe MDR 2005, 1155 f.).

Ausdrücklich ist zwischen den Parteien aber nicht ausgemacht worden, dass die Bekl. das Fahrzeug unter Aufgabe des Eigenbesitzes für den Kl. verwahren wollte. Ein Besitzkonstitut könnte zwar auch konkludent vereinbart werden. Insoweit stellen sich indes die gleichen Probleme, wie bei der mangelnden Feststellbarkeit eines Willens zum Eigentumsübergang. Nach dem äußeren Bild und den konkreten Umständen in der Beziehung zwischen den Parteien ist nicht ausreichend eindeutig, dass die Bekl. das Fahrzeug ab Weihnachten 2009 für den Kl. verwahrte.

3. Entgegen der Auffassung des Landgerichts greift die Vermutungswirkung des § 1006 Abs. 2 BGB nicht ein.

Diese Norm soll dem Besitzer den Eigentumsnachweis erleichtern, er muss bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht den vollen Tatbestand der §§ 929 ff. BGB beweisen. Nach dem Wortlaut von § 1006 Abs. 2 BGB wird zugunsten eines früheren Besitzers vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei. Die Vermutung dieser Norm gilt aber nur für den Eigenbesitzer. Dieser hat die Vermutungsbasis für den Erwerb seines früheren Eigenbesitzes nach der für § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB maßgebenden Regel zu beweisen

(BGH NJW 1984, 1456; NJW-RR, 1989, 657; NJW 1992, 1162; Baumgärtel in Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast, 2. Aufl. 1999, § 1006 Rn. 28).

Nach der herrschenden Meinung beruht die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB auf der Annahme, dass der Besitzer werb anlässlich einer Eigentumsübertragung stattgefunden hat

(Baumgärtel/Laumen, aaO, § 1006 Rn. 1 u. 9; Gallus in MüKo, BGB, 5. Aufl., § 1006 Rn. 25 jeweils mwN).

Von Bedeutung ist hier, dass der Kl. einen Herausgabeanspruch als Alleineigentümer geltend macht. Liegt aber Mitbesitz vor, spricht die Vermutung gerade nicht für Alleineigentum und muss vielmehr derjenige, der Alleineigentum für sich in Anspruch nehmen will, die aus dem Mitbesitz sprechende Vermutung zugunsten des Mitbesitzers widerlegen

(Baumgärtel/Laumen, aaO, § 1006 Rn. 15, 20; Ballus in MüKo, aaO, § 1006 Rn. 21).

Derjenige, der als Mitbesitzer Alleineigentum geltend macht, müsste also nachweisen, dass der andere entweder Fremdbesitzer oder Nichteigentümer ist

(Grunsky in Staudinger, Neubearbeitung 2006, § 1006 Rn. 13 mwN).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Vorbringen des Kl. für den 25. Dezember 2009 kein Besitzerwerb, für den 26. Dezember 2009 nur der Erwerb von Mitbesitz. Der Kl. könnte möglicherweise Alleinbesitzer geworden sein, als er Mitte 2010 auf Bitten der Bekl., die sich in ihrem Schlaf durch das regelmäßige morgendliche Starten des Fahrzeugs gestört fühlte, dann eine eigene Garage für das Fahrzeug angemietet hat. Diese Frage braucht aber nicht entschieden zu werden, weil der Kl. nach eigenem Vortrag zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht das Eigentum erworben hat. Wenn der Besitzer aber behauptet, das Eigentum bei anderer Gelegenheit als den Erwerb des Alleinbesitzes erworben zu haben, muss er das in vollem Umfang beweisen. Die Vermutungswirkung des § 1006 Abs. 1 oder auch Abs. 2 BGB greift dann nach der vorstehend dargelegten Auslegung des § 1006 BGB entsprechend der herrschenden Meinung gerade nicht

(Gallus in MüKo, aaO, § 1006 Rn. 27).

4. Der Kl. hat hilfsweise geltend gemacht, die Bekl. zu verurteilen, ihm den unmittelbaren Besitz an dem PKW ... einzuräumen. Er stützt sich insoweit auf den Besitzschutzanspruch aus § 861 BGB. Danach kann derjenige, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wird, die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

Eine verbotene Eigenmacht der Bekl. am 18. Oktober 2010 hat vorgelegen, als sie nämlich mit ihrem Zweitschlüssel den Wagen ohne den Willen des Kl. an sich brachte und ihm den Besitz seitdem entzogen hat. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob die Bekl. zu diesem Zeitpunkt noch Mitbesitzerin war. Gemäß § 866 BGB findet dann, wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, in ihrem Verhältnis zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Hier liegt jedoch keine Besitzstörung, sondern eine völlige Besitzentziehung vor, so dass die Grenzen des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs jedenfalls überzogen sind

(vgl. nur Palandt/Bassenge, aaO, § 866 Rn. 4).

Es liegt auch nicht der Sonderfall des § 861 Abs. 2 BGB vor, wonach der Herausgabeanspruch aus § 861 BGB ausgeschlossen ist, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer

oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahr vor der Entziehung erlangt worden ist. Der (Mit-)Besitz des Kl. war gegenüber der Bekl. nicht seinerseits fehlerhaft, nämlich durch verbotene Eigenmacht erlangt, sondern vielmehr durch die Bekl. eingeräumt (§ 858 Abs. 2 S. 1 BGB).

Die Bekl. macht aber – zutreffend – geltend, sie habe vor der Besitzentziehung am 18. Oktober 2010 ausdrücklich das Leihverhältnis mit sofortiger Wirkung gekündigt und sei dazu auch berechtigt gewesen. Das führt indes nicht dazu, dass der weiterbestehende Besitz des Kl. ab Kündigung gegenüber der Bekl. fehlerhaft im Sinne der genannten Norm wäre. Ausdrücklich bestimmt § 863 BGB, dass gegenüber den in den §§ 861 f BGB bestimmten Ansprüchen ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden kann, dass die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei. Hier liegt indes eben verbotene Eigenmacht vor. Die Normen sollen gerade eine unerlaubte Selbsthilfe bekämpfen.

Im Grundsatz hätte deshalb der Hilfsantrag des Kl. aus § 861 BGB Erfolg.

Indes müsste der Kl. den Besitz des Fahrzeugs auf Aufforderung der Bekl. sofort wieder herausgeben. Anerkannt ist in einer solchen Situation trotz § 863 BGB, dass Widerklagen gegenüber Besitzschutzklagen zulässig sind, auch wenn sie auf gemäß § 863 BGB ausgeschlossene Einwendungen gestützt werden. Sind Besitzschutzklage und Widerklage begründet und gleichzeitig entscheidungsreif, so wird die Klage zur Vermeidung widersprechender Verurteilungen entsprechend § 864 Abs. 2 BGB abgewiesen und der Widerklage stattgegeben

(BGH NJW 1979, 1358 Leitzsatz 1; Lorenz in Erman, BGB, 13. A. 2011, § 863 Rn. 3; Palandt/Bassenge, aaO, § 863 Rn. 3).

Hier hat die Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hilfswiderklagend ihr bestehendes Rückgaberecht gemäß § 604 Abs. 3 BGB aus der beendeten Leihe geltend gemacht, indem sie Feststellung begehrt hat, dass ihr an dem Fahrzeug ein Recht zum unmittelbaren Besitz zusteht. Die Voraussetzungen für eine erstmals im Berufungsverfahren erhobene Widerklage nach § 533 ZPO liegen vor, weil diese Widerklage sachdienlich ist, der Kl. ihr auch nicht als solche widersprochen hat und sie auf Tatsachen gestützt wird, die der Senat im Berufungsverfahren ohnehin zugrunde zu legen hat.

Da ein Eigentumsübergang nicht feststellbar ist, hat zwischen den Parteien hinsichtlich des streitgegenständlichen PKW ... nur ein Leihverhältnis iSd §§ 598 ff BGB bestanden, für das eine bestimmte Dauer nicht vereinbart und auch dem Zweck nach nicht zu entnehmen ist. Deshalb konnte die Bekl. das Fahrzeug wie geschehen gemäß § 604 Abs. 3 BGB zurückfordern. Mithin hat im Ergebnis die Hilfswiderklage der Bekl. Erfolg und deshalb der Hilfsantrag des Kl. aus Besitzschutz keinen Erfolg.

BGB § 1004

Ein einmaliger Pflichtenverstoß ist noch kein zwingendes Indiz für eine Wiederholungsgefahr, wenn sich danach die Verhältnisse ändern.

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 28. Februar 2012 – 11 U 64/10 –, Scho.

Die Parteien streiten um die Befugnis der Kl.in, ein im Miteigentum der Bekl. stehendes Grundstück zu überwegen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Kl.in auf die Widerklage hin verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 50000,00 €, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen an dem im Rubrum angegebenen Geschäftsführer, zu unterlassen, dass der Geschäftsführer der Kl.in oder Bevollmächtigte der Kl.in, im Falle der Überlassung der Wohneinheit 1 an dritte Personen für eine solche Unterlassung Sorge zu tragen, die Straße im Bereich des fraglichen Flurstückes außerhalb des gemäß Urkunde des Notars grün markierten Bereichs der konkretisierten Grunddienstbarkeit zu befahren. Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt:

Die Klage sei nicht begründet. Der Kl.in stehe ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB nicht zu. Ihr durch eine Grunddienstbarkeit gesichertes Wegerecht sei nicht beeinträchtigt. Das klägerische Begehren gehe über das eingetragene Wegerecht hinaus. Die Einwendungen der Kl.in gegen

die Wirksamkeit der Ergänzung der Grunddienstbarkeit seien unbegründet. Es lägen weder die Voraussetzungen des § 138 BGB vor, noch sei ein Dissens oder ein Verstoß gegen Formvorschriften gegeben. Ein Widerruf der Erklärung sei nach Eintragung nicht mehr möglich. Ein Anfechtungsgrund sei nicht gegeben. Die insoweit darlegungs- und beweibelastete Kl.in habe einen solchen nicht hinreichend dargelegt. Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 812 BGB auf Wiederherstellung der ursprünglichen Grunddienstbarkeit lägen nicht vor. Als Rechtsgrund käme ein Vergleich gemäß § 779 BGB in Betracht. Ein Notwegerecht gemäß § 917 Abs. 1 BGB könne ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer/Wohnungseigentümer nicht geltend gemacht werden. Ein Anspruch auf Duldung der Beseitigung des Pflocks bestehe nicht, da dieser nach der Behauptung der Kl.in an einem Ort stehe, der die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht beeinträchtige. Ein Anspruch auf die begehrte Feststellung bestehe aus den zuvor genannten Gründen nicht. Das gleiche gelte für einen Anspruch auf vorgerichtliche Anwaltsgebühren. Die Widerklage sei begründet. Der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung von Fahrten auf der streitgegenständlichen Straße zur Wohneinheit HE 1 folge aus § 1004 BGB. Eine Duldungspflicht der Bekl. bestehe aus den zuvor genannten Gründen nicht. Die Unterlassungspflicht der Kl.in beinhalte auch die Verpflichtung, solche Fahrten durch Dritte zu verhindern.

Die dagegen gerichtete Berufung der Kl.in hatte nur teilweise – nämlich nur wegen der erfolgten Verurteilung auf die Widerklage – Erfolg.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl.in hat nur hinsichtlich der Widerklage Erfolg. Hinsichtlich der Klage hat sie keinen Erfolg, weil die Klage zulässig aber unbegründet ist.

1.) Als Anspruchsgrundlage für den mit dem Klageantrag zu 1) von der Kl.in geltend gemachten Unterlassungsanspruch kommt nur §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB in Betracht, da es nach dem Klägervortrag um eine Beeinträchtigung der Ausübung eines durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Wegerechtes geht. Das Landgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Kl.in zu Recht verneint mit der Begründung, dass der Kl.in aufgrund der eingetragenen Grunddienstbarkeit zustehende Wegerecht sei nicht beeinträchtigt, da es unstrittig nicht das Befahren der streitgegenständlichen Straßenfläche umfasse. Der Senat folgt den diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichtes.

Im Grundbuch für die im Klageantrag zu 1) bezeichnete Straßenfläche ist unstrittig gemäß einer Bewilligung vom 16.5.2002 ein Wegerecht zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstückes eingetragen, auf dem die im Klageantrag zu 1) bezeichnete Eigentumswohnung der Kl.in liegt. Unstrittig ist auch, dass am 25.5.2009 in das genannte Grundbuch eingetragen worden ist, dass dieses Wegerecht ergänzt wird durch die Bewilligung vom 25.2.2008/26.3.2008 (siehe die Eintragungsbekanntmachung Bl.175 d.A.). Die Eintragung vom 25.5.2009 hat zur Folge, dass das zum Gehen und Fahren eingeräumte Wegerecht räumlich eingeschränkt ist auf den auf der Anlage zur Bewilligung vom 25.2.2008/26.3.2008 grün markierten Bereich. Insoweit wird auf den Flurkartenausschnitt Bl.95 d.A. verwiesen. Da die Kl.in ein Recht zum Befahren der streitgegenständlichen Straßenfläche bis zu ihrem weiter hinten liegenden Stellplatz HE1 geltend macht (Zur Lage siehe Bl.238 d.A.) und eine Beeinträchtigung nur für die nicht markierte Straßenfläche behauptet, liegen die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB nur dann vor, wenn die Ergänzung/Einschränkung unwirksam ist oder der Kl.in ein Anspruch auf Wiederherstellung der ursprünglichen Grunddienstbarkeit zusteht. Beides ist nicht der Fall.

1.1) Der Einwand der Kl.in, die Bewilligung vom 25.2.2008/26.3.2008 oder die dieser Bewilligung zugrunde liegenden Abreden der Parteien seien formunwirksam, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. § 311b Abs.1 S.1 BGB ist nicht einschlägig. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Um einen solchen Vertrag geht es hier nicht. Gegenstand der Erklärungen der Parteien ist lediglich eine Grunddienstbarkeit. Sowohl die schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit als auch die zur Bestellung einer Dienstbarkeit erforderliche Einigung können formfrei erfolgen

(vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 1018 Rn. 29 und 33 mwN).

Eine notarielle Beurkundung ist nur dann von Bedeutung, wenn es für den Zeitraum zwischen Einigung und Eintragung

ins Grundbuch um die Bindung der Beteiligten an die Einigung geht. Nach § 873 Abs.2 BGB sind die Beteiligten vor der Eintragung an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Darum geht es hier nicht, weil sowohl die ursprüngliche Grunddienstbarkeit als auch die Ergänzung/Einschränkung unstreitig bereits im Grundbuch eingetragen sind.

1.2) Die gemäß §§ 877, 873 Abs.1 BGB erforderliche Einigung über die dingliche Einschränkung der Grunddienstbarkeit ergibt sich aus den beiden inhaltlich übereinstimmenden Urkunden vom 26.3.2008 und 25.2.2008 (siehe Bl.158f und 168f d.A.), die unstreitig vom Geschäftsführer der Kl.in und von den Bekl. unterschrieben worden sind. Soweit die Kl.in in Bezug auf einzelne Unterschriften auf Seiten der Bekl. im ersten Rechtszug eine fehlende Lesbarkeit beanstandet hat, ist das schon deshalb unerheblich, weil für die streitgegenständliche Einigung die Schriftform i.S.d. § 126 BGB nicht gewahrt sein muss. Es reicht mithin, dass alle Bekl. mit dem Inhalt der Urkunden einverstanden waren und eine entsprechende Erklärung abgegeben haben. Letzteres ist hier unstreitig.

Entgegen der Ansicht der Kl.in ist die Annahmefrist gemäß § 147 Abs.2 BGB gewahrt worden. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Wenn – wie hier – gemäß § 151 BGB von einem stillschweigenden Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung auszugehen ist, muss die Annahmeerklärung innerhalb der Frist des § 147 Abs.2 BGB erfolgen. Im vorliegenden Fall liegen zwar zwischen der Erklärung des Geschäftsführers der Kl.in vom 26.3.2008 und der letzten Unterschrift auf Seiten der Bekl. am 27.4.2009 mehr als 13 Monate. Dieser zeitliche Abstand dürfte den Anforderungen des § 147 Abs.2 BGB nicht mehr genügen. Das ist jedoch unschädlich, weil die Einigung der Parteien über die in der Urkunde vom 26.3.2008 aufgeführte Einschränkung des Wegerechtes bereits am 26.3.2008 dadurch zustande gekommen ist, dass der Geschäftsführer der Kl.in mit seiner Erklärung vom 26.3.2008 das Angebot der Bekl. vom 20.2.2008 angenommen hat. Die zwischen diesen beiden Erklärungen liegende Frist von etwas mehr als 1 Monat ist im Hinblick auf die Erforderlichkeit, einen Notar einzuschalten und bei diesem einen Termin zu erhalten, nicht zu lang. Die Annahmeerklärung des Geschäftsführers der Kl.in ist als rechtzeitig i.S.d. § 147 Abs.2 BGB anzusehen.

Der Geschäftsführer der Kl.in musste das per E-Mail übersandte Anschreiben des Bekl. zu 5) vom 20.2.2008 (siehe Bl.204 d.A.) nach dem insoweit maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont als ein Angebot aller Bekl. verstehen, eine Vereinbarung gemäß dem Inhalt des beigefügten Urkundenentwurfes zu treffen. Es handelt sich bei dem Schreiben vom 20.2.2008 nicht nur um ein Angebot des Bekl. zu 5), sondern um ein Angebot aller Bekl. Das ergibt sich zum einen daraus, dass der Bekl. zu 5) in diesem Schreiben Formulierungen verwendet wie „wir“ und „uns“, und zum anderem aus dem Zusammenhang mit dem beigefügten Urkundenentwurf. In dem vom Notar E erstellten Urkundsentwurf waren alle Bekl. namentlich aufgeführt. Daraus konnte und musste der Geschäftsführer der Kl.in den Schluss ziehen, dass der Bekl. zu 5) sein Vorgehen mit den übrigen Bekl. abgestimmt hatte und die Erklärungen gemäß dem Schreiben vom 20.2.2008 als Vertreter aller Bekl. abgab. Dieses Angebot der Bekl. hat der Geschäftsführer der Kl.in mit seiner Erklärung vom 26.3.2008 angenommen mit der Folge, dass die Einigung gemäß § 873 Abs. 1 BGB über die in der Urkunde vom 26.3.2008 aufgeführte Einschränkung des Wegerechtes bereits damals zu Stande gekommen war. Die erst danach erfolgten Unterschriften einzelner Bekl. auf der Urkunde vom 25.2.2008 dienten nur noch dazu, gegenüber dem Grundbuchamt den gemäß § 29 GBO erforderlichen Nachweis über die bereits erzielte Einigung erbringen zu können. Folgerichtig ist die Urkunde vom 25.2.2008 mit

den Unterschriften der Bekl. auch nicht an die Kl.in übersandt worden, sondern direkt an den Notar E, der – wie der Kl.in aus dem Schreiben vom 20.2.2008 bekannt war – mit der Durchführung der Eintragung beim Grundbuchamt beauftragt war. Das gleiche gilt für die Erklärung des Geschäftsführers der Kl.in vom 26.3.2008.

1.3) Der mit Anwaltsschreiben vom 20.8.2009 erklärte Widerruf (siehe Bl. 127f der Akte) führt nicht zur Unwirksamkeit der Erklärung vom 26.3.2008, da ein solcher gemäß § 873 Abs. 2 BGB nur bis zur Eintragung möglich ist. Im vorliegenden Fall ist die Einschränkung der Grunddienstbarkeit bereits am 25.5.2009 ins Grundbuch eingetragen worden.

1.4) Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kl.in einen beachtlichen Anfechtungsgrund nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat. Da schon die Überschrift der Urkunde vom 26.3.2008 deutlich macht, dass es in dem nachfolgenden Text um eine Ergänzung zur Grunddienstbarkeit geht, und auch im Einleitungssatz des Anschreibens vom 20.2.2008 darauf hingewiesen worden ist, dass die anliegende Urkunde zur Konkretisierung der Grunddienstbarkeit erstellt worden ist, genügt es nicht, pauschal zu behaupten, der Geschäftsführer der Kl.in habe nicht den Willen gehabt, eine Erklärung zur Grunddienstbarkeit abzugeben, er habe vielmehr angenommen, die unterzeichnete Erklärung betreffe ausschließlich die zwischen den Parteien streitige Eintragung in das Baulastenverzeichnis. Die Kl.in hat ihren diesbezüglichen Vortrag auch im Berufungsverfahren nicht konkretisiert. Sie hat insbesondere nicht dargelegt, aus welchen Gründen der Geschäftsführer der Kl.in den eindeutigen Inhalt der Urkunde und den Inhalt des Anschreibens vom 20.2.2008 nicht zur Kenntnis genommen haben will.

Der Hinweis auf den Inhalt des Terminsprotokolls des Landgerichts Itzehoe vom 29.5.2007 zum Rechtsstreit 6 O 243/06 ist insoweit unbedenklich, da zwischen diesem Termin und der Erklärung vom 26.3.2008 mehr als neun Monate liegen. In diesem Zeitraum haben unstreitig zwischen den Parteien Gespräche über die von der Kl.in erstrebte Eintragung einer Baulast in das Baulastenverzeichnis stattgefunden. Auch wenn zwischen den Parteien streitig ist, ob es bei diesen Gesprächen außerdem um eine Einschränkung der Grunddienstbarkeit gegangen ist, kann allein schon aus der Dauer der Gespräche geschlossen werden, dass die Bekl. ohne Zugeständnisse der Kl.in nicht bereit waren, eine Baulast im Umfang der damals eingetragenen Grunddienstbarkeit zu übernehmen. Unter diesen Umständen sind die Erklärungen des Gerichtes und der Parteien aus dem Termin am 29.5.2007 nicht geeignet, einen bestimmten Willen des Geschäftsführers der Kl.in im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Erklärung vom 26.3.2008 zu belegen.

Der Antrag der Kl.in auf Vernehmung des Geschäftsführers der Kl.in als Partei macht einen hinreichend konkreten Vortrag zum damaligen Willen nicht entbehren. Entgegen der Ansicht der Kl.in liegen zudem die Voraussetzungen des § 448 ZPO für eine Parteivernehmung von Amts wegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über eine Tatsache anordnen, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH setzt eine Parteivernehmung von Amts wegen voraus, dass die richterliche Gesamtwürdigung des bisherigen Beweisergebnisses eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung erbracht haben muss, das heißt es muss mehr für als gegen sie sprechen

(Zöller/Greger, ZPO, 28. Auflage, § 448 Rn. 4).

Im vorliegenden Fall kann nicht festgestellt werden, dass mehr für als gegen die Richtigkeit der Behauptung der Kl.in spricht. Die oben erörterten Umstände sprechen vielmehr eher dafür, dass der Geschäftsführer der Kl.in den Inhalt der Urkunde vom 26.3.2007 kannte, als er sie unterzeichnete. Da der Geschäftsführer der Kl.in zur Beglaubigung seiner Unterschrift

einen Notar aufsuchen musste, konnte er nicht davon ausgehen, dass es sich um einen Text ohne größere Bedeutung gehandelt haben könnte, den man ohne vorheriges Durchlesen „blind“ unterzeichnen kann.

Im Übrigen ist auch die Anfechtungsfrist gemäß § 121 Abs. 1 BGB nicht eingehalten worden. Nach dieser Vorschrift muss die Anfechtung wegen Irrtums ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Im vorliegenden Fall behauptet die Kl.in, sie habe die Anfechtung zwei Wochen nach Kenntnis von der Grundbucheintragung über die Einschränkung der Grunddienstbarkeit erklärt. Dieser Vortrag ist nicht hinreichend substantiiert und daher unbeachtlich, weil die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kl.in zwar vorträgt, dass Ihre Anfechtungserklärung vom 20.8.2009 den Bekl. am 21.8.2009 zugegangen sei, sie jedoch nicht darlegt, wie und wann sie von der angeblich von ihrem Willen abweichenden Grundbucheintragung Kenntnis erlangt haben will. Da die Eintragungsbekanntmachung des Amtsgerichtes vom 26.5.2009 dem Notar E bereits am 28.5.2009 zugegangen ist und der Notar E verpflichtet war, diese Bekanntmachung zeitnah an die Kl.in weiterzuleiten, hätte die Kl.in vortragen müssen, ob und gegebenenfalls wann die Eintragungsbekanntmachung bei ihr eingegangen ist. Wenn Sie entsprechend den üblichen Postlaufzeiten Anfang Juni 2009 bei der Kl.in eingegangen wäre, könnten die Anfechtungserklärungen vom 20.8.2009 nicht mehr als unverzüglich angesehen werden.

1.5) Das Landgericht hat auch zutreffend einen aus § 812 BGB folgenden Anspruch der Kl.in auf Wiederherstellung der ursprünglichen Grunddienstbarkeit verneint. Die für die Voraussetzungen eines Anspruches nach § 812 BGB darlegungs- und beweissbelastete Kl.in hat nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass die als Leistung der Kl.in anzusehende Bewilligung vom 26.3.2008 ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Ein Rechtsgrund für die bewilligte Einschränkung der Grunddienstbarkeit ergibt sich aus dem Anschreiben des Bekl. zu 5) vom 20.2.2008 i.V.m. der Erklärung des Geschäftsführers der Kl.in vom 26.3.2008.

Wie bereits oben ausgeführt enthält das Schreiben vom 20.2.2008 ein Angebot der Bekl. auf Abschluss einer Vereinbarung. Die angestrebte Vereinbarung sollte sich nach dem Inhalt des Anschreibens nicht nur auf die dingliche Rechtsänderung beschränken. Sie sollte vielmehr auch einen schuldrechtlichen Inhalt haben, der den Rechtsgrund für die als Entwurf beigefügte Eintragungsbewilligung der Kl.in darstellt. Dem Anschreiben vom 20.2.2008 ist nämlich das Angebot der Bekl. zu entnehmen, als Gegenleistung für die von der Kl.in zu bewilligende Einschränkung der Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Kl.in beim Bauamt eine deckungsgleiche Baulast zu unterzeichnen. Diese synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ergibt sich insbesondere aus dem Schlusssatz des Schreibens vom 20.2.2008, der wie folgt lautet: „Wir würden dann persönlich bei Notar erscheinen, unsere Unterschrift beglaubigen lassen und auch gleich beim Bauamt die Baulast unterschreiben.“ Welche Baulast gemeint ist, ergibt sich zwanglos aus dem Zusammenhang mit dem damals noch beim Landgericht Itzehoe anhängigen Rechtsstreits 6 O 243/06 betreffend die von der Kl.in erstrebte Eintragung einer Baulast.

Der Geschäftsführer der Kl.in hat mithin mit der Unterzeichnung der Erklärung vom 26.3.2008 nicht nur das Angebot der Bekl. auf Abschluss einer dinglichen Vereinbarung im Sinne des §§ 873 BGB angenommen, sondern auch das Angebot auf Abschluss einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem oben dargelegten Inhalt. Die Kl.in hätte unter diesen Umständen – wenn sie eine rechtsgrundlose Leistung behaupten wollte – konkret darlegen müssen, aus welchen Gründen die genannte schuldrechtliche Vereinbarung nicht zu Stande gekommen sein sollte. Das hat sie weder im ersten noch im zweiten Rechtszug getan.

1.6) Entgegen der Ansicht der Kl.in ist ein Verstoß gegen das Schikaneverbot nicht gegeben. Nach § 226 BGB ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck ha-

ben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. So liegt der Fall hier nicht. Im vorliegenden Fall haben die Bekl. einen triftigen Grund, den Mietern der Wohnungseinheit 1 das Befahren der nicht markierten Fläche zu untersagen, da ihre Kinder auf der privaten Straßenfläche spielen und jede zusätzliche Pkw-Bewegung eine Gefährdung für die Kinder bedeutet.

1.7) Dass die Bekl. sich auf die vereinbarte und im Grundbuch eingetragene Einschränkung des Wegerechtes berufen, kann aus dem gleichen Grunde nicht als eine unzulässige Rechtsausübung i.S.d. § 242 BGB oder ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des §§ 138 Abs. 1 BGB angesehen werden.

1.8) Die Kl. können sich schließlich auch nicht auf ein Notwegerecht i.S.d. § 917 Abs. 1 BGB berufen. Nach § 917 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstückes, wenn letzterem die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Für den vorliegenden Fall hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass die Kl.in ohne eine Ermächtigung der anderen Miteigentümer des berechtigten Grundstückes einen Anspruch auf Einräumung eines Notwegerechtes nicht geltend machen kann. Der Senat folgt den diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichtes, gegen die die Kl.in im Berufungsverfahren keine Einwendungen mehr erhoben hat.

2.) Die Kl.in hat aus den unter Ziffer 1) angeführten Gründen keinen Anspruch gegen die Bekl. auf die hilfsweise begehrte Feststellung, dass der Kl.in und den Mietern der Wohnung HE1 im Hause ...straße ... das Recht zusteht, auf der ...straße bis zum Eingang der Wohnung HE1 und dem dortigen Stellplatz mit dem Auto zu fahren.

3.) Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der mit dem Klagantrag zu 3) geltend gemachte Anspruch auf Duldung der Beseitigung eines Pflocks der Kl.in nicht zusteht, weil der Pflock nach dem Vortrag der Kl.in auf dem Teil der streitgegenständlichen Straßenfläche steht, für den nach den obigen Ausführungen ein Wegerecht der Kl.in nicht besteht. Im Übrigen ergibt sich aus den zur Akte gereichten Lichtbildern, dass auf der streitgegenständlichen Straßenfläche ein Stahlrohrbügel steht, nicht jedoch ein Pflock.

4.) Da der Kl.in kein Anspruch gegen die Bekl. zusteht, hat sie auch keinen Anspruch auf die mit dem Klagantrag zu 2) geltend gemachten vorgerichtliche Anwaltsgebühren.

5.) Die zulässige Widerklage der Bekl. ist unbegründet. Als Anspruchsgrundlage für den mit der Widerklage geltend gemachten Unterlassungsanspruch der Bekl. gegen die Kl.in kommt nur § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Trotz der Formulierung „weitere“ im Gesetzestext setzt ein Unterlassungsanspruch eine bereits erfolgte Beeinträchtigung des Eigentums nicht voraus, es genügt vielmehr auch eine erstmals ernsthaft drohende Beeinträchtigung. Eine vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung begründet jedoch in der Regel eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr, an deren Widerlegung durch den Störer hohe Anforderungen zu stellen sind

(siehe BGH NJW 2004, 3701; NJW 2004, 1035; NJW 1999, 356; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 1004 Rn.32).

Im vorliegenden Fall kann die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr, d.h. eine auf Tatsachen gegründete objektive ernstliche Besorgnis weiterer Störungen, nicht festgestellt werden. Sie ist auch nicht aufgrund einer früheren rechtswidrigen Beeinträchtigung zu vermuten.

Ob der Geschäftsführer der Kl.in oder die Mieter der Wohnung HE1 in der Zeit vor der Eintragung der Einschränkung des Wegerechtes in das Grundbuch die streitgegenständliche Straßenfläche befahren haben oder nicht, kann dahinstehen, da diese Fahrten nicht als rechtswidrige Beeinträchtigungen des Eigentums der Bekl. angesehen werden können. In der Zeit vor dem 25.5.2009 war nämlich zugunsten der Kl.in ein Wegerecht für die gesamte streitgegenständliche Straßenflä-

che im Grundbuch eingetragen. Dieses Wegerecht berechtigte zum Befahren der gesamten streitgegenständlichen Straßenfläche auch mit PKW.

Für die Zeit nach dem 25.5.2009 kann lediglich eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums der Bekl. festgestellt werden. Die Kl.in hat selbst vorgetragen, dass ihr Geschäftsführer, Herr ..., den nicht vom Wegerecht umfassten hinteren Teil der streitgegenständlichen Straßenfläche am Sonntag den 5.7.2009 gegen 11 Uhr mit einem PKW befahren hat. Weitere Beeinträchtigungen ihres Eigentums haben die Bekl. für diesen Zeitraum nicht substantiiert behauptet. Sie haben trotz eines entsprechenden Hinweises des Senates im Termin am 24.1.2012 nicht konkret vorgetragen, welche Person wann die nicht markierte Straßenfläche befahren haben soll.

Der Vorfall vom 5.7.2009 ist nicht geeignet, eine Wiederholungsgefahr zu indizieren. Zum einen liegen zwischen dem Vorfall vom 5.7.2009 und dem für die Tatsachenfeststellungen maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mehr als 2 ½ Jahre. Zum anderen kann eine Vermutung nur so lange gelten, wie der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt unverändert fortbesteht. Das ist hier nicht der Fall. Die Umstände, die Grundlage der Vermutung waren, haben sich vielmehr zwischenzeitlich nachhaltig verändert. Die Kl.in hat unstreitig in den Mietvertrag für die derzeitigen Mieter eine Klausel aufgenommen, wonach die Mieter bis zu einer abweichenden Gerichtsentscheidung nur die markierte Straßenfläche gemäß dem zur Zeit eingetragenen Wegerecht befahren dürfen. Die Bekl. haben konkrete Verstöße der neuen Mieter gegen diese Mietvertragsklausel nicht substantiiert behauptet. Die Kl.in hat im Senatstermin am 24.1.2012 unwidersprochen vorgetragen, dass die neuen Mieter jetzt 1 oder 2 PKW-Stellplätze im Hofbereich nutzen können mit der Folge, dass sie nicht mehr darauf angewiesen sind, den streitigen Teil der Straßenfläche zu befahren. Schließlich haben die Bekl. selbst vorgetragen, dass zwischenzeitlich auf der Stellplatzfläche für die Wohnung HE 1 ein Gartenhäuschen aufgestellt und zur Straße hin ein Zaun gesetzt worden sei. Sie haben daraus selbst den Schluss gezogen, dass eine Grundstücksauffahrt in diesem Bereich nicht mehr vorgesehen und eine Zufahrt von der Straße aus offensichtlich nicht mehr gewünscht sei. Unter diesen Umständen vermag der Senat eine auf Tatsachen gegründete objektive ernstliche Besorgnis weiterer Störungen nicht festzustellen.

Das gilt auch in Bezug auf den Geschäftsführer ..., der nicht in der streitgegenständlichen Straße, sondern im ca. 250 km entfernten ... wohnt. Sein Handeln am 5.7.2009 geschah vor dem Hintergrund einer damals noch ungeklärten Rechtslage. Zwischen den Parteien war streitig, ob sich das Kl.in zustehende Wegerecht auf die gesamte Straßenfläche erstreckt oder nicht. Diese streitige Frage wird im vorliegenden Rechtsstreit durch das Urteil des Senates dahingehend geklärt, dass das Wegerecht wirksam entsprechend der Bewilligung vom 25.2.2008/26.3.2008 eingeschränkt worden ist. Die Bekl. haben keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass der Geschäftsführer ... nicht bereit sein sollte, diese Entscheidung des Senates zu akzeptieren. Aus dem Umstand, dass die Kl.in auch im Berufungsverfahren ihre abweichende Auffassung vertreten hat, kann ein solcher Schluss nicht gezogen werden. Es gehört zum Wesen unserer Rechtsordnung, dass eine Partei die Möglichkeit hat, ihren Rechtsstandpunkt in einem Gerichtsverfahren zu vertreten, nach Abschluss des Gerichtsverfahrens jedoch verpflichtet ist, die Entscheidung des Gerichtes zu akzeptieren. Ohne konkrete Anhaltspunkte kann nicht unterstellt werden, dass der Geschäftsführer ... nicht bereit sei, sich entsprechend zu verhalten. Der im Senatstermin erschienene Geschäftsführer hat jedenfalls glaubhaft erklärt, die Entscheidung des Senates zu akzeptieren...

BGB §§ 1964, 1965; FamFG § 437

1. Erbprätendenten, die ihr vermeintliches Erbrecht nach Ablauf einer in öffentlicher Aufforderung gesetzten Frist aber vor dem Beschluss über die Feststellung des Fiskalerbrechts angemeldet haben, steht gegen diesen Beschluss ein Beschwerderecht zu.

2. Erst nach Ablauf der in der öffentlichen Aufforderung zu setzenden Frist zur Anmeldung der Erbrechte gemäß § 1965 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB, die gemäß § 437 FamFG mindestens sechs Wochen betragen muss, beginnt die Frist von 3 Monaten aus § 1965 Abs. 2 S. 1 BGB – Nachweis des Erbrechts – zu laufen.

3. Im Rahmen von § 1965 Abs. 2 BGB reicht bereits der Nachweis einer entfernten verwandtschaftlichen Beziehung zum Erblasser, um den Erlass eines Feststellungsbeschlusses nach § 1964 BGB zu hindern. Es gelten noch nicht die strengeren Anforderungen der §§ 2354, 2356 BGB im Erbscheinverfahren.

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschluss vom 22. Juni 2012 – 3 Wx 16/12 –, Te.

Hinsichtlich des Nachlasses der 2001 verwitwet und kinderlos verstorbenen Erblasserin ist Nachlasspflegschaft angeordnet worden. Am 21. September 2010 wurde eine öffentliche Aufforderung des Amtsgerichts Elmshorn im Bundesanzeiger veröffentlicht. Darin heißt es, dass bisher Erben nicht hätten ermittelt werden können und Personen, denen Erbrechte am Nachlass zustehen, aufgefordert würden, diese binnen sechs Wochen ab Veröffentlichung bei dem Amtsgericht anzumelden, andernfalls gemäß § 1964 BGB festgestellt werde, dass ein anderer Erbe als der Schleswig-Holsteinische Fiskus nicht vorhanden sei. Der reine Nachlass solle etwa 95 000,00 € betragen.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2011 zeigte der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 1. dessen Vertretung an, fügte eine Übersicht über das Verwandtschaftsverhältnis der Erblasserin zum Beteiligten zu 1. bei, sowie zum Beleg des Erbrechts des Beteiligten zu 1. eine größere Anzahl von Urkunden aus Archiven und Standesämtern an, jeweils mit Beglaubigungen bzw. – soweit es sich um Kopien aus polnischen Registern handelt – handschriftlichen Bestätigungen der dortigen Archive.

Mit Beschluss der Rechtspflegerin vom 1. Februar 2011 stellte das Amtsgericht fest, dass ein anderer Erbe als das Land Schleswig-Holstein nicht vorhanden sei und begründete dies mit dem Hinweis darauf, dass Erben nicht hätten ermittelt werden können und auch eine öffentliche Aufforderung ergebnislos verlaufen sei.

Unter dem 8. Dezember 2011 meldeten sich die Verfahrensbevollmächtigten desr Beteiligten zu 1. und 2. und teilten mit, dass sie nunmehr Mitteilung erhalten hätten, dass mit Beschluss vom 1. Februar 2011 angeblich das Fiskalrecht festgestellt worden sei. Sie bäten um Mitteilung, ob das Fiskalrecht tatsächlich festgestellt worden sei oder nicht und beantragten – sofern das Fiskalrecht festgestellt worden sei – dieses umgehend aufzuheben, denn der Beschluss sei nach Nachweis eines gesetzlichen Erben erfolgt.

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2011 teilte die Rechtspflegerin den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. und 2. mit, dass der Fiskus als Erbe festgestellt worden sei. Sollte allerdings ein Erbschein beantragt werden und dann auch erteilt werden, könne das Fiskalrecht jederzeit wieder aufgehoben werden.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. und 2. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 1. Februar 2011, der gemäß § 1964 BGB feststellt, dass ein anderer Erbe als das Land Schleswig-Holstein nicht vorhanden sei, ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig

(vgl. dazu Leipold in MüKo zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 1964 Rn. 12).

Privaten Erbprätendenten steht die Beschwerdeberechtigung dann zu, wenn sie ihre Rechte im Verfahren nach § 1965 BGB angezeigt haben

(Leipold in MüKo zum BGB, aaO; Marotzke in Staudinger, Neubearbeitung 2008, § 1964 Rn. 18).

Entscheidend ist insoweit nicht der Ablauf der Frist in der öffentlichen Aufforderung, sondern der Umstand, dass sich die Erbprätendenten vor Erlass des Feststellungsbeschlusses gemeldet haben müssen. Da der Feststellungsbeschluss nach § 1964 BGB ohnehin keine Ausschlusswirkung hat (er führt nach § 1964 Abs. 2 BGB nur zu einer widerleglichen Vermutung) ist anerkannt, dass einer fristgemäßen Anzeige nach den §§ 1964 Abs. 1, 1965 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB noch entspricht, wenn das Erbrecht zwar nach Ablauf der Frist in der öffentlichen Aufforderung, aber noch vor Erlass des Beschlusses geltend gemacht wird

(vgl. Wildemann in jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 1965 Rn. 4; Stein in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1965 Rn. 1; Marotzke in Staudinger, aaO).

Das ist hier auch im Hinblick auf den Beteiligten zu 1. der Fall. Die Zulässigkeit der Beschwerde der Beteiligten zu 1. und 2. scheidet auch nicht an einer mangelnden Einhaltung der Beschwerdefrist. Zwar gilt nach § 63 Abs. 1 FamFG eine Beschwerdefrist von einem Monat. Diese Frist beginnt nach § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG aber erst mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an einen Beteiligten. Der Beschluss vom

1. Februar 2011 ist indes den Beteiligten zu 1. und 2. gerade nicht schriftlich bekannt gemacht worden. Obwohl die Rechtspflegerin des Amtsgerichts in den Tagen nach Erlass ihres Beschlusses mit Verfügung vom 3. Februar 2011 und sodann erneut vom 14. Februar 2011 mit dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. und 2. im Hinblick auf dessen Akteneinsichtsanspruch schriftlich Kontakt aufgenommen und Akteneinsicht abgelehnt hatte, findet sich in den maßgeblichen Verfügungen keinerlei Hinweis auf den bereits erfolgten Feststellungsbeschluss. Auch zu dem Zeitpunkt, als die Beteiligten zu 1. und 2. mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 bereits vorsorglich Beschwerde eingelegt hatten, weil sie zwischenzeitlich davon gehört hatten, dass eine Feststellung ergangen sein soll, fehlt es nach Aktenstand weiterhin an jeglicher schriftlicher Bekanntgabe des Beschlusses an diese beiden Beteiligten bzw. ihren Verfahrensbevollmächtigten.

Vor diesem Hintergrund ist unschädlich, dass die genannte Beschwerde mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 länger als sechs Monate nach Erlass des Beschlusses eingelegt worden ist. Allerdings gilt gemäß § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG, dass die Monatsfrist spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses zu laufen beginnt, wenn eine schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden kann. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt indes voraus, dass die Bekanntgabe der Entscheidung an einen Beteiligten tatsächlich nicht bewirkt werden kann. Sie muss dann zuvor jedenfalls versucht worden sein

(Sternal in Keidel, FamFG, 17. Auflage 2011, § 63 Rn. 44).

Diese Fallgestaltung liegt ersichtlich nicht vor.

2. Die somit zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des angegriffenen Feststellungsbeschlusses.

Aus der Begründung des Nichtabhilfebeschlusses der Rechtspflegerin des Amtsgerichts ist zu erkennen, dass diese offenbar davon ausging, zum Zeitpunkt des Eingangs des Schreibens vom 14. Januar 2011 am 17. Januar 2011 (Benennung des Beteiligten zu 1. als gesetzlichen Erben mit Vorlage von Urkunden) sei eine 3-Monatsfrist abgelaufen, die vom 21. September 2010 (Datum der Veröffentlichung im Bundesanzeiger) bis zum 21. Dezember 2010 gelaufen sei. Weil bis zu diesem Zeitpunkt (21. Dezember 2010) keine Erben urkundlich nachgewiesen worden seien, sei der Feststellungsbeschluss zu erlassen gewesen.

Das ist indes nicht richtig. Zu unterscheiden ist die in der öffentlichen Aufforderung zu setzende Frist zur Anmeldung der Erbrechte gemäß § 1965 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB und die Frist zur Erledigung der Nachweispflicht gemäß § 1965 Abs. 2 BGB.

Die Anmeldefrist nach § 1965 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB muss gemäß § 437 FamFG mindestens 6 Wochen betragen

(vgl. Leibold in MüKo zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 1965 Rn. 2).

Diese Mindestfrist, die ab Veröffentlichung im Bundesanzeiger läuft, ist hier mit der öffentlichen Aufforderung vom 15. September 2010 auch festgesetzt worden. Die Anzeige im Bundesanzeiger ist am 21. September 2010 erfolgt, sodass die 6-Wochen-Frist am 2. November 2010 ablief. Innerhalb dieser Frist ist jedenfalls der Beteiligte zu 2. von seinen Verfahrensbevollmächtigten namentlich mit Anschrift und mit Bezeichnung des Verwandtschaftsverhältnisses benannt worden.

Außerhalb dieser Frist, aber noch vor dem maßgeblichen Erlass des Feststellungsbeschlusses am 1. Februar 2011 ist – Eingang beim Amtsgericht am 17. Januar 2011 – auch der Beteiligte zu 1. namentlich, mit Adresse, mit Angabe des Verwandtschaftsverhältnisses zu der Erblasserin und mit urkundlichen Nachweisen benannt worden.

Die Annahme des Amtsgerichts, der Beleg des Erbrechts des Beteiligten zu 1. durch Urkunden mit Schreiben vom 14. Januar 2011 sei wegen Fristablauf am 21. Dezember 2010 zu spät, weshalb der Feststellungsbeschluss hätte erlassen werden müssen (seine Begründung Bl. 100 d.A.), beruht ersichtlich auf einem Rechtsfehler bei der Interpretation von § 1965 BGB. Die von der Rechtspflegerin genannte 3-Monatsfrist kann sich nur auf § 1965 Abs. 2 Satz 1 BGB beziehen,

wonach ein Erbrecht unberücksichtigt bleibt, wenn nicht dem Nachlassgericht binnen drei Monaten nach Ablauf der Anmeldefrist nachgewiesen wird, dass das Erbrecht besteht. Diese fragliche 3-Monatsfrist beginnt allerdings erst – wie dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen – nach Ablauf der Anmeldefrist zu laufen, hier also nach Ablauf des 2. November 2010. Die 3-Monatsfrist war mithin bei Eingang des Schreibens vom 14. Januar 2011 mit den urkundlichen Nachweisen für den Beteiligten zu 2. noch nicht abgelaufen.

Hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis des angemeldeten Erbrechts nach § 1965 Abs. 2 BGB gilt, dass bereits der Nachweis einer entfernten verwandtschaftlichen Beziehung zum Erblasser ausreicht und den Erlass eines Feststellungsbeschlusses nach § 1964 BGB hindert

(Marotzke in Staudinger, aaO, § 1965 Rn. 9 i.V.m. § 1964 Rn. 9 und 10).

Es gelten hier also noch nicht die strengeren Anforderungen der §§ 2354, 2356 BGB im Erbscheinsverfahren. Dem Erlass des Feststellungsbeschlusses steht nämlich bereits entgegen, wenn jedenfalls jemand vorhanden ist, der dem Fiskus vorgeht.

Im vorliegenden Fall geht das Nachlassgericht ausweislich des Nichtabhilfebeschlusses der Rechtspflegerin vom 21. Februar 2012 (Bl. 100 d.A.) selbst davon aus, dass die mit Schreiben vom 14. Januar 2011 für den Beteiligten zu 1. vorgelegten Urkunden das Erbrecht belegen. Das ist jedenfalls im Sinne von § 1965 Abs. 2 S. 1 BGB auch zutreffend. Vorgelegt ist die Geburtsurkunde des Beteiligten zu 1. und die Heiratsurkunde seiner Eltern, desweiteren die Heiratsurkunde der Großeltern mütterlicherseits des Beteiligten zu 1. und die Geburtsurkunde der Großmutter mütterlicherseits des Beteiligten zu 1., als deren Eltern dort wiederum die Großeltern mütterlicherseits der Erblasserin bezeichnet worden sind. Vorgelegt worden ist weiter die Sterbeurkunde der Großmutter mütterlicherseits der Erblasserin, die von dem Großvater unterschrieben worden ist. Vorgelegt ist schließlich die Urkunde über die Eheschließung der Eltern der Erblasserin, wo die Großeltern der Erblasserin (auch mütterlicherseits) benannt werden und auf der zudem auch die Geburt der Erblasserin bestätigt worden ist. Desweiteren sind verschiedene Sterbeurkunden vorgelegt worden.

Der Beteiligte zu 1. hat sein Erbrecht somit jedenfalls vor Ablauf der Frist nach § 1965 Abs. 2 BGB nicht nur angemeldet, sondern auch nachgewiesen. Dies geschah wie dargelegt noch vor Erlass des Feststellungsbeschlusses. Der Feststellungsbeschluss nach § 1964 BGB hätte danach nicht erlassen werden dürfen. Er ist rechtswidrig ergangen und deshalb aufzuheben....

GG Art. 2 II 1; SchlHLV Art. 2a; LVerfG § 44; FamFG §§ 327, 331 ff.; PsychKG SH § 14 IV

- 1. § 14 Abs. 4 PsychKG SH verstößt gegen Art. 2a der Schleswig-Holsteinischen Verfassung i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.**
- 2. Zum effektiven Schutz des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit ist es unerlässlich, dass das eine Zwangsbehandlung ermöglichte Gesetz verfahrensmäßige Sicherungsmechanismen hinsichtlich der Zwangsbehandlungen enthält.**
- 3. Das Verfahren wird ausgesetzt und dem Landesverfassungsgericht zur Entscheidung nach § 44 LVerfG vorgelegt.**

AG Oldenburg, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 20 XIV 36/13 –, L-Pe.

Das Gesundheitsamt des Kreises O. hat unter Beifügung eines ärztlichen Gutachtens am 24.1.2013 schriftlich den Antrag gestellt, die Unterbringung des Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses anzuordnen. Dem Antrag war ein ärztliches Zeugnis der Ärztin Dr. R. vom 24.1.2013 beigelegt, aus dem sich ergab, dass der Betroffene unter einer chronifizierten schizoaffektiven Psychose leide, zur Zeit in manischer Phase. Der Patient überschätze sich bzgl. seiner körperlichen und psychischen Möglichkeiten und wehre sich vehement gegen eine Behandlung. Er sei weder krankheits- noch behandlungseinsichtig und sehr abwehrend. Der Patient sei wahnhaft, halluzinierend und weise affektive Störungen auf. Er sei dystonisch gereizt und massiv eigengefährdend und zudem tätlich aggressiv.

Das Gericht hat am heutigen 25.1.2013 nach vorheriger Ankündigung eine Anhörung des Betroffenen und eines vorab verständigten Verfahrenspflegers durchgeführt und dabei auch die zeugnisertattende Ärztin um eine mündliche Ergänzung des schriftlichen Zeugnisses ersucht.

Diese hat ihr Zeugnis wie folgt ergänzt: Der Betroffene lebe seit längeren auf der geschlossenen Station 8-II auf dem Gelände der A. Klinik in H. Zuletzt wurde er wieder mit Beschluss vom 17.1.2013 des Amtsgerichts Oldenburg i.H. betreuungsrechtlich bis zum 12.12.2013 geschlossen untergebracht. Betreuer ist Rechtsanwalt W. In dem Beschluss des Betreuungsgerichts ist ausdrücklich ausgeführt, dass der Betreuer keine Zwangsbehandlung veranlassen darf. Zu der chronifizierten schizoaffektiven Störung mit derzeit manischem Zustand komme eine chronische Lungenerkrankung und akut eine sehr ernste bakterielle Entzündung am Bein (sog. Wundrose) hinzu. Der Betroffene sei derzeit aufgrund seiner Erkrankung hochregiert, sehr aufgebracht und selbst auf einer geschlossenen Station kaum zu führen. Er beleidige fortwährend sein Umfeld, überschätze seinen Gesundheitszustand und seine Fähigkeiten, verweigere seit dem 16.1.2013 jedwede Medikation und schaffe es nicht die – insbesondere im Hinblick auf sein Bein dringend erforderliche – Bettruhe einzuhalten. Zuletzt habe ein Behandlungsversuch bzgl. seines Beines auf der offenen Station der S.-Klinik O. abgebrochen werden müssen, da der Betroffene auf der offenen Station nicht habe gehalten werden können, sich außerhalb dieser jedoch aufgrund seines Gesundheitszustandes erheblich gefährdet hätte. Insbesondere die Behandlung des Beines sei dringend. Die bakterielle Entzündung des Beines könne schnell lebensbedrohliche Ausmaße annehmen, wenn nicht konstant antibiotisch behandelt und überwacht werde und der Betroffene die Bettruhe wahre. Zu dem Hintergrund des Antrages nach PsychKG trotz Vorliegens der BGB-Unterbringung befragt, erklärte die Ärztin, eine Behandlung nach BGB nicht durchführen zu können, dies sei so auch in dem Beschluss ausdrücklich festgehalten. Es müsse aber dringend eine Behandlung erfolgen. Zum einen bedürfe der Betroffene wie ausgeführt der antibiotischen Behandlung wegen des Beines. Diese müsse 3 mal täglich à 3 g erfolgen. Er lehne dies jedoch krankheitsbedingt unter dem Eindruck der psychotischen Erkrankung vollständig ab. Zudem stehe am 30.1.2012 erneut eine antipsychotische Depotinjektion an. Wie er sich hierzu verhalten werde, sei unklar.

Der vorgenannte Beschluss des Amtsgerichts Oldenburg i.H. wurde zu der Akte genommen. Dort ist die geschlossene Unterbringung bis zum 12.12.2013 angeordnet sowie der Zusatz enthalten: „Der Betreuer darf keine Zwangsbehandlung veranlassen.“ Als Betreuer ist Herr J. W. aus E. aufgeführt. Es wurde sodann der Betroffene aufgesucht. Dieser wird im Bett liegend und dort fixiert angetroffen. Er wird mit dem Unterbringungsantrag des Gesundheitsamtes bekannt gemacht – insbesondere mit dem Umstand, dass das ganze Verfahren letztlich dazu dient, ihn zwangsweise zu behandeln – sowie mit der ärztlichen Einschätzung. Der Betroffene, der den Ausführungen ersichtlich zu folgen vermag, erklärt mehrmals mit Nachdruck, jedwede Medikation abzulehnen. Er begründet dies damit, dass er befürchte, durch die Medikation erst krank zu werden. Auch führt er einen erlittenen Herzschlag auf ungewünschte Medikation zurück. Er erklärt, das Bein würde von selbst heilen. Das entzündete Bein zeigt sich als am Unterschenkel stark geschwollen und offenkundig rötlich entzündet. Der Betroffene bestreitet im Übrigen, psychisch krank zu sein. Einen Betreuer habe er nicht.

Aus den Gründen:

Das Gericht legt das Verfahren dem Landesverfassungsgericht zur Entscheidung nach § 44 LVVerfG vor, da es § 14 Abs. 4 des Gesetzes zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen (im Folgenden: PsychKG SH) für unvereinbar mit der Landesverfassung erachtet und die Entscheidung der Sache von der Gültigkeit der vorgenannten Bestimmungen abhängig ist. Im Einzelnen:

1. Das Gericht erachtet die Vorlage auch im hier vorliegenden Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach §§ 331 ff. FamFG für zulässig.

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Verfahrens nach Art. 44 Abs. 2 Nr. 3 der Landesverfassung des Landes Schleswig Holstein (im Folgenden: LVVerfSH) i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG zu verhüten, dass sich ein einzelnes Gericht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt

(BVerfG, Beschluss vom 8.2.1983, Az. 1 BvL 20/81 = NJW 1983, 1179).

Insbesondere in Fällen, in denen ganz regelmäßig abschließend im Wege einstweiliger Anordnungen entschieden wird und regelmäßig keine Hauptsacheverfahren durchgeführt werden, sind daher auch in den Eilverfahren verfassungsgerichtliche Entscheidungen herbeizuführen

(BVerfG, aaO).

Dies gilt selbst dann, wenn die Entscheidung im Ausgangsverfahren durch die Vorlage erheblich verzögert wird

(aaO).

So liegt es hier. Unterbringungen nach dem PsychKG SH erfolgen nach der mehrjährigen Erfahrung des Unterzeichners wegen der regelmäßigen Eilbedürftigkeit fast ausschließlich im Wege einstweiliger Anordnungen. Hauptsacheverfahren werden nur in seltenen Ausnahmefällen durchgeführt, da sich die Unterbringungen regelmäßig erledigen, bevor mit einer

Entscheidung im Hauptsacheverfahren gerechnet werden könnte.

Ob etwas anderes gilt, wenn durch die Vorlage nicht nur eine Verzögerung in Kauf zu nehmen ist, sondern die eigene Entscheidung des Gerichts ohne vorherige Vorlage im Interesse effektiven Rechtsschutzes unabdingbar erscheint

(Morgenthaler, BeckOK, Art. 100 GG Rn. 18),

kann hier dahinstehen, da die durch die Vorlage entstehende Verzögerung keine erhebliche Rechtsschutzlücke begründet. In jedem Fall kann der Betroffene nach Ablauf der in § 11 Abs. 1 PsychKG normierten Frist nicht mehr – jedenfalls nicht nach PsychKG – auf der geschlossenen Station festgehalten und dort – jedenfalls nicht nach PsychKG – behandelt werden (ohne dass sich alleine dadurch allerdings der Unterbringungsantrag erledigen würde).

2. Das Gericht ist nach reiflicher Erwägungszeit, in der es in einer Vielzahl von Fällen nach PsychKG lediglich Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der oben genannten Bestimmungen hatte, nunmehr zu der festen Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des der beabsichtigten Zwangsbehandlung zugrundeliegenden § 14 Abs. 4 PsychKG SH gelangt. § 14 Abs. 4 PsychKG SH verstößt gegen Art. 2a der schleswig-holsteinischen Verfassung i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (im Folgenden a.). Die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm ist in diesem Fall auch entscheidungserheblich (im Folgenden b).

a) §§ 7 i.V.m. 14 Abs. 4 PsychKG SH etablieren in der Zusammenschau ein Rechtsregime, das nach einer Unterbringungsanordnung des zuständigen Gerichts den jeweilig behandelnden Stationsärzten unter gewissen materiellen Voraussetzungen (Erforderlichkeit der Maßnahme, um eine nicht anders abwendbare Gefahr einer erheblichen Schädigung der Gesundheit oder des Lebens abzuwenden) die Vornahme von Zwangsmaßnahmen, insb. zwangsweisen Behandlungen, ermöglicht.

In einer Zwangsbehandlung, d.h. einer gegen den natürlichen Willen des einwilligungsunfähigen Betroffenen durchgeführten Behandlung, liegt jedoch ein tiefgreifender Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Zum Schutz dieses damit in erheblicher Weise tangierten Grundrechts hat das den Eingriff ermöglichende Gesetz daher neben möglichst klar definierten materiellen Eingriffsvoraussetzungen in besonderem Maße in verfahrensrechtlicher Weise dafür Sorge zu tragen, dass der Bedeutung des betroffenen Grundrechts hinreichend Geltung verschafft wird

(BVerfG, Beschl. v. 23. 3. 2011, Az. 2 BvR 882/09 = NJW 2011, 2113).

Diese hohe grundrechtliche Bedeutung des Verfahrensrechts besteht zur Überzeugung des Gerichts in besonderer Weise in Verfahren, die die Zwangsbehandlung psychisch Kranker zum Gegenstand haben. Denn gerade weil in diesem Rechtsgebiet die materiellen Eingriffsvoraussetzungen notwendigerweise in ausgeprägtem Maße unbestimmt sein müssen und zudem auch ihre Feststellung im konkreten Verfahren – insbesondere in den regelmäßig allein durchgeführten Eilverfahren (vgl. oben) – von einer Vielzahl ebenfalls nur schwer greifbarer innerer Lebensvorgänge (psychische Erkrankung) und schwieriger prognostischer Einschätzungen („erhebliche Gefahr“) abhängt, kommt dem Verfahrensrecht eine erhebliche Bedeutung zu. Gerade weil die materiellen Voraussetzungen in Definition und Anwendung oft schwer greifbar bleiben müssen, kommen verfahrensrechtlichen Fragen wie der, wer zur letztgültigen Entscheidung berufen ist und wie diese Entscheidung vorzubereiten ist, entscheidendes Gewicht zu.

Vor diesem Hintergrund erachtet das erkennende Gericht es zum effektiven Schutz des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit für unerlässlich, dass das eine Zwangsbehandlung ermöglichende Gesetz verfahrensmäßige Sicherungsmechanismen hinsichtlich der Zwangsbehandlungen enthält. Es genügt den aufgezeigten verfassungsmäßig gebotenen Anforderungen nicht, dass das Gesetz die materiellen Eingriffsvoraussetzungen definiert und deren Anwendung sodann ohne Weiteres dem behandelnden Arzt überlässt. Viel-

mehr muss das Gesetz ein geordnetes Verfahren regeln, in dem sichergestellt ist, dass der Betroffene – ggf. über eine Vertrauensperson oder einen Verfahrenspfleger – die für ihn maßgeblichen Gesichtspunkte vor Einsetzen der Zwangsbehandlung zur Geltung bringen kann. Das Gericht schließt sich auch ausdrücklich der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts

(BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011, Az. 2 BvR 882/09 = NJW 2011, 2113, dort Rn. 70)

als auch des Bundesgerichtshofes

(BGH, Beschluss vom 20.6.2012, Az. XII ZB 99/12, zitiert nach Juris)

an, nach der zudem die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und sodann die Entscheidung in „gesicherter Unabhängigkeit von der Unterbringungseinrichtung“ stattfinden muss. Denn gerade weil zwangsweise Unterbrachte schon per se in ganz besonderer Weise der Unterbringungsanordnung ausgeliefert sind, ist es erforderlich, verfahrensrechtlich sicherzustellen, dass vor einem die Situation abermals verschärfenden Grundrechtseingriff – nämlich einer Zwangsbehandlung – eine externe Instanz deren Erforderlichkeit und Alternativlosigkeit unvoreingenommen prüft. Dass es sich hierbei nicht nur um rein theoretische Überlegungen handelt, zeigt dabei auch die Erfahrung des aufgrund der räumlichen Nähe zu zwei großen psychiatrischen Einrichtungen mit einer Vielzahl von Unterbringungen nach PsychKG befassten Unterzeichners. Dieser hat in mehreren Fällen – insbesondere anlässlich von Verlängerungsanträgen nach Ablauf der ersten einseitigen Anordnung, in einigen Hauptsacheverfahren bei länger andauernden Unterbringungen und einmalig auch in einem Verfahren nach § 327 FamFG – externe Gutachter hinzugezogen. Die Betroffenen erhielten hierdurch rein faktisch auch die Möglichkeit, eine externe Bewertung ihrer Therapie zu erhalten. Hierbei zeigte sich, dass allein das Vorliegen dieser externen Bewertung für die Betroffenen einen erheblichen Unterschied gemacht hat. Oft – wenn auch natürlich nicht immer – stieg nach der Anhörung des externen Sachverständigen und geordneter Abwägung der möglichen Alternativen vor dem Richter die Akzeptanz der angewandten Maßnahmen deutlich an. In dem oben aufgeführten Verfahren nach § 327 FamFG konnte nach Durchführung des Verfahrens eine freiwillige Fortsetzung der zuvor vehement angegriffenen Behandlung erreicht werden. Dies zeigt nach der Überzeugung des Gerichts exemplarisch die nicht nur theoretische sondern ganz lebenspraktische Bedeutung der oben geforderten gesetzlichen Ausgestaltung eines geordneten Zwangsbehandlungsverfahrens unter Einschaltung externer – möglichst zudem sachverständiger oder zumindest sachverständig beratener – Entscheider.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Einschaltung einer externen Instanz wegen des gefahrenabwehrechtlichen Charakters von § 14 PsychKG SH nicht geboten sein könne

(so aber AG Elmshorn, Beschluss vom 30.8.2012, Az. 71 XIV 4779 = SchlHA 10/2012, S. 384).

Jedenfalls die Einbeziehung einer irgendwie gearteten externen Stelle (Gericht, Gesundheitsamt o.ä.) ist hier ebenso möglich wie bei den Unterbringungsentscheidungen selbst und aus den oben genannten Gründen auch geboten. Zudem sind auch im Bereich von Unterbringungen nach PsychKG Unterbindungsdauern von vier bis sechs Wochen oder länger nicht nur die seltene Ausnahme. Jedenfalls in diesen Fällen stellt auch die zunächst gegebene Akutsituation kein unüberwindbares Hindernis mehr für eine sachverständige externe Überprüfung dar. Weshalb hier ein abgestuftes Modell steigender Überprüfungsintensität, wie sie der Bundestag nunmehr für das Betreuungsrecht verabschiedet hat (Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme), nicht geboten sein soll, erschließt sich dem Gericht nicht.

Diesen Anforderungen wird das PsychKG SH hingegen offenkundig nicht gerecht. Dieses beschränkt sich vielmehr darauf, die Entscheidungen über Zwangsbehandlungen Unterbrachter den behandelnden Ärzten zu überlassen. Ein der Zwangsbehandlung vorausgehendes Verfahren ist ebenso

wenig vorgesehen wie die Einschaltung einer unabhängigen Stelle

(i.d.S. auch Grotkopp, Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich, SchlHA 2012, 285; Olzen, Metzmacher, Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter Personen, BtPrax 2011, 233–239).

Dem kann auch nicht die Existenz von § 327 FamFG entgegen gehalten werden. Dieser gewährt kein den obigen Anforderungen entsprechendes Maß an Grundrechtsschutz. Zum einen sieht § 327 FamFG gerade kein regulär der Entscheidung vorausgehendes und damit effektiv grundrechtswahrendes Verfahren vor. Vor allem aber läuft § 327 FamFG in der Praxis völlig leer. Bei den behandelnden Ärzten ist schon die Existenz dieser Rechtsschutzmöglichkeit überwiegend unbekannt. Dies ist deswegen gravierend, weil diese einen, i.d.R. laienhaft formulierten, Rechtsschutzwunsch überhaupt erst einmal als solchen erkennen und sodann weiterleiten müssen. Dem Unterzeichner ist entsprechend in seiner mehrjährigen und aufgrund der oben genannten oft intensiven Tätigkeit nach PsychKG insgesamt auch nur ein Verfahren nach § 327 FamFG bekannt geworden (dieses wurde aber auch nur deswegen anhängig, weil sich der Betroffene bereits in der Unterbringungsanhörung gegen die anstehende Mediaktion wehrte und daraufhin vom Richter über die Existenz von § 327 FamFG aufgeklärt wurde). Nicht anders sieht es bei den anderen bei dem erkennenden Gericht mit PsychKG befassten Richtern aus. Über die Gründe hierfür kann letztlich nur spekuliert werden – faktisch erweist sich jedoch, dass das Fehlen eines regulär und gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens jedenfalls in der besonderen Situation der Unterbringung psychisch beeinträchtigter Personen nicht durch ein i.d.R. nachgeordnetes Antragsverfahren *effektiv* ersetzt werden kann.

§ 14 Abs. 4 PsychKG SH ist insoweit auch keiner verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Insbesondere fehlt in § 14 Abs. 4 PsychKG jegliche gesetzliche Anordnung des zu wählenden Verfahrens. Ein Vorbehalt einer externen Instanz ist nicht aufgenommen. Es ist auch nicht zwangsläufig anzunehmen, dass nur ein den §§ 312 ff. FamFG nachgebildetes Verfahren – einschließlich Richtervorbehalt – in Betracht kommt. Vielmehr sind andere Verfahrensgestaltungen ebenso denkbar wie die Prüfung der Zwangsbehandlungsentscheidung durch andere, unabhängige Gremien wie etwa das Gesundheitsamt oder einem medizinischen Beirat o.ä.. Angesichts der hochgradig medizinisch geprägten Materie (Entscheidung über konkrete Medikationen bzw. deren Alternativen) ist die Anordnung eines Richtervorbehaltes, mithin die Übertragung der Entscheidung auf einen medizinischen Laien, nicht einmal besonders naheliegend. Bei dieser Sachlage von Gerichts wegen einfach §§ 312 ff. FamFG einschließlich Richtervorbehalt für anwendbar zu erklären, kommt freier richterlicher Rechtschöpfung gleich. Diese ist unzulässig

(so auch Grotkopp, Anmerkung zu dem Beschluss des Amtsgerichts Elmshorn vom 30.8.2012, SchlHA 10/2012, S. 385 ff).

b) Die Verfassungsmäßigkeit von § 14 Abs. 4 PsychKG ist in diesem Fall auch entscheidungserheblich.

Zwar hat das erkennende Gericht in dem vorliegenden Verfahren zunächst nur die Aufgabe, über die Unterbringung des Betroffenen nach § 7 Abs. 1 PsychKG zu befinden. Dessen Voraussetzungen liegen mit der für die Anordnung einer einseitigen Verfügung hinreichend dringenden Wahrscheinlichkeit (§ 331 FamFG) vor. Die Betroffene leidet an einer psychischen Krankheit im Sinne des § 1 Abs. 2 PsychKG, nämlich an einer chronifizierten schizoaffektiven Psychose mit derzeit manischer Phase. Dies folgt aus dem schriftlichen und sodann mündlich ergänzten Zeugnis der gerichtsbekannt seit über einem Jahr in der Psychiatrie tätigen Ärztin Dr. R. vom 24. bzw. 25.1.2013. Es besteht auch die Gefahr, dass sich der Betroffene infolge der vorgenannten Erkrankung selbst erheblich schädigt. Der Betroffene leidet derzeit unter einer akuten bakteriellen Entzündung eines Beines (sog. Wundrose), verweigert jedoch jegliche Medikation. Unbehandelt würde der Betroffene an der Erkrankung sterben. Diese dargestellte Gefährdung eigener Rechtsgüter kann auch nicht anders als durch die Unterbringung in einer geschlossenen stationären

Einrichtung abgewendet werden. Der Betroffene erwies sich außerhalb einer geschlossenen Einrichtung als nicht führbar und erst recht nicht als behandelbar. Aufgrund der derzeit im Vordergrund stehenden manischen Erkrankung verhält sich der Betroffene hochgradig erregt und gegenüber Dritten auffällig. Zuletzt wurde er von einer offenen Station eines somatischen Krankenhauses in O. auf die geschlossene Station zurückverwiesen, da eine Behandlung auf einer offenen Station dort aufgrund des erkrankungsbedingten Fehlverhaltens nicht möglich war. Die Unterbringung nach PsychKG wäre bei Unterstellung der Verfassungsmäßigkeit von § 14 PsychKG zudem auch trotz vorherigem Unterbringungsbeschluss nach BGB geboten. Denn zwar liegt ein Unterbringungsbeschluss somit bereits vor. Dieser erlaubt aber ausdrücklich nicht die Zwangsbehandlung. Ohne Zwangsbehandlung droht dem Betroffenen jedoch der Tod. Vor diesem Hintergrund könnte an sich öffentlich-rechtlicher Unterbringungsbedarf nicht verneint werden, da die zivilrechtliche Unterbringung nicht geeignet ist, die bestehende Lebensgefahr abzuwenden.

Im Rahmen von § 7 Abs. 1 PsychKG hat das Gericht jedoch auch den nach allgemeinen Grundsätzen bei jedweden staatlichen Grundrechtseingriffen geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu prüfen

(vgl. nur Dornis-Filler, PsychKG SH, § 7 Rn. 26).

In diesem Zusammenhang ist auch in den Blick zu nehmen, ob die fragliche Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt

(vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 10.5.2007, Az. 2 BvR 304/07 = BeckRS 2007, 23775; BGH, Beschluss vom 11.10.2000, Az. XII ZB 69/00 = BeckRS 2000, 30136218).

Hieran fehlt es vorliegend aus den oben dargelegten und damit entscheidungserheblichen Gründen. Denn Zweck der beantragten Unterbringung ist vorliegend ausschließlich und abschließend – und hierin unterscheidet sich das Verfahren von einer Reihe anderer Unterbringungen, in denen es zumindest auch um die Unterbringung an sich geht –, den Betroffenen einer von ihm abgelehnten Zwangsbehandlung zuzuführen. Dass dies evident nicht in „böser“ Absicht geschieht, ist nicht rechtserheblich

(BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011, Az. 2 BvR 882/09 = NJW 2011, 2113, Rn. 40).

Eine auf das PsychKG SH gestützte Zwangsbehandlungsmaßnahme würde den Betroffenen jedoch zur Überzeugung des Gerichts aus den oben ausgeführten Gründen in seinen Grundrechten verletzen. Denn die die Zwangsbehandlung derzeit allein rechtfertigende Norm des § 14 PsychKG SH ist, wie oben ausgeführt, verfassungswidrig. Das Gericht sieht sich auch nicht ermächtigt, es gleichsam mit einer Prüfung des § 7 PsychKG bewenden zu lassen und den offen zu Tage liegenden Zweck des gesamten Verfahrens auszublenden. Denn Aufgabe auch der erstinstanzlichen Gerichte ist es, betroffenen Grundrechten auch tatsächliche Wirksamkeit zu verschaffen

(BVerfG, Beschluss vom 10.5.2007, aaO).

Dies kann nicht gelingen, wenn sich das Gericht auf den Standpunkt stellen würde, dass es nur über die Unterbringung selbst nach § 7 PsychKG befindet, und die weitere Behandlung des Betroffenen in keiner Weise Verfahrensgegenstand ist. Jedenfalls in eindeutigen Fällen wie dem Vorliegenden müssen vielmehr §§ 7 und 14 PsychKG in ihrer faktischen Wirkung betrachtet werden: sie etablieren ein einheitliches Rechtsregime einschließlich verfassungswidriger Zwangsbehandlungen, welche daher jedenfalls in Fällen wie dem Vorliegenden mit in Betracht zu nehmen sind.

PsychKG SH §§ 7, 14 II 3; BGB §§ 1906 I, 1908 I 1, 1846

- 1. Eine Unterbringung erfolgt gemäß § 7 PsychKG SH in einem geeigneten Krankenhaus. Dies kann auch eine Intensivstation sein.**
- 2. Die ständige enge Überwachung des Betroffenen durch das Pflegepersonal über Monitore, auch an einem Büroarbeitsplatz auf dem Stationsflur und über ein Alarmsystem, das bei jeder Lösung eines medizinischen Geräts vom Körper Alarm auslöst, geben der**

Unterbringung auf einer an sich offenen Intensivstation auf einen freiheitsentziehenden Charakter.

- 3. Besteht die Notwendigkeit einer nur kurzfristigen Fixierung des Betroffenen auf einer Intensivstation aufgrund einer Akutsituation, ohne dass ein dauerhafter Betreuungsbedarf besteht, scheidet die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen für den Aufgabenkreis der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen aus.**

LG Lüneburg, 7. Zivilkammer, Beschluss vom 27. November 2012 – 7 T 732/12 –, Dr. Do.

Der Beteiligte zu 3. beantragte am 20.11.2012 beim Amtsgericht bezüglich der Beteiligten zu 1. eine Unterbringungsanordnung nach dem Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen (PsychKG) vom 14.1.2000 (GVOB. Schleswig-Holstein, Seite 106, ber. S. 206). In dem Antrag war mitgeteilt, dass die Beteiligte zu 1. von dem Beteiligten zu 3. am 20.11.2012 gemäß § 11 PsychKG bereits auf die Intensivstation der Klinik eingewiesen worden sei. Dem Unterbringungsantrag war ein ärztliches Attest des Psychiaters X. vom 19.11.2012 beigefügt, in dem dieser insbesondere ausführte, dass die Beteiligte zu 1. an einem Alkoholentzugsdelir bei Bauchspeicheldrüsenentzündung leide. Sie habe seit langer Zeit Alkoholprobleme und trinke etwa 1 Liter Wein pro Tag. Neben der akuten Bauchspeicheldrüsenentzündung zeige sie inzwischen ein delirantes Bild mit teilweiser Desorientierung, Suggestibilität, Einschränkung des Realitätsbezuges, Situationsverknennung und Fehlhandlungen (entferne sich venöse Zugänge). Wegen dieser erheblichen Eigengefährdung sei die Unterbringung gemäß dem PsychKG unerlässlich und sollte im Hinblick auf die Gesamtumstände zunächst drei Wochen betragen.

Nach Eingang dieses Antrages telefonierte der Amtsrichter am 20.11.2012 zunächst mit der zuständigen Ärztin auf der Intensivstation der Klinik, Frau Y. Diese teilte mit, dass die Unterbringung aus ihrer Sicht erforderlich sei, um die Beteiligte zu 1. fixieren zu können. Eine Verlegung der Beteiligten zu 1. auf eine geschlossene Station einer psychiatrischen Anstalt sei nicht beabsichtigt.

In einem Telefonat mit Frau Z. vom Gesundheitsamt des Beteiligten zu 3. teilte der Amtsrichter dieser mit, dass er keine Handhabe sehe, die Beteiligte zu 1. auf einer offenen Station eines Allgemeinen Krankenhauses „unterzubringen“, wenn eine solche Unterbringung schon vom Grundsatz her nicht beabsichtigt sei.

Ohne weitere Ermittlungen, insbesondere ohne Anhörung der Beteiligten zu 1., wies sodann das Amtsgericht den Unterbringungsantrag mit dem hier angefochtenen Beschluss vom 20.11.2012 zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass eine Unterbringung im Gesetzessinne weder derzeit gegeben noch von dem Beteiligten zu 3. beabsichtigt sei. Unterbringung könne nur eine solche gegen oder ohne Willen der Beteiligten zu 1. in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses oder in dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung sein. Der insoweit vom BGH definierte enge rechtliche Unterbringungsbegriff finde auch im Rahmen der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Gesetze zur Unterbringung Anwendung. Eine Unterbringung im Gesetzessinne in offenen Einrichtungen wie z. B. Allgemeinen Krankenhäusern oder Pflegestationen sei gesetzlich nicht vorgesehen. Der Unterbringungsbegriff könne im Rahmen des PsychKG nicht anders ausgelegt werden als im Rahmen des im Betreuungsrecht geltenden § 1906 BGB. Durch die Entscheidung entstehe auch keine Rechtsschutzlücke, da die erforderlichen Maßnahmen über die Einsetzung eines Betreuers erreicht werden könnten, notfalls durch das Betreuungsgericht im Wege der einstweiligen Maßregel nach §§ 1908 Abs. 1 Satz 1, 1846 BGB. Bis zur Entscheidung des Betreuungsgerichts stünden der Klinik im Übrigen die allgemeinen Nothilferechte zu Gebote.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die am selben Tage eingelegte „sofortige“ Beschwerde des Beteiligten zu 3. Nach § 13 Abs. 2 PsychKG bestimme der Beteiligte zu 3., welches Krankenhaus für die Behandlung der Erkrankung geeignet sei. Aufgrund der Erkrankung der Beteiligten zu 1. (Alkoholentzugsdelir sowie eine Bauchspeicheldrüsenentzündung) sei eine intensivmedizinische Behandlung zwingend notwendig.

Mit Beschluss vom 21.11.2012 hat das Amtsgericht dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Es bleibe dabei, dass keine Unterbringung im Sinne des Gesetzes vorliege. Ein Eingriff in die Kompetenz des Beteiligten zu 3. zur Auswahl des geeigneten Krankenhauses liege mit der angefochtenen Entscheidung nicht vor. Faktisch diene die Anwendung des PsychKG im Bereich der offenen Stationen, insbesondere der Intensivstation, durch das Gesundheitsamt einzig dazu, dort (in der Regel kurzzeitig notwendige) Fixierungen rechtlich abzusichern. Im Anwendungsbereich des PsychKG entscheide aber weder das Gericht noch die beteiligte Behörde über die Erforderlichkeit von einzelnen Fixierungsmaßnahmen. Dies dürfe nach § 16 Abs. 4 Satz 1 PsychKG nur von einer Ärztin oder einem Arzt aufgrund eigener Untersuchung befristet angeordnet werden. In derartigen Konstellationen entstände dann der eigentümliche Effekt, dass das Gericht nach den Vorschriften des PsychKG im Ergebnis einzig über den Aufenthalt des Betroffenen in einem Allgemeinen Krankenhaus entscheide, der in aller Regel medizinisch fraglos notwendig sei, nicht aber über die beabsichtigte Fixierung.

Die Kammer hat am 22.11.2012 zur weiteren Förderung der Angelegenheit und etwaigen Vorbereitung eines Anhörungstermins weitere Ermittlungen getätigt, insbesondere die Amtsärztin Frau A. von dem Beteiligten zu 3. um eine dann auch direkt telefonisch erteilte Stellungnahme dazu gebeten, inwieweit die Beteiligte zu 1. von ihrer Bewegungsfreiheit Gebrauch machen könne, inwieweit sie die Station verlassen wolle, welche Vorkehrungen dort gegen ein mögliches Entweichen getroffen seien und welche Unterbringungsdauer erforderlich sei. Auf die Ergebnisse dieser Ermittlungen kommt die Kammer in den Gründen, soweit es darauf ankommt, zurück. Neben der Einsetzung der Beteiligten zu 2. als Verfahrnspflegerin, die noch am 22.11.2012 die Betroffene aufgesucht, mit ihr gesprochen und das Ergebnis dem Berichterstatter telefonisch mitgeteilt hat, wurde weiterhin ein fernmündliches ärztliches Zeugnis des Psychiaters X.

eingeholt, der die Beteiligte zu 1. erneut aufgesucht und das Ergebnis mitgeteilt hat. Auf dieses kommt die Kammer in den Gründen dieser Entscheidung ebenfalls zurück, ebenso schließlich auf das Ergebnis der telefonischen Rücksprache vom 22.11.2012 mit dem für die Behandlung der Beteiligten zu 1. zuständigen Oberarzt Herrn B.

Sowohl die Beteiligte zu 2. als Verfahrenspflegerin als auch die Amtsärztin Frau A. für den Beteiligten zu 3. wurden nach Durchführung der ergänzenden Ermittlungen telefonisch durch den Berichterstatter angehört. Frau Z. hielt an der Beschwerde fest.

Aus den Gründen

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3. ist gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 3, 63 Abs. 1 und 3, 64 Abs. 1 und 2, 335 Abs. 4 FamFG i.V.m § 8 Satz 1 PsychKG statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch im Ergebnis keinen Erfolg.

Dies beruht allerdings nicht darauf, dass der Erlass einer Unterbringungsanordnung, wie das Amtsgericht meint, hier schon deshalb ausscheidet, weil die Beteiligte zu 1. auf der Intensivstation eines offenen Allgemeinen Krankenhauses untergebracht wurde.

Soweit das Amtsgericht die von dem Beteiligten zu 3. beantragte Maßnahme nicht als Unterbringung nach dem PsychKG bewertet, ist dem nicht zu folgen. Das Amtsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, dass der BGH bei der Anwendung des § 1906 Abs. 1 BGB, der zentralen Unterbringungs Vorschrift im Betreuungsrecht, einen engen Unterbringungs begriff zugrunde legt. Danach ist eine freiheitsentziehende Unterbringung in diesem Sinne gegeben, wenn ein Betroffener gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird

(vgl. nur die grundlegende Entscheidung des BGH vom 11.10.2000, Az.: XII ZB 69/00, veröffentlicht u. a. in BGHZ 145, 297).

Dieser enge Unterbringungs begriff liegt allerdings dem Schleswig-Holsteinischen PsychKG nicht zugrunde. Schon in der zentralen Vorschrift des § 7 PsychKG, die die Voraussetzungen der Unterbringung regelt, ist zwar von einer Unterbringung psychisch kranker Menschen gegen oder ohne ihren Willen die Rede, nicht aber, wie in der Definition des engen betreuungsrechtlichen Unterbringungs begriffes, von der Unterbringung in einem geschlossenen Krankenhaus, sondern vielmehr von der Unterbringung in einem „geeigneten“ Krankenhaus. Tatsächlich erfolgt eine Unterbringung auf der Grundlage des PsychKG in den meisten Fällen in einer geschlossenen Station eines psychiatrischen Krankenhauses. Auf der Grundlage des PsychKG ist dies allerdings nicht zwingend.

Denn gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 PsychKG soll die Unterbringung nach Möglichkeit in offenen und freien Formen erfolgen, soweit der Zweck der Unterbringung dies zulässt.

Die Unterbringung selbst kann mithin auf der Grundlage des PsychKG auch auf einer nicht geschlossenen Station erfolgen.

Dass die Unterbringung per definitionem freiheitsentziehenden Charakter hat und auch nur diese der richterlichen Genehmigung bedarf, wird dabei nicht in Frage gestellt. Denn ob eine Maßnahme freiheitsentziehenden Charakter hat, hängt nicht von der Bezeichnung einer Einrichtung bzw. eines Krankenhauses als „offen“ oder „geschlossen“ ab.

Entscheidend ist, ob und inwieweit tatsächlich die Fortbewegungsmöglichkeit eines Menschen in einer solchen Einrichtung eingeschränkt bzw. behindert wird

(vgl. Schwab in Münchener Kommentar, 6. Auflage 2012, § 1906 BGB Rn.6; Marschner in Marschner/Volkart/Lesting, 5. Auflage 2010, § 1906 BGB Rn. 5 und 6).

So kann sich nach einer allerdings sehr weit gehenden Ansicht etwa der freiheitsentziehende Charakter bereits aus der Drohung mit einer polizeilichen Rückführung im Falle des Entweichens ergeben

(vgl. Dornis/Filler in Dornis/Praxiskommentar PsychKG Schleswig-Holstein, 2012, § 7 PsychKG Rn 37; AG Elmshorn vom 25.8.2011, Az.: 71 XIV 4600 L, NJW-RR 2012, 7; ähnlich auch AG Wolfhagen BtPrax 1998,83).

Dass im vorliegenden Fall freiheitsentziehende Bedingungen für den Aufenthalt der Beteiligten zu 1. gegeben sind, die auf Antrag zu einer richterlichen Unterbringungsanordnung führen müssten, steht nach den Ermittlungen der Kammer fest. Nach den Angaben der Amtsärztin Frau A. vom Gesundheitsamt sowie des zuständigen Oberarztes in der Klinik Herrn B. erfolgt eine enge Überwachung der Patientin auf der Intensivstation durch das Personal, und zwar tagsüber durch eine Pflegekraft, die für zwei Patienten zuständig ist. Die Tür zum Gang ist offen, so dass zudem von der sogenannten „Kanzel“, dem Büroarbeitsplatz auf dem Gang hinter einem Tresen, die Tür zur Intensivstation und zum Ausgang überwacht wird. Sobald ein Patient einen bei ihm installierten Draht löst, wird ein Alarm ausgelöst. Es erfolgt darüber hinaus eine Monitorüberwachung. Ein „Fluchtversuch“ würde somit zeitnah entdeckt und, sobald und soweit man ihn entdeckt, nach Möglichkeit verhindert. Durch diese Maßnahme soll ein Entweichen von Patienten von der Intensivstation nach Möglichkeit verhindert werden. Diesen Patienten wird ihre Fortbewegungsfreiheit dadurch entzogen.

Die Beteiligte zu 1. musste auch bereits daran gehindert werden, die Station zu verlassen. Sie ist trotz ihrer schweren Erkrankungen in der Lage, insbesondere unter dem Eindruck wahnhafter Vorstellungen und Ängste und entsprechender Mobilisierung ihrer Kräfte, die Station zu verlassen. Sie hat sich insoweit auch bereits als „bettflüchtig“ gezeigt. Sie wird von der wahnhaften Vorstellung geplagt, dass die anderen Patienten mit einem Lkw abgeholt werden würden, während sie allein auf der Station zurückbleiben müsse, wo ihr ihre Organe entnommen würden.

Die genannten Einschränkungen ihrer Fortbewegungsfreiheit sind die Freiheit entziehende Maßnahmen, die einer entsprechenden rechtlichen Absicherung durch eine Unterbringungsanordnung nach dem PsychKG bedürfen.

Dass die Unterbringung auf der Intensivstation des Krankenhauses auch geboten war, ergibt sich aus dem Umstand, dass neben der psychischen Erkrankung eine schwerwiegende somatische Erkrankung bei der Beteiligten zu 1. zu behandeln ist. In dieser Situation ist es geboten, die Unterbringung unter den genannten freiheitsentziehenden Maßnahmen auf der Intensivstation zu vollziehen

(vgl. Dornis/Filler aaO Rn 38, siehe den Unterbringungsplan gemäß dem Erlass des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Familie, Jugend und Senioren vom 28.9.2007 – VIII 433-404.211-007, Fundstelle: Amtsblatt Schleswig-Holstein 2007, Seite 1128).

Im Falle einer beabsichtigten Unterbringung auf einer im Prinzip „offenen“ Station wird das Gericht mithin regelmäßig Ermittlungen dahingehend anzustellen haben, ob der Betroffene diese verlassen will (und kann).

Soweit das Amtsgericht meint, für den Fall der Fixierung zur Abwehr einer Eigengefährdung könne in der Regel im Wege der einstweiligen „Verfügung“ ein Betreuer bestellt werden, der dann über die erforderlichen Maßnahmen entscheiden könne oder das Gericht selbst bei Dringlichkeit gem. § 1846 BGB, kann dem nicht gefolgt werden.

Das Amtsgericht übersieht insoweit, dass Fälle wie der vorliegende (Delire, Durchgangssyndrome und ähnliche Krankheitsbilder) nur einen kurzfristigen Handlungsbedarf erzeugen. Oft geht es nur um Maßnahmen von zwei bis vielleicht fünf Tagen. In den meisten Fällen wird es im Anschluss an derartige Erkrankungen an dem Vorliegen der Voraussetzungen der Anordnung einer Betreuung gem. § 1896 BGB fehlen. So hat das OLG Bamberg, das sich jüngst mit einem Arzthaftungsfall wegen ruhigstellender Zwangsmaßnahmen im Rahmen einer intensivmedizinischen Behandlung zu befassen hatte, nach Auffassung der Kammer zu Recht darauf hingewiesen, dass es für die Annahme eines Betreuungsgrundes im Rahmen einer vorausschauenden Prognose jedenfalls der Bejahung eines Unvermögens zur natürlichen Willensbildung für eine gewisse Dauer bedarf

(vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 5.12.2011, Az.: 4 U 72/11, veröffentlicht u. a. in NJW-RR 2012, 467).

In den genannten Fällen kommt hinzu, dass mangels eines sofort einsetzbaren Betreuers das Betreuungsgericht an dessen

Stelle gem. §§ 1908i Abs. 1 Satz 1, 1846 BGB tätig werden muss. Mit seiner Anordnung hat das Gericht in diesem Falle durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass dem Betroffenen unverzüglich ein Betreuer oder jedenfalls ein vorläufiger Betreuer zur Seite gestellt wird. Unterlässt das Gericht solche Maßnahmen, so ist die Anordnung der Unterbringung von Anfang an rechtswidrig

(vgl. BGH in BGHZ 150, 45; OLG München NJW-RR 2008, 810).

Diese strenge Rechtsprechung beruht darauf, dass § 1846 BGB eine Ausnahmegesetzvorschrift im Betreuungsrecht darstellt. Das Betreuungsgericht soll in der Regel auf Kontrollfunktionen beschränkt sein und nur in Ausnahmefällen selbst Regelungen treffen. Solche Regelungen sind dem Betreuer vorbehalten. Da in den Fällen eines nur kurzfristigen Regelungs- und Handlungsbedarfs, die die Einrichtung einer Betreuung nicht als sinnvoll erscheinen lassen, ggf. eine im Wege der einstweiligen Anordnung angeordnete Betreuung nach zwei bis fünf Tagen sofort wieder aufgehoben werden müsste, stellt eine Eilmaßnahme gem. §§ 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1846 BGB deswegen in der Regel keine rechtlich tragfähige Maßnahme dar, mit der eine kurzfristige Unterbringung angeordnet werden kann.

Die §§ 1908i Abs. 1 Satz 1, 1846 BGB ermöglichen zudem die Anordnung einer Fixierung zur Vermeidung eines Herausziehens von Kanülen, Kathetern, Ports o. ä. nicht. Denn es handelt sich dabei nicht um eine unterbringungsähnliche Maßnahme gem. § 1906 Abs. 4 BGB. § 1906 Abs. 4 BGB normiert die Genehmigungsbedürftigkeit der Einschränkung der körperlichen Fortbewegungsfreiheit

(vgl. nur Palandt-Diederichsen, 71. Auflage 2012, § 1906 BGB Rn. 32).

Damit wird das Anbinden der Hände, um Patienten daran zu hindern, sich Katheter und Kanülen, Ports u. ä. zu ziehen, von dieser Vorschrift deswegen nicht erfasst, weil sie den jeweiligen Betroffenen nicht in seiner Fortbewegungsfreiheit als solcher beeinträchtigen.

Klarstellend ist auch darauf hinzuweisen, dass auch das PsychKG selbst keine Grundlage für die Anordnung derartiger Maßnahmen bietet. Die Kliniken sind in diesem Bereich gehalten, in Eigenverantwortung zu agieren und ggf. in rechtfertigendem Notstand gem. § 34 StGB.

Es ist danach festzuhalten, dass in Fällen, in denen die Ermittlungen ergeben, dass ein psychisch kranker Patient die ggf. auch offene Station eines Krankenhauses, auf der er vom Gesundheitsamt untergebracht wurde, verlassen will, daran aber tatsächlich gehindert wird, das angerufene Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen des § 7 PsychKG auf Antrag des jeweils zuständigen Gesundheitsamtes zu prüfen hat.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3. hat vorliegend allerdings im Ergebnis keinen Erfolg. Die aktuellen Ermittlungen der Kammer, insbesondere durch telefonische Befragung des Psychiaters X., der die Beteiligte zu 1. auf Bitte der Kammer am 22.11.2012 noch einmal untersucht hat, haben ergeben, dass die gesundheitliche Situation, insbesondere die Einsichtsfähigkeit der Beteiligten zu 1. sich so weit verbessert hat, dass es einer Unterbringungsanordnung nicht mehr bedarf. Die Beteiligte zu 1. zeigte sich nach der Auskunft von Herrn... im Gespräch ihm gegenüber klar und orientiert. Sie gab bezogen auf ihren Aufenthalt in der Klinik eine tragfähige Freiwilligkeitserklärung ab und erklärte vorsorglich für den zu erwartenden bzw. nicht auszuschließenden Fall, dass sie in der Nacht erneut unruhig werde und möglicherweise Verwirrheitszustände auftreten würden, ihre Zustimmung zu fixierenden Maßnahmen. Vor diesem Hintergrund bedarf es der Anordnung einer Unterbringung nicht mehr.

Die Beschwerde kann deswegen jetzt nicht mehr zum Erlass einer Unterbringungsanordnung führen. Lediglich zur Klarstellung weist die Kammer darauf hin, dass sie eine solche Maßnahme ohne Anhörung der Beteiligten zu 1. auch nicht hätte treffen können. Von einer Anhörung konnte vor dem Hintergrund der aktuell erhobenen ärztlichen Befunde abgesehen werden.

PsychKG SH § 7 I und II

- 1. Allein aus dem Vorliegen handlungsbestimmender Wahnhalte und imperativer Stimmen kann weder auf eine Selbst- noch auf eine Fremdgefährdung i.S.d. § 7 Abs. 1, 2 PsychKG SH geschlossen werden.**
- 2. Auch die Gefährdung des Vermögens der Familie des Betroffenen kann von dem Begriff der erheblichen Gefährdung fremder Rechtsgüter des § 7 Abs. 1 PsychKG SH umfasst sein.**
- 3. Die Unterbringung eines Betroffenen, der irrational Geld für einen Konservenvorrat und den Kauf von Gold ausgibt, ist nicht verhältnismäßig. Die hiermit verbundene Vermögensgefahr ist nicht groß genug, um eine Freiheitsentziehung zu rechtfertigen.**

AG Elmshorn, Beschluss vom 26. November 2012 – 71 XIV 4834 L –, Dr. Do.

Der Kreis P. hat beantragt, die Unterbringung des Betroffenen gemäß §§ 7 und 9 PsychKG anzuordnen und vorab gemäß § 331 FGG durch einstweilige Anordnung zu beschließen. Es hat dazu ein Kurztgutachten der Stationsärztin S. vom 23.11.2012 gemäß § 8 S. 2 PsychKG vorgelegt.

Das Gericht hat ein mündliches Gutachten der Stationsärztin S. und des Oberarztes Dr. O. eingeholt. Das Gutachten diagnostiziert eine paranoide Schizophrenie und empfiehlt die Unterbringung zur Abwehr einer Selbst- und Fremdgefährdung, die sich nach Auffassung der Gutachter aus dem handlungsbestimmenden Wahn ergibt. Zum Gutachteninhalt nimmt das Gericht auf das Protokoll der Anhörung des Betroffenen vom 23.11.2011 Bezug.

Der Betroffene hatte sich zwar auf Druck seiner Familie freiwillig zur Untersuchung in die Psychiatrie begeben. Er ist aber nicht krankheitseinsichtig und nicht bereit, die ärztlich empfohlenen antipsychotischen Medikamente einzunehmen.

Aus den Gründen

Eine Unterbringung nach § 7 Abs. 1 und 2 PsychKG setzt voraus, dass Gründe für die Annahme bestehen, dass die mit einer Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung anzunehmen ist, weil der Betroffene in Folge einer psychischen Krankheit sein Leben, seine Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

1. Der Betroffene ist psychisch krank. Er leidet an einer paranoiden Schizophrenie (ICD-10 F20.0). Er hat ausgeprägte, verfestigte Wahnhalte. Er nimmt gute und böse Geister wahr, hat Endzeitideen und sieht sich im Kontakt mit der Mutter Gottes. Der Betroffene bezeichnet sich selbst als Sühneseele, deren Aufgabe es sei, die Menschheit zu warnen. Dieser Wahn ist auch handlungsbestimmend. Seit seinem „Erweckungs Erlebnis“ im Jahr 2010 wird der Betroffene zunehmend sozial desintegriert. Der Betroffene ist in seinem Wahn gefangen. Er hat seine Arbeit verloren. Er gibt irrational Geld aus. Der Familie droht ein Abrutschen in die Armut.

2. Es besteht jedoch keine Gefahr, die eine Unterbringung gemäß § 7 PsychKG rechtfertigt.

a) Eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit Dritter besteht offensichtlich nicht. Insbesondere kann aus der Tatsache, dass der Betroffene bereits einmal imperative Stimmen hörte, die ihn aufforderten, seine Familie zu töten, nicht auf eine Fremdgefährdung geschlossen werden. Denn der Betroffene gibt diesen Stimmen der „bösen Geister“ nicht nach, sondern wehrt sie mit Hilfe von Gebeten ab. Es besteht keine Gefahr, dass der Betroffene einer Person aus seinem Umfeld oder Dritten etwas antun könnte. Im Gegenteil: der Betroffene ist sehr christlich-positiv und lebensbejahend gestimmt. Er will andere Menschen vor dem Tod bewahren, sie warnen und sie überzeugen. Nur das lässt sein tief empfundener christlicher Glaube zu.

b) Die Gefahr für das Vermögen der Familie rechtfertigt die Unterbringung nicht. Es besteht eine Gefahr für das Vermögen der Familie. Der Betroffene gibt irrational Geld aus, indem er einen Konservenvorrat anlegt und Gold kauft. Diese Vermögensgefährdung stellt aber keinen Unterbringungsgrund im Sinne des § 7 PsychKG dar. Ob eine Vermögensgefahr überhaupt vom Gefahrbegriff des § 7 PsychKG umfasst ist, ist unstritten

(dagegen Marschner in Marschner/Volkardt/Lesting: Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Aufl. 2010, Teil B Rn. 136).

Das Gericht ist der Auffassung, dass eine Vermögensgefahr auch vom Begriff der „Gefahr für Rechtsgüter anderer“ des § 7 PsychKG umfasst sein kann. Denn eine Einschränkung dieses Begriffes hat der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein bewusst nicht vorgenommen. Jedoch ist eine Freiheitsentziehung hier nicht verhältnismäßig, um diese Gefahr abzuwehren. Es ist nämlich nicht so, dass der Betroffene große Mengen an Geld für irrationale Anschaffungen verschwendet. Der Betroffene will aufgrund seiner Endzeitideen lediglich vorsorgen, indem er Geld in Gold tauscht und einen Konservenvorrat anlegt. Die hiermit verbundene Vermögensgefahr ist, soweit sie die Konserven betrifft, wegen des vergleichsweise geringen Wertes, soweit sie das Gold betrifft, wegen der Wertbeständigkeit gering. Dagegen wäre eine freiheitsentziehende Unterbringung des Betroffenen ein sehr intensiver Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person aus Artikel 2 Abs. 2 S. 2 GG.

c) Auch eine Selbstgefährdung liegt ersichtlich nicht vor. Allein aus dem Vorliegen handlungsbestimmender Wahnhalte kann nicht auf das Vorliegen einer Selbstgefährdung geschlossen werden. Vielmehr sind ggf. die über das Vorliegen der Erkrankung hinausgehenden zusätzlichen Tatsachen festzustellen, aus denen sich eine Gefährdung ergibt. Es gibt hier aber keine Anhaltspunkte, dass sich der Betroffene selbst gefährden könnte.

Allein die mögliche Perpetuierung und evtl. Chronifizierung der Erkrankung des Betroffenen und die Verweigerung der ärztlichen Behandlung genügt jedenfalls nicht für eine Unterbringung

(BayObLG, Beschluss vom 2.2.1989, BReg 3 Z 72/88; Dornis/Filler in Dornis (Hg.): PsychKG SH, Teil B, § 7 Rn. 17).

Erforderlich ist, dass zusätzlich die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung besteht. Denn das Unterbringungsrecht dient nicht der Erzwingung der nicht vorhandenen Krankheits-einsicht oder Behandlungsbereitschaft

(so auch OLG Hamburg, Beschluss vom 30.07.1990, 2 Wx 66/90 zu der allerdings deutlich pointierter formulierenden Regelung des § 10 Abs. 1 S. 3 PsychKG HH a.F., dies entspricht § 9 Abs. 1 S. 2 PsychKG HH in der geltenden Fassung; Marschner aaO Rn. 139).

Solch eine zusätzliche Gefahr liegt aber nicht vor. Der Antrag war daher abzulehnen.

FamFG §§ 331, 321, 280 III; PsychKG S.H. §§ 7, 8 S. 2; PsychKG-VO § 2 S. 1

- 1. Ein Antrag auf Anordnung der Unterbringung ist nur dann zulässig, wenn das dem Antrag beizufügende Gutachten im Sinne von § 8 S. 2 PsychKG S.-H. die Prognose über die voraussichtliche Dauer der Unterbringung darlegt. Dies gilt auch im Falle eines auf ein einstweiliges Anordnungsverfahren bezogenen Antrags.**
- 2. Die Angabe der Unterbringungsdauer in dem Unterbringungsgutachten ist zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags. Die Amtsermittlungspflicht des Gerichts geht nicht so weit, dass dieser Mangel durch eine Beweisaufnahme zu beseitigen ist. Bemüht sich der Antragsteller nicht um einen vollständigen Antrag, kann er die Behebung dieses Mangels nicht dem Gericht überantworten.**

AG Kiel, Beschluss vom 19. Oktober 2012 – 2 XIV 30440 L –, Fö.

Das Verfahren betrifft die Unterbringung des Betroffenen.

Die Ast.in hat mit schriftlichem Antrag am 12.10.2012 die Anordnung der Unterbringung des Betroffenen beantragt und eine als „Nervenärztliche gutachtliche Stellungnahme“ bezeichnete ärztliche Stellungnahme beigefügt. Die „Nervenärztliche gutachtliche Stellungnahme ist nicht von einem Stadtarzt, sondern von einem behandelnden Arzt des ZIP (Zentrum für Integrative Psychiatrie gGmbH) erstellt worden.

Das Gericht hat die Ast.in telefonisch nicht erreicht und daraufhin diesen Antrag durch Beschluss zurückgewiesen. In dem Beschluss heißt es: „Dem Antrag kann nicht stattgegeben werden. ...

In § 8 S. 2 PsychKG heißt es: „Dem Antrag ist ein Gutachten beizufügen, in dem die Erfüllung der Voraussetzungen für die Unterbringung durch entsprechende Tatsachenfeststellungen sowie durch Beurteilungen einer in der Psychiatrie erfahrenen Ärztin oder eines in der Psychiatrie erfahrenen Arztes bescheinigt wird.“

In § 2 S. 1 PsychKG-VO heißt es: „Das Gutachten nach § 8 Satz 2 des Psychisch-Kranken-Gesetzes (Unterbringungsgutachten) muss unter medizinischen Gesichtspunkten insbesondere darlegen, inwiefern das durch die psychische

Krankheit bedingte Verhalten der psychisch kranken Person eine erhebliche Gefahr für ihr Leben, ihre Gesundheit oder die Rechtsgüter anderer darstellt und aus welchem Grund die Gefahr durch Hilfen oder andere Maßnahmen als eine Unterbringung nicht abgewendet werden kann.“

Die Vorschriften erfordern damit, dass sich das Gutachten auch zu einer Dauer der Unterbringung verhält.

Weder im Antrag findet sich eine fachärztliche Stellungnahme zu einer Unterbringungsdauer noch im beigefügten Gutachten.

Dann aber ist der Antrag unvollständig und kann ihm nicht entsprochen werden.“

Die Ast.in hat sodann durch einen neuen Antrag ein neues Verfahren eingeleitet. Der Bereitschaftsdienst des Amtsgerichts K. hat dem Antrag entsprochen. Der Betroffene ist kraft des Beschlusses vom 13.10.2012 zu dem (AZ 300 XIV = 2 XIV 30441 L) untergebracht.

Für den Betroffenen ist mittlerweile eine vorläufige Betreuung eingerichtet (AZ 2 XVII ...).

Gegen den Beschluss des Gerichts über die Zurückweisung des Antrags in diesem Verfahren (Aktenzeichen: 2 XIV 30440 L) erhebt die Ast.in durch Beschwerdeschrift vom 18.10.2012 Beschwerde. Die Ast.in führt an, dass § 2 PsychKG-VO eine gutachterliche Aussage zur voraussichtlichen Aufenthaltsdauer nicht im Ansatz verlange. Auch aus § 321 FamFG lasse sich dies nicht herleiten, weil die dem Unterbringungsantrag beigefügten ärztlichen Gutachten in den Eilverfahren stets nur als ärztliche Zeugnisse angesehen würden. Für diese würden aber die Voraussetzungen nach dem PsychKG und der PsychKG-VO gelten. Weiterhin beanstandet die Ast.in, dass das Gericht nicht Entsprechend des Amtsermittlungsgrundsatzes die Aufenthaltsdauer durch eine Rückfrage durch die ärztliche Stellungnahme ausstellende Klinik geklärt habe.

Aus den Gründen

Der Beschwerde ist nicht abzuwehren. Die Sache wird dem Landgericht Kiel zur Entscheidung vorgelegt.

1. Das Gericht hält die Beschwerde für unzulässig.

Dem Antrag ist nämlich nachträglich dessen Rechtsschutzbedürfnis entfallen. Die Ast.in kann nämlich mit ihrem in diesem Verfahren durch die Beschwerde aufrechterhaltenen Antrag nicht mehr erreichen, als sie in dem anderweitigen Verfahren 2 XIV 30441 L bereits erreicht hat. Der Betroffene ist nämlich auf ihren neuerlichen Antrag hin untergebracht. Der Antrag in diesem Verfahren hat die identische Zielrichtung.

Ob das Gericht mit der Zurückweisung des Antrags eine Rechtsverletzung begangen hat, muss das Gericht im Rahmen seiner Abhilfeprüfung nicht klären. Erledigt sich nämlich ein Verfahren in der Hauptsache, bedarf es für die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines ausdrücklichen Antrags des Beschwerdeführers. Die Ast.in hat einen solchen Antrag nicht gestellt. Er lässt sich der Beschwerdeschrift auch nicht durch Auslegung entnehmen. Das Gericht musste auch nicht Gelegenheit zur Stellung eines Feststellungsantrags geben. Denn der Ast.in ist die Unterbringung des Betroffenen bekannt, weil ihr der Beschluss über die Unterbringung aus dem Verfahren 2 XIV ... übersandt wurde.

Das Gericht kann offenlassen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Anwendungsbereich des § 62 FamFG auch für Feststellungsanträge einer Behörde eröffnet ist.

2. In der Sache hält das Gericht an seiner Rechtsauffassung fest.

Das Gericht hat sich nicht auf die Beurteilung der Unzulässigkeit der Beschwerde beschränkt, weil § 68 Abs. 1 FamFG die Abhilfe einer begründeten Beschwerde auch dann zulässt, wenn die Beschwerde unzulässig ist.

Das Gericht hält indes die Beschwerde für unbegründet, weil der Antrag auf Anordnung der Unterbringung unzulässig war und ist.

a) Ist ein Antrag nach § 8 PsychKG unvollständig, enthält er etwa kein Gutachten oder fehlen im Gutachten die gesetzlich vorgegebenen Inhalte, ist der Antrag unzulässig und muss verworfen bzw. zurückgewiesen werden

(vgl. schon SchIHA 1958, 299 (300) zu §§ 4,5 UntG S.-H. a.F.).

Aus der Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG und aus der Hinweispflicht aus § 28 FamFG folgt, dass das Gericht den Antragsteller auf Mängel hinzuweisen hat und Gelegenheit zu geben hat, einen formgerechten Antrag zu stellen. In diesem Sinne hat das Gericht versucht, auf den dem Richter von seiner Geschäftsstelle am 12.10.2012 (Freitag) um 15.50 Uhr vorgelegten Antrag die Ast.in um 15.57 Uhr telefonisch zu erreichen. Die Antragsschrift benennt weder Zeiten der Erreichbarkeit noch eine Telefonnummer eines dortigen Bereitschaftsdienstes. Das Gericht hat deshalb wegen der Eil-

bedürftigkeit den Antrag beschieden, um Rechtssicherheit für die Beteiligten zu gewährleisten. Hiermit war kein Rechtsverlust für die Ast.in zu befürchten, weil sich eine etwaig bestehende materielle Rechtskraft allein auf die Unzulässigkeit des gestellten Antrags bezog und einem neuerlichen Antrag nicht von vornherein ein Rechtsschutzbedürfnis abzuerkennen war.

Die Amtsermittlungspflicht des Gerichts geht aber nicht so weit, dass der Mangel eines Antrags durch eine Beweisaufnahme zu beseitigen ist. Ist die Beseitigung eines Mangels durch den Antragsteller möglich, ist es allein seine Aufgabe und seine Verantwortung diesen Mangel zu beseitigen. Hierbei ist zu bedenken, dass die Amtsermittlungspflicht dort ihre Grenzen hat, wo die Beteiligten des Verfahrens zur Mitwirkung verpflichtet sind. Eine Beweiserhebung ist zudem erst angezeigt, wenn entsprechende Tatsachen angebracht sind. Hieran fehlt es aber, wenn der Antrag zum Beispiel zur Unterbringungsdauer keine Tatsachen benennt. § 8 S. 2 PsychKG dient zudem der Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens, indem die eigene Ermittlungstätigkeit des Richters dadurch wesentlich erleichtert werden soll, dass die Verwaltungsbehörde das Ergebnis ihres Vorverfahrens dem Gericht zur Verfügung stellt

(vgl. Böning, SchlHA 1958, 299 (300) zu § 5 UntG S.-H. a.F.).

Bemüht sich aber die Ast.in aber nicht um einen vollständigen Antrag, kann sie die Behebung dieses Mangels nicht dem Gericht überantworten.

b) Ein Gutachten im Sinne von § 8 S. 2 PsychKG in Verbindung mit § 2 PsychKG-VO muss eine Angabe zur Dauer der Unterbringung enthalten. Entgegen der Auffassung der Ast.in darf sich ein Gutachten nicht nur auf die Konkretisierung der Gefährdungssituation und eine Begründung, warum die Gefahrensituation nicht anders abgewendet werden kann, beschränken. Aus dem Wort „insbesondere“ in § 2 PsychKG-VO ergibt sich, dass die Aufzählung des Mindestinhalts eines Gutachtens nur exemplarisch ist und jedenfalls nicht ausschließt, dass sich das Gutachten auf weitere Bereiche erstrecken muss.

Die Angabe der Unterbringungsdauer in dem nach § 8 S. 2 PsychKG beizufügenden Gutachten ist zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags. Das ärztliche Gutachten hat gemäß § 8 S. 2 die – also alle – Voraussetzungen für eine Unterbringung zu beschreiben. Die Voraussetzungen der Unterbringung ergeben sich aus § 7 PsychKG. Nach dieser Vorschrift darf eine Unterbringung unter anderem nur angeordnet werden, solange sie infolge ihrer Krankheit ihr Leben, ihre Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährden und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Die Regelung enthält also im Tatbestand auch ein zu bestimmendes Zeitmoment. Die Festlegung der Dauer der Unterbringung ist (auch) Ausfluss des für das staatliche Handeln durch die Ast.in und durch das Gericht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Angabe der Dauer der Unterbringung in dem nach § 8 S. 2 PsychKG beizufügenden Gutachten ist zur Wahrung der Freiheitsrechte Betroffenen auch deshalb erforderlich, weil ein Gericht im Grundsatz eine Unterbringung nur dann anordnen soll, wenn zwei Ärzte – nämlich der im Auftrag des Gesundheitsamts tätige Arzt und der vom Gericht bestellte ärztliche Sachverständige – unabhängig voneinander die Notwendigkeit einer Unterbringung für einen zu prognostizierenden Zeitraum befürworten.

c) Die Notwendigkeit der Angabe der voraussichtlichen Dauer der Unterbringung besteht auch dann, wenn die Ast.in die vorläufige Unterbringung im Wege der einstweiligen Anordnung begehrt.

Das Gericht lässt hierbei offen, ein Gutachten im Sinne von § 8 S. 2 PsychKG auch dann vorzulegen ist, wenn der Antrag ein einstweiliges Anordnungsverfahren einleitet. Jedenfalls der Wortlaut des § 8 S. 2 PsychKG erlaubt nicht, dass in einem einstweiligen Anordnungsverfahren geringere Anforderungen an das dem Antrag beizufügende Gutachten zu stellen wären. Eher wird sich dies aus der Auslegung von § 331 S. 1 Nr. 1 FamFG ergeben können.

Indes greift der Einwand, dass auch § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG für ein ärztliches Zeugnis im einstweiligen Anordnungsverfahren nicht die Angabe einer Unterbringungsdauer erfordere und dies deshalb auch für den Antrag nach § 8 PsychKG gelte, der sich auf ein einstweiliges Anordnungsverfahren beziehe, aus zwei Gründen nicht durch. Zum einen definieren Vorschriften des FamFG über ein Gutachten (§§ 321, 280 Abs. 3 FamFG) und über ein ärztliches Zeugnis (§ 331 S. 1 Nr. 2 FamFG) nicht den Begriff des Gutachtens aus § 8 S. 2 PsychKG, weil es sich um verschiedene Gesetze von verschiedenen Gesetzgebern handelt und weil sich im Gegensatz zu § 8 S. 2 PsychKG die §§ 321, 280 Abs. 3 FamFG ausschließlich auf gerichtlich einzuholende Gutachten und § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG ausschließlich auf ein gerichtlich einzuholendes ärztliches Zeugnis beziehen. Zum anderen gehört zu einem vollständigen ärztlichen Zeugnis nach § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG auch die Angabe der Unterbringungsdauer

(vgl. auch Schmidt-Recla in: MüKo, 3. Aufl., § 333 FamFG, Rn. 2).

Denn die Unterbringungsdauer ist Bestandteil der materiellen Voraussetzungen einer Unterbringung, für die ein ärztliches Zeugnis erforderlich ist

(vgl. zum notwendigen Inhalt eines ärztlichen Zeugnisses auch: OLG Frankfurt FGPrax 2005, 23; OLG Köln FGPrax 2006, 232).

Hat sich ein ärztliches Zeugnis zudem zum Ausmaß einer Erkrankung zu verhalten, gehört hierzu auch das zeitliche Ausmaß.

ZPO §§ 36 I Nr. 6, 39, 281 II 4, 504; WEG § 43 Nr. 5

- 1. Eine rügelose Verhandlung zur Sache vor dem unzuständigen Gericht hindert eine Verweisung an das zuständige Gericht nicht, wenn es an der nach § 504 ZPO erforderlichen Belehrung des Bekl. über die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts gefehlt hat.**
- 2. Erfolgt der Hinweis nach § 504 ZPO erst nach mündlicher Verhandlung, wird die Sperre des § 39 S. 2 ZPO erst von diesem Zeitpunkt an aufgehoben und das sachlich unzuständige Gericht erst durch rügelose Verhandlung des Bekl. in der nächsten mündlichen Verhandlung zuständig.**
- 3. Ein vor der mündlichen Verhandlung erklärter Verzicht des Bekl. auf die Erhebung der Rüge der Unzuständigkeit entfaltet Wirkungen nur, wenn Form und sachliche Voraussetzungen für eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß § 38 ZPO gegeben sind.**

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 11. Juli 2012 – 2 W 187/11 –, Sch.

Der Kl. ist in X Eigentümer des Flurstücks 34/1 der Flur 1, Gemarkung X. Die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft ist Eigentümerin des benachbarten Flurstücks 34/2, auf dem sich die Wohnungsanlage befindet, des daran angrenzenden Flurstücks 39/1 (öffentlicher Weg) und der Flurstücke 93/39 und 30/1 der Flur 1 auf der dem Weg gegenüberliegenden Seite, die zum Parken und als Kinderspielfeld genutzt werden, sowie eines Flurstücks 65/38 derselben Flur.

Der Kl. hat beim Amtsgericht Oldenburg i. H. Klage eingereicht, mit der er beantragt, die Bekl. zu verurteilen, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass von dem Müllcontainerstellplatz auf dem Flurstück 30/1 der Flur 1, Gemarkung X für das klägerische Grundstück keine unzumutbaren Geruchs-, Geräusch- und Sichtbelästigungen sowie Emissionen ausgehen. Außerdem verlangt er von der Bekl., die Pflasterung auf dem Flurstück 39/1 in der südlichen Ecke in einer Länge von 5 m und einer Breite nach Osten hin von 2 m um 30 cm abzusenken und die Flurstücke 39/1 und 65/38 der Flur 1 Gemarkung X in einer Breite von 3 Metern von jeglichen Hindernissen, Bebauung und Fahrzeugen frei zu halten, so dass ein gefahrloses Befahren vom Flurstück 34/1 zum Flurstück 41/7 möglich sei.

Der Kl. hat sein Klageinteresse hinsichtlich der Klageanträge zu 1) bis 3) mit jeweils 2000 € beziffert. Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 17. März 2011 den Streitwert vorläufig auf 8000 € festgesetzt. Als dann hat es am 26. September 2011 eine Ortsbesichtigung und eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Parteien mit den zuletzt schriftsätzlich angekündigten Anträgen verhandelt haben. Im anberaumten Verkündungstermin vom 18. Oktober 2011 hat das Amtsgericht einen Hinweisbeschluss verkündet, in dem es darauf hingewiesen hat, dass es übersehen habe, dass es für den Rechtsstreit sachlich unzuständig sei. Da ein Fall des § 43 Ziff. 5 WEG vorliege, sei eine ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts gemäß § 23 Ziff. 2 c GVG nicht begründet.

Der Kl. hat daraufhin beantragt, den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht Lübeck zu verweisen. Die Bekl. hat mitgeteilt, dass sie sich im Hinblick auf die umfangreiche Inaugenscheinnahme rügelos einlasse. Das Amtsgericht hat sich für sachlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit auf Antrag des Kl. gemäß § 281 ZPO an das Landgericht Lübeck verwiesen. Das Landgericht hat sich nach Anhörung der Parteien durch Beschluss vom 15. Dezember 2011 für unzuständig erklärt. Das Amtsgericht sei durch rügelose Einlassung der Bekl. nach § 39 ZPO zuständig geworden.

Aus den Gründen

1. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht ist gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO für die Entscheidung des negativen Zuständigkeitsstreits zwischen dem Amtsgericht Oldenburg i.H. und dem Landgericht Lübeck zuständig.

2. Die Voraussetzungen für eine Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO liegen vor. Beide Gerichte haben sich durch den Parteien mitgeteilte unanfechtbare Beschlüsse vom 7. November 2011 und 15. Dezember 2011 im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO rechtskräftig für unzuständig erklärt.

3. Sachlich zuständig ist aufgrund des bindenden Verweisungsbeschlusses des Amtsgerichts Oldenburg i. H. vom 7. November 2011 das Landgericht Lübeck. Nach § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO ist ein Verweisungsbeschluss für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend. Diese Bindungswirkung greift auch dann ein, wenn der Beschluss unrichtig oder verfahrensfehlerhaft ist, und entzieht auch einen sachlich zu Unrecht ergangenen Verweisungsbeschluss grundsätzlich der Nachprüfung

(BGH NJW 1988, 1794/1795; BGH FamRZ 1990, 1226/1227; BayObLGZ 1985, 397/401).

Die Bindungswirkung gilt ausnahmsweise nur dann nicht, wenn die Verweisung jeder Rechtsgrundlage entbehrt und daher willkürlich ist oder wenn sie auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht

(BGHZ 102, 338/3411 BayObLGZ 1991, 280/281 f.; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 281 Rn. 17 und 17a).

Aus dem Vorrang der vom Gesetzgeber bewusst festgelegten Bindungswirkung, deren Sinn darin besteht, den Streit über die Zuständigkeit bald zu beenden und zur Sachentscheidung zu gelangen

(vgl. BGH NJW-RR 1994, 126/127),

ergibt sich, dass bei einer inhaltlich unrichtigen Entscheidung Willkür nur bejaht werden kann, wenn die Verweisung schlechterdings nicht zu rechtfertigen ist. Das ist hier nicht der Fall.

a) Das Landgericht Lübeck ist sachlich und örtlich ausschließend zuständig, weil Fehmarn, wo das Grundstück der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer liegt, zu seinem Bezirk gehört und keine sog. Binnenstreitigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, sondern ein Nachbarschaftsstreit zwischen einem Dritten und der Wohnungseigentümergeinschaft vorliegt, der sich auf das Gemeinschaftseigentum bezieht und einen Streitwert von mehr als 5000 € hat (§§ 43 Nr. 5 WEG, §§ 23 Nrn. 1 und 2 lit. c, 71 Abs. 1 GVG).

Gemäß § 3 ZPO wird der Streitwert von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Der Zuständigkeitswert wird durch den Streitgegenstand bestimmt, der gleich demjenigen ist, was die Partei begehrt und mit ihrem Angriff erreichen will. Das wirtschaftliche Interesse des Kl. wird durch die Klaganträge und die Klagebegründung festgelegt. Die Wertangabe des Kl. gemäß § 61 GKG hat dabei Bedeutung als Indiz für den Wert und bleibt im Zweifel maßgebend

(OLG Köln MDR 1985, 153 mit zustimmender Anmerkung Mümmler Jur-Büro 1985, 1213; Zöller/Herget, aaO, § 3 Rn. 16 „Wertangabe“).

Der Kl. hat die Gegenstandswerte auf Aufforderung des Amtsgerichts für die Klaganträge zu 1. bis 3. mit Schriftsatz vom 9. März 2011 mit jeweils 2000 € angegeben. Auf dieser Grundlage hat das Amtsgericht bereits vor dem Ortstermin den Streitwert vorläufig auf 8000 € festgesetzt, ohne dass dieser Wertansatz von der Bekl. beanstandet worden wäre.

Dies kann für den Zuständigkeitsstreitwert zwar keinen Bestand haben, soweit das Amtsgericht den Klagantrag zu 1) im Hinblick auf die Klagerücknahme, die vor der nochmaligen Erhebung dieses Klagantrags erfolgt ist, zweimal angesetzt hat. Wie sich die Teilklagerücknahme eines Streitgegenstands, der nach der Rücknahme erneut in den Rechtsstreit eingeführt wird, auf den Gebührenstreitwert nach GKG auswirkt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Für den Zuständigkeitsstreitwert nach ZPO kann dieser Teil des Streitgegenstandes jedenfalls nicht zweimal angesetzt werden, weil der Kl. zu jedem Zeitpunkt gleichzeitig nur 3 Streitgegenstände mit seiner Klage verfolgt hat, und insoweit zwischen dem Klagantrag zu 1),

der zunächst im Hinblick auf das fehlende Schlichtungsverfahren (vgl. § 15 a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO, § 1 Abs. 1 Ziff. 2 a LSchliG SH) zurückgenommen und nach erfolgloser Durchführung des Schlichtungsverfahrens erneut gestellt worden ist, wirtschaftliche Identität vorliegt.

Aber auch wenn man den zurückgenommenen Klagantrag bei der Bewertung des Zuständigkeitsstreitwerts außen vor lässt, beträgt der vom Amtsgericht auf der Grundlage der Wertangaben des Kl. hinsichtlich der noch anhängigen 3 Streitgegenstände festgesetzte Wert 6000 €. Anhaltspunkte, dass diese Werte von dem Prozessbevollmächtigten des Kl. in seinem Gebühreninteresse unangemessen hoch angesetzt worden sind, bestehen nicht. Derartiges ist von den Parteien oder vom Amtsgericht zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht worden, auch nicht, nachdem das Amtsgericht auf seine fehlende Zuständigkeit hingewiesen hat. Unter diesen Umständen ist die Bewertung der Klaganträge zu 1. bis 3. jedenfalls nicht willkürlich.

Ersichtlich hat das Amtsgericht den Streitwert nur zur Berechnung des Kostenvorschusses gemäß § 63 GKG vorläufig in dieser Höhe festgesetzt und nicht, um sich durch eine hohe Streitwertfestsetzung zu Unrecht sachlich unzuständig zu „rechnen“, wie sich bereits daraus ergibt, dass es seine sachliche Unzuständigkeit zunächst verkannt und ohne Hinweis nach § 504 ZPO mündlich verhandelt und sogar einen zeitaufwendigen Ortstermin durchgeführt hat.

Insbesondere der Klagantrag zu 2) hat einen ganz erheblichen Vermögenswert für den Kl., weil dieser ohne die begehrte Grundstücksabsenkung die Garagentore nicht mehr öffnen kann und erhebliche Baumaßnahmen auf seinem Grundstück tätigen müsste, um die Garagentore öffnen zu können, nämlich die Garagentore auswechseln müsste. Außerdem müsste er wohl sein Grundstück und ggf. sogar die Garagen anhöhen oder aber eine Rampe errichten, um beim Ein- und Ausfahren in und aus der Garage aufgrund des Höhenunterschieds von ca. 30 cm sein Fahrzeug nicht zu beschädigen und die Garage mittels kürzerer ausgewechselter Tore weiterhin vollständig schließen zu können. Darüber hinaus hat dieser Streitgegenstand für den Kl. auch deshalb einen ganz erheblichen Vermögenswert, weil er befürchtet, bei einem Sturz von Passanten auf seinem Grundstück an dem Grundstücksübergang aufgrund des Höhenunterschieds von ca. 30 cm wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch genommen werden zu können. Es bedarf keiner Ausführungen, dass bei einem Unfall eines Fußgängers je nach Umfang der Verletzungsfolgen ganz erhebliche Schadensersatzforderungen drohen (medizinische Versorgung, unter Umständen sogar stationär und mit anschließender Physiotherapie, entgangenes Arbeitseinkommen, auf die Krankenkasse und den Arbeitgeber übergeleitete Ersatzansprüche wegen Lohnfortzahlung und ähnliches), ebenso Schmerzengeldansprüche, ggf. sogar Schadensersatz in Form einer Geldrente. Ohne dass der Streitwert vom Senat insoweit abschließend bewertet werden müsste, ist eine vorläufige Streitwertfestsetzung für die Klaganträge zu 1. bis 3. auf einen Wert über 5000 € unter diesen Umständen jedenfalls nicht willkürlich.

b) Es ist unerheblich, dass die Bekl. in der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2011 verhandelt hat, ohne die Unzuständigkeit des Amtsgerichts Oldenburg i. H. zu rügen. Dadurch ist eine Zuständigkeit des sachlich unzuständigen Gerichts nicht gemäß § 39 S. 1 ZPO begründet worden. Gemäß § 39 S. 2 ZPO kann die Zuständigkeit eines sachlich unzuständigen Amtsgerichts nicht begründet werden, wenn die Belehrung nach § 504 ZPO unterblieben ist. Nach dieser Bestimmung hat das Amtsgericht für den Fall, dass es sachlich oder örtlich unzuständig ist, den Bekl. vor der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache auf die fehlende Zuständigkeit und die Folgen einer rügelosen Einlassung hinzuweisen, was hier vor der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2011 nicht erfolgt und auch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht nachgeholt worden ist.

Dabei ist unerheblich, dass die Bekl. anwaltlich vertreten war. Die Belehrungspflicht besteht in amtsgerichtlichen Verfahren

unabhängig davon, ob der Bekl. anwaltlich vertreten ist
(Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 504 Rn. 2; Deubner, MüKo, 3. Aufl., § 504 Rn. 1 und 5).

Dementsprechend ist anerkannt, dass eine rügelose Verhandlung zur Sache eine Verweisung nicht hindert, wenn es an der nach § 504 ZPO vorgeschriebenen Belehrung gefehlt hat
(BGH NJW-RR 1992, 1091).

Denn wenn ohne eine solche Belehrung zur Hauptsache verhandelt wird, bleibt das Gericht unzuständig
(Stein/Jonas/Bork, 22. Aufl., § 39 Rn. 3; Vossler NJW 2003, 1164; Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 504 Rn. 3).

c) Anderes gilt vorliegend nicht deshalb, weil das Amtsgericht nach mündlicher Verhandlung auf seine sachliche Unzuständigkeit hingewiesen und die Bekl. daraufhin schriftsätzlich mitgeteilt hat, dass sie sich im Hinblick auf die schon durchgeführte Inaugenscheinnahme rügelos einlasse. Erfolgt der Hinweis nach § 504 ZPO erst nach mündlicher Verhandlung, wird die Sperre des § 39 S. 2 ZPO erst von diesem Zeitpunkt an aufgehoben

(Deubner, aaO § 504 Rn. 8; Toussaint, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 504 Rn. 4)

und das unzuständige Gericht erst durch rügeloses Verhandeln in der nächsten mündlichen Verhandlung sachlich zuständig
(Stein/Jonas/Bork, aaO, § 39 Rn. 3 und 6).

Der Wortlaut des § 39 S.1 ZPO ist eindeutig. Danach wird die Zuständigkeit dadurch begründet, dass der Bekl. rügelose mündlich verhandelt.

Durch die Erhebung einer Klage vor einem örtlich oder sachlich unzuständigen Gericht entsteht kein prozessuales Gestaltungsrecht der beklagten Partei dahingehend, dass es nunmehr alleine in ihrer Hand liegt, die Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung zu begründen. Das Antragsrecht des Kl., die Verweisung an das örtlich oder sachlich zuständige Gericht zu beantragen, wird alleine durch die Möglichkeit der Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung der beklagten Partei nicht berührt. Eine Zuständigkeitsbegründung durch vorherigen schriftlichen Rügeverzicht ist mit dem Wortlaut des § 39 ZPO nicht zu vereinbaren

(OLG Zweibrücken MDR 2010, 832).

Ein Rügeverzicht vor der mündlichen Verhandlung entfaltet Wirkungen nur, wenn Form und sachliche Voraussetzungen für eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß § 38 ZPO gegeben sind

(Zöller/Vollkommer, aaO, § 39 Rn. 5 mwN; Musielak, aaO, § 39 Rn. 5 mwN; Patzina, MüKo, 3. Aufl., § 39 Rn. 8).

Daran fehlt es. Der Kl. hat sich gerade nicht mit der Weiterführung des Rechtsstreits durch das Amtsgericht einverstanden erklärt, sondern auf den Hinweis des Gerichts die Verweisung an das zuständige Landgericht Lübeck beantragt. Das war, wie ausgeführt, auch nach dem schriftlichen Rügeverzicht der Bekl. noch möglich

(OLG Zweibrücken).

FamFG § 81

Ist im Erbscheinverfahren aufgrund der Einwendungen eines Beteiligten ein Gutachten zur Testierfähigkeit einzuholen, muss im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über die Verteilung der Gerichtskosten berücksichtigt werden, wenn die letztlich erfolglosen Einwendungen jedenfalls nicht substanzlos waren. Die Kosten dürfen dem Antragsteller nicht deshalb allein auferlegt werden, weil er die Vorteile des Erbscheins genießt. Anhaltspunkte für die Kostenverteilung in einem solchen Fall können der Wertung des Gesetzgebers in dem Regelbeispiel des § 81 Abs. 2 Nr. 3 FamFG entnommen werden.

SchiHOLG, 3. Zivilsenat, Beschluss vom 17. August 2012 – 3 Wx 137/11 –, Hi.

Die Beteiligten sind die Söhne der 2009 verstorbenen Erblasserin. Der Beteiligte zu 1. hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn und den Beteiligten zu 2. auf Grund eines Testaments aus dem Jahr 2007 als Erben nach ihrer Mutter zu je ½ ausweisen sollte. In diesem Testament war der Beteiligte zu 3.) ausdrücklich enterbt worden. Der Beteiligte zu 3. ist dem Erbscheinantrag entgegengetreten. Er hat die Auffassung vertreten, die Erblasserin hätte aufgrund

Bindung aus einem gemeinschaftlichen Testament mit dem vorverstorbenen Ehemann nicht erneut abweichend testieren können. Zudem sei sie 2007 wegen Demenz testierunfähig gewesen.

Das Nachlassgericht hat Beweis über die Testierfähigkeit der Erblasserin durch Vernehmung des das Testament beurkundenden Notars als Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben. Es hat anschließend mit Beschluss vom 14. November 2011 die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und die Erteilung des entsprechenden Erbscheins angekündigt. Die Gerichtskosten hat es dem Beteiligten zu 1. auferlegt, die Erstattung außergerichtlichen Kosten nicht angeordnet. Die wegen der Entscheidung über die Gerichtskosten eingelegte sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist auszulegen. Der Senat entnimmt seiner Begründung der sofortigen Beschwerde in den Schriftsätzen vom 23. November und 12. Dezember 2011, dass sich diese ausschließlich gegen die Entscheidung über die Gerichtskosten richtet, nicht auch gegen diejenige über die außergerichtlichen Kosten. Hinsichtlich der Gerichtskosten erstrebt der Beteiligte zu 1. eine volle Auferlegung auf den Beteiligten zu 3.

Der so ausgelegte Beschwerdeantrag hat teilweise Erfolg.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Eine Kostenentscheidung kann isoliert angegriffen werden, sofern der Beschwerdewert 600,00 € übersteigt

(Zimmermann in Keidel, 17. Aufl. 2011, § 81 Rn. 83).

Das ist hier bei einem Gesamtbetrag der gerichtlichen Kosten von 2459,85 € (Gebühr Erbschein nach § 107 Abs. 1 KostO 252,00 €; Zeugenentschädigung Notar 35,50 €; Gutachten 2068,52 €; ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen 103,83 €) der Fall.

2. Die Beschwerde ist teilweise begründet.

a) Grundlage der Kostenentscheidung des Nachlassgerichts ist § 81 FamFG. Danach sind die Kosten des Verfahrens, zu denen Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten zählen (§ 80 FamFG), nach billigem Ermessen zu verteilen. Besondere, im Einzelnen aufgelistete Gründe, sollen dabei regelmäßig zu einer Kostenlast nur eines der Beteiligten führen. Damit geht § 81 FamFG über den früheren § 13a FGG in zweierlei Hinsicht hinaus. Einmal sind nun auch die Gerichtskosten in die Billigkeitsentscheidung einzubeziehen; § 13a FGG betraf nur die außergerichtlichen Kosten. Zum Anderen ist Ausgangspunkt der Billigkeitsentscheidung nicht mehr die Grundregel, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat. § 13a FGG sah dem Wortlaut nach die Anordnung einer Kostenerstattung nur als Ausnahme vor, „wenn dies der Billigkeit entspricht“. In dieser Weise wurde die Vorschrift in ständiger Rechtsprechung auch ausgelegt. Der Gesetzesfassung des § 81 FamFG ist ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dieser Art nicht mehr zu entnehmen. Die Anordnung einer Kostenerstattung stellt sich vielmehr als Ergebnis einer stets vorzunehmenden Billigkeitserwägung dar

(Senat, Beschluss vom 8. 11. 2010 – 3 Wx 123/10 –, SchIHAz 2011, 204; Schindler in MüKoZPO, Bd. 4, FamFG, 3. Aufl. 2010, § 81 Rn. 7; Zimmermann aaO § 81 Rn. 44).

Im Abs. 2 des § 81 FamFG werden Tatbestände aufgelistet, bei denen eine einseitige Kostenentscheidung regelmäßig der Billigkeit entspricht. Die Auflistung ist jedoch nicht als abschließend zu verstehen

(Schindler, § 81 aaO Rn. 14; Zimmermann, § 81 aaO Rn. 50).

Mit der Regelung der Kostenverteilung auf der Grundlage einer Billigkeitsentscheidung hat sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden, ausschließlich das Verhältnis von Ob- und Unterliegen zum Maßstab der Kostenverteilung zu machen. In die Billigkeitserwägung einfließende Umstände können außer dem Umfang des Antragserfolges auch etwa die Art der Verfahrensführung, das Vorbringen unwahrer Behauptungen, die Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit der Einwendung von Anfang an und schuldhaftes Veranlassen des Verfahrens sein

(OLG München, ZErB 2012, 190, bei juris Rn. 8; OLG Düsseldorf, FGPrax 2011, 207, 208; Zimmermann aaO, § 81 Rn. 48).

b) Unter Berücksichtigung dieser Abwägungskriterien erweist sich die Kostenentscheidung des Amtsgerichts als ermessensfehlerhaft.

(1) Das Amtsgericht hat seine Kostenentscheidung im Nicht-abhilfebeschluss begründet. Es hat dort ausgeführt, dass es der Billigkeit entspreche, dem Beteiligten zu 1. die Gerichtskosten aufzuerlegen, weil das Gutachten auch von Amts wegen hätte eingeholt werden müssen und der Beteiligte zu 1. als Ast- und Miterbe die Vorteile des Erbscheins genieße. Diese Erwägungen sind unvollständig. Sie berücksichtigen nicht, dass der Beteiligte zu 3. im Verfahren unterlegen ist. Sie berücksichtigen auch nicht, dass allein seine Einwendungen zur Einholung eines Gutachtens über die Testierfähigkeit der Erblasserin zwangen. Es trifft nicht zu, dass das Gutachten auch von Amts wegen hätte eingeholt werden müssen. Es bestand zunächst keinerlei Anlass dazu. Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin ergaben sich erst aus dem Vortrag des Beteiligten zu 3. Es wäre deshalb nicht gerechtfertigt, den Beteiligten zu 3. von den Gerichtskosten freizustellen.

(2) Es erscheint aber auch nicht billig, den Beteiligten zu 3. in vollem Umfang mit den Gerichts- und damit im Wesentlichen den Sachverständigenkosten zu belasten. Allerdings ist schon entschieden worden, dass dann, wenn ein Erbschein beantragt und im Verfahren allein aufgrund der Einwendungen eines anderen Beteiligten ein Gutachten eingeholt wurde, diesem anderen Beteiligten die Kosten des – die Einwendungen nicht bestätigenden – Gutachtens aufzuerlegen seien

(OLG München, ZErB 2012, 190; LG Frankenthal, ZEV 2005, 529; Zimmermann aaO, § 81 Rn. 9).

Die Entscheidungen betrafen jedoch offensichtlich Fälle, in denen ein Gutachten auf der Grundlage eines Vortrags eingeholt wurde, der sich letztlich als substanzlos erwies.

Dieser Vorwurf kann dem Beteiligten zu 3. nicht gemacht werden. Seine Behauptung einer Testierunfähigkeit der Erblasserin konnte immerhin an gewisse Anhaltspunkte anknüpfen. Im Gutachten der Krankenkasse aus dem Jahre 2005 wird die Erblasserin als zeitlich, räumlich und situativ teilweise auffällig desorientiert beschrieben (S. 2, Bl. 83 d. A.). Im späteren Gutachten der Krankenkasse aus dem Jahr 2009 wird eine zunehmende demenzielle Entwicklung bestätigt, die 2006 auch zur Aufnahme in die stationäre Einrichtung geführt habe (S. 2, Bl. 89 d. A.). Fest steht außerdem, dass die Erblasserin bei ihrem Umzug in das ...-Haus im Januar 2006 zunächst für über ein halbes Jahr in der Station für Demenzerkrankte untergebracht war. Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann dem Beteiligten zu 3. nicht der Vorwurf gemacht werden, seine Einwendung rein ins Blaue hinein erhoben zu haben. Das Vorbringen unwahrer Behauptungen oder die erkennbare Aussichtslosigkeit seiner Einwendung kann ihm deshalb nicht angelastet werden. Aus diesem Grunde erscheint es nicht gerechtfertigt, ihn voll mit den Sachverständigenkosten zu belasten.

Ein Anhaltspunkt für die Kostenverteilung in einem solchen Fall ist dem Regelbeispiel des § 81 Abs. 2 Nr. 3 FamFG zu entnehmen. Danach sollen die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise einem Beteiligten auferlegt werden, wenn er zu einer wesentlichen Tatsache schuldhaft unwahre Angaben gemacht hat. Verschulden meint in diesem Zusammenhang Vorsatz oder Fahrlässigkeit; ein „grobes“ Verschulden wie bei Abs. 2 Nr. 1 ist nicht Voraussetzung

(Zimmermann aaO, § 81 Rn. 62).

Ist ein Verschulden gegeben, ist abzuwägen, ob ihm die Kosten ganz oder teilweise aufzuerlegen sind. Naheliegenderweise wird dies maßgeblich nach dem Grad des Verschuldens zu bestimmen sein. Dem Beteiligten zu 3. ist indes allenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Es widerspräche dem von § 81 Abs. 2 Nr. 3 FamFG vorgesehenen abgestuften System, ihm die Kosten der Beweiserhebung in vollem Umfang aufzuerlegen.

(3) Die Gerichtskosten waren mithin zwischen den Beteiligten zu 1. und 3. zu je ½ aufzuteilen. Angemessen erscheint eine hälftige Kostenverteilung. Für unterschiedlich hohe Kostenanteile gibt es keinen Anlass. Insbesondere rechtfertigt der Umstand, dass der Beteiligte zu 1. „Nutznießer“ des Erbscheinsverfahrens ist, es nicht, ihm einen höheren Kostenanteil aufzugeben als dem Beteiligten zu 3. Er andererseits ist

im Verfahren unterlegen, was ebenfalls in die Billigkeitserwägung einzustellen ist.

Diese Kostenverteilung steht mit dem Recht der Beteiligten auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK im Einklang. Sie beruht nicht darauf, dass ein Beteiligter im Verfahren ohne Kostenrisiko blindlings Einreden erheben und so die Garantie angemessenen Rechtsschutzes anderer Beteiligter faktisch untergraben könnte. Die Kostenverteilung beruht vielmehr auf Billigkeitserwägungen, die durchaus auch darauf abstellen, in welchem Maß ein Beteiligter vorwerfbar Kosten verursacht hat.

3. Da die Beschwerde nur teilweise erfolgreich war, ist die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren ebenfalls auf der Grundlage des § 81 FamFG – nicht nach § 84 FamFG – zu treffen. Der Billigkeit entspricht auch insoweit eine hälftige Verteilung der Gerichtskosten nebst der Anordnung, dass außergerichtliche Kosten nicht erstattet werden. Dies entspricht dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens im Beschwerdeverfahren. Umstände, die daneben für die insoweit zu treffende Billigkeitsentscheidung von Belang wären, sind nicht ersichtlich.

Der Geschäftswert entspricht der Summe der Gerichtskosten, um die gestritten wird.

BerHG §§ 1 und § 2

- 1. Die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. ist eine andere Hilfemöglichkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG, deren Inanspruchnahme für einen Rechtsuchenden zumutbar sein kann.**
- 2. Dies gilt auch, wenn sich die Rechtsberatung auf die Überprüfung eines Leistungsbescheids nach dem SGB II („Hartz IV“) beziehen soll**

AG Kiel, Beschluss vom 18. Oktober 2012 – 7 II 4225/12 –, Fö.

Die Antragstellerseite begehrt Beratungshilfe. Als Angelegenheit ist im Antragsformular (Buchstabe A) benannt: „./ Jobcenter K.“

Das Amtsgericht hat durch den angefochtenen Beschluss die Bewilligung von Beratungshilfe ablehnt.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung.

Das Gericht hat mit Schreiben vom 24. 7. 2012 die Stadt K. Sachbereich Bürger- und Rechtsberatung um Amtshilfe gebeten und folgende Fragen zur Beantwortung vorgelegt.

1. Wird ein Rechtsuchender, der Ihnen einen Bewilligungsbescheid über Leistungen nach dem SGB II vorlegt und (allgemein) um Überprüfung bittet, darüber beraten, dass die Regelbedarfe verfassungswidrig sein könnten, wie es z.B. das Sozialgericht Berlin in einem Beschluss vom 25.4.2012 vertreten hat?
2. Wird ein Rechtsuchender darüber beraten, dass er wegen der (etwaigen) Verfassungswidrigkeit Widerspruch gegen den Bewilligungsbescheid einlegen könnte?

Auf eine Rückmeldung der Stadt K. hat das Gericht seine Anfrage mit folgenden Erläuterungen ergänzt:

„Das Gericht hat bei der Bewilligung von Beratungshilfe zu prüfen, ob einem Rechtsuchenden andere Möglichkeiten für eine Hilfe zur Verfügung stehen, deren Inanspruchnahme dem Rechtsuchenden zuzumuten ist (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BerHG).“

Als andere Möglichkeit kommen grundsätzlich die Bürgerberatung und die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. in Betracht.

Die konkrete Beratungshilfesache betrifft einen SGB-II-Bescheid. Die Fragen des Gerichts beschränken sich auf die Öffentliche Rechtsberatung.“

Die Stadt K. hat durch Schreiben vom 28.08.2012 geantwortet.

Aus den Gründen

Die Erinnerung hat keinen Erfolg.

1. Die Voraussetzungen für eine Bewilligung von Beratungshilfe sind für die Antragstellerseite nicht gegeben. Auf Antrag ist Beratungshilfe zu bewilligen, wenn folgende Voraussetzungen des § 1 und § 2 BerHG vorliegen:
 - Der Rechtsuchende kann die erforderlichen Mittel nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht aufbringen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BerHG, § 115 ZPO).
 - Dem Rechtsuchenden stehen nicht andere Möglichkeiten für eine Hilfe zur Verfügung, deren Inanspruchnahme dem Rechtsuchenden zuzumuten ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG).
 - Die Wahrnehmung der Rechte ist nicht mutwillig (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 BerHG).

- Die Beratungshilfe muss die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens oder im obligatorischen Güteverfahren nach § 15a EGZPO betreffen (§ 1 Abs. 1 BerHG).
- Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis muss vorliegen (vgl. Büttner/Wrobel-Sachs/Gottschalk/Dürbeck, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 6. Aufl., Rn. 960).
- Die Beratungshilfe muss in der Beratung und, soweit erforderlich, in der Vertretung bestehen (§ 2 Abs. 1 BerHG).
- Die Beratungshilfe muss sich auf eine Angelegenheit des Zivilrechts einschließlich der den Gerichten für Arbeitssachen zugewiesenen Angelegenheiten, des Verwaltungsrechts, des Verfassungsrechts, des Sozialrechts, des Strafrechts (nur Beratung), des Ordnungswidrigkeitenrechts (nur Beratung) oder des Steuerrechts beziehen (§ 2 Abs. 2 BerHG; BVerfG NJW 2009, 209).

Diese Voraussetzungen liegen bei dem Antrag der Antragstellerseite nicht vollständig vor. Denn der Antragstellerseite stand eine andere Möglichkeit für eine Hilfe zur Verfügung, deren Inanspruchnahme der Antragstellerseite auch zuzumuten war (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG). Die andere Hilfemöglichkeit muss

- kostenfrei oder jedenfalls nicht die Gebühr Nr. 2500 VV RVG (Euro 10,00) übersteigend
- erlaubt und geeignet
- für den Rechtsuchenden zumutbar

sein. Hierbei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Öffentliche Rechtsberatungsstellen können eine andere Möglichkeit der Hilfe sein, soweit ihr Angebot das Spektrum der benötigten Beratung und ggf. Vertretung abdeckt

(Schoreit/Groß, 11. Aufl., § 1 BerHG, Rn. 93).

Denkbar kann auch sein, auf die öffentliche Rechtsberatung zur Beratung zu verweisen und Beratungshilfe erst dann zu gewähren, soweit eine Vertretung erforderlich wird

(Schoreit/Groß, 11. Aufl., § 1 BerHG, Rn. 93).

Andere Möglichkeiten sind die in Schleswig-Holstein eingerichteten und betriebenen kommunalen öffentlichen Rechtsauskunfts- und Beratungsstellen, die es etwa in Kiel erstmals 1907 gab

(Schoreit/Groß, 11. Aufl., § 1 BerHG, Rn. 93).

Sie gewähren Rechtsauskünfte auf allen Rechtsgebieten gegen geringe Gebühren

(Schoreit/Groß, 11. Aufl., § 1 BerHG, Rn. 93),

die aber bei bedürftigen Rechtsuchenden erlassen werden.

Der Ast.in stand eine solche andere kostengünstigere, erlaubte und geeignete Hilfemöglichkeit zur Verfügung. Sie hätte sich nämlich durch die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. beraten lassen können. Die Inanspruchnahme der Beratung durch die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. war für die Ast.in auch zumutbar.

Die auf § 5 BerHG in Verbindung mit § 26 FamFG beruhenden, von Amts wegen durchgeführten Ermittlungen des entscheidungserheblichen Sachverhalts haben bestätigt, dass die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. eine andere geeignete Hilfemöglichkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG ist. Die Rechtsberatung durch die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. ist der Erstberatung durch einen Rechtsanwalt vergleichbar. So teilt das Bürger- und Ordnungsamt der Stadt K. dem Gericht mit Schreiben vom 28.8.2012 folgendes mit:

„... die öffentliche Rechtsberatung wird hier durch zugelassene Rechtsanwälte mit eigener Kanzlei durchgeführt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Qualität der Rechtsberatung mit einer Erstberatung in einer Kanzlei vergleichbar ist. Sollte eine Vertretung erforderlich sein oder der Umfang der Beratung den zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen übersteigen, werden die Ratsuchenden auch von den Anwälten an das Amtsgericht (Beratungs- und Prozesskostenhilfe) verwiesen.“

Auf dieser Grundlage steht fest, dass die Ast.in bei der Öffentlichen Rechtsberatung der Stadt K. eine sachlich umfassende erste (anwaltliche) Beratung hätte erhalten können. Die Öffentliche Rechtsberatung findet auch auf dem Gebiet des SGB

II statt. Es ist davon auszugehen, dass die Ast.in auch eine Beratung zu den Aussichten einer Verfassungswidrigkeit der Regelsätze für die Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten hätte. Die Beratung hätte auch die Erstellung eines Widerspruchsschreibens umfassen können. Zumindest für diese erste Beratung kann die Ast.in auf die Öffentliche Rechtsberatung verwiesen werden; sollte sich dabei herausstellen, dass die Beratung dort nicht angemessen zu bewältigen ist oder eine Vertretung erforderlich wird, wäre der Weg zu einer Bewilligung von Beratungshilfe für eine anwaltliche Beratung nicht verstellt

(vgl. BVerfG NJW 2012, 2722 zur Verweisung an eine Verbraucherzentrale).

Deshalb kann dahingestellt bleiben, zu welchem Ergebnis die Beratung geführt hätte und ob die Ast.in auf der Grundlage der Beratung in der Lage gewesen wäre, jedenfalls zunächst selbst den Widerspruch zu formulieren und eine Verfassungswidrigkeit der Regelsätze des SGB II geltend zu machen.

Die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. ist erlaubt. Dies beruht auf § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsdienstleistungen, die Behörden im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs erbringen, erlaubt. Die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. beruht zudem auf dem Runderlass des Innenministers des Landes Schleswig-Holstein vom 13.7.1974 über die „Grundsätze für die Errichtung von Rechtsauskunfts- und Beratungsstellen für Bürger mit niedrigerem Einkommen“

(Amtsblatt S.-H. 1974, S. 595).

Die Öffentliche Rechtsberatung bei der Stadt K. ist für die Ast.in gebührenfrei oder jedenfalls kostengünstiger als die an einen Beratungshilfe gewährenden Rechtsanwalt zu zahlende Beratungshilfengebühr in Höhe von Euro 10,00.

Die Stadt K. erhebt ausweislich ihrer öffentlich zugänglichen Internethomepage für die Beratung eine einkommensabhängige Verwaltungsgebühr zwischen Euro 5,00 und Euro 26,00. Empfänger von Sozialleistungen erhalten eine Gebührenbefreiung bei Beratungen im Arbeits-, Miet-, Erbrecht und in Pfändungssachen. Die Ast.in begehrte zwar eine Beratung auf dem hier nicht aufgeführten Rechtsgebiet der Sozialsachen über den erhaltenen SGB II-Bescheid. Die Öffentliche Rechtsberatung wäre für die Ast.in aufgrund ihres geringen Einkommens, soweit es sich bei der Hilfe zum Lebensunterhalt überhaupt um Einkommen handelt, gleichwohl gebührenfrei oder allenfalls mit einer Verwaltungsgebühr von Euro 5,00 verbunden.

Demgegenüber ist die Ast.in gegenüber einem Rechtsanwalt, der ihr Beratungshilfe gewährt, zur Zahlung der Beratungshilfengebühr Nr. 2500 VV RVG verpflichtet, soweit ihr nicht die Gebühr erlassen wird. Die Beratungshilfengebühr beträgt Euro 10,00 brutto.

Die Verweisung an die Öffentliche Rechtsberatung ist daher für die Ast.in nicht mit höheren Kosten verbunden, sondern für sie kostengünstiger als die Inanspruchnahme von Beratungshilfe durch einen Rechtsanwalt.

Die Inanspruchnahme der Öffentlichen Rechtsberatung ist für die Betroffene zumutbar. Eine Unzumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt, dass nach Bekanntgabe des Leistungsbescheides die einmonatige Frist zur Einlegung des Widerspruchs abzufließen drohte, besteht nicht. Denn es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass es aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen wäre, innerhalb der Widerspruchsfrist die Öffentliche Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen und sodann Widerspruch selbst einzulegen oder durch einen beauftragten anwaltlichen Bevollmächtigten einlegen zu lassen. Hinzu kommt, dass eine Begründung des Widerspruchs auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist hätte gegeben werden können, weil die Begründung des Widerspruchs binnen der Widerspruchsfrist keine Zulässigkeitsvoraussetzung eines Widerspruchs ist.

Die Ast.in hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich eine Unzumutbarkeit der Verweisung auf die Öffentliche Rechtsberatung der Stadt K. hätte ergeben können. Wenn aber die Ast.in an einer weitergehenden Tatsachenermittlung trotz der Sollverpflichtung aus § 5 BerHG in Verbindung mit § 27 Abs. 1 FamFG nicht mitgewirkt, muss das Gericht zur Sachverhaltsaufklärung nicht allen weiteren denkbaren Mög-

lichkeiten nachgehen. Die Ast.in muss dann hinnehmen, dass sich die Feststellungslast zu ihrem Nachteil auswirkt.
2. Eine Kostengrundsentscheidung ist nicht angezeigt. Die Entscheidung ergeht gerichtsbüchrenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.
Diese Entscheidung ist gemäß § 6 Abs. 2 BerHG („... nur Erinnerung ...“) nicht anfechtbar

(so auch: OLG Schleswig v. 5.1.2011 – 2 W 271/10; OLG Schleswig v. 18.1.2011 – 2 W 8/11; LG Kiel v. 16.12.2009 – 3 T 364/09; OLG Hamm NJOZ 2011, 649; OLG Celle NJOZ 2011, 410; OLG Brandenburg NJOZ 2011, 409; OLG Naumburg NJOZ 2011, 1097).

BerHG §§ 1, 9 S. 2

Wird ein Anspruch auf Ersatz von Rechtsverfolgungskosten geltend gemacht, der im Falle seines Vorliegens auf den Rechtsanwalt nach § 9 S. 2 BerHG übergegangen ist, ist Beratungshilfe für die Geltendmachung dieses Anspruchs nicht zu bewilligen.

AG Kiel, Beschluss vom 19. November 2012 – 7 II 4882/12 –, Fö.

Die Ast.in begehrt Beratungshilfe.

Durch Bescheid vom 14.12.2011 setzte die Bundesagentur für Arbeit gegen die Ast.in Mahngebühren in Höhe von Euro 2,55 fest. Hiergegen legte die Bevollmächtigte der Ast.in am 22.12.2011 Widerspruch ein.

Die Ast.in unterzeichnete am 22.12.2011 das Formular für einen Antrag auf Bewilligung von Beratungshilfe. Der Antrag ging am 16.5.2012 bei Gericht ein. Durch Beschluss des Gerichts vom 31.5.2012 wurde der Ast.in für die Vertretung im Widerspruchsverfahren Beratungshilfe bewilligt (Az.: 7 II 3821/12). Das Gericht zahlte an die Bevollmächtigte am 19.6.2012 eine Vergütung von EUR 99,96, darunter die Geschäftsgebühr nach Nr. 2503 VV RVG, aus.

Dem Widerspruch vom 22.12.2011 half die Bundesagentur für Arbeit durch Bescheid vom 3.4.2012 ab und hob den Bescheid vom 14.12.2011 auf. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts wurde durch die Bundesagentur für Arbeit nicht für notwendig erklärt. Hiergegen legte die Bevollmächtigte der Ast.in am 2.5.2012 Widerspruch ein.

Für die Vertretung im Widerspruchsverfahren begehrt die Ast.in nunmehr Beratungshilfe. Als Angelegenheit ist im Antragsformular (Buchstabe A) benannt: „908/11 B. J. ... Kostenbescheid vom 3.4.2012 – Widerspruch“. Die Ast.in unterzeichnete am 02.05.2012 das Formular für einen Antrag auf Bewilligung von Beratungshilfe. Der Antrag ging am 2.7.2012 bei Gericht ein.

Das Amtsgericht hat durch den angefochtenen Beschluss die Bewilligung von Beratungshilfe ablehnt.

Die dagegen gerichtete Erinnerung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen

1. Der Antrag bleibt ohne Erfolg.

Denn die Voraussetzungen für eine Bewilligung von Beratungshilfe liegen für die Ast.in nicht vollständig vor.

Auf Antrag ist einem Rechtsuchenden unter anderem nur dann Beratungshilfe zu bewilligen, wenn sich die Beratung oder Vertretung des Rechtssuchenden auf seine *eigenen subjektiven* Rechte bezieht

(so auch: Schoreit/Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 11. Aufl. (2012), § 1 BerHG, Rn. 15).

So liegt es hier aber nicht. Denn im Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Bewilligung von Beratungshilfe in diesem Bewilligungsverfahren (2.7.2012) wurde in dem Verfahren über den Widerspruch vom 2.5.2012 gegen Ablehnung der Bundesagentur für Arbeit, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären, kein eigenes Recht der Ast.in mehr geltend gemacht, sondern ein Recht der Bevollmächtigten der Ast.in. Dies beruht auf § 9 S. 2 BerHG. Nach dieser Vorschrift geht ein Anspruch des Rechtsuchenden gegen seinen Gegner auf Ersatz der Rechtsverfolgungskosten in Höhe der gesetzlichen Rechtsanwaltsgebühren auf den Rechtsanwalt über. Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruchsübergang, bei dem der Rechtsuchende sein Recht verliert und der Rechtsanwalt dieses Recht erwirbt. Der Rechtsanwalt tritt damit an die Stelle des Rechtsuchenden als Gläubiger des Ersatzanspruchs. Der Anspruch auf Ersatz von Rechtsverfolgungskosten geht nur über, soweit der Anspruch überhaupt besteht

(vgl. BT-Drucks 8/3311, S. 15 zu § 12 BerHG-RegE).

Steht dem Rechtsuchenden kein Erstattungsanspruch gegen den Gegner zu, kann auch kein Anspruch übergehen. Das den Anspruchsübergang auslösende Ereignis ist in § 9 BerHG

nicht ausdrücklich geregelt. Die Anhängigkeit eines Antrags auf Bewilligung von Beratungshilfe genügt indes nicht. Auch die Gesetzesbegründung

(vgl. BT-Drucks 8/3311, S. 15 zu § 12 BerHG-RegE)

geht ersichtlich davon aus, dass der Ersatzanspruch nicht vor der Bewilligung von Beratungshilfe übergeht. Das zum Anspruchsübergang führende Ereignis besteht damit entweder in der Bewilligung von Beratungshilfe oder in der Auszahlung der Beratungshilfevergütung.

Der Anspruch der Ast.in auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten gegen die Bundesagentur für Arbeit für die Vertretung im Verfahren über ihren Widerspruch vom 22.12.2011 gegen den Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 14.12.2011 ist, vorausgesetzt ein solcher Anspruch besteht, auf ihre Bevollmächtigte übergegangen. Der Ast.in wurde zum einen für die Vertretung in diesem Widerspruchsverfahren Beratungshilfe in dem vorherigen Bewilligungsverfahren (Az.: 7 II 3821/12) bewilligt. Zum anderen wurde der Bevollmächtigten die Beratungshilfevergütung zu jenem Verfahren (Az.: 7 II 3821/12) ausgezahlt. Es kann deshalb offenbleiben, welches dieser beiden Ereignisse den Anspruchsübergang bewirkte. Mit dem Anspruchsübergang verlor die Ast.in den Ersatzanspruch, den die Bevollmächtigte der Ast.in zeitgleich erwarb.

Indes macht die Ast.in geltend, dass § 9 S. 2 BerHG den Fall betreffe, dass der Gegner verpflichtet sein, die Kosten des Hilfesuchenden zu erstatten, ein solcher Fall aber nicht vorliege und die Bundesagentur für Arbeit eine Kostenerstattung bestandskräftig abgelehnt habe. Zutreffend ist, dass ein Anspruch auf Erstattung der gesetzlichen Rechtsanwaltsvergütung nur übergeht, soweit dieser Anspruch besteht

(vgl. auch BT-Drucks. 8/3311, S. 15 zu § 12 BerHG-RegE).

Ob ein Recht objektiv besteht, ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt darauf an, ob sich die Beratung oder Vertretung auf eigene Rechte *bezieht*. Denn nach § 1 Abs. 1 BerHG muss Beratungshilfe die Wahrnehmung von Rechten betreffen.

Indes bezog sich die anwaltliche Tätigkeit im Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Bewilligung von Beratungshilfe (2.7.2012) nicht auf ein eigenes Recht der Ast.in, sondern auf ein fremdes, der Bevollmächtigten gehörendes Recht. Denn hätte ein Ersatzanspruch bestanden - darauf war ja die anwaltliche Tätigkeit ausgerichtet -, dann hätte dieser Ersatzanspruch nur der Bevollmächtigten nach § 9 S. 2 BerHG zugestanden, nicht aber der Ast.in.

Der Ablehnung der Bewilligung von Beratungshilfe steht nicht entgegen, dass die Ast.in bei Beginn der anwaltlichen Tätigkeit über den Widerspruch vom 2.5.2012 gegen die Ablehnung, die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für notwendig zu erklären, noch Inhaberin des geltend gemachten Ersatzanspruchs war. In diesem Zeitpunkt war der Ast.in für die Vertretung über den Widerspruch vom 22.12.2011 gegen den Bescheid vom 14.12.2011 in dem vorherigen Bewilligungsverfahren (Az.: 7 II 3821/12) weder Beratungshilfe bewilligt, noch der Bevollmächtigten die Beratungshilfevergütung ausgezahlt worden. *Entscheidungserheblicher Zeitpunkt* für die Beurteilung, ob ein Antragsteller ein eigenes oder ein fremdes Recht geltend macht, ist im Grundsatz frühestens der Zeitpunkt, in dem der Antrag bei Gericht eingereicht wird. Wird indes ein Rechtsanwalt direkt aufgesucht und der Antrag auf Bewilligung von Beratungshilfe nachträglich gestellt (vgl. §§ 4 Abs. 2 S. 4, 7 BerHG), wird vertreten, dass für die Beratungshilfevoraussetzung, dass der Rechtsuchende die erforderlichen Mittel nicht selbst aufbringen kann (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BerHG), auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt des Beginns der gewährten anwaltlichen Beratung abzustellen sei

(vgl. Schoreit/Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 11. Aufl. (2012), § 1 BerHG, Rn. 49).

Diese Auffassung ist auf die Beratungshilfevoraussetzung, dass der Ast. ein eigenes Recht geltend macht, jedenfalls dann nicht übertragbar, wenn bereits bei Einleitung des Beratungshilfeverfahrens der Anspruchsübergang nach § 9 S. 2 BerHG eingetreten ist. Ein anderes erfordert auch das aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitende Recht auf Rechtswahrnehmungsgleichheit

nicht.

2. Eine Kostengrundsentscheidung ist nicht angezeigt. Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Diese Entscheidung ist gemäß § 6 Abs. 2 BerHG („... nur Erinerung ...“) nicht anfechtbar

(so auch: OLG Schleswig v. 5.1.2011 – 2 W 271/10; OLG Schleswig v. 18.1.2011 – 2 W 8/11; LG Kiel v. 16.12.2009 – 3 T 364/09; OLG Hamm NJOZ 2011, 649; OLG Celle NJOZ 2011, 410; OLG Brandenburg NJOZ 2011, 409; OLG Naumburg NJOZ 2011, 1097).

Familienrecht

BGB § 1603 II

- 1. Eine bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhaltene Abfindung ist grundsätzlich vorrangig zur Sicherstellung des Mindestunterhaltes der minderjährigen Kinder zu verwenden.**
- 2. Dies gilt auch, wenn der Unterhaltsschuldner ansonsten seiner Erwerbsobliegenheit nachkommt und trotzdem aufgrund des geringen Verdienstes der Mindestunterhalt der minderjährigen Kinder nicht gesichert ist.**
- 3. Mit dem erhaltenen Abfindungsbetrag ist schonend umzugehen. Insbesondere darf er nicht vollständig zur Tilgung sonstiger Verbindlichkeiten oder zur Finanzierung allgemeiner Lebenshaltungskosten verwendet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Unterhaltsschuldner wegen des Bezugs von Lohnersatzleistungen (Arbeitslosengeld, Krankengeld) damit rechnen musste in Kürze nicht mehr ausreichend leistungsfähig zu sein.**
- 4. Soweit der Mindestunterhalt der minderjährigen Kinder nicht sichergestellt ist, sind im Regelfall bei der Ermittlung des Wohnwertes die Tilgungsanteile der Finanzierungslasten nicht abzugsfähig.**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 13. April 2012 – 10 UF 324/11 –, Sp.

Der Ast. verlangt die Feststellung, dass er seit Oktober 2011 nicht mehr zur Zahlung von Kindesunterhalt für seine 2002 bzw. 2000 geborenen Töchter verpflichtet ist. Sie stammen aus der von 1999 bis 2009 andauernden Ehe mit ihrer gesetzlichen Vertreterin. Im Rahmen der seinerzeitigen Ehesache erging auf Antrag der Kindesmutter eine einstweilige Anordnung, in der der Ast. verpflichtet wurde, Unterhalt an die Ag.innen in Höhe von 100 % des jeweiligen Mindestunterhalts zu bezahlen.

Der Ast. und die Kindesmutter waren Miteigentümer der Immobilie, die verkauft worden ist. Aus dem Verkauf blieben Restschulden in Höhe von 14000,00 €, die der Ag. ab Februar 2012 mit monatlich 100,00 € bedient. Zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung war der Ast. als Filialleiter beschäftigt und hatte aus dieser Tätigkeit ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 1961,00 €. Zum 30. April 2008 verlor er diese Tätigkeit. Er erhielt von seinem ehemaligen Arbeitgeber eine Abfindung in Höhe von 20000,00 € brutto.

Nachfolgend erhielt er in der Zeit vom 1. Mai 2009 bis zum 15. Oktober 2009 Krankengeld, in der Zeit vom 6. Januar 2009 bis zum 16. Januar 2010 Übergangsgeld, in der Zeit vom 17. Januar 2010 bis zum 15. Januar 2011 Arbeitslosengeld I und ab 17. Januar 2011 bis zum 31. Juli 2011 Arbeitslosengeld II. Seit dem 1. November 2011 arbeitet der Ag. als Tankschutzmonteur für eine Firma in Hamburg.

Das Familiengericht hat den Feststellungsantrag des Ast. zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich der Ast. mit seiner – erfolglosen – Beschwerde.

Aus den Gründen

Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde des Ast. hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Zu Recht geht das Familiengericht davon aus, dass der Ast. auch ab 1. Oktober 2011 zur Zahlung des Mindestunterhalts für die Ag.innen in der Lage ist. Denn der Ast. hat unter Berücksichtigung der in gemäß § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB treffenden gesteigerten Unterhaltsverpflichtung nicht ausreichend dargelegt, dass er für die Zahlung des Mindestunterhalts nicht ausreichend leistungsfähig ist. Der Ast. als Unterhaltsschuldner trägt hier die volle Darlegungs- und Beweislast für seine fehlende Leistungsfähigkeit

(Palandt/Brudermüller, BGB, 71. Auflage 2012, § 1603 Rn. 47).

2. Trotz der Ausführungen des Ast. im Schriftsatz vom 8. März 2012 hält der Senat daran fest, dass die erhaltene Abfindung so zu verteilen ist, dass der Ast. als Unterhaltsschuldner möglichst lange in der Lage ist, den gesetzlichen Mindestunterhalt für die gemeinsamen Kinder zu zahlen

(vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 71. Auflage 2012, § 1603 Rn. 45; Büttner/Niepmann/Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Auflage 2010, Rn. 879).

Auf Grund der gesteigerten Unterhaltsverpflichtung des Ast. und der fehlenden Sicherstellung des Existenzminimums der Ag.innen kommt es insoweit auch nicht darauf an, ob der Ast. im Übrigen seiner Erwerbsobliegenheit ab dem 1. Oktober 2011 nachkommt. Denn selbst in dieser Konstellation stellt die Abfindung sonstiges Vermögen dar, welches grundsätzlich zur Sicherung des Mindestunterhalts der Ag.innen einzusetzen ist

(vgl. OLG Dresden, FamRZ 2000, S. 1433; OLG Hamm, FamRZ 1997, S. 1169; OLG Brandenburg, FamRZ 1995, S. 1220).

3. Soweit der Ast. einwendet, dass er unterhaltsrechtlich berechtigt gewesen sei, seine Abfindung zu verbrauchen, da in den Jahren 2009, 2010 und 2011 seine Einkünfte ausgereicht hätten, um den Mindestunterhalt zu sichern, folgt der Senat dieser Auffassung nicht.

Im Rahmen der gesteigerten Unterhaltsverpflichtung ist der Senat der Auffassung, dass die erhaltene Abfindung vorrangig zur Sicherstellung des Existenzminimums der Ag.innen verwendet werden muss und sonstige Verbindlichkeiten dahinter vom Grundsatz her zurückstehen müssen

(so auch AG Flensburg, FamRZ 2010, S. 128 f. bestätigt durch den Beschluss OLG Schleswig, vom 12.2.2010, Az. 10 UF 175/09).

Darüber hinaus ist der Senat der Auffassung, dass selbst, wenn man den erhaltenen Abfindungsbetrag als sonstiges Vermögen ansehen sollte, ein Unterhaltspflichtiger zur gebotenen Sicherung des Mindestunterhalts seiner Kinder verpflichtet ist, mit dem Vermögensbetrag äußerst schonend umzugehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Unterhaltsverpflichtete zum Zeitpunkt des Zuflusses des Vermögens unter Umständen damit rechnen musste, leistungsunfähig zu werden

(vgl. OLG Köln, FamRZ 2006, S. 809; OLG Brandenburg, FamFR 2011, S. 223).

Im vorliegenden Fall hat der Ast. nach dem Ausscheiden aus seinem ursprünglichen Arbeitsverhältnis am 30. April 2008 nur Lohnersatzleistungen wie Krankengeld, Übergangsgeld, Arbeitslosengeld I und Arbeitslosengeld II bezogen. Hierbei handelt es sich durchgehend um Sozialleistungen, die nur für einen begrenzten Zeitraum gezahlt werden.

Aufgrund dieser Umstände musste er damit rechnen, dass jedenfalls in absehbarer Zeit er nach dem Auslaufen dieser Leistungen unterhaltsrechtlich nicht mehr ausreichend leistungsfähig ist. Deshalb war er gehalten, schonend mit der erhaltenen Abfindung umzugehen und jedenfalls einen nennenswerten Geldbetrag zurückzuhalten.

4. Unter Berücksichtigung des längeren Zeitraums hält der Senat den Ast. jedenfalls für verpflichtet, den nach eigenem Vortrag verbliebenen Abfindungsbetrag in Höhe von 8500,00 €, mithin ca. die Hälfte des erhaltenen Abfindungsbetrages, zur Sicherstellung des Mindestunterhaltes der Kinder zurückzulegen. Etwaige andere Ausgaben müssen insoweit zurücktreten.

Rechtsfehlerhaft geht der Ast. davon aus, dass der Selbstbehalt nicht auf 770,00 € hätte abgesenkt werden können. Im Zeitraum bis zum 31. Juli 2011 hat er lediglich Einkommen aus Nichterwerbstätigkeit bezogen, so dass die Absenkung insoweit gerechtfertigt ist

(vgl. BGH NJW 2007, S. 2249; AG Flensburg, FamRZ 2010, S. 128 f.).

Soweit der Ast. meint, dass auch für diesen Zeitraum die Abfindung umgelegt würde, ist dies nicht zutreffend. Schon das vorhandene Einkommen reicht aus, um den Mindestunterhalt der Kinder für diesen Zeitraum zu decken.

Für den Zeitraum ab Oktober 2011 wird zutreffend der notwendige Selbstbehalt für Erwerbstätige, mithin 950,00 € berücksichtigt. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch bei Umlegung eines Abfindungsbetrages jedenfalls dann, wenn zusätzlich nur Einkünfte aus Nichterwerbstätigkeit vorhanden sind, der abgesenkte Selbstbehalt zu verwenden ist

(BGH, NJW 2007, S. 2249).

Somit musste aufgrund der insoweit zutreffenden Berechnung des Familiengerichts jedenfalls bis einschließlich Juli 2011 der Abfindungsbetrag in Höhe von 8500,00 € nicht angegriffen werden, da insoweit schon das tatsächlich bezogene Einkommen zur Deckung des Mindestunterhalts ausreichte. Für die Monate August und September 2011 konnte der Senat einen teilweisen Verbrauch der Abfindung unterhaltsrechtlich nicht anerkennen, da der insoweit beweis- und darlegungsbelastete Ast. nicht vorgetragen hat, welche Einkünfte er in diesem Zeitraum bezogen hat und ob er ggf. Unterhalt gezahlt hat.

5. Soweit der Ast. der Auffassung ist, dass einkommensreduzierend Finanzierungslasten des gemeinsamen Hauses berücksichtigt werden müssen, fehlt es insoweit am substantiierten Vortrag.

Da der Ast. sich hier auf Leistungsunfähigkeit beruft, trifft ihn insoweit für alle die Leistungsfähigkeit bestimmenden Umstände die volle Darlegungs- und Beweislast. Wenn er behaupten will, dass der Wohnwert des von ihm in diesem Zeitraum bewohnten Hauses so niedrig sei, dass die Finanzierungslasten den Wohnwert übersteigen, hätte es substantiierten Vortrag zu den wertbildenden Merkmalen dieses Hauses bedurft. Ein solcher fehlt.

Darüber hinaus erscheint dem Senat, die Annahme des Familiengerichts, dass jedenfalls ein Wohnwert in der Höhe der Finanzierungslasten zu berücksichtigen sei, nicht fernliegend. Weiterhin dürften bei der fehlenden Sicherstellung des Mindestunterhalts für die minderjährigen Kinder die Tilgungsanteile der Finanzierungslasten eines Hauses ohnehin außer Ansatz bleiben

(OLG Brandenburg, ZFE 2011, S. 269 f.; Büttner/Niepmann/Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl. 2010, Rn. 867).

Ab Januar 2012 spielt die Frage des Wohnwertes aufgrund des Verkaufs des Hauses ohnehin keine Rolle mehr.

6. Ab Oktober 2011 ist somit der anzusetzende Abfindungsbetrag i. H. v. 8500,00 € so zu verteilen, dass der Mindestunterhalt der Ag.innen möglichst lange gesichert ist.

Daraus folgt nachfolgende Berechnung:

Oktober 2011

Nach eigenem Vortrag hat der Ast. im Monat Oktober ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit i. H. v. 1.108,89 € erzielt. Unter Berücksichtigung einer einfachen Entfernung zur Arbeitsstelle von 74 km und des Umstandes, dass er seine Arbeit am 9. Oktober 2011 aufgenommen hat, erscheint dem Senat der Ansatz von 2/3 der Fahrtkosten eines Monats für angemessen. Diese entsprechen $435,00 € ((30 \text{ km} * 2 * 220 \text{ Tage} * 0,30 € + 44 \text{ km} * 2 * 220 \text{ Tage} * 0,20 €) / 12 = 653 € * 2/3)$.

Um den Mindestunterhalt der gemeinsamen Kinder im Monat Oktober 2011 zu zahlen, muss von dem Abfindungsbetrag in Höhe von 8500,00 € ein Betrag von 820,00 € verwendet werden. Unter Zurechnung dieses Abfindungsbetrages verbleibt dann ein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen von 1494,00 €. Abzüglich des jeweiligen Mindestunterhalts für die Kinder Julia und Ina i. H. v. jeweils 272,00 € ist dann der notwendige Selbstbehalt des Ast. i. H. v. 950,00 € gewährt.

November – Dezember 2011

Unter Berücksichtigung eines Bruttoeinkommens von 2300,00 € und der Lohnsteuerklasse 1 und 1,0 Kinderfreibeträgen ergibt sich ein Nettoeinkommen des Ast. i. H. v. 1524,22 €. Abzuziehen sind an berufsbedingten Aufwendungen Fahrtkosten i. H. v. 653,00 €. Um den zur Zahlung des Mindestunterhaltes notwendigen Einkommensbetrag i. H. v. 1494,00 € zu erreichen ist es notwendig das Einkommen des Ast. durch einen Betrag von der Abfindung i. H. v. 623,00 € aufzustocken, so-

dass dann jeweils der Mindestunterhalt für die Ag.innen i. H. v. jeweils 272,00 € gezahlt werden kann.

Unterhalt ab Januar 2012

Unter Berücksichtigung der geänderten Steuertabellen und der verminderten Sozialversicherungsbeiträge ergibt sich bei einem Bruttoeinkommen i. H. v. 2300,00 € ab Januar 2012 ein Nettoeinkommen von 1531,86 €.

Aufgrund des Verkaufs des gemeinsamen Hauses war der Ast. gehalten, möglichst in die Nähe seiner Arbeitsstelle zu ziehen. Umstände, aus denen sich ergibt, dass zwingend weiterhin erhebliche Fahrtkosten anfallen, sind für den Senat nicht ersichtlich. Etwaige Fahrtkosten i. H. v. 100,00 € erscheinen angemessen.

Somit bedarf es lediglich eines Betrages in Höhe von 62,00 € aus der Abfindungssumme, um das Einkommen des Ast. insoweit aufzufüllen, so dass er in der Lage ist, den Mindestunterhalt in Höhe von monatlich jeweils 272,00 € für die Ag.innen zu zahlen.

Unterhalt ab Februar 2012:

Aufgrund des Umstandes, dass der Ast. ab Februar 2012 die Hausschulden mit monatlichen Raten in Höhe von 100,00 € abzahlt, erhöht sich der aus der Abfindung monatlich zu entnehmende Betrag auf 162,00 €....

BGB § 1618 Satz 4

1. Die Einwilligung eines Elternteils in die Einbenennung des Kindes ist gemäß § 1618 Satz 4 BGB durch das Familiengericht zu ersetzen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

2. Leidet das Kind aufgrund des sog. Asperger-Syndroms auch hinsichtlich seines bisherigen Familiennamens unter mangelnder Orientierung in seinem tatsächlich erlebten Familienverbund, ist die Einbenennung für das Kindeswohl unabdingbar notwendig.

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschl. v. 30. Mai 2012 – 10 UF 276/11–, Le.

Aus der Beziehung der verfahrensbeteiligten Eltern ist der am 22. Mai 2004 geborene Sohn X hervorgegangen. Die Kindesmutter stammt aus Flensburg, der Kindesvater aus Marokko. Die Kindeseltern trennten sich kurz nach der Geburt von X. Seitdem lebt X bei der Kindesmutter.

Die Kindesmutter hat geheiratet, die Eheleute haben den Geburtsnamen der Kindesmutter, Y, als Ehenamen gewählt. Seitdem hat die Kindesmutter zwei weitere Kinder bekommen, am 1. September 2008 Z und am 22. September 2010 B.

Die Kindesmutter begehrt die Einbenennung des derzeit sieben Jahre alten gemeinsamen Kindes X. Er soll zukünftig nicht mehr den Namen seines Vaters – des Ag. – „A“, sondern stattdessen den Geburts- und Ehenamen seiner Mutter „Y“ tragen.

X und der Kindesvater haben seit längerer Zeit keinen persönlichen Kontakt mehr. In dem parallel geführten Umgangsverfahren einigten sich die Kindeseltern darauf, dass der Umgang für weitere zwei Jahre ausgesetzt wird.

Nachdem der Kindesvater die verlangte Zustimmung zur Einbenennung zunächst nicht erteilte und später ausdrücklich verweigerte, beantragte die Kindesmutter im Verfahren vor dem Familiengericht, seine Zustimmung zu ersetzen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, X sei mit der Einbenennung einverstanden. X leide unter nicht unerheblichen psychischen Auffälligkeiten und Störungen, unter anderem einer Wahrnehmungsstörung, einer Sprachentwicklungsstörung sowie einem Verdacht einer emotionalen Störung mit Ängsten und Zwängen. Es bestünden Auffälligkeiten im Hinblick auf eine autistische Störung; die weitere Entwicklung müsse allerdings bis zu einer gesicherten Diagnose abgewartet werden. X sei in die Familie gut integriert, weshalb eine Umbenennung angezeigt sei. Es komme fortwährend zu Schwierigkeiten wegen der abweichenden Namensgebung zur Kindesmutter. X selbst gehe davon aus, dass er X...Y heiße.

Der Kindesvater hält die Einbenennung nicht für erforderlich.

Das Amtsgericht hat nach Anhörung der Kindeseltern sowie Vorliegen einer die Einbenennung befürwortenden Stellungnahme des zuständigen Jugendamtes sowie nach Einholen eines Gutachtens der approbierten Kinder- und Jugendpsychotherapeutin S, demzufolge die Einbenennung für das Wohl des Kindes erforderlich ist, antragsgemäß die Zustimmung des Kindesvaters ersetzt.

Die dagegen gerichtete Beschwerde des Kindesvaters blieb erfolglos.

Aus den Gründen

Die Beschwerde ist unbegründet.

Das Familiengericht hat im Ergebnis zutreffend die Einwilligung des Kindesvaters zur Erteilung des Familiennamens „Y“ statt des Familiennamens „A“ für das Kind X ersetzt.

Die hohen Anforderungen an die Ersetzung der Zustimmung zur Einbenennung nach § 1618 Abs. 1 Satz 4 BGB sind erfüllt. Nach dieser Vorschrift kann das Familiengericht die Einwilligung des anderen Elternteils in die Einbenennung ersetzen, wenn die Erteilung des Namens zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Die Neufassung des § 1618 BGB durch Artikel 1 Nr. 7 Kindschaftsreformgesetz, mit der die bisherige Formulierung „dem Kindeswohl dienlich“ durch „für das Kindeswohl erforderlich“ ersetzt wurde, hat die Voraussetzungen für die Einbenennung gegen den Willen des anderen Elternteils verschärft, was ausdrücklich dem Zweck dient, die durch die Namensgleichheit aufrecht erhaltene Bindung des Kindes an den betreffenden Elternteil zu unterstreichen

(BT-Drucksache 13/8511, S. 73, 74).

Gemäß ständiger Rechtsprechung ist im Zuge dieser Gesetzesänderung nach umfassender Interessenabwägung eine Ersetzung der Zustimmung nur noch in Ausnahmefällen vorzunehmen

(Palandt, 71. Auflage, § 1618 Rn. 17; BGH NJW 2002, 300; OLG München NJW-RR 2000, 667).

Bloße Gründe der Zweckmäßigkeit oder Förderlichkeit für das Kindeswohl reichen nicht aus

(BGH NJW 2002, 300, 301).

Die Einbenennung muss vielmehr für das Kindeswohl unabdingbar notwendig, also unerlässlich sein, um konkret drohende Schäden vom Kindeswohl abzuwenden

(BGH FamRZ 2005, 889; FamRZ 2002, 1330, 1331).

Dabei müssen die für die Ersetzung sprechenden Gründe im Rahmen einer Gesamtbewertung aller Umstände so schwerwiegend sein, dass sich ihnen ein verständiger, um das Wohl seines Kindes besorgter, Elternteil nicht entziehen kann

(OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 692; OLG Schleswig, Beschluss vom 23. Juni 2006, 15 UF 31/06, zitiert nach Juris, Rn. 18).

Auch bei Anwendung dieser strengen Kriterien ist die Namensänderung aus den von der Kindesmutter angeführten, vom Amtsgericht zugrunde gelegten und durch das eingeholte Sachverständigengutachten bestätigten gesundheitlichen Gründen für das Wohl des Kindes unerlässlich. Zum Schutz des überwiegenden Rechtsguts der psychischen Gesundheit des betroffenen Kindes muss ausnahmsweise das grundsätzlich beachtliche Interesse des Kindesvaters an der Aufrechterhaltung des gemeinsamen Nachnamens zurücktreten. Bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung hat der Senat berücksichtigt, dass die Interessen des Kindes gegenüber den Interessen des Kindesvaters grundsätzlich als gleichwertig zu erachten sind.

Nach Überzeugung des Senats würde die Beibehaltung des Nachnamens „A“ X stark belasten und seine weitere Entwicklung gefährden. Andererseits dürfte die Einbenennung und der zukünftige Wegfall von alltäglichen Komplikationen eine spürbare Entlastung für X bedeuten.

Dem Umstand, dass derzeit zwischen dem Kindesvater und X keine Kontakte bestehen und auch in absehbarer Zeit nicht bestehen werden und insgesamt keine enge Bindung zwischen Kindesvater und Sohn besteht, kommt demgegenüber

bei der Gesamtbewertung zugunsten der Einbenennung keine tragende Bedeutung zu.

Ausschlaggebend ist vielmehr die schriftlich und mündlich seitens der Sachverständigen überzeugend dargelegte psychische Erkrankung von X und die damit einhergehende Belastungssituation bei Beibehaltung des bisherigen Namens und die bei X bestehende Notwendigkeit eines stabilisierenden und Orientierung gebenden äußeren Rahmens.

Insoweit ist die Einbenennung für X mit einem besonderen Nutzen verbunden. Die Sachverständige hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung überzeugend ausgeführt, dass X unter dem Asperger-Syndrom leide. Eine abschließende und umfassende Diagnose stehe noch aus. Ebenso sei offen, ob X am besten mit einer ambulanten oder einer stationären Therapie geholfen werden kann. Die Sachverständige hat überzeugend ausgeführt, dass die derzeitige wie die zukünftige Alltagsbewältigung aufgrund der vielen unterstützenden Maßnahmen therapeutischer und medizinischer Art für X mit einer sehr großen Belastung verbunden sei. Eine tiefergehende Differenzialdiagnostik stehe noch aus. Bei der Asperger-Krankheit, zumal in dem jungen Alter Xs, handle es sich um eine gravierende Diagnose. Auf Unregelmäßigkeiten des Alltages reagiere X mit Störungen, Irritationen und auch Rückschritten in seiner Entwicklung. Die erzwungene Beibehaltung des Namens „A“ würde X in seiner Entwicklung schwer beeinträchtigen und ihm weiteren Schaden zufügen.

Die Zugehörigkeit zur neuen Familie der Kindesmutter und seinen Geschwistern definiere X ganz entscheidend auch über den gemeinsamen Nachnamen Y. Komplikationen und Stressfaktoren im Alltag zum Beispiel bei Arztbesuchen oder bei Grenzkontrollen habe es in der Vergangenheit gegeben und werde es weiter geben, falls auf eine Einbenennung verzichtet werde. Demgegenüber biete die Einbenennung Orientierung und Stabilität, da der gemeinsame Familienname auch Struktur vermittele. Demgegenüber habe X zu seinem jetzigen Nachnamen „A“ weder eine kognitive noch eine emotionale Verbindung. Dies komme insbesondere in der Selbstbenennung Xs mit dem Namen Y zum Ausdruck.

Diesen überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen schließt sich der Senat an. Sie machen deutlich, dass die beantragte Einbenennung für das Kindeswohl Xs unabdingbar notwendig ist.

Auch der Verfahrensbeistand und das zuständige Jugendamt haben sich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für die Einbenennung Xs ausgesprochen.

X hat sowohl gegenüber der Sachverständigen als auch im Rahmen seiner persönlichen Anhörung deutlich gemacht, dass er den Namen Y als seinen Nachnamen ansieht. Dies ist nach Überzeugung des Senats so zu interpretieren, dass die gemäß § 1618 Satz 3 BGB nach Vollendung des 5. Lebensjahres erforderliche Einwilligung des Kindes vorliegt. Sie wird unter anderen auch daran deutlich, dass X den Namen Y sowohl mündlich wie schriftlich in der Schule und gegenüber Dritten verwendet und auf die Bezeichnung mit diesem Namen besteht....

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamm 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 8 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Friedhelm Röttger, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51 €, für Teil B 28 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1302, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

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

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Rezensionen

Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts

Kotz, Peter/Rahlf, Joachim (Hrsg.)

Erschienen im Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

1. Auflage 2013, 1676 Seiten, gebunden, € 128
ISBN 978-3-452-27136-5

Hier gilt es nicht den ersten Abriss des Betäubungsmittelstrafrechts anzuzeigen, wohl aber einen gewichtigen. Auf 1644 Seiten geben 30 in Fachkreisen bekannte Autoren einen breiten Überblick über die Facetten der – wie es im Titel auch heißt – „Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts“:

Die Herausgeber Peter Kotz und Joachim Rahlf sind bereits einschlägig ausgewiesen durch ihre periodischen Entscheidungsübersichten zum Betäubungsmittelstrafrecht in der NSTZ-RR. Diesem forensischen Interesse entsprechend erschöpft sich die thematische Orientierung des neuen Handbuchs auch nicht in einer Fokussierung auf das materielle Betäubungsmittelstrafrecht. Neben einem aus der Hand erfahrener Toxikologen, Chemiker und Rechtsmediziner stammenden lesenswerten Kapitel über Betäubungsmittel, ihre Wirkungen, Nachweismethoden und neue Trends – einschließlich eines Glossars über die „Szenesprache“ – reicht das Spektrum weit hinein in das Verfahrensrecht, Sanktionenrecht und Vollstreckungsrecht. Nahezu jede verfahrensrechtliche bedeutsame Konstellation wird auf ihre Relevanz für das Betäubungsmittelstrafverfahren abgeklopft. Damit entsteht letztlich ein Kompendium aktueller Fragen von Strafverfahren und Strafvollstreckung, aufgezeigt an typischen Konstellationen bei Betäubungsmittelstraftaten. Da bei diesen insbesondere die Strukturen des illegalen Handels nur mit gehörigem Ermittlungsaufwand aufgeklärt werden können, sind die Ausführungen zur Telekommunikationsüberwachung, zum Einsatz verdeckter Ermittler und zur Aufklärungshilfe durch den Beschuldigten angemessen umfangreich.

Hierbei wird gerne – aber nicht nur – die Verteidigerperspektive eingenommen, was für Verteidiger, Staatsanwälte und Richter gleichermaßen informativ ist. Dies gilt auch für die häufig eingestreuten „Praxistipps“, Beispiele und Checklisten,

etwa zur Verteidigung gegen Untersuchungshaft oder betreffend potentieller Verfahrensrügen im Revisionsverfahren. Dem forensisch-multidisziplinären Ansatz entsprechend schließen sich Beiträge zum Sanktionenrecht einschließlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB ebenso an wie Ausführungen zu vollstreckungsrechtlichen Spezifika des Betäubungsmittelstrafrechts, etwa zur Zurückstellung der Strafvollstreckung zu Gunsten einer Therapie gemäß §§ 35 ff. BtMG, dem Absehen von der Strafvollstreckung bei ausländischen Straftätern gemäß § 465 a StPO oder zu den Problemen von Betäubungsmittelstraftätern im Regelvollzug. Dem Anteil Jugendlicher an den Betäubungsmittelstraftätern entsprechend findet sich auch ein Kapitel über das Jugendstrafrecht in Betäubungsmittelstrafverfahren. Beiträge zum internationalen Recht und zur Rolle von Betäubungsmitteln in anderen Rechtsgebieten (etwa Arbeitsrecht, Berufsrecht, Familienrecht, Schulrecht, Sozialrecht, Gewerberecht, Polizeirecht und Straßenverkehrsrecht) runden das Spektrum ab und zeigen vor allem wichtige Querverbindungen auf.

Natürlich können bei der Vielzahl von Themen und Autoren unterschiedliche Akzentuierungen nicht ganz vermieden werden. Dies ist aber ebenso interessant, wie letztlich der Interessierte Leser für nahezu jede Fragestellung zumindest eine Kurzdarstellung des Problems und weiterführende Hinweise findet. Hierbei hilft ihm auch ein gutes Stichwortverzeichnis. Für die nächste Auflage wünschenswert wären vielleicht ein Entscheidungsregister und die Angabe der jeweiligen Autorenschaften bereits im Inhaltsverzeichnis. Insgesamt ermöglicht das neue Handbuch eine gute Orientierung in einem praxisrelevanten, aber nicht immer übersichtlichen Teilgebiet des Strafrechts und zeigt dessen wichtige Bezüge zu anderen Bereichen auf. Für den Praktiker des Betäubungsmittelstrafrechts ist die Anschaffung des neuen Handbuchs eine sinnvolle Investition!

VRiOLG Dr. Martin Probst, Schleswig

Der Bauprozess

14. Auflage

Werner/Pastor (Hrsg.)

erschienen im Werner Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

14. Auflage 2013, 1872 Seiten, gebunden, € 189,- incl. MwSt., ISBN 978-3-8041-5037-9

„Der Bauprozess“ liegt jetzt in der 14. Auflage vor. Es handelt sich um ein Standardwerk, dass in der baurechtlichen Praxis häufig genutzt und zitiert wird.

Auch die neue Auflage bietet den gewohnt guten Überblick über die in der Praxis relevanten Bereiche des privaten Baurechts. Die Orientierung wird erleichtert durch die übersichtliche Gliederung, die auf alle relevanten Prozesslagen Bezug nimmt. Der Übersichtlichkeit kommt es auch zu Gute, dass in der neuen Auflage auf die Ausführung zu der alten Rechtslage vor der Reform des Schuldrechts verzichtet wird. Das alte Recht spielt jedenfalls in den unteren Instanzen kaum noch eine Rolle.

Das Werk ist für die tägliche Arbeit wertvoll. Es behandelt die in der Praxis relevanten Rechtsfragen und ermöglicht den schnellen Zugriff auf weiterführende Quellen, insbesondere auf die einschlägige Rechtsprechung, zu der zahlreiche Fundstellen aufgeführt sind. Die Fundstellen sind in der neuen Auflage auf den neuesten Stand gebracht und erfassen auch jüngst veröffentlichte Entscheidungen.

Wie schon die Voraufgabe werde ich auch die neue Auflage des Werks für meine Arbeit im Bausenat häufig nutzen, um die Rechtsfragen in den anhängigen Berufungsverfahren zu lösen und einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung zu erhalten.

Richter am Oberlandesgericht Henning Janssen, 1. Zivilsenat, zuständig u.a. für Bausachen, OLG Schleswig

Budgetverantwortung der Gerichte stärken

Neue Wege für Schleswig-Holstein?

„Diejenigen, die sich nicht auf neue Methoden einlassen, müssen immer wieder mit alten Unzulänglichkeiten rechnen.“

Treffender als der englische Philosoph, Staatsmann und Wissenschaftler Francis Bacon – der sicherlich anderes vor Augen hatte als Strukturen des Haushaltsrechtes – kann auch heute der Zustand des Budgetrechtes in Schleswig-Holstein nicht beschrieben werden.

Durch den stetigen Modernisierungsprozess, den die schleswig-holsteinische Justiz seit vielen Jahren aktiv mit Erfolg gestaltet, sind eine Vielzahl technischer und organisatorischer Unzulänglichkeiten beseitigt worden. Weitgehend ausgekommen von den Veränderungen wurde der Bereich des Haushaltsrechtes und Haushaltsführung. Doch auch da sind Veränderungen dringend nötig, um den heutigen Anforderungen gerecht zu werden. Diejenigen, die mit Fragen des Gerichtsmanagements befasst sind, stehen im Haushaltsrecht immer wieder vor hohen Hürden, deren Sinn sich auch bei mehrfacher Betrachtung nicht erschließt.

Ein einfaches Beispiel aus der Praxis des Gerichtsalltags: Die RichterInnen und RechtspflegerInnen eines Gerichtes kommen gemeinsam überein (und die Gerichtsleitung setzt dies um), dass auf das Zeitschriftenabonnement der NJW, der NJW-RR, der Deutschen Notar-Zeitschrift u.a. ab dem Jahr 2013 verzichtet werden soll, da auf diese Zeitschriften elektronisch über beck-online zugegriffen werden kann. Mit den Kosten für das Binden dieser Zeitschriften werden ca. 1000 Euro bei dem Gericht eingespart, die den Bedürfnissen der Mitarbeiter entsprechend für Maßnahmen des Gesundheitsmanagements, der gerichtsinternen Fortbildung oder dem Kauf benötigten Mobiliars bzw. für erforderliche Renovierungsmaßnahmen verwandt werden könnten. Alles kostenneutral.

Wo ist das Problem, fragt der Außenstehende?

Das Problem besteht darin, dass im derzeitigen Mittelbewirtschaftungssystem die Gerichte an die in den einzelnen Titeln zugewiesenen Haushaltsmittel gebunden sind. Das bedeutet, dass die Einsparungen bei den Zeitschriftenabonnements auch nur im Titel 511 01 (Geschäftsbedarf) verwandt werden dürfen und ein Mitteleinsatz in eigener Entscheidungskompetenz des sparenden Gerichts außerhalb des konkreten Titels nicht möglich ist. Daher sind dann trotz Sparmaßnahme auf der einen Seite keine sinnvollen und nötigen Ausgaben auf der anderen Seite (Kurs im Gesundheitsmanagement, dringend benötigte Fortbildung für Mitarbeiterinnen in den Serviceeinheiten) möglich. Diese Beispiele lassen sich gefühlt unendlich fortsetzen. Das führt dazu, dass in der Praxis Sparüberlegungen schnell erlahmen, also im Ergebnis dann doch nicht so nötige Ausgaben fortgesetzt werden. Ist das alles noch zeitgemäß?

Der dänische Philosoph Kierkegaard (1813–1855) hat Unrecht, wenn er sagt, nach Veränderung rufen alle, die sich langweiligen. Von Langeweile kann im Alltag des Gerichtsmanagements keine Rede sein, aber ein neues System der dezentralen Budgetverantwortung fördert mit kostenneutralen Veränderungen die Bereitschaft zum sinnvollen Sparen und den Einsatz von Mitteln, dort, wo sie benötigt werden.

In Zeiten knapper finanzieller Mittel müssen die Gerichtsverwaltungen des Landes so aufgestellt sein, dass die zur Verfügung der Gerichte überlassenen Gelder effizient eingesetzt werden, um den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Justizgewährung mit gut ausgebildeten und motivierten Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen zu sichern und die Gerichte so aufzustellen, dass dieses optimal gewährleistet wird.



Michael Burmeister,
Jahrgang 1962, verheiratet, zwei erwachsene Kinder
Direktor des Amtsgerichts Ahrensburg seit August 2009,
stellv. Vorsitzender des Haupttrichterrates

Ein Blick über die Ländergrenzen zeigt, dass z.B. in Baden-Württemberg das Konzept der Stärkung der Budgetverantwortung der Gerichte ein voller Erfolg ist.

Während im klassischen Mittelbewirtschaftungssystem die Gerichte an die bei den einzelnen Titeln zugewiesenen Haushaltsmittel gebunden sind, geht das Modell aus Baden-Württemberg einen neuen Weg. Durch einen flexiblen Mitteleinsatz – zunächst in begrenzten Teilbereichen – sind die im Budget enthaltenen Mittel zur Stärkung der eigenverantwortlichen Entscheidungen durch die Gerichte vor Ort umschichtbar. Ohne dieses dort seit ca. 10 Jahren praktizierte Modell hier in allen Einzelheiten vorstellen zu können, sind zwei weitere Gesichtspunkte nach meiner Ansicht von entscheidender Bedeutung.

Zur Schaffung von Anreizen für einen sparsamen und wirtschaftlichen Mitteleinsatz, z.B. zum Ansparen von Investitionen, sind sämtliche am Jahresende nicht verbrauchten Mittel des Budgets auf das jeweils folgende Haushaltsjahr übertragbar. Derzeit grassiert immer noch sehr oft das sog. Dezemberfieber. Denn zum Jahresende müssen die in einem Haushaltstitel noch vorhandenen Gelder in der Regel ausgegeben werden, da sie sonst im nächsten Jahr nicht mehr zur Verfügung stehen. Dass dies die Gefahr birgt, dass auch weniger sinnvolle Investitionen getätigt werden nach dem Motto – Wegfallen darf das Geld unter keinen Umständen – kann nicht von der Hand gewiesen werden.

Ein neues dezentrales Budgetsystem muss den Gerichten im Benehmen mit der personalverwaltenden Stelle auch die Möglichkeit einräumen, durch die Nichtbesetzung von freien und besetzbaren Stellen, die Sachmittel zu stärken. Wird derzeit eine freie Stelle mit einem Mitarbeiter einen Monat zu spät besetzt, kommen die hier ersparten Personalkosten nicht dem Gericht zu Gute, das die Personalkosten konkret erspart.

Einzelne Gerichte in Baden-Württemberg haben durch dieses Modell Beträge im unteren fünfstelligen Bereich pro Jahr erspart, die sie selber für ihr Gericht verwenden konnten. Wenn das nicht Motivation zum sinnvollen Sparen und Umschichten ist.

Das bedeutet aber auch, dass ein System Dezentraler Budgetverantwortung mit der Sicherheit belegt sein muss, dass die selbst erwirtschafteten Mittel im Gericht verbleiben und nicht aufgrund der schwierigen finanziellen Situation der öffentlichen Haushalte sofort vereinnahmt werden.

Ein derartig neues Budgetmodell ermöglicht mehr eigene Entscheidungen vor Ort, bedeutet mehr Verantwortung vor Ort und erschließt damit sicher bisher nicht erkannte Umschichtungspotenziale. Es gibt übrigens kaum Erkenntnisse, dass eine solche Verantwortung missbraucht werden könnte. Also: Mut tut gut.

Die Schleswig-Holsteinische Justiz muss 2013 beginnen die Veränderung der bestehenden Budgetstrukturen voranzutreiben und in allen Richtungen offen und neu zu überdenken. Was hindert uns?

AG Kiel	18. 10. 2012	7 II 4225/12	Keine Bewilligung von Beratungshilfe zur Überprüfung eines Leistungsbescheids nach dem SGB II, wenn die Möglichkeit zur Inanspruchnahme einer kostengünstigeren Öffentlichen Rechtsberatung besteht	81
AG Kiel	19. 11. 2012	7 II 4882/12	Keine Bewilligung von Beratungshilfe für den Anspruch auf Ersatz von Rechtsanwaltskosten, der bereits gesetzlich auf den Rechtsanwalt übergegangen ist	83
<i>Familienrecht</i>				
SchiHOLG	13. 4. 2012	10 UF 324/11	Einsatz einer Abfindung bei gesteigerter Unterhaltsverpflichtung	84
SchiHOLG	30. 5. 2012	10 UF 276/11	Einbenennung eines Kindes	85
<i>Rezensionen</i>				
Dr. Martin Probst			Kotz/Rahlf, Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts	87
Henning Janssen			Werner/Pastor, Der Bauprozess	87
SCHLHA@LICHT				
Michael Burmeister			Budgetverantwortung der Gerichte stärken	88

Buchanzeige

Kleffmann/Soyka (Hrsg.)

Praxishandbuch Unterhaltsrecht

Systematische Darstellung anhand der aktuellen Rechtsprechung

erschienen im Luchterhand Verlag bei Wolters Kluwer GmbH, Köln

1. Auflage 2012, 492 Seiten, gebunden, 49,- €, ISBN 978-3-472-08322-1

(inkl. Online-Version auf Jurion.de mit sämtlichen zitierten Rechtsnormen und Entscheidungen sowie allen bundes- und europarechtlichen Entscheidungen und Vorschriften)

Dieses Werk wurde ehemals angekündigt unter dem Titel »Unterhaltsrecht kompakt« und wird demnächst unter dem Titel »Praxishandbuch Unterhaltsrecht« erscheinen.

Das Unterhaltsrecht, als eines der Kernbereiche des Familienrechts, hat sich zu einer Spezialmaterie entwickelt. Zahlreiche Gesetzesänderungen und die große Bedeutung der dazu ergangenen Rechtsprechung stellen den Anwalt vor komplexe Aufgaben.

Genau hier setzt das Werk an: Das Werk beinhaltet eine praxisorientierte systematische Darstellung des Unterhaltsrechts, basierend auf der aktuellen und grundlegenden obergerichtlichen Rechtsprechung. Mit wertvollen Praxishinweisen wird der Rechtsanwender sicher durch das unterhaltsrechtliche Mandat geführt. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der obergerichtlichen Rechtsprechung werden herausgearbeitet, auf Besonderheiten hingewiesen und Entwicklungen aufgezeigt. Alle Kernfragen werden auf der Basis der Rechtsprechung heraus entwickelt und begründet. Der Praktiker erkennt rasch, wie sein OLG zu den wichtigsten unterhaltsrechtlichen Fragestellungen entscheidet, eine weitergehende Recherchearbeit entfällt.

Herausgeber: Dr. Norbert Kleffmann – Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Notar; Dr. Jürgen Soyka – Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Buchanzeige

Christian Wiesneth

Der amtsgerichtliche Bereitschaftsdienst

2. Auflage 2012, 346 Seiten, kartoniert, 29,90 €, ISBN 978-3-472-08351-1

erschienen im Luchterhand Verlag, bei Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Dieses Werk vermittelt dem Amtsrichter einen schnellen Überblick über die Vielzahl der Rechtsgebiete im richterlichen Bereitschaftsdienst. Hierbei steht die praktische Anschauung in der Rechtsanwendung im Vordergrund.

So enthält das Buch neben hilfreichen Einführungen in die jeweilige Rechtsmaterie zu jedem wesentlichen Tätigkeitsbereich einen praktischen Fall in Form eines Aktenauszuges und Beschlussformulare als Entscheidungsvorschläge. Besonders thematisiert werden die unterschiedlichsten Formen des Freiheitsentzuges, das Gewaltschutzgesetz, das Arrest- und das einstweilige Verfügungsverfahren sowie diverse strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen (Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse sowie Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen).

Durch Einarbeitung des Unterbringungs- und Polizeirechts aller Bundesländer hat das Werk bundesweite Gültigkeit.

Seit dem Erscheinen der (schnell vergriffenen) 1. Auflage im Jahre 2009 hat der Gesetzgeber für den amtsgerichtlichen Bereitschaftsdienst bedeutsame weitere gesetzliche Aktivitäten gerade zum strafprozessualen Freiheitsentzug entwickelt. So wurde die Neuauflage notwendig aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (UHaftändG) und der in Kraft getretenen landesrechtlichen Untersuchungshaft-Vollzugsgesetze. Die damit einhergehende Verunsicherung über den Umfang der Anordnungsmöglichkeiten und der Belehrungspflichten im amtsgerichtlichen Eildienst will die 2. Auflage nicht nur bei »Nichtstrafrechtlern« auf kurzem Wege beseitigen.

Auch auf dem Gebiet der Abschiebehaft sind in den zurückliegenden Jahren für die gerichtliche Praxis bedeutsame höchstrichterliche Entscheidungen ergangen, die in der Neuauflage berücksichtigt wurden.

Buchanzeige

Friedrich-Wilhelm Lehmann

Familienpflegezeitgesetz

Leitfaden für die Praxis

1. Aufl. 2012, 128 Seiten, broschiert, € 24,90, ISBN 978-3-472-08049-7

erschienen im Luchterhand Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Mit Inkrafttreten des Gesetzes über die Familienpflegezeit zum 1.1.2012 kommen auf Arbeitgeber und -nehmer zahlreiche Änderungen zu. Arbeitgeber, Betriebsräte und Fachanwälte müssen über ihre Rechte und Pflichten, die sich aus dem Familienpflegezeitgesetz für sie und die Arbeitnehmer ergeben, aufgeklärt werden. Dieser Praxisleitfaden gibt Handlungsanleitungen und Hinweise zur Anwendung und Umsetzung des neuen Gesetzes.

76 Prozent der Berufstätigen möchten ihre Angehörigen soweit wie möglich selbst betreuen. Daher ist in Deutschland ein sehr hoher Bedarf an einer besseren Vereinbarkeit von Pflege und Beruf gegeben.

Der Autor:

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann ist Rechtsanwalt mit den Schwerpunkten Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht, Tarif- und Betriebsverfassungsrecht

Buchanzeige

Dr. Katrin Lack

Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung zur Effektivierung des Kinderschutzes

Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 256

LXXIII und 612 Seiten, brosch., 139,- €, ISBN 978-3-7694-1102-7

erschienen im Giesecking Verlag, Bielefeld

Wie man Kinder in unserer Gesellschaft besser schützen kann, ist eine gesellschaftspolitisch brisante Frage. Der deutsche Gesetzgeber hat in den vergangenen zwanzig Jahren zahlreiche Rechtsvorschriften erlassen, um Kinder vor Misshandlung und Vernachlässigung zu bewahren. Hierzu zählen unter anderem Regelungen im BGB und im SGB VIII, aber auch im FamFG und in den unterschiedlichen Landesgesetzen, insbesondere im Bereich des Gesundheitsrechts und des Schulrechts, sowie das zum 1.1.2012 in Kraft getretene Bundeskinderschutzgesetz.

Die zahlreichen einschlägigen Vorschriften, die auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden müssen, beziehen sich aufeinander und entfalten eine Wechselwirkung. Die Autorin durchleuchtet das gesamte Instrumentarium des Kinderschutzes und untersucht es auf seine Schwachstellen. Nach einer kritischen Bestandsaufnahme zieht sie Bilanz und kommt zu dem Ergebnis, dass es für einen effektiven Kinderschutz – trotz einiger Verbesserungsmöglichkeiten – nicht zwingend weiterer Rechtsvorschriften bedarf, sondern eher einer konsequenten Anwendung geltenden Rechts. Dabei kommt es entscheidend auf die Überwindung der teilweise noch immer vorherrschenden Versäulung der traditionell für sich arbeitenden Systeme von Schule, Gesundheit und Kinder- und Jugendhilfe unter Einbeziehung von Polizei und Justiz an.

Buchanzeige

Greger/Unberath

Mediationsgesetz

von Prof. Dr. Reinhard Greger, Prof. Dr. Hannes Unberath

2012; XVII, 343 Seiten, in Leinen, 59,- €, ISBN 978-3-406-61709-6

erschienen im Verlag C. H. Beck, München

Diese Neuerscheinung erläutert das neue Mediationsgesetz und alle anderen durch das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung getroffenen Gesetzesänderungen in einer klassischen Kommentierung, die durch eine praxisorientierte, systematische Darstellung ergänzt wird. Diese erstreckt sich auf die vertrags- und berufsrechtlichen Aspekte der Mediation und gibt Anleitungen für die Führung von und die Teilnahme an Mediationsverfahren. Sämtliche Formen der alternativen Konfliktlösung innerhalb und außerhalb gerichtlicher Verfahren werden einbezogen. Das Werk enthält außerdem zahlreiche Formulierungshilfen und Muster für die Praxis.

Die Autoren waren beide auch in der Justiz tätig und sind als Universitätsprofessoren insbesondere im Recht der alternativen Konfliktlösung bestens ausgewiesen. Die Autoren sind zudem in der Aus- und Weiterbildung von Rechtsanwälten und Richtern, sowie bei der Evaluation einschlägiger Forschungsprojekte tätig.

Der Band wendet sich an Mediatoren, Schlichter, Richter, Rechtsanwälte, Unternehmens- und Verbandsjuristen.

Nähere Informationen zu dem Titel finden Sie unter www.beck-shop.de/6727290.