DPJV
Deutsch-Polnische
Juristen-Vereinigung e.V.

5. Jahrgang
DOPPELAUSGABE
Nr. 4/2011 + 1/2012

www.dpjv.de
ISSN 1615-9063
DE **14,90 EUR**

DPJZ

Deutsch-Polnische Juristen-Zeitschrift

DAS MAGAZIN DER DEUTSCH-POLNISCHEN JURISTEN-VEREINIGUNG

Austausch verschafft Kenntnisse.

Themen dieser Ausgabe Das System der Strafsanktionen im polnischen Strafrecht · Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entsendung polnischer Arbeitnehmer nach Deutschland · Niederlassungsrecht und grenzüberschreitende Tätigkeit polnischer Rechtsanwälte u.v.m.

Ein Kanzlersystem für Polen?
Seite 4

Vorbereitung der polnischen Justiz auf die Austragung der Fußball-Europameisterschaft 2012
Seite 60

Energiewirtschaftsverträge in Polen

Beim „Vertrieb“ elektrischer Energie handelt es sich einzig und allein um den Transport der Energie.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit, die auf dem Erwerb elektrischer Energie zum Zweck ihrer Weiterveräußerung an andere Unternehmen beruht, wird vom polnischen Energiegesetz2 vom 10. April 1997 als eine Tätigkeit im „Wirtschaftsverkehr“ mit elektrischer Energie qualifiziert...

04 **Ein Kanzlersystem für Polen?**
DR. RYSZARD BALICKI

07 **Das polnische Verfassungstribunal und die Baugenehmigung**
DR. PETER V. FELDMANN

13 **Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entsendung polnischer Arbeitnehmer nach Deutschland**
DR. HELMUT NAUSE

18 **Niederlassungsrecht und grenzüberschreitende Tätigkeit polnischer Rechtsanwälte in Deutschland. Berufsregeln für ausländische Rechtsanwälte in Deutschland**
HANSJÖRG STAEHLE

22 **Aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht**
HENNING HUUSMANN

30 **Einige Aspekte der Ersitzungsvoraussetzungen**
DR. EWA SZUBER-BEDNARZ

32 **Dingliche Sicherheiten im Deutsch-Polnischen Kreditgeschäft**
ANNA NASSUA, LL.M.

32 **Die Bedeutung der Hypothek und Grundschuld in der Kreditsicherungspraxis im Vergleich**

32 **Vortragsveranstaltung der Deutsch-Polnischen Juristen-Vereinigung e.V. und des Generalkonsulats der Republik Polen in Hamburg am 6. Juni 2011**

37 **Das deutsche Strafsanktionensystem in der Krise**
MICHAEL KUBICIEL

40 **Das System der Strafsanktionen im polnischen Strafrecht**
DR PIOTR GÓRALSKI

48 **Ist Schweigen wirklich Gold? Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell als erster Schritt zur Harmonisierung der europäischen Kronzeugenprogramme**
MICHAŁ WOJTYNIAK

51 **Rechtliche Aspekte einer wirtschaftlichen Tätigkeit in Polen, die auf dem An- und Verkauf elektrischer Energie beruht**
DR. WOJCIECH SZYDŁO

60 **Vorbereitung der polnischen Justiz auf die Austragung der Fußball-Europameisterschaft 2012**
JAN SCHÜRMANN

64 **Rezension**
DIPL. PHIL. HELENA PIPREK

67 **Grundrechte zwischen Nationalstaat und Globalisierung – Deutsch-polnische Perspektiven**

68 **II. Deutsch-Polnisches Forum für Wirtschaftsrecht – Warschau, 4. November 2011**

Ein Kanzlersystem für Polen?

DR. RYSZARD BALICKI

1. Ist eine Änderung der polnischen Verfassung nötig?

Die derzeit geltende polnische Verfassung ist vor fast 14 Jahren in Kraft getreten. Während dieser Zeit wurde ihre Funktionsfähigkeit sowohl von der Verfassungsrechtslehre als auch von den Akteuren des politischen Lebens einer detaillierten und kritischen Beurteilung unterworfen. Forderungen nach Verfassungsänderungen wurden sowohl seitens politischer Kräfte als auch durch bekannte Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens formuliert[1].

Die Verfassung ist ein Rechtsakt, auf den der Staat seine Grundordnung stützt, und konsequenterweise auch das System des auf diese Art und Weise entstandenen Rechtsstaates. Das Grundgesetz soll demnach ein dauerhaft gültiges Dokument darstellen. Diese Beständigkeit der Verfassung darf jedoch nicht mit Stagnation verwechselt werden. Der Inhalt der Verfassung kann nicht aus doktrinären Überlegungen unveränderbar bleiben (unabhängig von sog. Ewigkeitsklauseln) und darf der sozialen und rechtlichen Wirklichkeit nicht fremd werden. Ansonsten würde die Verfassung, anstat t zu inspirieren, die im Staat ablaufenden notwendigen sozialen Prozessen lediglich erschweren[2]. Die polnischen Verfassungsgesetzgeber haben diese Gefahr bereits in der Vergangenheit erkannt.

Sie wussten, wie wichtig es ist, die Regelungen der Verfassung regelmäßig erneut auf den Prüfstand zu stellen (Punkt V der Verfassung vom 3. Mai 1791 sowie Art. 125 der Verfassung vom 17. März 1921). Die Häufigkeit entsprechender Verfassungsänderungen ist von sehr vielen Faktoren abhängig, eine entscheidende Rolle spielt jedoch vor allem die Rechtspraxis des jeweiligen Landes[3].

2. Beispiellösungen für Regierungssysteme

2.1. DAS NACH 1989 AUFGEBAUTE POLNISCHE REGIERUNGSSYSTEM WAR IN DER VERFASSUNG NIE EINHEITLICH AUSGESTALTET[4].

Der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Grundordnung, die auf dem Aufbau eines sozialistischen Staates und der in der Verfassung verankerten Dominanz des Sejm basierte, wurde das Staatsoberhaupt hinzugefügt. Seit der Verfassungsnovelle von April 1992 heben alle Verfassungsakte die im Vergleich zum klassischen parlamentarischen System gestärkte Stellung des Präsidenten hervor[5]. Diese Stellung des Präsidenten ist mit der Entstehungsgeschichte seines Amtes in der stürmischen Zeit einer grundlegenden Umstrukturierung des Staates verbunden[6].

Das Grundrechtssystem, das 1992 erarbeitet wurde (die sog. Kleine Verfassung) trug den Charakter eines Verfassungskompromisses[7]. Es entstand ein untypisches Modell, das Elemente eines parlamentarischen und eines präsidentiellen Systems miteinander verband[8]. In Bezug auf die Exekutive wurde eine starke Stellung des Präsidenten vorgesehen, die jedoch durch die Befugnisse des Parlaments eingeschränkt wurde, um eventuellem Bonapartismus vorzubeugen[9].

Auch die Gesetzgeber der Verfassung vom 1997 haben keines der bekannten Verfassungsmodelle in seiner reinen Form verwirklicht[10], so dass das derzeitige Regierungssystem bis jetzt doktrinäre Fragen aufwirft. Eine detaillierte Analyse des Regierungssystems bringt die polnische Verfassungslehre zu der Feststellung, dass es sich um ein modifiziertes (rationalisiertes) parlamentarisches System handelt[11]. Dennoch vertritt ein Teil der Rechtslehre die Ansicht, dass die polnische Verfassung keines der bekannten Modelle in seiner reinen Form darstellt[12], und postuliert Zurückhaltung bei der Verwendung des Terminus „rationalisierter Parlamentarismus„[13].

Es stellt sich die Frage: Ist es möglich, eines der klassischen Staatsmodelle für das polnische System zu adaptieren? Und wenn ja, welches System wäre hierfür am besten geeignet?

2.2. DIE RECHTSLEHRE UNTERSCHEIDET VIER GRUNDTYPEN VON REGIERUNGSSYSTEMEN[14]:

a) Das Präsidialsystem, für das die USA ein typisches Beispiel darstellt. In diesem System herrscht eine präzise definierte Trennung der Gewalten, insbesondere zwischen Legislative und Exekutive;

b) Das Parlamentarische System, wie es sich in der britischen Grundordnung herauskristallisiert hat. Charakteristisch für Staaten mit diesem System ist die sehr schwache Stellung des Staatsoberhauptes, die sowohl im monarchischen (Großbritannien) als auch im republikanischen System (Deutschland) zu beobachten ist. An diesem klassischen Modell wurden in einigen Staaten zahlreiche Modifikationen vorgenommen, die ursprünglich dazu dienen sollten, die Legislative zu stärken; zurzeit zeigt sich jedoch die gegenteilige Tendenz, nämlich die zur Stärkung der Exekutive. Die Verfassungsgesetzgeber sehen den Vorteil hierin in einer größeren Stabilität der Regierung. Die Rationalisierung wurde also zu dem Element, durch das sich die parlamentarischen Systeme verschiedener Länder voneinander unterscheiden. Der „rationalisierte Parlamentarismus„ wird als eigenes Regierungssystem betrachtet, oder zumindest als eine Sonderform, neben der auch der „nichtrationalisierte“ existiert[15]. In den einzelnen Staaten haben sich zahlreiche Formen des parlamentarischen Systems entwickelt, wie beispielsweise das Kabinettsystem in Großbritannien, das Kanzlersystem in Deutschland oder das Ressortsystem in Österreich.

c) Das semipräsidentielle System (auch präsidial-parlamentarisches System, Teilpräsidialsystem oder Mischsystem genannt). Dieses System wurde seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts unter dem Einfluss der französischen Rechtslehre entwickelt. In seinen Anfängen wurde dieses System lediglich als Modifizierung des klassischen parlamentarischen Systems betrachtet, sogar als „Rückkehr zu den Quellen„ unter Eliminierung des übergroßen Einflusses der Legislative.16. Die spezifische Eigenschaft des Systems der V. Republik ist ohne Zweifel die starke Stellung des Präsidenten.

d) Das System der Regierung durch eine Bundesversammlung. Dieses System ist zurzeit kennzeichnend für die Schweiz. In diesem Modell stellt die Regierung ein ausführendes Organ des Parlaments dar, so dass das Parlament nicht nur die Funktionen der Legislative, sondern auch Regierungsfunktionen übernimmt und dabei verbindlich die Richtung für das Handeln der Regierung vorgibt.

3. Wie soll das polnische Regierungssystem gestaltet werden?

Die Wahl des polnischen Regierungssystems muss nicht nur mit den in die Verfassung aufgenommenen axiologischen Grundsätzen übereinstimmen, sondern sich auch aus der polnischen (und europäischen) Verfassungstradition ergeben[17]. Der moderne Staat wird oft unmittelbar mit dem demokratischen Rechtsstaat identifiziert[18]. Deswegen müssen bei der Ausgestaltung des Herrschaftssystems auch Elemente berücksichtigt werden wie das Verhältnis der Gewalten zueinander (das in Mechanismen wie der Zusammenarbeit, dem Gleichgewicht und der gegenseitigen Kontrolle zum Ausdruck kommt), die Gewährleistung effizienten und zügigen Regierungshandelns bei gleichzeitiger Schaffung eines klaren Haftungsrahmens für einzelne Regierungsorgane und die Mitglieder dieser Organe sowie die Kontrolle der Staatsgewalt durch das Volk[19].

Das System der Regierung durch eine Bundesversammlung ist aufgrund seiner Besonderheiten sehr selten. Als Regierungssystem für Polen wurde es nie in Erwägung gezogen. Es bleiben demnach die drei übrigen Modelle der Herrschaftsausübung, die (in ihren verschiedenen Formen) üblicherweise Gegenstand der Überlegungen und Entwürfe sowohl derjenigen Organe sind, die bindende Entscheidungen treffen, als auch der Verfassungsrechtler und der normalen Staatsbürger[20].

Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang übrigens die Meinung von W. Sadurski, nach dessen Ansicht „die Diskussion über eventuelle Änderungen der Befugnisse des Präsidenten und des Premierministers zweitrangig ist gegenüber der grundsätzlichen Entscheidung, ob Polen sich in Richtung eines reinen parlamentarischen oder eines Präsidialsystems entwickeln soll„[21].

Welches System sollte Polen also wählen? Wissenschaftler, die Übergänge von autoritären zu demokratischen Regierungsformen verfolgen, haben beobachtet, dass die Mehrheit der Staaten in einer solchen politischen Lage sich für ein parlamentarisches System entschieden haben[22]. Diese Form birgt die größeren Chancen auf eine zügige Konsolidierung des demokratischen Systems. Von Bedeutung ist auch die Tatsache, dass es sich für eine junge Demokratie um das sicherere System handelt, da es die Gefahren minimalisiert, die sich ergeben können, wenn eine autoritäre Persönlichkeit die Macht erlangt[23].

Eine genaue Analyse des Präsidialsystems führt hingegen zu dem Ergebnis, dass diese Form nicht universell anwendbar ist. Versuche, dieses in den USA funktionierende System in anderen Staaten einzuführen, haben keine positiven Ergebnisse gebracht. Das System hat sich in der Praxis als bedeutend ungünstiger für den Aufbau einer soliden Demokratie erwiesen als das parlamentarische System[24]. „Ein Präsidialsystem erfordert eine besondere politische Kultur. Diese Art der politischen Kultur ist in den USA zu beobachten, aber sonst nirgendwo zu finden“[25]. Die Erfahrungen zeigen, dass es auch dort Probleme mit der Funktionsfähigkeit des Präsidialsystems gibt, wo ein Mehrparteiensystem besteht. Die negativen Konsequenzen bestehen hier (1) in der Möglichkeit der Entstehung eines „legislativen Impasses“, der die Demokratie destabilisiert und Regierungsprozesse erschwert, (2) der Möglichkeit einer destruktiven Spaltung der Gesellschaft, sowie (3) der Erschwerung der Bildung einer Koalition aus mehreren Parteien, die für die stabile Machtausübung unentbehrlich ist[26].

Die nächste Frage bezieht sich auf die Beurteilung eines Systems, das Elemente verschiedener Modellösungen enthält. Bedauerlicherweise sind auch solche Systeme nicht

1 Vgl. die Erkärung der ehem. Präsidenten des Verfassungsgerichtes, Marek Safjan, Andrzej Zoll und Jerzy Stępien vom 5.Februar 2009 (http://wyborcza.pl/1,76842,6237771,Oswiadczenie_bylych_Prezesow_ Trybunalu_Konstytucyjnego.html; 10.02.2011); Entwurf von Änderungen zur Verfassung im Bericht Nr. 4/2009 Konwersatorium Doświadczenie i Przyszłość z dnia 3 września 2009 r. (http://www.dip.org.pl/raport04-2009.html; 10.02.2011); Vorschläge zur Änderung in der Rede des Premierministers Donald Tusk am 21. November 2009 r. (http://www.premier.gov.pl/premier/przemowienia/id:3049/; 10.02.2011) sowie Vorschläge in Raport dotyczący projektu zmian w Konstytucji RP vom 11. Januar 2010, vorbereitet von einer Expertengruppe des Premierministers (http://bi.gazeta.pl/im/7/7467/m7467737.pdf; 10.02.2011).

2 Vgl. auch Erwägungen in R. Hodder-Williams, The Constitution (1787) and Modern American Government, [in:] Constitutions in Democratic Politics, V. Bogdanor (ed.), Ashgate Publishing, Cambridge 1988, S. 86 und f.

3 Vgl. B. Banaszak, Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych, Zakamycze, Kraków 2004, S. 102 und f.

4 Prof. J. Zakrzewska betonte, dass die Entscheidungen oft ohne weitere Diskussionen getroffen wurden, und ohne vorherige klare Entscheidung darüber, zu welchen grundlegenden Bestimmungen konkrete Lösungen passen sollten; J. Zakrzewska, Spór o konstytucję, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992, S. 125.

5 Vgl. L. Garlicki, M. Zubik, Idea parlamentaryzmu zracjonalizowanego w praktyce ustrojowej II RP, [in:] Księga pamiątkowa profesora Marcina Kudeja, red. nauk. A. Łabno, E. Zwierzchowski, Oficyna Wydawnicza Wacław Walasek, Katowice 2009, S. 179.

6 Vgl. P. Sarnecki, Prezydent jako organ czuwający nad przestrzeganiem konstytucji, „Państwo i Prawo“ 1090, Nr. 11, S. 14.

7 Vgl. z.B. M. Kruk, Wstęp. Miedzy konstytucja a konstytucją, [in:] „Mała konstytucja“ w procesie przemian ustrojowych w Polsce, red. M. Kruk, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1993, S. 8 und f.; und M. Domagała, Instytucja Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w świetle małej konstytucji z 17 X 1992 r., [in:] Instytucja prezydenta we współczesnym świecie, Senat RP, Warszawa 1993, S. 95.

8 Vgl. Z. Witkowski, [in:] J. Galster, W. Szyszkowski, Z. Witkowski, Prawo konstytucyjne. Zarys instytucji w okresie transformacji ustrojowej, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 1994, S. 93.

9 Vgl. W. Sokolewicz, Pomiędzy systemem parlamentarno-gabinetowym a systemem prezydencko-parlamentarnym: prezydentura ograniczona lecz aktywna w Polsce i Rumunii, „Przegląd Sejmowy“ 1996, nr 3(15), S. 35.

10 Vgl. auch z.B. B. Banaszak, Prezydentura w projektach nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, „Przegląd Prawa i Administracji“ 1996, tom XXXIV, S. 109 und f.

11 Vgl. M. Masternak-Kubiak, J. Trzciński, System rządów w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.- Analiza kompetencji Sejmu, „Przegląd Sejmowy“ 1997, Nr. 5, S. 45; und M. Kruk, Przyczynek do rozważań o inspiracjach Konstytucji RP z 1997 r., „Państwo i Prawo“ 2002, Nr. 12, S. 13.

12 Vgl. B. Banaszak, Prawo konstytucyjne, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, S. 532

13 Vgl. M. Granat, Konstytucja RP na tle rozwoju i osiągnięć konstytucjonalizmu polskiego, „Przegląd Sejmowy“ 2007, Nr. 4(81), S. 26. Zum Begriff „rationalisierter Parlamentarismus„. vgl. Fußnote 21.

14 Über die Stellung des Staatsoberhauptes in verschiedenen Regierungssystemen vgl. weitere Anmerkungen z.B.: R. Balicki, Głowa państwa w rozwiązaniach konstytucyjnych różnych systemów rządów, [in:] Systemy rządów – dylematy konstytucyjnej regulacji i praktycznej funkcjonalności, red. T. Mołdawa, J. Szymanek, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 2007, S. 7 und f.

15 Vgl. weitere Anmerkungen J. Szymanek, Racjonalizacja parlamentarnego systemu rządów, „Przegląd Sejmowy“ 2007, Nr. 1(78), S. 35 und f. und A. Łabno, Parlamentaryzm zracjonalizowany, „Przegląd Prawa i Administracji“ 2005, Band LXV, S. 7 und f.

16 Vgl. M. Debré, La nouvelle constitution, „Revue Française de Sciences Politiques“ 1959, Nr. 1, S. 8 und f.

17 Vgl. z.B. W. Skrzydło, Historyczne uwarunkowania nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [in:] Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedykowane Profesorowi Janowi Malarczykowi, red. A. Korobowicz, H. Olszewski, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997, S. 345 und f. Es ist anzumerken, dass die „Standardisierung“ der nationalen Verfassungen zu einer Verarmung der nationalen Traditionen führen kann; vgl. weitere Anmerkungen J. Szymanek, Tradycje konstytucyjne. Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2006, S. 39 und f.

18 Weitere Anmerkungen zum Thema Rechtsstaat vgl. z.B. M. Wyrzykowski, Zasada demokratycznego państwa prawnego, [in:] Zasady podstawowe konstytucji polskiej, red. W. Sokolewicz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1998, s. 65 und E. Morawska, Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, TNOiK „Dom Organizatora“, Toruń 2003, S. 13 und f.

19 Vgl. z.B. A. Jamróz, Demokracja współczesna. Wprowadzenie, Temida 2, Białystok 1993, S. 85.

20 Vgl. hierzu: Projekty konstytucyjne 1989-1991, do druku przygotował M. Kallas, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992; Jaka konstytucja? Analiza projektów Konstytucji RP zgłoszonych Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w 1993 r., red. nauk. M. Kruk, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1994; Projekty konstytucji, 1993-1997. Część I und II, do druku przygotował R. Chruściak, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.

21 W. Sadurski, Kwestie konstytucyjne [in:] Co warto, co należy zmieniać? Poprawa jakości demokracji w Polsce, red. L. Kolarska-Bobińska, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2008, S. 18.

22 Vgl. auch A. Milardović, Presidentialism or Parlamentarism in Central and Eastern Europe in the Age of Globalisation? (referat przygotowany na XV Forum Ekonomiczne Krynica 2005, panel pt.: Prezydencjalizm czy parlamentaryzm – dylematy ustrojowe Europy Środkowej i Wschodniej); (http://www.cpi.hr/download/links/en/6638.pdf, 14.02.2011).

23 Dies ist das Ergebnis langjähriger wissenschaftlicher Untersuchungen von Juan J. Linz, Universität Yale; vgl. z.B. J. J. Linz, The Perils of Presidentialism, „Journal of Democracy“, Winter 1990, vol. 1, nr 1, S. 51–69.

empfehlenswert. Sowohl ein parlamentarisches als auch das seit der Verabschiedung der Verfassung von 1997 herrschende Präsidialsystem und ein parlamentarisches System mit einem starken Präsidenten, der in allgemeinen Wahlen bestimmt wird, können Dysfunktionen aufweisen. Anzumerken ist hier außerdem, dass in der Verfassungsrechtslehre solche Mischsysteme, die Elemente verschiedener Systeme verbinden, lediglich als Übergangslösungen betrachtet werden, die evolutionär einer der typisierten Lösungen (entweder dem parlamentarischen oder dem Präsidialsystem) zustreben[27]. Gegenteilige Meinungen, die „Mischsysteme„ als nachhaltige Systeme ansehen, führen als Beispiel das französische Semipräsidialsystem an[28]. Dabei ist zu beachten, dass dieses System viele spezifische Besonderheiten aufweist und sehr flexibel funktioniert, weswegen es in der modernen Rechtslehre als Modellsystem betrachtet wird; dennoch stellt es im Vergleich zu den klassischen Systemen wie dem parlamentarischen und dem Präsidialsystem eine Sonderform dar.

Auch in diesem Fall vertreten manche Autoren die Ansicht, dass „eine Änderung der Verfassung, die eine Präzisierung und Verbesserung der Gewaltenteilung innerhalb der Exekutive, eine Stärkung des Parlaments und des Verfassungsrates als Garanten der Gewaltenteilung zur Folge hätte, die Funktionsfähigkeit des nach 1958 geschaffenen Systems verbessern und die übermächtige Rolle des Präsidenten eingrenzen könnte „[29].

Welches System wäre nun das Beste für Polen? Welche verfassungsrechtlichen Änderungen sollten am Regierungssystem vorgenommen werden, damit der Staat effektiv regiert und die erwartete Transparenz sowohl in der Funktion als auch – was den Bürgern besonders wichtig ist – in der Verantwortung für die getroffenen Entscheidungen gewährleistet werden kann? Wie soll aus der polnischen Verfassung der vernichtende Wettbewerb zwischen dem Staatspräsidenten und dem Premierminister beseitigt werden, der gegenwärtig in der Struktur der polnischen Exekutive verankert ist? Eine Lösung dieser Probleme ist unverzichtbar. Der im geltenden Rechtssystem ausgeprägte Eklektizismus kann nicht mehr lange aufrechterhalten werden. Der Aufbau eines Staates, in welchem sowohl der Präsident als auch der Premierminister ihre starke Stellung behalten sollen, kann nicht weiter vorangetrieben werden[30].

Die genannten Probleme gibt es allerdings nicht nur im polnischen Regierungssystem; eine Rivalität zwischen dem Staatsoberhaupt und dem Ministerpräsidenten zeigt sich auch in den Verfassungsordnungen anderer postkommunistischer Staaten (z.B. der Slowakei oder Ungarn). In der Rechtslehre wird jedoch hervorgehoben, dass diese Lage im Ergebnis zur Verbreitung und Verfestigung des Kanzlersystems anstatt des Präsidialsystems geführt hat[31]. Als Folge davon ist „das Vorherrschen parlamentarischer Systeme anstelle von Mischsystemen in Mittel-und Osteuropa zurzeit deutlich erkennbar“[32].

Meines Erachtens wäre das auch für Polen die richtige Entwicklung. Das Kanzlersystem ist eine Form des parlamentarischen Systems, in dem durch die Stärkung des Regierungschefs[33] umfangreiche Kompetenzverschiebungen erfolgen würden[34]. Eine entsprechende Verfassungsänderung würde dazu führen, dass das Parlament seine dominierende Rolle unter den Gewalten verliert, die Grundlagen des parlamentarischen Machtsystems jedoch beibehalten würden, inklusive des Grundsatzes der politischen Abhängigkeit von der parlamentarischen Mehrheit[35]. Darüber hinaus wirkt das Kanzlersystem am besten der Ineffizienz des Parlamentarismus entgegen, die ansonsten die Umwandlung der Demokratie in eine Anarchie begünstigen kann[36].

4. Schlusswort

Die Details der sachlichen Änderungen werden jeweils vom Erreichen eines Verfassungskonsenses im Parlament abhängig sein, der für eine Verfassungsänderung unabdingbar ist (im Sejm ist eine Mehrheit von 2/3 bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Abgeordneten notwendig, im Senat müssen die Änderungen durch die Mehrheit der Senatoren bei Anwesenheit der Hälfte der Senatoren beschlossen werden).

Wenn sich dennoch die Möglichkeit einer Verfassungsänderung ergeben sollte, so sollte dieser „Verfassungsmoment„, wie ihn Bruce Ackerman[37] bezeichnet hat, unbedingt genutzt werden, um konsequent ein bewährtes Verfassungssystem – das Kanzlersystem – einzuführen.

ÜBER DEN AUTOR

Dr. Ryszard Balicki – Lehrstuhl für Verfassungsrecht, Fakultät für Jura, Verwaltung und Betriebswirtschaft Universität Breslau

24 Vgl. insbesondere: A. Stephan, C. Skach, Modele konstytucyjne a umacnianie demokracji (Parlamentaryzm – system prezydencki), „Państwo i Prawo“ 1994, nr 4, S. 30. Die Autoren zählen in den Jahren 1979-1989 43 mit nachhaltigen demokratischen Systemen. Dazu gehören: 31 parlamentarische Demokratien, fünf Präsidialsysteme, zwei Semipräsidialsysteme und zwei Demokratien, die die Autoren als Mischsysteme bezeichnen.

25 M. Bankowicz, Demokracja. Zasady, procedury, instytucje, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2006, S. 72.

26 Vgl. insbesondere S. Mainwaring, Presidentialism, Multipartism and Democracy, „Comparative Political Studies“ 1993, vol. 26, nr 2, S. 198 und f. Diese Ansicht wird oft kritisiert; T. J. Power und M. J. Gasiorowski kommen auf der Grundlage ihrer Untersuchungen in Ländern der Dritten Welt, die in den Jahren 1930 – 1995 Transformationsprozesse zugelassen haben, zum Ergebnis, dass sich kein Zusammenhang zwischen dem gewählten Regierungssystem und der Nachhaltigkeit der Demokratie feststellen lässt; vgl. T. J. Power, M. J. Gasiorowski, Institutional Design and Democratic Consolidation in the Third Word, „Comparative Political Studies“ 1997, vol. 30, Nr. 2, S. 123 und f.

27 Vgl. J. Blondel, Dual Leadership in the Contemporary Word, [in:] Parliamentary versus Presidential Government, A. Lijphart (red.), Oxford University Press, New York 1992, S. 162 und f.

28 Vgl. z.B. W. Skrzydło, Ustrój polityczny Francji, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992, S. 244-246.

29 L. Philips, Reforma instytucji V Republiki, „Przegląd Sejmowy“ 2008, nr 6 (89), S. 118-119.

30 Vgl. B. Banaszak, Egzekutywa w Polsce – stan obecny i uwagi de lege fundamentali ferenda, „Przegląd Sejmowy“ 2006, Nr. 3(74), S. 9.

31 Vgl. R. R. Ludwikowski, Prawo konstytucyjne porównawcze, TNOiK „Dom Organizatora“, Toruń 2000, s. 390. Der Autor betont, dass das „gaullistische Präsidialsystem“ eher eine Ausnahme als die Regel war und sich vor allem aus den charismatischen Eigenschaften eines konkreten Staatsoberhauptes ergeben hat“, ibidem,S. 389.

32 Ibidem, S. 390.

33 Die Stellung des Premierministers ist teilweise so stark, dass er als der dritte Teil der Exekutive neben der Regierung und dem Präsidenten rangiert; vgl. weitere Anmerkungen E. Zwierzchowski, Prawnoustrojowe stanowisko kanclerza NRF, Śląski Instytut Wydawniczy, Katowice 1972, passim.

34 Vgl. J. Szymanek, System rządów parlamentarnych (ewolucja polityczno-prawnych mechanizmów współpracy i równoważenia legislatywy i egzekutywy), [in:] Systemy rządów – dylematy konstytucyjnej regulacji i praktycznej funkcjonalności, red. T. Mołdawa, J. Szymanek, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 2007, S. 150.

35 Vgl. weitere Anmerkungen L. Garlicki, Ustrój polityczny Republiki Federalnej Niemiec, Krajowa Agencja Wydawnicza, Warszawa 1985, S. 203 und f.

36 Vgl. T. Borkowski, System rządów w nowej Konstytucji, „Państwo i Prawo“ 1997, Nr. 11/12, S. 71 und f.

37 Vgl. B. Ackerman, The Future of Liberal Revolution, Yale University Press, New Haven 1992.

Das polnische Verfassungstribunal und die Baugenehmigung

DR. PETER V. FELDMANN

In der deutschen Gesetzgebung spielt der sogenannte Bürokratieabbau seit einigen Jahren eine entscheidende Rolle. Insbesondere im Bauwesen werden Genehmigungsverfahren eingeschränkt, weil man im Umfang der behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Prüfungskompetenz sowie in den Klagebefugnissen Dritter erhebliche Investitionshindernisse sieht. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Ländergesetzgebung, die das Erfordernis einer Baugenehmigung und die Verpflichtung der Baubehörde zur Prüfung der Übereinstimmung geplanter Bauvorhaben mit dem materiellen Recht mehr oder weniger weitgehend eingeschränkt hat. Hiergegen ist in der Fachliteratur vielfach Kritik im Hinblick auf den Verlust an Rechtssicherheit zu Lasten sowohl des Bauherrn als auch betroffener Dritter und der öffentlichen Sicherheit sowie des Rechtsschutzes erhoben worden.[1]

In diesem Zusammenhang lässt nun ein Urteil des polnischen Verfassungstribunals aufhorchen, dass in der polnischen Presse einen erheblichen Widerhall fand: Die Abschaffung der Baugenehmigung[2] durch eine Novelle zum Baurecht wurde für verfassungswidrig erklärt[3]. Dies gibt Anlass zum Rechtsvergleich aus bau-, verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Sicht, woraus sich für beide Seiten Anregungen für bessere Problemlösungen unter Berücksichtigung auch der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben für die nationale Gesetzgebung ergeben könnten. Hierzu sollen im Folgenden einige Ansatzpunkte herausgearbeitet werden.

I. Strukturvergleich des polnischen und deutschen Baurechts

Das polnische Baurecht ist in seinen Grundzügen mit dem deutschen vergleichbar. Es unterscheidet zwischen dem Städtebaurecht – deutsch: Recht der Bauleitplanung/Bauplanungs-

1 Der Verfasser dieser Zeilen gehört selbst zu den Kritikern, insbesondere der am weitesten gehenden Berliner Landesbauordnung, vgl. v. Feldmann/Groth/Aschmann, Die neue Berliner Bauordnung, Genehmigungsfreistellung und vereinfachtes Genehmigungsverfahren, Grundeigentum-Verlag 2007

2 Pozwolenie na budowę

3 Urteil vom 20. April 2011, Aktenzeichen Kp 7/09, Amtliche Sammlung Serie A Nr. 3 (140) S. 371 ff.

recht[4], polnisch: Recht der Raumordnung und Raumbewirtschaftung[5]- und den ordnungsrechtlichen Anforderungen an das Bauen – deutsch: Bauordnungsrecht[6] , polnisch: Baurecht[7]. Der städtebauliche Rahmen für das Bauen wird in Polen – wie in Deutschland – durch den Ortsplan[8] als verbindliches Gemeinderecht bestimmt, vergleichbar dem deutschen Bebauungsplan. Im Falle des Fehlens eines solchen werden Investitionen für öffentliche Zwecke durch Verwaltungsentscheidung der Gemeinde über die Festlegung des Standorts nach Abstimmung mit den zu beteiligenden Behörden zugelassen.[9] Im Übrigen gilt als Zulässigkeitsvoraussetzung – mit den deutschen Bestimmungen über das Bauen im unbeplanten Innenbereich[10] vergleichbar – die Regelung über die Anpassung an die Nachbarschaft[11], worüber ebenfalls die Gemeinde entscheidet.

Das polnische Bauordnungsrecht enthält neben den technischen Anforderungen an das Bauen das Bauverfahrensrecht. In der Regel kann mit dem Bauen erst nach Erteilung der Baugenehmigung begonnen werden.[12] Für eine Liste untergeordneter Bauwerke ist nur eine Bauanzeige erforderlich oder es herrscht völlige Freistellung. Im Baugenehmigungsverfahren wird die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem materiellen Baurecht geprüft. Die Verbindung mit dem Städtebaurecht wird dadurch hergestellt, dass der Bauentwurf mit den Festsetzungen des Ortsplans oder im Falle des Fehlens eines solchen mit der Gemeindeentscheidung über die Bebauungsvoraussetzungen übereinstimmen muss, die dem Bauantrag beizufügen ist.[13] Das Verfahren der Bauerrichtung endet mit der Gebrauchsgenehmigung.[14] Dies alles entspricht weitgehend dem traditionellen deutschen Bauordnungsrecht vor der Entbürokratisierungswelle.

Das polnische Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht gewährt offenbar einen sehr weitgehenden öffentlich-rechtlichen Nachbarschutz. Nachbarn sind von vornherein Beteiligte im Verwaltungsverfahren nach den Vorschriften des Gesetzbuchs über das Verwaltungsverfahren.[15] Es gibt – wie aus dem hier besprochenen Urteil hervorgeht – anscheinend eine umfassende Klagebefugnis von Grundstücksnachbarn, wonach diese gegen jedwede Beeinträchtigung aufgrund rechtswidriger Baugenehmigungen eine verwaltungsgerichtliche Klage erheben können.

In Deutschland besteht dagegen kein so weitgehender Nachbarschutz, wie unten noch näher auszuführen ist.

Der zivilrechtliche Nachbarschutz in Polen bleibt nach den Darlegungen des Verfassungstribunals weit hinter dem öffentlich-rechtlichen zurück, was der deutschen Rechtslage nach §§ 906, 1004 BGB entspricht, so dass er bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Aprilnovelle unter dem Gesichtspunkt des Nachbarschutzes keine Rolle spielt.

II. Entbürokratisierungsversuche in Deutschland

Im Zuge der so genannten Entbürokratisierung ist in den deutschen Landesbauordnungen die Genehmigungsbedürftigkeit von Bauvorhaben weitgehend eingeschränkt worden. Als Beispiel sei hier die jetzt im Land Berlin geltende Bauordnung[16]genannt: Eine stark erweiterte Liste untergeordneter Vorhaben ist gänzlich verfahrensfrei. Einer Baugenehmigung bedürfen nur noch „Sonderbauten“, zu denen Hochhäuser, ausgedehnte Gebäude und vor allem öffentlich genutzte Einrichtungen gehören. Alle anderen Vorhaben, insbesondere der gesamte Wohnungsbau bis zur Hochhausgrenze, unterliegen der „Genehmigungsfreistellung“, wenn sie den Festsetzungen eines Bebauungsplans nicht widersprechen oder die erforderlichen Befreiungen und Ausnahmen erteilt worden sind, die Erschließung gesichert ist und die Bauaufsichtsbehörde nicht innerhalb einer Monatsfrist erklärt, dass das so genannte vereinfachten Baugenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll. Im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren wird nur die Übereinstimmung mit dem Bauplanungsrecht, hinsichtlich der bauordnungsrechtlichen Vorschriften im Wesentlichen jedoch nur die Einhaltung der Abstandsflächen zu Nachbargrundstücken geprüft. Ein Bauabnahmeverfahren findet grundsätzlich nicht mehr statt.

Die verfahrensrechtliche Folge für die Nachbarschaft liegt darin, dass in der Mehrzahl solcher Vorhaben, die Nachbarschaftskonflikte hervorrufen können, nach der Intention des Gesetzgebers überhaupt kein Verfahren stattfindet, an dem Nachbarn beteiligt werden könnten. Ein Nachbar, der sich durch die rechtswidrige, gegen drittschützende Normen verstoßende Errichtung eines genehmigungsfrei gestellten Vorhabens in seinen Rechten beeinträchtigt sieht, hat nur die Möglichkeit, von der Bauaufsichtsbehörde deren Einschreiten gegen das Vorhaben zu beantragen und gegebenenfalls gerichtlich mit der Verpflichtungsklage durchzusetzen.

III. Der polnische Entbürokratisierungsversuch

Die Entbürokratisierungswelle hat auch den polnischen Gesetzgeber ergriffen. Aufgrund der Vorschläge einer vom Parlament eingesetzten Entbürokratisierungskommission – „Freundlicher Staat“[17] – haben Sejm und Senat 2009 die sogenannte Aprilnovelle[18] beschlossen, die vor allem radikale Änderungen des Baurechts betrifft, namentlich die Abschaffung der Baugenehmigung:

Soweit nicht eine große Anzahl baulicher Anlagen nach einer entsprechenden Liste ohnehin völlig verfahrensfrei ist, bedürfen Bauvorhaben mit wenigen Ausnahmen nur noch der Erstattung einer Anzeige. Mit dem Bau darf begonnen werden, falls die zuständige Behörde nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen durch Bescheid Widerspruch erhebt. Eine Verpflichtung zur Einholung eines Bescheides über die Registrierung gilt nur für Bauvorhaben, welche sich beträchtlich auf die Umwelt oder Flächen von „Natur 2000“-Schutzgebieten auswirken können. Ferner bedürfen Bauvorhaben an Anlagen oder auf Flächen, die in das Denkmalregister eingetragen sind, vor Baubeginn der Zustimmung des Wojewodschaftskonservators.

In allen anderen Fällen registriert die zuständige Behörde innerhalb einer Frist von 30 Tagen seit dem Eingang der Anzeige lediglich das Vorhaben und händigt dem Bauherrn das Bautagebuch aus, falls sie nicht Widerspruch erhebt, wobei sie den Bauherrn zur Beseitigung von Fehlern in der Anzeige oder im Bauentwurf auffordern kann. Die Kompetenz der Behörde nach Eingang der Anzeige umfasst nur die Prüfung

- der Richtigkeit und Vollständigkeit der Anzeige, der Vollständigkeit des Bauentwurfs,
- der Anfertigung des Bauentwurfs durch eine dazu berechtigte Person,
- der Übereinstimmung der Lage des Vorhabens mit der städtebaulichen Zustimmung,
- der Übereinstimmung mit den Festlegungen eines Bescheides über die umweltrechtlichen Voraussetzungen, falls ein solcher erforderlich ist

Die bisher vorgeschriebene Gebrauchsgenehmigung wird ebenfalls praktisch abgeschafft.

Politisch besonders wichtig war angesichts des beträchtlichen Umfangs an ungenehmigten Bauten die mit der Novelle vorgesehene Legalisierung der vor dem 1. Januar 1995 errichteten Schwarzbauten kraft Gesetzes. Die Baubehörde sollte verpflichtet werden, den Eigentümern auf Antrag eine Bescheinigung über die Legalisierung solcher baulicher Anlagen ohne jede Prüfung ihrer Übereinstimmung mit baurechtlichen Vorschriften zu erteilen.

IV. Verhinderung des Inkrafttretens durch den Staatspräsidenten

Präsident Lech Kaczyński weigerte sich, die Novelle zu unterzeichnen und wandte sich mit dem Antrag auf ihre verfassungsrechtliche Überprüfung nach Art. 122 Abs. 3 der polnischen Verfassung an das Verfassungstribunal. Sein Nachfolger Komorowski schloss sich diesem Antrag an.

Verfahrensbeteiligte waren neben dem Staatspräsidenten als Antragsteller der Sejmmarschall als Vertreter des Parlaments, der die Verfassungsmäßigkeit der Aprilnovelle verteidigte, sowie der Generalstaatsanwalt, der mit dem Staatspräsidenten die Abschaffung der Baugenehmigung und der Gebrauchsgenehmigung sowie die Legalisierung von Schwarzbauten für verfassungswidrig hielt.

V. Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Beurteilung der Aprilnovelle

1. Der ausführlichen Wiedergabe der Meinungen der Verfahrensbeteiligten folgt im Urteil des Verfassungstribunals die Darstellung der von der Novelle aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme, das verfassungsrechtliche Prüfungsschema.[19]

„Das erste Problem ist die Ausgestaltung von Mechanismen durch den Gesetzgeber, die keinen hinreichenden Einfluss staatlicher Behörden auf die Sicherstellung der öffentlichen Ordnung und die Wahrung des öffentlichen Interesses garantiert (Verletzung von Art. 1 und Art. 2 der Verfassung[20]). Diese Frage hat grundsätzliche Bedeutung für die Beziehungen Staat –nichtöffentliche Person (zum Beispiel Bauherr), in denen präzise nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten beider Seiten dieser Beziehung geregelt werden müssen“.

Ein so weitgehender Rechtssatz ist dem deutschen Verfassungsrecht fremd. Der Gesetzgeber hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen sehr geräumigen Spielraum bei der Ausgestaltung von Gesetzen zur Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger. Auch die Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Bestimmungen sind hier wesentlich geringer. Die Schließung von Bestimmtheitslücken ist grundsätzlich Sache der Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der Gesetze[21]. Darüber hinaus haben die deutschen Gerichte mit der Möglichkeit der sogenannten verfassungskonformen Auslegung einen nicht unerheblichen Spielraum, verfassungsrechtlich bedenkliche Gesetze – u.U. auch gegen die Intention des Gesetzgebers – auszulegen, statt sie dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

Auch bei der nachfolgenden verfassungsrechtlichen Überprüfung einzelner Bestimmungen der Baurechtsnovelle wiederholt das Verfassungstribunal lediglich mehrfach, dass das Prinzip des sozialen Rechtsstaats den Schutz des „Vertrauens in den Staat und die von ihm erlassenen Gesetze“ sowie den „Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit“ umfasse, ohne dies näher zu begründen.

Auch solche Einschränkungen der Gesetzgebungskompetenz sind der deutschen Verfassungsrechtsprechung[22] zum Rechtsstaatsprinzip fremd.

„Das zweite Problem beruht auf der bedeutenden Schwächung des Schutzes des Eigentumsrechts Dritter, das einer Schädigung durch Tätigkeiten des Bauherrn und dem Entzug öffentlich-rechtlicher Mittel des Schutzes gegen solche Verletzungen ausgesetzt ist (Verletzung des Art. 21 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 der Verfassung sowie Art. 45 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 77 Abs. 2 der Verfassung[23]). Es handelt sich um eine Frage, die hauptsächlich in den Beziehungen zwischen Bürgern (benachbarten Eigentümern mit ihrem Grundbesitz) entsteht.“

Diese Fragestellung wäre hinsichtlich des baurechtlichen Nachbarschutzes am ehesten auch nach deutschem Verfassungsrecht mit seinem Grundrecht auf Schutz des Eigentums nach Art. 14 GG und seiner Garantie eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG denkbar.

„Das dritte Problem ist eine Tätigkeit des Staates, die das Vertrauen des Bürgers in ihn oder das von ihm gesetzte

4 geregelt im Baugesetzbuch – BauGB
5 geregelt in Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym; im folgenden „Planungsgesetz„
6 geregelt in den Landesbauordnungen
7 Geregelt in Ustawa – Prawo budowlane; im Folgenden „Baurecht„
8 Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego
9 Art. 50 ff. Planungsgesetz
10 § 34 Abs. 1 BauGB
11 Art. 59 ff. Planungsgesetz
12 Art. 28 ff. Baurecht
13 Art. 35 Baurecht
14 Art. 55 ff. Baurecht
15 Kodeks postępowania administracyjnego; Art. 28 ff. KPA
16 Bauordnung für Berlin (BauOBln) vom 29. 9. 2005 (GVBl. S. 495), zul. geändert d. Ges. v. 29. 6. 2011 (GVBl. S. 315)
17 Komisja Nadzwyczajna „Przyjazne Państwo„
18 v. 23.4.2009; s. u.a. http://g.infor.pl/zalaczniki/i41/do_pobrania/1048_u.pdf

19 Tz 5 der Begründung
20 Art. 1: Die Republik Polen ist das gemeinsame Gut aller Bürger.
Das Verfassungstribunal hat jedoch von der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Novelle anhand des Art. 1 abgesehen, weil sich die Verfassungswidrigkeit bereits aus Art. 2 ergebe, wohl auch deshalb, weil der normative Charakter dieser Bestimmung bestritten wird („stilistische Verzierung„?). Hingegen wendet sich hiergegen nachdrücklich das Sondervotum des Richters Cieślak.
Art. 2: Die Republik Polen ist ein demokratischer Rechtsstaat, der die Grundsätze der sozialen Gerechtigkeit verwirklicht.
21 Es reicht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Regel aus, wenn die üblichen Auslegungsmethoden zu einer hinreichenden Grundlage für die Anwendung des Gesetzes führen, so dass auch sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe Grundrechtseingriffe rechtfertigen können.
22 Das Vertrauen der Bürger in die Gesetzgebung spielt im deutschen Verfassungsrecht nur bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Gesetze eine Rolle.
23 Art. 21 Abs. 1: Die Republik Polen schützt das Eigentum und das Erbrecht.
Art. 64 Abs. 1: Jeder hat das Recht auf Eigentum, andere Vermögensrechte sowie auf das Erbrecht.
Abs. 2: Das Eigentum, andere Vermögensrechte sowie das Erbrecht unterliegen für alle in gleicher Weise dem Rechtsschutz.
Art. 31 Abs. 3: Einschränkungen verfassungsmäßiger Freiheiten und Rechte können nur durch Gesetz festgelegt werden und nur dann, wenn sie in einem demokratischen Staat für seine Sicherheit oder die öffentliche Ordnung, für den Umweltschutz, die öffentliche Gesundheit und Moral oder die Freiheiten und Rechte anderer Personen notwendig sind. Diese Beschränkungen dürfen das Wesen von Freiheiten und Rechten nicht antasten.
Art. 45 Abs. 1: Jeder hat das Recht auf ein gerechtes und öffentliches Verfahren in seinen Angelegenheiten ohne grundlose Verzögerung durch das zuständige, unabhängige, unparteiische Gericht.
Art. 77 Abs. 2: Jeder hat das Recht auf Entschädigung für einen Schaden, welcher ihm durch eine ungesetzliche Handlung einer öffentlichen Behörde zugefügt worden ist.

Recht verletzt (Verletzung des Artikels 2 der Verfassung), die auf einer willkürlichen ex lege-Befreiung von den Verpflichtungen von Rechtsbrechern (Schwarzbauten) beruht, und dies ohne Prüfung von Sachfragen, sondern allein auf der Grundlage der Erfüllung formaler Voraussetzungen."

Auch diese Rechtsfrage könnte sich nach deutschem Verfassungsrecht so nicht stellen. Eine willkürlich erscheinende nachträgliche Befreiung der Eigentümer illegaler Bauten von ihren baurechtlichen Verpflichtungen wäre hier unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG im Vergleich mit den für andere (gesetzestreue) Bürger geltenden Regelungen zu prüfen.

VI. Die verfassungsrechtliche Stellung von Bauherren, Nachbarn und des öffentlichen Interesses im Bauverfahren

Aus den genannten allgemeinen, sich aus den betreffenden Verfassungsartikeln ergebenden Rechtsgrundsätzen leitet das Verfassungstribunal sodann spezielle Rechtssätze zur Rechtsstellung des Bauherrn auf der einen sowie der benachbarten Grundeigentümer und des öffentlichen Interesses auf der anderen Seite ab.

1. DAS GRUNDRECHT DES BAUHERRN AUF BEBAUUNG SEINES GRUNDSTÜCKS

Das Verfassungstribunal leitet aus dem Eigentumsschutz nach Art. 64 Abs. 2der polnischen Verfassung den Grundsatz der Baufreiheit ab[24], wie er auch in Art. 4 des Baurechts formuliert ist, wonach „jeder das Recht zur Bebauung einer Liegenschaft hat, wenn er das Recht zur Verfügung über die Liegenschaft zum Zweck der Bebauung nachweist, unter der Voraussetzung der Übereinstimmung der Bauabsicht mit den gesetzlichen Vorschriften." Die Baufreiheit werde entsprechend Art.31 Abs.3 der Verfassung vor allem durch das öffentliche Recht beschränkt, namentlich durch die Vorschriften des Baurechts und denjenigen über die Planung und Raumbewirtschaftung, ferner durch die Rechtsakte, die den Schutz der Natur, der Umwelt, von Denkmalen usw. betreffen. Dies alles entspricht der deutschen verfassungsrechtlichen Lage nach der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

2. DAS GRUNDRECHT VON NACHBARN AUF UNGESTÖRTE NUTZUNG

An seine Ausführungen über die Baufreiheit schließt das Verfassungstribunal die – zweifellos zutreffende – Feststellung an, die Errichtung von baulichen Anlagen auf dem eigenen Grundstück könne sich nachteilig auf die Nutzung benachbarter Grundstücke mit verschiedenem Gewicht auswirken: „Von der ästhetischen Abneigung gegen die Anlage nach dem Gefühl des Nachbarn (und oft auch als objektiv hässlich) oder dadurch, dass der Empfang des Fernsehprogramms unmöglich gemacht oder erschwert wird, durch das Versperren des Ausblicks, durch die Beschränkung der Sonneneinstrahlung oder der Zufuhr frischer Luft bis hin zu einer erheblichen Verringerung des Marktwerts angrenzender Grundstücke, wie ebenso durch übermäßigen Lärm, Erschütterungen, Rauch, Abgase, die während der Dauer des Bauprozesses oder der Nutzung der Anlage emittiert werden."

Hieran schließt sich die verfassungsrechtliche Feststellung an, der Schutz der Rechte von Nachbarn „zur ungestörten Nutzung ihres Grundbesitzes" sei Ausdruck des Schutzes ihres Eigentumsrechts, das nach Art. 64 Abs. 2 mit dem Eigentumsrecht des Bauherrn „gleichrangig" sei. Die Notwendigkeit des Schutzes der Rechte Dritter sei „eine der Grundlagen für die Einführung gesetzlicher Begrenzungen der Rechte des Bauherrn sowie der Einschaltung von Verwaltungsbehörden in den Prozess der Bauerrichtung..." Gleichrangig neben dem Eigentumsschutz des Bauherrn und der Grundstücksnachbarn sei auch das öffentliche Interesse, das den Schutz der Interessen gewöhnlicher Menschen und bestimmter gesellschaftlicher Güter umfasst, darunter das öffentliche Vermögen.

Während Letzterem natürlich auch nach deutschem Verfassungsrecht zuzustimmen ist, weil Gesetze, die – wie die Baugesetze – nach Art. 14 Abs. 2 das Eigentum beschränken, gemeinwohlbezogen sein müssen, gilt dies nicht für die vom Verfassungsschutztribunal angenommene Gleichrangigkeit des Nachbarschutzes. Für die deutsche Verwaltungsrechtsprechung gibt es einen Rechtsschutz des Nachbarn gegen die Bebauung benachbarter Grundstücke nur aufgrund einfachen Rechts nach der so genannten Schutznormtheorie: Die Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Bau-und Immissionsschutzrechts kann von Nachbarn nur dann mit öffentlich-rechtlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden, wenn die betreffenden Vorschriften nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern zugleich dem Schutz von Nachbarn zu dienen bestimmt sind.[25] Dies wird von der Rechtsprechung – grob gesagt – nur bejaht, wenn

im Bereich von Bebauungsplänen gegen Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung (z. B. störender Gewerbebetrieb neben Wohnhaus im allgemeinen Wohngebiet),

im unbeplanten Innen- und Außenbereich hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung gegen das sogenannte Gebot der Rücksichtnahme[26] in besonders schützenswerten Nachbarschaftsverhältnissen (z.B. bei erdrückender Wirkung eines Gebäudes), durch Immissionen gegen Grenz- oder Richtwerte des Immissionsschutzrechts verstoßen wird.

Dagegen lehnt die neuere Rechtsprechung jeglichen Rückgriff auf das Eigentumsgrundrecht zur Begründung von Nachbarabwehrrechten grundsätzlich ab[27], weil ausreichender Nachbarschutz aufgrund der Schutznormtheorie gewährt werde und davon nicht erfasste Beeinträchtigungen als gesetzliche Eigentumsbegrenzung nach Art. 14 Abs.2 GG hingenommen werden müssten.

24 Tz 6.1
25 seit Jahrzehnten ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit
26 das sich nach der Rechtsprechung aus §§ 34 Abs. 1 und § 35 BauGB ergibt
27 Auch das Gebot der Rücksichtnahme leitet die Rechtsprechung aus den Regelungen des BauGB und nicht aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ab.

VII. Überprüfung der Vorschriften der Aprilnovelle durch das Verfassungstribunal im Einzelnen

1. VERLETZUNG DER RECHTSSCHUTZGARANTIE

Im bisherigen Genehmigungsverfahren – so führt das Gericht aus[28] – würde der Schutz des Eigentums von Nachbarn durch ihre Beteiligtenstellung garantiert, was sich ganz allgemein auch auf die öffentliche Ordnung auswirke. Die Abschaffung der Baugenehmigung würde eine solche Beteiligung und damit auch das Rechtsmittel des Widerspruchs gegen die Entscheidung der ersten Instanz völlig ausschließen. Denn den Charakter eines Verwaltungsverfahrens erhielte die Tätigkeit der Behörde erst im Falle des Erlasses eines Widerspruchs, nicht aber durch das stillschweigende Verstreichenlassen der 30-Tage-Frist. Mangels eines Verwaltungsakts würde es daher auch keinen wirksamen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz für Nachbarn mehr geben. Dies alles verstoße gegen die Rechtsschutzgarantie nach Art.45 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 77 Abs. 2 der Verfassung.

Diese Aussage würde für die deutsche Rechtslage nicht zutreffen. Denn in Fällen, in denen schon jetzt nach der jeweiligen Landesbauordnung keine Baugenehmigung mehr erforderlich ist, kann ein Nachbar, der sich in seinen – wie gesagt – nach der Schutznormtheorie nur begrenzten Abwehrrechten beeinträchtigt sieht, gegen insoweit materiell rechtswidrige Bauten das Einschreiten der Baubehörde beantragen und gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen.[29]

2. VERLETZUNG RECHTSSTAATLICHER GRUNDSÄTZE UND DES EIGENTUMSSCHUTZES

Hierzu führt das Verfassungstribunal aus[30]: Die Behörde, die sich gegenüber der Realisierung einer Bauinvestition nach Eingang der Bauvorlagen schweigend verhalte und damit die Voraussetzung für den Baubeginn nach einem Monat schaffe, entscheide über die Rechte vieler Bürger, nicht nur die des Bauherrn, sondern auch die der Eigentümer benachbarter Grundstücke und über das öffentliche Interesse allein aufgrund einseitiger Information durch den Bauherrn. Die Durchführung eines nachhaltigen Verfahrens, in dem die Verwaltungsbehörde sich mit den Auffassungen aller interessierten Bürger vertraut gemacht hat, sei eine Garantie für die Einhaltung der städtebaulichen Ordnung und die Beachtung der Rechte benachbarter Grundstückseigentümer. Der Verzicht auf dieses Verfahren ohne Festlegung anderer wirksamer Instrumente stelle eine „beträchtliche Verletzung des Grundsatzes audiatur et altera pars" dar. Die Möglichkeit der Realisierung von Investitionen auf der Grundlage der stillschweigenden Zustimmung der Behörde ohne Einholung der Stellungnahme von Bürgern, auf die sich solche Investitionen negativ auswirken könnten, sei „eine unverhältnismäßige Begrenzung des Rechts zum Schutz des Eigentums, das nicht mit dem Schutz des Eigentums des Bauherrn korrespondiere." Der Gesetzgeber habe „darauf verzichtet, sich um einen Ausgleich in den gesellschaftlichen Beziehungen zu bemühen, und sich nicht um rechtliche Lösungen bemüht, indem er nur eine ausgewählte Gruppe von Bürgern – die Bauherren – begünstigt."

Alle diese Feststellungen leitet das Verfassungstribunal aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 2 der Verfassung in Verbindung mit dem durch Art. 21 Abs. 1, Art. 64 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 der Verfassung garantierten Eigentumsschutz ab.

Das Verfassungstribunal legt weiter dar[31], dass die Neuregelung mit der Dreißigtagefrist für die Prüfung der Behörde, ob ein Widerspruch zu erheben ist, in gleicher Weise ein Einfamilienhaus, eine Wohnsiedlung oder sogar einen Industriebetrieb betreffe. Wegen der Unmöglichkeit einer ausreichenden Prüfung innerhalb der Frist würde die Neuregelung zum Entstehen zahlreicher Anlagen führen, darunter solcher, die öffentlichem Gebrauch dienen, welche die Sicherheit der Bürger bedrohen könnten, die auf die gefahrlose Benutzbarkeit solcher Anlagen vertrauten. Die angefochtene Regelung würde daher „den Grundsatz des Vertrauens in den Staat und in die von ihm erlassenen Gesetze verletzen, der sich aus Art. 2 der Verfassung" ergebe.

Darüber hinaus – so führt das Gericht aus[32], ohne die betreffenden Fragen vertiefen zu wollen – würde die Einführung des Anzeigeverfahrens zum Entstehen zahlreicher Anlagen führen, die sich negativ auf die Umwelt oder Flächen eines „Natura 2000"-Schutzgebietes auswirken könnten. Es bestünden zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass dieses Verfahren im Widerspruch zu den Umweltschutzgesetzen stehe, die die entsprechenden europarechtlichen Direktiven umgesetzt hätten. Dies hätte „zur Folge, dass sich der Staat aus den Verpflichtungen herauslösen würde, die sich aus dem europäischen Recht ergeben."

Diese Schlussfolgerungen, die das Verfassungstribunal aus dem umfassenden Eigentumsschutz von Nachbarn zieht, der mit dem Eigentumsrecht des Bauherrn verfahrensrechtlich gleichrangig sei, sind von vornherein nicht mit der verfassungsrechtlichen Lage in Deutschland vergleichbar, weil es diese Gleichrangigkeit hier nur eingeschränkt gibt, soweit zugunsten des Nachbarn drittschützende Normen gelten.[33]

Dagegen wäre die vom Verfassungstribunal angenommene Gefährdung des Schutzes der Nutzer von – insbesondere öffentlich zugänglichen – Gebäuden mangels hinreichender staatlicher Kontrolle auch nach deutschem Verfassungsrecht ein verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt im Hinblick auf die Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit der Bürger.[34] Diese Schutzpflicht gilt jedoch nur subsidiär. Die Regelungen der Landesbauordnungen über die Einschränkung der Kontrollpflicht des Staates folgen dem Grundsatz, dass die Verantwortlichkeit des Bauherrn und der von ihm beauftragen amtlich anerkannten Prüfingenieure, deren Prüfzeugnisse zu den einzureichenden Bauvorlagen gehören und die den Bauprozess begleiten, eine ausreichende Garantie für die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen ist. Die Gesetzgeber setzen ganz bewusst

28 Tz 7.2
29 Vgl. hierzu den Überblick über die Rechtsprechung von Mehde/Hansen, Das subjektive Recht auf Bauordnugsverfügungen im Zeitalter der Baufreistellung – Eine Bilanz – in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2010, 14
30 Tz 7.3 ff.
31 Tz 7.6
32 Tz 8.1.3.
33 Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 1.10.2008, Baurechtssammlung 73 Nr. 164, zur Bedeutung der Gleichrangigkeit bei der Abwehr baugebietsfremder Nutzungen im Hinblick auf den einstweiligen Rechtsschutz
34 die sich aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt

auf den Rückzug des Staates zugunsten der für ausreichend gehaltenen privaten Kontrolle des Bauprozesses.

Es verwundert, dass sich das Verfassungstribunal nicht damit auseinandersetzt und dass auch der polnische Gesetzgeber mit der Aprilnovelle offenbar von derselben Maxime ausgegangen ist. Denn nach wie vor hätte der Bauherr die Verpflichtung gehabt, Bauvorlagen einzureichen, die von besonders für „selbständige technische Funktionen im Bauwesen“ qualifizierten Personen[35] angefertigt worden sind, sowie den Bauprozess durch solche Personen beaufsichtigen zu lassen.

Auch die in der Aprilnovelle vorgesehene Abschaffung der Gebrauchsgenehmigung[36] (deutsch: Gebrauchsabnahme) ist vom Verfassungstribunal als verfassungswidrig verworfen worden: Falls es zur Abschaffung des Instituts der Gebrauchsgenehmigung käme, würde dies bedeuten, dass der Staat sich aus seiner Verpflichtung zur Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei der Mehrheit bauliche Investitionen zurückzieht. Dies würde unmittelbar zur Gefährdung von Leben und Gesundheit der Bürger führen, was den Standards eines demokratischen Rechtsstaats nach Art. 2 der Verfassung widersprechen würde, wonach der Bürger ein Recht auf Vertrauen darauf hat, dass rechtliche Lösungen nicht zur Gefährdung seiner Sicherheit führen.

Nach deutschem Recht gilt hier das oben Gesagte entsprechend. In den Fällen, in denen die Erforderlichkeit einer Baugenehmigung abgeschafft worden ist, gibt es auch keine Rohbau- und Gebrauchsabnahme mehr[37], weil man meint, dass die Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen auch insoweit durch privat eingesetzte Fachleute garantiert wird.

3. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER LEGALISIERUNG VON SCHWARZBAUTEN

Das Gericht hebt hervor[38], das gegenwärtig eine Legalisierung von Schwarzbauten unter der Voraussetzung der Erfüllung der materiellrechtlichen (d.h. der Übereinstimmung des Bauwerks mit den materiellen Rechtsvorschriften, zum Beispiel hinsichtlich der Lage der Anlage auf dem Grundstück), der formalen (der Überlassung bestimmter Unterlagen an die Behörde) und der fiskalischen Voraussetzungen (Begleichung einer bestimmten Legalisierungsabgabe) in einem bestimmten Verwaltungsverfahren möglich ist.

Die mit der Aprilnovelle beschlossene Legalisierung vor dem 1. April 1995 errichteter Schwarzbauten bedeute dagegen die Freistellung von all diesen Voraussetzungen zu Gunsten von Personen, die verbindliches Recht verletzt hätten und nunmehr auch das Recht erlangten, von der öffentlichen Verwaltung ohne besonders Prüfverfahren die Ausstellung einer „Bescheinigung über die Legalisierung der Anlage“ zu fordern. Mit großer Sicherheit schade „ dies dem Vertrauen in den Staat und das von ihm gesetzte Recht“ und verstärke „bei den Adressaten die Tendenz zu seiner Geringschätzung in der Hoffnung, dass mit der Zeit der Gesetzgeber die gestellten Anforderungen erleichtert oder gänzlich von Sanktionen“ absieht. Die Gesamtheit der aufgezeigten Umstände führe zur Annahme, dass die Aprilnovelle auch insoweit nicht mit Art. 2 der Verfassung vereinbar sei.

Auch hier wäre die verfassungsrechtliche Fragestellung nach deutschem Recht eine andere. Wie bei jeder von einem Stichtag abhängigen Freistellung von einer gesetzlichen Verpflichtung käme es auf einen Vergleich der Rechtsstellung der Begünstigten mit derjenigen der Nichtbegünstigten nach dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG an. Die Begünstigung ist verfassungsgemäß, wenn dafür hinreichende sachliche Gründe sprechen. Es spricht vieles dafür, dass eine so weitreichende Begünstigung der Eigentümer von Schwarzbauten ohne Rücksicht auf Art und Umfang der jeweiligen Baurechtswidrigkeit auch nach deutschem Recht nicht zu rechtfertigen wäre.

Schlussbetrachtung

Die Entscheidung des polnischen Verfassungstribunals zu der mit der Aprilnovelle beabsichtigten fast gänzlichen Abschaffung der Baugenehmigung und der Gebrauchsgenehmigung ohne verfahrensrechtliche Sicherstellung einer hinreichenden staatlichen Kontrolle der Sicherheitsanforderungen an die Errichtung von Bauwerken sowie der Einhaltung von Nachbarrechten und eines effektiven Nachbarrechtsschutzes ist ebenso hinsichtlich der Legalisierung von Schwarzbauten im Ergebnis auch aus der Sicht einer zweckmäßigen Gestaltung des Baurechts unter ausgleichender Wahrung der Interessen des Bauherrn, der Nachbarn und der Öffentlichkeit zu begrüßen. Die Aprilnovelle vernachlässigt auch aus deutscher Sicht krass die Besonderheiten des Bauverfahrens. Jedoch erscheint der vom Verfassungstribunal aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete und die Entscheidung im wesentlichen tragende Rechtssatz, dass gesetzliche Regelungen das Vertrauen des Bürgers in den Staat und die von ihm erlassenen Gesetze nicht erschüttern dürfen, aus deutscher Sicht als zu wenig prägnant, um dem Gesetzgeber die Grenzen seiner Kompetenz nach dem Rechtsstaatsprinzip zu verdeutlichen. So finden sich in der Entscheidung auch nur wenige Ansätze dafür, welche Anforderungen an eine „gemäßigtere“ Einschränkung der Genehmigungsbedürftigkeit von baulichen Anlagen und des damit zusammenhängenden Kontrollumfangs der Behörden zu stellen wären.

Für den nach Pressemitteilungen beabsichtigten neuen Versuch der Einschränkung der Baugenehmigung könnte es hilfreich sein, die Lösungen zu verwerten, die die deutschen Bundesländer mit entsprechenden Änderungen ihrer Bauordnungen in den letzten Jahren vorgenommen haben, da ja, wie oben ausgeführt, das polnische und das deutsche Baurecht sich in ihren Strukturen gleichen.

35 vgl. die nicht geänderten Regelungen der Art. 18 ff. in Verbindung mit Art. 12 ff

36 Pozwolenie na użytkowanie; diese ist nach Art. 55 Baurecht für bestimmte Baukategorien erforderlich

37 Der Bauherr hat lediglich eine Anzeige zu erstatten, um der Baubehörde die Möglichkeit der Besichtigung zu geben, wovon sie aber nach eigenem Ermessen Gebrauch machen oder absehen kann, vgl. § 72 Bauordnung Berlin

38 Tz 9

Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entsendung polnischer Arbeitnehmer nach Deutschland

DR. HELMUT NAUSE

A. Einleitung oder „Der sorgenvolle Blick ins Ungewisse„

Im Herbst 2010 geschah in Deutschland Ungewöhnliches. Jahrelang war zwischen den politischen Lagern eine Diskussion darüber geführt worden, ob ein allgemeingültiger Mindestlohn eingeführt werden solle, ob es branchenspezifischer Mindestlöhne bedürfe oder ob ein Mindestlohn als solcher abzulehnen, weil arbeitsplatzvernichtend sei. Diese Debatte war sehr grundsätzlich, ging es bei ihr doch um die Frage, ob sich der Wert menschlicher Arbeit danach bestimmt, dass er bei Vollzeittätigkeit jedenfalls das Existenzminimum gewährleistet, oder ob sich ihr Wert nur nach Angebot und Nachfrage richtet. Und: Wenn sich nicht einmal das Existenzminimum erzielen lässt, muss der Staat dann indirekt Arbeitgeberinnen subventionieren, indem er den Arbeitnehmern ergänzende Sozialleistungen erbringt, um sie auf das Existenzminimum anzuheben? Diese Debatte offenbarte unterschiedliche Standpunkte über das Menschenbild und die Vorstellungen von menschlicher Würde, Selbstverantwortung und den Aufgaben des Staates. Diese spannende und über Jahre geführte Diskussion verlor im Herbst 2010 an Fahrt. Die Protagonisten von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite und mit ihnen die politischen Parteien entdeckten, dass sich zum 1. Mai 2011 Entscheidendes ändern würde, weil die Unternehmen der Zeitarbeitsbranche aus Polen, Ungarn, Tschechien, der Slowakei, Estland, Lettland und Litauen Zugang zum deutschen Markt erhalten würden. Da der Lohn der Zeitarbeitsbranche flächendeckend alle anderen Branchen umfasst, mussten nicht mehr nur die Arbeitnehmer einen Unterbietungswettbewerb befürchten, sondern auch die Unternehmen. Sie mussten fürchten, mit ihren „hohen„ Löhnen gegenüber Wettbewerbern aus den genannten Ländern mit „Niedriglöhnen„ nicht wettbewerbsfähig sein zu können. Diese Befürchtung entspannte die Debatte über die Mindestlöhne ganz erheblich. Die Sorge davor, als Unternehmen einer Konkurrenz ausgesetzt zu sein, die noch weit weniger zahlen konnte oder musste, führte zu einem stillschweigenden Konsens darüber, dass es jedenfalls in der Zeitarbeitsbranche einen Mindestlohn geben müsse. Zwar gaben die politischen Lager ihre Widerstände noch nicht ganz auf, aber im Zuge der Verhandlungen über die verfassungsrechtlich gebotene Neuregelung der Mindestsätze der staatlichen Grundsicherung gelang es der oppositionellen SPD, die gesetzliche Regelung des Mindestlohns in der Zeitarbeitsbranche durchzusetzen. Unter dem Strich bedeutet das: Die Angst vor der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit auch für die genannten EU-8-Staaten hat dazu geführt, dass liebgewonnene politische Standpunkte aufgegeben wurden, um den „Gefahren„ größerer Freiheit in Europa entgegentreten zu können. Schön, dass dadurch der Mindestlohn gefördert wurde. Aber: Ein freudiger Aufbruch in die gemeinsame europäische Zukunft, die Deutschland doch so viele Vorteile gebracht hat und bringt, sieht anders aus.

B. Die Grundlage: Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit in der EU[1]

Was ist zum 1. Mai 2011 passiert und was bedeutet es für die Tätigkeit polnischer Arbeitnehmer in Deutschland? Nachdem Deutschland die längstmögliche Übergangsfrist hat verstreichen lassen, sind für polnische Arbeitnehmer und polnische Unternehmer die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit in vollem Umfang in Kraft getreten. Diese beiden EU-Freiheitsrechte sind zu unterscheiden und haben für die Tätigkeit in Deutschland unterschiedliche Konsequenzen.

I. DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff AEUV) gewährleistet das Recht, innerhalb der EU in anderen Mitgliedsstaaten seine Dienstleistungen als Unternehmer anzubieten und auszuführen. Dieses Recht bestand seit dem Beitritt Polens zur EU am 1. Mai 2004. Es umfasst nicht nur die Befugnis des Unternehmers zu dessen eigenem Tätigwerden in dem anderen Mitgliedsstaat, sondern zugleich das Recht, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den anderen Mitgliedsstaat zu entsenden, um dort Tätigkeiten ausführen zu lassen. Die Dienstleistungsfreiheit galt bis zum 30. April 2011 weder in der Baubranche, für Firmen auf dem Sektor der Gebäudereinigung und Innenausstattung noch für Zeitarbeitsunternehmen. In diesen Bereichen, die in besonderem

1 Die in diesem Vortrag verarbeiteten Informationen sind mit Hilfe von Schlegel, Sozial- und arbeitsrechtliche Fragen der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit, jurisPR-SozR 9/2011, und Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Referat Information, Publikation, Redaktion, Beschäftigung von Unionsbürgerinnen und -bürgern, Stand Februar 2011, zusammengestellt worden.

Maße einem Preiskampf ausgesetzt sind, ist auch die Dienstleistungsfreiheit erst zum 1. Mai 2011 in vollem Umfang in Kraft getreten. In allen anderen Bereichen konnten polnische Unternehmen ihre Beschäftigten auch vor dem 1. Mai 2011 schon in Deutschland zum Einsatz bringen.

Arbeitnehmer, die in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nach Deutschland entsendet werden und in Deutschland ihren Wohnsitz nehmen, müssen sich bei der für ihren Wohnsitz zuständigen Meldebehörde anmelden. Die Daten werden von der Meldebehörde an die Ausländerbehörde gemeldet, die eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausstellt. Von der Ausländerbehörde kann eine Bescheinigung über die Arbeitnehmerentsendung verlangt werden, zum Beispiel in Form eines Schreibens der Arbeitgeberin. Es ist hilfreich, dieses bei der Meldebehörde bereits bei der Anmeldung abzugeben.

II. ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) gewährleistet das Recht, als Arbeitnehmer in den Mitgliedsstaaten eine Arbeitsstelle zu suchen und anzutreten, und verbietet eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Dieses Recht haben sowohl Arbeitnehmer, die in dem anderen Mitgliedsstaat einen Wohnsitz haben oder begründen, als auch sogenannte Grenzgänger, die mindestens einmal pro Woche in ihren Heimatstaat zurückkehren. Schon vor dem 1. Mai 2011 gab es polnische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland, die aber für ihre Tätigkeit eine Arbeitserlaubnis benötigten. Eine solche Arbeitserlaubnis wurde nur unter bestimmten Umständen erteilt. Das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis ist weggefallen. Polnische Staatsangehörige können in Deutschland in gleicher Weise wie deutsche Staatsangehörige und die Angehörigen der anderen EU-Mitgliedsstaaten ein Arbeitsverhältnis oder Ausbildungsverhältnis eingehen. Nur für bestimmte Ämter bleibt die deutsche Staatsangehörigkeit weiter unabdingbare Voraussetzung, unter anderem für das Richteramt. Ausgenommen von der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind noch die Bürgerinnen und Bürger der zum 1. Januar 2007 der EU beigetretenen Länder Rumänien und Bulgarien, für die die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit spätestens zum 1. Januar 2013 in Kraft tritt.

Wenn in Deutschland tätige polnische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihren Wohnsitz nach Deutschland verlegen, müssen sie sich bei der Meldebehörde ihres Wohnortes in Deutschland anmelden. Die Daten werden von dort an die Ausländerbehörde geleitet, die von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausstellt. Die Ausländerbehörde kann eine Bescheinigung über das Arbeitsverhältnis verlangen. Es empfiehlt sich, diese bereits der Meldebehörde vorzulegen, die diese Bescheinigung mit den übrigen Unterlagen an die Ausländerbehörde sendet. Ehepartner sowie Verwandte absteigender Linie, die jünger als 21 Jahre alt sind, können mitgebracht werden oder nachziehen. Verwandte in aufsteigender Linie und Verwandte in absteigender Linie, die älter als 21 Jahre sind, können mitkommen oder nachziehen, wenn ihnen vom Unionsbürger oder seinem Ehegatten Unterhalt gewährt wird. Außerdem kann ein Aufenthaltsrecht zur Vermeidung einer außerordentlichen Härte gewährt werden.

C. Arbeitsvertragsstatut bei der Beschäftigung von Polen in Deutschland

Welches Recht auf das Beschäftigungsverhältnis Anwendung findet, bestimmt sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts. Grundsätzlich können die Arbeitsvertragsparteien nach Art. 3 und 8 der Rom-I-Verordnung frei bestimmen, welches Arbeitsrechtsstatut auf das Vertragsverhältnis Anwendung finden soll. Nach Art. 3 Abs. 1 Rom-I-Verordnung muss die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen und sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Einzelfalles ergeben. Damit kann sie auch stillschweigend geschehen. Für das Arbeitsrecht als zumeist nicht disponiblem, zwingendem Recht sind die Regelungen in Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom-I-Verordnung bedeutsam. Aus diesen ergibt sich, dass die Vertragsparteien durch die Rechtswahl nicht zwingendem Recht eines Mitgliedsstaats oder der Gemeinschaft entgehen können, wenn das Vertragsverhältnis im Übrigen alle Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Rechts dieses Mitgliedsstaats oder der Gemeinschaft erfüllt. Es soll keine Rechtsflucht vor den zwingenden Regeln eines Mitgliedsstaats oder der Gemeinschaft ermöglicht werden. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-Verordnung gilt für Arbeitsverhältnisse, dass durch die Rechtswahl nicht dem zwingenden Recht des Staates ausgewichen werden darf, das ohne die Rechtswahl anzuwenden wäre. Welches dieses Recht ist, bestimmt sich nach Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom-I-Verordnung: Soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Kann das anzuwendende Recht danach nicht bestimmt werden, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen als dem nach den vorstehenden Regelungen bestimmten Staat aufweist, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

Das bedeutet in der Konsequenz mangels anderer Rechtswahl: Ein polnischer Arbeitnehmer, der ein Arbeitsverhältnis mit einem deutschen Unternehmen für einen Arbeitsplatz in Hamburg begründet, unterliegt deutschem Arbeitsrecht. Auch ein polnisches Unternehmen, das einen polnischen Arbeitnehmer für eine dauernde Beschäftigung in Deutschland einstellt, wird mangels anderer Rechtswahl deutsches Arbeitsrecht anwenden müssen. Wird keine Rechtswahl getroffen, findet nämlich das Recht des Staates Anwendung, in dem oder von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich die Arbeit verrichtet, Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom-I-Verordnung. Wird dagegen der polnische Arbeitnehmer von der polnischen Arbeitgeberin eingestellt, um zu Arbeiten nach Deutschland entsandt zu werden, findet polnisches Arbeitsrecht Anwendung. Bei dieser Konstellation können etwaige Vorteile durch niedrigere Entgelte im Herkunftsland als Wettbewerbsvorteile gegenüber konkurrierenden Unternehmen in Deutschland genutzt werden.

D. Anwendbarkeit deutschen Sozial- und Arbeitsrechts

I. DEUTSCHES SOZIALRECHT

1. Sozialversicherungsrecht

Nach Art. 11 Abs. 1 der VO (EG) 883/2004 gilt bei Sachverhalten mit EU-Auslandsberührung nur ein Sozialversicherungsrecht. Dieses ist nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a der Verordnung das Sozialversicherungsrecht des Mitgliedsstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird. Ein polnischer Arbeitnehmer, der regelmäßig in Deutschland arbeitet, ist deshalb grundsätzlich nach deutschem Rechts sozialversichert (Renten, Pflege-, Kranken-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung). Das gilt auch dann, wenn er weiter in Polen wohnt.

Art. 12 Abs. 1 der Verordnung bestimmt, dass bei Arbeitnehmern, die von ihren Arbeitgeberinnen in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates entsendet werden, weiter das Sozialversicherungsrecht des Mitgliedsstaates gilt, von dem aus entsendet wird, wenn die voraussichtliche Dauer der Entsendung 24 Monate nicht überschreitet und der entsendete Arbeitnehmer nicht einen anderen Arbeitnehmer ersetzt, dessen Entsendungszeit abgelaufen ist. Das entsendende Unternehmen muss in dem Ausgangsstaat nennenswerte Tätigkeiten ausüben, die über die interne Verwaltung hinausgehen. Sind diese Voraussetzungen bei einer tatsächlichen Beschäftigung in Deutschland nicht erfüllt, ist der Arbeitnehmer bei der deutschen Sozialversicherung anzumelden. Für einen deutschen Arbeitnehmer, der von einer polnischen Arbeitgeberin für die Dauer von nicht mehr als 24 Monaten für eine Tätigkeit nach Deutschland entsendet wird, gilt danach polnisches Sozialversicherungsrecht. Ob eine nur vorübergehende Entsendung vorliegt, entscheiden die zuständigen Stellen des entsendenden Staates verbindlich. Die Stellen des Zielstaates sind an die hierüber ausgestellten Bescheinigungen gebunden und können nicht abweichend entscheiden.

Das anwendbare Sozialversicherungsrecht entscheidet auch über den Umfang der Versicherungsleistungen.

Geldleistungen erhält der polnische Arbeitnehmer, der bei einer deutschen Krankenversicherung Mitglied ist, von dieser Krankenversicherung, Art. 21 der VO (EU) 883/04. Sachleistungen wie eine Heilbehandlung erhält er in seinem Wohnsitzland, gleich ob dieses das Land seiner Herkunft oder ein anderer Mitgliedsstaat ist (Beispiel: Polnischer Arbeitnehmer verbringt seinen Lebensabend in Spanien, nachdem er in Deutschland beschäftigt und sozialversichert war). Dieselben Ansprüche haben seine nicht selbst versicherten Familienangehörigen. Die insoweit geltenden Regelungen finden sich in den Art. 17 bis 20 der VO (EU) 883/04. Der die Sachleistungen erbringende Träger hat gegen den Träger, bei dem der Arbeitnehmer versichert ist, nach Art. 35 der VO (EU) 883/04 einen Erstattungsanspruch.

Wenn eine bestimmte Dauer des Versicherungsverhältnisses Voraussetzung für zu gewährende Leistungen oder deren Höhe ist, werden die Versicherungszeiten zusammengerechnet, die in Deutschland und anderen Mitgliedsstaaten zurückgelegt worden sind. Dieses gilt vor allen Dingen für Renten. Eine Rente wird in dem Mitgliedsstaat beantragt, in dem der Unionsbürger lebt. Das gilt nicht, wenn er dort niemals versicherungspflichtig gearbeitet hat. In diesem Fall ist der Antrag in dem Land zustellen, in dem die letzte Beschäftigung stattfand.

2. Sozialrecht

Polnische Arbeitssuchende haben nach § 7 Abs. 1 SGB II keinen Anspruch auf Beihilfe zum Lebensunterhalt, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht bereits vorher in Deutschland hatten. Wer nur zur Arbeitssuche einreist, bekommt danach keine Unterstützung. Ob diese Tatsache mit dem Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden.

Polnische Arbeitnehmer, die in Deutschland wohnen, haben gegenüber ihrem für den Wohnort zuständigen Träger einen Anspruch auf aufstockendes Arbeitslosengeld, wenn sie trotz Beschäftigung bedürftig bleiben, Art. 70 VO (EG) 883/04. Das gilt auch dann, wenn sie von einer polnischen Arbeitgeberin nach Deutschland zur Arbeitsleistung entsendet worden sind.

II. DEUTSCHES ARBEITSSCHUTZRECHT

Arbeitsschutzrecht ist öffentliches Recht und damit unabhängig davon, welches private Arbeitsvertragsrecht zwischen den Parteien angewandt werden soll. Den Arbeitsvertragsparteien steht nicht die Rechtsmacht zu, durch die Wahl des anwendbaren Vertragsrechts die hoheitlichen Vorschriften außer Kraft zu setzen, die auf dem Gebiete des Arbeitsschutzrechts erlassen worden sind. Diese sind vielmehr zugunsten aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anzuwenden, die in Deutschland arbeiten, unabhängig davon, ob sie aus EU-Mitgliedsstaaten entsandt worden sind, deutschem Arbeitsvertragsrecht unterliegen oder illegal beschäftigt werden. Das bedeutet, dass die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes, des Arbeitssicherheitsgesetzes, des Arbeitsschutzgesetzes, der Arbeitsstättenverordnung u.v.m., deren Einhaltung von der Gewerbeaufsicht überprüft wird, auf alle Fälle zu beachten sind. Der freie Dienstleistungsverkehr erfordert keine Freistellung von Schutzvorschriften, die für jegliche Art von Arbeit in dem Mitgliedsstaat gelten. Öffentliches Recht geht vor Privatrecht.

III. DEUTSCHES EINGRIFFSRECHT

Nach Art. 9 der Rom-I-Verordnung kann ein Mitgliedsstaat bestimmen, dass unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut diejenigen Normen beachtet werden müssen, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung seiner öffentlichen Interessen, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Die EU-Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71 EG) schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht den entsendeten Arbeitnehmern bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert werden, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Diese Arbeitsbedingungen müssen durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge festgelegt werden und folgende Bereiche betreffen:

a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
b) bezahlter Mindestjahresurlaub;
c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
f) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Antidiskriminierungsbestimmungen.

Die Buchstaben b) und c) gelten nicht für Erstmontage- und/oder Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrags sind, für die Inbetriebnahme der gelieferten Güter unerlässlich sind und von Facharbeitern und/oder angelernten Arbeitern des Lieferunternehmens ausgeführt werden, wenn die Dauer der Entsendung acht Tage nicht übersteigt.

In Umsetzung dieser Richtlinie ist in Deutschland das Arbeitnehmerentsendegesetz verabschiedet worden. Es regelt Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Es sieht vor, dass 1) die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über

1. die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze,
2. den bezahlten Mindestjahresurlaub,
3. die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
4. die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen,
5. die Sicherheit, den Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz,
6. die Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen und
7. die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Antidiskriminierungsbestimmungen

auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung finden und 2) die Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung finden, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist oder eine Rechtsverordnung nach § 7 vorliegt. Eines bundesweiten Tarifvertrages bedarf es nicht, soweit Arbeitsbedingungen im Sinne des § 5 Nr. 2 oder 3 Gegenstand tarifvertraglicher Regelungen sind, die zusammengefasst räumlich den gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken.Die tarifvertraglichen Regelungen gelten aber nur für die Branchen

1. des Bauhauptgewerbes oder des Baunebengewerbes einschließlich der Erbringung von Montageleistungen auf Baustellen außerhalb des Betriebssitzes,
2. der Gebäudereinigung,
3. der Briefdienstleistungen,
4. der Sicherheitsdienstleistungen,
5. der Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken,
6. der Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft,
7. der Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst und
8. für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch.

Für Zeitarbeitsunternehmen gilt nach § 2 Ziffer 4 des Arbeitnehmerentsendegesetzes, dass die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen, auf Unternehmen unter anderem aus Polen, die ihre Arbeitskräfte in Deutschland einsetzen, Anwendung finden. Zu diesen Vorschriften gehört auch § 3 a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, nach dem durch Rechtsverordnung tarifliche Mindeststundenentgelte für alle Arbeitsverhältnisse verbindlich festgelegt werden können. Die Mindeststundenentgelte sind tariflich ausgehandelt worden. Sie betragen € 6,89 in den neuen und € 7,79 in den alten Bundesländern. Bisher ist die erforderliche Rechtsverordnung nach meiner Kenntnis noch nicht in Kraft getreten. Das dürfte aber nur noch eine Frage der Zeit sein.

In- und ausländische Arbeitnehmer der betroffenen Branchen einschließlich der Zeitarbeitskräfte haben Anspruch auf Erfüllung der tarifvertraglichen Regelungen gegen ihre Arbeitgeberinnen, § 8 Abs. 1 und 3 Arbeitnehmerentsendegesetz. Das gilt auch für die Abführung von Beiträgen an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien wie die Sozialkasse des Baugewerbes.

Für die Pflegebranche gelten nach §§ 10 bis 13 Arbeitnehmerentsendegesetz besondere Regelungen für die Schaffung allgemein zu beachtender Bestimmungen.

Nach § 14 des deutschen Arbeitnehmerentsendegesetzes haften Unternehmen, die andere Unternehmen mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt haben, für die Verpflichtungen dieses Unternehmens oder eines Nachfolgeunternehmens oder eines von diesen beauftragten Zeitarbeitsunternehmens wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung bezieht sich allein auf die Zahlung des Nettobetrages des Mindestentgelts. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage bedeutet, dass der Arbeitnehmer nicht zunächst die Klage gegen seine Arbeitgeberin durchgesetzt und die Zwangsvollstreckung daraus versucht haben muss, sondern dass er sogleich das Unternehmen in Anspruch nehmen kann, das wie ein Bürge haftet. Diese Haftung besteht immer dann, wenn das Mindestentgelt nicht gezahlt wird, gleich aus welchem Rechtsgrund. Zum Mindestentgelt gehört nur das reine Entgelt, nicht aber Zusatzleistungen irgendwelcher Art. Der Anspruch steht Arbeitnehmern, die unmittelbar deutschem Arbeitsrecht unterliegen, in gleicher Weise zu wie entsendeten Arbeitnehmern. Wichtig ist bei der Geltendmachung solcher Ansprüche vor allem, dass vom Arbeitnehmer die Arbeitsleistung als solche nachgewiesen werden kann.

Die Ansprüche auf Leistungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz können gegen die im Ausland ansässigen entsendenden Arbeitgeberinnen und die für das Mindestentgelt haftenden (ausländischen oder inländischen) Unternehmen nach § 15 des Arbeitnehmerentsendegesetzes vor den deutschen Arbeitsgerichten eingeklagt werden, im Zweifel also bei dem für den Ort der regelmäßigen Arbeitsleistung zuständigen Gericht.

Die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitnehmerentsendegesetzes obliegt der Zollverwaltung. Die ausländische Arbeitgeberin hat der Zollverwaltung vor Aufnahme der Arbeiten in Deutschland die für die Prüfung wesentlichen Angaben zu übermitteln. Für einen grenzüberschreitend eingesetzten Zeitarbeitnehmer trifft diese Pflicht das aufnehmende Unternehmen. Für entsendete Arbeitnehmer muss die Arbeitgeberin Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit aufzeichnen und diese Unterlagen mindestens zwei Jahre lang zusammen mit den anderen erforderlichen Dokumenten (z.B. Arbeitsvertrag, Entgeltbescheinigungen) in Deutschland aufbewahren. Gegen eine Arbeitgeberin, die die vom Arbeitnehmerentsendegesetz vorgegebenen Mindestarbeitsbedingungen nicht einhält, kann eine Geldbuße von bis zu € 500.000 festgesetzt werden. Verstöße gegen die Pflicht zur Mitwirkung an Prüfungen können eine Geldbuße von bis zu € 30.000 nach sich ziehen. Bereits eine Geldbuße von € 2.500 kann dazu führen, dass die Arbeitgeberin von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen wird.

IV. DEUTSCHES ARBEITSRECHT

Für polnische Arbeitnehmer, die für ihre Beschäftigung in Deutschland einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, der deutschem Arbeitsrecht unterliegt, findet das deutsche Arbeitsrecht in vollem Umfang Anwendung. Das schließt natürlich Diskriminierungen im Arbeitsalltag nicht aus, schafft aber die rechtlichen Voraussetzungen, gegen sie vorzugehen. Keine verbotene mittelbare Diskriminierung bedeutet es, die für den Arbeitsplatz erforderlichen Sprachkenntnisse zu verlangen.

Selbstverständlich können polnische Arbeitnehmer Gewerkschaften beitreten, sich darin ohne Einschränkungen betätigen oder Gewerkschaften gründen.

E. Ausblick

Welche tatsächlichen Auswirkungen wird die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit für die Arbeitsmärkte und für die Bevölkerungsstruktur haben? Nach dem IAB-Kurzbericht 10/2011 vom April dieses Jahres ist davon auszugehen, dass pro Jahr 100.000 Bürgerinnen und Bürger aus den EU-8-Staaten nach Deutschland einwan-

dern. Das ist angesichts des dramatischen Geburtenrückgangs in Deutschland eine fast schon erschreckend geringe Zahl. Jede Art von Befürchtung für den deutschen Arbeitsmarkt ist unbegründet. Da die rechtlichen Regularien vorhanden sind, eine Gleichbehandlung gewährleistet und ein Unterbietungswettbewerb, wenn nicht ausgeschlossen, dann doch erschwert wird, bietet die Öffnung des Arbeitsmarktes für alle Seiten viel mehr Chancen als Risiken. Der Wegfall auch dieser Grenzen schafft weitere Möglichkeiten, mit oder ohne Euro ein einiges und friedliches Europa zu schaffen, und das jetzt sogar mit einem Mindestlohn (in der Zeitarbeitsbranche) in Deutschland.

ÜBER DEN AUTOR
Dr. Helmut Nause, Präsident des LAG Hamburg
Der Vortrag wurde auf dem deutsch-polnischen Rechtsdialog am 20-22.10.2011 in Danzig gehalten.

Niederlassungsrecht und grenzüberschreitende Tätigkeit polnischer Rechtsanwälte in Deutschland

Berufsregeln für ausländische Rechtsanwälte in Deutschland

HANSJÖRG STAEHLE

Dieser Vortrag ist dem Thema des Niederlassungsrechts und der grenzüberschreitenden Tätigkeit polnischer Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland gewidmet. Darüber hinaus möchte ich Ihnen einen kleinen Überblick über die Regelungen des für ausländische Rechtsanwälte in Deutschland geltenden Berufsrechts vermitteln.

Lassen Sie mich vorausschicken, dass ich in meinen nachfolgenden Ausführungen stets die männliche Form „Rechtsanwalt„ oder „Anwalt„ verwende. Ich tue dies, liebe Kolleginnen, mit etwas schlechtem Gewissen, da ich natürlich auch Sie als Rechtsanwältinnen in gleicher Weise ansprechen möchte. Halten Sie deshalb mein Vorgehen nur dem Bestreben nach möglichst kurzen und leicht verständlichen Formulierungen zugute.

Für die Tätigkeit ausländischer Anwälte in Deutschland kann man zunächst grob unterscheiden zwischen europäischen Rechtsanwälten, die aufgrund der Mitgliedschaft ihres Heimatlandes in der EU oder im europäischen Wirtschaftsraum eine Sonderstellung inne haben und zu denen die polnischen Anwälte seit 2004 gehören, und weiteren ausländischen Anwälten.

Zunächst einige Ausführungen zu den europäischen Rechtsanwälten:

A. Die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland

I. EINFÜHRUNG

Unter „europäischen Rechtsanwälten“ versteht man – wie ich eben schon kurz sagte – Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz, die berechtigt sind, als Rechtsanwalt selbstständig tätig zu sein. So lautet die Legaldefinition in § 1 des Gesetzes über die Tätigkeit Europäischer Anwälte in Deutschland, dem „EuRAG“. Diese europäischen Rechtsanwälte können in Deutschland entweder vorübergehend oder auch dauerhaft Rechtsdienstleistungen erbringen.

Die Tätigkeit der europäischen Rechtsanwälte in Deutschland richtet sich im Wesentlichen nach dem EuRAG, darüber hinaus gelten Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung („BRAO“) und der Berufsordnung für Rechtsanwälte (“BORA“). Mit dem EuRAG hat der deutsche Gesetzgeber drei europäische Richtlinien umgesetzt: die Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte, die Hochschuldiplomrichtlinie und die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie. Das bedeutet auch, dass es die deutschen Regelungen des EuRAG in gleicher bzw. sehr ähnlicher Form auch bei Ihnen hier in Polen und in den anderen EUStaaten gibt, da sie ebenfalls zur Umsetzung der erwähnten europäischen Richtlinien verpflichtet waren. Ich sage deswegen „zumindest in sehr ähnlicher Form„, weil der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten in den Richtlinien teilweise einen gewissen Freiraum für eigene Regelungen gelassen hat.

Nun aber zur Tätigkeit der Rechtsanwälte in Deutschland:

II. VORÜBERGEHENDE DIENSTLEISTENDE TÄTIGKEIT

Europäische Rechtsanwälte haben zunächst die Möglichkeit, nur vorübergehend Rechtsdienstleistungen in Deutschland zu erbringen. Man spricht hier auch von grenzüberschreitender dienstleistender Tätigkeit. Auf diese finden die §§ 25 ff. des EuRAG Anwendung.

Im außergerichtlichen Bereich kann der Anwalt ohne weiteres sofort in Deutschland tätig werden; er muss sich nicht bei einer Rechtsanwaltskammer melden oder sonstige Formalitäten erfüllen. Nur auf Verlangen eines Gerichtes oder einer Behörde, vor der er tätig wird, muss er nachweisen, dass er in seinem Herkunftsstaat tatsächlich berechtigt ist, den Beruf des Rechtsanwalts auszuüben. Dazu genügt eine schriftliche Bestätigung seiner heimatlichen Kammer oder auch ein dem Muster des CCBE entsprechender Anwaltsausweis.

Bei der vorübergehenden Erbringung von Rechtsdienstleistungen muss sich der europäische Rechtsanwalt der Berufsbezeichnung seines Herkunftsstaates bedienen. Er darf sich also nicht einfach als „Rechtsanwalt„ bezeichnen, sondern muss darlegen, dass er z.B. und wie im Fall der meisten von Ihnen ein polnischer „Adwokat„ oder „Radca Prawny„ ist.

Auch der nur vorübergehend in Deutschland tätige, also grenzüberschreitend dienstleistende europäische Rechtsanwalt kann seinen Mandanten vor Behörden und Gerichten vertreten. Er hat hierbei die Stellung eines deutschen Rechtsanwalts, insbesondere dessen Rechte und Pflichten. Natürlich muss er aber nicht Mitglied einer Rechtsanwaltskammer werden oder gar eine eigene Kanzlei einrichten (vgl. § 27 Abs. 1 S. 1 EuRAG). In gerichtlichen Verfahren sowie in behördlichen Verfahren wegen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten oder Berufspflichtverletzungen, in denen der Mandant nicht selbst den Rechtsstreit führen oder sich verteidigen kann, also in Verfahren mit Anwaltszwang, darf der dienstleistende europäische Rechtsanwalt als Vertreter oder Verteidiger eines Mandanten allerdings nur im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt, einem sogenannten „Einvernehmensanwalt„ handeln (vgl. § 28 Abs. 1 EuRAG). Der Einvernehmensanwalt muss zur Vertretung und Verteidigung bei dem betreffenden Gericht oder der Behörde befugt sein. Und er muss dafür Sorge tragen, dass der europäische Rechtsanwalt bei der Vertretung und Verteidigung die Regeln einer geordneten Rechtspflege beachtet. Eine informelle Abstimmung mit dem deutschen Einvernehmensanwalt über diese Punkte genügt, d.h. der Einvernehmensanwalt muss den ausländischen Kollegen nicht etwa begleiten.

In Strafverfahren gibt es jedoch im Verkehr mit inhaftierten Mandanten eine Besonderheit: Der europäische Rechtsanwalt darf seinen Mandanten, sofern dieser in Haft sitzt, im Regelfall nur in Begleitung des Einvernehmensanwalts besuchen und auch schriftlich nur über den Einvernehmensanwalt mit seinem Mandanten in Kontakt treten.

Schließlich muss der europäische Rechtsanwalt einen Rechtsanwalt als Zustellungsbevollmächtigten benennen, sobald er in Verfahren vor Gerichten und Behörden tätig wird. Dieser hat sicherzustellen, dass dem ausländischen Anwalt amtliche Schriftstücke zugestellt werden können. Einvernehmensanwalt, wenn es einen solchen bereits gibt, und Zustellungsbevollmächtigter werden dabei regelmäßig ein und dieselbe Person sein.

III. NIEDERLASSUNG

Auf die dauerhafte Berufsausübung in Deutschland, d.h. auf eine Tätigkeit als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt, finden die §§ 2 ff. EuRAG Anwendung. Für die Niederlassung in Deutschland ist zunächst ein Antrag auf Aufnahme in die für den Ort der Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer zu stellen. Dem Antrag muss ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz und eine Bescheinigung über die Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft im Herkunftsland beigefügt werden. Die Rechtsanwaltskammer kann die Aufnahme genau wie bei deutschen Anwälten auch widerrufen, im Fall von europäischen Rechtsanwälten zusätzlich auch dann, wenn die Berechtigung zur Berufsausübung im Herkunftsstaat dem europäischen Rechtsanwalt vorübergehend oder dauerhaft entzogen wird.

Auch bei dauerhafter Tätigkeit in Deutschland ist der jeweilige europäische Rechtsanwalt verpflichtet, die Berufsbezeichnung seines Herkunftsstaates zu verwenden. Ist er danach ebenfalls ein „Rechtsanwalt„ – wie z.B. im Falle von Österreich und Teilen der deutschsprachigen Schweiz – so muss der Anwalt die Berufsorganisation angeben, der er in seinem Heimatland angehört. Niedergelassene europäische Rechtsanwälte können zusätzlich noch die Bezeichnung „Mitglied der Rechtsanwaltskammer.....„ (z.B. München) verwenden. Europäische Rechtsanwälte müssen bei ihrer Tätigkeit in Deutschland grundsätzlich die geltenden berufsrechtlichen

Regeln einhalten, insbesondere die beruflichen Pflichten beachten, die sich aus den §§ 43, 43a, 43b und 45 BRAO ergeben. Sie müssen der für sie zuständigen Rechtsanwaltskammer jährlich eine Bescheinigung über die fortdauernde Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf in ihrem Herkunftsland vorlegen.

Niedergelassene europäische Rechtsanwälte müssen keine deutsche Berufshaftpflichtversicherung abschließen, wenn sie in ihrem Herkunftsland eine abgeschlossene Versicherung oder Deckung haben, die mit der deutschen gleichwertig ist. Fehlt die Gleichwertigkeit, muss eine Zusatzversicherung oder Garantie abgeschlossen werden. Das Vorhandensein einer solchen Versicherung ist der Rechtsanwaltskammer ebenfalls jährlich nachzuweisen; darüber hinaus müssen Beendigung, Kündigung oder sonstige Beeinträchtigung des Versicherungsvertrags unverzüglich angezeigt werden.

Schließlich muss der niedergelassene europäische Rechtsanwalt der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer mitteilen, wenn er in seinem Herkunftsstaat einem Zusammenschluss zur gemeinschaftlichen Berufsausübung angehört; er muss auch dessen Bezeichnung und Rechtsform angeben.

IV. ZULASSUNG ZUR DEUTSCHEN RECHTSANWALTSCHAFT

Europäische Rechtsanwälte können auch zur deutschen Rechtsanwaltschaft zugelassen werden, wenn sie eine mindestens dreijährige effektive regelmäßige Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts, einschließlich des Gemeinschaftsrechts, nachweisen (vgl. §§ 11 ff. EuRAG).

Darüber hinaus können Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, die zum unmittelbaren Zugang zum Beruf eines europäischen Rechtsanwalts berechtigt, eine Eignungsprüfung ablegen, um zur Rechtsanwaltschaft zugelassen zu werden (vgl. § 16 ff. EuRAG). Zuständig für die Eignungsprüfung ist in Deutschland die staatliche Verwaltung, genauer gesagt die Justizprüfungsämter, bei denen auch die juristischen Staatsexamina abgelegt werden. Erst nach der Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltschaft darf dann die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ geführt werden.

B. Die Tätigkeit weiterer ausländischer Anwälte in Deutschland

I. ANGEHÖRIGE VON MITGLIEDSSTAATEN DER WTO (§ 206 ABS. 1 BRAO)

Als Exkurs möchte ich Ihnen noch kurz darstellen, wie abgesehen von deutschen und europäischen Rechtsanwälten Angehörige eines Mitgliedstaates der Welthandelsorganisation berechtigt sind, sich in Deutschland dauerhaft niederzulassen. Dies ist dann möglich, wenn sie einen Beruf ausüben, der in der Ausbildung und den Befugnissen dem Beruf des Rechtsanwalts nach der Bundesrechtsanwaltsordnung entspricht. Sie können dann unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaates Rechtsdienstleistungen auf den Gebieten des Rechts des Herkunftsstaates und des Völkerrechts erbringen, wenn sie auf Antrag in die für den Ort ihrer Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer aufgenommen wurden (vgl. § 206 Abs. 1 BRAO).

II. ANGEHÖRIGE ANDERER STAATEN (§ 206 ABS. 2 BRAO)

Das Gleiche gilt für Angehörige anderer Staaten, sogenannter „Drittstaaten„, die einen Beruf ausüben, der in der Ausbildung und den Befugnissen dem Beruf des Rechtsanwalts nach der Bundesrechtsanwaltsordnung entspricht. Allerdings besteht in diesem Fall die Berechtigung zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen nur dann, wenn Gegenseitigkeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Herkunftsstaat verbürgt ist, deutsche Rechtsanwälte sich also in dem betreffenden Staat ebenfalls niederlassen können. Zudem ist die Rechtsbesorgung auf das Recht des Herkunftsstaates beschränkt (vgl. § 206 Abs. 2 BRAO).

III. DAS VERFAHREN

Wie läuft das Verfahren ab; wie kann man als ausländischer Anwalt aus einem Drittstaat in Deutschland tätig werden?

Das Bundesministerium der Justiz bestimmt zunächst durch Rechtsverordnung jeweils die Berufe und Staaten, für deren Angehörige die geschilderten Voraussetzungen – gleichwertige Ausbildung und Gegenseitigkeit – gelten. Es muss also zuerst eine Rechtsverordnung ergehen, bevor eine Niederlassung möglich wird. Um herauszufinden, ob die jeweiligen Berufe mit dem deutschen Rechtsanwalt vergleichbar sind, gibt das Bundesjustizministerium Fragebögen an die Botschaften derjenigen Drittstaaten, deren Aufnahme in die Rechtsverordnung ansteht. Die Botschaften beantworten die Fragebögen selbst bzw. mit Hilfe von ortsansässigen Anwälten und senden diese an das deutsche Justizministerium zurück. Dieses leitet die beantworteten Fragebögen an die Bundesrechtsanwaltskammer weiter, die zur Vergleichbarkeit der ausländischen Anwaltsberufe Stellung nimmt. Aufgrund der vorliegenden Informationen und der Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer kann dann eine Rechtsverordnung für die Anwälte neuer Länder erlassen werden.

Ist die Anwaltschaft eines Drittstaates in eine Rechtsverordnung des Bundesjustizministeriums aufgenommen, so können die dort zugelassenen Anwälte einen Antrag auf Aufnahme in die für den Ort ihrer zukünftigen Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer stellen.

Nach der Aufnahme als Mitglied der zuständigen deutschen Rechtsanwaltskammer ist der ausländische Anwalt verpflichtet, bei der ihm erlaubten Beratungstätigkeit im Recht seines Herkunftsstaates die deutschen berufsrechtlichen Regelungen einzuhalten.

C. Berufsregeln für Rechtsanwälte in der EU

Jedes Land der Europäischen Union hat bekanntlich eigene Berufsregeln für seine Rechtsanwälte. Als gesetzliche Regelwerke, nach denen sich jeder deutsche Rechtsanwalt bei seiner Berufsausübung richten muss, sind insbesondere die Bundesrechtsanwaltsordnung, die BRAO, und die von der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer beschlossene Berufsordnung, die sogenannte BORA, zu nennen.

Gleichzeitig gibt es für europäische Rechtsanwälte, wie ich Ihnen gerade geschildert habe, die Möglichkeit, sowohl vorübergehen dienstleistend als auch dauerhaft in den anderen europäischen Staaten tätig zu werden. Es stellt sich die Frage, welche Regeln in solchen Fällen Anwendung finden. Einige Regelungen hierzu finden sich in den europäischen Richtlinien, die im EuRAG umgesetzt wurden, insbesondere in der Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte und in der Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie. Größtenteils handelt es sich hierbei aber – mangels Kompetenz des europäischen Gesetzgebers für anwaltliches Berufsrecht – um bloße Kollisionsnormen, also Normen, die auf das Berufsrecht des einen oder anderen Staates verweisen.

So finden nach der Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie im gerichtlichen Bereich vorrangig die Berufsregeln des Aufnahmestaates Anwendung. Daneben muss der dienstleistende Anwalt auch die Berufsregeln seines Herkunftsstaates befolgen. Im außergerichtlichen Bereich stehen für die vorübergehende dienstleistende Tätigkeit die Berufsregeln des Herkunftsstaates im Vordergrund; zusätzlich müssen aber auch die des Aufnahmestaates beachtet werden. Grund für diese Bestimmungen war die Erwägung, dass Rechtsanwälten nicht in jedem EUMitgliedstaat die gerichtliche Vertretung von Mandanten vorbehalten ist, sondern zum Teil auch nur einfache Juristen vor Gericht auftreten dürfen. Zum Schutz einer geordneten Rechtspflege wurde daher angeordnet, dass man sich nach den Regeln richten muss, die für das Land und dessen Gerichte gelten, vor denen man tätig werden will.

Sie sehen, dass ist alles recht kompliziert und in Teilen sogar noch umstritten. Entsprechend gibt es ein gewisses Bedürfnis nach einer gemeinschaftlichen Regelung, nach gemeinsamen Berufsregeln.

Solche Berufsregeln hat der CCBE, der Conseil des barreaux européens, also der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union geschaffen; die sicherlich bedeutendste Organisation der Anwaltschaft auf europäischer Ebene.

Der CCBE wurde 1960 als Dachorganisation der Anwaltsverbände der EU als privatrechtlicher Verein nach belgischem Recht gegründet. Seine voll berechtigten Mitglieder sind heute die nationalen Kammern und Anwaltsvertretungen der 27 EUMitgliedstaaten, der drei Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) Norwegen, Liechtenstein und Island sowie der Schweiz. Eine Anzahl von Kammern aus Beitrittsstaaten sind sogenannte „associated members„; derzeit sind dies Kroatien und die Türkei. Darüber hinaus hat der CCBE sog. „observer members„ aus weiteren Mitgliedstaaten des Europarates.

Der CCBE hat 1988 auf seiner Vollversammlung die Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft einstimmig beschlossen. Seitdem wurden sie 1998, 2002 und 2006 überarbeitet. Ziel der CCBEBerufsregeln ist es, bei der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Anwälten aus den Mitgliedstaaten der EU und dem EWR zur Vermeidung von Konflikten zwischen den Berufsrechten der Mitgliedstaaten beizutragen. Auch die CCBEBerufsregeln sind also größtenteils Kollisionsregeln.

Eine Voraussetzung für die Mitgliedschaft im CCBE ist, dass die CCBERegeln im Mitgliedsland für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr Gültigkeit haben. In Deutschland ist die Gültigkeit der CCBEBerufsregeln über § 29 BORA angeordnet. Nach § 29 BORA finden die Berufsregeln des CCBE allerdings nur dann Anwendung, soweit nicht europäisches Gemeinschaftsrecht oder deutsches Verfassungs, Gesetzes oder Verordnungsrecht Vorrang hat.

In Hinblick auf die Geltung der CCBERegeln ist noch vieles unklar. So wurde anlässlich des von der EU verlangten „Screenings„ der deutschen Berufsregeln aufgrund der Umsetzung der allgemeinen europäischen Dienstleistungsrichtlinie diskutiert, ob die vom CCBE beschlossenen Berufsregeln nur auf die grenzüberschreitende Tätigkeit von Rechtsanwälten im EUAusland (outbound) oder nur auf die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte im Inland (inbound) oder auf beides Anwendung finden sollen. Wie sollte man bei Widersprüchen zwischen den CCBEBerufsregeln und den im Land der anwaltlichen Tätigkeit geltenden Berufsregeln verfahren?

Die Entwicklung steht hier noch relativ am Anfang; Ich kann Ihnen daher keine gesicherte Antwort anbieten und möchte daher für heute mit dieser Frage schließen.

Aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht

HENNING HUUSMANN

1.

Das deutsche Familienrecht hat in den vergangenen Jahren eine Phase mehrfachen Umbruchs erlebt. Man kann sagen, dass kaum ein Stein des alten Familienrechts auf dem anderen geblieben ist. Dies hat naturgemäß zu einer - teilweise immer noch bestehenden - Unsicherheit in vielerlei Rechtsfragen, zum anderen aber auch zu einer langanhaltenden und fruchtbaren Diskussion in Wissenschaft und Rechtsprechung geführt, die die Novellierungen im Vorfeld begleitet hat und in vielfacher Hinsicht noch anhält.

Den Beginn markierte das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts, das seit dem 1.1.08 in Kraft ist und vor allem wesentliche Änderungen des materiellen Rechts hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts zur Folge hatte.

Seit dem 1.9.09 sind zudem das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) und das Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz, VersAusglG) in Kraft. Das Gesetz über den Versorgungsausgleich hat zu einer vollständigen Umstrukturierung des Rechts des Versorgungsausgleichs geführt. Ich werde darauf später noch zurückkommen. Das FamFG hat seinerseits zu einer in Teilen vollständig neuen Terminologie, vor allem aber zu einer umfassenden Neustrukturierung des familiengerichtlichen Verfahrens geführt.

Kennzeichnend für das deutsche Familienrecht - hier das deutsche Scheidungsrecht - ist auch nach dem neuen Recht der gesetzgeberische Ansatz, die rechtlichen Folgen von Trennung und Scheidung möglichst einer einzigen gerichtlichen Entscheidung zuzuführen. Die zentrale Norm des § 137 Abs. 1 FamFG bestimmt daher, dass über Scheidung und Folgesachen zusammen zu verhandeln und zu entscheiden ist. Neben der eigentlichen Ehesache - also in der Regel der Scheidung der Ehe - sieht das Gesetz folgende Folgesachen vor:

- Versorgungsausgleichssachen
- Unterhaltssachen – bezogen auf gemeinschaftliche Kinder und die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht
- Ehewohnungs- und Haushaltssachen
- Güterrechtssachen
- Kindschaftssachen, soweit sie die elterliche Sorge und das Umgangsrecht betreffen.

Von Amts wegen ist allein das Verfahren über den öffentlichrechtlichen Versorgungsausgleich einzuleiten (§ 137 Abs. 2 S. 2 FamFG). Über alle anderen Folgesachen entscheidet das Gericht nur, wenn von den Beteiligten rechtzeitig ein entsprechender Antrag gestellt wird. Wird ein solcher Antrag gestellt, soll nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Ehesache und die anhängigen Folgesachen möglichst in einem einzigen gerichtlichen Beschluss entschieden werden.

Dabei sind die im Verbund stehenden Sachen verfahrensmäßig allerdings getrennt voneinander zu behandeln. Sie sollen lediglich gemeinsam verhandelt und entschieden werden. Es werden deshalb im Gericht getrennte Akten für die Ehesache und die Folgesachen angelegt, die Anwälte sind gehalten, die die einzelnen Folgesachen betreffenden Schriftsätze getrennt voneinander beim Gericht einzureichen. Vor allem aber unterliegen die Folgesachen unterschiedlichen Verfahrensregelungen.

Das deutsche Prozessrecht unterscheidet seit jeher grundsätzlich zwischen zwei Verfahrensarten: Dem durch den Beibringungsgrundsatz und dem durch den Ermittlungsgrundsatz geprägten Verfahren.

Der Beibringungsgrundsatz beherrscht das gesamte deutsche Zivilprozessrecht, insbesondere also die Zivilprozessordnung (ZPO). In diesem Verfahren hat das Gericht grundsätzlich von den Tatsachen auszugehen, die von den Parteien vorgetragen werden und zwischen ihnen unstreitig sind. Soweit streitige Tatsachen für die Entscheidung von Bedeutung sind, hat das Gericht darüber Beweis zu erheben.

Dieser Grundsatz beherrscht das deutsche Familienrecht insbesondere in den Bereichen des Unterhaltsrechts und des Güterrechts. Das neue Prozessrecht spricht hier von „Familienstreitsachen„ (§ 112 FamFG). Der Ermittlungsgrundsatz gilt in den Bereichen, in denen das Gericht von Amts wegen die Tatsachen zu ermitteln hat, die es seiner Entscheidung zu Grunde legt. Er gilt insbesondere im Bereich der Kindschaftssachen (§ 151 FamFG), also vor allem in den Verfahren zur elterlichen Sorge, zum Umgangsrecht und auch zum Recht der Kindesherausgabe.Das FamFG behält diese grundsätzliche Trennung der Verfahrensarten bei, wobei es aber - und darauf ist insbesondere hinzuweisen - für die einzelnen Regelungsbereiche zusätzlich jeweils unterschiedliche prozessuale Normen vorsieht. So enthält das FamFG spezifische Regelungen für das Verfahren in Ehesachen, Scheidungssachen, Kindschaftssachen, Ehewohnungssachen, Versorgungsausgleichssachen, Unterhaltssachen und Güterrechtssachen, wobei zum Teil auch die klassische Trennung der beiden Verfahrensarten durchbrochen wird, insbesondere dadurch, dass dem Gericht zum Beispiel die Möglichkeit eingeräumt wird, von Dritten Auskünfte einzuholen (zum Beispiel in § 220 FamFG für das Verfahren in Versorgungsausgleichssachen, in §§ 235 und 236 FamFG für das Verfahren in Unterhaltssachen).

Befasst man sich daher mit den neuen Regelungen des FamFG, hat die bisherige Erfahrung - auch innerhalb des Senats, in dem ich tätig bin - immer wieder gezeigt, dass es sehr empfehlenswert ist, im FamFG nach den Bestimmungen, die der allgemeinen Teil enthält, etwa zu den Rechtsmitteln und Kosten der Verfahren, noch einmal bei den Bestimmungen zu den jeweiligen einzelnen Verfahrensarten nachzuschauen und dort zu prüfen, ob es dort nicht eine Spezialregelung gibt, die oft allzu leicht übersehen wird.

2.

UNTER WELCHEN VORAUSSETZUNGEN KANN NACH DEUTSCHEM RECHT EINE EHE NUN GESCHIEDEN WERDEN?

Die Bestimmungen des deutschen Rechts zur Ehescheidung sind relativ übersichtlich:

§ 1564 BGB bestimmt, dass die Ehe nur durch richterliche Entscheidung geschieden werden kann. Eine Ehe kann gemäß § 1565 Abs. 1 S. 1 BGB geschieden werden, wenn die Ehe gescheitert ist. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller eine unzumutbare Härte darstellen würde, und zwar aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen. Es muss sich dabei um eine Ausnahmesituation handeln, die auf das „Eheband„ bezogen ist, d.h., auf das „Weiter-miteinander-verheiratet-sein„. Daran sind strenge Anforderungen zu stellen, konkret anerkannte Fälle sind etwa die Misshandlung des anderen Ehegatten und anderer Familienmitglieder, Alkoholmissbrauch, das „Im-Stich-Lassen„ des hilfsbedürftigen Ehegatten, grobe Beleidigungen, auch die Unmöglichkeit des Geschlechtsverkehrs.

In der Praxis ist die Bestimmung des § 1565 Abs. 1 BGB von erheblicher Bedeutung. Danach wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen bzw. der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. Ein Großteil der Scheidungen nach deutschem Recht erfolgt nach dieser Regelung, so dass es dann, wenn beide Seiten vortragen, dass sie seit mehr als einem Jahr voneinander getrennt leben, zu einer gerichtlichen Prüfung der Frage, ob eine Ehe gescheitert ist, in aller Regel überhaupt nicht mehr kommt. Eine weitere gesetzliche Vermutung enthält § 1565 Abs. 2 BGB: Leben die Ehegatten seit 3 Jahren getrennt, wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe geschieden ist.

Allerdings sieht § 1568 BGB eine weitere Härteklausel vor. Danach soll die Ehe nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert ist, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder ausnahmsweise notwendig ist oder wenn die Scheidung für den Antragsgegner aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte bedeutet, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint. Hierbei handelt es sich um einen absoluten Ausnahmetatbestand; anerkannt sind in der Rechtsprechung etwa Fälle schwerer Krankheit oder Pflegebedürftigkeit, wobei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Ehegatte, der die Scheidung ablehnt, grundsätzlich selbst vor der Gefahr einer Fehlreaktion mit Folgen für sein Leben oder seine Gesundheit nicht durch die Aufrechterhaltung der Ehe geschützt wird, solange ihm die Verantwortlichkeit für sein Verhalten zuzurechnen ist. Anders kann es aussehen, wenn er sich in einer psychischen Ausnahmesituation befindet, auf Grund derer er sein Verhalten nicht mehr in ausreichendem Maß verantwortlich steuern kann.

Zusammenfassend kann deshalb davon ausgegangen werden, dass in deutschen Scheidungsverfahren in den meisten Fällen lediglich danach gefragt wird, ob die Ehegatten mehr als ein Jahr getrennt leben. Die Verfahren, bei denen das Scheitern der Ehe problematisiert wird oder bei denen eine Härtefallprüfung erfolgt, bilden eher die Ausnahme.

3.

Wie oben bereits ausgeführt, sieht das Gesetz vor, dass über bestimmte Folgesachen im Verbund mit der Ehescheidung zu entscheiden ist.

Diese will ich hier in den Grundzügen ansprechen.

3.1

Eine notwendige Folgesache ist das Verfahren zum Versorgungsausgleich. Dabei handelt es sich, soweit ich sehe, nach wie vor um eine Spezialität des deutschen Rechts. Ausgangspunkt ist § 1 VersAusglG. Danach sind die während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften jeweils zur Hälfte zwischen den geschiedenen Eheleuten zu teilen. Der dieser Regelung zugrunde liegende Gedanke ist, dass das, was ein Ehepaar während der Ehezeit an Rentenanwartschaften erarbeitet hat, zwischen ihnen hälftig geteilt werden soll. Dabei soll am Ende jedem Ehegatten ein direkter Anspruch in dieser Höhe - also insgesamt der Hälfte der während der Ehezeit entstandenen Anwartschaften - gegen die jeweiligen Versicherungsträger zustehen, so dass ein späterer „Umweg„ über einen Ausgleichsanspruch gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nicht mehr erforderlich ist. § 2 VersAusglG beschreibt, um welche Rechte es sich dabei handelt: Danach geht es um im In- und Ausland beste-

hende Anwartschaften auf (Renten-)versorgungen und Ansprüche auf laufende Versorgungen, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.

Die Prüfung, in welcher Weise die Anwartschaften aufzuteilen sind, erfolgt in mehreren Schritten: Zunächst werden die Ehegatten vom Gericht aufgefordert, ihm mitzuteilen, welche Rentenanwartschaften sie erworben haben.

Dann wird vom Gericht die Dauer der Ehezeit festgestellt. Sie ist vom Datum der Eheschließung abhängig und von dem Zeitpunkt, zu dem der Scheidungsantrag zugestellt worden ist. Anschließend werden die Versicherungsträger vom Gericht aufgefordert, ihm die Höhe der erworbenen Anwartschaften mitzuteilen und gleichfalls mitzuteilen, wie hoch der Anteil an der Versorgung ist, der während der Ehezeit erworben worden ist.

Wenn alle Auskünfte erteilt worden sind, erfolgt der Ausgleich, und zwar nach dem neuen Recht dergestalt, dass das Gericht jeweils für die ausgleichsberechtigte Person zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswert bei dem Versorgungsträger, bei dem das Anrecht besteht, überträgt („interne Teilung„, § 12 VersAusglG). Unter bestimmten Voraussetzungen begründet das Familiengericht auch für die ausgleichsberechtigte Person zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswerts bei einem anderen Versorgungsträger („externe Teilung„, § 14 VersAusglG).

3.2

Nur auf Antrag leitet das Gericht Folgesachen zum Sorgerecht und zum Umgangsrecht ein. Dabei ist der wesentliche Grundsatz des deutschen Rechts, dass verheiratete Eltern das Sorgerecht für ihre gemeinsamen Kinder gemeinsam ausüben.

3.2.1

Sind sie bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die gemeinsame elterliche Sorge zu, wenn sie

- entweder eine gemeinsame, öffentlich beurkundete sogenannte „Sorgeerklärung„ abgeben oder
- einander heiraten (§ 1626a BGB).

Diese gesetzliche Regelung hat zur Folge, dass nach bisherigem Recht der nichteheliche Vater eines minderjährigen Kindes grundsätzlich nur dann Anteil an der elterlichen Sorge bekommen konnte, wenn die Mutter dem zustimmte.

Diese Regelung ist zunächst auf Kritik des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gestoßen. Dieser hat durch Urteil vom 3.12.09 (5. Sektion, Beschwerde Nr. 2208/04) entschieden, dass Deutschland dadurch, dass Väter außerehelich geborenen Kinder nur dann Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge haben, wenn die jeweiligen Mütter damit einverstanden ist, diese Väter diskriminiert und damit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat am 21.7.10 entschieden (1 BvR 420/09), dass der generelle Ausschluss des Vaters eines nichtehelichen Kindes von der Sorgetragung für sein Kind unverhältnismäßig in seine Elternrechte eingreift, wenn die Weigerung der Mutter des Kindes, der gemeinsamen Sorge oder der alleinigen Sorge durch den Vater zuzustimmen, nicht am Maßstab des Kindeswohls gemessen werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung Regelungen für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung getroffen, ohne dem

Gesetzgeber allerdings Fristen für eine Neuregelung zu setzen. Die betreffenden Bestimmungen des deutschen Rechts werden daher voraussichtlich demnächst geändert und der Zugang von Vätern nichtehelich geborener Kinder zur gemeinsamen Sorge erleichtert werden. Welchen Weg der Gesetzgeber bei der Lösung dieser mit vielen schwierigen Einzelfragen verbundenen Problematik einschlagen wird, ist derzeit noch nicht konkret erkennbar.

3.2.2

Leben die Eltern getrennt, bleibt es grundsätzlich bei der gemeinsamen elterlichen Sorge. Allerdings kann in diesem Fall gemäß § 1671 Abs. 1 BGB jeder Elternteil verlangen, dass ihm die elterliche Sorge übertragen wird. Diesem Antrag ist stattzugeben, wenn der andere Elternteil zustimmt (es sei denn, das über 14-jährige Kind widerspricht), oder - und dies ist der Ansatzpunkt vieler, oft ausgesprochen heftig geführter gerichtlicher Auseinandersetzungen - wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Oft kommt es dabei auf die Ergebnisse von jugendpsychologischen, eventuell auch jugendpsychiatrischen Sachverständigengutachten an.

3.2.3

Nur auf Antrag werden auch Verfahren zum Umgangsrecht zwischen einem minderjährigen Kind und dem Elternteil eingeleitet, bei dem es sich nicht dauernd aufhält. § 1684 Abs. 1 BGB regelt insoweit, dass ein Kind das Recht zum Umgang mit jedem Elternteil hat; jeder Elternteil ist andererseits zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

In prozessualer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht gemäß § 158 FamFG dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen einen Verfahrensbeistand zu bestellen hat, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist in der Regel erforderlich, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht, oder wenn es um einen Entzug des Sorgerechts oder darum geht, dass eine Trennung des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren Obhut das Kind sich befindet.

Dabei hat der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes festzustellen und in dem gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. In der Praxis werden zu Verfahrensbeiständen oft, wenn auch nicht zwingend, Rechtsanwälte bestellt. In Betracht kommen auch Angehörige anderer Professionen, etwa Psychologen und Sozialpädagogen.

3.3

In der Praxis von erheblicher Bedeutung ist ebenfalls die Regelung zum gesetzlichen Zugewinnausgleich. Haben die Eheleute nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbart, leben sie gemäß § 1363 Abs. 1 BGB im Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Wird dieser Güterstand durch Scheidung beendet, wird der während der Ehe erwirtschaftete Zugewinn gemäß § 1372 BGB ausgeglichen. Dazu muss zunächst einmal festgestellt werden, ob ein Zugewinn überhaupt vorhanden ist.

Dazu wird festgestellt, was jeweils auf beiden Seiten zu Beginn der Ehe an Vermögen vorhanden war. Daraus ergibt sich das sogenannte Anfangsvermögen. Dabei sind zu Beginn der Ehe bestehende Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen. In einem weiteren Schritt wird festgestellt, welches Vermögen auf beiden Seiten bei der Beendigung des Güterstandes vorhanden war. Daraus ergibt sich das sogenannte Endvermögen. Zum Ende der Ehezeit bestehende Schulden werden gleichfalls abgezogen. Übersteigt das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen, hatte er einen Zugewinn.

Ein Beispiel: Der Ehemann verfügt zum Ende der Ehezeit über ein Vermögen von € 80.000,00. Zu Beginn der Ehe verfügte er über ein Vermögen von € 20.000,00. Sein Zugewinn beträgt € 60.000,00.

Hatte die Ehefrau, um im Beispiel zu bleiben, ihrerseits einen Zugewinn von € 20.000,00, beträgt die Differenz zwischen beiden Zugewinnen € 40.000,00. Der Ehemann hat die Hälfte auszugleichen, als € 20.000,00 an die Ehefrau zu zahlen. Hatte die Ehefrau, um weiter im Beispiel zu bleiben, keinen Zugewinn, hat der Ehemann der Ehefrau die Hälfte seines gesamten Zugewinns, also € 30.000,00, zu erstatten.

4.

Im Bereich des deutschen Unterhaltsrechts sind die Regelungen zum Kindesunterhalt und zum Trennungs- bzw. nachehelichen Unterhalt voneinander zu unterscheiden.

4.1

Kindesunterhalt

Die grundsätzliche Verpflichtung von Eltern, ihren Kindern Unterhalt zu gewähren, folgt aus § 1601 BGB. Sie gilt im Grundsatz ein Leben lang. Eine besondere Unterhaltsverpflichtung haben die Eltern ihren Kindern gegenüber, solange sie minderjährig sind. Gemäß § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB haben sie diesen gegenüber alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden.

Dabei erfüllt gemäß § 1606 Abs. 3 S.2 BGB in der Regel der Elternteil, der ein minderjähriges Kind betreut - meistens also die Mutter -, seine Verpflichtung, zum Unterhalt

beizutragen, durch die Pflege und Erziehung des Kindes. Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen um den Kindesunterhalt ist daher - nahezu ausschließlich - der Streit um den meist von den Vätern zu zahlenden Barunterhalt. Zum Maß des zu zahlenden Unterhalts bestimmt § 1610 BGB sehr abstrakt, dass es sich nach der „Lebensstellung des Bedürftigen„ richtet.Im Hinblick auf diese sehr allgemein gehaltene Vorschrift stützt die Rechtsprechung der deutschen Gerichte sich inzwischen weitgehend auf die sogenannte „Düsseldorfer Tabelle„, die das Oberlandesgericht Düsseldorf entwickelt hat und regelmäßig fortschreibt.

Zu betonen ist, dass die Tabelle keine Gesetzeskraft hat, in der Praxis den Entscheidungen der deutschen Gerichte aber sehr weit gehend zu Grunde gelegt wird. Abweichungen von den Sätzen der Tabelle sind daher zwar selten, aber durchaus möglich. Die Tabelle weist in der linken Spalte 10 verschiedene Einkommensgruppen aus, in den mittleren Spalten die dem § 1612a BGB entsprechenden Altersgruppen der Kinder. Die Unterhaltsbeträge, die der ersten Einkommensgruppe zugeordnet sind - „bis € 1.500,00„ - entsprechen den Beträgen des sogenannten Mindestbedarfs im Sinne des § 1612a BGB. Steigt die Höhe des Einkommens, steigt proportional die entsprechende Unterhaltsverpflichtung. Zu beachten ist, dass die Tabelle auf einen Unterhaltsverpflichteten zugeschnitten ist, der einer Ehefrau und einem Kind gegenüber zum Unterhalt verpflichtet ist. Kommt zum Beispiel ein weiteres Kind hinzu, wird die Höhe des zu zahlenden Betrages der nächst niedrigen Einkommensgruppe entnommen, besteht keine Unterhaltsverpflichtung der Ehefrau gegenüber, ergibt sich die Höhe des Unterhaltsbetrages aus der nächsthöheren Einkommensgruppe.

Entscheidend für die Höhe des zu zahlenden Unterhalts ist also das Einkommen des Unterhaltsverpflichteten. Gerade darüber wird naturgemäß in den gerichtlichen Verfahren oft gestritten. Dabei geht es zum einen zunächst einmal um die Feststellung, wie hoch dies Einkommen des Verpflichteten überhaupt ist. Das ist relativ leicht festzustellen, wenn es um einen Unterhaltsverpflichteten geht, der sich in einem nicht-selbstständigen Beschäftigungsverhältnis befindet.

Schwieriger ist es, wenn es sich um einen Selbstständigen handelt. Bei Selbstständigen wird in der Regel das Einkommen aus dem Durchschnitt der letzten drei vergangenen Jahre zu Grunde gelegt. Die Höhe des Einkommens muss in einem nicht selten umfangreichen Verfahren aus Unterlagen wie Steuererklärungen, Steuerbescheiden, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen ermittelt werden. Oft ist es erforderlich, ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Besonders schwierig ist es, wenn der Unterhaltsverpflichtete über kein oder ein niedriges Einkommen verfügt, der Unterhaltsberechtigte aber vorträgt, der Verpflichtete könne wesentlich mehr verdienen.

Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte lässt es in diesen Fällen grundsätzlich zu, dass im Hinblick auf die erhöhte Unterhaltsverpflichtung minderjährigen Kindern gegenüber ein Einkommen fingiert wird. Das ist dann der Fall, wenn festgestellt werden kann, dass ein Unterhaltsverpflichteter bei gehöriger Anstrengung in der Lage wäre, einen Arbeitsplatz zu finden, der es ihm ermöglichen würde, ein Einkommen zu erzielen, mit dem er Unterhalt für das Kind zahlen könnte. Die Rechtsprechung verlangt jedoch insoweit genaue Feststellungen der Gerichte dazu, um was für eine Tätigkeit es sich in dem konkreten Fall handeln könnte und wie die Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt in diesem Sektor konkret gerade sind.

Zum anderen ergeben sich die Schwierigkeiten daraus, um welche Positionen das Einkommen des Unterhaltsverpflichteten zu „bereinigen„ ist. Denn Maßstab für den zu zahlenden Unterhalt ist nicht das jeweils erzielte Einkommen, sondern das Einkommen, welches dem Verpflichteten nach Abzug berücksichtigungsfähiger Positionen tatsächlich zur Verfügung steht. So kann er Vorsorgeaufwendungen, berufsbedingte Aufwendungen wie Fahrtkosten, unter Umständen auch Schulden usw. abziehen. Erst nach Abzug dieser Positionen ist der Maßstab gefunden, aus dem sich die Höhe des nach der Düsseldorfer Tabelle zu zahlenden Unterhalts ergibt.

Da sich um diese Detailfragen - wie auch um andere Fragen des Unterhaltsrechts - eine überaus differenzierte Rechtsprechung entwickelt hat, die es den Anwältinnen und Anwälten zunehmend erschwert hat, bei der Beratung des rechtsuchenden Publikums die zu erwartende Rechtsprechung der Gerichte einigermaßen treffsicher einzuschätzen, haben die Richterinnen und Richter der Oberlandesgerichte sich daran gemacht, ihre jeweiligen „Unterhaltsrechtlichen Leitlinien„ zusammenzustellen und zu veröffentlichen.

Dabei ist es den Richterinnen und Richtern der einzelnen deutschen Oberlandesgerichte in einem langwierigen Diskussionsprozess gelungen, sich trotz der Differenziertheit im Einzelnen weitgehend auf eine einheitliche Struktur dieser Leitlinien zu einigen, wobei die einzelnen Punkte, zu denen Aussagen getroffen werden, durchaus unterschiedlich sind und der Rechtsprechung des jeweiligen Oberlandesgerichts entsprechen. Hier finden sich zum Beispiel auch die jeweils geltenden Beträge zu Selbstbehalt der Unterhaltsverpflichteten. Diese Unterhaltsrechtlichen Leitlinien haben in der Praxis eine erhebliche Bedeutung erlangt. Es ist auch in diesem Zusammenhang allerdings zu betonen, dass diese Leitlinien keine Gesetzeskraft haben und auch keine Rechtsprechung im eigentlichen Sinn darstellen. Sie sind in keiner Weise verbindlich, sondern geben lediglich eine Rechtsprechungstendenz an, auf die sich die Richterinnen und Richter der jeweiligen Oberlandesgerichte geeinigt haben. Sie bieten somit eine Orientierungshilfe für die Rechtsuchenden, um ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, sich relativ schnell einen Überblick über die Rechtsprechung der einzelnen Oberlandesgerichte zu verschaffen.

4.2

Bezüglich des Unterhalts für den Ehegatten unterscheidet das deutsche Recht grundsätzlich zwischen dem Unterhalt während des Getrenntlebens, also bis zur rechtskräftigen Scheidung der Ehe, gemäß § 1361 BGB und dem nachehelichen Unterhalt gemäß §§ 1569ff BGB.

Ich beschränke mich hier auf eine skizzenhafte Darstellung der Regelungen zum nachehelichen Unterhalt. Die Regelungen zum Getrenntlebensunterhalt entsprechen dem weitgehend, wenn auch nicht in allen Punkten.

Grundsätzlich gilt gemäß § 1569 BGB das Prinzip der Eigenverantwortung, d.h., nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Eine Unterhaltsverpflichtung des früheren Ehegatten besteht nur, wenn bestimmte, im Gesetz näher beschriebene Tatbestände erfüllt sind. Bei diesen handelt es sich um:

- § 1570 BGB - Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes
- § 1571 BGB - Unterhalt wegen Alters
- § 1572 BGB - Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen
- § 1573 BGB - Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt
- § 1575 BGB - Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung
- § 1576 BGB - Unterhalt aus Billigkeitsgründen

4.2.1

Gegenstand der Diskussion in den vergangenen Jahren sind insbesondere die Bestimmungen zum Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes und die Neufassung der Bestimmungen zum Maß des Unterhalts (§§ 1578ff BGB) gewesen.

Das bis zum 31.12.2007 geltende Recht bestimmte lediglich, dass ein geschiedener Ehegatte von dem anderen Unterhalt verlangen könne, solange und soweit von ihm wegen Pflege eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte. Die Rechtsprechung hatte dazu ein sogenanntes „Altersphasenmodell„ entwickelt. Nach diesem Modell konnte der betreuende Elternteil - in der Regel die Mutter - in der Regel den vollen Unterhalt mindestens solange verlangen, bis das Kind das 8. Lebensjahr erreicht hatte, ohne verpflichtet zu sein, durch eigene Arbeit zu ihrem Lebensunterhalt beitragen zu müssen. Danach konnte von ihr verlangt werden, dass sie zumindest halbtags tätig war. Erst ab dem 16. Lebensjahr wurde verlangt, dass die Mutter vollen Umfangs durch eigene Berufstätigkeit für ihren Unterhalt sorgte.

Diese Regelung wurde grundlegend geändert durch das Unterhaltsänderungsgesetz 2008. Nunmehr gilt, dass ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen kann. Die Dauer des Anspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und - ausdrücklich - die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 BGB).

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber Abschied genommen hat von dem herkömmlichen Altersphasenmodell, grundsätzlich auf die faktisch bestehenden Möglichkeiten der Kindesbetreuung abstellt und die volle Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils verlangt, bis das Kind drei Jahre alt geworden ist.

Diese Regelung stellt eine wirkliche Neuerung des deutschen Unterhaltsrechts dar, mit der der Gesetzgeber den gesellschaftlichen Veränderungen der vergangenen Jahre Rechnung tragen und sie wohl auch etwas vorantreiben wollte.

Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte befindet sich in Bezug auf diese Neuregelung nach meiner Einschätzung immer noch in einer gewissen Gewöhnungs- und Umstellungsphase. Es fällt vielen Gerichten nicht leicht, unterhaltsrechtlich von dem betreuenden Elternteil, meist also den Müttern, zu verlangen, dass sie ab Vollendung des dritten Lebensjahrs des Kindes wieder vollen Umfangs berufstätig sind. Der Bundesgerichtshof hat inzwischen jedoch in einer ganzen Reihe von Urteilen entschieden, dass ein modifiziertes Altersphasenmodell, zu dem einige Entscheidungen von Instanzgerichten auch nach Inkrafttreten des neuen § 1570 BGB wieder tendierten, mit der neuen Rechtslage nicht zu vereinbaren ist und in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung wirklich einer vollen Berufstätigkeit der Mutter entgegenstehen.

4.2.2

Ein weiterer Einschnitt durch das Unterhaltsänderungsgesetz 2008 stellt die Neufassung der gesetzlichen Bestimmungen zum Maß des Unterhalts dar. Dabei ist der Grundsatz der gesetzlichen Regelung unberührt geblieben. Gemäß § 1578 Abs. 1 BGB bestimmt sich das Maß des Unterhalts nach den „ehelichen Lebensverhältnissen„. Maßgebend dafür ist das zur Deckung des allgemeinen Lebensbedarfs eingesetzte Einkommen der Eheleute, und zwar nach dem Einkommen, das während der Ehezeit zur Verfügung stand bzw. an dessen Stelle getreten sind.

Konkret bedeutet dies in aller Regel, dass das Einkommen der Eheleute ermittelt wird, davon berücksichtigungsfähige Positionen abgezogen werden (insbesondere der für gemeinsame Kinder gezahlte Unterhalt, im Übrigen ähnlich wie beim oben geschilderten Kindesunterhalt, das Einkommen also „bereinigt„ wird) und anschließend die Differenz zwischen beiden Einkommen festgestellt wird. Dem Unterhaltsberechtigten steht davon im Grundsatz die Hälfte zu, Berufstätigen wird zusätzlich ein Bonus von 1/7 zugebilligt).

Der Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse hat die - vom Gesetzgeber auch so gewollte Folge - dass der Unterhaltsanspruch dem Unterhaltsberechtigten grundsätzlich den Lebensstandard sichert, der ihm auch während der Ehezeit bereits zur Verfügung stand.

Diese Anknüpfung des Unterhaltsanspruchs an die ehelichen Lebensverhältnisse schränkt § 1578b Abs. 1 S. 1 BGB nunmehr in erheblich höherem Umfang ein, als es bisher der Fall war. Nach dieser Vorschrift ist der Unterhaltsan-

spruch des geschiedenen Ehegatten auf den „angemessenen Lebensbedarf„ herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Interessen eines dem Berechtigten anvertrauten Kindes unbillig wäre. Dabei ist - so das Gesetz - insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. § 1578b Abs. 2 S. 1 BGB sieht darüber hinaus vor, dass der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten zeitlich zu begrenzen ist, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre.

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber Abschied genommen hat von der lebenslangen Garantie eines während der Ehe genossenen Lebensstandards, der jetzt keine unveränderliche Größe mehr ist.

Entscheidend für die Darlegung der Höhe und der Dauer eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs ist nunmehr die Darlegung sogenannter ehebedingter Nachteile. Das bedeutet, dass der Unterhaltsberechtigte, will er einen an den ehelichen Lebensverhältnissen gemessenen Unterhaltsanspruch begründen oder aufrechterhalten, darlegen und gegebenenfalls beweisen muss, dass er sich durch eigene Berufstätigkeit einen Lebensstandard in dieser Höhe hätte ermöglichen können, wenn er daran nicht durch die Ehe - sprich, in aller Regel: durch die Kindererziehung - gehindert gewesen wäre.

Diese neue Regelung stellt eine grundlegende, in ihren Auswirkungen auf die Rechtsprechung, aber auch die Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens und der Berufstätigkeit beider Elternteile kaum zu unterschätzende gesetzgeberische Reform dar.

Eine besondere Brisanz erhält sie dadurch, dass sie gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 EGZPO grundsätzlich auch auf solche Fälle anzuwenden ist, in denen über einen Unterhaltsanspruch vor dem 1.1. 2008 bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Zwar sieht das Gesetz vor, dass die Abänderung eines solchen Titels nur erfolgen darf, wenn dies dem anderen Teil unter Berücksichtigung von Vertrauensgesichtspunkten zumutbar ist. Die Abkehr von der praktisch lebenslangen Lebensstandardgarantie hin zu einem Unterhaltsanspruch, der in erster Linie bezogen ist auf den Ausgleich von in der Ehe erlittenen Nachteilen hat jedoch gerade bei den sogenannte „Altfällen„ zu einer Vielzahl von gerichtlichen Verfahren und obergerichtlichen Entscheidungen geführt, in denen die Grenzverläufe auszuloten waren und noch sind. Der Diskussionsprozess ist noch nicht abgeschlossen und wird weiter zu beobachten sein.

5.

5.1

Lassen Sie mich zum Schluss noch auf einige Fragen eingehen, die im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und Polen von Bedeutung sind. Die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen im Ausland ist seit dem 18.6.01 erheblich erleichtert. Seit diesem Tag ist das internationale Unterhaltsverfahrensrecht in eine völlig neue Phase eingetreten.

Seit dem 18.6.01 findet die „Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen„ kurz: EG-Unterhaltsverordnung in den Staaten der Europäischen Union Anwendung, damit auch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007. Gleichzeitig ist in Deutschland das neue Auslandsunterhaltsgesetz (AUG)in Kraft getreten, welches die erforderlichen Durchführungsbestimmungen für die Verordnung in Deutschland enthält.

Einer der Kernpunkte der neuen Regelung ist die Zusammenarbeit der staatlichen zentralen Behörden. Jeder Vertragsstaat bestimmt eine zentrale Behörde, an die sich die Unterhaltsgläubiger in ihrem Wohnsitzstaat wenden können. In Deutschland ist dies das Bundesamt für Justiz in Bonn. Aufgabe der zentralen Behörden ist es, die Unterhaltsgläubiger bei allen zur gerichtlichen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen erforderlichen Schritten zu unterstützen und sie großen Teils selbst durchzuführen. Das beginnt mit der Suche nach der Anschrift des Unterhaltsgläubigers und endet mit der Überwachung geleisteten bzw. durch Zwangsvollstreckung beigetriebenen Unterhalts.

Das Verfahren ist für Kinder gemäß Art. 46 der Verordnung praktisch kostenfrei, es sei denn, die zuständige Behörde des ersuchten Staates erachtet den Antrag für offensichtlich unbegründet (Art. 46 Abs. 2 der Verordnung).

Art. 17 der Verordnung enthält einen weiteren Kernpunkt der Neuregelung: Danach wird eine in einem Mitgliedstaat, der durch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 gebunden ist - und das ist bei den Ländern der EU mit Ausnahme Dänemarks der Fall - ergangene Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann. Das bisherige Exequaturverfahren ist daher innerhalb der Europäischen Union abgeschafft. Die Vollstreckung von deutschen Unterhaltstiteln in Polen und umgekehrt findet deshalb in Zukunft statt, ohne dass es einer Vollstreckungsklausel bedarf. Ob die Voraussetzungen für eine Vollstreckung vorliegen, überprüft nunmehr allein das Vollstreckungsorgan, in Deutschland der Gerichtsvollzieher.

Welche Unterlagen der Unterhaltsgläubiger für die Vollstreckung beizubringen hat, ist in Art. 20 der Verordnung geregelt. Einer Übersetzung der ausländischen Entscheidung bedarf es gemäß Art. 20 Abs. 2 der Verordnung nur dann, wenn der Schuldner die Vollstreckung anficht.

Die Erleichterung durch die Abschaffung des Exequaturverfahrens gilt nicht für Titel, bei denen das Vollstreckbarkeitsverfahren vor dem 18.6.11 bereits eingeleitet worden ist (Art. 75 Abs. 1 der Verordnung). Für diese gilt weiterhin die Verordnung (EG) Nr. 44/2001.

Gemäß Art. 15 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 bestimmt sich gleichfalls das auf Unterhaltsverfahren anwendbare Recht für die Mitgliedsstaaten der EU nach dem „Haager Protokoll„ vom 23.11.2007. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass als Regelanknüpfungspunkt für Unterhaltsansprüche gemäß Art. 3 des Protokolls das Recht des Staates maßgebend ist, in dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 des Protokolls ist ungeachtet des Art. 3 das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht anzuwenden, wenn die berechtigte Person die zuständige Behörde des Staates angerufen hat, in dem die verpflichtete Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

5.2

Zum Schluss noch ein Wort zur Bedarfsbemessung eines in Polen lebenden Unterhaltsberechtigten und eines in Deutschland lebenden Unterhaltsverpflichteten bei Anwendung deutschen Rechts: Für die Ermittlung des Lebensbedarfs sind grundsätzlich diejenigen Beträge maßgebend, die der Unterhaltsberechtigte aufwenden muss, um den den ehelichen Lebensverhältnissen (beim nachehelichen Unterhalt) bzw. der abgeleiteten Lebensstellung (des Kindes) entsprechenden Lebensstandard aufrechtzuerhalten.

Die richtige Verbrauchergeldparität ist eine Tatfrage, ist dem Tatsachenvortrag der Beteiligten zugänglich und hat letztlich durch Schätzung des Gerichts gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu erfolgen (OLG München 4 UF 71/97). Dazu können die Vergleichswerte herangezogen werden, die bis 2009 im Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland zum Kaufkraftverhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem betreffenden ausländischen Staat angegeben sind (so etwa BGH FamRZ 92, 1060).

Andere Entscheidungen stützen sich auf die sogenannte Ländergruppeneinteilung des Bundesfinanzministeriums (so OLG München 4 UF 71/97): Das deutsche Einkommensteuerrecht sieht die Möglichkeit vor, von dem Gesamtbetrag der Einkünfte Unterhaltsleistungen an Kinder abzuziehen. Lebt das Kind im Ausland, schränkt das Gesetz diesen Abzug auf den Betrag ein, der nach den Verhältnissen des Wohnsitzstaats notwendig und angemessen ist. Um dies festzustellen, erlässt der Bundesminister der Finanzen die sogenannte Ländergruppeneinteilung. In dieser Einteilung werden die Länder in einzelnen Gruppen zusammengefasst, deren Verhältnisse den deutschen Verhältnissen in der gleichen Relation entsprechen.

Nach dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 6.11.09 (www.bundesfinanzministerium.de) ist Polen mit Wirkung ab 1.1.10 der Gruppe 3 zuzuordnen. Danach stehen die Verhältnisse in Polen zu Deutschland im Verhältnis 1:2. Die Sätze der Düsseldorfer Tabelle wären danach für ein in Polen lebendes Kind daher grundsätzlich um die Hälfte zu reduzieren, gleichfalls der Unterhaltsbedarf einer in Polen lebenden geschiedenen Ehefrau. Diese pauschale Sichtweise ist zwar praktisch für den Rechtsanwender; gegen sie bestehen jedoch insofern Bedenken, als steuerliche Erwägungen nicht notwendig deckungsgleich mit einer unterhaltsrechtlichen Bedarfsbemessung sind (so Wendl-Staudigl-Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., Rdz. 36 zu § 9). Hinzu kommt, dass das Raster des Bundesfinanzministeriums relativ undifferenziert ist und man deshalb vielfach bei grundsätzlicher Orientierung an der Ländergruppeneinteilung im Einzelnen zur Herbeiführung eines ausgewogenen Ergebnisses Korrekturen wird vornehmen müssen.

Dose schlägt deshalb vor (a.a.O. Rdz. 38ff), den Bedarf unter Berücksichtigung von Wechselkurs und Verbrauchergeldparität zu ermitteln. Dabei gibt die Verbrauchergeldparität an, wie viele ausländische Geldeinheiten erforderlich sind, um die gleiche Gütermenge bestimmter Qualität im Ausland zu erwerben, die man in der Bundesrepublik Deutschland für einen Euro erhält. Dazu ist es zusätzlich erforderlich, die Verbrauchergeldparität zum Wechselkurs zwischen Euro und der ausländischen Währung in Relation zu setzen. Für Polen gibt Dose die Verbrauchergeldparität bei einem Wechselkurs von 4,3276 (im Jahre 2009) mit 3,3703 an, die somit in einem Verhältnis von plus 28,4 % zueinander stehen. Zusätzlich nimmt er eine weitere Bedarfskorrektur anhand statistischer Werte an (a.a.O., Rdz. 80)

Im Ergebnis ist daher nochmals darauf hinzuweisen, dass die Ermittlung des Bedarfs unter dem Gesichtspunkt unterschiedlicher Kaufkraftparität Tatfrage ist und deshalb notfalls vom Gericht zu schätzen ist. Eine gefestigte Rechtsprechung der deutschen Gerichte mit praktisch handzuhabenden Pauschalisierungen ist nicht ersichtlich. Aus Sicht eines Richters geht deshalb nichts über einen anständigen anwaltlichen Vortrag.

ÜBER DEN AUTOR

Henning Huusmann, Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht. Der Vortrag wurde auf dem deutsch-polnischen Rechtsdialog am 20-22.10.2011 in Danzig gehalten.

Einige Aspekte der Ersitzungsvoraussetzungen

DR. EWA SZUBER-BEDNARZ

Als unbedingt notwendige Voraussetzungen für den Erwerb vom Eigentum an Sachen durch Ersitzung nennt der Gesetzgeber den Besitz und den Zeitablauf. Für einen solchen Eigentumserwerb müssen beide Elemente zur gleichen Zeit vorliegen. Eine wesentliche Voraussetzung der Ersitzung ist der Eigenbesitz. Subjekt der Ersitzung ist eine Sache. Besitz ist ein vom Recht geschützter tatsächlicher Zustand, mit dem das Recht viele wichtige rechtliche Folgen verschiedenen Charakters verbindet, wie z.B. den Erwerb von Rechten durch Zeitablauf.

Besitz ist eine Art Macht über die Sache. Mit einer solchen Sachherrschaft haben wir es in zwei verschiedenen Situationen zu tun; zunächst in dem Fall, in dem ein Recht ausgeübt wird, z.B. das Eigentumsrecht. Auch in der zweiten Situation ist die Sachherrschaft mit einem Recht verbunden. Eine solche Sachherrschaft hat beispielsweise der informelle Erwerber einer Immobilie, denn in Folge der Eigentumsübertragung, die ohne die notwendige notarielle Form erfolgt, erwirbt er nur den Besitz, nicht aber das Eigentum an der Immobilie. Die Sachherrschaft ist also die potentielle Möglichkeit, die Sache, die im Besitz des Verfügenden ist, zu benutzen. Besitz erfordert nicht die tatsächliche Benutzung der Sache, sondern nur die Möglichkeit. Der Begriff „Physikalische Sachherrschaft„ meint dabei folgendes: eine bestimmte Person (das Subjekt) befindet sich in einer Situation, in der sie die Dinge insbesondere auf eine Art und Weise verwenden darf, wie es ansonsten Personen tun dürfen, die einen bestimmten Anspruch auf diese Dinge haben. Also darf „der Besitzer das, was der Berechtigte darf„. Tatsächlicher Faktor der Sachherrschaft ist also eine entsprechende Beherrschung der Dinge. Die faktische Sachherrschaft muss ein Dauerzustand sein, das bedeutet, dass die Verbindung des Inhabers mit der Sache nicht dadurch ausgedrückt werden kann, dass die Sache ein einziges Mal oder auch nur gelegentlich übernommen wurde, sondern dadurch, dass sie eine unbestimmte Zeit lang verwendet werden darf. Eine effiziente wirtschaftliche Nutzung von Sachen (wie z.B. Immobilien) ist dagegen keine notwendige Voraussetzung für den Besitz. Es sollte betont werden, dass nicht jede Macht über eine Sache den Charakter des Besitzes hat. Nicht ausreichend ist z.B. die Macht des Fiskus über eine Sache, die eine Aktivität aus dem Bereich Imperium und nicht Dominium ist. Das geht aus einem Beschluss des Obersten Gerichtshofes hervor, nach dem die Zeit der Verwaltung durch staatliche Organe oder staatliche juristische Personen nicht zur Frist für die Ersitzung durch den Fiskus gerechnet wird, auch, wenn zunächst ein Eigentumstitel vorgelegen hat, der später für nichtig erklärt wurde.

Aufgrund der Tatsache, dass das polnische Recht keine Anwendung des Grundsatzes nemo sibi ipse causa possessionis mutare potest zulässt, ist eine Änderung des Besitztitels durch den Inhaber zum Zeitpunkt des Besitzes erlaubt, mit dem Vorbehalt, dass sie sich nicht nur auf den Bereich der inneren Gefühle des Inhabers beschränkt; sie muss sich eindeutig nach außen manifestieren. Angenommen, der Fiskus übernimmt die Sachherrschaft über eine Immobilie, umzäunt das Gelände und bebaut es, so äußert er damit auch den Willen, über das Grundstück die Sachherrschaft auszuüben. Diese Tatsache ist entscheidend für den Ausgang des Verfahrens. Auch wenn der Inhaber weiß, dass er über die Sache eines andere verfügt, den Besitz aber behalten will und so tut, als ob er der Eigentümer wäre, erwirbt er den Status des Eigenbesitzers. Eigenbesitzer ist, wer über eine Sache wie ein Eigentümer verfügt und in der Lage ist, die Sache so zu benutzen, wie ein Eigentümer es darf.

Halter ist dagegen auch derjenige, der über die Sache verfügt wie ein Benutzer, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter oder eine Person, die ein anderes Recht hat, über eine fremde Sache zu verfügen. Beim Halter handelt es sich um einen abhängigen Inhaber.

Der Zustand Besitz wird durch mehrere Komponenten geschaffen: das physische Element der Sachverfügung (corpus) und den intellektuellen Aspekt der Absicht der Sachverfügung (animus) für sich selbst (animus rem sibi habendi). Der Besitz ist ein Zustand der anhaltenden Sachherrschaft. Das Element corpus besteht neben dem physikalischen Faktor auch aus dem Willen, über die Sache zu verfügen, der auf der Absicht beruht, die Sachverfügung zu vollstrecken, unabhängig davon, ob es dem Verfügenden darum geht, ein bestimmtes Gesetz zu vollziehen oder einfach nur die Sachherrschaft zu behalten. Das corpus – Merkmal umfasst Aktivitäten, wie sie der Eigentümer ausführen kann. Ein Beispiel wäre die Erhebung einer Klage auf Herausgabe der Sache oder auf Wiederherstellung des Besitzes. Gleichzeitig erfasst es auch materielle Akte der Sachherrschaft, wie die bestimmungsgemäße Anwendung der Sache. Der Eigenbesitzer verliert seinen Besitz nicht dadurch, dass er die Sache einem anderen als mittelbaren Besitz übergibt. Der Gesetzgeber nimmt die Kontinuität des Besitzes an und hat geregelt, dass eine vorübergehende Unfähigkeit, die Sachherrschaft auszuüben, den Besitz nicht unterbricht. Auch in Situationen, in denen aus irgendeinem Grund der Besitz unterbrochen und dann wiederhergestellt wurde, wird der Besitz als ununterbrochen betrachtet. Eine Umwandlung des mittelbaren Besitzes in Eigenbesitz erfordert eine Kundgebung, die bloße Absicht des Besitzers ist in diesem Fall unzureichend. Der mittelbare Besitzer könnte sich auf die Absicht (animus) des Eigenbesitzes beziehen. Wichtig ist hier auch der Schutz des Eigentümers, der die Möglichkeit haben muss, zu bemerken, dass der mittelbare Besitzer eigenständig den Besitztitel geändert hat. Trotzdem ist der Faktor Wille (animus) ein Kriterium, das den Eigenbesitz vom mittelbaren Besitz unterscheidet.

Das zweite, unbedingt notwendige Konstruktionselement des Besitzes ist der geistige Faktor der Absicht, die Sache für sich selbst (animus rem sibi habendi) zu besitzen. Das ist besonders in dem Falle von Bedeutung, in dem der Besitz auf keinem Rechtstitel fußt, im Falle des „unberechtigten„ Besitzes. In diesem Zusammenhang ist eine Person, die tatsächlich für einen anderen über die Sache verfügt, nicht Besitzer, sondern nur „Inhaber„. Aus der Gegenüberstellung dieser Rechtsnorm und der allgemeinen Definition des Eigentums lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass unser Gesetzgeber, der der römischen Theorie des Besitzes folgt, wesentlichen Wert auf das geistige Element, den Besitzwillen, legt. So entscheidet also die Absicht über die Sache für sich selbst zu verfügen über den Besitz gemäß Art. 336 des Zivilgesetzbuches. Theoretisch ist hier der innere, subjektive Wille entscheidend. In der Praxis soll er respektiert werden. Angesichts der Schwierigkeiten der Beweislast muss man sich allerdings nach dem nach außen manifestierten Willen richten. Notwendige Voraussetzung für die tatsächlichen Befugnisse ist außer dem Verhalten des Besitzers auch entsprechendes Verhalten Dritter, das sich dadurch äußert, dass sie keinen Widerstand gegen die Sachherrschaft des Besitzers leisten, der zum Verlust der Sachherrschaft des Besitzers führen könnte. Allerdings sind auch hier die Vorgaben des Art. 345 des Zivilgesetzbuches zu berücksichtigen, wonach der wiederhergestellte Besitz als ununterbrochen gilt.

Im Falle des Eigenbesitzes ist mit dem Willen der animus domini gemeint, denn der Eigenbesitzer verfügt über die Sache „wie der Eigentümer„. Wird der Wille als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Eigenbesitz und mittelbarem Besitz betrachtet, so ist festzustellen, dass derjenige Eigenbesitzer ist, der über die Sache wie ein Eigentümer verfügt. Der mittelbare Besitzer dagegen drückt bei der Sachverfügung den Willen aus, sie im Umfang eines anderen Rechts zu nutzen. Im Hinblick auf das Vorliegen von Eigenbesitz sind auch die Umstände, unter denen die Sache erworben wurde, von Bedeutung. Der Besitz, der zum Erwerb von Eigentum durch Ersitzung führen könnte, muss von besonderer Natur sein, das heißt, - wie in der Lehre angenommen – er muss „Eigentümer„ - Besitz sein. Es geht hier um eine Situation, in der eine Person in Folge eines konkreten Ereignisses das Recht auf Besitz ausschließlich im eigenen Namen bekommt, egal, ob sie gut- oder bösgläubig ist. Generell ist das der Fall beim Erwerb von Dingen aufgrund eines Vertrags, der auf Eigentumsübertragung gerichtet ist, aber ohne die erforderliche Form geschlossen wurde, oder trotz Einhaltung der vorgeschriebenen Form im Endeffekt nichtig ist, zum Beispiel aus Gründen, die auf der Seite des Verkäufers liegen und mit mangelndem Bewusstsein oder mangelnder Entscheidungsfreiheit verbunden sind, weil der Verkäufer sich in einem Zustand befindet, in dem bewusste und freie Entscheidungen ausgeschlossen sind. In besonderen Fällen ist die Inbesitznahme von Dingen apprehensio possessionis akzeptabel. Vom Eigenbesitz ist nicht nur dann die Rede, wenn der Besitzer von seinen Eigentumsrechten überzeugt ist, sondern auch dann, wenn er weiß, dass er nicht der Eigentümer ist, aber die Sache besitzen will und sie so besitzt, als ob er ihr Eigentümer wäre. Die Inbesitznahme einer Sache im Rahmen einer Vereinbarung, deren Zweck es war, das Eigentum zu übertragen, weist in der Regel – auch wenn das Ziel nicht erreicht wurde, z.B. wegen Nichteinhaltung der notariellen Form - auf Eigenbesitz hin.

Zur Ersitzung führen sowohl der persönlich durch den Eigenbesitzer ausgeübte, als auch der durch einen mittelbaren Besitzer oder Pächter ausgeübte Besitz. Der Inhaber verliert das Eigentum nicht dadurch, dass er es einem anderen als mittelbares Eigentum übergibt. Die Vereinbarung einer Erbpacht und die Übergabe der Immobilien an den Berechtigten berauben den Eigentümer – z.B. den Fiskus oder die Gemeinde - nicht der Eigenschaft des Eigenbesitzers.

Um den Besitz feststellen zu können, ist es notwendig, das über die Sache verfügende Subjekt zu kennen. Besitzer kann auch ein Minderjähriger sein. Es wird angenommen, dass derjenige, der tatsächlich über die Sache verfügt, ihr Eigenbesitzer ist. Dabei ist zu betonen, dass eine Person, die durch eine Verwaltungsentscheidung beauftragt wurde, die Immobilie zu verwalten, nicht als Eigenbesitzer betrachtet werden kann. In einem konkreten Fall können die Bemühungen um eine Baugenehmigung als Zeichen des Besitzes „wie der Eigentümer„ gelten, umso mehr des Ersitzens.

Es kommt auch vor, dass zwei oder mehrere Personen eine Immobilie besitzen, die ihre Sachherrschaft in der Weise ausüben, dass jeder von ihnen einen räumlich abgetrennten Teil des Grundstücks benutzt. In solchen Fällen, wenn eine quod usum-Teilung vorgenommen wurde, also keine endgültige - weil die Besitzer nicht auf eine Verfügung über das Ganze verzichtet haben –, ist vom gemeinsamen Eigenbesitz des Ganzen und vom mittelbaren Besitz der getrennten Teile die Rede. Ein solcher Zustand kann zum Erwerb des Miteigentums am gesamten Vermögen durch Ersitzung führen, nicht aber zum Erwerb eines abgetrennten Teils durch Ersitzung. Wenn die Aufteilung dagegen endgültig wäre und die Sachherrschaft der Inhaber der einzelnen Teile beschränken würde, wäre ein Eigenbesitz der einzelnen Teile möglich. Das Eigentum daran könnte dann durch Ersitzung erworben werden, auch, wenn die Eigentümer immer noch Miteigentümer der gesamten Immobilie wären.

ANNA NASSUA, LL.M.

Dingliche Sicherheiten im Deutsch-Polnischen Kreditgeschäft

Die Bedeutung der Hypothek und Grundschuld in der Kreditsicherungspraxis im Vergleich

Vortragsveranstaltung der Deutsch-Polnischen Juristen-Vereinigung e.V. und des Generalkonsulats der Republik Polen in Hamburg am 6. Juni 2011

Einleitung

Dank der besonderen Unterstützung, des Engagements und der Gastfreundlichkeit des Generalkonsulats der Republik Polen fand die Konferenz am 6. Juni 2011 in der schönen Residenz des Generalkonsuls der Republik Polen in Hamburg statt. Bereits letztes Jahr konnten die polnischen und deutschen Juristen im selben Rahmen über internationales Kaufrecht diskutieren. Da das Thema diesmal einen engen, aber sehr bedeutsamen Rechtsbereich umfasste, kam eine kleine Gruppe interessierter Fachleute zusammen.

Generalkonsul Andrzej Osiak begrüßte die Konferenzteilnehmer. Danach führte Rechtsanwalt Dr. Jan Schürmann, Vorstandsmitglied der DPJV, in das Thema der Veranstaltung ein.

Heutzutage hat die Grundschuld die Hypothek in der deutschen Kreditsicherungspraxis in den Hintergrund gedrängt, während im polnischen Recht bisher allein die Hypothek als Sicherungsmittel vorkommt. In der polnischen Praxis gibt es daher einen Bedarf, ein neues dingliches Recht einzuführen, da die Hypothek nach Auffassung zahlreicher Fachleute nicht mehr den Bedürfnissen der Wirtschaft bezüglich Kreditsicherheiten entspricht, was zu zahlreichen Diskussionen und der Entstehung diverser Reformentwürfe und Vorschläge des polnischen Gesetzgebers führte. Letztendlich wurde das polnische Gesetz über Grundbuch und Hypothek vom 6. Juli 1982 geändert. Die neuen Bestimmungen sind am 20. Februar 2011 in Kraft getreten.

In Polen beschäftigen sich die Experten seit längerer Zeit mit der deutschen Grundschuld. Die Veranstaltung sollte einen Beitrag zu den aktuellen Entwicklungen im polnischen dinglichen Recht im Vergleich mit den deutschen Lösungen in diesem Rechtsgebiet leisten.

Ist die Reallast noch zeitgemäß? (Krzysztof Sokolowski, LL.M., Universität Regensburg)

Herr Sokolowski stellte die Vor- und Nachteile der Reallast dar, die in § 1105 BGB geregelt ist. Zu den Vorteilen gehört seines Erachtens die persönliche Haftung des Eigentümers gem. § 1108 BGB. Der Referent betonte die Flexibilität der Sicherungsmöglichkeiten, die unter anderem bei den Geldleistungen durch die Wertsicherungsklausel zu erreichen sind. Auch der Gegenstand der Sicherung ist breit gefasst, da nicht nur Geldleistungen gesichert werden können, sondern auch Nichtgeldleistungen, Handlungen, unbestimmte Leistungen sowie unregelmäßige und ungleichartige Leistungen. Als Vorteil ist ferner die fehlende Akzessorietät anzusehen. Eine Vereinbarung, dass das belastete Gründstück nicht veräußert werden darf, ist zulässig. Darüber hinaus findet das Risikobegrenzungsgesetz keine Anwendung.

Der Sicherung einer Reallast dienen die schuldrechtliche Haftung, die persönliche Haftung nach §1108 BGB und die dingliche Haftung des Grundstücks (die Haftungstrias).

Zu den Nachteilen zählt Herr Sokolowski das Ablösungsrecht, das seiner Meinung nach als Relikt des Feudalismus anzusehen ist. Diese Problematik wird durch die jeweiligen Bundesländer bestimmt (Landesrecht). Es gibt Länder, in welchen es keine Regelung der Reallast gibt, wie z.B. alle „neuen“ Bundesländer, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Hamburg. In manchen Ländern, wie z.B. in Hessen, im Saarland und in Schleswig-Holstein, gelten inhaltliche oder zeitliche Begrenzungen der Reallast. In Nordrhein-Westfalen ist darüber hinaus eine gesetzliche Ablösung der Reallast vorgeschrieben. Die Reallast darf auf maximal 25 Jahre vereinbart werden.

Dass eine sofortige Zwangsvollstreckung nicht möglich ist (keine Unterwerfung nach § 800 ZPO), gehört zu den weiteren Nachteilen der Reallastregelung. Außerdem erlischt die Reallast nach der Zahlung der Ablösungssumme, statt auf den Eigentümer überzugehen. Das Letztere lässt sich jedoch im Sicherungsvertrag durch die Vertragsparteien abweichend regeln.

Nach der Darstellung der Vor- und Nachteile der Reallast befasste sich der Vortragende mit den Anwendungsmöglichkeiten der Reallast. Sie findet Anwendung in Leibgedingeverträgen in ländlicher Gegend, im Nachbarrecht (z.B.: Grenzmauer), in Bezug auf den Erbbauzins, als Industriereallast, bei Lieferungen, z.B. bei Bierbezugsverträgen etc., bei Timesharing (Nutzung einer Ferienwohnung) und im Bankkreditgeschäft.

Herr Sokolowski vertritt die Meinung, dass die Reallast trotz ihrer zahlreichen Vorteile nicht zeitgemäß ist. Nach seiner Auffassung hat der deutsche Gesetzgeber durch das am 19. August 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken vom 12.08.2008 (kurz: Risikobegrenzungsgesetz bzw. RBG) die Attraktivität der Reallast dadurch eingeschränkt, dass durch den neu eingeführten § 1192 Abs. 1a BGB ein bisher möglicher gutgläubiger Erwerb der Sicherungsgrundschuld ausgeschlossen wird.

Nach diesem interessanten Vortrag kam es zu einer Diskussion, in der aus der Zuhörerreihe auch die Problematik der Abgrenzung der Reallast zu den Dienstbarkeiten angesprochen wurde. Herr Sokolowski betonte, dass die Reallast nur Handlungen und andere Leistungen sichern könne. Eine Unterlassung oder Duldung lässt sich durch eine Grundschuld nicht sichern. Bei der Reallast ist der Eigentümer eines Grundstücks aktiv, bei einer Dienstbarkeit darf er gar nicht aktiv sein, er muss die Handlungen des anderen dulden. In der Praxis kommt die Grundschuld eindeutig öfter vor als die Dienstbarkeiten. Außerdem ging der Referent noch auf die große Bedeutung der Wertsicherungsklausel ein, die die Reallast doch ein wenig zeitgemäßer und flexibler gestalten kann. Solche Klauseln müssen für einen Dritten jedoch gut erkennbar sein (Goldparität etc.). Angesprochen wurde noch einmal die Problematik des Ablösungsrechts, welches sich nach Auffassung des Vortragenden sinnvoll vertraglich regeln lässt. Die per Gesetz auferlegten Lösungen beurteilt er als ein preußisches Feudalrelikt.

Grundpfandrechte im europäischen Vergleich: Untersuchung und Darstellung der Unterschiede in der Flexibilität (Andreas Luckow, Verband Deutscher Pfandbriefbanken e.V.)

Aufgrund der in den letzten zehn Jahren zunehmenden Zahl der grenzüberschreitenden Geschäfte im Kreditwesen sehe der Verband Deutscher Pfandbriefbanken e.V. die Notwendigkeit der Vereinfachung des Immobilienerwerbs, so der nächste Referent, Andreas Luckow. Herr Luckow betonte, dass die national geprägte Immobilienfinanzierung und die differenzierten Verbraucherschutzvorschriften die Arbeit der Banken bei der Kreditsicherung erheblich erschwerten. Daher untersuche und vergleiche der Verband seit Jahren die rechtlichen Grundlagen und praktischen Aspekte des Erwerbs gewerblicher Immobilien in den Ländern der Europäischen Union, im europäischen Wirtschaftsraum sowie in den USA, Kanada und Japan.

Es besteht Bedarf an Informationen bezüglich der Strukturierung von Krediten, der Kreditverwertung, der Prüfung der bestellten Sicherheiten, der Wertermittlung und der Risikobeurteilung. Bereits seit 1966 gebe es Überlegungen zur Rechtsvereinheitlichung in Form einer „Eurohypothek“, so Herr Luckow.

Dadurch, dass die Brauchbarkeit eines Grundpfandrechtes nicht nur danach zu beurteilen ist, wie man es bestellt, sondern auch danach, wie die Zwangsvollstreckung in der Praxis verläuft und wie die insolvenzrechtlichen Vorschriften ausgestaltet sind, sind weitere Forschungen und Vergleiche der nationalen Regelungen notwendig.

Diese Überlegungen haben zur Entstehung des Projektes „Runder Tisch zu Flexibilität, Sicherung und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa“, geführt, an dem sich 26 Länder beteiligen und in dessen Rahmen seit 2005 zehn Workshops stattgefunden haben. Aufgrund dieser Kooperation entstanden Ausarbeitungen zur diesbezüglichen Rechtslage in 35 Ländern. Die Teilnehmer verglichen und bewerteten hierbei jeweils sieben Aspekte der Grundpfandrechte. Diese sieben Kriterien betreffen folgende Themen: Rechtscharakter des Grundpfandrechtes, Publizitätserfordernisse, Akzessorietätswirkungen, Schutz des Eigentümers, Vollstreckung, Insolvenz und die Möglichkeit der praktischen Anwendung. Aus jedem Land nahm man nur eine Sicherungsart unter die Lupe: in Deutschland die Sicherungsgrundschuld, in Dänemark das Eigentümergrundpfandrecht, in Polen die Hypothek und in Litauen die Höchsthypothek, um einige Beispiele zu nennen. Zunächst entstanden Berichte zu einzelnen Ländern, aber nach einheitlichen Fragelisten. Dann wurde eine Querschnittdarstellung in geographischer Übersicht entwickelt.

Anhand von Graphiken gab Herr Luckow den Zuhörern einen sehr interessanten Einblick in den Immobilienerwerb in verschiedenen Ländern. Da bezüglich der jeweiligen Länder sehr detaillierte Informationen gegeben wurden, die

ohne die dazugehörigen veranschaulichenden Bilddarstellungen an dieser Stelle nicht beschrieben werden können, beschränkt sich die Verfasserin dieses Konferenzberichts auf einige Beispiele.

Zum den ersten Aspekten, mit denen sich der runde Tisch befasste, gehört das Grundbuch. In dieser Hinsicht untersuchte man das Vertrauen des Immobilienerwerbers in das Register, das vor allem in Polen und Spanien sehr stark betont wird. In Russland und in der Ukraine wird dagegen das Vertrauen in das Register nicht geschützt. Verglichen wurden auch die Eintragungsfristen. Diese betragen, um nur einige Beispiele zu nennen, in Österreich, Schweden, Norwegen und in den Niederlanden bis zu drei Tage, in Polen und Deutschland dagegen bis zu zwei Monate. Was die Beurkundung angeht, so ist eine notarielle Urkunde in Frankreich, Spanien, Griechenland und in der Türkei erforderlich. Die polnische Lösung sieht notarielle Urkunden bzw. Bankdokumente vor. Privatschriftlich darf ein Grundpfandrecht in den skandinavischen Ländern bestellt werden. Geprüft wurde auch die Vollstreckbarkeit des Titels: Eine Vollstreckungsklausel ist in Skandinavien und in den Niederlanden nicht notwendig. In Polen muss die Klausel jeweils in einem besonderen Verfahren vom Gericht erteilt werden.

Der Referent betonte, dass die Bewertung des Verbandes subjektiv sei. In der Rechtsvergleichung und Risikobemessung des Erwerbs einer gewerblichen Immobilie sind verschiedene Perspektiven zu berücksichtigen. Aus dem Blickwinkel einer Bank sind Faktoren wie Verwertungsmöglichkeiten und die Flexibilität in der Zukunft wichtig. Für den Immobilieneigentümer stehen die Flexibilität und der Schutz vor ungerechtfertigten Maßnahmen im Vordergrund. Aus Sicht des Gesetzgebers ist der Schutz Dritter von Bedeutung und im Falle einer Krise, wie z.B. in der Insolvenz, die Behandlung der nachrangigen Gläubiger.
Herr Luckow wies im Anschluss auch auf die Defizite der rechtsvergleichenden Studie hin: Sie beurteilt leider nicht alle, sondern nur sieben relevante Punkte, um nicht allzu sehr ins Detail zu gehen; man befasst sich pro Land nur mit einem Grundpfandrecht. Auch sind bei so einem Vergleich nur einfache Antworten möglich; die Dogmatik des einzelnen Landes muss unberücksichtigt bleiben - man konzentriert sich mehr auf das Ergebnis der Dogmatik. Darüber hinaus wurden noch nicht alle Länder erfasst. Größtenteils stützt man sich bei einer solchen Rechtsvergleichung auf die Gesetzgebung, ohne vertragliche Abweichungen weiter zu prüfen. Es wird lediglich ein Überblick erarbeitet, der kein vollständiges Know-how für geschäftliche Aktivitäten darstellt. Außerdem unterliegen die beschriebenen Rechtsinstitue natürlich legislativen Veränderungen; so gilt beispielweise in Polen seit 2011 das neue Hypothekenrecht. Laut Herrn Luckow wurde durch diese Reform die Hypothek verbessert, was ihre Anwendung, Verwertung und Flexibilität angeht. Bei allen Vergleichen und Bewertungen gehört der Begriff "Flexibilität" zum zentralen Thema. Obwohl man in den verschiedenen untersuchten Ländern von den gleichen dogmatischen Ausgangspunkten ausgeht, kommt man zu unterschiedlichen Anwendungen in der Praxis. Von großer Bedeutung ist die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse während der Laufzeit eines Grundpfandrechtes (Beteiligungen mehrerer Banken, Übertragung zwischen Banken; Wechsel des Darlehensnehmers etc.). Daher ist es sinnvoll und üblich, in einer Grundschuldurkunde von vornherein eine höhere Zinsvereinbarung festzulegen. Bei Kreditrahmenverträgen bewährt sich die Höchstbetragshypothek.

Im Anschluss an diesen Teil präsentierte der Referent einige Beispiele der Baufinanzierung in verschiedenen Ländern und ging zum Vergleich zwischen Hypothek und Grundschuld über. Da die Grundschuld abstrakt ist, ist sie nicht vom Bestand und dem Umfang der gesicherten Forderung abhängig und kann für sich allein übertragen oder genutzt werden. Durch die Grundschuld können Verbindlichkeiten durch eine Vereinbarung oder einen Sicherungsvertrag (erstmals geregelt 2008 in § 1192 Abs. 1a BGB) gesichert werden. Die Grundschuld ist nutzbar für neue Bedingungen bzw. neue Darlehen, für mehrere Gläubiger und kann unterschiedlich genutzt werden. Dafür muss nur der Sicherungsvertrag abgeändert werden. Der Umfang einer Grundschuld kann höher sein als der einer Hypothek, die im Gegensatz zur Grundschuld streng akzessorisch ist, weshalb sie in der Praxis in Deutschland immer mehr an Bedeutung verliert. In den Niederlanden und Belgien sind die Bankhypotheken Höchstbetragshypotheken.

Herr Luckow betonte, dass der Schutz des Eigentümers in Deutschland am besten sei, was keine Frage der Akzessorietät darstelle. Für die ab dem 19.8.2008 bestellten Grundschulden können, nach der Einführung von § 1192 BGB Abs. 1 a BGB, die Einreden aus einem Sicherungsvertrag jedem neuen Inhaber der Grundschuld entgegengehalten werden. Anschließend schilderte der Referent die Probleme der Beweisführung (in Polen obliegt sie den Gläubiger) und der Austauschbarkeit des Gläubigers (z.B. bei Fusionierungen von Banken) mit Zustimmung des Eigentümers, die nicht von dogmatischen Grundprinzipien wie der Akzessorietät abhängen. Der Schutz des Eigentümers könne nicht durch Akzessorietät verwirklicht werden, sondern durch das Zusammenspiel der Regelungen im Grundbuch-, Prozess- und Vollstreckungsrecht. Nach dem Vortrag wurde noch leidenschaftlich diskutiert. Herr Sokolowski sah die Grundschuld als „Abspaltung des Eigentums" an. Herr Luckow fasste zusammen, dass die gesetzlichen Regelungen durch die Praxis revidiert würden.

Grundbuchliche Gesellschaftersicherheiten in der GmbH-Krise (Dr. Marc Liebscher, LL.M. (Washington, D.C.), Rechtsanwalt, Thierhoff, Müller und Partner, Leipzig)

Wenn sich eine GmbH in der Krise befindet, braucht sie frisches Kapital, um sich daraus zu befreien. Grundsätzlich kann das durch eine Eigenkapitalerhöhung erfolgen. Möglich sind auch andere Lösungen, wie eine Kreditfinanzierung durch Gesellschafter, eine Fremdkapitalfinanzierung (Bankdarlehen) oder ein durch Gesellschafter besichertes Drittdarlehen. Der Referent Rechtsanwalt Dr. Liebscher beschäftigte sich mit der letzteren Form, nämlich mit den grundbuchlichen Gesellschaftersicherheiten im Falle der Krise einer GmbH.

In solchen Fällen wird ein der GmbH gewährter Bankkredit oder ein Darlehen durch eine vom Gesellschafter gestellte Sicherheit (Grundschuld) besichert. Die Gesellschaft erhält ein Darlehen von der Bank und ist verpflichtet, die Rückzahlung an die Bank zu leisten. Der Gesellschafter hat gegen die Bank einen Anspruch, aus der Grundschuld in Höhe der durch die Gesellschaft geleisteten Rückzahlung befreit zu werden.

Der Referent schilderte für diese Konstellation die Rechtsfolgen in der Insolvenz, also im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Das Insolvenzverfahren wird eröffnet, wenn – über die übrigen Eröffnungsbedingungen hinaus - freie Masse vorhanden ist. Der Gesetzgeber regelt, wie die Masse durch den Insolvenzverwalter verteilt wird. Gem. § 135 Abs. 2 der Insolvenzordnung (InsO) sind die Rückzahlungen der Gesellschaft an den Gesellschafter anfechtbar. Die Anfechtung umfasst die Rückzahlungen innerhalb eines Jahres vor der Antragstellung auf Insolvenzeröffnung oder danach. Früher war die Frist unscharf geregelt, nämlich mit den Worten „in der Krise", was schwer definierbar war. Infolge der Anfechtung sind Rückzahlungen unwirksam. Der Gesellschafter muss an den Insolvenzverwalter (§ 143 Abs. 3 InsO) die Rückzahlungen einschließlich Zinsen und Kosten erstatten, die dann in die Insolvenzmasse fließen. Danach hat der Gesellschafter wiederum den Regressanspruch gegen die Insolvenzmasse und kann seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden, die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig ist. Es ist zu bemerken, dass der Gesellschafter in der Praxis schlechte bis gar keine Chancen auf Befriedigung hat. Die Anfechtung umfasst auch die Gesellschaftersicherheit, soweit diese haftet. Wurde beispielweise ein Darlehen in Höhe von 10 Mio. EUR gewährt, 8 Mio. EUR bereits zurückbezahlt, und betrugen die Sicherheiten 5 Mio. EUR, so ist die Rückzahlung bis zu einer Höhe von 5 Mio. EUR anfechtbar. Der Gesellschafter hat hierbei eine Ersetzungsbefugnis: er kann nämlich den als Sicherheit dienenden Gegenstand der Masse zur Verfügung stellen (§ 143 Abs. 3 InsO).

Der Darlehensgeber (Bank) hat gem. § 44a InsO zuerst die Gesellschaftersicherheit in Anspruch zu nehmen; dann erst kann er Befriedigung aus der Insolvenzmasse beanspruchen. Beispiel: Die Bank hat bereits 8 Mio. EUR erhalten, aber noch Anspruch auf Befriedigung aus der Masse in Höhe von 2 Mio. EUR und meldet ihre Forderung in Höhe von 2 Mio. EUR für den Ausfall beim Insolvenzverwalter an. Für „den Ausfall" deshalb, weil die Sicherheit durch die Zwangsvollstreckung verwertet werden kann. Um den aus einer Vollstreckung erhaltenen Erlös (z.B. 1 Mio. EUR) wird die Bank ihre Forderung reduzieren müssen und den sogenannten tatsächlichen Ausfall in Höhe von 1 Mio. EUR beziffern können, der dann vom Insolvenzverwalter anerkannt wird.

Außerdem sprach der Referent den Anwendungsbereich von Sonderfällen an, wie Leistungen auf Forderungen, die wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen (Warenkreditlinie, Stundung). Privilegiert sind die Sanierungskredite laut §§ 39 Abs.4 Satz 2; Abs. 5, 135 Abs.4 InsO, da andernfalls die Angst vor der Anfechtung der Rückzahlung den Ausweg aus der Krise bremsen würde. Geschützt werden die Minderheitsgesellschafter, deren Beteiligung am Kapital 10 % nicht überschreitet.

Eine Sonderregelung, auf die der Referent jedoch nicht weiter einging, gilt in der Situation, in der der Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer ist. Besondere Regelungen gibt es auch im Fall von Doppelsicherheiten (§ 44 a InsO), wo zusätzliche Sicherheiten bestellt wurden, z.B. Sicherungsübereignung einerseits zwischen der GmbH und der Bank und andererseits zwischen dem Gesellschafter und der Bank. Hier entsteht die Frage, ob die Gesellschaft einen Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter hat. Wie ist die Rechtsfolge bei Verwertung des Absonderungsrechts: besteht ein Regressanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter? Dazu hat das OLG Hamm am 29.12.2010 entschieden (Gz. I-8 U 85/10, ZIP 2011, 343), dass kein Regressanspruch besteht. Der Referent beurteilt die Entscheidung als zweifelhaft. Da diese Entscheidung auch nicht rechtskräftig ist, muss man die Rechtsprechung des BGH abwarten, die in eine andere Richtung tendiert,

also den Regress des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter bejaht (BGH IX ZR 11/11).

Anschließend an diese Erläuterungen unternahm Herr Dr. Liebscher einen kurzen Exkurs in das polnische Recht. Laut Art. 14 § 3 k.s.h. (Gesetzbuch der Handelsgesellschaften) ist die Forderung eines Gesellschafters oder Aktionärs wegen eines der Gesellschaft erteilten Darlehens als Einlage in die Gesellschaft zu verstehen, falls binnen zwei Jahren nach Abschluss des Darlehensvertrages das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wird. Hier entstehen zwei Definitionsfragen: Was ist ein Darlehen, und wer ist Gesellschafter? Nach deutschem Recht wird der Begriff Darlehen weiter ausgelegt. In der im Anschluss geführten Diskussion betonte Prof. Zoll, dass nicht jeder Kredit ein Darlehen ist, wohl aber jedes Darlehen ein Kredit. In der Praxis ist in Polen eine einschränkende Auslegung verbreitet. Was den Rückforderungsanspruch angeht, so kann nach deutschem Recht der Gesellschafter seine Ansprüche beim Insolvenzverwalter anmelden, in Polen aber nicht. In Polen ist der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung maßgebend, in Deutschland die Stellung des Antrages auf die Insolvenzeröffnung.

Zusammenfassend stellte der Referent fest, dass die Tendenz der Rechtsprechung in Deutschland in die Richtung der erweiterten Auslegung gehe, um dem Insolvenzverwalter möglichst viel Geld in der Masse zu verschaffen und dadurch den Gläubigerschutz zu stärken.

Die reformierte polnische Hypothek und die Grundschuld – ein Vergleich (Prof. Dr. Fryderyk Zoll, Jagiellonen-Universität zu Krakau und DFG – Mercator Professor an der Universität Osnabrück)

Prof. Zoll konzentrierte sich in seinem Vertrag auf die polnische, durch den Gesetzgeber im Februar 2011 reformierte Hypothek. Die alte Regelung zeichnete sich durch eine konservative, stark akzessorische Hypothek aus, die dadurch wenig flexibel war. Es gab eine „gewöhnliche Hypothek" und eine Höchstbetragshypothek (polnisch: „hipoteka kaucyjna"). Die Abgrenzung zwischen den beiden Hypothekenarten war unscharf, insbesondere hinsichtlich der Kapitalzinsen. In der Praxis war die Sicherungsübereignung eines Grundstücks gebräuchlicher, weil die Hypothek eine ungenügende Sicherheit für Gläubiger darstellte, insbesondere im Falle einer Insolvenz.

Während der Arbeit an der neuen Regelung der Hypothek wurde um die Abschwächung des Grundsatzes der Akzessorietät der Hypothek gerungen. Über das deutsche Modell der Grundschuld wurde viel diskutiert. Jedoch kam es letztlich zur Modernisierung der Hypothek anstelle der Einführung einer neuen Rechtsinstitution. Der polnische Gesetzgeber ließ sich von den österreichischen Lösungen inspirieren, insbesondere durch die Arbeiten von Pisulinski zur österreichischen Höchstbetragshypothek. In Österreich kennt man die Grundschuld nicht, auch die Sicherungsübereignung wird abgelehnt.

In der Novelle des Gesetzes über Grundbücher und Hypotheken wurde die Differenzierung zwischen der „normalen" Hypothek und der Höchstbetragshypothek aufgegeben. Nun gibt es im polnischen Recht nur noch den Begriff „Hypothek" (hipoteka), der jedoch Eigenschaften der ehemaligen Höchstbetragshypothek aufweist.

Wie Prof. Zoll betonte, wurde durch die Reform der Grundsatz der Akzessorietät der Hypothek abgeschwächt, was durch ein Recht des Immobilieneigentümers auf die Herabsetzung der Hypothekensumme (Art. 68 Abs. 2 letzter Satz ZGB) kompensiert wird. Darüber hinaus ist es möglich, künftige Forderungen (Art. 68 Abs. 1 ZGB), die weiter nicht definiert wurden, zu besichern. Mehrere Forderungen aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen dürfen durch eine Hypothek besichert werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB). Art. 71 ZGB wurde aufgehoben; somit besteht jetzt keine Vermutung des Bestehens der besicherten Forderung mehr, was der Referent bedauerte. Dadurch werde die Beweislage stark verschoben.

Neue Vorschriften wurden eingeführt, durch die die Besicherung mehrerer Forderungen von unterschiedlichen Gläubigern unter Einschaltung eines Hypothekenverwalters möglich (Art. 682 ZGB) und die Auswechslung der besicherten Forderung erlaubt ist (Art. 683 ZGB).

Durch Art. 79 Abs. 1 ZGB wurde das Übertragungssystem aufgelockert. Bei der Forderungsübertragung geht die Hypothek samt der Forderung über. Für die Übertragung der Forderung ist die Eintragung ins Grundbuch erforderlich.

Die Reform der Hypothek zog Änderungen der Zivilprozessordnung in Polen nach sich, insbesondere im Bereich der Zwangsvollstreckung. Gemäß Art. 1025 § 5 poln. ZPO n.F. unterliegen alle Zinsen der Vollstreckung. Nach der alten Regelung waren nur die Zinsen aus den letzten zwei Jahren vor der Vollstreckung betroffen. Die Befriedigung der Zinsen wurde an die Reihenfolge der Befriedigung der Hauptforderung angeglichen.

Der Referent betonte zum Ende seines Vortrages, dass die Reform gut und notwendig sei. Er begrüßte die neuen Regelungen im Zwangsvollstreckungsrecht und den Abschied von der Akzessorietät der Hypothek, was gerade nach der Wirtschaftskrise in den letzten zwei Jahren den richtigen Weg darstelle. Jedoch hätte er einige alte Regelungen lieber beibehalten, insbesondere Art. 71 des Gesetzes über Grundbücher und Hypothek. Prof. Zoll würde die Vermutung des Bestehens der besicherten Forderung gerne wieder einführen lassen, weil man doch darauf vertrauen können müsse, dass das, was eingetragen ist, auch wirklich bestehe. Prof. Zoll betonte, dass auch der Begriff „künftige Forderungen", die nunmehr durch eine Hypothek gesichert werden können, eher restriktiv auszulegen ist. Als Anwendungsbeispiel nannte er den Rahmenvertrag.

Fazit

Die Vortragsveranstaltung profitierte von der sehr gelungenen Mischung aus Theorie und Praxis, mit denen bekanntlich oft zwei Welten aufeinanderprallen. Bei dieser Konferenz vereinten sich diese Welten, weil sich die Referenten hervorragend ergänzten. Die exzellenten Vorträgen der beiden Wissenschaftler, Herrn Sokolowski und des renommierten Prof. Zoll, wurden durch die praxisorientierten, sehr anschaulichen Ausführungen von Herrn Lukow aus der Sicht der Kreditinstitute mit detailliertem Wissen aus verschiedenen Ländern Europas untermauert. Herr Dr. Liebscher schilderte das spezifische Rechtsproblem einer GmbH in der Krise und dessen Folgen in der Insolvenz, ein Thema, das sehr spannend sowie praxisbezogen erläutert wurde. Jeder Vortrag war sehr differenziert konzipiert, die Referenten beschäftigten sich kritisch mit den Vor- und Nachteilen der dinglichen Sicherheiten.

Wie auffällig oft das Wort „Flexibilität" im Lauf der Vorträge verwendet wurde, zeigt die Bedeutung der Anpassungsfähigkeit der Vorschriften an die sich schnell ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Änderungen des polnischen Gesetzes über Grundbücher und Hypotheken sind im Großen und Ganzen zu begrüßen, da sie den neuen Anforderungen der Wirtschaft besser entsprechen. Die Regelung der Reallast im deutschen Recht scheint dagegen nicht mehr zeitgemäß zu sein.

Für die Organisation und Vorbereitung der Konferenz gilt Herrn Dr. Jan Schürmann und Frau Vizekonsulin Monika Lipinska besonderer Dank.

Das deutsche Strafsanktionensystem in der Krise: Die Diskussion um die Sicherungsverwahrung

MICHAEL KUBICIEL

Das deutsche Strafrecht kennt zwei Typen von Rechtsfolgen: Die Strafe ist nach Auffassung des BVerfG eine „repressive Übelszufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten„[1], die ein „mit staatlicher Autorität versehenes sozialethisches Unwerturteil„[2] enthält. Als „Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit„[3] hat die Strafe mithin einen retrospektiven Blickwinkel: Sie erfasst die begangene Straftat als das Werk einer Person, der deshalb ein Schuldvorwurf gemacht werden kann[4]. Die zweite Spur der Rechtsfolgen, die Maßregeln der Besserung und Sicherung, dienen hingegen – prospektiv – dem Schutz der Gesellschaft[5]. Rechtsstaatlich heikel ist ein besonderer Teil der zweiten Spur: die Sicherungsverwahrung gefährlicher Täter[6]. Sie ist durch mehrere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in den Fokus der Rechtspolitik geraten.

1. Widerspruch zwischen Theorie und Praxis

Ausgangspunkt der gegenwärtigen Diskussion war eine Individualbeschwerde vor dem EGMR gegen die Bundesrepublik Deutschland. Gegenstand der Beschwerde war die Möglichkeit, die Sicherungsverwahrung auch dann anzuordnen, wenn nach der Verurteilung des Täters Tatsachen erkennbar geworden sind, „die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen„ (§ 66b Abs. 1 StGB). Der EGMR hat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2009[7] gerügt, in diesen Fällen fehle der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung des Täters und der während der Haft angeordneten nachträglichen Sicherungsverwahrung. Damit verstoße das deutsche Recht gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit)[8]. Der Gerichtshof hat darüber hinaus eine Verletzung des Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK festgestellt.

1 So BVerfGE 109, 133, 173 ff.; 105, 135, 153; BVerfG StV 2006, 574, 575; BVerfG NJW 2005, 2140, 2141. Dass das Wesen der Strafe in der „Vergeltung durch Zufügung eines Strafübels„ liege, wird bereits betont in BVerfGE 22, 125, 132; 27, 36, 42.

2 BVerfG (Fn 1), Rn. 355. Ferner BVerfGE 92, 277, 329, 333; 90, 145, 172; 88, 203, 258. An diesem sozialethischen Unwerturteil soll es dem Bußgeld fehlen, statt vieler Göhler-Gürtler OWiG, 15. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn. 9, 30.

3 BVerfGE 109, 133, 168. S. aber auch die stark präventionstheoretisch gefärbten Ausführungen in BVerfGE 45, 187, 253 ff. Das BVerfG hat den Vergeltungsgedanken indes stets als verfassungsgemäß anerkannt, s. BVerfGE 64, 261, 271; 95, 96, 140.

4 Näher Kubiciel, GA 2009, 99, 109 ff.; ders., ZStW 118 (2006), 44, 66 ff.

5 Statt aller Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 1 Rn 3; Wessels/Beulke AT, 34. Aufl. 2010, Rn 11.

6 Dazu Jakobs, in: Koriath u. a. (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, S. 69, 82; Köhler, Festschrift für Günter Jakobs, 2007, S. 273 ff.

7 EGMR, NJW 2010, 2495. Dazu Möller, ZRP 2010, 153 ff.; s. ferner Müller, StV 2010, 207 ff. S. schließlich die Anschlussentscheidung EGMR vom 13. Januar 2011, Beschwerdenummer 17792/07, Kallweit./.Bundesrepublik.

8 EGMR (Fn. 7) Rz. 92 ff.

Dieser Artikel verbietet eine Verurteilung zu einer Strafe, die schwerer ist als die zur Tatzeit angedrohte. Das Argument der deutschen Regierung, bei der Sicherungsverwahrung handele es sich nicht um eine Strafe, sondern ein Präventionsinstrument, ließ der EGMR nicht gelten[9]: Im Hinblick auf die Art und Weise der Unterbringungen sei augenfällig, dass Sicherungsverwahrte in regulären Strafvollzugsanstalten, wenn auch in separaten Abteilungen, untergebracht seien. Die „geringfügigen Änderungen„ der Vollzugsgestaltung im Vergleich zu Strafgefangenen könnten nicht darüber hinwegtäuschen, dass es keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und dem Vollzug einer Sicherungsverwahrung gebe. Dies werde auch dadurch veranschaulicht, dass im Strafvollzugsgesetz sehr wenige Bestimmungen existierten, die sich speziell mit dem Vollzug von Sicherungsverwahrungsanordnungen befassen. Zudem fehlten „konkrete Maßnahmen, Instrumente oder Einrichtungen„, die zum Ziel haben, „die von den Sicherungsverwahrten ausgehende Gefahr zu verringern und damit ihre Haft auf die Dauer zu beschränken, die unbedingt erforderlich ist, um sie von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.„ Mit einem Wort: Die Realität der Vollzugsanstalten wurde der Theorie von der Zweispurigkeit nicht gerecht. Daher musste entweder die Straftheorie an die Praxis oder die Vollzugspraxis an die Theorie angepasst werden[10].

2. Die Entscheidung des BVerfG vom 4. Mai 2011

Der Deutsche Bundestag hat es mit einer Anpassung des Rechts versucht und im Jahr 2010 das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen„[11] verabschiedet, das am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Der Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung gemäß § 66 StGB wurde wesentlich enger gefasst, die vorbehaltene Sicherungsverwahrung in § 66a StGB erweitert und die nachträgliche Sicherungsverwahrung gestrichen. Die neuen Vorschriften sind allerdings gemäß Art. 316e Abs. 1 EGStGB nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 2011 begangen wurde; für zuvor begangene Taten gilt das bisherige Recht weiter. Darüber hinaus trat am 1. Januar 2011 das Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter in Kraft (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG). Gemäß § 1 ThUG kann die Unterbringung einer Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung angeordnet werden, wenn diese nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist. Weitere Voraussetzung der Unterbringung ist, dass die Person an einer psychischen Störung leidet, mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird und die Unterbringung aus diesem Grund zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Die Unterbringung soll nach § 2 ThUG in einer räumlich und organisatorisch vom Strafvollzug getrennten Einrichtung vollzogen werden, die medizinisch-therapeutisch ausgerichtet sein und eine angemessene Behandlung der psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten soll.

Dem BVerfG geht diese Reform nicht weit genug. In seiner Entscheidung vom 4. Mai 2011 hat es sämtliche Vorschriften zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt[12]. Es geht dabei über die vom EGMR vorgenommenen Wertungen, die nach Auffassung des BVerfG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung präzisierten, noch hinaus. Ausgangspunkt des höchsten deutschen Gerichts ist der Grundsatz, die Sicherungsverwahrung müsse sich von einer Strafe qualitativ unterscheiden. Nach der Konzeption des zweispurigen Sanktionensystems diene der Freiheitsentzug des Sicherungsverwahrten nicht der Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen, sondern der Verhinderung zukünftiger, nicht sicher prognostizierbarer Straftaten. Der in der Sicherungsverwahrung liegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht sei deshalb äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken diene und dem Betroffenen im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein „Sonderopfer„ auferlege. Die Sicherungsverwahrung könne daher nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Ausgestaltung dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trage, dass über den unabdingbaren Entzug der Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem müsse durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich mache. Gemäß diesem sog. Abstandsgebot[13] zwischen Strafe und Sicherungsmaßregel sei die Freiheitsentziehung so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimme. Hierzu bedürfe es eines freiheitsorientierten Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren.

Das BVerfG nennt einige Mindestbedingungen, denen die Sicherungsverwahrung künftig genügen muss[14]. Schon während des Strafvollzugs müssten alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die Gefährlichkeit des Verurteilten zu reduzieren, wenn eine Sicherungsverwahrung in Betracht komme. Insbesondere sei zu gewährleisten, dass gegebenenfalls erforderliche psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlungen zeitig begännen, mit der gebotenen hohen Intensität durchgeführt und möglichst vor dem Strafende abgeschlossen würden. Zudem müsse zu Beginn des Vollzugs der Sicherungsverwahrung unverzüglich eine umfassende, modernen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Behandlungsuntersuchung stattfinden und ein Vollzugsplan erstellt werden, aus dem sich detailliert ergebe, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßnahmen vorhandene Risikofaktoren minimiert oder durch Stärkung schützender Faktoren kompensiert werden können, um die Gefährlichkeit des Untergebrachten zu mindern. Umzusetzen sei er durch eine individuelle und intensive Betreuung des Untergebrachten durch ein multidisziplinäres Team qualifizierter Fachkräfte. Auch müsse, wie vom EMRK gefordert, die Gestaltung des äußeren Vollzugsrahmens dem spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung Rechnung tragen und einen deutlichen Abstand zum regulären Strafvollzug erkennen lassen. Das Leben im Maßregelvollzug sei daher den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen, soweit Sicherheitsbelange dem nicht entgegenstünden. Dies erfordere zwar eine vom Strafvollzug getrennte Unterbringung in besonderen Gebäuden oder Abteilungen, aber keine vollständige räumliche Ablösung vom Strafvollzug. Schließlich müsse gewährleistet sein, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich überprüft wird.

Dem Gesetzgeber obliegt es nun, bis Ende Mai 2013 unter Berücksichtigung dieser Bausteine ein Regelungskonzept für eine moderne Sicherungsverwahrung zu entwickeln. Das BVerfG betont, dass der Gesetzgeber nicht auf ein bestimmtes Konzept festgelegt sei. Er verfüge vielmehr über einen Gestaltungsspielraum, den er unter Verwertung aller ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisse auszufüllen habe[15].

3. Ausländisches Recht als Erkenntnisquelle

Zu den Erkenntnisquellen zählen auch die Rechtsordnungen anderer Länder. Zwar begegnet uns die – auf den Schweizer Strafrechtswissenschaftler Carl Stooss zurückgehende – Zweispurigkeit der strafrechtlichen Sanktionen unter anderem auch in den Rechtsordnungen Österreichs, Dänemarks, Italiens, der Slowakei und der Schweiz[16]. Doch lassen sich in diesen teils erhebliche Unterschiede bei der Ausgestaltung der Zweispurigkeit feststellen. Zudem existiert zur Zweispurigkeit auch ein radikaler Gegenentwurf: das einspurige Sanktionenrecht. So kennt das Strafrecht des Vereinigten Königreichs keine besonderen Sicherungsverwahrungssysteme, sondern berücksichtigt die Gefährlichkeit der Straftäter vielmehr bei der Bemessung der Strafe und deren Vollstreckung[17]. Nach meiner Überzeugung bedarf es keines Systemwechsels zur Einspurigkeit. Dies zeigt uns auch der Blick auf die USA. Dort kennen manche Bundesstaaten die Möglichkeit, gefährliche Täter wie namentlich Sexualstraftäter nach Verbüßung der Freiheitsstrafe unter der Obhut der Gesundheitsbehörden festzuhalten. Unter dieser Obhut wird ihnen eine adäquate psychiatrische Behandlung angeboten und regelmäßig – im Abstand von einem Jahr – durch einen Richter geprüft, ob die Inhaftierungsvoraussetzungen nach wie vor gegeben sind[18]. Eine solche Regelung – der Kansas' Sexual Violent Predator Act – ist 1997 vom US Supreme Court unter denselben Gesichtspunkten überprüft worden wie die deutsche Sicherungsverwahrung durch den EGMR. Anders als die deutsche Regelung hat die amerikanische – wegen ihrer therapeutischen Ausrichtung – den Test bestanden: Der Supreme Court hat das Gesetz Kansas' mit überzeugender Begründung für verfassungsgemäß erachtet[19]. Es handelt sich mithin um eine jener Erkenntnisquellen, mit deren Hilfe der deutsche Gesetzgeber die Stellschrauben ausmachen kann, deren Veränderung eine Generalrenovierung des deutschen Sanktionensystems unnötig werden lässt.

4. Rückblick auf die Entscheidung des BVerfG

Der rechtsvergleichende Blick schärft also nicht nur das Bewusstsein für die Besonderheiten des eigenen Systems. Er zeigt auch mögliche Alternativen mit ihren Vorzügen und Schwächen. In diesem Sinne ist auch der nachstehende Aufsatz von Dr. Piotr Goralski (Breslau) zu verstehen. Er gibt nicht nur einen Einblick in das polnische Sanktionensystem. Er kann auch als Beitrag zur deutschen Debatte verstanden werden. Denn das dort vorgestellte Maßregelsystem Polens ist von einem therapeutischen Zug gekennzeichnet, den das BVerfG nun auch im deutschen Maßregelrecht stärker betont sehen will. Eben dieser primär therapeutische Zugang hat sich im polnischen Recht aber als zu einseitig erwiesen. Er lässt nämlich eine entscheidende Frage unbeantwortet: was mit jenen Personen geschehen soll, die entweder nicht besserungswillig oder nicht besserungsfähig sind. Dieser Aspekt ist auch in der Entscheidung des BVerfG zu kurz gekommen. Bei aller Sympathie für das in der Entscheidung des BVerfG vorgetragene Freiheitspathos sollte daher nicht vergessen werden, dass der Ahnherr der Spezialprävention, Franz von Liszt, neben die positive Spezialprävention – Resozialisierung – auch eine negative Spezialprävention – Sicherung – stellte[20]. Auch die zweite Spur des Sanktionenrechts – das Maßregelrecht – muss also zweispurig sein. Anderenfalls verlagerte man das „Sonderopfer„ vom potenziellen Täter auf dessen potenzielles Opfer.

ÜBER DEN AUTOR

Dr. Michael Kubiciel, Wiss. Ass. und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg. Der Text beruht auf dem Eröffnungsreferat zu einer strafrechtsvergleichenden Tagung an der Universität Regensburg am 9. Juni 2011. S. dazu auch das nachstehend abgedruckte Referat von Dr. Piotr Goralski.

9 EGMR (Fn. 5) Rn. 127 ff.
10 Zum grundlegenden Reformbedarf Kinzig, NStZ 2010, 233, 239; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 66b Rn. 1.
11 Vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2300.
12 BVerfG 2 BvR 2365/09 u.a. v. 4. Mai 2011, Rz. 101 f.
13 Dazu bereits BVerfGE 109, 133, 166.
14 BVerfG (Fn. 11), Rz. 112 ff.
15 BVerfG (Fn. 11) Rz. 110.
16 S. den rechtsvergleichenden Überblick bei Goralski, DPJZ 2011, 33, 34 ff.
17 Vgl. Blau, Festschrift für Hans Joachim Schneider, 1998, S. 759, 765 f.
18 S. beispielsweise den Kansas' Sexual Violent Predator Act.
19 521 U.S. 346, 117 S.Ct. 2072 (1997).
20 Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Thomas Vormbaum (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, Baden-Baden 1998, S. 466, 476 ff.

Das System der Strafsanktionen im polnischen Strafrecht

DR PIOTR GÓRALSKI[1]

1. Das polnische Strafsanktionssystem – Geschichte und Gegenwart

Das polnische Strafgesetzbuch vom 6. Juni 1997 ist der dritte Strafrechtskodex, der im vergangenen Jahrhundert in Polen in Kraft getreten ist. Im selben Zeitraum wurden in Polen zwei weitere zentrale Regelwerke im Bereich des Strafrechts geschaffen: die Strafprozessordnung und das Strafvollzugsgesetzbuch. Diese Gesetze ergänzen die Bestimmungen des Strafgesetzbuches.

Abschließend ist zu bemerken, dass in einigen Staaten die praktische Anwendung der Vorschriften durch die Gerichte mehr Einfluss auf die Strafpolitik hat als die geltenden Strafgesetze. Das zeigen auch die polnischen Erfahrungen. Sowohl die Anhänger als auch die Kritiker der Regelungen des neuen polnischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1997 sind sich dahingehend meist einig, dass das Inkrafttreten des neuen polnischen Strafgesetzbuches keinen größeren Einfluss auf die Strafpolitik ausgeübt hat.[2] Selbst wenn jetzt also ein einheitliches Strafgesetzbuch für die ganze Europäische Union eingeführt würde, würde sich deshalb die Strafpolitik in den Mitgliedsstaaten noch für längere Zeit unterschiedlich gestalten.

Das Strafgesetzbuch von 1932 wird oft als Kodex von Juliusz Makarewicz bezeichnet, nach dem bedeutenden polnischen Strafrechtsprofessor.[3] Dieses Strafgesetzbuch beruhte auf zwei Grundgedanken. Im Bereich der Regeln der strafrechtlichen Haftung wurde Individualisierung und Subjektivismus der strafrechtlichen Verantwortung vorgesehen.[4] Als strafrechtliche Sanktionen enthielt das Gesetz Hauptstrafen, Nebenstrafen und Maßnahmen der Besserung und Sicherung. Hauptsächlich waren Freiheitsstrafen vorgesehen, die mit der Resozialisierung der Täter verbunden waren. Strafen und Besserungsmaßnahmen hielten sich die Waage. Professor Makarewicz vertrat die Ansicht, dass das Strafrecht des zwanzigsten Jahrhunderts stärker von humanitären Überlegungen und Möglichkeiten zur Strafminderung geprägt sein sollte als das des neunzehnten Jahrhunderts. Er war der Meinung, dass Maßregeln der Sicherung an die Stelle von Strafminderungen treten sollten.[5]

Das genannte Strafgesetzbuch enthielt darüber hinaus eine Typologie von Verbrechern. Man unterschied darin Gewohnheitsverbrecher, arbeitsunwillige Verbrecher und unbelehrbare Verbrecher. Für unbelehrbare Verbrecher waren spezielle Anstalten vorgesehen, wo sie für unbestimmte Zeit festgehalten werden sollten. Die Dauer einer solchen Maßregel musste mindestens fünf Jahre betragen.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde Polen kommunistisch. Anders als in anderen sozialistischen Staaten wurde das Strafgesetzbuch von 1932 bis 1970 beibehalten. Nach 1945 begann in Polen eine erhebliche Kriminalisierung des gesellschaftlichen Lebens. Bis Ende der sechziger Jahre wurde die Todesstrafe häufig angewendet. Sie wurde damals nicht nur für Straftaten gegen Leben und Staat verhängt, sondern auch wegen strafbaren Handlungen gegen öffentliches Eigentum.

Das polnische Strafgesetzbuch von 1969 hat diese Tendenz der vorangegangen Gesetzeswerke bestätigt. Die Anstalten für unbelehrbare Verbrecher wurden jedoch abgeschafft, da man der Ansicht war, dass sie im Widerspruch zur sozialistischen Humanität stünden.[6] Im polnischen Strafgesetzbuch vom 1969 dominierte die Freiheitsstrafe. Mit diesem Strafgesetz kam es zur Verlagerung des Schwerpunkts vom „Strafrecht des Täters" auf das „Strafrecht der Straftat".

In beiden polnischen Strafgesetzbüchern standen Strafen und Maßregeln der Sicherung in Form des Freiheitsentzugs im Vordergrund. Geldstrafen, Bewährungsmaßnahmen und andere Strafsanktionen waren für die damalige Strafpolitik von kleinerer Bedeutung.

Ein Rückfalltäter, der seine Strafe verbüßt hatte, wurde oftmals in einer Umerziehungsanstalt[7] untergebracht. Die Unterbringung in einer solchen Anstalt war eine Maßregel der Sicherung, die eine unbestimmte Zeit, aber nicht langer als fünf Jahre dauern durfte. Diese Maßregel der Sicherung wurde nicht nur bei Tätern angewandt, die ein Verbrechen gegen das Leben, die Gesundheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begangen hatten; in solchen Anstalten wurden auch Personen untergebracht, die wegen kleinerer Straftaten (zum Beispiel wegen Diebstahls oder Verletzungen der Unterhaltspflicht) verurteilt worden waren.[8] Obwohl es 1989 in Polen zu demokratischen Neuerungen kam, galt das sozialistische Strafgesetzbuch noch bis 1997. Bereits im Jahre 1990 wurde allerdings die Unterbringung in Umerziehungsanstalten abgeschafft. 1995 wurde dafür die lebenslange Freiheitsstrafe wieder ins polnische Strafrecht eingeführt. Außerdem wurde in diesem Jahr die Anwendung der Todesstrafe für die nächsten fünf Jahre ausgesetzt. 1997 wurde die Todesstrafe in Polen endgültig aufgehoben.[9]

Im Jahr 1990 kam es in Polen zu einem Anstieg der Kriminalitätsrate, was mit der Veränderung des politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems zusammenhing. 1989 lag die Zahl der Straftaten noch bei 550.000, 1990 wurden dagegen fast 900.000 strafbare Handlungen registriert. 1998 wurde die Marke von einer Million überschritten. Die meisten Straftaten in Polen – über 1.400.000 – gab es 2003. Ab dem Folgejahr begann die Zahl wieder zu sinken, dennoch werden in Polen jedes Jahr etwa 1 Million strafbarer Handlungen begangen.[10] Zu den wichtigsten Ursachen für die Zunahme der Kriminalität in Polen zählen

- die Liberalisierung im demokratischen Staat, durch die die Handlungen des Einzelnen weniger stark kontrolliert werden;[11]
- die Öffnung der Staatsgrenzen und die dadurch verstärkte Fluktuation der Bevölkerung;[12]
- der Anstieg der Arbeitslosigkeit und die Beschneidung des Sozialsystems;[13]
- die demographische Entwicklung, aufgrund derer der Anteil jüngerer Leute an der Bevölkerung gewachsen ist (in der Kriminologie wird davon ausgegangen, dass Jugendliche mehr Straftaten begehen als Erwachsene);[14]
- die Liberalisierung der Wirtschaft aufgrund der Einführung der Marktwirtschaft;[15]
- die „Palette der kriminellen Möglichkeiten", die größer ist als im Sozialismus, verbunden mit der größeren Anzahl von attraktiven Waren auf dem Markt;[16]
- die Umwandlung mancher schon zuvor weit verbreiteter Ordnungswidrigkeiten in Vergehen. Beispiele hierfür sind der Besitz von geringfügigen Mengen von Rauschmitteln oder das Führen von Kraftfahrzeugen im Zustand der Trunkenheit.[17]

Den offiziellen Statistiken zufolge ist die Kriminalitätsrate in Polen niedriger als in Deutschland. 1997 kamen in Polen gut 2500 Straftaten auf 100 000 Bewohner; in Deutschland waren es über 8000. Auch im Jahr 2003 gab es eine deutliche Differenz: so wurden in Polen 3800 und in Deutschland fast 8000 strafbare Handlungen registriert.[18] Hierzu muss man aber sagen, das die offiziellen polnischen Statistiken nach Meinung einiger Strafrechtswissenschaftler – ähnlich wie in anderen ehemals sozialistischen Ländern – nicht die tatsächliche Kriminalitätsrate abbilden. Höchstwahrscheinlich hat das damit zu tun, dass viele Opfer davon ausgehen, die Tätigkeiten der Polizei und der Staatsanwaltschaft würden ohnehin erfolglos bleiben.[19]

Die polnische Strafpolitik stützt sich hauptsächlich auf die Verhängung von Freiheitsstrafen. In Deutschland dagegen beträgt der so genannte „prison factor" – die Inhaftierungsquote – trotz des prozentual größeren Anteils von Straftätern an der Bevölkerung seit vielen Jahren nicht mehr als 100 pro 100.000 Bewohner.[20] Im sozialistischen Polen schwankte diese Quote zwischen 200 und über 300 Häft-

1 Dr. Piotr Góralski ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht an der Fakultät für Recht, Verwaltung und Wirtschaft der Universität Breslau. Der Text beruht auf einem Referat im Rahmen einer strafrechtsvergleichenden Tagung an der Universität Regensburg am 9. Juni 2011.

2 K. Krajewski, op. cit., S. 8 – 9; A. Siemaszko, op. cit., S. 77.

3 M. Wąsowicz, Nurt socjologiczny w polskiej myśli prawnokarnej, Warszawa 1989, S. 207.

4 Ibidem, S. 210 i 215.

5 J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, S. 258 – 259.

6 I. Andrejew, Polskie prawo karne, Warszawa 1978, S. 306.

7 Ośrodek *Przystosowania Społecznego wörtlich* „Anstalt zur gesellschaftlichen Anpassung„.

8 S. Lelental, Umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego w świetle wyników badań, Łódź 1990, S. 27 – 30.

9 A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2011, S. 249 – 250.

10 Ibidem, S. 43.

11 T. Szymanowski, Stan przestępczości a polityka kryminalna w Polsce (w:) Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana prof. S. Lelentalowi pod red. K. Indeckiego, Łódź 2004, S. 272.

12 J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, Kryminologia, Gdańsk 1999, S. 258.

13 T. Szymanowski, op. cit., S. 273.

14 Ibidem, S. 274.

15 Ibidem, S. 273.

16 J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, op. cit., S. 246.

17 T. Szymanowski, op. cit., S. 283.

18 K. Krajewski, Nowa kodyfikacja karna a polityka karna w Polsce w latach 1990 – 2005, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2008 Nr. 1, S. 12 i 21.

19 A. Siemaszko, Przestępczość i polityka karna w krajach postkomunistycznych: spojrzenie laika, Archiwum Kryminologiczne T. XXVIII, 2005 – 2006, S. 73.

20 K. Krajewski, op. cit., S. 21.

lingen pro 100.000 Bewohner. Die damalige große Zahl der Inhaftierten war übrigens charakteristisch für alle sozialistischen Länder. Beispielsweise betrug die Inhaftierungsquote für Polen 1983 226, für die damalige Deutsche Demokratische Republik 222 und für die Bundesrepublik Deutschland nur 102,8.[21]

Die Verfasser des polnischen Strafgesetzbuches von 1997 hatten es sich zum Ziel gesetzt, durch die Neugestaltung der Strafsanktionen unter anderem die Inhaftierungsquote auf 100 oder weniger zu senken.[22] Leider ist das nicht gelungen.

Nach der Amnestie von 1983 sank die Zahl der Gefängnisinsassen in Polen auf 106 pro 100.000 Bewohner. Das war die niedrigste Inhaftierungsquote, die es in Polen nach dem Zweiten Weltkrieg je gegeben hatte.[23] Bis zum Jahr 2000 betrug diese Quote wieder etwa 150. Dann überschritt die Zahl leider erneut die Marke von 200 und liegt bis heute auf diesem Niveau und sogar etwas höher.[24] Die große Anzahl der Gefangenen in Polen resultiert daraus, dass Freiheitsstrafen von über einem Jahr ohne Bewährung verhängt werden. 2009 haben 74.000 Gefangene Freiheitsstrafen in polnischen Strafanstalten verbüßt.[25] Zu selten werden kurze Freiheitsstrafen von 6 Monaten und weniger ohne Bewährung verhängt. Gleichzeitig erkennt man in Polen grundsätzlich oft auf Freiheitsstrafen mit Bewährung – was für die Mehrheit der Länder in Osteuropa charakteristisch ist. Beispielsweise waren 1999 ungefähr 60 Prozent aller in Polen verhängten Freiheitsstrafen Bewährungsstrafen; in Deutschland verhängt man nur etwa 13 Prozent Freiheitsstrafen auf Bewährung.[26] Die polnische Strafpolitik sieht es als notwendig an, Geldstrafen, Freiheitsbeschränkungen und kurze Freiheitsstrafen oft ohne Bewährung zu verhängen. In Polen wird vor allem auf die Entwicklung von Maßregeln der Sicherung Wert gelegt, die bei psychisch gestörten Tätern oder Rauschmittelabhängigen angewendet werden und eine Freiheitsentziehung mit Therapiemaßnahmen verbinden.

Ein grundlegendes Problem des polnischen Strafrechts in der Spätzeit des Sozialismus und nach der Wende 1989 war die übermäßige strafrechtliche Repression. Im damaligen Strafsystem war die Freiheitsstrafe die grundlegende Art der Strafe. Der übergeordnete Charakter dieser Strafe wurde unter anderem in der Aufführung möglicher Straffolgen im Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1969 deutlich. In diesem sozialistischen Strafgesetzbuch stand die Freiheitsstrafe an erster Stelle; erst danach wurden die Freiheitsbeschränkung und schließlich die Geldstrafe aufgelistet. Wenige Verbrechen wurden mit Todesstrafe oder einer Freiheitsstrafe von 25 Jahren geahndet. Das polnische Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1969 sah lange Zeit keine lebenslange Freiheitsstrafe vor, da diese in der damaligen polnischen Strafrechtswissenschaft als unmenschlich galt.[27] Im neuen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1997 wurde die Aufzählung der Straffolgen umgestaltet. Nun steht die Geldstrafe an erster Stelle, dann wird die Freiheitsbeschränkung und zuletzt die Freiheitsstrafe genannt. Im Fall schwerer Verbrechen werden auch die fünfundzwanzigjährige Freiheitsstrafe und die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht. Diese Strafandrohungen gelten meist für Straftaten gegen das Leben, den Frieden oder den Staat. Gemäß Artikel 58 §1 des polnischen Strafgesetzbuchs, der dem Gericht die Wahl zwischen verschiedenen Strafarten einräumt, wird eine Freiheitsstrafe nur dann ohne Bewährung verhängt, wenn andere Strafen oder Strafmaßnahmen den Strafzweck nicht erfüllen können.

In Polen wird eine Freiheitsstrafe nach Monaten und Jahren bemessen und kann zwischen einem Monat und fünfzehn Jahren betragen. Bei den Strafanstalten unterscheidet man Gefängnisse für Ersttäter, jugendliche Straftäter, Rückfalltäter und Strafanstalten für zum Soldatenarrest Verurteilte. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe ist mit einem Progressionssystem verbunden; wenn der Gefangene sich gut führt, kann er in eine Strafanstalt mit gemilderter Haftordnung verlegt werden.

Obwohl sich die Strafrechtsexperten über die Defizite der Freiheitsstrafe im Klaren sind, ist diese für die polnische Kriminalpolitik nach wie vor von großer Bedeutung.[28] Jedes Jahr warten einige zehntausend Personen auf die Vollstreckung ihrer Freiheitsstrafe, denn die Strafanstalten sind überfüllt. Der Grund hierfür liegt darin, dass andere Strafen ihren Zweck oft nicht erfüllen. Wie es scheint, sind Geldstrafen in Hinsicht auf den nicht allzu hohen Lebensstandard der Gesellschaft oft nicht spürbar genug. Auch Freiheitsbeschränkungen werden nicht oft verhängt.[29]

Die schwerste Strafe im polnischen Strafrecht ist die lebenslange Freiheitsstrafe. Verglichen mit anderen europäischen Gesetzgebungen ist diese Strafe in Polen verhältnismäßig hart. Ein zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter kann nicht vor Verbüßung von fünfundzwanzig Jahren Haft entlassen werden. Das Gericht kann diese Frist noch verlängern.

So wird in Fällen besonders grausamer Tötungsdelikte dem Täter die Möglichkeit der vorzeitigen Haftentlassung erst nach Verbüßung von fünfundvierzig Jahren Freiheitsstrafe eingeräumt.

Verhängt das Gericht eine fünfundzwanzigjährige Freiheitsstrafe, so kann der Gefangene erst nach fünfzehn Jahren Haft die bedingte vorzeitige Entlassung beantragen.

Von allen Strafen ist die Geldstrafe die häufigste. Sie wird in Tagessätzen verhängt, deren Anzahl und Höhe vom Gericht festgesetzt wird. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, so beträgt die Mindestanzahl der Tagessätze zehn und die Höchstzahl fünfhundertvierzig. Die Geldstrafe kann auch verschärft werden. Bei einer Gesamtstrafe können bis zu achthundertzehn Tagessätze verhängt werden. Wird beispielsweise ein Manager wegen Geldwäsche, Kreditbetrugs und der Verursachung eines bedeutenden Vermögensschadens zulasten seines Unternehmens verurteilt, so kann neben der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe in Höhe von 4.500 Tagessätzen verhängt werden.

Die Zahl der Tagessätze richtet sich nach den allgemeinen Strafrichtlinien. Von großer Bedeutung ist hierbei die Schuld des Täters und auch die soziale Schädlichkeit seiner Straftat. Dagegen wird die Höhe des Tagessatzes vom Einkommen des Täters, von seiner persönlichen und familiären Lage sowie von seinen Vermögensverhältnissen und Verdienstmöglichkeiten abhängen.

Eine Freiheitsbeschränkung wird dann verhängt, wenn ein Täter eine Geldstrafe nicht bezahlen kann, beziehungsweise eine Freiheitsstrafe zu streng wäre.[30] Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, so beträgt die Dauer der Freiheitsbeschränkung mindestens einen Monat und höchstens zwölf Monate. Bei einer Gesamtstrafe kann das Gericht eine Freiheitsbeschränkungsstrafe von bis zu zwei Jahren verhängen. Eine solche Strafe erlegt dem Täter zahlreiche Pflichten auf. Während der Vollstreckung der Freiheitsbeschränkung darf der Verurteilte seinen ständigen Aufenthaltsort nicht ohne gerichtliche Genehmigung verlassen und ist verpflichtet, der ihm vom Gericht zugewiesenen Arbeit nachzugehen. Diese besteht im Ableisten von unentgeltlichen und überwachten Arbeitsstunden für soziale Zwecke im Umfang von zwanzig bis vierzig Stunden pro Monat.

Steht der Verurteilte in einem Arbeitsverhältnis, so kann das Gericht an Stelle der oben genannten Arbeitspflicht eine Kürzung seiner Arbeitsbezüge um zehn bis fünfundzwanzig Prozent zugunsten der Staatskasse oder eines vom Gericht zu bestimmenden sozialen Zwecks anordnen.

In Rahmen dieser Strafe können dem Verurteilten auch andere Pflichten auferlegt werden. Insbesondere kann das Gericht den Verurteilten verpflichten, sich bei dem Verletzten zu entschuldigen, den Missbrauch von Alkohol oder den Konsum anderer Rauschmittel zu unterlassen, sich einer Heilbehandlung, insbesondere einer Entziehungskur oder Rehabilitationsbehandlung zu unterziehen und sich von bestimmten Personenkreisen oder bestimmten Orten fernzuhalten. Das Gericht kann den Verurteilten außerdem zur vollständigen oder teilweisen Wiedergutmachung des Schadens verpflichten.

Neben den oben genannten Strafen kennt das polnische Strafrecht auch Strafmaßnahmen. Die Strafmaßnahmen sind auf Nebenstrafen zurückzuführen, von denen sie sich insofern unterscheiden, als das Gericht für Vergehen, die mit Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren bedroht sind, nur Strafmaßnahmen verhängen darf. Nach Artikel 343 Paragraph 2 Punkt 3 der polnischen Strafprozessordnung kann das Gericht es außerdem im Falle von Vergehen, die mit Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren bedroht sind, beim Verhängen von Strafmaßnahmen bewenden lassen. Das ist der Fall, wenn der Beschuldigte die Anordnung von Strafmaßnahmen ohne Durchführung der Verhandlung beantragt.

Strafmaßnahmen unterscheiden sich von Strafen auch insofern, als bei der Anwendung von Strafmaßnahmen Spezialprävention und Entschädigung im Vordergrund stehen. Die Strafmaßnahmen im polnischen Strafrecht sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Der Gesetzgeber fügt ständig neue Strafmaßnahmen hinzu. Viele von ihnen weisen Charakteristika von Strafen und Maßregeln der Sicherung auf. Repressiven Zweck haben z.B. die Aberkennung der öffentlichen Rechte und der Verfall von Vermögensvorteilen, wenn diese nur mittelbar durch die Straftat erlangt wurden.

Meiner Meinung nach bewegen sich diese Strafmaßnahmen in Richtung der Maßregeln der Sicherung, die aufgrund der sozialen Gefährlichkeit des Täters verhängt werden und für eine unbestimmte Frist angeordnet werden. Als Beispiel sollen hier das Verbot, mit Kindern zu arbeiten, und das Verbot der Kontaktaufnahme mit den Opfern genannt werden, die gegen Täter verhängt werden, welche Sexualverbrechen an Kindern begangen haben.[31] Zu den Strafmaßnahmen im polnischen Strafgesetzbuch zählt auch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte für die Dauer von einem Jahr bis zu zehn Jahren. Sie umfasst unter anderem den Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts für Wahlen zu Organen der öffentlichen Gewalt und der beruflichen oder wirtschaftlichen Selbstverwaltung, den Verlust des Rechts, an der Ausübung der Rechtsprechung teilzunehmen, bestimmte Funktionen in staatlichen Organen und Institutionen zu erfüllen, sowie den Verlust weiterer Rechte.

Das Gericht kann diese Strafmaßnahmen bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren für eine Straftat anordnen, die aus besonders verwerflichen Beweggründen begangen wurde.

Eine weitere Strafmaßnahme besteht im Verbot, eine bestimmte Stellung zu bekleiden, einen bestimmten Beruf auszuüben oder einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Das Gericht kann solche Verbote für die Dauer von einem Jahr bis zu zehn Jahren aussprechen, wenn der Täter bei der Begehung einer Straftat seine Stellung oder seinen Beruf missbraucht oder gezeigt hat, dass die weitere Bekleidung dieser Stellung, die weitere Berufsausübung oder die Ausführung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit durch ihn wichtige Rechtsgüter bedrohen würde.

Wenn ein Täter wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder gegen die Sittlichkeit verurteilt wird und das Opfer minderjährig ist, so kann das Gericht dem Täter ein Verbot aller oder bestimmter Stellungen, Berufe oder Tätigkeiten auferlegen, die mit der Erziehung, Ausbildung, Behandlung oder Betreuung von Kindern verbunden sind. Diese Verbote gelten für einen Zeitraum von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren oder sogar auf Lebenszeit. Wenn ein Täter schon einmal wegen einer entsprechenden Tat verurteilt wurde, muss das Gericht sie auf Lebenszeit verhängen. Auch zur Bekämpfung pädophiler Kriminalität und häuslicher Gewalt werden verschiedene Verbote und Auflagen eingesetzt. So kann das Gericht einem Täter die Pflicht auferlegen, bestimmte Personenkreise oder Orte zu meiden oder sich bestimmten Personen nicht zu nähern und nicht mit ihnen zu kommunizieren. Außerdem kann es dem Täter verboten werden, seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort ohne

21 Ibidem, S. 31.
22 K. Buchała, System kar, środków karnych i zabezpieczających w projekcie kodeksu karnego, Państwo i Prawo 1991 Nr. 6, S. 21.
23 K. Krajewski, op. cit., S. 12.
24 Ibidem, S. 14.
25 Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej za rok 2009, Warszawa 2010, S. 210.
26 K. Krajewski, op. cit., S. 37.
27 Uzasadnienie projektu kodeksu karnego, Warszawa 1968, S. 108.
28 A. Marek, op. cit., S. 253 – 254.
29 K. Krajewski, op. cit., S. 39 – 40.
30 A. Marek, op. cit., S. 257 – 258.
31 Mehr zu diesem Thema: P. Góralski, O konieczności przestrzegania założeń koncepcyjno – funkcjonalnych dotyczących środków zabezpieczających oraz środków karnych w kodeksie karnym z 1997 r., Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2011 nr 1, S. 109 – 121.

gerichtliche Genehmigung zu verlassen und er kann durch das Gericht gezwungen werden, aus einer gemeinsam mit dem Opfer bewohnten Wohnung auszuziehen.

In bestimmten im Gesetz genannten Fällen können diese Verbote und Pflichten für ein bis fünfzehn Jahre verhängt werden. Unter bestimmten Voraussetzungen können solche Strafmaßnahmen auch auf Lebenszeit angeordnet werden.

Das Gericht kann dem Täter auch die Teilnahme an Massenveranstaltungen verbieten, wenn das Verhalten des Täters nahelegt, dass seine Teilnahme wesentliche Rechtsgüter gefährden würde. Ein solches Verbot kann für zwei bis sechs Jahre aufrechterhalten werden. Im Falle einer Verurteilung wegen der Veranstaltung von Glückspielen oder wegen einer Straftat in Verbindung mit der Teilnahme an Glücksspielen kann das Gericht es dem Täter verbieten, Spielstätten zu betreten und an Glücksspielen teilzunehmen. Diese Strafmaßnahme wird vom Gericht für die Dauer von ein bis zehn Jahren verhängt.

Ist ein Straßenverkehrsteilnehmer wegen einer Straftat gegen die Sicherheit des Verkehrs verurteilt worden, so kann das Gericht ein Fahrverbot für Fahrzeuge einer bestimmten Kategorie anordnen, insbesondere, wenn die Umstände der begangenen Straftat darauf hinweisen, dass das Führen solcher Fahrzeuge durch diese Person den Verkehr gefährdet. Strafschärfende Umstände liegen laut Strafgesetz vor, wenn eine entsprechende Straftat im Zustand der Trunkenheit oder unter dem Einfluss von Rauschmitteln begangen wurde oder der Täter Fahrerflucht begangen hat.

Eine Strafmaßnahme kann das Gericht für die Dauer von einem Jahr bis zu zehn Jahren anordnen. In den im Strafgesetzbuch genannten Fällen kann das Fahrverbot auf Lebenszeit verhängt werden.

Weitere Strafmaßnahmen bilden der Sachverfall und der Verfall von Vermögensvorteilen.

Das Gericht ordnet den Verfall der unmittelbar aus einer Straftat erlangten Gegenstände an, es sei denn, die Gegenstände sind dem Verletzten oder einem Dritten zurückzugeben. Außerdem kann der Verfall solcher Gegenstände angeordnet werden, die der Tatbegehung gedient haben oder hierfür vorgesehen waren, es sei denn, diese Gegenstände sind einem Dritten zurückzugeben. Diese Strafmaßnahme wird auch bei Verurteilungen wegen Straftaten angewendet, bei denen bestimmte Gegenstände verbotswidrig erzeugt, besessen, umgeschlagen oder transportiert wurden.

Bei der Verurteilung des Täters kann das Gericht den Verfall der erzielten Vermögensvorteile anordnen, selbst wenn diese nur mittelbar aus der Straftat erlangt wurden. Im Rahmen der Verurteilung ordnet das Gericht – auf Antrag des Verletzten oder einer anderen berechtigten Person – die Pflicht zur vollständigen oder teilweisen Wiedergutmachung des verursachten Schadens an. Alternativ kann das Gericht auch eine Geldbuße festsetzen. Deren Betrag kann verschiedenen Institutionen zugutekommen, die den Opfern von Straftaten Hilfe leisten. Eine solche Geldbuße kann bis zu 100.000 Złoty betragen (etwa 25.000 Euro).

In den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen und in solchen, in denen das Gericht von der Verhängung einer Strafe absieht, kann es eine Geldstrafe zugunsten eines bestimmten sozialen Zwecks anordnen. Diese darf 20.000 Złoty nicht übersteigen, es sei denn, die betreffende Straftat war mit einem Verkehrsunfall verbunden. In solchen Fällen kann die Geldstrafe bis zu 60.000 Złoty betragen.

Das Gericht kann die öffentliche Bekanntgabe des Urteils in einer von ihm zu bestimmenden Weise anordnen.

Im Strafgesetzbuch von 1997 hat der polnische Gesetzgeber festgelegt, das die Strafgerichte nicht über die Entziehung der elterlichen Sorge entscheiden sollen. Wenn ein Gericht es für zweckmäßig erachtet, Eltern oder Vormündern ihre Rechte gänzlich zu entziehen oder diese einzuschränken, weil sie alleine oder gemeinsam mit Jugendlichen Straftaten begangen haben, so wird das zuständige Familiengericht eingeschaltet. Im polnischen Strafrecht gibt es drei Arten von Bewährungsmaßnahmen: Die vorläufige Einstellung des Verfahrens, Die einstweilige Strafaussetzung zur Bewährung und die einstweilige, vorzeitige Entlassung aus der Freiheitsstrafe.

Die erste dieser Maßnahmen beruht auf der Beendigung des Strafverfahrens ohne die Verhängung einer Strafe. Das Urteil, mit dem das Strafverfahren einstweilig eingestellt wird, stellt aber fest, dass der Täter eine strafbare Handlung begangen hat. Das Gericht kann das Strafverfahren einstweilig einstellen, wenn die Schuld des Täters und die Sozialschädlichkeit der Tat unbedeutend sind, die Umstände der Tatbegehung zweifelsfrei feststehen und die Haltung des nicht wegen einer vorsätzlichen Straftat vorbestraften Täters, seine Eigenschaften, seine persönliche Lage sowie sein bisheriger Lebenswandel die Annahme rechtfertigen, dass er trotz Einstellung des Verfahrens die Rechtsordnung beachten, insbesondere keine neue Straftat begehen wird.

Die vorläufige Einstellung des Verfahrens wird in der Regel nicht bei Straftaten angewendet, für die die Höchststrafe bei über drei Jahren Freiheitsstrafe liegt.

Sie erfolgt für eine Bewährungszeit von ein bis zwei Jahren; der Lauf der Bewährungszeit beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung. Wendet das Gericht die einstweilige Verfahrenseinstellung an, so kann es den Verurteilten während der Bewährungszeit unter die Aufsicht eines Kurators oder einer sozialen Institution stellen. Für die Dauer der Bewährung werden dem Täter verschiedene Pflichten auferlegt. Eine davon muss das Gericht anordnen: Die Verpflichtung des Täters zur vollständigen oder teilweisen Wiedergutmachung des Schadens.

Das Strafverfahren wird wieder in Gang gesetzt, wenn der Täter während seiner Bewährungszeit eine vorsätzliche Straftat begangen hat, für die er rechtskräftig verurteilt wurde. Auch im Fall anderer Straftaten kann das Gericht das Strafverfahren wieder aufnehmen.

Eine weitere Bewährungsmaßnahme ist die Strafaussetzung zur Bewährung. Anders als im früheren polnischen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1969 ist diese Maßnahme gegenwärtig sowohl auf Freiheitsstrafen als auch auf Geldstrafen und Freiheitsbeschränkungsstrafen anwendbar. Hier fällt das Gericht ein Strafurteil und legt das Strafmaß fest, die Strafe wird aber zur Bewährung ausgesetzt. Zur Bewährung können nur Freiheitsstrafen von unter zwei Jahren ausgesetzt werden. Für die anderen Strafarten gibt es diesbezüglich keine Beschränkungen.

Die Strafaussetzung zur Bewährung erfolgt für eine Bewährungszeit, die mit der Rechtskraft der Entscheidung beginnt. Die Bewährungszeit beträgt in der Regel zwei bis fünf Jahre bei Freiheitsstrafen und ein bis drei Jahre bei Geld- oder Freiheitsbeschränkungsstrafen. Die Aussetzung einer Strafe zur Bewährung kann das Gericht mit bestimmten Auflagen für den Verurteilten verbinden (zum Beispiel, sich einer Entzugstherapie zu unterziehen oder den Missbrauch von Alkohol zu unterlassen).

Außerdem kann der Verurteilte unter die Aufsicht eines Bewährungshelfers oder einer sozialen Einrichtung gestellt werden.

Das Gericht ordnet die Vollstreckung der Strafe an, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit eine vorsätzliche Straftat begangen hat, die der vorangegangenen ähnelt und für die er rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Die Vollstreckung der Strafe kann auch dann angeordnet werden, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit in erheblichem Maße gegen die Rechtsordnung verstößt.

Es gibt außerdem die Möglichkeit, einen zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten von der Verbüßung der Reststrafe zu befreien. Der Verurteilte kann nach Verbüßung von mindestens der Hälfte der Freiheitsstrafe, jedoch von mindestens sechs Monaten, bedingt entlassen werden. In besonders begründeten Fällen kann das Gericht bereits bei der Verhängung der Freiheitsstrafe strengere Voraussetzungen für die Entlassung des Verurteilten auf Bewährung festsetzen.

Wenn das Gericht keine Verschärfung anordnet, darf ein zu fünfundzwanzig Jahren Freiheitsstrafe Verurteilter nicht vor der Verbüßung von fünfzehn Jahren, ein zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter nicht vor der Verbüßung von fünfundzwanzig Jahren seiner Strafe auf Bewährung entlassen werden.

Im Fall einer Entlassung auf Bewährung bildet die Dauer des verbleibenden Strafrestes zugleich die Bewährungszeit, sie darf jedoch – abgesehen von einigen Ausnahmen – nicht weniger als zwei und nicht mehr als fünf Jahre betragen. Wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit eine vorsätzliche strafbare Handlung begangen hat und wegen dieser Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe ohne vorläufige Aussetzung der Strafvollstreckung verurteilt wurde, muss das Gericht den Widerruf der Aussetzung anordnen.

Im Gegensatz zu den Rechtsordnungen von Staaten wie Deutschland, der Schweiz oder Österreich sieht das polnische Strafrecht keine Maßregeln vor, die vor allem dazu dienen, den Täter zu isolieren und die Bevölkerung vor ihm zu schützen, wie zum Beispiel die deutsche Sicherungsverwahrung. Gegenwärtig dienen die Maßregeln der Sicherung im polnischen Strafrecht in erster Linie der Therapie der Verurteilten.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die allgemeine Regel des Artikels 93 des polnischen Strafgesetzbuchs. Danach darf das Gericht die als Maßregel der Sicherung vorgesehene Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt nur dann anordnen, wenn dies unerlässlich ist, um die erneute Begehung einer Straftat zu verhindern, die mit einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung, einer Störung des Sexualverhaltens oder einer Alkohol- oder Rauschmittelabhängigkeit des Täters in Verbindung steht. Vor Anordnung dieser Maßregel hört das Gericht mindestens zwei sachverständige Psychiater sowie einen sachverständigen Psychologen an. Wenn die Verwahrung des Täters auf einer Störung des Sexualverhaltens beruht, muss das Gericht in der Sache auch einen Sexualtherapeuten anhören.

Das polnische Oberste Gericht hat in seinen Urteilen oftmals darauf hingewiesen, dass die Unterbringung in einer Anstalt ebenso wie die Anwendung der Freiheitsstrafe ohne Aussetzung nur im äußersten Fall angewendet werden darf. Die Therapie des Täters soll soweit wie möglich ambulant erfolgen. Begeht der Täter dagegen im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit eine verbotene Tat, deren Sozialschädlichkeit bedeutend ist, und besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass er erneut eine solche Tat begehen wird, so ordnet das Gericht die Unterbringung des Täters in einer psychiatrischen Anstalt an.

Die Dauer der Unterbringung wird nicht im Voraus festgelegt; das Gericht ordnet die Entlassung des Täters an, wenn sein weiterer Verbleib in der Anstalt nicht mehr notwendig ist. Hier stehen zwei Kriterien im Vordergrund: die „hohe Wahrscheinlichkeit", dass der Täter eine neue Straftat begeht und die „bedeutende Sozialschädlichkeit" der strafbaren Handlung. Die „hohe Wahrscheinlichkeit" einer neuen Straftat ist laut Rechtsprechung dann zu bejahen, wenn der psychisch kranke Täter seine früheren Handlungen nicht bereut, keinen Behandlungsbedarf erkennt und sich außerhalb der Sicherungsanstalt keiner Therapie unterziehen möchte. Das Kriterium der bedeutenden Sozialschädlichkeit erfüllen in der Regel alle Verbrechen und solche Vergehen, für die Höchststrafe bei über zehn Jahren Freiheitsstrafe liegt.

Wenn der Täter die strafbare Handlung im Zustand der eingeschränkten Zurechnungsfähigkeit begangen hat, kann das Gericht seine Unterbringung in einer Strafanstalt anordnen, in der besondere Therapie- oder Rehabilitationsmaßnahmen angewendet werden. Diese Maßregel der Sicherung ist in der polnischen Strafrechtwissenschaft umstritten.

Vollstreckungsort solcher Maßregeln sind die Haftanstalten. Gemäß den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1969 wurden Täter mit eingeschränkter Zurechnungsfähigkeit meistens in psychiatrischen Anstalten untergebracht und verbüßten in der Regel nach der Behandlung ihre Freiheitsstrafe im Gefängnis. Diese meist geistes-

schwachen Täter flohen oftmals aus den psychiatrischen Anstalten oder es kam zu Problemen mit anderen Insassen.

Außerdem wurde die Geistesschwäche in der Regel nicht therapiert. Heute dagegen wird diese Maßregel der Sicherung in speziellen Abteilungen der Haftanstalten vollstreckt und gilt für die gesamte Haftzeit des Verurteilten.

Wenn die Therapie- oder Rehabilitationsergebnisse dafür sprechen, so kann das Gericht Täter, die zu einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren verurteilt worden sind, vorläufig entlassen. Allerdings sind sie unter Aufsicht zu stellen.

Eine Maßregel der Sicherung, die im polnischen Strafrecht eine lange Tradition hat, ist die Unterbringung des Täters in einer geschlossenen Anstalt im Rahmen einer Entzugstherapie.

Wird der Täter wegen einer Straftat im Zusammenhang mit seiner Abhängigkeit von Alkohol oder anderen Rauschmitteln zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt, so kann das Gericht seine Unterbringung in einer geschlossenen Entzugsanstalt anordnen, wenn es als sehr wahrscheinlich gilt, dass er anderenfalls erneut eine solche Straftat begehen wird.

Diese Maßregel der Sicherung wird nicht angeordnet, wenn gegen den Täter eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt wurde.

Die Dauer der Unterbringung in einer geschlossenen Entzugsanstalt wird nicht im Voraus bestimmt; sie darf nicht weniger als drei Monate und nicht mehr als zwei Jahre betragen. Über eine Entlassung aus der Anstalt entscheidet das Gericht aufgrund der Ergebnisse der Therapie, wobei das Gutachten des Therapeuten berücksichtigt wird.

Der Aufenthalt des Verurteilten in der Entzugsklinik wird auf die Strafe angerechnet.

Je nach den Therapiefortschritten des Täters kann das Gericht eine ambulante Therapie oder eine Rehabilitationsbehandlung in einer Therapie- und Rehabilitationseinrichtung für eine Probezeit von sechs Monaten bis zu zwei Jahren anordnen. Hierbei wird der Verurteilte gleichzeitig unter die Aufsicht eines Bewährungshelfers oder einer sozialen Einrichtung gestellt.

In den letzten Jahren steigt die Zahl der Sexualverbrechen an Kindern. 2005 wurde das polnische Strafrecht um zahlreiche Strafvorschriften zur Bekämpfung der pädophilen Kriminalität erweitert. So wurde die Isolationsmaßregel der Sicherung eingeführt, die darauf beruht, dass pädophile Sexualstraftäter nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe auf unbestimmte Zeit in speziell für diesen Zweck vorgesehenen Anstalten untergebracht werden. Die Dauer der Unterbringung sollte sich demnach nach der Schädlichkeit des Sexualverbrechers für die Gesellschaft richten. Leider sind solche Anstalten in Polen bis heute nicht entstanden. Bis vor kurzem war auch unklar, ob die Isolationsmaßnahme vor allen Dingen dem Schutz der Gesellschaft dienen soll oder der Behandlung der Störung des Sexualverhaltens der Täter.

Erst 2009 hat der Gesetzgeber entschieden, dass entsprechende Maßregeln in psychiatrischen Kliniken zu vollstrecken sind. Diese Lösung ist fragwürdig, da die Sexualverbrecher meistens zurechnungsfähig und ihre sexuellen Neigungen nicht immer therapierbar sind. Es ist unlogisch, dass eingeschränkt zurechnungsfähige Täter in Strafanstalten untergebracht werden, während schuldfähige Sexualverbrecher, oftmals Pädophile, in psychiatrischen Kliniken therapiert werden sollen. Außerdem sollen die therapeutischen Maßregeln der Sicherung vor der Verbüßung der Freiheitsstrafe angewendet werden. Hier zeigt sich erneut die Inkonsequenz des Gesetzgebers, denn über die Unterbringung des Sexualverbrechers in einer Anstalt nach Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder vor der vorzeitig bedingten Entlassung des Täters entscheidet das Gericht, ob das Bedürfnis der Vollstreckung dieser Maßregel der Sicherung noch besteht.

Zusätzlich gibt es im polnischen Strafrecht sogenannte Verwaltungsmaßregeln der Sicherung und Besserung. Sie ähneln den oben vorgestellten Strafmaßnahmen mit Verbotscharakter. So bestehen sie beispielsweise im Verbot, eine bestimmte Stellung zu bekleiden, einen bestimmten Beruf auszuüben oder einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Auch Fahrverbote können verhängt werden. Diese Verwaltungsmaßregeln werden auf nicht schuldfähige Täter angewendet, da in diesen Fällen keine Strafen oder Strafmaßregeln greifen.

Diese Maßregeln der Sicherung ordnet das Gericht für unbestimmte Zeit an. Ihre Dauer hängt davon ab, wie rückfallgefährdet der Täter ist. Zu den Maßregeln der Sicherung gehört auch der Verfall, der vor allen Dingen Tatwerkzeuge betrifft. Der Verfall wird angeordnet, wenn die Sozialschädlichkeit einer verbotenen Tat so geringfügig ist, dass sie nach polnischem Strafrecht nicht strafbar ist. Ein weiterer Anwendungsbereich sind Fälle, in denen das Strafverfahren bedingt eingestellt wird. In solchen Fällen gibt es kein Strafurteil und die Strafmaßregeln finden keine Anwendung. Ähnlich ist es, wenn das Strafgesetz bestimmt, dass der Täter straffrei ausgeht, zum Beispiel dann, wenn die Strafbarkeit einer Tat wegen Verjährung entfällt.

Zunächst ist zu bemerken, dass sich die Frage des europäischen Strafrechts in Polen keiner großen Popularität erfreut. Das Thema wird in der Regel weder in Strafrechtsvorlesungen noch in den entsprechenden Lehrbüchern behandelt. Über ein einheitliches EU-Strafrecht wird meist im Zusammenhang mit Fragen des zwischenstaatlichen Rechts oder des europäischen Rechts diskutiert.

Das rührt vermutlich daher, dass der Harmonisierungsprozess der Strafvorschriften europäischer Länder nur langsam verläuft und unklar ist, welches Ziel diese Harmonisierung hat. Geht es lediglich um die Annäherung der Strafvorschriften in den europäischen Ländern oder um die völlige Vereinheitlichung dieser Vorschriften im Rahmen eines gemeinsamen Strafgesetzbuches?[32] Die Schaffung eines gemeinsamen materiellen Strafrechts für die ganze Europäische Union erscheint in nächster Zeit kaum möglich. Das hat folgende Ursachen: Vor allen Dingen sehen die Behörden der europäischen Länder das Strafrecht als grundlegenden Bestandteil ihrer Souveränität.[33] Die Regierungen wollen also vor allem aus politischen Gründen kein gemeinsames europäisches Strafrecht.

Davon abgesehen gibt es in Europa mehrere Gruppen von Staaten, deren materielles Strafrecht und Kriminalpolitik sich beträchtlich unterscheiden.

Besonders deutlich sind die Unterschiede zwischen den deutschsprachigen Ländern, den Länder mit romanischer Rechtskultur, den skandinavische Staaten, den Ländern Osteuropas und Großbritanniens.

Sowohl was Sanktionen, Höchststrafen, als auch Strafmilderungsgründe betrifft, sind die Rechtsordnungen hier sehr verschieden ausgestaltet. Zwar ist die lebenslange Freiheitsstrafe in Europa verbreitet, sie wird aber auch immer öfter kritisiert. In einigen europäischen Staaten wurde die lebenslange Freiheitsstrafe aufgehoben, zum Beispiel in Spanien, Portugal und Slowenien.[34] In Polen und in Deutschland beträgt die Höchstdauer für die Freiheitsstrafe 15 Jahre, in Finnland 12 und in Frankreich und Belgien 30 Jahre.[35] Während in den deutschsprachigen Ländern und in Italien besondere Maßregeln der Sicherung für Rückfalltäter gelten (zum Beispiel die Sicherungsverwahrung in Deutschland), sind solche Rechtsinstitute in den übrigen europäischen Rechtsordnungen nicht vorhanden.

In Polen hingegen existiert als Alternative zur Freiheitsstrafe die Freiheitsbeschränkungsstrafe, die es wiederum in Deutschland nicht gibt.

In den meisten europäischen Staaten ist die Geldstrafe die grundlegende Strafsanktion (mit Ausnahme Griechenlands und der Schweiz). Das gilt allerdings nicht für die Länder in Osteuropa (außer Ungarn), wo die Freiheitsstrafe auf Bewährung vorherrscht.[36] Die Liste der Unterschiede ließe sich noch weiter fortsetzen.

Es scheint, dass die Vereinheitlichung der materiellen Strafvorschriften in den europäischen Rechtsordnungen noch lange dauern wird. Gegenwärtig wird die Anpassung des europäischen Strafrechts vor allem auf der Grundlage von europäischen Rechtsakten vorangetrieben. Diese verpflichten die Staaten der Europäischen Union, innerhalb bestimmter Fristen in ihren jeweiligen Rechtsordnungen ähnliche Strafvorschriften einzuführen. Diese Angleichung der Strafrechtssysteme betrifft hauptsächlich die Kriminalisierung bestimmter Handlungen und Regelungen zur Bekämpfung von Verbrechen wie der Herstellung von und den Handel mit Drogen, Terrorismus, Menschenhandel, sexueller Missbrauch von Kindern, Korruption, Geldwäsche und Umweltverschmutzung.[37] Die Vereinheitlichung der Strafsanktionen hat in den einzelnen Ländern der Europäischen Union keinen geordneten Charakter.

Die Angleichung der Strafvorschriften bringt auch negative Folgen mit sich. Das liegt daran, dass die europäische Rechtsakte allgemein die Freiheitsstrafe als Strafsanktion vorsehen.

In manchen Ländern wird so die Kohärenz des Strafsystems durchbrochen. Als Beispiel ist die Situation in Finnland zu nennen. Die Rahmenentscheidung über die Bekämpfung des Terrorismus sieht vor, dass die europäischen Länder in ihren Landesgesetzgebungen terroristische Aktivitäten mit bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe ahnden sollen. Wie oben erwähnt liegt die Höchstgrenze für Freiheitsstrafen in Finnland aber bei 12 Jahren.[38] Das Problem liegt also in der mangelnden Koordination. Außerdem haben die europäischen Strafrechtswissenschaftler kaum Einfluss auf die Entstehung solcher Strafvorschriften; diese werden hauptsächlich von Beamten formuliert.

Das erste polnische Strafgesetzbuch von 1932 war ein typisches Strafgesetz eines demokratischen, europäischen Staates. Es stützte sich auf die Gedanken der soziologischen Strafrechtsschule, der beispielsweise Franz von Liszt, Adolf Prins und Gerard Anton van Hamel angehörten.

ÜBER DEN AUTOR

Dr. Piotr Góralski ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht an der Fakultät für Recht, Verwaltung und Wirtschaft der Universität Breslau. Der Text beruht auf einem Referat im Rahmen einer strafrechtsvergleichenden Tagung an der Universität Regensburg am 9. Juni 2011.

32 A. Adamski, Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej (w:) Przestępstwo – kara – polityka karna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin prof. T. Kaczmarka, Kraków 2006, S. 23; Por. A. Grzelak, Unia europejska a prawo karne, S. 130 – 131.

33 E. Zielińska, Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej, (w:) Przestępstwo – kara – polityka karna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin prof. T. Kaczmarka, Kraków 2006, S. 693.

34 Ibidem, S. 696.

35 Ibidem, S. 696.

36 K. Krajewski, op. cit., S. 39.

37 A. Adamski, op. cit., S. 31.

38 Ibidem, S. 33.

Ist Schweigen wirklich Gold?

Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell als erster Schritt zur Harmonisierung der europäischen Kronzeugenprogramme[1]

MICHAŁ WOJTYNIAK

A. Einleitung

Mit Sicherheit hat jeder den Begriff „Kronzeuge„ schon einmal gehört. Dieser Begriff wird im Strafprozessrecht in der Regel verwendet, wenn ein Tatbeteiligter gegen Zusicherung von Straffreiheit bzw. Strafmilderung im Prozess gegen seine Mittäter aussagt. Entsprechende Kronzeugenregelungen finden sich auch im europäischen Kartellrecht. Unternehmen, die an verbotenen Absprachen beteiligt sind, können vollständig oder teilweise vom Bußgeld befreit werden, wenn sie wesentlich zur Aufdeckung eines Kartells beitragen.[2] Eines der Kronzeugenmodelle wurde durch das Europäische Netzwerk der Kartellbehörden (ECN) ausgearbeitet, das ich zum Gegenstand meiner weiteren Betrachtungen machen möchte. Bevor ich jedoch im Einzelnen auf das sog. ECN-Kronzeugenregelungsmodell des Europäischen Wettbewerbsnetzes vom 29. September 2006 eingehe, soll zunächst ein Überblick über die internationalen Aspekte kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen geschaffen werden. Ich untersuche Probleme, die aus der Vielzahl verschiedener Kronzeugenprogramme in den EU-Mitgliedstaaten entstehen und zeige als Beispiel einige Unterschiede zwischen den Programmen in der Europäischen Kommission, Deutschland und Polen, die der Harmonisierung der Kronzeugenprogramme in der EU im Weg stehen. Als Ausgangspunkt meiner Betrachtungen stelle ich zunächst die Definition des Kartells und die Rechtsnatur der Kronzeugenregelungen dar, um die Thematik der Kronzeugenregelungen verständlicher zu machen.

I. WAS IST EIN KARTELL?

Bei Kartellen handelt es sich um sehr ernste Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht. Sie beschränken den freien Wettbewerb und sind nach Art. 101 des EU-Vertrags (ex Art. 81 EG) verboten. Kartelle definiert man als Absprachen, insbesondere Vereinbarungen und/oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zur Beschränkung des Wettbewerbs.[3] Typische Formen der Kollusion durch Kartellbeteiligte sind die Preiseabsprachen, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten oder die Aufteilung von Märkten untereinander.[4] Diese Praktiken schädigen Verbraucher durch steigende Preise und eine Schmälerung des Angebots. Sie ohne die Mitwirkung zumindest eines der Beteiligten aufzudecken und zu untersuchen ist häufig äußerst schwierig. Zu den erfolgreichsten Instrumenten der Kartellbehörden im Kampf gegen diese sog. „Gentlemen's Agreements„ zählen heute die Kronzeugenregelungen.

II. RECHTSNATUR DER KRONZEUGENREGELUNG

Kronzeugenprogramme – im Englischen als „Leniency Programs„ bezeichnet – ermöglichen es den an Kartellen beteiligten Unternehmen, diese durch Kooperation mit den Kartellbehörden aufdecken zu helfen, um dadurch einen Erlass oder eine Reduzierung der eigenen Geldbuße zu erlangen.[5]

Die Leniency-Regelungen haben auch präventive Wirkung. Unternehmen sollen wegen der großen Gefahr des „Kartellverrats„ davor zurückschrecken, sich überhaupt an einem Kartell zu beteiligen.[6] Die präventive Wirkung der Kronzeugenregelungen wird unterstützt durch die Verhängung drakonischer Geldbußen gegen bereits entdeckte Kartelle.[7] Als erstes Land haben die USA 1978 weltweit ein Kronzeugenprogramm in das Kartellverfahren eingeführt und damit den Grundstein für nachfolgende Kronzeugenregelungen gelegt.

B. Versuche zur Harmonisierung der Kronzeugenprogramme in der EU

I. PROBLEMDARSTELLUNG

Eine Harmonisierung der Kronzeugenprogramme hat bislang nicht stattgefunden. Der Grund dafür ist, dass die meisten Mitgliedstaaten eigene Kronzeugenprogramme für ihre nationalen Kartellrechte geschaffen haben, die stark voneinander abweichen bzw. einige Staaten nicht über ein Kronzeugenprogramm verfügen.

Als Problem ist ferner die parallele Zuständigkeit der Europäischen Kommission und nationaler Wettbewerbsbehörden zu erwähnen, wenn mehrere Mitgliedsstaaten von einem Kartell betroffen sind.

II. UNTERSCHIEDE ZWISCHEN DEN EXISTIERENDEN KRONZEUGENPROGRAMMEN

Derzeit verfügen alle EU-Mitgliedsstaaten – mit Ausnahme von Malta – sowie die Europäische Kommission über kartellrechtliche Kronzeugenregelungen, wobei diese in ihren Voraussetzungen sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.[8] Im Folgenden stelle ich exemplarisch einige der gesetzgeberischen Hindernisse vor, die eine vollständige Harmonisierung der Kronzeugenprogramme verhindern.

Ein erster wesentlicher Unterschied zwischen den Programmen liegt in den jeweiligen Verfahren. Einige Mitgliedstaaten der EU führen Kartellverfahren und verhängen die Strafen nach den Verwaltungsvorschriften (u.a. Polen).[9] In anderen Staaten wiederum kann die Verletzung des Kartellverbots strafrechtlich sanktioniert werden (z.B. Großbritannien)[10]. Schließlich verwenden manche Mitgliedstaaten ein gemischtes System (teils sind strafrechtliche und teils verwaltungsrechtliche Vorschriften anwendbar)

Ferner haben einige Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich ihrer Kronzeugenprogramme über den Bereich der Geheimkartelle hinaus ausgedehnt. Das Kronzeugenprogramm in Polen umfasst im Unterschied zur Europäischen Kommission nicht nur vertikale, sondern auch horizontale Beschränkungen.[11]

Einige Staaten sehen auch strengere Regelungen beim Nachlass von Geldbußen vor. Das deutsche Programm macht – anders als die EU-Kommission – die Beendigung des Kartells zu einer zwingenden Voraussetzung.[12] Andere Programme schließen mehr Antragssteller von der Stellung eines Antrags auf Erlass der Geldbuße aus, als es das ECN-Modell tut. Im polnischen Kronzeugenprogramm wird einem Kartellbeteiligten die Geldbuße nicht erlassen, wenn er sowohl Initiator des Kartells war als auch andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat.[13]

III. EIN „SYSTEM PARALLELER ZUSTÄNDIGKEITEN„

Zur Sanktionierung von Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht ist in erster Linie die Europäische Kommission aufgerufen. Seit dem 1. Mai 2004 sind nunmehr auch die nationalen Wettbewerbsbehörden dafür zuständig, Verstöße gegen das europäische Wettbewerbsrecht aufzugreifen und entsprechend zu ahnden.[14] Sobald die Kommission von ihrem Selbsteintrittsrecht aus Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 Gebrauch macht und ein Verfahren einleitet, kommt es zu einem Zuständigkeitsverlust der nationalen Wettbewerbsbehörden.[15] Das hat zur Folge, dass ein bei einer bestimmten Behörde gestellter Antrag auf Kronzeugenbehandlung nicht zugleich als Antrag auf Kronzeugenbehandlung bei einer anderen Behörde gilt.[16] Stellt das betroffene Unternehmen einen Leniency-Antrag bei ein oder zwei betroffenen Kartellbehörden und vergisst eine Leniency-Behörde, so droht ihm eine neue Geldbuße (auch wenn es einfach nicht wusste, dass sich das Kartell auch auf diesen Staat erstreckt). Dies bedeutet, dass ein Kartellaussteiger eine Vielzahl von Anträgen im Rahmen verschieden ausgestalteter Kronzeugenprogramme stellen muss, um in einen umfassenden Genuss von Sanktionserleichterungen zu kommen.[17] Es gibt also keinen „one-stop-shop„ für Leniency-Anträge in der EU.[18] Im Ergebnis werden die Unternehmen, die aus einem europaweiten Kartell aussteigen wollen, von einer Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden abgeschreckt. Zum Einen bestehen aufgrund der divergierenden Kronzeugenregelungen Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Erfolgsaussichten ihrer Anträge auf Kronzeugenbehandlung. Zum Anderen erfordert die Beantragung in allen in Betracht kommenden Jurisdiktionen oft einen enormen Zeit- und Personalaufwand.

1 Dieses ergänzende ECN-Kronzeugenmodell vom 29.9.2006 ist im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.
2 Siehe hierzu: Hetzel, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, 2004, S. 33.
3 Klose in: Münchner Kommentar zum Europäischen und deutschen Kartellrecht, Band 1, 2007, S. 1840.
4 Klose in: Münchner Kommentar zum Europäischen und deutschen Kartellrecht, Band 1, 2007, S. 1841.
5 Sura, in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, Art. 23 VO 01/2003 Rn. 54.
6 Klose in: Münchner Kommentar zum Europäischen und deutschen Kartellrecht, Band 1, 2007, S. 1841.
7 Siehe hierzu: Presseerklärung der Kommission vom 28.6.2006, IP/06/857.
8 Vgl. die auf der Internetseite der Europäischen Kommission veröffentlichte Liste unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme.pdf.
9 Piejko, Amerykański i Europejski System Ochrony Konkurencji, UOKiK 2006, S.51.
10 Hier kann zusätzlich ein zeitlich begrenztes Berufsverbot auferlegt werden.
11 Siehe hierzu: 2009 Report on assessment of state the convergence, ECN Model Leniency, Programme abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.
12 Vgl. Bonusregelung, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de, Rn. 3 Ziff. 3.
13 Siehe hierzu: 2009 Report on assessment of state the convergence, ECN Model Leniency Programme abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.
14 Art 3 Abs. 1 erster Satz VO 1/2003.
15 Frenz, Handbuch Europarecht, 2006, Rn. 1434.
16 Netzwerkbekanntmachung Rn. 38, ABl2004 C 101/43.
17 Hetzel, Die Vielzahl kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen als Hindernis für die Effektivität der europäischen Kartellbekämpfung, EuR 2005, S.735 .
18 Soltesz, Der „Kronzeuge„ im Labyrinth des ECN, WuW 2005, 616, 618.

III. Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell

Wie schon oben erwähnt wurde, ist die Einführung eines auf einem gemeinschaftlichen Akt gestützten einheitlichen Leniency - Systems in Kürze nicht möglich. Deshalb haben die EU-Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission den Versuch einer „Soft-Harmonisierung„ der einzelnen Kronzeugenprogramme unternommen. Am 29. September 2006 hat das European Competition Network (ECN) bestehend aus der EU-Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten eine Modellregelung zu Kronzeugenprogrammen entworfen. In ihm sind die Regelungsrahmen für die Behandlung von Anträgen auf Kronzeugenbehandlung für alle Unternehmen festgesetzt, die an unter die Regelung fallenden Absprachen, Vereinbarungen und Verhaltensweisen beteiligt sind.[19] Das Modell folgt weitgehend der Leniency-Mitteilung der EU-Kommission. Es gilt in den Mitgliedstaaten allerdings nicht unmittelbar, sondern es ist den Mitgliedstaaten überlassen, ob und welche Regelungen sie übernehmen wollen. Die meisten Mitgliedstaaten haben ihre Kronzeugenprogramme der Modellregelung angepasst oder – bei neu entworfenen Programmen – die Modellregelung als Grundlage genommen, z.B. Estland.

Mit dem ECN-Modell wird sichergestellt, dass potenzielle Kartellaussteiger nicht durch die Unterschiede zwischen den verschiedenen Kronzeugenregelungen im ECN davon abgehalten werden, einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung zu stellen. Außerdem zielt das ECN-Modell darauf ab, die Belastung aufgrund mehrfacher Antragstellung in großen, grenzüberschreitenden Kartellsachen sowohl für Unternehmer als auch für Wettbewerbsbehörden zu verringern, indem ein einheitliches System von Kurzanträgen eingeführt wird.[20] Zwar sind die Kurzanträge schon ein Schritt in die richtige Richtung, aber nur ein echter „one-stop-shop„ in der EU wäre eine wirkliche Lösung des Problems.[21]

C. Zusammenfassung

Die Kronzeugenprogramme gehören heute zu einem sich schnell entwickelnden Rechtsgebiet. Seit dem Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 kann die weitgehende Reduzierung der mit der Parallelität der Kronzeugenprogramme verbundenen Schwierigkeiten und Unsicherheiten beobachtet werden. Die Zusammenarbeit im Rahmen des ECN hat in erheblichem Maße dazu beigetragen, dass die Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Regelungen an das ECN-Modell angeglichen haben bzw. Kronzeugenregelungen inhaltlich zur Gänze auf dem ECN- Kronzeugenmodellprogramm aufgebaut haben. Trotz der verschiedenen Rechtsrahmen, Verfahren und Sanktionen in den einzelnen Mitgliedstaaten ist das neue „Leniency Programm„ eine wichtige Etappe in Richtung der Harmonisierung aller Kronzeugenregelungen im ECN. Auch wenn hiermit ein gewisser Souveränitätsverlust der einzelnen Staaten verbunden ist, so liegt es im allgemeinen Interesse, internationale Kartelle, deren Rechtsverstöße langfristige enorme volkswirtschaftliche Schäden verursachen, weltweit aufzudecken und aufzulösen.

19 Siehe dazu die Verlautbarung unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_de.pdf, (05.08.2009).

20 Siehe dazu die Verlautbarung unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_de.pdf, (05.08.2009).

21 Ein Antrag auf Leniency soll als Antrag in allen Mitgliedstaaten gelten.

DE lure PL
Fachverlag und Übersetzungsservice

VORANKÜNDIGUNG
Für den Herbst ist die Herausgabe der polnischen Übersetzung des BGB geplant.

Im Frühling 2012 erscheinen in unserem Verlag

- Die Neuübersetzung des poln. Kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch)
- Eine Sammlung neu übersetzter polnischer Baugesetze (inklusive Denkmalschutzgesetz und Raumbewirtschaftungsgesetz)
- Die Neuübersetzung des deutschen StGB ins Polnische
- Eine Sammlung neu übersetzter polnischer Familiengesetze (inklusive Gewaltschutzgesetz)
- Die Neuübersetzung der Vorschriften zum Vollstreckungsverfahren aus der polnischen Zivilprozessordnung

DE-IURE-PL.ORG
Fachverlag und Übersetzungsservice
Minoritenweg 25, 93047 Regensburg
www.de-iure-pl.org

BILINGUAL
POLNISCH-DEUTSCH

Rechtliche Aspekte einer wirtschaftlichen Tätigkeit in Polen, die auf dem An- und Verkauf elektrischer Energie beruht

DR. WOJCIECH SZYDŁO[1]

Die rechtliche Qualifizierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die auf dem An- und Weiterverkauf elektrischer Energie beruht.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit, die auf dem Erwerb elektrischer Energie zum Zweck ihrer Weiterveräußerung an andere Unternehmen beruht, wird vom polnischen Energiegesetz[2] vom 10. April 1997 als eine Tätigkeit im „Wirtschaftsverkehr“ mit elektrischer Energie qualifiziert. Gemäß Art. 3 Pkt. 6 des Gesetzes ist dies eine wirtschaftliche Tätigkeit, die auf dem Groß- oder Kleinhandel mit Treibstoffen oder Energie beruht. Dabei handelt es sich um eine Erwerbstätigkeit, die auf eine organisierte und dauerhafte Art und Weise[3] betrieben wird und die auf dem Erwerb und Verkauf von Treibstoffen und Energie beruht. Im Grunde genommen ist damit nichts anderes gemeint als eine Handelstätigkeit, also der Ankauf von Waren zwecks deren Weiterverkauf an andere Personen.

Im Laufe dieser Handelstätigkeit, die den An- und Verkauf elektrischer Energie (aber auch anderer Energieformen und Treibstoffe) umfasst, kommt es zur Übertragung des Eigentums an der elektrischen Energie, die die Ware dar-

1 Doktor der Rechtswissenschaften, Fachgebiet: Zivilrecht; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht und internationales Privatrecht der Fakultät Recht, Verwaltung und Ökonomie an der Universität Breslau; Gesellschafter in der Rechtskanzlei „Marek Szydło i Wspólnicy Sp.k.“ (Marek Szydło und Gesellschafter Kommanditgesellschaft).

2 einheitlicher Text Ges. Bl. aus dem Jahr 2006 Nr. 89, Pos. 625 mit Änderungen.

stellt. Gemäß Art. 555 des Zivilgesetzbuches[4] werden „die Vorschriften über den Sachverkauf in Bezug auf den Verkauf von Energie entsprechend angewendet". Daraus ergibt sich, dass Geschäfte, die auf dem Erwerb elektrischer Energie sowie deren Verkauf an andere Personen beruhen, im zivilrechtlichen Sinne Kaufverträge über elektrische Energie sind, auf die die Art. 535 ff. des Zivilgesetzbuches über den Sachkauf Anwendung finden. Gemäß dem Wortlaut von Art. 535 „verpflichtet sich der Verkäufer durch den Kaufvertrag, das Eigentum an der Sache an den Käufer zu übertragen und ihm die Sache auszuhändigen und der Käufer verpflichtet sich, die Sache abzunehmen und dem Verkäufer den Preis zu zahlen". Der Kaufvertrag ist somit die vollständigste Form der Verfügung über das Eigentumsrecht, infolge derer die Übertragung des Eigentums an der Sache derart zustande kommt, dass der Erwerber das Eigentumsrecht im selben Umfang erlangt, in dem dieses Recht zuvor dem Veräußerer zugestanden hat. Infolge dieses Vertragsabschlusses entsteht seitens des Verkäufers eine Pflicht, das Eigentum an der Sache an den Käufer zu übertragen und die Sache auszuhändigen. Seitens des Käufers entsteht eine Verpflichtung, die Sache abzunehmen und dem Verkäufer den vereinbarten Preis zu zahlen. Der Kaufvertrag ist somit ein beide Parteien verpflichtender, gegenseitiger Konsensualvertrag, der Folgen mit einem verpflichtend verfügenden Charakter verursacht.[5] Der Begriff des „Verkaufs" von Treibstoffen oder Energie wird übrigens auch in den Vorschriften des Energiegesetzes definiert, wobei die Definition nicht deckungsgleich mit dem Verkaufsbegriff des Zivilgesetzbuches ist. Laut Art. 3 Pkt. 6 a des Energiegesetzes bedeutet „Verkauf" den „direkten Verkauf von Treibstoffen oder Energie durch das Unternehmen, das diese erzeugt, oder auch einen Weiterverkauf dieser Treibstoffe oder Energie durch Unternehmen, die mit diesen Treibstoffen oder dieser Energie handeln". Daraus ergibt sich, dass die Normativdefinition des „Verkaufs" im Energierecht-Gesetz auch solche Tätigkeiten umfasst (die aufgrund des aufgeführten Gesetzes geführt werden kann), wie den Weiterverkauf von elektrischer Energie durch Unternehmen, die diese nicht selbst erzeugt, sondern von einem anderen Unternehmen erworben haben (z. B. vom Erzeuger). Es ist hervorzuheben, dass es sich hier ungeachtet des im Energiegesetz verwendeten Begriffes „Weiterverkauf" im Grunde genommen um einen Verkauf im Sinne der Vorschriften des Zivilgesetzbuches handelt.

Eine Tätigkeit, die auf dem Wirtschaftsverkehr mit der elektrischen Energie beruht (was auch den Erwerb dieser Energie und deren Verkauf an Dritte einschließt), ist von einer Tätigkeit, die auf dem „Vertrieb" dieser Energie beruht, deutlich zu unterscheiden. Beim „Vertrieb" elektrischer Energie handelt es sich einzig und allein um den Transport dieser Energie durch die Vertriebsnetze mit dem Zweck, diese Energie an die Abnehmer zu liefern, und zwar – wie in Art. 3 Pkt. 5 des Energiegesetzes hervorgehoben wird – „unter Ausschluss des Verkaufs (...) der Energie"[6]. Der Verkauf von Energie selbst stellt nämlich, wenn er mit deren vorherigem Erwerb von einem anderen Unternehmen (z.B. einem Erzeuger) verbunden ist, eine Tätigkeit im „Wirtschaftsverkehr" mit elektrischer Energie im Sinne des Energiegesetzes dar.

Hinzuzufügen ist, dass Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Handel mit elektrischer Energie (also mit dem Erwerb von Energie zum Zweck des Verkaufs an andere Personen) aufgrund der Vorschriften der Verordnung des Ministerrates vom 29. Oktober 2008 bezüglich der Polnischen Klassifizierung von Produkten und Dienstleistungen über eine separate statistische Klassifizierung verfügen.[7] Sie werden nämlich in der Gruppe D, im Teil 35, unter dem Nummer 35.14 klassifiziert (Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Handel mit elektrischer Energie). Auch nach der Verordnung des Ministerrates vom 24. Dezember 2007 bezüglich des Polnischen Registers der wirtschaftlichen Tätigkeiten (PKD) werden solch Dienstleistungen gesondert erfasst.[8] Tätigkeiten, die auf dem Handel mit elektrischer Energie beruhen, werden dort in Gruppe D, Teil 35, Untergruppe 35.1, Klasse 35.14 und Unterklasse 35.14.Z. eingeordnet.

2. „Energieunternehmen„ auf dem Gebiet des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie.

Unternehmen, die auf dem Gebiet des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie tätig sind, haben nach dem Energiegesetz den Status von „Energieunternehmen". Gemäß Art. 3 Pkt. 12 des Gesetzes ist ein Energieunternehmen im Bereich der Erzeugung, Verarbeitung, Lagerung, Übertragung, des Vertriebs von Treibstoffen oder Energie oder auch im Bereich des Verkehrs damit wirtschaftlich tätig. Die Vorschriften des Energierechts treffen dabei keine Regelungen über die konkreten organisatorisch-rechtlichen Formen bezüglich solcher Energieunternehmen. Sie können also in jeglichen Rechtsformen organisiert sein, denen die polnische Rechtsordnung die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit gestattet. Damit kommen folgende Rechtsformen in Frage: Handelsgesellschaften (Personengesellschaften: offene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommandit-Aktiengesellschaften sowie als Kapitalgesellschaften: Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung)[9], Genossenschaften[10], staatliche (oder kommunale) Unternehmen[11], europäische Gesellschaften, europäische Verbände der wirtschaftlichen Interessen, europäische Wirtschaftsverbände[12], Vereine und Stiftungen[13] (wobei in diesen die wirtschaftliche Tätigkeit nur einen akzessorischen Charakter gegenüber dem nicht gewerblichen Hauptgegenstand haben kann), sowie natürliche Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit im eigenen Namen ausüben[14], beispielsweise im Rahmen einer GbR. Ein Energieunternehmen kann auch in einer der Rechtsformen organisiert werden, die von der Rechtsordnung eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Confederatio Helvetica oder des Europäischen Abkommens über den freien Handel (EFTA) zugelassen werden, oder von der Rechtsordnung eines Staates, der kein Mitglied der Europäischen Union ist, aber Partei des Vertrages über das Europäische Wirtschaftsgebiet (das betrifft Norwegen, Island und Liechtenstein). Das bestimmt vor allem die im Europäischen Gemeinschaftsvertrag (TWE) garantierte Gewerbefreiheit, deren rechtliche Konsequenzen nota bene in den Vorschriften über die Konzessionierung vollständig berücksichtigt wurden, welche Teil des (novellierten) Energiegesetzes sind (siehe Art. 33 Abs. 1 Pkt. 1 dieses Gesetzes)[15]. Es ist somit denkbar, dass ein bestimmtes Unternehmen gemäß dem Recht eines der oben genannten Staaten gegründet wird und auf dem Gebiet des betreffenden Staates seinen satzungsgemäßen Sitz, d.h. seinen Registersitz hat, seine gesamte wirtschaftliche Tätigkeit, auch diejenige bezüglich elektrischer Energie, aber ausschließlich in Polen ausübt, indem es hier auch den Sitz seines Vorstandes platziert. Nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art wird ein solches Unternehmen in Polen als eines behandelt werden müssen, das dem Recht seines Heimat-Mitgliedstaates unterliegt, wobei dieses Unternehmen berechtigt ist, sich um eine Konzession für eine wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie auf dem Gebiet der Republik Polen zu bewerben. Es kann dann aufgrund des Gesetzes über die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit[16] vom 2. Juli 2004 eine Niederlassung in Polen eröffnen und in deren Rahmen wahlweise eine Haupt- oder Nebenwirtschaftstätigkeit betreiben. Ebenso wäre es dem Unternehmen aber auch möglich, seiner wirtschaftlichen Tätigkeit in Polen nachzugehen, ohne dort erst eine Niederlassung gründen zu müssen; auch in diesem Fall könnte es eine Konzession erlangen.

Die in der Praxis beliebteste Rechtsform für Unternehmen auf dem polnischen Energiemarkt, auch im Bereich des Verkehrs mit der elektrischen Energie, ist die der Kapitalgesellschaft, also einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder einer Aktiengesellschaft[17]. Eine solche Gesellschaft erwirbt den Status eines „Energieunternehmens" im Sinne des Energiegesetzes, wenn sie alle Anforderungen erfüllt, die das Gesetz an solche Unternehmen stellt. Ein Energieunternehmen kann durch natürliche Personen, juristische Personen oder gleichgestellte Einrichtungen gemäß Art. 33(1) des Zivilgesetzbuches[18] gegründet werden, die dann Gesellschafter werden können. Gründer-Gesellschafter können auch Ausländer oder ausländische Gesellschaften sein. Die Kapitalstruktur einer solchen Gesellschaft, auch die Frage, aus welchem Staat das Kapital der Gesellschaft stammt, ist weder im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft in Polen noch in Bezug auf die Erlangung einer Konzession für den Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie von Bedeutung. Egal, ob eine Gesellschaft in Polen oder in einem der anderen EU-Mitgliedstaaten gegründet und eingetragen wurde: Sie ist in beiden Fällen eine Gesellschaft gemäß Art. 48 des Europäischen Gemeinschaftsvertrages[19] und darf als Begünstigte der Gewerbefreiheit keinesfalls benachteiligt werden, sogar wenn das Gesellschaftskapital ganz oder teilweise aus Drittländern, also Nicht-EU-Staaten stammt.

Wenn eine Gesellschaft, die am Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie beteiligt ist, in bestimmten Kapitalverhältnissen mit anderen Unternehmen (z. B. anderen Gesellschaften) steht, kann sie als Energieunternehmen unter Umständen zusätzlich den Status eines „vertikal integrierten Unternehmens" im Sinne des Art. 3 Pkt. 12a des Energiegesetzes erlangen. Dies ist der Fall, wenn solch eine Gesellschaft zu der Gruppe der Unternehmen gehört, deren Verhältnis untereinander Gegenstand der Regelung in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung des Rates Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 zur Kontrolle der Konzentration von Unternehmen ist[20] - das heißt, allgemein gesagt, wenn diese Gesellschaften aufeinander oder eine dieser Gesellschaften bezüglich der anderen die Möglichkeit hat, sog. entscheidenden Einfluss auszuüben, und wenn eine der anderen Gesellschaften ebenfalls im Bereich der Übertragung oder des Vertriebs von elektrischer Energie tätig ist. Auf dem Energiesektor handeln nämlich Kettenunternehmen, die die Netze nutzen und unterhalten, die Netze also verwalten und sie gleichzeitig entweder Dienstleistern – also ihren Wettbewerbern – zur Verfügung stellen, selbst entsprechende Dienstleistungen durch eigene Organisationseinheiten erbringen oder die Netze anderen Unternehmen zugänglich machen, welche rechtlich gesehen zwar von ihnen abgegrenzt sind, aber derselben Kapitalgruppe angehören[21]. In solchen Situationen unterliegen die Gesellschaften, die zu den vertikal integrierten Unternehmen gehören, zusätzlichen Pflichten im Bereich des sog. Unbundling (der Trennung)[22], was zusätzliche Kosten verursacht (s. z.B. Art. 9d, Art. 44 des Energiegesetzes). Eine solche Trennung kann auf verschiedene Arten erfolgen, je nach Charakter, Umfang oder je nach der jeweils in Frage kommenden Art und den rechtlichen Folgen, die jede der erwähnten Formen der Trennung für die einzelnen vertikal integrierten Unternehmen verursacht[23]. Grundformen einer solchen Trennung sind: die buchhalterische, die rechtliche, die funktionale und die Vermögensabtrennung.

Die buchhalterische Trennung (Abrechnungstrennung) ist die schwächste und gleichzeitig am wenigsten radikale Form des Unbundling und beruht darauf, dass die einzelnen Arten der wirtschaftlichen Tätigkeit des vertikal integrierten Unternehmens, insbesondere die Netztätigkeit und die Dienstleistungstätigkeit, buchhalterisch so zu trennen sind, als ob sie durch separate Unternehmen ausgeführt worden wären. Das bedeutet, dass für jede Art der Tätigkeit des vertikal integrierten Unternehmens ausgeführt wird, separate Finanzberichte erstellt werden sollen, die die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung für jede dieser Tätigkeiten enthalten. Die rechtliche Abtrennung charakterisiert sich hingegen dadurch, dass Unternehmenstätigkeiten, die auf der Nutzung von Netzen beruhen, und Dienstleistungen, die für Endverbraucher erbracht werden, durch im rechtlichen Sinne separate Unternehmen auszuführen sind, also durch

3 ausführlicher zum Thema der Designate des Begriffes der wirtschaftlichen Tätigkeit siehe M. Szydlo, Die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit, Warschau 2005, S. 22 ff.

4 vgl. Gesetz vom 23. April 1964 – Zivilgesetzbuch (Ges. Bl. Nr. 16, Pos. 93 mit Änderungen).

5 Der beide Parteien verpflichtende Charakter des Kaufvertrages bedeutet, dass beide Vertragsparteien zur Erbringung einer Leistung verpflichtet sind. Jede Partei ist Gläubiger der einen und Schuldner der anderen Leistung. Der Konsensualcharakter des Kaufvertrages resultiert aus dem Vertragsabschluss durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien, ohne dass die Immobilie hierfür ausgehändigt werden müsste. Der gegenseitige Charakter schafft eine Abhängigkeit zwischen den Parteien in der Form, dass die Leistung der einen Partei der Leistung der anderen Partei entspricht. Der Kaufvertrag wird auch als verpflichtend verwaltender Vertrag bezeichnet, was sich aus Art. 155 § 1 des Zivilgesetzbuches (6) ergibt, dessen Wortlaut die Übertragung des Eigentums an Sachen solo consensu ermöglicht, also allein durch Vertragsschluss, nicht erst durch die Aushändigung der betreffenden Sachen; siehe ausführlicher J. Jezioro: Das Zivilgesetzbuch. Kommentar, Redaktion E. Gniewek, Warschau 2008, S. 955ff; W. J. Katner, Das System des Privatrechtes, Band VII, Das Verbindlichkeitsrecht – detaillierter Teil, Redaktion J. Rajski, Warschau 2001, S. 6ff; Z. Banaszczyk, Das Zivilgesetzbuch. Kommentar, Band II, S. 10ff; W. Czachórski, Die Verbindlichkeiten. Der Grundriß des Vortrages, Warschau 1999, S. 354ff; M. Safjan, Das Zivilgesetzbuch. Kommentar, Band II, Redaktion K. Pietrzykowski, Warschau 1998, S. 89ff.

6 Diese Vorschrift lautet: „Vertrieb ist a) der Transport von Gastriebstoffen und elektrischer Energie durch die Vertriebsnetze, um diese an die Abnehmer zu liefern, b) die Zuteilung flüssiger Brennstoffe an die Abnehmer, die an das Rohrleitungsnetz angeschlossen sind, c) die Zuteilung von Wärme an die Abnehmer, die an das Wärmeleitungsnetz angeschlossen sind, unter Ausschluss des Verkaufs dieser Treibstoffe oder der Energie".

7 Ges. Bl. Nr. 207, Pos. 1293 mit Änderungen.

8 Ges. Bl. Nr. 251, Pos. 1885.

9 Siehe ausführlicher A. Kidyba, Handelsrecht, Warschau 2004, S. 211ff. und die dort aufgeführte Literatur.

10 Siehe ausführlicher H. Cioch, Grundriss des Genossenschaftsrechtes, Warschau 2007, S. 15ff.

11 Siehe ausführlicher A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Das wirtschaftliche Verwaltungsrecht. Ausgewählte Fragestellungen, Breslau 2000, S. 229ff.

12 Siehe ausführlicher K. Opustil, Die europäische Gesellschaft und der europäische Interessenverband. Rechtsakte mit Kommentar, Warschau 2005, S. 9ff.

13 Siehe ausführlicher P. Suski, Vereine und Stiftungen, Warschau 2006, S.54ff.

14 Siehe ausführlicher A. Kidyba, Handelsrecht, S. 177ff.

15 Vgl. M. Szydlo, Das Landesrecht der Gesellschaften und die Gewerbefreiheit, Warschau 2007, passim.

16 Einheitlicher Text Ges. Bl. aus dem Jahr 2007, Nr. 155, Pos. 1095 mit Änderungen; nachstehend: u.s.d.g.

17 Siehe ausführlicher: Das System des Privatrechtes. Das Recht der Kapitalgesellschaften. Band 17A und 17B, Warschau 2010, passim.

18 Dies sind solche Organisationseinheiten, die keine juristischen Personen sind, denen das Gesetz die Rechtsfähigkeit gewährt, z. B. die Personengesellschaften.

19 Diese Norm besagt, dass „(...) Gesellschaften, die gemäß der Gesetzgebung des Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren Satzungssitz, ihren Vorstand oder ihr Hauptunternehmen innerhalb der Gemeinschaft haben, als natürliche Personen betrachtet werden, die dem Mitgliedstaat angehören. Als Gesellschaften gelten sowohl Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, Handelsgesellschaften und Genossenschaften als auch andere Rechtspersonen des öffentlichen oder des Privatrechts, mit Ausnahme solcher Gesellschaften, deren Tätigkeit nicht auf die Erzielung von Erträgen abzielt".

20 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft 2004, L 24/1.

21 M. Szydlo, Die Regelung der Infrastruktur als Staatsfunktion gegenüber der Wirtschaft, Warschau 2005, S. 255ff.

22 Siehe ausführlicher M. Szydlo, Eigentums-Unbundling (ownership unbundling) als Regulierungsinstrument im Energiesektor. Teil I, Übersicht über die Wirtschaftsgesetzgebung 2007, Nr. 2, S. 2-12; ebenda, Eigentums-Unbundling (ownership unbundling) als Regulierungsinstrument im Energiesektor. r. Teil II, Übersicht über die Wirtschaftsgesetzgebung 2007, Nr. 3, S. 2-9.

23 M. Szydlo, Das Wettbewerbsrecht und die Sektorregelung, Warschau 2010, S. 115.

Unternehmen (z. B. Gesellschaften) mit eigener Rechtspersönlichkeit. Für die vollständige Durchführung des rechtlichen unbundling ist es somit nicht ausreichend, dass netzbezogene und dienstleistungsbezogene Tätigkeiten durch separate Betriebe ausgeführt werden, also durch verschiedene interne Organisationseinheiten im Rahmen des – rechtlich gesehen – selben Unternehmens. Vielmehr muss dies durch separate Unternehmen geschehen. Die funktionale Trennung bedeutet wiederum, dass ein im rechtlichen Sinne separates Unternehmen, das netzbezogene Leistungen erbringt, die laufenden und operativen Entscheidungen in Bezug auf diese Tätigkeit weitgehend unabhängig von den übrigen Unternehmen treffen kann, die demselben vertikal organisierten Unternehmen angehören. Diese weitgehende Unabhängigkeit des rechtlich abgegrenzten Unternehmen wird auch dann gewährleistet, wenn dessen Anteile, Aktien oder das Eigentumsrecht an dem durch dieses Unternehmen verwalteten Netz entweder direkt einem Dienstleistungsunternehmen oder einem anderen Unternehmen zusteht, das Bestandteil eines vertikal integrierten Unternehmens ist. Die hier erwähnte Entscheidungsfreiheit wird dabei sowohl dem Netzunternehmen selbst als auch den einzelnen Personen gewährleistet, die die Organe eines solchen Unternehmens bilden und für dessen Management zuständig sind. Die am weitesten gehende Trennung ist schließlich die Vermögenstrennung, die auf Beschränkungen des Eigentumsrechtes der Netzunternehmen an ihren Netzen beruht. Diese Form der Trennung beruht darauf, dass die Kontrolle über das Netzunternehmen und über das Dienstleistungsunternehmen nicht von denselben Personen ausgeübt werden darf, außerdem soll das Netzunternehmen die Netze ausschließlich seinen Mitbewerbern zur Verfügung stellen. Im Eigentums-unbundling liegt somit ein sehr weitgehender Eingriff in das Eigentumsrecht. Die Vermögenstrennung greift dabei grundsätzlich in zwei Arten von Vermögensberechtigungen ein, die dem vertikal organisierten Unternehmen zustehen. Zum einen stellt sie einen Eingriff in das Eigentumsrecht auf die mit dem Netz verbundenen Aktiva dar (z. B. wird hier angeordnet, dass das Eigentumsrecht auf das Netz an das Netzunternehmen vollständig abgetreten wird). Zum anderen greift sie in das Eigentumsrecht ein, dessen Gegenstand die Anteile oder Aktien sind, die den vertikal organisierten Unternehmen zustehen. So muss das vertikal integrierte Unternehmen alle seine Anteile oder zumindest das Mehrheitspaket an dem Netzunternehmen veräußern[24]. Gesellschaften, die im Bereich des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie tätig werden wollen, wäre demnach davon abzuraten, die oben erwähnten Beziehungen mit Gesellschaften einzugehen, die sich mit der Übertragung oder dem Vertrieb elektrischer Energie beschäftigen. Die beschriebenen kapitalbezogenen Verbindungen mit Gesellschaften, die sich mit der Erzeugung elektrischer Energie beschäftigen, wären hingegen zulässig, weil dadurch kein „vertikal integriertes Unternehmen“ im Sinne von Art. 3 Pkt. 12a des Energiegesetzes entsteht, das den Trennungsverpflichtungen unterliegt. Für die Gründung einer Gesellschaft, die auf dem Gebiet des Wirtschaftsverkehrs mit der elektrischen Energie tätig sein soll, sind die Vorschriften des Gesetzbuches über Handelsgesellschaften bezüglich deren Gründung, Gesellschaftsform und Organisation zu beachten und gemäß dem Gerichtsregistergesetz (KRS) die notwendige Eintragung ins Unternehmensregister vorzunehmen.[25] In diesem Bereich gibt es also keine Unterschiede zur Gründung von Gesellschaften, die in anderen Branchen tätig sind.

3. Die Erlangung einer Konzession für Tätigkeiten im Bereich des Wirtschaftsverkehrs elektrischer Energie

Jede wirtschaftliche Tätigkeit, die auf dem Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie beruht, bedarf der vorherigen Erlangung einer Konzession, die vom Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung erteilt wird. Gemäß Art. 32 Abs. 1 Pkt. 4 des Energiegesetzes ist eine Konzession unter anderem erforderlich für: Tätigkeiten im Bereich des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie, ausschließlich des Wirtschaftsverkehrs mit elektrischer Energie mit einer geringeren Spannung als 1 kV mittels Vorrichtungen, die im Eigentum des Abnehmers stehen. Abnehmer in diesem Sinne ist jeder, der Treibstoffe oder Energie aufgrund eines Vertrages mit einem Energieunternehmen gemäß Art. 3 Pkt. 13 des Energiegesetzes bezieht. Keiner Konzession bedarf auch der Wirtschaftverkehr mit elektrischer Energie, der an den Börsen durch Finanzberatungsunternehmen betrieben wird, die aufgrund des Warenbörsengesetzes vom 26. Oktober 2000 als Makler fungieren.[26] In der Praxis hat die erste Ausnahme von der Konzessionspflicht nur geringe Bedeutung. Das rührt vor allem daher, dass ein Unternehmen ohne Konzession, Energie nur an solche Abnehmer verkaufen dürfte, die selbst über entsprechende Vorrichtungen verfügen, und dabei noch eine Beschränkung hinsichtlich der zulässigen Spannung einhalten müsste. Aufgrund dieser Vorschriften wurde die die Erlangung einer Konzession zur Regel. Die Ausführung einer konzessionspflichtigen Tätigkeit ohne Konzession wird übrigens gemäß Art. 60(1) des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 20. Mai 1971[27] mit Freiheitsbeschränkung oder Geldstrafe bestraft.

Um eine Konzession für den Verkehr mit der elektrischen Energie zu erlangen, muss ein Energieunternehmen – gemäß dem buchstäblichen Wortlaut der Gesetzesvorschriften – folgende Bedingungen erfüllen: 1) Es muss seinen Sitz oder (im Falle einer natürlichen Person) seinen Wohnsitz auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Mitgliedstaates des Europäischen Abkommens über den freien Handel (EFTA) oder eines Unterzeichnerstaates des Vertrages über das Europäische Wirtschaftsgebiet haben; 2) es muss über Finanzmittel verfügen, deren Höhe die ordnungsgemäße Ausführung der wirtschaftlichen Tätigkeit gewährleistet oder in der Lage sein, die Möglichkeiten der Aufbringung solcher Finanzmittel zu belegen; 3) es muss über die technischen Möglichkeiten verfügen, die eine ordnungsgemäße Ausführung der wirtschaftlichen Tätigkeit gewährleisten; 4) es muss die Beschäftigung von Personen mit entsprechenden beruflichen Qualifikationen gemäß Art. 54 des Energiegesetzes sicherstellen; 5) es muss den Beschluss über Bebauung und Raumordnung gemäß Art. 33 Abs. 1 des Energiegesetzes erwirken. Außerdem darf das Energieunternehmen weder in einem Konkursverfahren stehen noch sich in Abwicklung befinden, und es darf ihm nicht innerhalb der letzten 3 Jahre eine Konzession aufgrund der im Art. 58 Abs. 2 u.s.d.g. erwähnten Ursachen entgezogen worden sein. Von der Konzessionserteilung ausgeschlossen werden auch solche Unternehmen, die innerhalb der letzten drei Jahre gemäß Art. 71 Abs. 1 u.s.d.g aus dem Register gelöscht wurden. Ist das Unternehmen eine natürliche Person, so darf diese nicht rechtskräftige für ein Verbrechen verurteilt worden sein, das mit einer Tätigkeit gemäß Art. 33 Abs. 2 des Energiegesetzes zusammenhängt.

An dieser Stelle ist festzustellen, dass der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung in der Praxis vor allem darauf achtet, dass die Bedingung der Ausstattung des Unternehmens mit ausreichenden Finanzmitteln erfüllt ist. Die übrigen in Art. 33 des Energiegesetzes festgelegten Bedingungen mögen für andere Arten der wirtschaftlichen Betätigung relevant sein, haben aber in der Regel keine Bedeutung für auf dem Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie beruhende Tätigkeiten. So muss z. B. der Steller eines Antrags auf die Konzessionserteilung für den Wirtschaftsverkehr mit der elektrischen Energie weder über „technische Möglichkeiten“ verfügen noch dies belegen, weil er für seine Tätigkeit keine Installationen und Anlagen benötigt; er muss auch weder gemäß Art. 54 des Energiegesetzes qualifizierten Personen einstellen, noch dies nachweisen, da diese Anforderungen sich nur auf Tätigkeiten im Bereich der Übertragung und des Vertriebs elektrischer Energie beziehen; darüber hinaus muss der Antragsteller keinen Bescheid über Bebauung und Raumordnung erwirken, weil ein solcher nur dann erforderlich ist, wenn der Antragsteller Investitionen plant, die die Raumordnung ändern, was im Falle des Verkehrs mit der elektrischen Energie nicht der Fall sein muss, vgl. das Gesetz vom 27. März 2003 über Bebauung und Raumordnung[28]. Die Erfüllung mancher anderer Bedingungen ist darüber hinaus sehr leicht nachprüfbar, wie z. B. die Anforderung der Straflosigkeit des Antragsstellers und die Tatsache, dass er sich nicht in einem Konkurs- oder Abwicklungsverfahren befindet.

Was die Anforderung der Ausstattung des Unternehmens mit ausreichenden Finanzmitteln betrifft, so bestimmen weder das Energiegesetz noch die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vollstreckungsvorschriften die genaue Höhe der erforderlichen Mittel. Der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung beurteilt dies individuell, indem er die Anforderungen je nach der Art und Umfang der in Frage kommenden Tätigkeit festlegt (z. B. nach der Anzahl der Energieabnehmer oder nach der geographischen Reichweite des Unternehmens). Der Antragsteller muss das Vorhandensein des entsprechenden Kapitals nachweisen oder die Möglichkeit der Bereitstellung dieses Kapitals belegen, z. B. durch Vorlage von Vorverträgen, Beschlüssen über die Erhöhung des Stammkapitals und die Emission von Aktien oder Obligationen. Obwohl in der Regel die Erfüllung der oben genannten Bedingung nachgeprüft werden soll, ist es deutlich leichter, eindeutig festzustellen, wenn ein Unternehmen diese Bedingungen nicht erfüllt. Mit Sicherheit kann von der Nichterfüllung ausgegangen werden, wenn der Antragsteller in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit einen Bruttoverlust ausweist und/oder mit der Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsprämien im Verzug ist (Urteil des Kartellgerichts vom 12. Dezember 2001 in Sachen XVII Ame 14/01, Sitzungsliste 2003, Nr. 6, Pos. 57).

Um eine Konzession zu erlangen, muss das Energieunternehmen einen entsprechenden Antrag stellen, dessen Inhalt Art. 35 Abs. 1 des Energiegesetzes näher bestimmt. Gemäß dieser Vorschrift soll der Antrag auf die Erteilung einer Konzession folgendes beinhalten: 1) Die Bezeichnung des Antragstellers und seines Sitzes oder Wohnsitzes, im Falle der Ernennung von Bevollmächtigten zur Vornahme von Rechtsgeschäften im Namen des Unternehmers auch deren Vor- und Nachnamen, 2) die Bezeichnung des Gegenstandes sowie des Umfangs der geführten Tätigkeit, für die die Konzession beantragt wird und der Entwurf eines Plans gemäß Art. 16 des Energiegesetzes (die Pflicht zur Erstellung eines solchen Plans bezieht sich nur auf die Unternehmen, die sich mit der Übertragung oder dem Vertrieb von Energie beschäftigen, sie gilt jedoch nicht für Unternehmen, die mit elektrischer Energie handeln), 3) Informationen über die bisherige Tätigkeit des Antragstellers, darunter Finanzberichte aus den letzten drei Jahren, wenn das Unternehmen in dieser Zeit wirtschaftlich tätig war, 4) die Angabe des Zeitraums, für den eine Konzession benötigt wird, nebst Angabe des Datum, an dem die betreffende Tätigkeit begonnen hat, 5) die Bezeichnung der Mittel, über welche das antragstellende Unternehmen verfügt, um die ordnungsgemäße Ausführung der beantragten Tätigkeit zu gewährleisten, 6) die Nummer des Antragstellers im Unternehmerregister (KRS) oder im Register der wirtschaftlichen Tätigkeiten sowie die Steueridentifikationsnummer (NIP).

In der Praxis sind zur Erfüllung der oben genannten Anforderungen und deren Nachweis dem Antrag folgende Unterlagen beizulegen: 1) Eine aktuelle Bescheinigung über die Eintragung ins Register der wirtschaftlichen Tätigkeit oder ein Auszug aus dem Unternehmerregister, der maximal 3 Monate vor der Vorlage beim Konzessionsamt ausgestellt wurde, 2) eine Bescheinigung über die Steueridentifikationsnummer (NIP), 3) bei Personengesellschaften eine Kopie des Gesellschaftsvertrages, 4) ein aktueller Strafregisterauszug, der beweist, dass der Unternehmer (bei Kapitalgesellschaften die der Vorstandsmitglieder der

24 Siehe ausführlicher M. Szydło, Das Eigentums-unbundling (ownership unbundling) als Regulierungsinstrument im Energiesektor, S. 3ff; ebenda, Das Wettbewerbsrecht und die Sektorregelung, S. 115ff.

25 Siehe ausführlicher T. Stawecki, Die öffentlichen Register. Die Funktionen der Einrichtungen, Warschau 2005, S. 19ff; A. Michnik, Das Verfahren bezüglich der Eintragung ins Unternehmerregister, Warschau 2009, S. 13ff.

26 einheitlicher Text Ges. Bl. 2010, Nr. 48, Pos. 284.

27 Ges. Bl. Nr. 12, Pos. 114 mit den Änderungen.

28 Ges. Bl. Nr. 80, Pos. 717 mit Änderungen.

Gesellschaft, bei Personengesellschaften die aller Gesellschafter) nicht vorbestraft ist, und ein entsprechender Strafregisterauszug über das Unternehmen 5) eine Erklärung des Unternehmers darüber, dass er nicht innerhalb der letzten drei Jahre aus dem Register der geregelten Tätigkeit aus den in Art. 71 Abs. 1 u.s.d.g. genannten Gründen gelöscht wurde6) eine Erklärung des Unternehmers, wonach ihm gegenüber kein Antrag auf Konkurseröffnung gestellt wurde und er sich nicht in einem Abwicklungssverfahren befindet, 7) eine Beschreibung der bisherigen Tätigkeit und der Tätigkeit, für die Konzession beantragt wird, nebst einem Finanzierungsplan für die konzessionspflichtige Tätigkeit und unter Bezeichnung von potentiellen Lieferanten und Abnehmern, 8) bei Handlungen durch einen Bevollmächtigten eine Vollmacht für die Vornahme von Rechtsgeschäften im Namen des Antragstellers (nebst Original des Zahlungsbelegs der anfallenden Stempelgebühr), 9) ein Beleg über die Zahlung der für die Konzessionserteilung anfallenden Stempelgebühr, 10) eine Aufstellung von Jahreseinnahmen und Kosten für die im Konzessionsantrag bezeichnete Tätigkeit für einen Zeitraum von mindestens drei Jahren, 11) Aufstellung des geplanten Verkaufs elektrischer Energie in MWh, 12) Finanzberichte der letzten drei Jahre (Jahresabrechnungen der Einkommensteuer (PIT) für natürliche Personen oder Gesellschafter von Zivilgesellschaften, Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen für die übrigen Unternehmen, und wenn der Unternehmer der betreffenden wirtschaftlichen Tätigkeit seit weniger als drei Jahren nachgeht, die oben genannten Unterlagen ab Tag der Tätigkeitsaufnahme, 13) andere Unterlagen, die die Ausstattung des Unternehmens mit ausreichenden Finanzmitteln oder die Möglichkeit der Bereitstellung solcher Mittel belegen, die zur ordnungsgemäßen Ausführung der konzessionspflichtigen Tätigkeit ausreichen (Bankgarantien, Versicherungsgarantien und Garantieverträge), 14) eine Bescheinigung der Bank, bei der das Hauptkonto des Unternehmers geführt wird, die die Höhe der Umsätze auf der Soll- und Habenseite, die Zahlungs- und Kreditwürdigkeit ausweist und die Informationen über dem Unternehmer gewährte Darlehen sowie eine Auskunft darüber enthält, ob in Bezug auf diese Rechnung Mahnbescheide vorliegen, 15) eine Bescheinigung der zuständigen Abteilung der Sozialversicherungsanstalt (ZUS) darüber, dass der Unternehmer mit der Zahlung der Sozialversicherungsprämien nicht in Verzug ist, 16) eine Bescheinigung des zuständigen Finanzamtes darüber, dass der Unternehmer mit seinen Verbindlichkeiten dem Fiskus gegenüber nicht in Verzug ist, 17) ein Versicherungsvertrag, der sich auf den Gegenstand der geplanten Tätigkeit bezieht (fakultativ, um eine fundierte Kreditwürdigkeit des Antragstellers vorzuweisen, es sei denn, der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung verpflichtet den Unternehmer zum Abschluss eines solchen Vertrages aufgrund von Art. 48 u.s.d.g. im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 1 Pkt. 2 und Art. 37 Abs. 1 Pkt. 5 des Energiegesetzes).

Unternehmer mit Sitz oder Wohnsitz in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Confederatio Helvetica oder in einem der Mitgliedstaaten des Europäischen Abkommens über den freien Handel (EFTA), die einen Antrag auf die Konzessionserteilung stellen, müssen wie folgt vorgehen: 1) wenn sie eine direkte Konzessionstätigkeit in Polen planen, also ohne Gründung einer Niederlassung dort tätig werden wollen, sollten sie eine Abschrift aus dem dem polnischen Gerichtsregister entsprechenden Register im Land der Gesellschaftseintragung vorlegen; 2) sie müssen einen Strafregisterauszug über die Straflosigkeit der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft aus dem polnischen Strafregister sowie aus dem diesem Strafregister entsprechenden Register vorlegen, das im Eintragungsland der Gesellschaft geführt wird (im Original oder als notariell beurkundete Kopie); 3) sie können einen Bescheid eines Steuerorgans bezüglich der an sie vergebenen Steueridentifikationsnummer aus dem Eintragungsland der Gesellschaft vorlegen (akzeptiert wird auch die Bestätigung der Vergabe einer Steueridentifikationsnummer –NIP – durch das polnische Steuerorgan); 4) sie müssen die Übereinstimmung der vorgelegten Unterlagen mit den Vorschriften über die Ausstellung solcher Dokumente gemäß Art. 3 Satz 1 des Haager Abkommens vom 5. Oktober 1961 bestätigen, das die Anforderung der Beglaubigung ausländischer Amtsunterlagen aufhebt (Apostille-Klausel). Gemäß Art. 3 Satz 2 des Haager Abkommens jedoch kann eine Apostille nicht verlangt werden, wenn (...) ein Vertrag zwischen zwei oder mehreren Vertragsstaaten die Beglaubigung aufgehoben, vereinfacht oder ein entsprechendes Dokument von der Beglaubigung befreit hat; 5) sie müssen die in einer Fremdsprache vorgelegten Unterlagen durch einen vereidigten Übersetzer ins Polnische übersetzen lassen. Alle Seiten der vorgelegten Dokumente sind durch zur Vertretung des Unternehmers berechtigte Personen zu unterzeichnen.

Für die Erteilung einer Konzession oder deren Änderung sowie für die Erteilung einer Promesse wird eine Stempelgebühr (Art. 62 Abs. 1 u.s.d.g.) erhoben. Laut Art. 6 Abs. 1 Pkt. 1-4 des Gesetzes über die Stempelgebühr vom 16. November 2006[29] entsteht die Pflicht zur Entrichtung einer Stempelgebühr für die Konzessionserteilung zum Zeitpunkt der Antragstellung. Gemäß Art. 8 Abs. 1 dieses Gesetzes in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Gesetzesänderung bezüglich der Stempelgebühr[30] vom 13. Juni 2007 wird die Zahlung der Stempelgebühr am Kassenschalter des zuständigen Steuerorgans oder auch über dessen Bankverbindung vorgenommen. Die Sätze der Stempelgebühr, die im Anhang dieses Gesetz bestimmt werden, belaufen sich je nach dem Aufwand für den Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung auf: 1) PLN 98,00 für die Zusage der Konzessionserteilung (Promesse) gemäß Teil I Pkt. 20 des Anhangs zum Gesetz über die Stempelgebühr; 2) PLN 44,00 für die Verlängerung der Geltungsdauer oder die Änderung von Bedingungen hinsichtlich der Zusage der Konzessionserteilung (Promesse) gemäß Teil I Pkt. 21 des Anhangs zum Gesetz über die Stempelgebühr); 3) PLN 616,00 für die Erteilung der Konzession gemäß Teil III Pkt. 44 des Anhangs zum Gesetz über die Stempelgebühr; 4) für die Verlängerung der Geltungsdauer oder die Änderung der erteilten Konzession bei a) Verlängerung der Geltungsdauer oder Erweiterung des Tätigkeitsumfangs 50% des Satzes für die Erteilung der Konzession, d. h. PLN 308 gemäß Teil III Pkt. 46 des Anhangs zum Gesetz über die Stempelgebühr; b) bei Hinzufügung einer weiteren Tätigkeit 100 % des Satzes für die Erteilung der Konzession, also PLN 616 gemäß Teil III Pkt. 46 des Anhangs zum Gesetz über die Stempelgebühr.

Laut Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über die Stempelgebühr ist das Steuerorgan, das in Sachen der Stempelgebühr für die Vornahme einer amtlichen Handlung, Ausstellung einer Bescheinigung, Erteilung einer Konzession (Promesse) sowie der Einreichung einer Unterlage, die die Erteilung einer Vollmacht oder Prokura sowie derer Abschrift, derer Auszuges oder Kopie belegt, regional zuständig ist, das hinsichtlich des Sitzes des Organs zuständige Steuerorgan. Im Falle des Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung ist dies der Präsident der Hauptstadt Warschau.

Gemäß Art. 34 Abs. 1 des Energiegesetzes entrichten die Energieunternehmen, denen eine Konzession erteilt wurde, die jährlichen Gebühren zugunsten der Staatskasse; diese Kosten sind als Belastung des Haushaltes des Energieunternehmens anzusehen. Laut Verordnung des Ministerrates vom 5. Mai 1998 über die Höhe und die Art und Weise der durch den Vorsitzenden des Amtes für Energieregelung erhobenen Gebühren für Energieunternehmen[31] stellt die Höhe das Ergebnis der Einnahmen des Energieunternehmens dar, welche aus dem Verkauf von Produkten (Erzeugnissen und Dienstleistungen) oder aus dem Verkauf von Waren im Rahmen von dessen Konzessionstätigkeit erzielt wurden, die in dem Jahr vor der Ermittlung der Gebühr erreicht wurden, und dem Koeffizienten dieser Gebühren. Im Falle der auf dem Verkehr mit der elektrischen Energie beruhenden Tätigkeit beläuft sich dieser Koeffizient derzeit auf 0,0006. Dies bedeutet, dass die Einnahmen des Unternehmens aus der Konzessionstätigkeit, die auf dem Verkehr mit der elektrischen Energie beruht, mit dem Faktor 0,0006 zu multiplizieren sind. So ergibt sich der Betrag, der jährlich als Gebühr an die Staatskasse zu entrichten ist.

Zu bemerken ist, dass der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung gemäß Art. 37 Abs. 1 Pkt. 5 des Energiegesetzes in der Konzession besondere Bedingungen für die konzessionierte Tätigkeit festlegen kann, die die der Abnehmer schützen sollen. Dies kann zum Beispiel die Gewährleistung der ununterbrochenen und einwandfreien Lieferung von Treibstoffen oder Energie betreffen, oder die Einhaltung der Qualitätsanforderungen, die in den aufgrund von Art. 9 Abs. 1-4, 7 und 8 erlassenen Vorschriften bestimmt werden. Für wirtschaftliche Tätigkeiten, die auf dem Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie beruhen, ist die aufgrund des Art. 9 Abs. 3 und 4 des Energiegesetzes erlassene Verordnung einschlägig, also die Verordnung des Wirtschaftsministers vom 4. Mai 2007 über die besonderen Bedingungen für das Funktionieren des Systems der Versorgung mit elektrischer Energie (Ges. Bl. Nr. 93, Pos. 623 mit den Änderungen). Diese Verordnung regelt besondere Pflichten der Unternehmen, die im Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie tätig sind (siehe insbesondere § 11, § 12 und § 13 der Verordnung).

Das Konzessionsverfahren soll ohne unnötigen Verzug entschieden werden – der Gesetzgeber hat dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung keine Frist für die Entscheidung über den Antrag gesetzt – was bedeutet, dass dieses Verfahren ohne unbegründete Verzögerung durchzuführen ist, obwohl die Dauer des Verfahrens oft von der Vollständigkeit des gestellten Antrags und darüber hinaus von der Aktivität der Partei bei der Ergänzung der erforderlichen Unterlagen abhängt.

4. Zivilrechtliche Verträge, die ein Energieunternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit im Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie schließen muss.

Die wirtschaftliche Tätigkeit, die durch das Energieunternehmen geführt wird, das sich mit dem Verkehr mit der elektrischen Energie befasst, stützt sich auf eine Reihe verschiedener zivilrechtliche Verträge, die durch das Unternehmen abgeschlossen werden. Die Arten solcher notwendigen Verträge bestimmt das Energiegesetz, das auch Vorschriften bezüglich des Wortlauts dieser Verträge beinhaltet. Die Vorschriften des Energiegesetzes haben in diesem Bereich lex-specialis-Charakter im Verhältnis zu den Vorschriften des Zivilgesetzbuches, wobei in Fragen, die im Energierecht

29 Ges. Bl. Nr. 225, Pos. 1635 mit Änderungen.

30 Ges. Bl. Nr. 128, Pos. 883.

31 Ges. Bl. Nr. 60, Pos. 387 mit den Änderungen.

nicht separat geregelt sind, die vertragsrechtlichen Regeln des Zivilgesetzbuches Anwendung finden.

Eine besondere Rolle spielen hier die Vertragsmuster, die für Verträge zwischen dem Unternehmen und seinen Abnehmern entworfen wurden, und deren Wortlaut einer besonderen Kontrolle unterliegt (siehe ausführlicher Art. 385ff des Zivilgesetzbuches).

Das Energieunternehmen, das sich mit dem Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie beschäftigt, muss zunächst natürlich vor allem Energiekaufverträge mit Abnehmern abschließen (die Anzahl der in diesem Bereich abgeschlossenen Verträge und deren Bedingungen wird über den wirtschaftlichen Erfolg des ganzen Unternehmens entscheiden). Ein Energiekaufvertrag zwischen Unternehmen und Abnehmer beruht darauf, dass dem Abnehmer eine gewisse Menge von Energie zum Verbrauch zur Verfügung gestellt wird. Die betreffende Energiemenge wird durch die vereinbarte vertragliche Leistung bestimmt und durch Meßsysteme kontrolliert.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 Pkt. 1 des Energiegesetzes muss ein Kaufvertrag über elektrische Energie folgende Angaben enthalten: den Lieferort der Energie an den Abnehmer und die Energiemenge unter Aufteilung in vertragliche Zeiträume, vertragliche Leistung und die Bedingungen für die Einführung von Änderungen, den Preis und die Tarifgruppe, die Abrechnungsweise, die Höhe des Preisnachlasses für die Nichteinhaltung der Qualitätsstandards für die Betreuung der Abnehmer, die Verantwortung der Parteien für die Nichteinhaltung der Vertragsbestimmungen, die Geltungsdauer des Vertrages und die Bedingungen für dessen Auflösung.

Um elektrische Energie an die Abnehmer liefern und so die abgeschlossenen Kaufverträge erfüllen zu können, muss das Energieunternehmen, das sich mit dem Verkehr mit der elektrischen Energie befasst, auch einen entsprechenden zivilrechtlichen Vertrag mit einem Energieunternehmen abschließen, das sich mit dem Vertrieb elektrischer Energie beschäftigt. Der Abschluss eines solchen Vertrages ist auch im Rahmen vertikal integrierter Energieunternehmen notwendig, wenn also separate Gesellschaften, die sich einerseits mit dem Verkauf der Energie und andererseits mit dem Vertrieb elektrischer Energie beschäftigen, zur selben Kapitalgruppe gehören. Noch wichtiger ist der Erhalt eines Zugangs zu einem fremden Vertriebsnetz allerdings für die Gesellschaften, die am Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie teilnehmen wollen und keine solche Verbindung zu einer Vertriebsgesellschaft aufweisen.

Zwischen dem jeweiligen Abnehmer und dem Vertriebsunternehmen muss außerdem ein separater zivilrechtlicher Vertrag über die Erbringung von Vertriebsdienstleistungen bestehen. Diesen Vertrag schließt der Abnehmer mit dem Vertriebsunternehmen, an dessen Netz er aufgrund eines vorher abgeschlossenen Vertrages angeschlossen ist. Ein Vertrag über Vertriebsleistungen im Bereich der Versorgung mit elektrischer Energie muss unter anderem enthalten: die Bezeichnung des vom Abnehmer ausgewählten Verkäufers, mit dem er einen Kaufvertrag über elektrische Energie geschlossen hat, sowie die Grundsätze für die Änderung dieses Vertrages. Gleichzeitig muss der ausgewählte Verkäufer wie bereits erwähnt einen Vertrag über die Erbringung von Vertriebsleistungen mit einem Vertreter des Vertriebssystems abschließen, an dessen Netz dieser Abnehmer angeschlossen ist (Art. 5 Abs. 2a Pkt. 1 des Energierechtes). Also müssen drei verschiedene Verträge bestehen, damit das Unternehmen, das sich mit dem Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie befasst, diese Energie an die Abnehmer liefern kann: 1) Ein Kaufvertrag zwischen dem Unternehmen und dem Abnehmer, 2) ein Vertrag über die Erbringung der Vertriebsleistungen zwischen dem Abnehmer und dem Vertriebsunternehmen, an dessen Netz der Abnehmer angeschlossen ist und 3) ein Vertrag über die Erbringung von Vertriebsleistungen zwischen dem Verkehrs- und dem Vertriebsunternehmen.

Das bedeutet, dass das die Verkehrsunternehmen manchmal mit einer größeren Anzahl von Vertriebsunternehmen Verträge über die Erbringung der Vertriebsleistungen abschließen müssen. Das ist der Fall, wenn die einzelnen Abnehmer des Verkehrsunternehmens an die Netze verschiedener Vertriebsunternehmen angeschlossen sind und mit diesen jeweils Verträge über die Erbringung von Vertriebsleistungen abgeschlossen haben.

Zu den Verträgen, die ein Unternehmen schließen muss, das sich mit dem Verkehr elektrischer Energie befasst, ist der Vertrag über die Geschäftsbilanzierung mit einer hierauf spezialisierten Firma. Solche Firmen sind natürliche oder juristische Personen, die an dem Zentralmechanismus der Geschäftsbilanzierung aufgrund des Vertrages mit dem Betreuer des Übertragungssystems teilnehmen und sich mit der Geschäftsbilanzierung der Systembenutzer beschäftigt, vgl. Art. 3 Pkt. 42 des Energiegesetzes. Zur Geschäftsbilanzierung gehört sowohl die Anmeldung – durch das für die Geschäftsbilanzierung zuständige Unternehmen an den Betreuer des elektroenergetischen Übertragungssystems - der Kaufverträge der elektrischen Energie, die durch die Systembenutzer abgeschlossen wurden, um diese Verträge zu erfüllen als auch die Durchführung der Abrechnungen mit diesen Benutzern in Bezug auf die Differenz zwischen der tatsächlich gelieferten oder verbrauchten elektrischen Energie und der Menge und der vertraglich für den jeweiligen Abrechnungszeitraum bestimmten Menge (Art. 3 Pkt. 40 des Energiegesetzes). Im Vertrag über Vertriebsleistungen bezüglich elektrischer Energie, den das sich mit dem Verkehr mit der Energie befassende Unternehmen mit dem Vertriebsunternehmen abschließt, muss die Bezeichnung des für dessen Geschäftsbilanzierung zuständigen Unternehmens enthalten sein (d. h. mit dem er vorher einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat), der wiederum einen Vertrag über die Erbringung der Vertriebsleistungen der elektrischen Energie mit dem Betreuer des Vertriebssystems abgeschlossen hat, an dessen Netz die Abnehmer angeschlossen sind, mit denen der Verkäufer die Kaufverträge der elektrischen Energie abgeschlossen hat, sowie die Grundsätze der Änderung dieses Unternehmens (Art. 5 Abs. 2a Pkt. 3 Buchstabe a) des Energierechtes) einzubeziehen.

Das Energieunternehmen, das sich mit dem Verkehr mit der elektrischen Energie beschäftigt, kann mit seinen Abnehmern auch sogenannte komplexe Verträge abschließen. Es handelt sich dabei um Verträge, die die Bestimmungen des Kaufvertrages der Energie und gleichzeitig die Bestimmungen des Vertrages über die Erbringung der Vertriebsleistungen (oder der Übertragungsleistungen) der Energie berücksichtigen, wobei das sich mit dem Verkehr mit der elektrischen Energie befassende Unternehmen den Vertrag über die Erbringung der Vertriebsleistungen (oder der Übertragungsleistungen) zugunsten und im Namen des endgültigen Abnehmers mit dem Energieunternehmen abschließen kann, das sich mit dem Vertrieb (oder der Übertragung) der Energie befasst (Art. 5 Abs. 3 und 4 des Energierechtes). Dann sollte der Kaufvertrag, der durch das sich mit dem Verkehr mit der Energie befassende Unternehmen mit dem Abnehmer abgeschlossen wird, dieses Unternehmen zum Abschluss des Vertrages über die Erbringung der Vertriebsleistungen im Namen und zugunsten des Abnehmers mit dem Vertriebsunternehmen berechtigen. Der Kaufvertrag selbst kommt übrigens nur dann zustande, wenn das sich mit dem Verkehr mit der elektrischen Energie befassende Unternehmen mit dem Vertriebsunternehmen zwei Vertriebsverträge abschließt: den einen im seinen eigenen Namen und zu seinem Gunsten und den anderen im Namen und zugunsten des Abnehmers. Den zweiten Vertrag schließt es aufgrund einer Vollmacht, die sich auf den Vertrag und das Energiegesetz stützt. Das sich mit dem Verkehr befassende Unternehmen wird dann für die Führung der Sachen des Abnehmers im Bereich des Abschlusses des Vertriebsvertrages aufgrund der Vorschriften über den Auftrag verantwortlich sein.

Für ein Energieunternehmen, das sich mit dem Vertrieb elektrischer Energie befasst, werden die wirtschaftlichen Bedingungen der Zusammenarbeit von wesentlicher Bedeutung sein. Dabei geht es um die wirtschaftlichen Bedingungen der Zusammenarbeit, die dieses Unternehmen in einem Vertrag mit dem Vertriebsunternehmen festlegt, um die elektrische Energie dann an die Abnehmer zu verkaufen. Insbesondere ist hier die Höhe der Gebühren für die Vertriebsleistungen wichtig, die das Handelsunternehmen an das Vertriebsunternehmen zu entrichten hat. Im Hinblick darauf ist zu bemerken, dass die Preise für die Vertriebsleistungen behördlich reguliert werden, dass sie also nicht beliebig durch die Vertriebsunternehmen festgesetzt werden können, sondern sich nach gesetzlichen Vorschriften und den entsprechenden Verwaltungsbeschlüssen richten, die der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung erlässt. Ein Vertriebsunternehmen (dessen Leistungen das sich mit dem Verkehr mit der Energie befassende Unternehmen in Anspruch nehmen wird) hat seinen Tarif zu bestimmen (der als eine Aufstellung von Preisen und Gebührensätzen verstanden wird). Dies hat gemäß den Festsetzungen von Art. 45 des Energiegesetzes und der Verordnung des Wirtschaftsministers vom 2. Juli 2007 über die Grundsätze für die Erstellung und Kalkulation von Tarifen und Abrechnungen im Verkehr mit der elektrischen Energie[32] zu erfolgen, welche aufgrund von Art. 46 Abs. 3 und 4 des Energiegesetzes erlassen wurde. Allgemein gesagt, sollen diese Vorschriften verhindern, dass es zu einer unbegründeten Preissteigerung zum Schaden der Abnehmer kommt. Darüber hinaus hat jedes Energieunternehmen, das eine Vertriebstätigkeit aufgrund einer Konzession führt, seinen Tarif dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung zur Genehmigung vorzulegen. Dieser beurteilt den Tarif hinsichtlich dessen Übereinstimmung mit dem Gesetz und den Vollstreckungsvorschriften. Insbesondere prüft er, ob der Tarif so kalkuliert wurde, dass er die Abnehmer vor überhöhten Preis- und Gebührensätzen schützt. Entsprechend wird der Tarif entweder genehmigt oder die Genehmigung versagt. Es ist dabei hervorzuheben, dass die in dem genehmigten Tarif bestimmten Preise als Maximalpreise gelten. Somit kann das im Wirtschaftsverkehr mit der elektrischer Energie tätige Unternehmen im Voraus sicher sein, zu welchen Preisbedingungen es die von ihm benötigten Vertriebsleistungen von dem gegebenen Vertriebsunternehmen erwerben kann. Dadurch wird ein einseitiges Preisdiktat des Vertriebsunternehmens verhindert.

Die Pflicht zu Tariferstellung gemäß dem Energiegesetz und der Vollstreckungsverordnung gilt auch für Unternehmen, die am Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie teilnehmen. Das aufgrund einer Konzession handelnde Handelsunternehmen hat dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregelung seine Tarife zur Genehmigung vorzulegen. Einzelne Unternehmen können aber beim Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung die Befreiung von dieser Vorlagepflicht beantragen. In Art. 49 des Energiegesetzes heißt es: „1. Der Vorsitzende des Amtes für Energieregelung kann ein Energieunternehmen von der Pflicht der Vorlage seiner Tarife zur Genehmigung befreien, wenn er feststellt, dass dieses Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen einhält, oder die erteilte Befreiung zurückziehen, wenn die die Befreiung begründenden Bedingungen nicht mehr bestehen. 2. Die Befreiung gemäß Abs. 1 kann sich auf einen bestimmten Teil der Tätigkeit des Unternehmens in dem Umfang beziehen, in dem diese Tätigkeit im freien Markt stattfindet. 3. Bei der Entscheidung gemäß Abs. 1 zieht der Vorsitzende des Amtes für Energieregulierung folgende Merkmale des Treibstoff- beziehungsweise des Energiemarktes in Betracht: die Anzahl der Teilnehmer und ihre Marktanteile, die Transparenz der Struktur und die Funktionsweise des Marktes, das Bestehen von Zugangshindernissen zum Markt, die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, den Zugang zu Informationen über den Markt, die Wirksamkeit der Kontrolle und der Absicherung gegen die Ausnutzung wettbewerbsbeschränkender Positionen, sowie den Zugang zu Hochleistungstechnologien.“ Bis vor kurzem bestand sogar eine generelle Befreiung bestimmter Unternehmen, die sich mit

32 Ges. Bl. Nr. 128, Pos. 895.

dem Verkehr mit der elektrischen Energie befassen, von der Vorlagepflicht. Es gibt triftige Gründe dafür, dass es im Falle des Verkaufs der elektrischen Energie an die sog. industriellen Abnehmer (nicht an Privathaushalte) möglich ist, die oben erwähnte Befreiung bei dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregelung zu beantragen und diese zu erhalten.

Die Pflicht der Unternehmen, die im Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie tätig sin, Ursprungszeugnisse oder Bescheinigungen über die Entrichtung einer Ersatzgebühr vorzulegen.

Ein Energieunternehmen, das am Wirtschaftsverkehr mit elektrischer Energie teilnimmt und diese Energie an Endabnehmer veräußert, die an das Netz auf dem Gebiet der Republik Polen angeschlossen sind, hat folgende in den entsprechenden Vollstreckungsvorschriften bestimmten Pflichten: 1) ein Ursprungszeugnis, das die Erzeugung der elektrischen Energie aus einer erneuerbaren Energiequelle belegt, zu erlangen und dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung vorzulegen oder 2) eine Ersatzgebühr zu entrichten (Art. 9a Abs. 1 des Energiegesetzes). Darüber hinaus muss ein solches Energieunternehmen 1) Zeugnisse erlangen, die die Erzeugung der elektrischen Energie in einer Hochleistungskogeneration für die elektrische Energie belegen, die in den Kogenerationseinheiten auf dem Gebiet der Republik Polen erzeugt wurde, und diese Zeugnisse dem Vorsitzenden des Amtes für Energieregulierung vorzulegen oder 2) eine Ersatzgebühr zu entrichten (Art. 9a Abs. 8 des Energierechtes). Die Pflichten zur Erlangung der oben genannten Ursprungszeugnisse oder der Bescheinigungen über die Entrichtung der Ersatzgebühren wurden den Unternehmen auferlegt, um bestimmte ökologische Ziele zu verwirklichen. Die hierdurch für die Unternehmen entstehenden Kosten dürfen jedoch nur in Bezug auf solche Tätigkeiten kalkuliert werden, die auf der Energielieferung an „Endkunden“ (nicht an alle Abnehmer) beruht. „Endkunde“ ist hierbei jeder, der elektrische Energie zum eigenen Verbrauch ankauft (Art. 3 Pkt. 13 a des Energiegesetzes).

KONFERENZ

Vorbereitung der polnischen Justiz auf die Austragung der Fußball-Europameisterschaft 2012

Bericht über einen Besuch in Danzig vom 23.-27.05.2011

JAN SCHÜRMANN

1. Einleitung

Der Präsident des Bezirksgerichts Danzig, Herr Ryszard Milewski, hat anlässlich der feierlichen Unterzeichnung einer Kooperationsvereinbarung mit dem OLG Oldenburg Vertreter dieses Gerichtsbezirks wie auch zahlreiche weitere Richter aus Braunschweig, Breslau und Hamburg vom 23. bis 27. Mai 2011 nach Danzig eingeladen. Ich hatte die Ehre, als einziger Rechtsanwalt teilnehmen zu dürfen. Neben der Präsentation der räumlichen Situation der Danziger Gerichte, welche sich vor allem im Hinblick auf den fast abgeschlossenen Neubau des Amtsgerichts Danzig-Süd für die deutschen Besucher als recht beeindruckend herausstellte, haben die Richter aus Danzig auch Struktur und Usancen der polnischen ordentlichen Gerichtsbarkeit dargestellt. Besonders angetan waren die deutschen Besucher von den teilweise überaus repräsentativen Verhandlungssälen und der technischen Ausstattung. Durch den Besuch ausgewählter Verhandlungen in Zivil- und Strafsachen wurde das Programm in fachlicher Hinsicht abgerundet und durch Ausflüge zur historischen Marienburg und auf die Halbinsel Hela wundervoll gekrönt.

Die am 24.05.2011 stattfindende und im folgenden dargestellte Konferenz wurde durch den Präsidenten des Bezirksgerichts, Herrn Ryszard Milewski, und den Unterstaatssekretär im Justizministerium, Herrn Grzegorz Walejko eröffnet. Die Beiträge dieser Konferenz werden im Folgenden kurz zusammengefasst. Die Konferenz wurde feierlich durch die Unterzeichnung einer Kooperationsvereinbarung zwischen dem Oberlandesgericht Oldenburg und dem Bezirksgericht Danzig eingeleitet. Angeregt und begleitet wurde diese Zusammenarbeit durch die bereits seit vielen Jahren erfolgreich praktizierte Partnerschaft zwischen dem Bezirksgericht in Breslau und dem Oberlandesgericht Braunschweig.

2. Vortrag zur Organisation der polnischen Rechtspflege (Rafał Terlecki, Vizepräsident des Bezirksgerichts Danzig)

In grundsätzlicher Hinsicht wies der Referent auf eine Besonderheit der polnischen Gerichtsbarkeit gegenüber der deutschen hin, wonach neben der fachlichen Leitung durch den Gerichtspräsidenten die administativ-haushaltsrechtliche durch den Direktor des Gerichts tritt. Haushalts- und insbesondere auch Personalfragen werden letztverbindlich durch diesen höchsten Verwaltungsbeamten des Gerichts und nicht durch das richterliche Präsidium gefällt. Dieses sei für die Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit verantwortlich, welche sich z.B. durch den Schutz vor Versetzungen, die gesetzliche Anknüpfung der Richterbesoldung an allgemeine statistische Indizes der Entwicklung des landesweiten Durchschnittseinkommens und die absolute Beschränkung von Weisungen auf den administrativen Bereich auszeichnet. Landesweit wird die richterliche Unabhängigkeit durch den Nationalen Richterrat sichergestellt, welcher Stellung zu politischen und justiziellen Fragen nimmt und vor allem durch die Beurteilung der Bewerber für den Richterdienst entscheidenden Einfluss auf die Ernennung der Richter durch den Staatspräsidenten nimmt. Wichtige Fragen der Gerichte werden durch die richterliche Selbstverwaltung geklärt.

Der Verfassungsgerichtshof ist ein Staatsorgan und insofern kein Organ der Rechtspflege. Neben die ordentliche Gerichtsbarkeit, welche für Zivil- und Strafsachen zuständig ist, treten in der Gerichtsverfassung die Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie die Wehrgerichtsbarkeit. Nachdem Verwaltungsakte bereits in zwei Instanzen durch Verwaltungsbehörden geprüft wurden, können Klagen zum wojewodschaftlichen Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses führt allerdings eine reine Rechtsprüfung durch und ist zu Sachentscheidungen nicht befugt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen können Kassationsverfahren vor dem Hauptverwaltungsgericht durchgeführt werden.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird auf der untersten Ebene durch Amtsgerichte repräsentiert. Sie sind in Zivilsachen bis zu einem Streitwert von 75.000 PLN sowie in ausgewählten Fragen (z.B. in Urhebersachen) ausschließliche Eingangsinstanz. In Strafsachen sind sie für Vergehen und Ordnungswidrigkeiten zuständig. Über alle weiteren Gegenstände, in Strafsachen also vor allem für bedeutendere Vergehen und Verbrechen, sind die Bezirksgerichte Eingangsinstanz. Außerdem entscheiden diese über Rechtsmittel (Berufungen und Beschwerden) gegen Entscheidungen der Amtsgerichte. Über Rechtsmittel gegen die erstinstanzlichen Entscheidungen der Bezirksgerichte entscheiden die Appellationsgerichte.

In der Eingangsinstanz werden die Zivilverfahren in der Regel von einen Berufsrichter durchgeführt. In Familien- sowie in Arbeits- und Sozialversicherungssachen wird dieser durch zwei Laienrichter unterstützt. Lediglich Entmündigungsverfahren werden in erster Instanz durch das Bezirksgericht von drei Berufsrichtern betrieben. In Strafsachen entscheidet entweder ein Berufsrichter oder, in schwereren Fällen, zwei Berufsrichter mit drei Laienrichtern. In Berufungsverfahren sind ausschließlich Berufsrichter tätig, und zwar in der Regel drei wobei es auch Einzelrichterverfahren gibt. Am Appellationsgericht wird in der Regel durch fünf Berufsrichter entschieden.

Für die Fachbereiche Strafsachen, Zivilsachen, Arbeits- und Sozialversicherungssachen, Familiensachen und Wirtschaftssachen werden beim Amts- und Bezirksgericht Abteilungen geführt. Diesen gehören bis zu 20 Richter an. Über die Zusammensetzung des Richtergremiums für das einzelne Verfahren, dessen Zuweisung zu einem konkreten Gremium und die Zuweisung des Vorsitzes im Gremium entscheidet der Abteilungsleiter, ein Richter, welcher dadurch eine eher administrative Aufgabe erfüllt. In kleinen Gerich-

Frau Vizepräsidentin Alina Milosz-Kloczkowska präsentiert den großen Saal des Bezirksgerichts

von links nach rechts: Herr Vizepräsident des Bezirksgerichts Rafal Terlecki, Herr Präsident des Bezirksgerichts Ryszard Milewski, Herr Richter am Bezirksgericht Wojciech Midziak und Frau Vizepräsidentin des Appelationsgerichts Anna Skupna zeigen den großen Saal des Appelationsgerichts in Danzig

ten kann es auch Abteilungen geben, welche aus nur einem Richter bestehen.

Die Qualifikation von Zivil- und Strafsachen entspricht im Wesentlichen der deutschen Aufteilung. Die Abteilung für Arbeits- und Sozialversicherungssachen hat neben Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und solchen kollektivrechtlicher Art auch über Verwaltungsakte in Sozialversicherungssachen zu entscheiden. Familiensachen sind vor allem Scheidungen, Vormundschaftsangelegenheiten, Unterhaltsfragen aber auch Entscheidungen im Kinder- und Jugendhilfebereich. Wirtschaftssachen sind Streitigkeiten zwischen Unternehmen, so dass diese Abteilungen einen deutlich größeren Zuständigkeitsbereich haben als z.B. die Kammern für Handelssachen der deutschen Landgerichte.

Nicht-richterliche Entscheidungen können auch durch Rechtspfleger getroffen werden, welche in Polen – aus deutscher Sicht missverständlich – Referendare genannt werden. Die Richter werden durch Richterassistenten unterstützt. Die Funktion der Rechtspfleger und der Gerichtsassistenten werden, ebenso wie immer häufiger auch Geschäftsstellenfunktionen, durch Juristen mit Hochschulabschluss wahrgenommen. Aktuelle Reformvorhaben betreffen die Abschaffung der Besonderheiten des Verfahrens vor der Abteilung für Wirtschaftssachen, unter Beibehaltung besonderer Abteilungen, und die Einführung elektronischer Hilfsmittel.

DIE VORBEREITUNGEN DER STADT DANZIG AUF DIE EUROPAMEISTERSCHAFT 2012 (MACIEJ LISICKI, VIZEPRÄSIDENT DER STADT DANZIG)

Der Vizepräsident wies auf die historische, wirtschaftliche und politische Bedeutung der Stadt Danzig und die Entwicklung der Kennzeichnungskraft der Marke „Danzig„ hin. Hier entsteht zurzeit ein modernes Stadion, welches allen Anforderungen der Europameisterschaft gewachsen sein wird. Während es bisher lediglich ein einziges Stadion in Polen und der Ukraine gab, dass die Voraussetzungen für die Austragung der Fussball-EM 2012 erfüllt hätte, werden bis zur Eröffnung des Sportevents insgesamt 65 solche Stadien entstehen.

Das Konzept des Danziger Stadions wurde in planerischer und baulicher Hinsicht in einer Kooperation polnischer, deutscher und österreichischer Firmen entwickelt. Die Ehefrau des Düsseldorfer Architekten soll am Strand bei Danzig einen Bernstein gefunden haben, und so entstand nach der Überlieferung das gestalterische Konzept des Bernsteinstadions. Nach der Fertigstellung soll das Stadion 41.000 Sitzplätze bieten, was für die geplanten drei Gruppenspiele sowie ein Viertelfinale ausreichen sollte.

Für den späteren Betrieb des Stadions wurde ein Verwaltungskonsortium bestehend aus dem örtlichen Fußballverein Lechia Gdansk sowie den Firmen SpotFire und HSG Zander gebildet. Aufgrund von Sponsoringvereinbarungen geht die Stadtverwaltung davon aus, nach der Investition für den Bau des Stadions in den folgenden zehn Jahren keinerlei Aufwendungen für den Betrieb tragen zu müssen. Die Stadt trägt die öffentlichen Investitionen zu ¾, den Rest trägt der Staatshaushalt. Das Gesamtinvestitionsvolumen von rund einer Milliarde Euro in den Stadionbau und den Ausbau der öffentlichen Infrastruktur, einschließlich der Erweiterung der Flughafenkapazität von jetzt zwei auf maximal sechs Millionen Flugpassagiere pro Jahr in derart kurzer Zeit stellt die größte finanzielle Herausforderung in der gesamten Stadtgeschichte dar. Besonders freut Danzig sich darauf, das Quartier der deutschen Nationalmannschaft zu stellen.

3. Aktuelle Regelungen im Zusammenhang mit Massenveranstaltungen und den Vorbereitungen zur EM 2012 (Marek Skwacow, Richter am Bezirksgericht Danzig).

Gerade für im Zusammenhang mit Massenveranstaltungen begangene Straftaten haben die sog. beschleunigten Verfahren nach der polnischen Strafprozessordnung und dem Ordnungswidrigkeitenrecht besondere Bedeutung, insbesondere auch bei der Verurteilung von Ausländern. Nach aktueller Rechtslage trägt der Veranstalter die volle Verantwortung für die Sicherheit der Massenveranstaltung und die Polizei übernimmt nur bei erhöhtem Risiko in begrenztem Umfang Aufgaben. Diese Rechtslage wurde zum Teil durch Veranstalter wie z.B. Fußballvereine kritisiert, welche sich eine größere Verantwortung der Polizei wünschen. Die Regierung hat anlässlich der Durchführung der EM 2012 ein Paket von Gesetzesänderungen in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Von Praxis und Wissenschaft besonders kritisiert werden dabei die sogenannten „ortsungebundenen Gerichte„. Es wird ein Konflikt mit Art. 175 Abs. 2 der polnischen Verfassung befürchtet, wonach Sondergerichte nur im Kriegs- oder Ausnahmezustand zulässig wären, und mit Art. 6 EMRK, welcher die Unmittelbarkeit von Gerichtsverhandlungen garantiert.

Bei den genannten Verfahren befindet sich der Richter im Gerichtsgebäude und nimmt per Ton- und Videoübertragung an der Vorführung, der Vernehmung und Beweisaufnahme teil, welche an einem anderen Ort, z.B. im Stadion, stattfindet. Mit dieser Kommunikationstechnik sollen komplette Hauptverfahren mit Anhörung des Angeklagten, Beweisaufnahme und Urteilsverkündung stattfinden. Auf der Seite des Angeklagten sind dabei Rechtspfleger oder Gerichtsassistenten anwesend.

Zu den erwähnten rechtlichen sieht der Referent auch ganz erhebliche praktische Probleme dieser Verfahrensart. Die Vollzugspolizei ist unerfahren bei der Übernahme justizieller Aufgaben, die Beteiligung eines konsularischen Beistands muss bei Verfahren gegen ausländische Angeklagte ebenso sichergestellt werden wie die Anwesenheit geeigneter Dolmetscher. Insgesamt sei dieses neue Verfahren ungeeignet zur Lösung der zu erwartenden Herausforderungen.

4. Das „ortsunabhängige Verfahren„ gemäß dem Referentenentwurf der Sicherheitsgesetze zur EM 2012 (Dr. Magdalena Sykulski-Przybysz, Kreisanwaltsrat Danzig)

Auch diese Referentin setzte sich sehr kritisch mit dem genannten neuen Verfahren auseinander. Neben ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin ist sie als Referentin am Lehrstuhl für Menschenrechte an der Universität Danzig tätig. In dieser Hinsicht stehe dem Entwurf die Unvereinbarkeit mit Art. 6 EMRK auf die Stirn geschrieben, vor allem mit den daraus abgeleiteten Grundsätzen der Öffentlichkeit, des fairen Verfahrens und der Unmittelbarkeit von Strafverfahren. Es sei nicht zu hoffen, dass einer der Ausnahmefälle des Art. 15 EMRK sich während der EM einstelle, nach dem in Fällen des Kriegs und des öffentlichen Notstands Einschränkungen der Garantien aus Art. 6 EMRK zulässig seien.

Die Umsetzung des Entwurfs in der Praxis lasse zahlreiche ungelöste Probleme auftauchen. So sei nicht klar, wo sich der Angeklagte eigentlich befinden soll. Der bei ihm anwesende Rechtspfleger oder Gerichtsassistent habe keine Kompetenz für Ordnungsmaßnahmen, so dass diese nicht möglich seien. Weitere Beteiligte müssten gefunden und hinzugezogen werden, so z.B. Verteidiger, Dolmetscher, konsularischer Beistand, und die Öffentlichkeit müsse gewährleistet werden. Wo sollten sich diese Personen aufhalten? Sollten im Gericht und im Verhörraum vor Ort parallele Verfahrensakten geführt werden, und wie würden Beweisaufnahmen durchgeführt? Sofern Beweisanträge gestellt würden, müsse das Gericht – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die beantragten Beweise erheben. Es sei zu erwarten, dass Zeugen mehrere Tage am Ort des Verfahrens bleiben oder dass Zeugen und Urkunden von anderen Orten, vielleicht sogar aus dem Ausland herbeigeschafft werden müssten. Könnten auch Urkunden per Video in Augenschein genommen werden? Die Verwertung von Aufnahmen von Zeugenvernehmungen erfülle sicher nicht die Anforderungen an die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Unklar sei auch, wo und ggf. durch wen das Protokoll geführt werden solle. Diese Frage sei von großer praktischer Bedeutung, da die Verteidigung auf wörtlicher Protokollierung bestehen könne und auch Vorhalte aus dem Protokoll möglich sein müssten. Darüber hinaus müssten weitere unabdingbare Rechte der Verteidigung gewährleistet sein wie das Recht auf Akteneinsicht oder die Garantie, ausreichend Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten (Art. 6 Abs. 3 Buchstabe b EMRK).

Insgesamt stelle der Entwurf möglicherweise eine politisch gewollte, in der Praxis aber unpraktikable und mit grundlegenden Prinzipien und Garantien des polnischen Strafprozesses und der EMRK nicht in Einklang zu bringende Lösung dar.

5. Praktische Probleme der Ermittlungsbehörden und der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Durchführung von Massenveranstaltungen (Wojciech Szelagowski, Staatsanwaltschaft Danzig)

Wie Wojciech Szelagowski erklärte, habe die Staatsanwaltschaft in Danzig zur Vorbereitung besonderer Probleme bei der Verfolgung von Stadionkriminalität anlässlich der EM 2012 eine besondere Einheit gebildet, bestehend aus fünf im Bereich der gegen Leib und Gesundheit gerichteten Kriminalität besonders erfahrenen Staatsanwälten. Diese kümmere sich vor allem um die Verstärkung bestimmter technischer Maßnahmen und die Schulung von Polizei und Staatsanwaltschaft. Dabei gehe es vor allem um die Auswertung der Erfahrungen mit vorangegangenen Großveranstaltungen, um die Analyse von Kriminalstatistiken und um die Anschaffung und Bedienung von Geräten zum Auslesen von Smartphones. Diese werden, was ansonsten bei Tätern eher unüblich ist, bei der Stadionkriminalität häufig zum Filmen von Gewalttaten verwendet, um diese später ins Internet zu stellen. Zum Verständnis der Hintergründe und damit zur Erleichterung der Aufklärung von Straftaten der Stadionkri-

minalität müssten Gericht und Staatsanwaltschaft sich auch mit der besonderen Fan-Terminologie ebenso wie mit Feindschaften und freundschaftlichen Verbindungen zwischen Fußballvereinen beschäftigen. Das gelte nicht nur im Hinblick auf die polnischen Fans sondern für die Vorbereitung zur EM 2012 natürlich europaweit.

Viele Erkenntnisse müssten, auch das ist für die Stadionkriminalität spezifisch, aus dem Internet gewonnen oder von ausländischen Polizeibehörden abgefragt, ausgetauscht, gespeichert und verarbeitet werden. Besonders die Verwertung von Erkenntnissen ausländischer Polizeieinheiten und die Zugänglichmachung für die im Einzelfall zuständigen polnischen Ermittlungsbehörden stelle eine besondere Herausforderung im Zusammenhang mit der EM 2012 dar. Es sei davon auszugehen, dass die Täterermittlung teilweise Wochen bis Monate dauern könne.

6. Erfahrungen der deutschen Justiz im Umgang mit Stadionkriminalität (Gerhard Schaberg, Hamburgischer Richterverein)

Herr Schaberg ging insbesondere auf das Sicherheitskonzept im Rahmen der Herren-Fußball-WM 2006 ein. Dieses sah neben zahlreichen präventiven Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten repressive Maßnahmen nur ganz am Ende vor. Es sei den Sicherheitsbehörden vor allem darum gegangen, fröhliche Spiele sicherzustellen. Aufgrund der Einmaligkeit des Ereignisses kämen Strafverfolgungsmaßnahmen, vor allem bei ausländischen Tätern, kaum Wirkungen für die Zukunft zu.

Auch 2006 sei in Deutschland die Zusammenarbeit mit ausländischen Fußballverbänden und Polizeieinheiten natürlich von herausgehobener Bedeutung gewesen. Durch Gefährderansprachen, Platzverweise und andere präventive Maßnahmen hätten die meisten Straftaten verhindert werden können. Herr Schaberg wünscht den polnischen Sicherheits- und Ermittlungsbehörden, vor allem aber auch den Fußballverbänden viel Erfolg bei der Entwicklung und Umsetzung ihrer Sicherheitskonzepte.

7. Schlussbetrachtungen

Herrn Präsidenten Ryszard Milewski sei besonderer Dank für die herzliche Einladung ausgesprochen. Besonders hervorzuheben ist auch die außerordentlich gelungene Organisation des Aufenthalts und des Programms der deutschen Delegation durch die Vizepräsidenten Frau Alina Miłosz-Kloczkowska und Herrn Rafał Terlecki sowie die unermüdlichen und professionellen Dolmetscherleistungen durch Herrn Richter am Bezirksgericht Wojciech Midziak. Der Gerichtspartnerschaft zwischen dem Oberlandesgericht Oldenburg und dem Bezirksgericht Danzig wünschen wir eine lebhafte und erfolgreiche Weiterentwicklung.

Rezension

Dolmetschen bei der Polizei. Zur Problematik des Einsatzes unqualifizierter Dolmetscher

Małgorzata Stanek

DIPL. PHIL. HELENA PIPREK VERTRAGSPARTNERIN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION – PROJEKTPARTNERIN FÜR DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT (WWW.HELENA-PIPREK.DE)

Einmal mehr ist eine interessante und gut strukturierte Diplomarbeit in der Reihe „TRANSÜD. Arbeiten zur Theorie und Praxis des Übersetzens und Dolmetschens. Band 34„ der Herausgeber Hartwig Kalverkämper/Larisa Schippel erschienen. Dieser Band befasst sich mit der Problematik des Einsatzes unqualifizierter Dolmetscher bei den Behörden für Inneres der Bundesrepublik Deutschland. Die Autorin selbst studierte von 2002 bis 2009 Dolmetschen und Übersetzen für die Sprachen Englisch und Polnisch an der Humboldt-Universität zu Berlin; u.a. bei so profunden Hochschullehren und selbst praktizierenden Dolmetschern wie Frau Univ.-Prof. Dr. Larisa Schippel (Universität Wien, Zentrum für Translationswissenschaft) sowie Herrn Univ.-Prof. Dr. Hartwig Kalverkämper (Humboldt-Universität zu Berlin, Philosophische Fakultät II). Von den Polizeibehörden und Amtsgerichten der Bundesländer Berlin und Brandenburg wurde die Autorin bereits vielfach als freie Dolmetscherin beigezogen.

Im Schwerpunkt befasst sich die 255 Seiten umfassende Publikation mit Themenschwerpunkten wie Negativbeispielen aus der Praxis, den Ursachen für die mangelnde Dolmetschqualität, dem so genannten „Polizeidolmetschen„ an sich, den rechtlichen Konsequenzen und ihren praktischen Implikationen, der Evaluierung der Ergebnisse und perspektivischen Überlegungen. Besonders aufschlussreich ist eine rund 49 Seiten umfassende Befragung von Bediensteten der Polizeidienststellen Berlins und Brandenburgs, die in Form von Befragungsprotokollen aufbereitet wurde. Bei der Erhebung konzentrierte sich Stanek auf die Schwerpunkte Rolle, Aufgaben, Kompetenz des Dolmetschers, Zusammenarbeit mit dem Dolmetscher, Auftragsvergabesystem, Qualitätssicherung und Verbesserungsvorschläge. Aus den Untersuchungen ergibt sich u.a. noch einmal - theoretisch aufbereitet und mit erschütternder Nachhaltigkeit - was unter Dolmetschpraktikern (Aspekt des „entprofessionalisierten Berufsbildes„) schon seit Jahrzehnten bekannt ist:

1. Die bundesdeutschen Datenbanken und Verzeichnisse der beeidigten/vereidigten/ermächtigten Dolmetscher sind im Hinblick auf den Ausweis der Dolmetschkompetenzen und höchsten qualifizierenden Abschlüsse im Kontext von Dolmetschen, Übersetzen und Rechtswissenschaften kaum aussagekräftig.
2. In den Verzeichnissen werden sehr unterschiedliche Qualifikationen einander quasi gleichgestellt, da die Beeidigung/Vereidigung/Ermächtigung das Schlüsselkriterium für die Erfassung bildet.
3. Eine Beeidigung/Vereidigung/Ermächtigung gilt auch bei den Polizeibeamten nicht als Qualitätskriterium, und kann dies unter den gegebenen Voraussetzungen der jeweiligen „Justizdolmetschergesetze„ auch gar nicht leisten.
4. Der Bedienstete muss auf diese wenig aussagekräftigen Listenverzeichnisse, Empfehlungen von Kollegen oder eigene Erfahrungen bei der Auftragsvergabe zurückgreifen.
5. Die Arbeit mit den Listenverzeichnissen der § Dolmetscher/Übersetzer ist wegen der schlechten Erreichbarkeit/Einsetzbarkeit der Dolmetscher mühselig und lässt somit klare Rückschlüsse auf deren Grad der Professionalisierung zu.
6. Der Beamte ist naturgemäß nicht zu einer Evaluierung der erbrachten Verdolmetschung in der Lage, und kann sein Bewertungsverhalten lediglich durch ein mehr oder weniger diffuses „Bauchgefühl„ steuern.
7. Wegen des Zeit- und Kostendrucks wird oft die bequemere Beiziehung über so genannte „Dolmetscher- und Übersetzeragenturen„ (Maklern von Übersetzungs- und Dolmetschleistungen) gewählt. Dies birgt die bekannten Probleme in sich (Mindervergütung, Qualifikation von „Agenturinhabern„ und vermittelten „Dolmetschern„, kein Zugriff auf die wirklich qualifizierten Kolleginnen und Kollegen wegen unattraktiver finanzieller Konditionen, Konsequenzen für das Recht auf ein faires Verfahren des Beschuldigten, Zunahme von Verfahrens-, Kosten- und Haftungsrisiken).

Insofern ergeben sich beträchtliche, quasi gestufte Qualitätsunterschiede bei der Erbringung dieser fachspezifischen Verdolmetschung, die ihre Wurzeln in dem direkt korrelierenden Qualifikationsniveau der zum Einsatz kommenden Personenkreise haben. Die höchsten qualifizierenden Abschlüsse der so genannten „Polizeidolmetscher„ sind eben so bunt wie factettenreich - Universitäts-, Hochschul- oder Fach-

DOLMETSCHEN BEI DER POLIZEI. Zur Problematik des Einsatzes unqualifizierter Dolmetscher
Małgorzata Stanek
Frank & Timme, Verlag für wissenschaftliche Literatur, 2011
ISBN 978-3-86596-332-1
29,80 EUR

hochschulabschluss, staatliche Prüfung, IHK-Prüfung, Kursteilnahme, Onlineschulung - oder eben gar keine fachlichen Voraussetzungen, die zu einer Erbringung dieser hochspezialisierten Leistung an der Schnittstelle Translatologie und Rechtswissenschaften berechtigen würde. Die Rede ist hier von Delikten wie Mord, Totschlag, Körperverletzung, Körperverletzuung mit Todesfolge, Diebstahl, Vergewaltigung, Kindesmissbrauch, Betrug und Verstössen gegen das Waffenkontroll- oder Betäubungsmittelgesetz.

Im Hinblick auf die Ausbildungsqualität ist ein mehrjähriges profundes Studium des Konferenzdolmetschens/der Rechtswissenschaften/der Fachkommunikation/des Dolmetschens/des Übersetzens – womöglich an einer der renommierten CIUTI-Hochschulen mit vorgeschalteten Studienzulassungsprüfungen – wohl kaum mit einem „Wochenendkurs„ oder „Internet-Dolmetschführerschein„ gleichsetzbar. Auch die Ablegung der staatlichen Prüfung nach KMK setzt lediglich den Nachweis eines mittleren Bildungsabschlusses für spätere Einsätze in hochspezialisierten Bereichen voraus. Wahlfächer wie Landeskunde, Kultur oder Geographie im Rahmen der staatlichen Prüfung nach KMK scheinen also für den anschließenden Dolmetscheinsatz in einem internationalen Steuerstraf- oder Erbrechtsverfahren eine völlig hinreichende Voraussetzung zu sein. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass simple Verwechslungen von Abgeltungs-, Umsatz-, Einkommen- oder Grunderwerbssteuer bei der Verdolmetschung entsprechende Konsequenzen nach sich ziehen. Da in Italien z.B. drei Formen der Eheschließung möglich sind, hätte eine falsche Verdolmetschung des Terminus ggf. Folgen im Hinblick auf das tatsächliche Vorliegen einer wirksamen Eheschließung und damit erbrechtliche Konsequenzen.

Insofern sollte der Ausweis der höchsten einschlägigen, akademischen Qualifikation im Kontext von Dolmetschen/Übersetzen/Rechtswissenschaften, die tatsächliche Tätigkeit als „juristischer Dolmetscher/Übersetzer„, die Beherrschung der jeweiligen Fachterminologie des Rechtsgebietes, die Kenntnis letzterer, entsprechende Referenzen und die ständige Weiterbildung sowie Verfolgung der Rechtsentwicklungen zum Maßstab der Beiziehung gemacht werden. Dies wird bei internationalen Organisationen schon lange praktiziert – allerdings ist auch hier die Eingangsqualifikation der akademische Abschluss - und wäre auch der Bundesrepublik in den Be-

reichen Justiz und Inneres sehr zu empfehlen. All dies läuft auf ein völlig neues Berufsbild und die profunde Verzahnung von translatologischen und juristischen Fachkompetenzen hinaus, womit die Herausbildung neuer Professionen einer anspruchsvollen Herausforderung für den europäischen akademischen Sektor gleichkommt und auf einer enge disziplinenübergreifende Zusammenarbeit zwischen den einschlägigen akademischen Instituten hinausläuft.

Zudem bieten mittlerweile eine ganze Reihe der CIUTI-Hochschulen als den Kompetenzzentren für die Dolmetscher- und Übersetzerausbildung Module mit dem Fokus juristisches Dolmetschen/juristisches Übersetzen an und haben damit prompt auf aktuelle Entwicklungen reagiert; die Hochschule Magdeburg Stendal offeriert seit 2011 gar den Master-Studiengang „Juristisches Übersetzen und Dolmetschen„.

Von einem professionell tätigen „juristischen Dolmetscher/Übersetzer„ darf also erwartet werden, dass ein profundes theoretisches und praktisches Wissen vorgehalten wird. Er sollte verlässlich begründen können, warum er sich für eine ganz bestimmte Verdolmetschung/Übersetzung entschieden hat, was wiederum Wissen um u.a. grammatische, syntaktische, lexikologische, morphologische Fragen von Ziel- und Quellsprache und das Training der Fachterminologie voraussetzt.

Nicht zuzustimmen ist der Verfasserin dahingehend, dass Bemühungen in Richtung Mindestanforderungen auf EU-Ebene nur vereinzelt zu erkennen seien und damit das Fehlen einer Positionierung impliziert wird. Das Gegenteil ist der Fall. Der Studiengang „Juristisches Übersetzen und Dolmetschen„ der Hochschule Magdeburg-Stendal könnte nach Angaben von Wolter Witteveen (Europäische Kommission, GD Dolmetschen) sogar „Flagschiffcharakter„ für ganz Europa zukommen, womit sich hier unmissverständlich für die akademische Qualifikation ausgesprochen wird. Bereits in ihrem Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über das Recht auf Verdolmetschung und Übersetzung in Strafverfahren vom 08. Juli 2009 und in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen in Strafverfahren vom 09.03.2010 stützte sich die Kommission auf die Empfehlungen des Expertenberichts „Reflection Forum on Multilingualism and Interpreter Training„ im Auftrag der GD Dolmetschen der Europäischen Kommission. Dieser Bericht stellte u.a. fest, dass an „Gerichtsdolmetscher- und/oder –übersetzer„ (bekanntermaßen) Höchstanforderungen gestellt werden und empfiehlt deren einschlägige akademische (Mehrfach-)Qualifikation.

Insofern ist die Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren lediglich als Kompromiss zu bezeichnen. Jedoch auch diese Richtlinie leitet u.a. auf das Recht auf ein faires Verfahren nach den einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („Charta„) und die nationalen Bestimmungen ab.

Folgt man dem Inhalt der Richtlinie in der gebotenen Konsequenz, dürfte das Qualifikationsniveau des zum Einsatz kommenden Kollegen entsprechend hoch anzusiedeln und damit akademischer Natur sein. An der Stelle sei lediglich ergänzend der Hinweis gestattet, dass Lawyer-Linguisten, Dolmetscher und Übersetzer für EU-Organe nur unter Nachweis des einschlägigen akademischen Abschlusses als EU-Beamte oder freie Projektpartner zum Einsatz kommen; zumindest ergibt sich aus den relevanten Ausschreibungen von EU-Organen kein anderer Wortlaut.

Keine Überraschung, denn dem „juristischen Dolmetscher/Übersetzer„ kommt eine herausragende Rolle im Hinblick auf die Verfahrensbeteiligten und den Verfahrensverlauf selbst zu. Mit dessen Qualifikation wird der Standard von Rechtssicherheit und Rechtspflege bei der juristischen Verdolmetschung und Übersetzung quasi „justiert„ und zwar in dessen Eigenschaft als „kommunikative Schaltstelle des Fachdolmetschens„. Die falsche Wiedergabe einer einzigen Wortform/Wendung (z. B. Freiheitsstrafe/zur Bewährung ausgesetze Freiheitsstrafe) oder die Nichterkennung lediglich einer grammatischen Kategorie (z.B. Personal-/Sachform, bestimmter/unbestimmter Artikel) kann damit erhebliche Folgen für die polizeiliche Vernehmungspraxis bzw. gerichtliche Entscheidungsfindung haben und kommt einem direkten Eingriff in die Rechte des Beschuldigten gleich.

Dies ist sehr gut mit mathematischen Formeln vergleichbar – die Nichterkennung sprachlicher Paradigmen (z.B. Deklinationsformen des Substantivs, Konjugationsformen des Verbs) führt zwangsläufig zur falschen „Verzahnung„ von Paradigmen, damit zum falschen „Rechen„-Ergebnis und somit einer gestörten „Fachkommunikation„.

Leider lässt die Autorin ihren fachlichen Standpunkt im Hinblick auf die erforderliche Eingangsqualifikation für „Polizeidolmetscher„ und damit die Kriterien für einen „qualifizierten„ bzw. „unqualifizierten„ Dienstleister vermissen. Zwar wird mit dem Terminus einer wie auch immer gearteten „praktischen Berufserfahrung„ von Verbandsmitgliedern operiert, allerdings muss auch diese einem wissenschaftlichen Diskurs standhalten und in der Praxis in jedem Fall verifizierbar sein. Umso mehr, als in vielen bundesdeutschen Berufsverbänden die Gruppe der Mitglieder bezüglich der Art und Höhe der qualifizierenden Abschlüsse eher heterogen ist.
Insgesamt wird durch diese Veröffentlichung jedoch die sehr wichtige fachliche Diskussion weitergeführt und lässt auf weitere anregende Forschungsarbeiten im Spannungsfeld von Justiz, Innerem, Dolmetschen und Übersetzen hoffen. Als eine wichtige mittel- und langfristige Aufgabe dürfte vor diesem Hintergrund die Entwicklung von ehrgeizigen neuen Berufsbildern und gleichermaßen praktikablen wie anspruchsvollen Modellen für die Zukunft ein weiteres Mal deutlich geworden sein.

Hamburg, im Juli 2011

DPJV INTERN

Sehr geehrte Mitglieder und Freunde der DPJV e.V.,

die Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und Universität Warschau veranstalten unter Schirmherrschaft der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Warschau und Botschaft der Republik Polen in Berlin sowie in Kooperation mit u.a. der Deutsch-Polnischen Juristen-Vereinigung e.V. eine Fachkonferenz an der deutsch-polnischen Grenze im Collegium Polonicum in Slubice, der gemeinsamen Einrichtung der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und der Adam Mickiewicz Universität Poznan, unter dem Titel:

Grundrechte zwischen Nationalstaat und Globalisierung – Deutsch-polnische Perspektiven

welche am 1. und 2. März 2012 stattfindet. Dabei werden in insgesamt vier verschiedenen Diskussionsrunden einzelne Grundrechtsfragen von aktuellen und ehemaligen Verfassungsrichtern und Wissenschaftlern beider Länder zunächst referiert und sodann diskutiert.

Zu den Referenten gehören:

- Prof. dr hab. Boguslaw Banaszak
- Prof. Dr. Siegfried Broß
- Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin
- Prof. Dr. Christoph Degenhart
- DAAD-Lecturer Henning Glaser
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer
- Ri. am pln. VerfGH Wojciech Hermelioski
- Prof. Dr. Bartosz Makowicz
- Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale)
- Prof. em. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier
- Prof. dr hab. Pasquale Policastro
- Prof. dr hab. Andrzej Rzeplioski, Ri. am pln. VerfGH
- Prof. Dr. Helmut Siekmann
- Wolfgang Templin
- Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff
- Prof. dr hab. Andrzej Wróbel, Ri. am pln. VerfGH
- Prof. dr hab. Miroslaw Wyrzykowski
- Prof. dr hab. Andrzej Zoll

Um die Anmeldung wird bis zum 20.02.2012 gebeten.

Alle Interessenten sind zu der Teilnahme an der Konferenz sehr herzlich eingeladen! Einzelheiten und das aktuelle Programm sind in der Anlage sowie auf der Internetseite http://www.hr-studies.net zu finden.

Der Vorstand der DPJV e.V.

Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V.
Littenstraße 11, 10179 Berlin
www.dpjv.de

RÜCKBLICK

II. Deutsch-Polnisches Forum für Wirtschaftsrecht

Warschau, 4. November 2011

DPJV INTERN

Am 4. November 2011 fand unter der Schirmherrschaft der Deutschen Botschaft in Warschau sowie der Polnischen Botschaft in Berlin im Senatssaal der Universität Warschau das Zweite Deutsch-Polnische Forum für Wirtschaftsrecht statt. Unter den rund 150 Teilnehmern fanden sich zahlreiche Vertreter aus Wissenschaft und aus (sowohl juristischer, als auch unternehmerischer) Praxis. Themen des Forums waren ausgewählte Fragen des Kartellrechts und der compliance. Hauptziel der Veranstalter; zu denen die Universität Warschau, die Deutsch-Polnische Juristenvereinigung, die Deutsch-Polnische Industrie- und Handelskammer und vor allem die Europa- Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und ihr Vertreter und Inhaber des dortigen Lehrstuhls für Polnisches Öffentliches Recht (einschließlich Europarecht und Wirtschaftsrecht), Prof. Dr. Bartosz Makowicz, gehören; war es eine gemeinsame Basis für Polnische und Deutsche Wirtschafts- und Rechtsspezialisten zu schaffen. Unterstützt wurde das Forum von der Actavis Group, B/S/H, bunk-alliance, der Stiftung für Deutsch-Polnische Zusammenarbeit, Mercedes Benz Polen, Noerr und PricewaterhouseCoopers Legal Szurmińska-Jaworska. Medienpartner waren die Zeitschrift Manager, die Tageszeitung Rzeczpospolita sowie der Verlag Wolters Kluwer.

Die Teilnehmer wurden zunächst begrüßt von Prof. Dr. Makowicz; Prof. Dr. hab. Tomasz Giaro, dem Prodekan der Juristischen Fakultät Warschau; Michael Kern, dem Generaldirektor der Deutsch-Polnischen Industrie- und Handelskammer; Dr. Jan Schürmann, dem Vorstandsmitglied der Deutsch-Polnischen Juristenvereinigung sowie vom Deutschen Botschafter in Warschau, Herrn Rüdiger Freiherr von Fritsch. Im Anschluss an die Begrüßung folgte ein Einführungsvortrag zu den Deutsch-Polnischen Wirtschaftsbeziehungen im Europäischen Kontext, der von Prof. Dr. hab. Józef Olszyński, dem Inhaber des Lehrstuhls für die Forschung über die deutsche Wirtschaft an der Wirtschaftsuniversität Warschau, gehalten wurde. Der Vortrag stellte wichtige Eckdaten wie den Gesamttransaktionswert zwischen den beiden EU-Staaten in den Kontext der noch asymmetrischen Wirtschaftsbeziehungen. Zwar seien die Beziehungen insgesamt gut, polnische Investitionen in Deutschland seien aber noch die Ausnahme, die Arbeitsmarktstruktur weiche jeweils allzu stark voneinander ab und Polen sei dem deutschen Tourismus auch noch nicht hinreichend erschlossen. Nachdrücklich wies Prof. Olszyński auf die zukünftige Wichtigkeit der Deutsch-Polnischen Wirtschaftsbeziehungen hin.

Die folgende Podiumsdiskussion zur Deutsch-Polnisch-Europäischen Zusammenarbeit im Bereich des Kartellrechts wurde von Dr. Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, der Präsidentin der Polnischen Verbraucher- und Wettbewerbsschutzbehörde, eröffnet. Sie stellte dabei die Ergebnisse der Kooperation mit ihrem Kollegen aus Deutschland sowie der Europäischen Kommission vor und beschrieb die wichtigsten aktuellen Verfahren. Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes, legte wiederum den Schwerpunkt auf die sogenannten „Twinning-Projekte„, bei denen international an der Umsetzung des Europäischen Kartellrechts zusammengearbeitet wird. Ewoud Sakkers, Abteilungsleiter des Europäischen Wettbewerbsnetzwerks bei der Europäischen Kommission, erklärte ferner die Funktionsweise seiner Abteilung zur Europäischen Rechtsvereinheitlichung. Alle Referenten bestärkten den hohen Stellenwert, den die Europäische Zusammenarbeit bei den einzelnen Behörden genießt. Moderator der Podiumsdiskussion war Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer von der Europa-Universität Viadrina.

Das nachfolgende Gespräch wurde von Dr. Jan Schürmann von der Deutsch-Polnischen Juristenvereinigung moderiert und betraf die alltägliche Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften. Dr. Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel wies zunächst auf die Probleme beim Aufdecken und bei der Bekämpfung von Kartellen hin. Sich auf Statistiken zur Höhe der Geldstrafen bei rechtswidrigen Kartellen stützend, wurden auch Mechanismen zur Abmilderung derselben vorgestellt. Prof. Dr. hab. Włodzimierz Szpringer von der Wirtschaftsuniversität Warschau legte hingegen das Augenmerk auf die rein wirtschaftliche Funktion eines Kartells und kontrastierte seine Beschreibung mit einer Erläuterung der Grundlagen der freien Marktwirtschaft. Dr. Piotr Milczarek, LL.M., von Pricewaterhouse Coopers legte in seiner Präsentation die Strukturelemente und die Funktionsweise von Compliance-Systemen bei der Umsetzung der einschlägigen Regelungen und der Vermeidung von Rechtsbrüchen (antitrust compliance) dar. Dieser Vortrag bildete eine inhaltliche Brücke zum zweiten Teil des Forums am Nachmittag.

Der zweite Teil war der Struktur effektiver Compliance-Systeme und ihrer Umsetzung gewidmet. Prof. Dr. Bartosz Makowicz stellte wichtige Voraussetzungen zur Planung und Einführung von Compliance vor und gewährte einen Überblick über die allgemeinen Compliance-Ansätze, ihre einzelnen Bestandteile sowie eine Kosten-Nutzen-Rechnung. Mit Bezug auf diesen Überblick stellte Prof. Dr. hab. Michał Romanowski von der Universität Warschau die wechselseitige Beziehung von Compliance und Corporate Governance vor. Compliance als unternehmensinternes Recht kann wesentlich zum verantwortungsvollen und ethischen Handeln des Unternehmens beitragen, wobei die Kompetenz und Redlichkeit eines vernünftigen Managers durch nichts ersetzt werden kann. Die Referenten der Kanzlei Noerr, Dr. Agnes Balewejder-Busch und Dr. Fabian Badtke stellten schließlich ihre Analysen im Bereich der von Großhandelsketten erhobenen Marketing-Gebühren vor. Aus der Sicht der beiden Anwälte ist das in Polen vorliegende Verbot solcher Gebühren europarechtswidrig und somit unanwendbar. Moderiert wurde die Diskussion von Dr. Artur Bunk von der Kanzlei bunk-alliance.

Das letzte Podiumsgespräch wurde von Katarzyna Woroszylska (Pricewaterhouse Coopers) moderiert und führte Praktiker aus dem Bereich der Compliance an einen Tisch: Jolanta Kondraciuk, Regional Compliance Officer bei B/S/H Polen, Kersten Schmahl, Ethics & Compliance Officer der Actavis Group Schweiz sowie Marek Zabłocki, Local Compliance Manager bei Mercedes Benz Polska. Die Diskutanten besprachen die verschiedenen Compliance-Modelle, aus denen der Pflichtenkatalog des CCO (Chief Compliance Officer), also des die Compliance Verwaltenden, entstanden ist. Hervorgehoben wurde dabei die präventive Aufgabe des CCO.

Die Darstellungen der Referenten bestätigten Prof. Dr. Makowiczs These, dass ein effektives Compliance-System unbedingt an die konkreten Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens angepasst sein müsse.

Die Konferenz stieß insgesamt auf sehr positive Resonanzen. Wir möchten Sie herzlich dazu einladen, sich im kommenden Jahr selbst ein Bild davon zu machen - sei es als Referent oder als Gast! Alle Einzelheiten zum Forum, Vorträge, Bilder und andere Materialien sind auf der Internetseite des Forum verfügbar: www.fowirt.org

Impressum

Herausgeber
Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V.
und de-iure-pl UG & Co. KG

Schriftleitung
Dr. Ewa Schwierskott-Matheson, LL.M.,
schwierskott@dpjv.de oder redaktion@dpjz.de,
Tel. 0 941 - 5 672 07, Fax 0 941 - 56 72 08

Redaktion
Katharina Bösch, Dr. Jan Schürmann,
Sascha Tamin Asfandiar

Wissenschaftlicher Beirat
Professor Gerrit Manssen (Universität Regensburg)
Dr. Peter Diedrich, Dr. Agnieszka Malicka (Universität Breslau), Dr. Bartosz Skwara (Universität Legnica)

Rezension
Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski (Europa-Univeristät Viadrina) und Prof. Dr. Bartosz Makowicz (Europa-Universität Viadrina)

Verlag und Anzeigenverwaltung
Sascha Tamim Asfandiar
Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V.
Littenstraße 11, 10179 Berlin

Vertrieb
Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V.
Littenstraße 11, 10179 Berlin

Satz & Gestaltung
André Schulz, info@designklub.de

Erscheinungsweise 4 x jährlich

Bezugspreis
Einzelheft 14,90 €, jeweils inklusive MwSt.
zzgl. Versandkosten (4,00 € Inland / 9,90 Ausland)
Jahresabonnement 45,00 €
Vorzugspreis
Mitglieder der Deutsch-Polnischen Juristen-Vereinigung e.V. gegen Nachweis der Entrichtung des Mitgliederbeitrages bekommen das Heft unentgeltlich.

Anzeigenformate und Grundpreise
1/1 Seite 350,00 €, ½ Seite 200,00 €,
1/1 Seite U3 450,00 €, Rubrikanzeigen 35,00 €

Bildquellen
DPJV e.V., istockphoto.com, fotolia.com (Titel), sxc.hu

Urheberrecht
Die Zeitschrift und die in ihr enthaltenen Aufsätze, Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Sie dürfen ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Vereinigung und des Verlages weder vollständig noch in Teilen vervielfältigt werden. Dies gilt auch für Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Zurverfügungstellung in elektronischer Form. Namentlich gekennzeichnete Artikel geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion bzw. der Herausgeber wieder.

Manuskripte
Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

Bitte beachten Sie, dass die Inhalte lediglich zu Informationszwecken zur Verfügung gestellt werden. Sie können auf keinen Fall die Beratung durch einen Rechtsanwalt ersetzen. Sollten Sie einen Rechtsanwalt suchen, empfehlen wir die Spezialistenkartei der DPJV unter www.dpjv.de. Trotz sorgfältiger inhaltlicher Kontrolle übernehmen wir keine Haftung für die Aktualität der Inhalte. Bitte vergewissern Sie sich vor der Benutzung darüber, ob inzwischen Gesetzesänderungen in Kraft getreten sind. Die Inhalte unterliegen dem urheberrechtlichen Schutz. Bearbeitung und Umgestaltung sowie und Verwertung (Vervielfältigung, Verbreitung, öffentliche Zugänglichmachung, Bereithalten zum Abruf usw.) sind nur mit ausdrücklicher Zustimmung zulässig.

DE Iure PL

Fachverlag und Übersetzungsservice

Polnisches Internationales Privatrecht - Neuübersetzung

Enthält den polnischen Originaltext und die deutsche Neuübersetzung des polnischen Internationalen Privatrechts sowie einen Auszug aus der polnischen Zivilprozessordnung zum internationalen Zivilverfahren. Die Gesetzestexte befinden sich auf dem Rechtsstand vom Juni 2011.

ISBN 973-9814276-2-2, 104 Seiten, 39,99 €

Polnisches Strafgesetzbuch - Neuübersetzung

Zweisprachige Ausgabe der deutschen Neuübersetzung des polnischen Strafgesetzbuchs inklusive der Militärvorschriften. Berücksichtigt wurden die neuesten Änderungen zu diesem Gesetz bis einschließlich März 2011.

ISBN 978-3-9814276-1-5, 212 Seiten, 42,99 €

Polnische Strafprozessordnung – Neuübersetzung

Deutsche Neuübersetzung der polnischen Strafprozessordnung (ohne Militärvorschriften). Zweisprachige Ausgabe. Diese Auflage berücksichtigt die neuesten Änderungen zu diesem Gesetz, insbesondere die neu eingefügten Vorschriften über den Europäischen Haftbefehl.

ISBN 978-3-9814276-0-8, 374 Seiten, 39,99 €

Diese Titel sind Teil unserer Übersetzungsreihe von polnischen und deutschen Gesetzen. Renommierte Autoren, die über ein hohes sprachliches Niveau und profunde Sachkenntnis verfügen, garantieren für die Qualität dieser Serie.

www.de-iure-pl.org

BILINGUAL
POLNISCH-DEUTSCH