

# Februar 2007



ALPMANN SCHMIDT

# AS AKTUELL

Für unsere Hörer  
und RÜ-Bezieher

Annette-Allee 35 - 48149 Münster  
Tel.: 0251-98109-0 - Fax: -98109-62  
<http://www.alpmann-schmidt.de>

# AS aktuell

## Zivilrecht

### Die mündliche Prüfung im Staatsexamen

RA Tekin Polat

*Der Fortsetzungsbeitrag soll als weitere repräsentative Darstellung eines zivilrechtlichen Prüfungsgesprächs dienen. Hierbei werden insbesondere die Themengebiete behandelt, die nach Auswertung der aktuellen Protokolle einen Schwerpunkt in der mündlichen Prüfung darstellen.*

**Prof. Dr. Lange:** Guten Morgen, meine Damen und Herren. Ich begrüße Sie zu diesem letzten Prüfungsabschnitt ihres Staatsexamens. Wie in den Vorgesprächen bereits angekündigt, werden wir mit der Prüfung im Zivilrecht beginnen. Daher übergebe ich das Wort nun an den Kollegen Prof. Dr. Tuzolar. Bitte, Herr Kollege.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Danke Herr Kollege. Ich möchte Sie ebenfalls herzlich begrüßen, meine Damen und Herren. Es geht um folgenden kleinen Fall:

*„V und K schließen einen Kaufvertrag über einen neuen Mercedes CLS 320 CDI gegen Zahlung von 85.000 €. Der Wagen soll im Laufe des Februars geliefert und dann bezahlt werden. Als das Auto am 01.03. immer noch nicht dem K übergeben wird, schaltet dieser seinen Rechtsanwalt G. Büren ein. Das Anwaltsschreiben, welches dem V am 03.03. zugestellt wird, beinhaltet insbesondere die Aufforderung, umgehend den Wagen an K auszuliefern. In der Zwischenzeit muss K, der seinen alten Wagen in Erwartung der Neuanschaffung bereits abgegeben hat, auf einen Mietwagen zurückgreifen, für den er pro Tag 200 € aufbringen muss. Am 09.03. liefert V den Wagen an K aus. Dieser verlangt nunmehr von V die ihm entstandenen Mietwagenkosten und die Kosten des Rechtsanwalts in Höhe von 400 €. Zu Recht?“*

Herr A, können Sie den Sachverhalt bitte noch einmal wiederholen?

*Es ist durchaus nicht selten, dass der jeweilige Prüfer den dargestellten Sachverhalt wiederholen lässt. Daher sollten die Prüflinge versuchen, sich Notizen zu dem vorgetragenen Fall zu machen. Zumeist wird der Prüfer hierzu eher Kandidaten mit schwächeren Vorpunkten auswählen. Diese haben dadurch die Möglichkeit, positiv in Erscheinung zu treten und damit ihre Nervosität unter Kontrolle zu halten.*

*Nachdem nun A die wesentlichen Punkte des Falles in möglichst freier Rede wiederholt hat, geht es weiter.*

Über welche Anspruchsgrundlage könnte nun K Ersatz der von ihm geltend gemachten Kosten fordern? Herr B!

**Herr B:** In Betracht kommt vorliegend ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB auf Ersatz des Verzögerungsschadens. Voraussetzung hierfür ist, dass sich V mit seiner Leistungspflicht in Verzug befunden haben muss.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Gute Idee! Dann prüfen Sie bitte, ob V sich im Verzug befunden hat! Frau C!

**Frau C:** Voraussetzung hierfür ist, dass K gegen V einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Lieferung des Wagens haben muss. Vorliegend ist der Anspruch des K aus § 433 Abs. 1 mit Ablauf des Februars fällig geworden. Dieser Anspruch war auch durchsetzbar.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Können Sie mir auch sagen, warum der Anspruch des K gegen V durchsetzbar war? Frau C!

**Frau C:** Weil V nach der getroffenen Vereinbarung zur Vorleistung verpflichtet war und somit die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB hier nicht greift.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig! Wie wäre es denn, wenn die Parteien keine Vorleistungspflicht des V vereinbart hätten? Frau C!

**Frau C:** Dann hätte V die Möglichkeit gehabt, sich auf die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB zu berufen, weil § 320 Abs. 1 S. 1, letzter Halbs. BGB nicht greifen würde. Wenn er die Einrede erheben würde, wäre der Anspruch des K nicht durchsetzbar, sodass der V sich nicht im Verzug befunden hätte.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Nein! Das stimmt leider nicht. Welche Besonderheit hat Frau C gerade nicht beachtet? Frau D!

**Frau D:** Es ist zu beachten, dass im Rahmen des Schuldnerverzugs gemäß § 286 BGB die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auch dann nicht gegeben ist, wenn der Schuldner sich auf die Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB nicht beruft. Zwar ist grundsätzlich eine Einrede geltend zu machen, damit sie berücksichtigt werden kann. Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gilt dies allerdings nicht für die Einrede des § 320 BGB im Rahmen des Schuldnerverzugs. Folglich hindert allein das Bestehen der Einrede aus § 320 BGB den Eintritt des Verzugs, ohne dass sie geltend gemacht werden

muss. Wäre also eine Vorleistungspflicht des V nicht vereinbart worden, wäre dieser auch nicht in Verzug geraten, unabhängig davon, ob er die Einrede erhebt oder nicht.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Genau! Gilt das auch für alle anderen Einreden? Herr A!

**Herr A:** Nein. Beispielsweise muss die Einrede aus § 273 BGB unstreitig erst geltend gemacht werden, damit sie Berücksichtigung finden kann.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig! Herr B, prüfen Sie bitte weiter!

**Herr B:** Weiterhin muss K den V gemahnt haben.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Was ist denn eine Mahnung, Herr B?

**Herr B:** Eine Mahnung ist die unmissverständliche Aufforderung an den Schuldner, seine Leistungspflicht umgehend zu erfüllen. Es handelt sich um eine geschäftsähnliche Handlung, für die die Regeln über Willenserklärungen entsprechend anwendbar sind.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr schön! Kann ein minderjähriger eine Mahnung erklären, Herr A?

**Herr A:** Ja, denn diese entfaltet für ihn lediglich rechtliche Vorteile im Sinne des § 107 BGB.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Schön! Worin ist denn vorliegend die Mahnung zu sehen und wann ist V in Verzug geraten, Frau C?

**Frau C:** In dem Anwaltsschreiben, das dem V am 03.03. zugestellt wird. Ab diesem Zeitpunkt befindet sich der V in Verzug.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Stimmt das wirklich? Frau D!

**Frau D:** Nein. V befindet sich bereits mit Ablauf des letzten Februartages in Verzug. Denn vorliegend war eine Mahnung wegen der kalendermäßigen Bestimmtheit der Leistungszeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig! Ist der geltend gemachte Anspruch des K also gegeben? Herr A!

**Herr A:** Ja. Die weiteren Voraussetzungen des Verzugs – Nichtleistung und fehlende Exkulpation – liegen ebenfalls vor. Bis zum Ende des Verzugs eingetretene Schäden müssen vom V ersetzt werden. Dazu gehören die entstandenen Mietwagenkosten und die Kosten des Rechtsanwalts.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Genau! Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn K seinen Rechtsanwalt bereits am 27.02. eingeschaltet hätte? Frau C!

**Frau C:** Dann wären die Rechtsverfolgungskosten nicht zu ersetzen, weil V sich zu diesem Zeitpunkt

gerade nicht im Verzug befunden hat. Rechtsverfolgungskosten, die den Verzug erst begründen, können nicht als Posten eines Verzögerungsschadens geltend gemacht werden.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig! Letzte Frage zu diesem Fall. Wie verjährt denn ein solcher Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB? Herr B!

**Herr B:** Die Verjährung richtet sich nach der Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Nein! Hat jemand eine andere Idee? Ich gebe die Frage frei!

*Frau D nimmt intensiven Blickkontakt zu dem Prüfer auf, um ihm in dieser angemessenen Form zu signalisieren, dass sie gerne auf die Frage antworten würde.*

Sie vielleicht Frau D?

**Frau D:** Der Anspruch auf den Verzögerungsschaden verjährt mit dem Hauptanspruch, d.h. mit dem Anspruch des K gegen V auf Lieferung des Wagens aus § 433 Abs. 1 BGB. Auf den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ist § 217 BGB entsprechend anzuwenden.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr schön, Frau D! Genau richtig!

Kommen wir nun zu einem anderen Fall:

*„V und K schließen einen Kaufvertrag über einen neuen Wagen. K möchte den Wagen seiner Tochter T zur bestandenen Abiturprüfung schenken. Es wird vereinbart, dass T einen eigenen Anspruch auf Leistung des Autos gegen V haben soll. Bevor der Wagen an T ausgeliefert wird, erfährt K, dass V ihn arglistig getäuscht hat und ficht den Kaufvertrag mit dem V an. Er begehrt Rückzahlung des von ihm bezahlten Kaufpreises. T ist mit dieser Situation gar nicht einverstanden. Sie möchte den Wagen unbedingt haben, weil dieser zu ihrer neuen Handtasche sehr gut passt.“*

Wie würden Sie den Kaufvertrag zwischen V und K charakterisieren? Herr A!

**Herr A:** Bei dem Kaufvertrag handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter nach §§ 328 ff. BGB. Dafür spricht insbesondere, dass T, als am Vertrag unbeteiligte Dritte, einen eigenen Anspruch auf die Primärleistung gegen V aus dem Schuldverhältnis haben soll.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr richtig! Wie lässt sich die Schenkung des K an T in diese Konstruktion einordnen? Herr B!

**Herr B:** Der Schenkungsvertrag zwischen K und T ist das sogenannte Valutaverhältnis. Es stellt den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung gegenüber dem Schenker, also K, dar. Demgegenüber stellt der Vertrag zugunsten Dritter das sogenannte Deckungsverhältnis dar.



**Prof. Dr. Tuzolar:** Schön. Wie werden die Vertragsparteien des Vertrags zugunsten Dritter auch genannt? Frau C!

**Frau C:** Der Gläubiger, hier also K, ist der Versprechensempfänger. Der Schuldner der Leistung, also V, ist der Versprechende.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig. Könnte nun der Versprechende V die Leistungserbringung verweigern bzw. die erbrachte Leistung zurückfordern, indem er darauf verweist, dass der Schenkungsvertrag zwischen K und T nicht formgerecht abgeschlossen worden ist? Denn das Schenkungsversprechen muss ja nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB notariell beurkundet werden. Frau D!

**Frau D:** Nein. Wie eben bereits erwähnt, ist zwischen dem Deckungs- und dem Valutaverhältnis zu unterscheiden. Die Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses, an dem der Versprechende nicht beteiligt ist, hat keine Auswirkungen auf die Verpflichtung der Parteien des Deckungsverhältnisses. Die Unwirksamkeit des Schenkungsvertrages könnte hier nur zu einer Rückabwicklung im Verhältnis des Versprechensempfängers zur Dritten, T, führen.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Genau. Nun hat der K aber seine Willenserklärung und damit den Kaufvertrag mit V rückwirkend durch Anfechtung beseitigt. Darf er das überhaupt? Herr A!

**Herr A:** Ich denke, dass er das nicht darf. Denn die Anfechtung beeinträchtigt auch den Anspruch der T, die den Wagen unbedingt haben möchte.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Was meinen Sie, Herr B?

**Herr B:** Der Versprechensempfänger ist Vertragspartner des Deckungsverhältnisses. Nur er kann, als „Herr des Synallagmas“, auf den Bestand des Rechtsverhältnisses einwirken. Außerdem ist es seine Willenerklärung, die angefochten wird, weil er getäuscht wird. Folglich kann nur der K die Anfechtung erklären. Allerdings stimme ich den Bedenken des Herrn A zu. Ohne Zustimmung der T wird er die Anfechtung wohl nicht erklären können. Denn dadurch würde er den Anspruch eines Dritten beeinträchtigen.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Schöne Ausführungen. Was würden Sie anders sehen? Frau C!

**Frau C:** Grundsätzlich kann der Versprechensempfänger ohne die Zustimmung des Dritten auf dessen Recht keinen Einfluss nehmen. Das hängt allerdings nach § 328 Abs. 2 BGB auch ganz überwiegend von den Umständen des Einzelfalls und von dem Zweck des Vertrags ab. Aber unabhängig davon, kann der Versprechensempfänger nach h.M. auch ohne die Zustimmung des Dritten die Anfechtung erklären. Bei der Anfechtung tritt hiernach das Interesse des Dritten am

Erhalt der Leistung hinter den Schutz des Willensbetätigungsfreiheit des Versprechensempfängers zurück.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr gut! Wie wäre es also gewesen, wenn K nicht angefochten, sondern wegen eines Mangels am Wagen den Rücktritt erklärt hätte, ohne die Zustimmung der T einzuholen? Frau D!

**Frau D:** Grundsätzlich könnte demnach K dieses Gestaltungsrecht ohne die Zustimmung der T nicht geltend machen. Wenn T den Wagen behalten möchte, dann könnte K den Minderwert am Wagen über eine Minderung geltend machen.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Richtig. Kann T, wenn K den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, von V Lieferung des Wagens an sich verlangen? Herr A!

**Herr A:** Nein, das kann sie nicht. Denn dem V steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 Abs. 1 BGB zu. Diese Einrede kann V nach § 334 BGB auch gegenüber dem Dritten, hier der T, geltend machen. Zwar spricht die Norm nur von Einwendungen, muss aber viel weiter gelesen werden, sodass hierunter nach h.M. auch Einreden fallen.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr schön! Kennen Sie außer dem Vertrag zugunsten Dritter noch andere von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitute, die die Rechte Dritter Personen regeln, die am jeweiligen Vertrag nicht beteiligt sind? Herr B!

**Herr B:** Es kann unter bestimmten Voraussetzungen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VmSzD) geben. Auch die Drittschadensliquidation (DSL) ist von der Rechtsprechung anerkannt.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Wo liegt der Unterschied zwischen diesen Figuren? Frau C!

**Frau C:** Beim VmSzD wird der vom Dritten erlittene Schaden dadurch ersetzt, dass er in den Schutzbereich eines fremden Schuldverhältnisses einbezogen wird, Folglich wird der Anspruch zum Schaden gezogen. Die der DSL ist es umgekehrt. Dort wird der Schaden zum Anspruch gezogen und später an den Geschädigten als vollwertiger Anspruch abgetreten.

**Prof. Dr. Tuzolar:** Sehr schön! Auf die Voraussetzungen und Besonderheiten können wir leider nicht mehr eingehen. Die Prüfungszeit ist leider abgelaufen. Ich möchte mich für das engagierte Mitwirken bedanken und gebe ab an die verehrte Kollegin Prof. Dr. Müller, die die Prüfung im Strafrecht übernehmen wird.

## Strafrecht

### Allgemeiner Teil

#### Zur Wirksamkeit von Strafanträgen minderjähriger Verletzter

Schwarz/Sengbusch NSTZ 2006, 673

Gem. § 77 Abs. 1 StGB kann einen erforderlichen Strafantrag der Verletzte stellen. Das ist derjenige, dem das betroffene Rechtsgut zur Zeit der Tat zustand. Ist dieser minderjährig, so können gem. Abs. 3 der Vertreter in persönlichen Angelegenheiten sowie der Personensorgeberechtigte den Antrag stellen. Nach ganz h. M. steht das Antragsrecht in diesen Fällen dem Sorgeberechtigten *ausschließlich* zu. Dies halten die Verfasser für unzutreffend.

Verweigere der Personensorgeberechtigte die Antragstellung gegen den Willen des minderjährigen Verletzten, so könne es zu einem Konflikt mit dessen berechtigten Interessen kommen. Diesen durch die Annahme eines besonderen öffentlichen Verfolgungsinteresses zu lösen sei nur möglich bei relativen Antragsdelikten. Auch könne ein besonderes öffentliches Verfolgungsinteresse nicht stets allein aus der Minderjährigkeit des Verletzten abgeleitet werden. Auch eine Lösung durch die Annahme, die Antragsfrist beginne erst mit der Volljährigkeit, komme nicht in Betracht, da dies dem Zweck des § 77 b (Antragsfrist 3 Monate) und der Regelung des § 78 b Abs. 1 Nr. 2 S. 2 widerspräche. Ebenso wenig komme in Betracht, die Regelungen der §§ 107 ff. BGB auf das Strafantragsrecht zu übertragen. Denn mangels rechtlicher Nachteiligkeit des Strafantrags würde jedem beschränkt Geschäftsfähigen gem. § 107 BGB die Ausübung des Antragsrechts gestattet.

In der Literatur werde die mangelnde Strafantragsbefugnis des minderjährigen Verletzten z.T. mit der fehlenden Prozesshandlungsfähigkeit gem. § 52 ZPO begründet. Demgegenüber sei der Begriff der Prozesshandlungsfähigkeit i.S.d. § 52 ZPO dem StGB und der StPO fremd. Nur § 374 Abs. 3 StPO setze für die Privatklagebefugnis die Geschäftsfähigkeit voraus. Weder die Beschuldigtenstellung noch die Nebenklagebefugnis stellten auf die Geschäftsfähigkeit ab. Vielmehr komme es hierfür nur auf die erforderliche Verstandesreife an. Dies wollen die Verfasser auch für die Strafantragsbefugnis fruchtbar machen.

Die Vorläufer des StGB sowie das StGB in der bis zum 31.12.1974 geltenden Fassung kannten ein Nebeneinander der Antragsbefugnisse des minderjährigen Verletzten (ab einem Mindestalter) und seines gesetzlichen Vertreters. Gründe dafür, dass der Gesetzgeber

der seit dem 01.01.1975 geltenden Neuregelung dies aufgeben wollte, seien nicht ersichtlich. Vielmehr finde das Recht der elterlichen Sorge seine Schranken an den Grundrechten, insbesondere der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes. Deren Wahrnehmung setze lediglich die Einsichtsfähigkeit voraus. Besitze der Minderjährige diese selbst, so müsse ihm auch möglich sein, selbstständig wirksame Strafanträge zu stellen. Die Einsichtsfähigkeit sei einzelfallbezogen unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Minderjährigen zu beurteilen und kenne keine festen Altersgrenzen. Entsprechend den Regeln der §§ 3 und 55 Abs. 2 S. 2 JGG könne auf die Einsicht in Bedeutung und Wirkung der jeweiligen Prozesshandlung abgestellt werden. Auch soweit ein Minderjähriger wirksam eine rechtfertigende Einwilligung erteilen könnte, weil er nach seiner geistigen und sittlichen Reife in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Rechtsgutsverzichts sachgerecht zu beurteilen, sollte er daher einen Strafantrag stellen können.

*Ergänzung zu: AS-Skript StPO (2006), S. 7*

### Nichtvermögensdelikte

Am 30.11.2006 ist das „Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen“ verabschiedet worden.

#### Art. 1: Änderung des Strafgesetzbuches

##### § 238 Nachstellung

(1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht, oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt,

und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.



(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

#### Art. 2: Änderung der Strafprozessordnung

1. In § 112 a Abs. 1 Nr. 1 werden nach der Angabe „179“ die Wörter „oder nach § 238 Abs. 2 und 3“ eingefügt.

2. § 374 Abs. 1 Nr. 5 wird wie folgt gefasst: „5. eine Nachstellung (§ 238 Abs. 1 des Strafgesetzbuches) oder eine Bedrohung (§ 241 des Strafgesetzbuches),“.

3. In § 395 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe e werden nach dem Wort „nach“ die Wörter „§ 238 des Strafgesetzbuches und“ eingefügt.

#### Aus der amtlichen Begründung (BT-Drs. 16/575 und 16/3641):

Die Gesetzgebungskompetenz folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 72 Abs. 2, 2. Alt. GG zur Wahrung der Rechtseinheit, vgl. schon § 4 Gewaltschutzgesetz.

Zum *Nachstellen* vgl. §§ 292 Abs. 1 Nr. 1, 329 Abs. 3 Nr. 6 StGB. Hier sollen erfasst werden „alle Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen.“

Das Merkmal *unbefugt* gehört zum Tatbestand: Ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis sowie amtliche (z.B. Gerichtsvollzieher) oder privatrechtliche Befugnissnormen schließen den Tatbestand aus.

Das Merkmal *beharrlich* findet sich bereits in den §§ 56 f Abs. 1 Nr. 2 u. 3, 67 g Abs. 1 Nr. 2 u. 3, 70 b Abs. 1 Nr. 2 u. 3, 184 d StGB. Voraussetzung sind wiederholtes Handeln oder andauerndes Verhalten; hinzukommen muss ein Handeln aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit dem Willen, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten, je nach zeitlichem Abstand und innerem Zusammenhang der Handlungen

Nr. 1 erfasst das gezielte Aufsuchen der räumlichen Nähe, nicht die nur zufällige Anwesenheit am selben Ort zur selben Zeit.

Nr. 2 erfasst unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an der Windschutzscheibe o. Ä.

Nr. 3 erfasst die Kommunikation unter dem Namen des Opfers, z. B. Schalten unrichtiger Anzeigen in Zeitungen, Bestellen von Waren und Dienstleistungen, aber auch die Verwendung personenbezogener Daten des Opfers, um Dritte zur Kontaktaufnahme mit dem Opfer zu veranlassen.

Nr. 5 ist ein Auffangtatbestand zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken, vgl. §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist ein mit den Nrn. 1–4 vergleichbarer Handlungs- und Erfolgswert erforderlich.

Als Taterfolg ist Voraussetzung eine objektivierbare erzwungene und schwerwiegende Veränderung der Lebensumstände, die über durchschnittliche und regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen hinausgehen, z.B.

- Unmöglichkeit unbefangener Benutzung von Kommunikationsmitteln
- Verlassen der Wohnung nur selten oder unter Schutzvorkehrungen
- Einschränkung oder Meidung von sozialen Kontakten oder Orten
- Wechsel von Wohnung oder Arbeitsplatz

Zu Abs. 2 vgl. §§ 221, 306 b; die schwere Gesundheitsschädigung reicht weiter als der Begriff der schweren Körperverletzung gem. § 226.

Abs. 3 stellt eine Erfolgsqualifikation dar. Erfasst werden Fälle, in denen das Opfer in den Selbstmord getrieben wird oder den Tod auf der Flucht vor dem nachstellenden Täter.

Abs. 4 begründet die grundsätzliche Abhängigkeit der Strafverfolgung von einer Entscheidung des Opfers.

Art. 2 Nr. 1 erstreckt den Haftgrund der Wiederholungsgefahr auf den neuen Tatbestand für den Fall dringenden Tatverdachts einer qualifizierten Form des Nachstellens. Dies dient der Unterbrechung bereits eingetretener Eskalation, um dadurch vorhersehbaren schwersten Straftaten gegen Leib und Leben vorzubeugen.

Durch die Ausgestaltung als Privatklagedelikt erfolgt die Verfolgung gem. § 376 StPO nur bei öffentlichem Interesse; vgl. hierzu Nr. 86 Abs. 2 RiStBV. § 380 Abs. 1 StPO ist jedoch nicht anwendbar, da eine Konfrontation mit dem Beschuldigten regelmäßig nicht zumutbar ist.

Durch Art. 1 Nr. 3 erhält das Opfer die Möglichkeit, sich dem Strafverfahren als Nebenkläger anzuschließen.

## Öffentliches Recht

### Verfassungsrecht

#### Föderale Regelungsbefugnisse für öffentliche Rauchverbote

Rossi/Lenski NJW 2006, 2657 ff. u. Siekmann NJW 2006, 3382 ff.

In den letzten Monaten wird in Deutschland verstärkt gefordert, das Rauchen in öffentlichen Gebäuden und Gaststätten gesetzlich zu verbieten. In der Lit. ist umstritten, ob dem Bund für den Erlass eines umfassenden Rauchverbots die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Während dies von *Siekmann* unter mehreren Aspekten bejaht wird, verneinen u.a. *Rossi/Lenski* eine entsprechende Befugnis des Bundes.

Grundsätzlich haben die Länder das Recht der Gesetzgebung (Art. 70 GG). Eine Zuständigkeit des Bundes gibt es nur noch im Rahmen der ausschließlichen Bundeskompetenz (Art. 73 GG) und im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG), nachdem die Rahmengesetzgebung (Art. 75 GG a.F.) durch die Föderalismusreform abgeschafft worden ist.

Im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit ist neben einem Kompetenztitel das Erfordernis nach einer bundeseinheitlichen Regelung durch die Föderalismusreform stark eingeschränkt worden. Das Erforderlichkeitskriterium gilt heute nur noch für bestimmte, ausdrücklich in Art. 72 Abs. 2 GG genannte Materien (sog. Bedarfskompetenzen im Gegensatz zu den sog. Kernkompetenzen des Bundes). Wesentliche Sachgebiete, in die ein umfassendes Rauchverbot fallen würde, werden von der Erforderlichkeitsklausel des § 72 Abs. 2 GG n.F. nicht erfasst, sodass es vor allem darauf ankommt, ob ein Kompetenztitel nach Art. 74 GG eingreift.

#### I. Kompetenztitel

1. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG („öffentliche Fürsorge“), der in der Lit. zum Teil auch für Rauchverbote in Anspruch genommen wird, scheidet nach ganz h.M. aus, da er keine Grundlage für eine allgemeine Gesundheitsfürsorge bietet, sondern nur bei wirtschaftlichen oder sonstigen Notsituationen eingreift.

2. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) ist seit dem 01.09.2006 für bundesgesetzliche Rauchverbote nicht mehr einschlägig, da das Gaststättenrecht nunmehr ausdrücklich in die Kompetenz der Länder fällt.

3. Soweit der räumliche Geltungsbereich Arbeitsstätten erfasst, fallen Rauchverbote grds. unter Art. 74

Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht). Speziell für den Arbeitsschutz hat der Bund bereits Regelungen in der ArbeitsstättenVO getroffen. Danach hat der einzelne einen Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz, nicht jedoch auf einen Arbeitsplatz, an dem überhaupt nicht mehr geraucht wird.

Umstritten ist allerdings, ob sich durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auch generelle Rauchverbote in Hotels und Gaststätten mit ihren Arbeitsplätzen für Personal rechtfertigen lassen. Dagegen wird eingewandt, dass es hier weniger um den Arbeitsschutz gehe als vielmehr um den Schutz des allgemeinen Publikums, der von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht erfasst werde (*Rossi/Lenski a.a.O.*, S. 2659; a.A. *Siekmann a.a.O.*, S. 3384).

4. Zum Teil wird auf § 74 Abs. 1 Nr. 19 GG verwiesen. Danach hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebung u.a. für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche ... Krankheiten bei Menschen“. Gemeingefährliche Krankheiten sind solche, die zu schweren Gesundheitsschäden oder zum Tode führen können. Gesetzliche Rauchverbote seien „Maßnahmen“ gegen die gemeingefährliche Krankheit Krebs, da nach allgemeiner Auffassung auch Akte der gesetzgeberischen Vorsorge von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG erfasst würden (*Siekmann a.a.O.*, S. 3383).

Nach der Gegenansicht verlangt § 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine „Unmittelbarkeit“ zwischen der gesetzlichen Maßnahme und der Krankheitsbekämpfung. Das Passivrauchen stelle weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für eine Krebserkrankung dar. Es sei vielmehr lediglich ein Aspekt von mehreren risikoe erhöhenden Faktoren. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG erfasse nur solche Maßnahmen, die gezielt und unmittelbar den Ausbruch und der schädigenden Wirkung konkreter gemeingefährlicher Krankheiten entgegenwirken, was bei Rauchverboten nicht der Fall sei (*Rossi/Lenski a.a.O.*, S. 2568).

5. Nach *Siekmann a.a.O.* werden Rauchverbote auch vom „Recht der Gifte“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG erfasst. Gifte sind Stoffe, die für Mensch und Tier schwer gesundheitsschädlich oder tödlich wirken können. Tabak und Tabakprodukte erfüllten diese Voraussetzungen. Nach der Gegenansicht wird Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG für Genussmittel durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG verdrängt. Aber auch diese Vorschrift könne keine Kompetenzgrundlage für ein Rauchverbot sein, da sie lediglich dem Verbraucherschutz und nicht allgemein dem Gesundheitsschutz diene (*Rossi/Lenski a.a.O.*). Nach *Siekmann a.a.O.* sind dagegen auch die Voraussetzungen der Nr. 20 erfüllt, da dieser das gesamte Recht der Lebens- und Genussmittel erfasst und anders als früher nicht nur den Verkehr mit ihnen.

6. Bundesgesetzliche Rauchverbote werden teilweise auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) gestützt.



Das Rauchen von Tabakprodukten führe der Luft hochtoxische und krebserregende Substanzen zu und verschlechtere damit die Atemluft (Siekmann a.a.O.). Nach der Gegenansicht erfasst Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG nur Maßnahmen, die primär dem Umweltschutz dienen. Rauchverbote, die lediglich einen positiven Nebeneffekt auf die Umwelt ausüben, könnten daher nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gestützt werden (Rossi/Lenski a.a.O.).

7. Unstreitig kann der Bund Rauchverbote als Annex zu verschiedenen verkehrsrechtlichen Gesetzgebungsbefugnissen treffen, z.B. im Flug- und Bahnverkehr (vgl. die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 73 Nr. 6 u. Nr. 6 a GG zur Regelung des Luft- und Eisenbahnverkehrs und die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis für sonstige Verkehrsmittel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 21–23). Hiervon werden auch Rauchverbote in den jeweiligen Verkehrsmitteln erfasst.

8. Mit der Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) korrespondiert in Bezug auf den Arbeitsschutz die Regelung des Art. 73 Nr. 8 GG, die dem Bund die Kompetenz für die Regelung der Rechtsverhältnisse der Bundesbeamten zuweist. Davon werde auch ein Rauchverbot erfasst (Rossi/Lenski a.a.O., S. 2569). Für Landesbeamte hat der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG n.F. dagegen nur noch die Kompetenz für Statusrechte und Statuspflichten, worunter ein Rauchverbot nicht fällt. Die Gegenansicht knüpft auch für Beamte an die allgemeine Regelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG an. Rauchverbote seien nicht deshalb Beamten- oder Richterrecht, nur weil sie auch für Beamte und Richter gelten (Siekmann a.a.O., S. 3384).

9. Will der Bund nicht nur personenbezogen ein Rauchverbot für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes erlassen, sondern ein umfassendes Verbot in öffentlichen Gebäuden des Bundes verhängen, so wird teilweise eine ungeschriebene Kompetenz kraft Natur der Sache bejaht. Jedenfalls kann der Bund in seinen öffentlichen Gebäuden unabhängig von gesetzlichen Maßnahmen ein Rauchverbot zumindest auf der Grundlage seines Hausrechts erlassen.

## II. Erforderlichkeit

Soweit bundesgesetzliche Rauchverbote auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 (Arbeitsschutz), Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 (Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, Recht der Gifte) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) gestützt werden, gilt die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG seit der Neuregelung in 2006 nicht mehr. Der Bund könnte danach ein generelles Rauchverbot erlassen (Siekmann a.a.O., S. 3384). Nach der Gegenansicht steht dem Bund aus den genannten Kompetenztiteln keine umfassende Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten zur Verfügung.

Diese fallen vielmehr grds. in den Zuständigkeitsbereich der Länder (Rossi/Lenski a.a.O. S. 2680).

Soweit die gesetzliche Anordnung von Rauchverboten auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG (Recht der Genussmittel) gestützt wird, ist nach Art. 72 Abs. 2 GG die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung weiterhin kompetenzbegründendes Merkmal. Bei Rauchverboten wird dies zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet und zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse bejaht (Siekmann a.a.O., S. 3385; a.A. Rossi/Lenski a.a.O., S. 2660 zur Rechtslage vor der Föderalismusreform).

*Ergänzung zu:*

*AS-Skript StaatsorganisationsR (2007), S. 160 ff.*

## Verwaltungsprozessrecht

### Wichtige Änderungen und Ergänzungen zur VwGO

BGBI. I 2006, 2816, 2819, 2833 u. 331

I. Das Normenkontrollverfahren in § 47 VwGO ist durch das am 01.01.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBI. I S. 3316) in zwei wesentlichen Punkten geändert worden:

- Die Antragsfrist (§ 47 Abs. 2 VwGO) von bislang zwei Jahren ist auf ein Jahr nach Bekanntgabe der angegriffenen Rechtsvorschrift verkürzt worden. Entsprechend wurde die Frist zur Geltendmachung von Fehlern von Bauleitplänen in § 215 Abs. 1 BauGB angepasst. Nach der Überleitungsvorschrift in § 195 Abs. 7 VwGO gilt die einjährige Antragsfrist allerdings nur für Rechtsnormen, die nach dem 31.12.2006 in Kraft treten, also insb. nicht für früher bekannt gemachte Bebauungspläne.
- Die Antragsbefugnis (§ 47 Abs. 2 VwGO) ist im Baurecht durch eine Präklusionsregelung in § 47 Abs. 2 a VwGO eingeschränkt worden. Der Normenkontrollantrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan oder eine Innenbereichssatzung (§ 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 u. 3) oder eine Außenbereichssatzung (§ 35 Abs. 6 BauGB) zum Gegenstand hat, ist unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 Abs. 2 BauGB) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 u. 13 a Abs. 2 Nr. 1 BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist (hierzu § 3 Abs. 2 S. 2, 2. Halbs. BauGB n.F.)

Im Übrigen enthält das Gesetz vor allem Änderungen des BauGB zur Erleichterung von Planungsvorhaben im städtischen Bereich. Für Bebauungspläne der Innenentwicklung ist in § 13 a BauGB n.F. bei bestimmten Flächenausdehnungen ein beschleunigtes Verfahren eingeführt worden. Die Änderung des Durchführungsvertrages beim Vorhaben- und Erschließungsplan wird durch die Einfügung des § 12 Abs. 3 a BauGB auch ohne Änderung des Bebauungsplanes ermöglicht, wenn im B-Plan die bauliche Nutzung bereits allgemein festgesetzt worden ist. § 34 Abs. 3 a BauGB ist auf zulässigerweise errichtete bauliche Anlagen zu Wohnzwecken erweitert worden. Auch diese Vorhaben können nun, wenn städtebaulich vertretbar, durch Ermessensentscheidung zugelassen werden, auch wenn sie sich nicht in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Nach § 34 Abs. 3 BauGB dürfen von Vorhaben im Innenbereich keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein. Der damit verfolgte Zweck kann nunmehr gem. § 9 Abs. 2 a BauGB n.F. durch einfachen B-Plan umgesetzt und verbindlich geregelt werden. Im B-Plan kann (vergleichbar mit den Regelungen in § 1 Abs. 5 ff. BauNVO) festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der nach § 34 Abs. 1 u. 2 BauGB zulässigen baulichen Nutzungen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden. Dabei sind insbesondere städtebauliche Entwicklungskonzepte (z.B. kommunale Einzelhandelskonzepte) zu berücksichtigen. Schließlich soll durch verschiedene Änderungen in den §§ 142 ff. BauGB das Sanierungsverfahren beschleunigt und erleichtert werden, u.a. sind nunmehr in § 171 f BauGB private Initiativen zur Stadtentwicklung ausdrücklich vorgesehen. Die Normerhaltungsvorschrift des § 214 BauGB ist konkretisiert und um Regelungen für Bebauungspläne der Innenentwicklung nach § 13 a BauGB ergänzt worden. Die Rügefrist in § 215 Abs. 1 BauGB ist auf ein Jahr verkürzt worden (s.o.).

II. Durch das am 17.12.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung von Planungsvorhaben für Infrastrukturvorhaben vom 09.12.2006 (BGBl. I S. 2833) sind die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren im Verkehrswegerecht grundlegend novelliert worden (insbes. im FStrG, AEG, BWassStrG, LuftVG). Dadurch sind auch die bislang in den neuen Ländern geltenden Sondervorschriften im Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz ersetzt worden. Die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG für bestimmte Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren im Verkehrswegerecht findet sich nunmehr in § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO.

III. Bloße Verfahrensverstöße können die Klagebefugnis Dritter grds. nicht begründen. Erforderlich ist stets, dass sich der gerügte Verfahrensfehler auf eine materiell-rechtliche Position des Klägers ausgewirkt haben

kann. Deshalb gibt es grds. auch keine Drittschutz gegen ein falsches Genehmigungsverfahren (wenn z.B. für eine Windkraftanlage eine Baugenehmigung statt einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erteilt wird). Eine Ausnahme hat die Rspr. nur gemacht, wenn der Betroffene ohne das objektiv-rechtliche erforderliche Genehmigungsverfahren seine materiellen Rechten nicht ausreichend geltend machen kann (z.B. im Atomrecht). Umstritten war bislang, ob dies auch gilt, wenn statt eines förmlichen Verfahrens mit Umweltverträglichkeitsprüfung ein vereinfachtes Verfahren durchgeführt wurde (für Drittschutz OVG Koblenz NVwZ 2005, 1208, 1210; dagegen OVG NRW NVwZ-RR 2004, 408).

Durch das am 15.12.2006 in Kraft getretene Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 07.12.2006 (BGBl. I S. 2816) ist diese Streitfrage geklärt worden. § 4 URBG sieht nunmehr ein Anfechtungsrecht bei bestimmten Verfahrensfehlern im Umweltrecht ausdrücklich vor (insb. bei unterbliebener Umweltverträglichkeitsprüfung). Die Heilung nach § 45 VwVfG bleibt von der Regelung unberührt. § 46 VwVfG wird dagegen für die von § 4 URBG erfassten Verfahrensfehler verdrängt. Im Übrigen ist keine Sonderregelung getroffen worden. Hier bleibt es – entgegen Forderungen der Lit. – bei der Anwendung von § 46 VwVfG bzw. der speziellen Rechtsvorschriften, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens maßgebend sind. § 2 URBG regelt ergänzend zum bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz die umweltrechtliche Vereinsklage (bislang nur im Naturschutzrecht), für die es – abweichend von § 42 Abs. 2 VwGO – keiner Verletzung von eigenen Rechten bedarf. § 3 URBG regelt das Anerkennungsverfahren für Vereinigungen, die Rechtsbehelfe nach diesem Gesetz einlegen können.

Parallel zum Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz ist zur Umsetzung verschiedener EU-Richtlinien das sog. Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz vom 09.12.2006 (BGBl. I S. 2819) in Kraft getreten, das (insbes. durch Änderung des UVPG, des BImSchG u.a.) eine Öffentlichkeitsbeteiligung bei bestimmten Plänen und Programmen des EG-Rechts sowie die Ergänzung der nationalen Bestimmungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung bei Zulassungsverfahren für Industrieanlagen und Infrastrukturmaßnahmen nach EG-Richtlinien vorsieht. Hervorzuheben ist hierbei, dass es sich beim Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz um eines der ersten Gesetze handelt, in denen der Bund festgelegt hat, dass die Länder von den verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht oder nur eingeschränkt abweichen dürfen (vgl. z.B. § 73 BImSchG n.F.). Das Gesetz bedurfte deshalb nach Art. 84 Abs. 1 S. 5 u. 6 GG (i.d.F. der Föderalismusreform) der Zustimmung des Bundesrates.

*Ergänzung zu:*

*AS-Skript VwGO (2006), S. 128 ff. u. S. 155 f.*