

DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT

**43. DEUTSCHER
VERKEHRSGERICHTSTAG
2005**

Veröffentlichung
der auf dem 43. Deutschen Verkehrsgeschichtstag
am 27. und 28. Januar 2005 in Goslar
gehaltenen Referate und erarbeiteten Empfehlungen

Zitierweise nach Jahrgang und Seite, z.B.: „Elsner, 42. VGT 2004, 31 ff.“

Die Durchführung des 43. Deutschen Verkehrsgerichtstages und die Drucklegung dieser Broschüre wurden vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, dem ACE, dem ADAC, dem Bund gegen Alkohol und Drogen im Straßenverkehr, dem Deutschen Anwaltverein und dem GDV finanziell unterstützt.

Die Programmgestaltung des Deutschen Verkehrsgerichtstages lag in den Händen eines Vorbereitungsausschusses, dem unter Vorsitz von Prof. Dr. Friedrich Dencker, Universität Münster, Institut für Kriminalwissenschaften, folgende Mitglieder angehörten:

Detlef Otto Bönke, Ministerialrat
Eva Borck, Oberstaatsanwältin a.D.
Hans-Jürgen Gebhardt, Justizrat, Rechtsanwalt
Michael Harald Jordan, Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.
Dr. Eckhart Jung, ADAC, Juristische Zentrale
Christine Kramer, Ministerialrätin
Herbert Müller, Gothaer Allgemeine Vers.-AG
Klaus Labenski, Geschäftsführer
Reiner Lilie, Oberstaatsanwalt a.D.
Dr. Dietrich Steinicke, Ministerialrat a.D.
Wolfgang Vogt, Rechtsanwalt

Hamburg 2005

Herausgeber:

Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft e.V.
– Deutsches Verkehrswissenschaftliches Seminar –
Baron-Voght-Straße 106 a · 22607 Hamburg
Telefon (040) 89 38 89 · Telefax (040) 89 32 92
Internet: <http://www.deutsche-verkehrsakademie.de>
e-mail: service@deutsche-verkehrsakademie.de

Redaktion: Michael Harald Jordan

Gesamtherstellung:
Druckerei Buck GmbH, Parkstraße 28, 19288 Ludwigslust

INHALTSVERZEICHNIS

Arbeitskreise	
Themen, Leiter, Referenten	5
Empfehlungen	
der Arbeitskreise	7
Begrüßungsansprache	
des Präsidenten der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft, Generalbundesanwalt Kay Nehm	15
Eröffnungsansprache	
des Präsidenten des Deutschen Verkehrsgerichtstages, Prof. Dr. Friedrich Dencker	21
Plenarvortrag	
„Maut, Videoüberwachung ... – was ist uns der Datenschutz noch wert?“ Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Spiros Simitis, Johann-Wolfgang-Goethe- Universität, Frankfurt/M.	31
Referate:	
Arbeitskreis I:	
„VVG-Reform“	
1. Dr. Bruno Gas	47
2. Dr. Ralf Johannsen	54
3. Volker Schöfisch	59
Arbeitskreis II:	
„Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess“	
1. Prof. Dr. Herbert Roth	64
2. Dr. Peter Macke	77
3. Dr. Bernd Hirtz	89
4. Bernd Netzer	103
Arbeitskreis III:	
„Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden“	
1. Jürgen Nehls	114
2. Herbert Lang	130
3. Dr. Axel Burghart	147
Arbeitskreis IV:	
„Strafrecht gegen Verkehrsrowdies“	
1. Prof. Dr. Helmut Janker	162
2. Hans-Peter Knaack	176
3. Georg Prasser	194

Arbeitskreis V:

„Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten“

1. Prof. Dr. Dieter Birnbacher	201
2. Rolf-Werner Bock	209
3. Prof. Dr. Wolfram Höfling	217

Arbeitskreis VI:

„Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa“

1. Dr. Frank Albrecht	225
2. Dr. Markus Schäpe	236
3. Carla de Vries	246

Arbeitskreis VII:

„Europäische Führerscheinreform“

1. René Plank	268
2. Prof. Dr. med. Wolfgang Eisenmenger	273
3. Ulrich Klaus Becker	281

Arbeitskreis VIII:

„Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie“

1. Volker Schellhammer	291
2. Dr. Hans-Heinrich Nöll	298
3. Uta Ordemann	306

Schlussvortrag

„Freie Rechtsberatung in Verkehrssachen?“

Hartmut Kilger, Rechtsanwalt

Präsident des Deutschen Anwaltvereins e.V., Tübingen	316
--	-----

Die Anzahl der erfassten Teilnehmer am 43. Deutschen Verkehrsgerichtstag 2005 betrug 1501.

Sie gliederten sich nach Berufsgruppen wie folgt auf:

Rechtsanwälte	459	Firmen	46
Versicherer	326	Berufsgenossenschaft	42
Automobilclubs/Verkehrswacht	98	Staats- und Anwälte	34
Medienvertreter	92	Fahrlehrer	28
Verwaltung	74	Mediziner/Psychologen	24
Polizei	73	Schifffahrt	16
TÜV/DEKRA/Sachverständige	64	Sonstige Berufe	63
Richter	62		

ARBEITSKREISE, THEMEN, LEITER, REFERENTEN

Plenarvortrag: Maut, Videoüberwachung ... – was ist uns der Datenschutz noch wert?

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Spiros Simitis,
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt/M.

Arbeitskreis I: VVG-Reform

– Alles-oder-Nichts-Prinzip – Mehr Verbraucherschutz –
Deckungsschutz trotz Zahlungsverzugs? –

Leitung: Prof. Dr. Ernst Niederleithinger, Ministerialdirektor i.R., Berlin

Referenten: (1) Dr. Bruno Gas, ehem. Vorstandsvorsitzender
der Mecklenburgischen Versicherungsgruppe, Hannover
(2) Dr. Ralf Johannsen, Rechtsanwalt, Hamburg
(3) Volker Schöfisch, Ministerialrat,
Bundesministerium der Justiz, Berlin

Arbeitskreis II: Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess

– Erste Erfahrungen – Änderungsbedarf –

Leitung: Dr. Gerda Müller, Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe

Referenten: (1) Dr. Bernd Hirtz, Rechtsanwalt, Köln
(2) Dr. Peter Macke, Präsident des Brandenburgischen
Oberlandesgerichts a.D., Brandenburg/Havel
(3) Bernd Netzer, Ministerialdirektor,
Bundesministerium der Justiz, Berlin
(4) Prof. Dr. Herbert Roth, Universität Regensburg

Arbeitskreis III: Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden

– Prognose – Kapitalisierung – Anwaltshaftung –

Leitung: Angela Diederichsen, Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Referenten: (1) Dr. Axel Burghart, Richter am Landgericht, Hamburg
(2) Herbert Lang, Abteilungsleiter Kraft-Schaden,
Allianz Versicherungs-AG, München
(3) Jürgen Nehls, Leitender Verwaltungsdirektor a.D., Bielefeld

Arbeitskreis IV: Strafrecht gegen Verkehrsrowdies

– Spezieller Straftatbestand? – Ermittlungsprobleme –
Sanktionen –

Leitung: Dr. Ingeborg Tepperwien,
Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Referenten: (1) Prof. Dr. Helmut Janker, Berlin/Wolfratshausen
(2) Hans-Peter Knaack, Staatsanwalt, Saarbrücken
(3) Georg Prasser, Fachanwalt für Strafrecht,
Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins e.V., Stuttgart

Arbeitskreis V: Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten

Vertrauensverhältnis contra Verkehrssicherheit –
Leitung: Prof. Dr. Klaus Geppert, Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft, Berlin

Referenten: (1) Prof. Dr. Dieter Birnbacher, Heinrich Heine Universität
Düsseldorf, Philosophisches Institut, Düsseldorf
(2) Rolf-Werner Bock, Rechtsanwalt, Berlin
(3) Prof. Dr. Wolfram Höfling, Universität zu Köln,
Institut für Staatsrecht, Köln

Arbeitskreis VI: Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa

– Unterschiedliche Konzepte – Umfassende Halterhaftung –
Schärfere Sanktionen –

Leitung: Dr. Uwe Graeger, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.

Referenten: (1) Dr. Frank Albrecht, Regierungsdirektor, Bundesministerium
für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Berlin
(2) Dr. Markus Schäpe, Rechtsanwalt, ADAC e.V., München
(3) Carla de Vries, Hauptverwaltungsrätin, Europäische
Kommission, Generaldirektion Energie und Verkehr, Brüssel

Arbeitskreis VII: Europäische Führerscheine

– Führerschein auf Zeit – Eignungstests –
Europaweite Gültigkeit? –

Leitung: Dr. Eckhart Jung, Rechtsanwalt, ADAC e.V.,
Juristische Zentrale, München

Referenten: (1) Ulrich Klaus Becker, Rechtsanwalt, Schleswig
(2) Prof. Dr. med. Wolfgang Eisenmenger, Universität München,
Institut für Rechtsmedizin, München
(3) René Plank, Verwaltungsrat, Europäische Kommission,
Generaldirektion Energie und Verkehr, Brüssel

Arbeitskreis VIII: Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie

– International und national – Schifffahrt – Häfen –
Leitung: Prof. Dr. Peter Ehlers, Präsident des Bundesamtes
für Seeschifffahrt und Hydrographie, Hamburg

Referenten: (1) Dr. Hans-Heinrich Nöll, Hauptgeschäftsführer,
Verband Deutscher Reeder, Hamburg
(2) Uta Ordemann, Rechtsanwältin, Geschäftsführerin des
Zentralverbandes der deutschen Seehafenbetriebe, Hamburg
(3) Volker Schellhammer, Regierungsdirektor, Bundesamt für
Seeschifffahrt und Hydrographie, Hamburg

Schlussvortrag: Freie Rechtsberatung in Verkehrssachen?

Hartmut Kilger, Rechtsanwalt,
Präsident des Deutschen Anwaltvereins e.V., Tübingen

Empfehlungen des 43. Deutschen Verkehrsgerichtstages 2005

Arbeitskreis I:

„VVG-Reform“

Der Arbeitskreis empfiehlt,

- die Beratungspflicht der Versicherer und der Versicherungsvermittler bei dem Vertrag über die vorläufige Kfz-Haftpflicht-Deckung mit Rücksicht auf den Pflichtversicherungscharakter bedarfsgerecht zu reduzieren,
- die Vereinbarung des rückwirkenden Wegfalls des vorläufigen Versicherungsschutzes bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Erstprämie für den endgültigen Versicherungsvertrag in der KH-Versicherung weiterhin zuzulassen,
- die Vereinbarung einer Obliegenheit des Versicherungsnehmers (VN), Ansprüche eines Geschädigten nicht anzuerkennen und nicht zu befriedigen, weiterhin zuzulassen,
- zumindest ausdrücklich klarzustellen, dass ein vom VN gegenüber dem Geschädigten abgegebenes Anerkenntnis den Haftpflichtversicherer nicht bindet; dies soll auch für den Fall der Befriedigung des Geschädigten durch den VN gelten,
- den Vorschlag der VVG-Kommission, bei grob fahrlässigen Vertragsverletzungen des VN das Alles-oder-Nichts-Prinzip durch eine verschuldensabhängige „Quotelung“ der VR-Leistung zu ersetzen, nicht im VVG-neu umzusetzen,
- die von der VVG-Kommission für die Pflichtversicherung vorgeschlagene Regelung eines § 118 VVG-neu, die bei Schadenersatzansprüchen, die insgesamt die Versicherungssumme überschreiten, eine Verteilung nach einer neuen Rangordnung vorsieht, im VVG-neu umzusetzen, empfiehlt jedoch in § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VVG-E die vom Schädiger selbst möglicherweise zu erlangenden Ersatzleistungen zu streichen, und
- die von der VVG-Kommission vorgeschlagene Regelung eines § 124 Abs. 4 VVG-neu, mit der die Rechtsstellung des berechtigten Fahrers im Falle der Leistungsfreiheit des Versicherers verbessert wird, im VVG-neu umzusetzen.

Arbeitskreis II:

„Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess“

1. Das Berufungsgericht ist Tatsachengericht und muss es bleiben. Für das Berufungsgericht gilt daher das Gebot der materiell richtigen Entscheidung des Einzelfalls.
2. Das Berufungsgericht unterliegt weder in Rechts- noch in Tatfragen den für das Revisionsgericht geltenden Einschränkungen.
3. In der Berufungsinstanz sollte der Einzelrichter nur mit Zustimmung der Parteien entscheiden.
4. Der einstimmige Beschluss über die Zurückweisung der Berufung (§ 522 Abs. 2 ZPO) sollte anfechtbar sein.
5. Die Berufungsbegründungsfrist sollte in begründeten Ausnahmefällen ohne Einwilligung des Gegners verlängert werden können.
6. Die zwingende Zuständigkeit des Oberlandesgerichts in Auslands-sachen sollte abgeschafft werden. Stattdessen sollte für die Fälle der Anwendung oder Anwendbarkeit ausländischen Rechts eine Abgabemöglichkeit an das Oberlandesgericht vorgesehen werden.
7. Bei der Revision sollte die Wertgrenze von 20.000 Euro für die Nichtzulassungsbeschwerde auf Dauer beibehalten werden.
8. Weitergehende tief greifende Eingriffe in den Zivilprozess sind derzeit nicht veranlasst. Der Zivilprozess eignet sich nicht für kurzatmige Veränderungen.

Arbeitskreis III:

„Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden“

1. Der Arbeitskreis hält eine Änderung des § 843 Abs. 3 BGB nicht für erforderlich.
2. Beim Abfindungsvergleich bleibt es grundsätzlich der Vereinbarung der Parteien überlassen, mit welchen Rechenparametern der Kapitalbetrag errechnet wird.
3. Der Abfindungsvergleich betrifft regelmäßig alle zu erwartenden Ansprüche des Geschädigten auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens.
 - a) Sollen bestimmte Ansprüche nicht vom Vergleich erfasst sein, sondern einer späteren Regelung vorbehalten bleiben, müssen sie so genau wie möglich bezeichnet werden.
 - b) Im Hinblick auf die kurze Verjährung empfiehlt es sich, eine Verlängerung der Verjährungsfrist für die vorbehaltenen Ansprüche ausdrücklich zu vereinbaren.
 - c) In den Abfindungsvergleich sollte ein Vorbehalt hinsichtlich des gesetzlichen Anspruchsübergangs auf Dritte aufgenommen werden.
4. Der Anwalt des Geschädigten hat seinen Mandanten vor Abschluss des Vergleichs über den Inhalt sowie über die Vor- und Nachteile des vorgesehenen Abfindungsvergleichs und über die alternative Rentenzahlung aufzuklären.

Arbeitskreis IV:

„Strafrecht gegen Verkehrsrowdies“

1. Zunehmende Verkehrsdichte birgt die Gefahr steigenden Aggressionspotentials und damit „rowdyhaften“ Verkehrsverhaltens, dem entgegen gewirkt werden muss.

Nach einhelliger Auffassung des Arbeitskreises reichen die bestehenden Strafvorschriften (i. V. mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht) jedoch nach Inhalt und Strafdrohung aus, um Verkehrsverstöße angemessen zu sanktionieren und künftigem Fehlverhalten vorzubeugen.

2. Das Entdeckungs- und Sanktionsrisiko für Verkehrsrowdys sollte durch zeitnahe, sachgerechte Ermittlungen erhöht werden. Hierfür bedarf es einer verstärkten polizeilichen Überwachung des Verkehrsgeschehens – auch im Hinblick auf die Einhaltung des Rechtsfahrgebots – sowie einer verbesserten Schulung von Polizeibeamten bezüglich der Maßnahmen des ersten Zugriffs. Die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft sollte unter Steigerung der Qualitätsstandards weiter intensiviert werden.
3. Auffällig gewordene Kraftfahrer sollten verstärkt Schulungsmaßnahmen und Untersuchungen zugeführt werden, die sich mit der Toleranzschwelle und Aggressionsbereitschaft befassen.
4. Der Arbeitskreis empfiehlt, den Rechtsgüterschutz, den das Strafrecht Verkehrsteilnehmern naturgemäß nur eingeschränkt gewähren kann, durch flankierende präventive Maßnahmen zu stärken. Diese sollten vorrangig darauf gerichtet sein, Aggressionspotential abzubauen, zum einen durch Aufklärungs- und Ausbildungsmaßnahmen, zum anderen durch eine sinnvolle, dem verständigen Verkehrsteilnehmer nachvollziehbare Verkehrsregelung.

Arbeitskreis V:

„Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten“

1. Der Arzt hat aus dem Behandlungsvertrag die Pflicht, seinen Patienten auch über mögliche Fahreignungsmängel aufzuklären und nachdrücklich auf daraus resultierende Gefahren für ihn selbst und für andere hinzuweisen. Dies hat er angemessen zu dokumentieren.
2. Dafür sind verbesserte verkehrsmedizinische Kenntnisse nicht nur wünschenswert, sondern unerlässlich.
3. Im Unterschied zu einigen anderen europäischen Ländern ist der Arzt in der Bundesrepublik Deutschland *nicht verpflichtet*, Fahreignungsmängel seines Patienten der zuständigen Behörde zu melden. Um das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht zu belasten, soll dieser Rechtszustand nach ganz überwiegender Ansicht des Arbeitskreises nicht geändert werden.
4. Wegen dieses Vertrauensverhältnisses hat der Arbeitskreis mit großer Mehrheit auch die Einführung eines spezialgesetzlich geregelten Melde-

rechts abgelehnt. Vielmehr soll der Arzt nach Maßgabe des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) abwägen und entscheiden können, ob die zu befürchtende Gefährdung der allgemeinen Verkehrssicherheit im Ausnahmefall die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht erlaubt. Auch in diesem Fall besteht *keine Meldepflicht*.

5. Nach Auffassung des Arbeitskreises besteht im Übrigen ein erhebliches Defizit an fundierten empirischen Erkenntnissen über die Unfallursächlichkeit von körperlich-geistigen Fahreignungsmängeln. Dies betrifft beispielsweise psychiatrische, neurologische und geriatrische Erkrankungen sowie den Konsum von berauschenden Mitteln und die Einnahme von Medikamenten.

Arbeitskreis VI:

„Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa“

Der Arbeitskreis hat folgende Empfehlungen beschlossen:

1. Die Empfehlung der Europäischen Kommission zur Verkehrsüberwachung wird im Grundsatz begrüßt; eine verbindliche europäische Regelung wird jedoch abgelehnt. Die Kommission wird aufgefordert, die in der Empfehlung enthaltenen Durchsetzungsmaßnahmen (u. a. verdachtslose Alkoholkontrolle, vollautomatisierte Feststellung und Ahndung von Geschwindigkeitsverstößen, intensive Überwachung der Gurtpflicht) unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten mit den Mitgliedsstaaten zu erörtern.
2. Dabei sind auch verfassungsrechtliche Bedenken zu berücksichtigen; dies gilt insbesondere für eine umfassende Halterhaftung im fließenden Verkehr. Die große Mehrheit der Teilnehmer fordert jedoch, die Kostentragungspflicht des Halters nach § 25a StVG auf den Bereich der geringfügigen Geschwindigkeitsüberschreitungen (Verwarnungsgeldbereich) auszudehnen. Die zuständigen Behörden der Länder werden aufgefordert, bei mehr als nur geringfügigen Verstößen konsequent von der schon heute möglichen Fahrtenbuchauflage Gebrauch zu machen.
3. Der Gesetzgeber sollte die verdachtslose Alkoholkontrolle zulassen, indem er regelt, dass die verweigerte Mitwirkung bei der Atemalkoholmessung einen für die Blutentnahme nach § 81a StPO hinreichenden Tatverdacht begründet.

4. Herstellung und Vertrieb von Geräten, mit denen vor Verkehrsüberwachungsanlagen gewarnt wird oder die diese stören (u. a. Navigationssysteme mit integrierter Warnfunktion) sollten zusätzlich zu dem schon heute bestehenden Benutzungsverbot untersagt werden.
5. Ein „kommunales Anhalterecht“ zur Verfolgung von Verkehrsverstößen, das nur bundesrechtlich geregelt werden könnte, wird abgelehnt.
6. Die bereits weitgehend ausgehandelten europäischen Regelungen zur grenzüberschreitenden Vollstreckung von Sanktionen sollten umgehend in Kraft gesetzt werden.
7. Bund und Länder werden aufgefordert, das Sanktionsniveau in Deutschland zu überprüfen und dabei auch das Sanktionsniveau im europäischen Ausland mit einzubeziehen.
8. Bund und Länder werden aufgefordert, ein gemeinsames Programm zur Verkehrsüberwachung aufzulegen; dazu ist eine bundesweite Übersicht über die einschlägigen Maßnahmen in den Ländern ebenso erforderlich wie eine Intensivierung der zweckdienlichen Forschung.

Arbeitskreis VII:

„Europäische Führerscheinreform“

1. Der Arbeitskreis begrüßt grundsätzlich die von der EU durch eine weitere Harmonisierung des Führerscheinrechts verfolgten Ziele: Verbesserung der Verkehrssicherheit, Verringerung der Betrugsmöglichkeiten und Stärkung der Freizügigkeit der Bürger. Bei der Gestaltung des Rechts sind die Ziele der Charta der EU zur Verkehrssicherheit vorrangig.
2. Der Arbeitskreis fordert, bei den aktuellen Beratungen Folgendes zu berücksichtigen:
 - Ein obligatorischer Umtausch alter Führerscheine innerhalb einer angemessenen Frist unter voller Besitzstandswahrung wird als geeignete Maßnahme anerkannt.
 - Das deutsche Zentrale Fahrerlaubnisregister muss zügig voll umfänglich weiter ausgebaut werden, damit ein (auch EU-weiter) Datenaustausch ermöglicht wird.
 - Die Einführung regelmäßiger Gesundheitsuntersuchungen für PKW- und Motorradfahrer ohne bestimmten Anlass wird abgelehnt.

- Zur Eindämmung des illegalen Führerscheintourismus ist die europaweite Einhaltung der bestehenden Regelungen dringend notwendig, insbesondere die Einhaltung des Wohnsitzprinzips. Gefordert wird die Anhebung der Mindestanforderungen hinsichtlich der körperlichen und geistigen Tauglichkeit für das Führen eines Kraftfahrzeugs. Die nationalen Eignungsregelungen sind auf Führerscheininhaber mit Wohnsitz in Deutschland konsequent anzuwenden.
- Der Arbeitskreis lehnt die Einführung von Mikrochips auf deutschen Führerscheinen ab.

Arbeitskreis VIII:

„Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie“

I.

Der Arbeitskreis begrüßt die in Deutschland erfolgte termingerechte und erfolgreiche Umsetzung des am 01.07.2004 in Kraft getretenen internationalen Regelwerks zur Abwehr von Terroranschlägen in der Seeschifffahrt. Er sieht jedoch weiteren Handlungsbedarf und empfiehlt folgende Schritte:

1. Unklarheiten bei einzelnen Regelungen müssen im Rahmen der IMO mit dem Ziel einer international harmonisierten Anwendung der Vorschriften schnellstens geklärt werden. Das betrifft vor allem
 - die von den Schiffen abzugebenden Meldungen,
 - die klare Unterscheidbarkeit der Alarme im Seenotfall und bei anderen Gefährdungssituationen,
 - den Zugang an Bord, den Besatzungswechsel und den Landgang der Seeleute.
2. Vereinbarungen mit den Nachbarstaaten zum Kurzstreckenverkehr, insbesondere zum Fährverkehr in der Ostsee, sollten zügig zum Abschluss gebracht werden.
3. Die noch erforderlichen nationalen Ausführungsvorschriften sollten alsbald erlassen werden; sie sollten nicht über internationale Vorgaben hinausgehen. Das ILO-Übereinkommen 185 über Ausweise für Seeleute sollte umgehend ratifiziert werden.
4. Bei dem EU-Vorschlag zur Verbesserung der Sicherheit in den Häfen muss eine einseitige Belastung der Häfen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte, vermieden werden.

rungen zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern führen kann, vermieden werden. Die bislang nur auf Seeschiffe und Seehäfen bezogenen Sicherheitsmaßnahmen müssen auf die gesamte Transportkette ausgedehnt und aneinander angepasst werden.

5. Die derzeitige Überarbeitung des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt von 1988 sollte einerseits die Zugriffsmöglichkeiten auf fremdflaggige Schiffe bei Verdacht terroristischer Taten verbessern, andererseits den Grundsatz der Freiheit der Seeschifffahrt nicht unverhältnismäßig einschränken.

II.

Die gegen Terroranschläge auf Schiffen eingeführten Maßnahmen sind auch gegen Piratenüberfälle wirksam, müssen aber international verbessert werden. Im Rahmen der Entwicklungshilfe sind die von Piraterie betroffenen Küstenstaaten beim Aufbau geeigneter Sicherheitsstrukturen zu unterstützen.

III.

Zur Abwehr von Terroranschlägen und Piratenüberfällen ist eine gesetzliche Klärung der Befugnisse der deutschen Streitkräfte auch im Hinblick auf die Unterstützung der Sicherheitsbehörden erforderlich.

Begrüßungsansprache des Präsidenten der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft

Kay Nehm, Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Meine sehr verehrten Damen, meine Herren!

Zum 43. Male lädt die Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft zum Verkehrsgerichtstag nach Goslar. Mehr als 1500 Teilnehmer aus allen dem Verkehrsrecht zugewandten Berufen sind unserem Ruf gefolgt, um in acht Arbeitskreisen über aktuelle Probleme des Verkehrsrechts zu beraten.

Wem soll ich für den anhaltenden Zuspruch danken? Ihnen, die wieder einmal – zum Teil viele Jahre in Folge – nach Goslar gekommen sind? Oder sollte ich denen unsere Reverenz erweisen, die uns durch Androhung neuer gesetzlicher und administrativer Vorhaben oder durch verfehlte Reformen stets aufs Neue Gelegenheit zu fachkundigem Widerspruch und zu praxistauglichen Korrekturvorschlägen geben? Eigentlich gebührt unsere Anerkennung deshalb Herrn Professor Dencker, dem Präsidenten des Deutschen Verkehrsgerichtstages und den Mitgliedern seines Vorbereitungsausschusses, die wiederum mit der Sicherheit eines Seismographen aktuelle und künftige Problemfelder aufgespürt und uns zur Diskussion präsentiert haben.

Wie dem auch sei, Dank gebührt in jedem Falle der gastgebenden Stadt Goslar und ihrem Oberbürgermeister Dr. Hesse. Sie haben uns erneut Ihre bewährte Hilfe zuteil werden lassen. Herr Oberbürgermeister, ich begrüße Sie herzlich. Wir erwarten voller Spannung Ihren Bericht über das, was sich im vergangenen Jahr in und um Goslar getan hat. Und selbstverständlich sind wir auch gespannt, welche verkehrsrechtlichen Funken Sie diesmal aus Wislicenus' pathetischem Historiengemälde zu schlagen verstehen.

Dank schulden wir allen anderen, die durch Rat und Tat den reibungslosen Ablauf des 43. Verkehrsgerichtstages ermöglichen. Dazu gehören nicht zuletzt unsere Sponsoren¹.

1. Die Sponsoren sind bei der Begrüßungsansprache in der Kaiserpfalz in Goslar namentlich genannt worden.

Es gehört zu den guten Traditionen des Verkehrsgerichtstages, neben den Beratungen der Arbeitskreise in der Eröffnungsveranstaltung über den Tellerrand des engeren Verkehrsrechts zu schauen und uns von Persönlichkeiten zum Nachdenken anregen zu lassen, die im allgemeinen nicht zum Kreis einschlägig bekannter Festredner des Verkehrsrechts gehören. So habe ich heute die besondere Freude Herrn Professor Spiros Simitis als Plenarredner begrüßen zu können.

Herr Professor Simitis, wer Sie, Ihren Werdegang, Ihre Arbeits- und Denkweise einigermaßen vollständig würdigen wollte, käme an einem Präludium von der Dauer eines Plenarvortrages kaum vorbei. Lassen Sie es mich deshalb anders herum versuchen: Sie sind nicht nur kein Verkehrsrechtler, Sie haben sich auch nie in die Politik begeben. Dennoch haben Sie – wie es einmal eine Zeitung formulierte – mit dem perfekten Understatement eines klugen Mannes viel bewegt. Dazu hat gewiss beigetragen, dass Ihr besonderes Interesse stets solchen Themen galt, die aufgrund rasanter Entwicklungen der Bereitschaft bedurften, sich neuen Einsichten, mitunter auch neuen Positionen zu öffnen: Dazu gehört der Datenschutz, dem Sie insbesondere in Ihrer Zeit als hessischer Datenschutzbeauftragter bis 1991 wie kaum ein anderer Ihren Stempel aufgedrückt haben. Dazu gehört in jüngster Zeit die Bioethik, die in Ihnen seit drei Jahren als Vorsitzender des Nationalen Ethikrates einen exzellenten Koordinator gefunden hat.

Die Suche nach dem rechten Maß zwischen technischem Fortschritt und Privatautonomie bildet auch den Hintergrund Ihres heutigen Plenarvortrages zum Thema „Maut, Videoüberwachung... – was ist uns der Datenschutz noch wert?“ Dabei werden Sie, wie Sie im Vorgespräch angedeutet haben, den drei Punkten nach Videoüberwachung gewiss ihre besondere Beachtung schenken. Ich danke Ihnen sehr, dass Sie zu uns nach Goslar gekommen sind.

Ich freue mich, dass auch in diesem Jahr eine Reihe von Ehrengästen unserer Einladung gefolgt ist.² Seien Sie uns herzlich willkommen. Mit Ihnen begrüße ich die Angehörigen der Presse sowie alle Teilnehmer aus der Bundesrepublik Deutschland und aus 16 weiteren europäischen Ländern.

Auch wenn der Deutsche Verkehrsgerichtstag seine Bedeutung aus der interdisziplinären Beratung gewinnt, gibt die Eröffnungsveranstaltung immer wieder Gelegenheit, aktuelle Themen anzusprechen, ohne dazu von Ihnen, den Teilnehmern autorisiert worden zu sein und ohne dass Ihnen zumindest an dieser Stelle die Chance des Widerspruchs eingeräumt ist.

2. Die Ehrengäste sind bei der Begrüßungsansprache in der Kaiserpfalz in Goslar namentlich genannt worden.

Keinen Widerspruch lösen Meldungen der letzten Wochen aus, dass nach vorläufigen Berechnungen des Statistischen Bundesamtes die Zahl der Verkehrstoten im vergangenen Jahr mit unter 5.850 Opfern auf den niedrigsten Stand seit Einführung der Statistik vor 50 Jahren gesunken ist – und dies, obwohl sich 45 Millionen Pkw und 2,6 Millionen Lkw auf Deutschlands Straßen drängen. Die anhaltende positive Entwicklung wurde durch Fortschritte bei der aktiven und passiven Sicherheit aber auch durch Verbesserungen beim Straßenbau, bei der Verkehrserziehung und bei den Rettungssystemen ermöglicht. Nicht zuletzt hat daran auch der Deutsche Verkehrsgerichtstag durch fortwährende Bemühungen um eine Verbesserung des Verkehrsrechts und der Verkehrssicherheit seinen Anteil.

Die erfreuliche Entwicklung belegt aber auch, dass das Sicherheitspotential noch keineswegs ausgereizt ist. Das gilt insbesondere für die Unfallursache „menschliche Unzulänglichkeiten“. Während sich der technische Fortschritt ohne Zutun des Verkehrsteilnehmers auswirkt – der Wettbewerb zwingt jedermann zu Erwerb und Nutzung verbesserter Produkte – bedarf es zur Änderung individueller Verhaltensweisen immerwährender Überzeugungsarbeit, bisweilen auch der nachdrücklichen verwaltungsrechtlichen Pflichtenmahnung, wenn nicht gar der gerichtlichen Bestrafung.

Das gilt für die Hauptunfallursachen Alkohol, Drogen und überhöhte Geschwindigkeit. Es gilt insbesondere für die Überschätzung, das Impingergehe und die Risikofreudigkeit junger Kraftfahrer zwischen 18 und 25 Jahren, die mit über 20 Prozent überproportional in der Opferstatistik vertreten sind. Hier bleibt auch in Zukunft noch viel zu tun.

Eine weitere Unfallursache bildet – zumindest mittelbar – der Faktor Zeit. „Just in time“ heißt die Devise auf unseren Straßen. Mittlerweile sind unsere Autobahnen zu rollenden Vorratslagern geworden. Das Unternehmensprinzip „von der Palette in die Produktion“ funktioniert allerdings nur, wenn der vorgegebene Zeittakt eingehalten wird. Nicht viel anders verhält es sich im Individualverkehr. Das Navigationsgerät zeigt uns auf die Minute, wann wir unser Ziel erreichen werden; selbstverständlich alles nur unter der Bedingung normaler Verkehrsverhältnisse – und wann sind unsere Verkehrsverhältnisse schon normal?

Die Folge der permanenten Zeitnot: Überhöhte Geschwindigkeit, gewagte Überholmanöver, kilometerlange Elefantenrennen – bevorzugt an Steigungen – und das Ausscheren auf die linke Fahrspur, sobald ein langsames Fahrzeug auch nur am Horizont auftaucht. All dies verschlimmert die Situation noch zusätzlich. Ungeduld, Hektik und Aggression prägen das Bild auf unseren Straßen und Autobahnen.

Zu diesen halblegalen Unarten kommt eine grundsätzliche Bereitschaft zu kontrollierter Regelverletzung. Verkehrsregeln werden nicht als notwendiges kodifiziertes Toleranzgebot, sondern als Beschränkung der individuellen Freiheit verstanden. Die Angst vor Ahndung, besser die Angst vor einer Ahndung, die sich nicht mehr mit dem Griff in den Geldbeutel abtun lässt, diktiert das Verhalten. So sind Geschwindigkeitsüberschreitungen bis knapp unterhalb der Eintragungsgrenzen des Verkehrszentralregisters schon fast programmiert. Dass dennoch trotz massenhafter bewusster Regelverstöße insgesamt erstaunlich wenig passiert, ist neben glücklicher Fügung häufig nur der Rücksichtnahme anderer Verkehrsteilnehmer – und sei es auf das eigene Blech – zu verdanken. Dabei ist der Zeitgewinn derartiger Rücksichtslosigkeiten, wie Messungen und vergleichende Fahrversuche belegen, minimal, das Unfallrisiko dagegen überdurchschnittlich hoch. Wie viel entspannter und sicherer führe es sich, wenn wir nicht nur pünktlich ankämen, sondern auch beizeiten abführen?

Der Rückgang tödlicher Unfälle bringt aber auch Probleme mit sich: Opfer, die früher einen Unfall nicht überlebt hätten, kommen heute mit langfristigen oder dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigungen davon. Dies stellt besondere Anforderungen an die Qualität des Rettungswesens, der Medizin und der Rehabilitation.

Der Erfolg der Unfallrettung und Unfallbehandlung hängt jedoch von der Zeit ab, in der technische und medizinische Hilfe zur Stelle sind. Deshalb ist es immer wieder erschreckend, mit welcher Disziplinlosigkeit sich die Masse der Autofahrer im Stau verhält. Entgegen § 11 Abs. 2 StVO wird nicht nur keine Gasse für Rettungsfahrzeuge freigehalten, es wird dazu auch noch bedenkenlos so dicht aufgefahren, dass ein Durchkommen, wenn überhaupt, nur durch zeitraubende Manöver möglich ist. Immer wieder ist zu beobachten, dass Lastzüge den Stau zu Überholmanövern ausnutzen und damit die gesamte Fahrbahn blockieren. Zudem scheinen manche Autofahrer die Monotonie des Straßenverkehrs nur mit ohrenbetäubenden Discoklängen ertragen zu können. Hektische Lenkbewegungen in letzter Minute belegen, dass herkömmliche Sondersignale gegenüber dieser Art Geräuschteppich keine Chance haben. Auch hier gehen den Rettungskräften entscheidende Minuten verloren.

Die Fortschritte der Unfallmedizin und Rehabilitation bringen es ferner mit sich, dass die Schadensabwicklung zunehmend komplizierter wird. Die herkömmlichen Probleme der Haftung, der Haftungsquoten und der Schadensabrechnung treten in den Hintergrund, wenn beispielsweise über die Ursächlichkeit des Unfallgeschehens für die Verschlimmerung vorhandener Leiden oder über die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen bei

denkbaren Spätschäden zu befinden ist. Derartige Fälle mit schwierigen materiell-rechtlichen und prozessualen Problemen, mit hohen rechtlichen Risiken und verheerenden Folgen bei unzulänglicher Beratung gehören im Interesse des Verbraucherschutzes in die Hand von Spezialisten. Schon der 33. Deutsche Verkehrsgerichtstag hat deshalb die Einführung einer Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht gefordert, ein Petikum, das ich beim 39. Verkehrsgerichtstag nochmals mit Nachdruck unterstützt habe. Deshalb begrüße ich es außerordentlich, dass die dritte Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer im November vergangenen Jahres nach ausführlicher und teilweise kontroverser Diskussion nun endlich die Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht eingeführt hat. Es liegt mir fern, diese Entscheidung als Ergebnis unserer Bemühungen zu reklamieren. Dennoch lässt sich ein Teil des Erfolges auf die Mühen der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft leiten. Denn unser Vorstandsmitglied Dr. Greißinger hat es im Interesse der Verkehrsrechtsanwälte auf sich genommen, die Auseinandersetzung um die Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht mit List erfolgreich auf die Spitze zu treiben. Am 28. Juli 2004 wurde er durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts als Spezialist für Verkehrsrecht verfassungsrechtlich lizenziert. Damit war das Tor zur Einführung des Fachanwalts aufgestoßen.

Der Beschluss ist lesenswert: Sofern die Angaben des Anwalts über seine spezielle Qualifikation zutreffen, sachlich und nicht irreführend sind (welcher Verkehrsanwalt agiert je unsachlich und irreführend), lässt sich ein Verbot der Selbstdarstellung als Spezialist für Verkehrsrecht von Verfassungs wegen nicht rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht spendet aber auch den Unterlegenen Trost: Spezialisiert sich nämlich ein Anwalt auf einen engeren Bereich der Rechtsberatung, so wehrt er mit der Außendarstellung als Spezialist eine Inanspruchnahme in sonstigen Materien weitgehend ab. Das heißt, der Anwalt, der sich des Spezialistentums auf dem Gebiet des Verkehrsrechts rühmt, wird im Regelfall nicht für andere spezielle Materien in Anspruch genommen. Nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts wird also der Kuchen weder kleiner noch größer, er dürfte nur neu verteilt werden.

Insofern wünsche ich dem jüngsten Spross unter den Fachanwaltschaften im Interesse der Verbraucher und der Anwaltschaft eine positive Entwicklung. Der Deutsche Verkehrsgerichtstag wird auch weiterhin allen am Verkehrsrecht interessierten Anwälten als Forum der Diskussion und der Fortbildung offen stehen.

Nun wünsche ich Ihnen allen, allen Arbeitskreisleitern und Referenten und allen, die an der Durchführung des 43. Deutschen Verkehrsgerichtstages mitwirken, einen ertragreichen Verlauf und wie immer einen angenehmen Aufenthalt in Goslar.

Eröffnungsansprache des Präsidenten des Deutschen Verkehrsgerichtstages

**Prof. Dr. Friedrich Dencker, Universität Münster,
Institut für Kriminalwissenschaften, Münster**

Im vergangenen Jahr habe ich an Richard Spiegels Mahnung erinnert, nach der jede Verkehrsvorschrift nur so viel wert sei, wie sie überwacht werde. Da mir die Souveränität des ersten Kanzlers dieser Republik, Konrad Adenauer, fehlt, der auf den Vorhalt eigener früherer Aussagen mit dem geflügelten Wort reagierte, „Was kümmert mich mein Geschwätz von gestern?“, möchte ich darauf zurückkommen und Grenzen des Prinzips „Kontrolle“ ansprechen. Kontrolle ist gut, Kontrolle ist nötig, aber es kommt nicht nur darauf an, was, wie, und zu welchem Zweck kontrolliert wird; es muss auch für die Kontrolle der Kontrolleure gesorgt sein, und es gilt zu akzeptieren, dass manchmal Vertrauen nicht nur unabdingbar ist, sondern auch das bessere Prinzip.

Vertrauen freilich ist nicht gerade das typische Grundprinzip von Verwaltungshandeln, und das umso weniger, je zentraler die jeweilige Verwaltungsebene angesiedelt ist, d. h. ja auch, je weiter weg von den konkreten Problemsachverhalten. Sie sehen, ich beginne von Europa zu reden.

Bis 2010, so hat der seinerzeit zuständige Brüsseler Kommissar Liikaanen postuliert, solle die Zahl der Verkehrstoten in Europa halbiert werden. Mein verehrter Vorgänger Dr. Macke hat das an dieser Stelle als ein lohnenswertes Ziel bezeichnet. Wer wäre ich, dem zu widersprechen? Indes, als aufmerksamer Bürger dieser Republik fühlt man sich auch bei einer solchen Agenda für das Jahr 2010 doch zur Skepsis aufgerufen, da man sich noch an das erklärte Ziel eines früheren Kanzlers erinnern mag, die damals wesentlich niedrigere Arbeitslosenzahl zu halbieren. Aber nicht nur deshalb bin ich skeptisch. Beziffert man die Forderung Liikaanens konkret, könnte man wie folgt formulieren: Die Brüsseler Kommission strebt an, dass im Jahre 2010 in Europa 20.000 Menschen im Straßenverkehr sterben. Das klingt freilich weniger gut, es ist aber nur eine – zugegeben – unfreundliche sprachliche Umformulierung; warum diese?

Wir könnten uns sicher alle einigen auf den Satz, dass jeder Tod, dass jede Verletzung im Straßenverkehr, letztlich also, dass jeder Verkehrsunfall einer zu viel ist. Also gilt es unablässig daran zu arbeiten, dass deren Zahl verringert wird.

Planzahlen für Verkehrstote vorzugeben, könnte aber zu dem Fehlverständnis führen, das sei planbar nach dem Prinzip „Ziel bestimmen, Mittel für die Zielerreichung festlegen, umsetzen und schließlich: Ziel erreicht.“ Mir scheint eine solche, sicherlich in Brüssel nicht gewollte, Bürokraten-denkweise nicht der richtige Weg, vielmehr gilt es, sich darauf einzurichten, dass Verkehr immer zu Unfällen führen wird, und dass es immer Ziel aller Beteiligten sein muss, schon die Zahl der Unfälle zu verringern, und sodann die bei den doch zu erwartenden Unfällen zu befürchtenden Folgen insgesamt so gering wie möglich zu halten. Eine solche Sicherheitsarbeit auf allen Ebenen ist nötig. Hilfreich dafür ist es, Unfallursachen zu ermitteln und sich aufmerksam den Fragen zuzuwenden, wie man dort präventiv ansetzen kann. Kontrolle wird dabei sicherlich ein zentrales Element sein. Was aber heißt Kontrolle genau?

Nach den Brüsseler Vorstellungen, wie sie in zwei Arbeitskreisen dieses Verkehrsgerichtstagen diskutiert werden, heißt Kontrolle im wesentlichen repressives Vorgehen gegen Verkehrsverstöße und offenbar auch eine regelmäßige Überprüfung der Kraftfahrer, vor allem, wenn sie älter werden, auf ihre Gesundheit. Begonnen sei mit letzterem, weil sich solche Pläne in einer Richtlinie, also bindendem Recht für alle Staaten der Union, zu verdichten drohen. Begründet werden Pläne, alle Fahrerlaubnisse müssten im Zehnjahresrhythmus, für ältere Kfz-Teilnehmer gar alle fünf Jahre, erneuert werden, im Wesentlichen mit der Behauptung, das diene der Erleichterung der Freizügigkeit. Konkret also: Eine ältere deutsche Bürgerin darf mit ihrem Pkw und mit ihrer Fahrerlaubnis aus dem Jahre z. B. 1970 zukünftig je nach Ausgang der Überprüfung in ganz Europa nach einer Fünfjahreskontrolle nicht mehr fahren; nach geltender Rechtsprechung des EuGH dürfte sie dies, weil jede nationale Regelung von den übrigen Ländern zu respektieren ist. Dass sie es zukünftig nicht mehr dürfte, ja das wäre wohl eine enorme Erleichterung der Freizügigkeit. (Eine Erleichterung der Kontrolle der Gültigkeit der jeweiligen national erteilten Fahrerlaubnisse – das dürfte wohl wirklich mit Erleichterung der Freizügigkeit gemeint sein – ließe sich tatsächlich mühelos mit einem entsprechenden Vermerk auf dem Dokument Führerschein erreichen.)

Mir scheint darin ein Beispiel vorzuliegen für eine zentrale Kontrollfreude fernab von konkreten Problemen; im Hinblick auf weitere Einzelheiten will ich insoweit dem zuständigen Arbeitskreis nicht vorgreifen.

Nicht viel anders scheint es mir mit den Vorschlägen zu liegen, die sich zur Erreichung des „Zieles 2010“ in Sachen Verkehrssicherheit abzeichnen. Die Hochrechnung lautet: Reduzieren wir die drei Hauptursachen für vermeidbare Verkehrstode, nämlich Geschwindigkeitsübertretungen, Alko-

hol am Steuer und Fahren ohne Gurt, so bringt das schon einen erheblichen Teil der „Halbierung“; einverstanden: Nur wie?

Das Rezept aus Brüssel lautet: möglichst viel Kontrolle und Repression. Nichts gegen Kontrolle, und auch nichts gegen den Ansatz, dass vielfach nur repressives Vorgehen im Anschluss an Kontrollen helfen mag, aber doch bitte mit Augenmaß: Eine in Deutschland erreichte Gurtanlagequote von über 90 % – und das bei einer doch eher maßvollen Bußgeldhöhe für den Fall der Zuwiderhandlung – ist eine in vielerlei Hinsicht traumhafte Quote in Sachen Gesetzestreue. Könnte man sie auf Steuerehrlichkeit übertragen, dürfte die Haushaltssanierung leicht fallen. Wer dann noch etwas an – wünschenswerter! – Verbesserung erreichen will, muss wohl doch mit etwas mehr administrativer Fantasie arbeiten als mit dem Reflex „Kontrolle und Geldbußen“. Warum also generalisierende Ratschläge, wo offenbar sehr unterschiedliche konkrete Situationen betroffen sind?

(Ein Wort sei gestattet zur vielleicht bei Ihnen aufkommenden Frage, was denn gegen „Empfehlungen“ einzuwenden sei: Nach meinen bisherigen Eindrücken haben solche Empfehlungen aus Brüssel die fatale Neigung, sich auf rechtlich recht unterschiedlichen Wegen zu bindendem Recht zu verwandeln.)

Richtig erscheint mir der Ansatz, Geschwindigkeitsüberschreitungen mit Kontrollen und mit Strafen zu begegnen. Nach der Logik von zurzeit in Europa vielfach Regierenden soll nun aber vermehrte Kontrolle nicht zu vermehrten ökonomisch messbaren Kosten führen dürfen. Also wird empfohlen, nicht nur die Kontrollen zu automatisieren, sondern gleichsam auch die Sanktionierung: Die Buße für eine Geschwindigkeitsüberschreitung durch ein bei der Kontrolle registriertes Kraftfahrzeug soll strikt dessen Halter auferlegt werden, gleichgültig, ob er auch gefahren ist. Die Buße sei keine kriminelle Sanktion, und der Halter könne sich ja beim eigentlichen Sünder, dem Fahrer, das Geld wiederholen. Das funktioniere in den Niederlanden bestens, es gebe dort kaum Einsprüche gegen solche Bescheide.

Kein Wunder – warum soll man noch Rechtsschutz bei Gericht suchen, wenn die Verteidigung nutzlos ist, man habe die Tat nicht begangen, sondern – falls sie denn begangen worden sei – ein anderer, wenn man also auch schuldlos Opfer von Sanktionen werden kann? Die Niederländer, für ihren Pragmatismus bekannt, mögen mit einem solchen System arbeiten, und ich will mich da – auch als „Nachbar“ aus Münster – nicht einmischen. Für Europa insgesamt halte ich es für prinzipiell verfehlt, und ich will das Prinzip benennen, um das es geht: Das Schuldprinzip, das nicht nur Ver-

fassungsrang nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat, sondern das auch ein europäisches Rechtsprinzip ist, wie sich aus Art. 6 der EMRK ergibt. Das Europa des Europarats, dessen Verfassung diese Konvention gewissermaßen ist, ist das Europa der traditionellen (nicht nur, aber auch) europäischen Freiheits- und Menschenrechte, und es garantiert jedem einer Straftat Beschuldigten bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld einen fairen Prozess.

Dem Einwand, es gehe ja bei dem vorgeschlagenen Bußgeld um eine verwaltungsrechtliche, keine strafrechtliche Reaktion, mag man im Europa der EU Gewicht beimessen, im Europa der Menschenrechtskonvention zählt er nicht, denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zu einem solchen Einwand (der Bundesrepublik im Zusammenhang mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht), schnöde vereinfacht, geäußert, man könne eine Strafe nennen, wie man möge, es bleibe doch eine Strafe. Diese Rechtsprechung folgt zu Recht der Definition der Strafe durch den großen niederländischen Juristen Hugo Grotius, wonach Strafe ein Übel sei, das einer Person auferlegt werde, weil sie ein Übel begangen hat – *poena est malum passionis, quod affligitur propter malum actionis*. Gleichgültig, ob man die „poena“ „a fee“ oder ob man „requiring the fee“ denn doch hinreichend deutlich als „sanctioning“ bezeichnet (die englischen Vokabeln beziehe ich wie meine Informationen aus dem dankenswerten Referat von Frau de Vries), es bleibt ein *malum passionis*, und es wird wegen „*mala actionum*“ auch dann verhängt, wenn man die Geschwindigkeitsübertretungen nicht so benennt, sondern als „offences“.

Kontrollen ja – aber sie sind weder kostenfrei zu haben, noch lassen sich die ökonomischen Kosten bedenkenlos in Einbußen an Rechtsstaatlichkeit umwandeln. Europa soll nach einem Programmsatz des Entwurfs einer EU-Verfassung ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit, und des Rechts“ sein. Das ist so lange erstrebenswert, wie diese Elemente im rechten Verhältnis zueinander stehen; nicht aber darf das Recht die Freiheit in eine Sicherheitszelle sperren.

Das heißt auch, dass bei aller Notwendigkeit von Kontrollen auch die Kontrolle der Kontrolleure gewährleistet bleiben muss. Nun führt das natürlich leicht in einen infiniten Regress – wer kontrolliert die Kontrolleure der Kontrolleure (u.s.w.)? Um einen solchen zu vermeiden, muss man Rechtsmittel in irgendeiner Weise begrenzen. Das zu tun, ist seit einiger Zeit beliebte Beschäftigung unserer Rechtspolitiker. Mit einem Teil der Folgen einschlägigen Tuns beschäftigt sich auf diesem Verkehrsgerichtstag ein Arbeitskreis. Aber bevor diese Änderungen auch nur einigermaßen bewältigt sind und bevor ihre Auswirkungen beurteilt werden können,

sind schon wieder die Rechtsmittel Gegenstand politischer Aktivitäten. Diesmal sind es die Landesjustizminister, die unter anderem dem System strafrechtlicher Rechtsmittel zu Leibe rücken wollen. Ins Auge gefasst ist eine weitgehende Abschaffung von Rechtsbehelfen, überhaupt gegen Urteile der Amtsrichter in (u. a.) Verkehrsordnungswidrigkeiten sowie die Reduzierung der Rechtsmittel gegen Strafurteile der Amtsgerichte auf nur noch eines – wahlweise Berufung oder Revision. Ich erlaube mir dazu nur einige wenige Sätze, bei denen ich mir vernehme, auf den sicherlich seltenen, aber doch nicht wegzudiskutierenden Typ des selbstherrlichen Amts- oder Berufungsrichters einzugehen und auf die Begrenztheit revisionsrechtlicher Kontrolle. Ich spreche auch nicht über die Besorgnisse, die sich einem erfahrenen Leser politischer Lyrik aufdrängen, wenn er in dem einschlägigen Eckpunktepapier der Länderjustizminister den Satz liest: „Die richterliche Unabhängigkeit ist dabei uneingeschränkt zu wahren.“ (Da nicht alle Verfassungsnormen in dem Papier beschworen werden, rätselt man als Leser zunächst über den Zusammenhang bis man Wörter liest wie „Führung“, „Qualitätsmanagement“, „flexiblerer Richtereinsatz“.)

Was erwarten sich diese Rechtspolitiker und auf welcher Beurteilungsgrundlage wollen sie schon wieder am Rechtsmittelsystem herumoperieren? Sie sprechen von einem Zuwachs an Transparenz und Effizienz, sprich: Kostenersparnis. Dazu nämlich hätten die bisherigen Reformen nicht geführt. Statt nun über den entsprechenden Nutzen solcher Reformen nachzudenken, fordern sie mehr davon – merkwürdig; denn ein aufwendiges rechtsvergleichendes und empirisch fundiertes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht führte zu dem Ergebnis, dass unser strafrechtliches Rechtsmittelsystem im internationalen Vergleich keineswegs besonders umfangreich ausgestaltet und dass es durchaus effizient sei. Es funktioniert zurzeit mit anderen Worten ganz gut – warum also wollen die Politiker ein bewährtes System zugunsten einer ungewissen Zukunftsstruktur zerschlagen? Ich wage dazu eine Prognose: Sollte es zu einer solchen Änderung kommen, würden Reparaturen schnell nötig, und die personellen Einsparungen, sollten sie denn überhaupt erfolgen, würden nicht einmal das Maß an juristischer Arbeitskraft aufwiegen, das allein schon für die Vorarbeiten zu einer solchen Reform erforderlichlich wird. Wo bisher durch die Existenz von richterlicher Kontrolle Vertrauen in richterliches Tun herrscht, wird letzteres mit dem Wegfall von Kontrollen auch als Systemkapital schwinden.

Zum Thema „Kontrolle und Vertrauen“ möchte ich zurückkehren zu einem Aspekt der Straßenverkehrssicherheit. Die Gurtanlagequote ist in Deutschland erfreulich hoch. Das war nicht immer so, ist also er-

reicht worden, und das kaum wesentlich durch Kontrolle und Repression, sondern durch Aufklärung und nicht zuletzt Zivilrechtsprechung. Ein Bereich der Unfallstatistik allerdings ist in diesem Zusammenhang alarmierend: Fast die Hälfte aller im Straßenverkehr tödlich verunglückten Kinder waren „Mitfahrer“ in einem Pkw, und sie wurden meist deshalb tödlich verletzt, weil sie nicht optimal gesichert waren – durch die für Kleinkinder vorgeschriebenen, je nach Alter divergierenden technischen Vorrichtungen, die im Bürokratendeutsch z. T. als „Kinderrückhaltesysteme“ bezeichnet werden. Das ist schlimm, und es sind hochgradig vermeidbare Opfer. Deshalb, so wurde mir einmal gesprächsweise vorgehalten, sei es nicht richtig, davon zu sprechen, für eine Verschärfung repressiver Vorschriften im Straßenverkehr bestehe in Anbetracht erfreulich sinkender Opferzahlen kein Anlass. Mir scheint dies ein Punkt zu sein, an dem die Begrenztheit des Schemas Kontrolle/Repression besonders deutlich sichtbar wird:

Normalerweise sorgen sich Eltern um das Wohl ihrer Kinder – darauf kann man auch vertrauen. Macht man ihnen also hinreichend klar, dass das größte Risiko für einen plötzlichen Tod ihres Kleinkindes nicht in falschem Bettzeug, Bauchlage oder in dem liegt, was sonst immer noch in entsprechenden Kursen für junge Eltern als statistische Gründe für den plötzlichen Kindstod genannt wird, sondern in einer mangelhaften Sicherung im Auto, oder weist man sie z. B. anlässlich einer Kontrolle darauf hin, dass sie ggf. das Sterberisiko für ihr Kind bei einem Unfall auf das Siebenfache erhöhen, dürfte das mehr Erfolg versprechen als irgendeine Sanktionsverschärfung.

Mir scheint ein Hinweis wichtig, den ich mit einem Bericht aus einer Polizeizeitschrift verdeutlichen möchte. Er handelte über eine Kampagne zur Verringerung tödlicher Unfälle auf einer Strecke, die sich bei einer konkreten Unfallbeobachtung als Unfallschwerpunkt ergeben hatte. Diese Kampagne bestand aus einer abgestimmten Kombination vielfältiger Aktionen, die man insgesamt vielleicht unter dem Begriff der Werbung zusammenfassen könnte – Symbole und Transparente an der Strecke, Aktionstage mit Menschenketten, Hinweise, die auf alle amtlichen Schreiben aufgeklebt waren u.s.w. Mit einem bunten Strauß von Maßnahmen also, mit denen die Botschaft zu den Adressaten transportiert wurde, hat man sehr erfolgreich versucht, eine Verhaltensänderung bei den Benutzern der Unfallstrecke zu erreichen.

Auch bei der repressiven Tätigkeit des Staates geht es letztlich im wesentlichen genau darum: Die Gehirne der Menschen zu erreichen, denn nur auf diesem Weg lässt sich Verhalten beeinflussen. Auf Repression

allein zu setzen, ist aber nicht nur fantasielos und droht letztlich unverhältnismäßig zu werden, es ist vor allem nicht erfolgreich genug. Niemand würde wohl ernsthaft annehmen wollen, man könne die schweren Verletzungen oder Tode mitfahrender Kleinkinder, die auf mangelnder Sicherung beruhen, dadurch verringern, dass man den Eltern eine härtere strafrechtliche Sanktion auferlegt; denn die sind durch das bereits am schlimmsten bestraft, was ihr Kind durch ihre Schuld erlitten hat. Auch im Vorfeld geht es nicht darum, gedankenlosen Eltern bei einer Kontrolle überhaupt eine oder eine härtere Sanktion zuzumessen, die ihr Kind im Auto nicht genügend gesichert haben; es geht darum, ihnen hinreichend bewusst zu machen, dass sie damit ihr Kind einem vielfach höheren Risiko aussetzen, bei einem Unfall schwer verletzt oder getötet zu werden.

Darum, die Gedankenlosigkeit von Verkehrsteilnehmern zu durchbrechen, geht es auch bei einem anderen Punkt, der zwar nicht die Dramatik von Kindern als Opfern von Verkehrsunfällen aufweist, für die Opfer jedoch ein ständiges und ihre Lebensqualität reduzierendes Ärgernis bedeutet – den Missbrauch von reservierten Behindertenparkplätzen durch Unberechtigte. Auch hier scheint mir jedenfalls auf den ersten Blick das Problem nicht darin zu liegen, dass repressives staatliches Handeln rechtlich nicht in ausreichendem Maß ermöglicht würde; vielmehr sind hier schlicht faktisch wohl die Grenzen des Schemas Kontrolle/Strafe ebenso erreicht wie diejenige, mit Hilfe des verwaltungsrechtlich zulässigen Abschleppens, das von den Sündern als eigentliche Strafe empfunden wird, dafür zu sorgen, dass die Plätze für diejenigen reserviert bleiben, die sie wirklich bitter benötigen. Auch hier gilt es, nicht nur mehr Fantasie zu entwickeln, nicht nur den vielfältigen Schlichen, Tricks und Ausreden zu begegnen, die von ertappten Sündern benutzt werden, vielmehr sollte es auch hier möglich sein, im Vertrauen darauf handeln zu können, dass die Menschen nicht alle wirklich schlecht sind. Es müsste doch möglich sein, über solche bloßen Appelle hinaus, wie ich jetzt einen an die Allgemeinheit richte, der großen Mehrheit nicht behinderter Autofahrer klar zu machen, in welchem moralisch krassen Missverhältnis der geringe Eigennutz hier zu dem erheblichen Fremdschaden steht, den sie anrichten, und zwar nicht zuletzt dann, wenn sie „nur mal ganz kurz halten“, was eben ein Standardverhalten ist.

Was die Grenzen der Wirksamkeit des Schemas Kontrolle/Repression betrifft, möchte ich abschließend auf einen Punkt eingehen, der letztlich jenseits der Grenzen liegt, die für Kontrolle und Repression gezogen sind, jedenfalls im üblichen Verständnis dieser Begriffe. Es geht dabei um das Verhältnis von Kontrolle und Vertrauen in Sachen Justiz.

Wir tun in Grenzen gut daran, auch die Kontrolleure zu kontrollieren. Z. B. sollte auch der Amtsrichter, der über Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr entscheidet, nicht mit dem sicheren Wissen darüber entscheiden, über ihm sei nur noch der viel zitierte „blaue Himmel“, wenn er über Geldbußen bis zu 500 Euro oder Fahrverbote bis zu einem Monat entscheidet; das sind die Vorstellungen der Justizministerkonferenz. Das Wissen des Amtsrichters um die Möglichkeit einer Rechtsmittelkontrolle dürfte vielfach die Grundlage dafür bilden, dass ihm tatsächlich Vertrauen entgegengebracht wird – und dass tatsächlich nur wenig zur Kontrolle ans Oberlandesgericht transportiert wird.

Wie sehr das prinzipielle Fehlen von Kontrolle dargebrachtes Vertrauen gefährden kann, möchte ich an einem Beispiel verdeutlichen, mit dem ich meine Ausführungen dann auch beenden will. Es handelt sich in meinen Augen um einen stillen Skandal des Rechtsstaats.

Die dritte Gewalt im Staate heißt nicht zufällig so, sie ist eben auch die letzte der drei Gewalten. Dementsprechend heißt es im Grundgesetz ja auch nicht etwa, die rechtsprechende Gewalt sei „Sache der Richter“ oder „wird von Richtern wahrgenommen“ o. ä., nein, nach Art. 92 GG ist sie den Richtern „anvertraut“.

Ein solches Vertrauen ist kraft Natur der Sache dort die einzige Regelungsgrundlage, wo es um Zeit geht, die bekanntlich flüchtig ist und un wiederbringlich verstreicht. Dort, wo es um schnelles richterliches Handeln geht, versagt zwangsläufig auch die Möglichkeit nachträglicher Kontrolle durch Rechtsmittel. Wer um schnellen, um einstweiligen Rechtsschutz bei Gerichten nachsucht, dem bleibt nichts als das Vertrauen darauf, dass die Richter schnell entscheiden. Soweit ich es beurteilen kann, geschieht das auch weithin im Bereich der ordentlichen Justiz; Anträge auf Arrest und einstweilige Verfügungen werden innerhalb von Tagen beschieden, wenn es nicht am selben Tag geschieht.

Ganz anders sieht das leider im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Wird hier einem Bürger von der Verwaltung die Fahrerlaubnis entzogen, weil sie ihn für ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen hält, so wird für diese Verwaltungsentscheidung regelmäßig zugleich die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet, d. h., der betreffende Bürger darf nach Zustellung dieses Bescheides – bei Strafe nach § 21 Abs. 1 StVG – kein Kraftfahrzeug mehr führen. Wendet er sich nun mit der Bitte um einstweiligen Rechtsschutz an das zuständige Verwaltungsgericht, stellt er also den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, so wird ihm in vielen Fällen der Rechtsschutz letztlich schlicht verweigert. Denn anders kann man es kaum werten, wenn sich

Verwaltungsgerichte mehrere Monate Zeit lassen, bevor sie eine Entscheidung über solche Anträge erlassen. Das aber scheint die traurige Regel in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu sein, soweit es um den angeblich vorläufigen Rechtsschutz geht. So stellt sich das für mich jedenfalls ausweislich der veröffentlichten Entscheidungen über solche Anträge dar, die ich in den letzten Jahren aufmerksam auf die – vielfach in diesen Entscheidungen mitgeteilten – Daten hin gesichtet habe.

Um zu verdeutlichen, warum ich das einen (stillen) Skandal genannt habe, mag ein Verweis auf die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte genügen, nach der der drohende Verlust der wirtschaftlichen Existenzgrundlage durch ein an sich verwirktes Fahrverbot dazu führen kann, dass dieses nicht verhängt wird – die Gerichte haben das jeweils zu prüfen. Entscheidet hingegen ein Verwaltungsgericht – ein durchaus noch nicht extraordinärer Vorgang – erst drei Monate nach dem Bescheid der Verwaltungsbehörde über den Antrag des Betroffenen auf einstweiligen Rechtsschutz, so mag sich diese wirtschaftliche Existenzvernichtung bereits ereignet haben (und das wird vielfach der Fall sein), ohne dass dem irgendeine gerichtliche Überprüfung vorangegangen wäre. Mag der Antrag dann auch abgelehnt werden, und mag das auch materiell zu Recht geschehen, so ändert das doch nichts an dem Skandal der faktischen Verweigerung des Rechtsschutzes durch Unterlassen bis zu der Entscheidung.

Ich gebe zu, das ist ein juristischer Kalauer, aber es drängt sich die Idee auf, gegen solche Eingriffe durch Untätigkeit seitens der öffentlichen Gewalt Verwaltungsjustiz den Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG zu empfehlen – zur Erinnerung: Der führt zu (schnelleren) ordentlichen Gerichten. Im Ernst bleibt hier und mir nur der Appell an die Kollegen aus der Verwaltungsjustiz, diesem Missstand abzuhelfen, um das Vertrauen nicht zu verspielen, auf das Justiz auch faktisch angewiesen ist.

Dieser Streifzug über verstreute Probleme des Bereichs Verkehrsrecht mag Sie ein wenig zerstreut haben. Nun aber gilt es, sich wieder zu sammeln und zu konzentrieren, um sich einem Thema zuzuwenden, über dessen Wichtigkeit man nach dem tatsächlich doch noch erfolgten Beginn der Maut-Kontrollen auf deutschen Autobahnen kein Wort mehr zu verlieren braucht, und für dessen Behandlung wir einen Redner gewinnen konnten, dessen Name schon beinahe für das Thema „Datenschutz“ steht. Ich freue mich, Ihre Aufmerksamkeit erbitten zu dürfen für den Vortrag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Spiros Simitis über „Maut, Videoüberwachung... – was ist uns der Datenschutz noch wert?“.

Plenarvortrag:

Maut, Videoüberwachung ... – was ist uns der Datenschutz noch wert?

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Spiros Simitis,
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt/M.

I.

Wer wissen will, welchen Wert der Datenschutz noch hat, muss zunächst nach dem Stand der Verarbeitung und dem Status der Verarbeitungstechnologie fragen. Beides hat seit jeher den Datenschutz bestimmt, beides entscheidet auch darüber, ob und welche Bedeutung ihm noch zukommt. Deshalb gleich zu Beginn fünf ebenso verschiedene wie charakteristische Beispiele:

1. Die Maut, um mit ihr anzufangen, ist in ihrer gerade eingeführten Form, so überraschend es zunächst klingen mag, Symptom einer sich schon länger abzeichnenden Entwicklung. Die Anfänge reichen etwas mehr als ein Jahrzehnt zurück. Damals reagierten die Versicherungsgesellschaften auf die zunehmenden Autodiebstähle in Boston mit dem Angebot, die Versicherungsprämien drastisch zu kürzen, wenn sich die Versicherten bereit finden sollten, ihre Autos kontinuierlich mit Hilfe einer eigens eingebauten Vorrichtung über Satellit überwachen zu lassen. Die Diebstähle gingen dramatisch zurück. Wenig später wurde in Großbritannien ein ähnliches System eingeführt, das sich in einem Punkt allerdings deutlich von der Bostoner Initiative unterschied: Das System wird von den Versicherungsgesellschaften gemeinsam mit Scotland Yard betrieben.
2. Kreditkarten werden mehr und mehr durch Kundenkarten ergänzt, ja partiell verdrängt. Über fünfzig Prozent aller über 16 Jahre alten Personen verfügen mittlerweile über die unterschiedlichsten Kundenkarten und die Frage nach der Kundenkarte leitet längst, wie selbstverständlich, den Zahlungsvorgang ein. Beide, Kredit- und Kundenkarten, haben eines gemeinsam: Sie sind Schlüssel zu einer Vielzahl ständig eingebauter Informationen über das Verhalten ihrer Inhaber. Wer sie verwendet, gibt zu erkennen, wann er wo was einkauft, welches Verkehrsmittel er benutzt, wohin er reist, wie oft er in welchen Lokalen einkehrt und welches seine bevorzugten Hotels sind. Kurzum, Angabe für Angabe

wird wie in einem nicht enden wollenden Puzzlespiel das Profil der Betroffenen perfektioniert. Wie weit die Folgen reichen, zeigt etwa das Beispiel der Supermärkte, in denen die Kunden ihre mit sämtlichen Informationen zu ihrer Person aufgeladene Karte in den eigens präparierten Einkaufswagen stecken, der sie dann, in Kenntnis ihrer Gewohnheiten, zielstrebig zu den Regalen mit „ihren“ Produkten lotst, zudem im Display auf neue Waren genauso wie auf Sonderangebote hinweist, den Einkauf registriert und das Kundenkonto schließlich mit dem Gesamtpreis belastet. Dass die Verwendungsmöglichkeiten damit freilich noch lange nicht erschöpft sind, illustrieren die ersten Versuche japanischer Unternehmen, Kundinnen und Kunden, deren Profile sich weitgehend decken, per SMS zu verbinden, um ihnen so die Chance zu geben, sich näher kennen zu lernen.

3. Der zum veritablen Kundenbetreuer avancierte Einkaufswagen ist – genau genommen – nur Vorbote einer Technologie, die wohl mehr als jede andere technische Vorkehrung den Beginn einer neuen Ära der Informationsverwertung markiert: der „Radio-Frequenz-Identifikation“. Was zunächst als Musterbeispiel exzentrischer Attitüden kolportiert wurde, die Bereitschaft der Stammgäste einer exklusiven iberischen Diskothek, sich einen Chip in den Arm einnähen zu lassen, über den alle Bestellungen aufgenommen und abgerechnet wurden, ist inzwischen nicht mehr als ein belächelter Sonderfall. Erst vor wenigen Wochen hat die Food and Drug Administration in den Vereinigten Staaten der Vermarktung von implantierten Chips zugestimmt, die es nicht nur erlauben, sich umfassend über medizinisch relevante Daten der Betroffenen zu informieren, sondern auch die Angaben zu ihrer Diagnose und Behandlung sofort einzuscannen. Der Anbieter, die Firma Applied Medical Sciences, macht aus seinen weiteren Ambitionen keinen Hehl. Die medizinische Nutzung ist für das Unternehmen nur eine besonders attraktive Demonstration der Chip-Vorteile und Eingangsstufe in einen mindestens ebenso viel versprechenden Markt, den Sicherheitsbereich. Wie begründet die Hoffnungen sind, zeigt allein schon die Tatsache, dass der Ethikrat der Europäischen Kommission gerade in diesen Tagen zu den Chips zur Überwachung verdächtiger Personen und auf Bewährung entlassener Strafgefangenen Stellung genommen hat. Im Übrigen: Hier wie sonst sind die Chips Prototyp eines, wie es immer wieder heißt, idealen Bewegungsmelders.
4. Kaum geringer sind die Erwartungen an die Biometrie. Die im Dezember 2004 von der Europäischen Union beschlossene Ausstattung der Reisepässe mit digitalisierten Fotos und Fingerabdrücken und die vor allem in Großbritannien vorgesehene Aufnahme eines „bio-chips“ sowie

die publizistisch breit ausgewerteten Kontrollen mit dem Iris-Scanner am Frankfurter Flughafen sind in der Tat nur der Anfang. Hotelschlüssel gehören der Vergangenheit an. „Eye-catching“ ist der neue, in Boston bereits installierte Türöffner. Verwendet wird übrigens ein zunächst am Kennedy-Flughafen ausprobiertes und später weiterentwickeltes Verfahren. Ähnlich, wenn auch mit anderen Mitteln, geht die von einem österreichischen Unternehmen vor allem Anwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und der Lebensmittelindustrie angebotene „Top Secure Service Reinigung“ vor. Ein digitaler Fingerscan ermöglicht den Zugang der Reinigungskräfte für eine präzise festgelegte Zeit und registriert, wann sie genau wieder gegangen sind.

5. Mitte 2004 bestätigten die Betreiber der UK-Biobank ihre Absicht, so schnell wie möglich mit der Erhebung der medizinischen, genetischen und Lifestyle-Daten von zunächst einer halben Million Personen zu beginnen. Die Angaben sollen die Grundlage für eine Langzeitstudie abgeben, in deren Mittelpunkt typische Krankheiten einer zunehmend alternden Gesellschaft stehen, wie etwa Herz-Kreislauf-Erkrankungen oder Alzheimer. Gesammelt und analysiert werden deshalb ausschließlich Daten von Personen im Alter von 45 bis 69 Jahren. Noch nie zuvor sind in diesem Umfang und in dieser Konsequenz medizinische sowie genetische Angaben einerseits und Lifestyle-Daten, also Informationen über den beruflichen Werdegang, die Familienverhältnisse, die sozialen Beziehungen und überhaupt die Alltagsgewohnheiten, andererseits miteinander verknüpft worden. Niemals zuvor waren deshalb die Aussichten so gut, ein in seiner Genauigkeit und Aussagekraft derart einmaliges Profil der Betroffenen zu erstellen.

So spektakulär freilich das UK-Biobank-Projekt ist, so nahtlos fügt es sich in die rasch wachsende Liste der immer umfangreicheren Verarbeitung genetischer Angaben ein. Um bei Großbritannien zu bleiben: Fast parallel zur UK-Biobank sind die Pläne für die allerdings bereits voll funktionsfähige Gendatenbank des Forensic Science Service entstanden, die mittlerweile genetische Profile von über zwei Millionen Menschen enthält. Die Daten werden keineswegs nur von Polizisten erhoben, vielmehr genauso von Angestellten der Bahn, der U-Bahn und verschiedener Busunternehmen, die auch und gerade ermächtigt sind, aggressiven Passagieren Speichelproben abzunehmen, um künftige Zwischenfälle schneller und besser aufzuklären und so zugleich die Sicherheit in den Verkehrsmitteln präventiv zu erhöhen.

II.

Genug der Beispiele. Kein Zweifel, sie ließen sich leicht vermehren. Man braucht nur an die immer dichtere Abfolge von Spuren im Internet zu denken, gleichviel, ob es um das scheinbar so harmlose Surfen, die fast zur Gewohnheit gewordene Hotelbesichtigung und Buchung, die deutlich verstärkte Teilnahme an Auktionen oder das allein schon durch seine finanziellen Vorteile so attraktive Online-Banking geht. Eines ändert sich nicht: Beispiel für Beispiel bestätigen sich besonders vier Beobachtungen.

1. Beides, die steigende Anzahl der verarbeiteten Daten und ihre zunehmend intensivere Verarbeitung, unterstreichen ein Merkmal jeder automatisierten Verarbeitung, das zwar keineswegs neu ist, allerdings noch nie eine so zentrale Rolle gespielt hat: In dem Augenblick, in dem sie erhoben und gespeichert werden, verwandeln sie sich in selbständige Informationsträger, die sich jederzeit nahezu beliebig anders zusammenfügen und nutzen lassen. Die Kundendaten als Kaufhauspilot und Kontaktquelle mögen zwar auf den ersten Blick als eine reichlich überzogene Illustration des tendenziell unbegrenzten Nutzungswandels erscheinen, setzten aber genau genommen nur die Erfahrung mit den biometrischen Eigenheiten, den genetischen Angaben oder den über die Kreditkarten gesammelten Daten fort. Kurzum, die einmal erhobenen und gespeicherten Daten zeichnen sich zuvörderst durch ihre Multifunktionalität aus. Sie weitet die Grenzen ihrer Verwendung und Verwertbarkeit aus und wandelt sie in Teile eines sich mehr und mehr selbständigenden Informationskapitals. Der multiplizierbare Nutzen multipliziert auch die Anzahl der potentiellen Nutzer. Das Unternehmen, das die Profile der eigenen Kunden „least“, ist dafür ein ebenso schlagender Beweis wie die Steuerbehörde, die auf Daten zurückgreift, welche beim Gebrauch von Kreditkarten anfallen. Um Fehlschlüsse gar nicht erst aufkommen zu lassen: Was bei privaten Unternehmen evident ist, gilt genauso für staatliche Stellen. Die Bestrebungen, auch deren Informationskapital gewinnbringend zu verwenden, mehren sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Einführung neuer „Bürgerkarten“. Bezeichnenderweise bemüht sich die Europäische Kommission seit langem, eine Verwertung zu fördern und gemeinschaftsweite Regeln auszuarbeiten.

Wie sehr im Übrigen die multifunktionale Verarbeitung zur Routine geworden ist und wie weit ihre Anwendungsgrenzen gesteckt sind, veranschaulicht nicht zuletzt die im Vorfeld der jüngsten US-Präsidentenwahlen von den Wahlhelfern von Präsident Bush eingerichtete Datenbank, in der besonders wichtige potentielle Wähler zusammengestellt

werden sollten, um sie gezielt anzusprechen. Benutzt wurde dafür ein eigentlich bei der Einführung neuer Produkte durchaus gebräuchliches Verfahren. In die Datenbank wurden unter anderem Käuferlisten bestimmter Automobile, in erster Linie Porsche-, Lexus-, Land-Rover- und Jaguarfahrer, Mitglieder einer Reihe von Golfclubs sowie Besucher einzelner Wintersportorte aufgenommen und abgeglichen, das Ergebnis durch eine Reihe weiterer Angaben ergänzt und die jeweiligen Schreiben dann auf die so gewonnenen Profile abgestimmt.

2. Die anscheinend so überzeugende, gar zwingende Reduktion aller für die Betroffenen wirklich gefährlichen Verarbeitungskonsequenzen auf staatliche Aktivitäten ist ebenso unhaltbar wie irreführend. Orwells Visionen mögen die Argumentation und Diskussion der siebziger, aber auch der beginnenden achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts, gerade im Umfeld der Auseinandersetzung um die Volkszählung, nachhaltig beeinflusst, ja als Anknüpfungspunkt für die Forderung gedient haben, private Unternehmen aus den geplanten Datenschutzregelungen tunlichst auszunehmen. Jedes der eingangs gebrachten Beispiele demonstriert einmal mehr, was längst schon feststand. Die Verarbeitungstechnologie ist ein im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich gleichermaßen verwendetes Mittel mit dem stets gleichen Ziel, mehr über den Einzelnen zu erfahren, und zwar ohne Rücksicht darauf, in welcher Rolle er auftritt. Staatliche Verarbeitungsaktivitäten sind daher genauso wenig per se gefährlich wie die von privaten Unternehmen initiierten Verarbeitungsvorgänge an sich harmlos sind. Aber auch einen wie immer formulierten und etikettierten „natürlichen“ Verarbeitungsbonus gibt es nicht.
3. Nicht anders ist es um die einst für ebenso selbstverständlich wie unverzichtbar gehaltene Gegenüberstellung und strenge Abgrenzung von öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich bestellt. Die Verarbeitungsanlässe mögen unverändert verschieden sein. In dem Maße jedoch, in dem etwa die Dateien im nicht-öffentlichen Bereich an Umfang und Informationswert gewinnen, nimmt auch das Interesse staatlicher Instanzen an eben diesen Datensammlungen zu. Diskussionen, wie die Debatten im Vorfeld der UK-Biobank oder der Verabschiedung eines Gendiagnostikgesetzes, sind bezeichnend dafür. Profile, in denen sich neben medizinischen sowie genetischen Angaben Lebensumstände und Umweltfaktoren genauso widerspiegeln, sind keineswegs nur im Hinblick auf bessere Diagnosen und effizientere Medikamente von Bedeutung, sondern auch und gerade für eine auf die Minimierung der Krankheitskosten und die Maximierung der Prävention bedachte staatliche Gesundheitspolitik. Spätestens seit den ersten breit angelegten

Bestrebungen, auf Krebserkrankungen vorbeugend zu reagieren, sind daher Daten, wie die von der UK-Biobank verarbeiteten Angaben, für die staatliche Gesundheits- und Sozialpolitik mindestens ebenso wichtig wie für die pharmazeutische Industrie, und zwar sowohl für allgemein angelegte Maßnahmen als auch für ausgesprochen individuelle Interventionen.

Nicht von ungefähr findet sich zudem gleich am Anfang der vorgeschlagenen Gendiagnostikregelung eine Klausel, die unmissverständlich klarstellt, dass sich an den bestehenden Bestimmungen zur Verarbeitung genetischer Daten durch die Sicherheitsbehörden nicht das Geringste ändert. Präziser ausgedrückt: Die Verfasser des Entwurfs wollen zwar Sonderbedingungen für die Verwendung genetischer Daten etwa im Versicherungs-, Arbeits- und Forschungsbereich festschreiben, wissen aber genauso gut, welchen Wert die Sicherheitsbehörden genetischen Daten beimessen und vermeiden es deshalb, ihnen neue, womöglich noch ergiebigere Informationsquellen vorzuenthalten.

Man kann es übrigens auch sehr viel direkter machen, also die Erwartungen der Sicherheitsbehörden gleich ausdrücklich aufnehmen. Mit das beste Beispiel dafür sind die Vorschriften über die Aufbewahrungsfristen der für die Telekommunikation typischen Verbindungsdaten. Maßgeblich sollten eigentlich nur Gesichtspunkte sein, die für eine störungsfreie Abwicklung der jeweiligen Vertragsbeziehungen wichtig sind. Die vorgesehenen Fristen richten sich allerdings keineswegs nur danach, vielmehr genauso nach den speziellen, an ihren Aufgaben gemessenen Erwartungen der Sicherheitsbehörden. Die Folge ist eine entschieden längere Aufbewahrungsfrist, die zuweilen wie in Großbritannien und den Niederlanden mehrere Jahre beträgt. Erst recht bestätigt sich aber die ebenso offene wie konsequente Instrumentalisierung nicht-öffentlicher Datenbanken für eindeutig öffentliche Aufgaben.

4. Die Verbindung einer konstant weiterentwickelten Verarbeitungstechnologie mit einer unablässig steigenden Anzahl an verarbeiteten Daten verändert die Prämissen der Reflexion über den Umgang mit personenbezogenen Angaben. Früher lag es in der Tat nahe, sich zunächst zu fragen, ob bestimmte Daten überhaupt erhoben werden dürfen. Heute gibt es, tendenziell jedenfalls, keine Angaben mehr, die nicht schon verarbeitet sind. Wohl besteht in aller Regel zunächst, wie sich etwa an der Entstehungsgeschichte von Kundenprofilen zeigt, eine gleichsam immanente Verarbeitungsgrenze. Erhoben werden verständlicherweise Daten, die für eine bessere Vermarktung der eigenen Produkte oder

Dienstleistungen relevant sind. Genau diese Grenze entfällt jedoch in dem Augenblick, in dem die darauf beruhenden Profile kommerziell verwertet werden. Dann können sie nicht detailliert genug sein, um sich als optimal marktfähig zu erweisen. Wer also die Profile nicht nur für sich selbst verwenden will, versucht zwangsläufig die Informationserwartungen potentieller Interessenten zu antizipieren, seine Datenbestände also unter eben diesem Gesichtspunkt möglichst lückenlos zu gestalten.

Wie verbreitet die Tendenz dazu mittlerweile ist, zeigt sich an der systematischen Verwertung personenbezogener Daten, die bei Transaktionen im Internet anfallen. Fast durchweg wird eine Verwendung angestrebt, die weit über den eigenen Aktivitätsbereich hinausgeht. Technologische Neuerungen wie die RFID-Chips generieren schließlich ebenfalls neue Informationsstrategien. Der Chip im Kühlschrank, der selbständig die Bestände registriert und über genauso selbständig weitervermittelte Bestellungen wieder auffüllt, ist nicht nur eine wichtige Haushaltshilfe, sondern, hält man sich an die Anpreisungen seiner Produzenten, ein nicht minder wertvoller Informationslieferant und so Musterfall einer „ambient intelligence“ und eines „ubiquitären Computing“.

III.

Eines überrascht freilich: Ganz gleich, ob es um spezifische Aspekte der gewandelten Technologie oder um die generellen Auswirkungen des veränderten Verarbeitungs- und Informationsprozesses geht: Beides hat in einer Zeit stattgefunden, in der die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht mehr passiv hingenommen, vielmehr bewusst an verbindliche, in den Datenschutzgesetzen konkretisierten Bedingungen geknüpft wurde. So absurd es aber klingen mag: Die Datenschutzgesetze haben weder die Zunahme der Verarbeitung noch und erst recht die schier unaufhaltsame Proliferation der Daten verhindert, sondern aus mindestens zwei Gründen nachhaltig gefördert:

1. Zunächst: Alle Datenschutzgesetze stellen ihren Anforderungen einen Grundsatz voran. Personenbezogene Angaben dürfen nur verarbeitet werden, wenn eine entsprechende gesetzliche Vorschrift oder eine Einwilligung der Betroffenen vorliegt. Beides steht nicht von ungefähr nebeneinander. Weil es das verfassungsrechtlich abgesicherte Vorrecht des Einzelnen ist, selbst zu bestimmen, wer wann unter welchen Umständen auf seine Daten zugreifen darf, muss ihre Verwendung von seinem Einverständnis abhängen. Eben deshalb kann es nur eine Alternative geben: eine gesetzliche, ausdrücklich auf die Verarbeitung

bestimmter Daten bezogene Regelung. Kein Datenschutzgesetz gibt sich daher zufrieden, auf die Einwilligung hinzuweisen und ihre für die Verarbeitung konstitutive Funktion zu betonen. Jedes dieser Gesetze verlangt vielmehr genauso kategorisch eine ausreichende Information der Betroffenen über die jeweiligen Verwendungsabsichten und deren mögliche Konsequenzen. Ebenso folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Volkszählungsentscheidung den Gesetzgeber daran erinnert, dass nur eine normenklare, den Anlass und die Voraussetzungen der Verarbeitung präzise festlegende Regelung die Einwilligung verdrängen kann.

So verständlich freilich die Gleichstellung von Einwilligung und Gesetz ist, so fragwürdig erscheint sie vor dem Hintergrund aller sonst mit der Einwilligung gemachten Erfahrungen. Gerade dort, wo sich, wie im Vertragsrecht, die Verbindlichkeit einer bestimmten Regelung auf das Einverständnis der Beteiligten gründet, dokumentiert vor allem die Geschichte der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie wenig es ausreicht, den Akzent noch so nachdrücklich auf die Einwilligung zu setzen und wie schnell die vorausgesetzte und geforderte autonome Entscheidung nur noch dazu dient, einseitige Regelungen zu sanktionieren. Genau dies geschieht auch und gerade dann, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht mehr als bloße Begleiterscheinung einer Transaktion ist, deren Schwerpunkt bei bestimmten, für die Betroffenen besonders wichtigen Leistungen liegt. Wer sich für eine Kredit- oder Kundenkarte interessiert, einen Versicherungsvertrag abschließen will oder im Reisebüro einen Urlaub buchen möchte, findet sich mit der Verwendung seiner Daten ab, ja, achtet gar nicht weiter auf sie, zumal dort, wo sie, wie bei den Kundenkarten, mit besonderen Prämien verbunden ist. Er kümmert sich, mit anderen Worten, genauso wenig um das Schicksal seiner Daten wie er gespannt und aufmerksam die jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Klausel für Klausel liest.

Wie nachhaltig sich Desinteresse und Gleichgültigkeit bereits verbreitet haben, demonstrieren ausgerechnet die Fälle, in denen Informations- und Kommunikationswege so angelegt sind, dass die Verarbeitung der eigenen Daten kaum zu übersehen ist. Wer die eigene Sicherheit bei der Benutzung seines Computers erhöhen will, lädt neue Programme auf, ohne zu fragen, was der Anbieter mit den Daten vorhat, die er ihm übermittelt. Und wer über das Internet einkauft, überweist oder sich lediglich die einzelnen Angebote näher anschaut, verdrängt mit jedem Tastenklick, dass er Schritt für Schritt verfolgt und registriert wird.

Deshalb überrascht es auch nicht besonders, dass die immer weiter um sich greifende Verarbeitung personenbezogener Daten weder auf Protest und Kritik, noch und erst recht auf einen konsequenten öffentlichen Widerstand gestoßen ist. Wo Sorge und Zweifel angesagt wären, herrschen Interessellosigkeit und Passivität vor. Wohlgemerkt, gemeint sind nicht Beanstandungen der Datenschutzbeauftragten oder anderer professioneller Beobachter. Gemeint sind vielmehr – seien es auch nur annähernd vergleichbare – Reaktionen, wie seinerzeit bei der Volkszählung, umso mehr als, gemessen an den mit ihr verbundenen Verarbeitungsmöglichkeiten, die gegenwärtig praktizierten um ein Vielfaches weiterreichen.

2. Der zweite Grund hat nicht weniger gravierende Folgen. Die nationalen Datenschutzgesetze sind ebenso, wie supranationale Regelungen, mit Generalklauseln übersät. Um nur das Beispiel der EG-Datenschutzrichtlinie zu nehmen, die schließlich seit 1995 den Datenschutzgesetzen aller EU-Mitgliedstaaten zugrunde liegt, soweit sie sich jedenfalls auf den nicht-öffentlichen Bereich beziehen. Sie beginnt mit der auch sonst üblichen Aufzählung verbindlicher Verarbeitungsbedingungen und kategorisch garantierter Rechte der Betroffenen. Dann aber öffnen sich die scheinbar so hermetisch verschlossenen Verarbeitungstore. Eine geradezu einmalige Kombination von Generalklauseln sichert einen nahezu uneingeschränkten Zugang zu allen personenbezogenen Daten. Die „öffentliche Sicherheit“ und die „Sicherheit des Staates“ zählen genauso dazu wie die „Verhütung, Ermittlung, Feststellung, Verfolgung von Straftaten“, „wichtige wirtschaftliche oder finanzielle Interessen eines Mitgliedstaates oder der Europäischen Union“ sowie „Kontroll-, Überwachungs- und Ordnungsfunktionen, die mit der öffentlichen Gewalt verbunden sind“.

Noch einmal: Die Richtlinie ist kein Einzelfall. Sie verhält sich ganz so, wie die Gesetze der Mitgliedstaaten vor und erst recht nach der Verabschiedung der europäischen Vorgaben. Und wie im Fall der nationalen Regelungen ist auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie von Bestrebungen begleitet, jede Einschränkung der Verarbeitung personenbezogener Daten mit einer möglichst unpräzise formulierten Ausnahme zu versehen, um einen möglichst unbegrenzten Zugriff auf die Daten sicherzustellen. Kurzum, Normenklarheit war nie ein Merkmal der Datenschutzgesetze. Gleichviel daher, ob es um allgemeine oder bereichsspezifische Vorschriften geht, die Generalklauseln bleiben nicht aus. Für die Verfasser des Bundesdatenschutzgesetzes freilich kein Problem: Generalklauseln würden, so meinten sie, nach bewährten Grundsätzen ausgelegt, und die garantierten genau jene mit der

Normenklarheit angestrebte Überschaubarkeit. Die Folgen der Selbstverständlichkeit, mit der Generalklauseln verwendet werden, machen sich erst recht dann bemerkbar, wenn die Verarbeitungsmöglichkeiten konstant expandieren. Der Datenschutz verflüchtigt sich mehr denn je.

Als ob das nicht genüge, werden Zugriffsbefugnisse sogar dort interpretatorisch konstruiert, wo das Gesetz sie nicht einmal auf dem Umweg über Generalklauseln in Kauf nimmt. So zählt § 4 Abs. 2 des Mautgesetzes sechs eindeutig mautbezogene Daten einzeln auf, die der Betreiber des Mautsystems verwenden darf und stellt zugleich ebenso klar fest, dass ihre Verarbeitung nur solange zulässig ist, wie sie den spezifischen Zwecken des Mautgesetzes dient. Auch bei der Kontrolle (§ 7) ist das Gesetz geradezu vorbildlich präzise. Wiederum werden die Daten genau angegeben, die das Bundesamt für Güterverkehr, die Zollbehörden und der Betreiber dafür benutzen dürfen (§ 7 Abs. 2). Und erneut ist der Erhebungszweck zugleich verbindliche Verarbeitungsgrenze. Die Angaben sind für nichts anderes als für die Kontrolle zugänglich. Weder in den einleitenden generellen Aussagen zur Maut noch in den Übergangsbestimmungen oder irgendwo sonst findet sich im Übrigen auch nur der geringste Hinweis, der diese Beschränkung relativieren könnte. Nicht einmal die zuweilen reichlich komplizierte Entstehungsgeschichte hilft weiter. Sie bietet kaum mehr als lapidare Bemerkungen, die entweder wörtlich oder leicht verändert den aktuellen Gesetzestext wiedergeben.

Dennoch: Das Gesetz war noch gar nicht in Kraft getreten, als ein, gelinde gesagt, merkwürdiger Interpretationsprozess einsetzte. Der unmissverständliche Gesetzeswortlaut wurde einfach übergangen, die Tatsache, dass sich der Gesetzgeber für eine eindeutig bereichsspezifische Verarbeitungsregelung entschieden hat, deren Sinn hier wie sonst gerade darin liegt, die allein maßgeblichen Verwendungsvorschriften festzulegen, ignoriert. Stattdessen begann eine angestrengte Suche nach dem mutmaßlichen und deshalb letztlich allein relevanten Willen des Gesetzgebers. Eigentlich könne er, so meinte man, nichts anderes gewollt haben, als jede Verwendung für zusätzliche mit der Regelung des Verkehrs zusammenhängenden Zwecke auszuschließen, also etwa für die Ahndung von Geschwindigkeitsübertretungen. Jede weitergehende, vor allem eine Anwendung des § 160 Abs. 4 StPO implizierende Interpretation müsse daher solange unterbleiben, wie es an einer expliziten Einschränkung der staatsanwaltschaftlichen Befugnisse fehle, um so mehr, als Bestimmungen wie die §§ 100a bis 101 StPO völlig ausreichen, um den Zugriff auf die Mautdaten zu rechtfertigen. Nicht umsonst habe sich der Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 BDSG keineswegs

auf irgendwelche Kurzformeln eingelassen, sondern einer detaillierten Auflistung den Vorzug gegeben.

Anders gesagt: Selbst eine noch so nachdrücklich betonte Zweckbindung genügt nicht, um jeden mit ihr nicht vereinbarten Zugriff zu verhindern. Besondere Zugriffsbefugnisse, wie etwa die Verarbeitungsrechte der Staatsanwaltschaft, verlangen vom Gesetzgeber besonders sanktionierte Abwehrmaßnahmen. Im Ergebnis wird jedoch damit eine der Grundvoraussetzungen des Datenschutzes um genau die Wirkung gebracht, die erst die Effizienz einer Verarbeitungsbegrenzung sichert, Zweckentfremdungen nur zuzulassen, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind oder in Kenntnis der Betroffenen und mit ihrem Einverständnis erfolgen.

Bei der ursprünglichen Regelung ist es freilich nicht geblieben. Der Gesetzgeber hat nach einer Intervention des Bundesbeauftragten für den Datenschutz noch einmal eingegriffen und die beiden §§ 4 Abs. 2 und 7 Abs. 2 um einen Satz ergänzt, in dem wiederum völlig eindeutig jede Übermittlung, Nutzung oder Beschlagnahme nach anderen Rechtsvorschriften für unzulässig erklärt wurde. Gemessen an der Forderung derjenigen, die sich nur mit expliziten Verweisungen auf einzelne in Betracht kommende Vorschriften zufrieden geben wollten, wohl immer noch nicht klar genug. Trotzdem, die Ergänzung ist eine unmissverständliche Warnung, die Zweckbindung zu ignorieren oder auch nur herunterzuspielen. Wer es deshalb wieder versuchen will, hat es jedenfalls sehr viel schwerer.

IV.

1. Die Paradoxie könnte kaum größer sein. Der Datenschutz wird just in dem Augenblick nachhaltiger denn je in Frage gestellt, in dem er gleich zweimal kategorisch zu den ebenso fundamentalen wie unverzichtbaren Voraussetzungen einer demokratischen Gesellschaft gezählt wird. Zunächst in der Grundrechtscharta der Europäischen Union. Art. 8 erkennt das Recht jeder Person auf Datenschutz ausdrücklich an und fordert eine klare Zweckbindung der Verarbeitung aller auf sie bezogenen Daten ebenso wie eine jederzeitige Information über die Verwendung der jeweiligen Angaben und die Einrichtung einer unabhängigen Kontrollinstanz. Genau diese Erwartungen kehren wenig später in Titel II, Art. 8 des Europäischen Verfassungsvertrages wieder. Der Entwurf begnügt sich allerdings nicht damit. Der Datenschutz wird nicht nur als Grundrecht, sondern genauso als Grundbedingung der demokratischen

Struktur der Union angesprochen, die deshalb verpflichtet ist, ihn sowohl im Rahmen ihrer Institutionen als auch im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen (Teil I, Titel VI, Art. 50).

Der Verfassungsvertrag bestätigt damit jene schon im Volkszählungsurteil enthaltenen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, die mit die wichtigsten zur Aufgabe und Bedeutung des Datenschutzes sind, nach wie vor aber mit am wenigsten beachtet werden. Handlungs- und Partizipationsfähigkeit des Einzelnen richteten sich, so das Gericht, auch und vor allem nach den Voraussetzungen, unter denen personenbezogene Daten verarbeitet werden dürften. Der Datenschutz sei deshalb eine elementare Funktionsbedingung eines demokratischen Gemeinwesens. Datenschutzgesetze sind mit anderen Worten keine Gesetze, bei denen es dem Gesetzgeber freisteht, sie zu verabschieden oder auf sie zu verzichten, und ebenso wenig Regelungen, die beliebig formuliert oder modifiziert werden können. Ihr Zweck ist es, die demokratische Struktur einer Gesellschaft zu erhalten und zu stärken. An genau diesem Ziel sind sie auch fortwährend zu messen.

2. Anders, als gegenwärtig immer wieder propagiert wird, ist daher der Datenschutz keineswegs letztlich nur eine Frage der Datensicherheit oder, moderner ausgedrückt, einer „privacy enhancing technology“. Wohl kann es unter den heutigen Verarbeitungsbedingungen keinen halbwegs glaubwürdigen Datenschutz geben, ohne die Chancen konsequent zu nutzen, die sich für eine wirklich wirksame Einschränkung sowie eine echte Transparenz der Verarbeitung aus der Technologie in Kombination mit organisatorischen Vorkehrungen, wie dem Identitätsmanagement und einem Datenschutzaudit, ergeben, von der gezielten Steuerung des Verarbeitungsprozesses bis hin zu einer permanenten Kontrolle des Verarbeitungsablaufs.

Keine noch so ausgefeilte „privacy enhancing technology“ kann allerdings normative, gesetzlich geregelte Vorgaben ersetzen. Ohne ebenso klare wie verbindliche Aussagen darüber, wann welche Angaben wie und wofür verwendet werden dürfen, ist jede Reflexion über den Datenschutz schlicht sinnlos. Darüber sagt jedoch die Datenschutztechnologie genauso wenig aus wie über die Informationspflichten der verarbeitenden Stelle und die Berichtigungsrechte der Betroffenen. Die Technologie ist immer nur ein zwar notwendiger, aber lediglich komplementärer Anknüpfungspunkt. Was sie kann, bestimmt sich nach ihrem Entwicklungsstand, was sie muss, folgt allein aus ihrem normativen Kontext. Der Kult einer gleichsam autarken, den Datenschutz ebenso generierenden, wie garantierenden Technologie ist deshalb nicht Tribut

an einen neu begründeten, bislang nicht erreichbaren Datenschutz, vielmehr Signal der zunehmenden Schwierigkeiten, sich auf datenschutzgerechte normative Vorgaben zu einigen und der allgegenwärtigen Bestrebungen, den Datenschutz hinter der Fassade besserer Sicherheitsangebote noch erfolgreicher zu umgehen.

3. Wenn deshalb Reflexionen über Bestimmungen, wie die Datenschutzartikel der Europäischen Verfassung, nicht zum Glasperlenspiel degenerieren sollen, dann gilt es, zum Kern der Krise des Datenschutzes vorzudringen: den veränderten Verarbeitungsbedingungen. Manches lässt sich sicherlich mit klassischen Mitteln korrigieren. Die längst fällige Ablösung der Gleichstellung von Einwilligung und Gesetz durch eine gezielte Reduktion der Legitimationswirkung des Einverständnisses der Betroffenen zugunsten zwingender gesetzlicher Vorgaben gehört durchaus dazu. Auch die Inflation der Generalklauseln kann, wie das Beispiel etlicher bereichsspezifischen Gesetze zeigt, allein schon deshalb zurückgedrängt werden, weil die Verwendung solcher Klauseln in einer Vielzahl von Fällen Produkt einer Zeit ist, in der dem Gesetzgeber noch zu wenig Informationen über einzelne Verarbeitungsvorgänge zur Verfügung standen und es daher strategisch sinnvoller erschien, sich mit allgemeinen Formeln zufrieden zu geben.

Allzu viel lässt sich freilich damit nicht erreichen. Keine der beiden Korrekturen, so nützlich und wichtig sie sein mögen, hilft wirklich weiter, sobald es um den eigentlich kritischen Punkt geht, die immer deutlichere Tendenz, jede sich nur bietende technische Möglichkeit zu ergreifen, um noch mehr Daten zu erheben und zu verarbeiten. Niemals zuvor war vor dem Hintergrund einer Technologie, die den Verarbeitungsprozess ständig verbessert und in Anbetracht staatlicher sowie privater Verarbeitungsintentionen, die sich mehr und mehr auf Prävention und langfristige Steuerung konzentrieren, der Verarbeitungsdruck so groß und deshalb der Zugriff auf neue, bislang unzugängliche oder nur schwer verwendbare Daten so selbstverständlich.

Forderungen wie etwa die Erwartung, eine Erhebung genetischer Daten müsse im Sicherheitsbereich zur „Standardmaßnahme“ werden, sind typisch dafür. Wohin sie führen, lässt sich am einfachsten, aber auch eindrucksvollsten, am britischen Beispiel nachvollziehen. Scotland Yard hat sich etwa dafür ausgesprochen, die genetischen Daten aller Männer, wohlgemerkt, aller und nicht nur der Straftäter und Tatverdächtigen, zu speichern, um so Sexualdelikte schnell und wirksam aufklären zu können. Dass es sich dabei keineswegs um nicht weiter ernst zu nehmende Überlegungen handelt, zeigt der Vorschlag der bri-

tischen Regierung, Kinder von Strafgefangenen zu registrieren sowie systematisch zu beobachten, um zu verhindern, dass sie straffällig werden. Betroffen, so heißt es, seien 125.000 Kinder. 65% davon wiesen bereits Anzeichen einer kriminellen Karriere auf, Anlass genug, um rechtzeitig zu intervenieren, aber auch und vor allem, um künftig solchen Entwicklungen noch effizienter vorzubeugen. Welche Formen eine ganz im Zeichen der Prävention konzipierte Kriminalpolitik annehmen kann, veranschaulichen Regelungen, wie das vor acht Jahren vom US-Kongress verabschiedete Megan-Gesetz, dessen Ziel es ist, Sexualverbrechen mit Hilfe einer ebenso fortlaufenden wie umfassenden Information der Bevölkerung zu verhindern. Kalifornien hat es deshalb nicht bei der Einrichtung einer entsprechenden Datei belassen, sondern veröffentlicht regelmäßig im Internet detaillierte Angaben zu den einzelnen Straftätern sowie zu ihrem gegenwärtigen Aufenthaltsort.

Ähnlich verlaufen die Reaktionen im Gesundheitsbereich, und wieder ist Großbritannien der Vorreiter. Die Anregung, allen britischen Bürgern genetische Proben abzunehmen, oder der Vorschlag, ein genetisches Profil von jedem Neugeborenen anzulegen, verfolgen ein und dasselbe Ziel: Krankheitsrisiken bevölkerungsweit so frühzeitig wie möglich offen zu legen, um sie beizeiten erkennen und bekämpfen zu können und so zugleich den Anforderungen einer immer offener am Kosten-Nutzen-Prinzip orientierter Gesundheitspolitik Rechnung zu tragen. Auf der gleichen Linie liegen die sich sowohl innerhalb der Europäischen Union als auch in den Vereinigten Staaten mehrenden genetischen Massentests. Wiederum geht es um essentiell präventive Maßnahmen, die gerade bei besonders kostenintensiven Erkrankungen der Kostenexpansion entgegenwirken sollen. Die Gendiagnostik entwickelt sich so mehr und mehr zu einem zentralen Instrument staatlicher und privater Gesundheitsstrategien, das oft zunächst bei einzelnen genetischen Leiden, wie etwa Chorea Huntington, eingesetzt, sehr schnell jedoch für immer größere Teile der Bevölkerung herangezogen wird.

Langfristige Intentionen spielen schließlich, wie schon erwähnt, eine genauso entscheidende Rolle bei der Verarbeitung der Verhaltensdaten von Konsumenten. Bestimmten Einzelangaben, wie etwa Daten zur Abwicklung von Vertragsverhältnissen, kommt selbstverständlich nach wie vor eine besondere Bedeutung zu. Noch viel wichtiger ist freilich das schon erwähnte, aus einer Vielzahl von Angaben zusammengesetzte Profil aktueller und prospektiver Kunden, weil es sich weit mehr als Steuerungsmittel eignet, um Kunden zu gewinnen, an sich zu binden und überhaupt die eigene Geschäftspolitik besser aufbauen und umsetzen zu können.

Die zunehmende Verwendung personenbezogener Daten für präventive Zwecke illustriert nicht nur in besonders eindringlicher Weise die Lenkungsfunction der Verarbeitung. Sie zwingt zugleich dazu, den Ansatzpunkt aller Reflexionen über Aufbau und Inhalt einer Datenschutzregelung zu überdenken. In einer Gesellschaft, in der es inzwischen auch und gerade aus Präventionsgründen kaum noch Angaben gibt, die nicht verarbeitet werden, ist die über lange Zeit allen weiteren Überlegungen vorgeschaltete Frage, ob die jeweils zur Debatte stehenden Daten überhaupt erhoben werden dürfen, einfach obsolet. In Wirklichkeit kann es nur noch darum gehen, inwieweit mit Rücksicht darauf, dass sich sämtliche Angaben auffinden und abrufen lassen, auf vorhandene sowie technisch durchaus zugängliche Informationen verzichtet werden muss.

Noch einmal zurück zum Bundesverfassungsgericht und zu seiner Feststellung, dass der Datenschutz die Handlungs- und Partizipationsfähigkeit des Einzelnen sichert und deshalb Existenzbedingung eines demokratischen Gemeinwesens ist. Demokratisch können, so gesehen, nur Gesellschaften sein, die nicht im Zeichen einer denkbar perfekten Prävention eine möglichst lückenlose Information anstreben. In diesem Sinn entscheidet sich an der Bereitschaft zum Verzicht auf Information auch die Demokratiefähigkeit einer Gesellschaft.

Eine konsequente Informationsaskese ist freilich keineswegs nur eine Frage der Datenschutzgesetzgebung und der in ihr verankerten Zugangssperren. Vielmehr kommt es zunächst und vor allem darauf an, ob der Respekt vor dem Recht des Einzelnen, selbst zu bestimmen, was mit seinen Daten geschehen darf, einen realen Gehalt hat oder wirklichkeitsfremd ist. In einer Gesellschaft, in der Mobiltelefone die Kommunikation veröffentlichen und mittlerweile, jedenfalls bei SMS, in der Lage sein sollen, die Gemütsverfassung der Anrufenden anzugeben, der alltägliche Weg ins Internet von bedenkenlos preisgegebenen Daten gesäumt ist, reality shows „papa-tests“ für misstrauische Väter durchführen lassen sowie die Ergebnisse öffentlich mitteilen, und in der, schließlich, zumal unter jüngeren Menschen, die Überzeugung dominiert, dass jede noch so ausgeklügelte Informationsbarriere technisch überwunden werden kann, schwindet die Privatheit und mit ihr der Datenschutz.

VVG-Reform

– Die Reform und ihre Auswirkungen auf die Autoversicherung –

Dr. Bruno Gas, ehem. Vorstandsvorsitzender
der Mecklenburgischen Versicherungsgruppe, Hannover

1. Doppelkarten und Beratungsaufwand

In Deutschland kann ein Kraftfahrzeug nur zum öffentlichen Straßenverkehr zugelassen werden, wenn der Halter nachweist, dass es haftpflicht-versichert ist. Der Nachweis ist durch eine standardisierte Versicherungsbestätigung – im Volksmund Doppelkarte genannt – zu führen, die gleichzeitig die vorläufige Deckung verbrieft. Insgesamt werden jährlich 12 bis 15 Millionen solcher Doppelkarten ausgestellt.

Der VVG-Entwurf stellt klar, dass es sich bei der vorläufigen Deckung um einen separaten Versicherungsvertrag handelt, für den die meisten Bestimmungen des VVG unabhängig davon Geltung haben, dass erst der Hauptvertrag die vertraglichen Details zur Gänze regelt. Damit werden auch bezüglich der Beratungspflichten eigenständige Anforderungen an die vorläufige Deckung gestellt.

Nachdem die Beratungspflichten in erheblichem Umfang ausgedehnt und mit sehr weitgehenden Dokumentationspflichten der Versicherer und Vermittler belegt werden sollen, wird die Aushändigung (bzw. die Übersendung) der Doppelkarten mit nutzlosem Zusatzaufwand verbunden sein. Sein Nutzen muss schon deshalb in Zweifel gezogen werden, weil die Pflichten bei Abschluss des Hauptvertrages ein weiteres Mal zu erfüllen sind.

Der Kunde ist im Regelfall nur an der Doppelkarte interessiert, ohne ein umfassendes Beratungsgespräch führen zu wollen. Zwar könnte er auf eine Beratung verzichten, doch müsste er dies nach den Vorstellungen der VVG-Reformkommission in Textform erklären. Ein schwieriger Vorgang, wenn man bedenkt, in wie vielen Fällen die Anforderung der Doppelkarte in Eile und telefonisch erfolgt.

Das Dilemma ist dadurch entstanden, dass die VVG-Reformkommission über die EU-Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 (sog. Vermittlerrichtlinie) hinausgegangen ist. Dort wird nur verlangt, dass der Vermittler die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden sowie den ihm gegebenen Rat zu dokumen-

tieren hat¹. Dies lässt sich durchaus mit dem Doppelkartensystem verbinden, zumal es bei der Doppelkarte nicht auf die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden ankommt, sondern hiermit ein streng genormter und gesetzlich vorgeschriebener Pflichtversicherungsschutz „erworben“ wird. Der VVG-Entwurf nimmt auf diese Besonderheiten der Autoversicherung keine Rücksicht und weitert die Dokumentationspflicht auch hier über den gegebenen Rat hinaus sogar um eine Beratungspflicht aus², die zusammen mit der vorgeschriebenen Textform für den Fall des Verzichts auf Beratung eine beachtliche Bürokratie entfaltet.

Ganz generell ist zu fragen, ob bei vorläufigen Deckungen für Pflichtversicherungen eine eigenständige Beratungs- und Dokumentationspflicht sinnvoll ist. Die potentiellen Versicherungsnehmer sind beim Erwerb der vorläufigen Deckung primär am Autokauf (oder z.B. an der Zulassung zur Jagd) interessiert und erwerben die im Regelfall genormten Versicherungsprodukte nicht aufgrund ihrer „Wünsche und Bedürfnisse“, sondern weil sie gesetzlich hierzu verpflichtet sind. Interessieren dürfte den Kunden allenfalls der Preis, doch lässt sich dieser vor der Zulassung meist nicht exakt bestimmen. Die preisbestimmenden Daten des Kraftfahrzeugs erfährt der Versicherer meist erst durch die Zulassungsstelle; auch benötigt er oft die Bescheinigung des Vorversicherers über vorangegangene Schäden. Erst dann können zuverlässige Angaben über die zu zahlende Prämie gemacht werden. Es bleibt die Hoffnung, dass der Referentenentwurf die überzogenen Vorschriften für Pflichtversicherungen angemessen reduziert.

Zu diesem Themenkreis bleibt schließlich anzumerken, dass Streitfälle aus der durch Doppelkarten gewährten vorläufigen Deckung gegenwärtig äußerst selten sind und ein Handlungsbedarf nicht zu erkennen ist, zumal der Umfang des gebotenen vorläufigen Versicherungsschutzes in der Kfz-Haftpflichtversicherung durch gesetzliche Mindeststandards hinreichend bestimmt ist.

1 Artikel 12 (3) der Richtlinie.

2 Der Abschlussbericht der VVG-Kommission erwähnt die insoweit unklare Textfassung der Richtlinie und weitert die Pflicht zur Dokumentation der gemachten Angaben zu einer Befragungspflicht aus (s. dort S. 13). Dies mag für Zweige der Personenversicherung begründet sein, in der Autoversicherung wird hiermit keinerlei Nutzen erzielt.

2. Zum rückwirkenden Fortfall der vorläufigen Deckung bei Nichtzahlung

Im Zusammenhang mit der vorläufigen Deckung sehen die Autoversicherer ein weiteres Problem auf sich zukommen. Der VVG-Entwurf will nicht mehr gestatten, die vorläufig gewährte Deckung im Falle der Nichtzahlung der Erstprämie wie bisher rückwirkend zu entziehen. Dies mag für Versicherungen im allgemeinen rechtsdogmatisch eine Logik in sich tragen, führt aber in der Autoversicherung zu unerwünschten Folgen von erheblicher Bedeutung, die auf Dauer die pünktlich zahlenden Versicherungsnehmer zu tragen haben werden.

Der rückwirkende Fortfall der Deckung in der Kfz-Haftpflichtversicherung war traditionell in den aufsichtsbehördlich genehmigten Bedingungen verankert. Als im Zuge der Deregulierung die Pflicht zur Genehmigung von Versicherungsbedingungen fortfiel, hat der Verordnungsgeber im Jahre 1994 durch eine entsprechende Optionsmöglichkeit in der Kfz-Pflichtversicherungsverordnung bewusst für die Verstetigung dieser Regelung gesorgt. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Sondervorschrift im Zusammenhang mit der VVG-Reform jetzt geändert werden muss, nur weil die Rückwirkung in anderen Sparten unterbunden werden soll. Dort wird schließlich die vorläufige Deckung nicht mit dem in der Kfz-Haftpflichtversicherung üblichen Automatismus erteilt. Die Autoversicherung ist hier in einer besonderen, mit anderen Sparten nicht vergleichbaren Lage und lässt sich auch sonst oft nicht mit den übrigen Sparten der Schadenversicherung gleichschalten.

Das beabsichtigte Verbot erleichtert die sogenannte „Doppelkartenreiterei“ und ermöglicht es einer bestimmten Spezies von Autofahrern, nun nach Fortfall der heute noch gegebenen Regressgefahr völlig frei von finanziellen Risiken Auto zu fahren, ohne die Versicherungsprämien zu bezahlen. Werden sie in Verzug gesetzt und droht die Abmeldung des Fahrzeugs, wechseln sie den Versicherer. Das Eintreiben der zeitanteiligen Prämien unterbleibt, da es sich gerade bei dieser Kundschaft meist als unwirtschaftlich erweist.

Das Argument, die Versicherungsgesellschaften könnten ja bei Ausgabe der Doppelkarten Zug um Zug eine angemessene Abschlagszahlung verlangen, muss im Zeitalter der bargeldlosen Überweisungen als weltfremd bezeichnet werden. Die manuell millionenfach abzuwickelnden Vorgänge würden bei den Autofahrern und deren Lobby zu Recht als Rückfall in eine längst überwundene Bürokratie gegeißelt werden.

3. *Anerkenntnis- und Befriedigungsverbot*

Gegenwärtig ist dem Versicherungsnehmer durch die Versicherungsbedingungen die Obliegenheit auferlegt, Ansprüche eines Geschädigten nicht anzuerkennen oder zu befriedigen. Bei Verletzung dieser Obliegenheit droht dem Versicherungsnehmer die Leistungsfreiheit. Die Vereinbarung einer solchen Obliegenheit soll künftig unwirksam sein³.

Die gegenwärtige Regelung wirkt in der Tat auf ersten Blick recht schroff. Im Gegensatz hierzu steht allerdings ihre praktische Bedeutung. Das Verbot gilt ohnehin nicht, wenn seine Anwendung unbillig wäre oder die Anerkennung oder Befriedigung keine Auswirkung auf die Schadenhöhe hatte. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung die Obliegenheit in langjähriger Praxis mit Augenmaß auf wenige Sonderfälle eingeschränkt. Die Versicherer machen selbst von den noch möglichen Sanktionen in der Praxis kaum noch Gebrauch. Für Bagatellschäden gelten zusätzlich erleichternde Vorschriften. Schließlich würden die Besserstellungen des VN bei Obliegenheitsverletzungen nach dem VVG-Entwurf die Auswirkungen des Anerkenntnis- und Befriedigungsverbots noch weiter abschwächen.

Der Nutzen des Verbots hält sich für die Versicherer hiernach in engen Grenzen. Sein eigentlicher Wert liegt aber darin, dass sich Autofahrer in Deutschland im Allgemeinen davor hüten, an der Unfallstelle ein Schuldanerkenntnis abzugeben. Das hilft insbesondere den weniger rechtskundigen, aber auch den weniger eloquenten Autofahrern, ihre Rechtsposition zu wahren. Spricht sich hingegen die geplante rechtliche Unwirksamkeit des Anerkenntnis- und Befriedigungsverbots erst einmal herum, werden die Auseinandersetzungen an der Unfallstelle eher zu- als abnehmen. Es fragt sich, wem damit geholfen ist.

Die Autofahrer geraten durch die beabsichtigte Änderung nicht nur in eine schwierigere Lage gegenüber ihrem Unfallgegner, sondern auch in schwer überschaubare finanzielle Risiken. Es versteht sich von selbst (und dies ist auch im Abschlussbericht der VVG-Reformkommission eingehend ausgeführt⁴), dass der Versicherer allein durch die Existenz eines Schuldanerkenntnisses nicht zu höheren Leistungen als nach der Sach- und Rechtslage verpflichtet werden kann. Dies wird sich zwar nicht immer verhindern lassen, da jede Äußerung die Beweislage verändern kann. Ist aber der Versicherer – sei es auch nur dank seiner professionellen Kenntnisse über

3 § 106 des VVG-Entwurfs.

4 Siehe dort S. 79.

das Schadenrecht – gleichwohl zu einer günstigeren Regulierung imstande, so kann es geschehen, dass der Versicherungsnehmer auf Teilen seiner von ihm anerkannten Schuld sitzen bleibt. Auch begibt er sich etwaiger Gegenforderungen gegenüber dem Kontrahenten aus dessen Mitverschulden. Schließlich verzichtet er ohne Not auf das Leistungsversprechen seines Versicherers, gegen ihn erhobene unberechtigte Ansprüche abzuwehren, was auch noch seinen Schadenfreiheitsrabatt beeinträchtigen kann.

Im Schrifttum, in dem die gegenwärtige Rechtssituation vielfach diskutiert und kritisiert worden ist, wird mitunter vom mündigen Verbraucher gesprochen, der doch die Freiheit haben müsse, über die Befriedigung gegen ihn geltend gemachter Ansprüche selbst entscheiden zu können. Diese Art von Mündigkeit ist jedoch wegen des darin enthaltenen Risikos von höchst zweifelhaftem Wert. Vielmehr sollte man sich Gedanken darüber machen, ob das Anerkenntnisverbot letztlich nichts anderes ist als sinnvoller Verbraucherschutz.

In Österreich ist man bei der dortigen VVG-Reform einen interessanten Mittelweg gegangen. Dort darf der Versicherungsnehmer nach wie vor kein Schuldanerkenntnis aussprechen, aber einen Anspruchsteller gleichwohl befriedigen. Damit soll er in den Stand gesetzt werden, bei von ihm bereits erbrachten überhöhten Leistungen Rückforderungsansprüche geltend zu machen, da durch die Leistung einer Zahlung noch kein Schuldanerkenntnis ausgesprochen ist. Der Versicherer seinerseits ist durch die Befriedigung allein noch nicht präjudiziert und kann den Schaden ohne vorbelastende Erklärungen seines Kunden nach Sach- und Rechtslage abwickeln.

Im Unterschied zu Deutschland bezieht sich das in Österreich nach reiflicher Überlegung untersagte Anerkenntnisverbot nur auf deklaratorische (schuldbestätigende) und nicht auf konstitutive (schuld begründende) Anerkenntnisse. Ein solchermaßen eingeschränktes Modell wäre immer noch besser als der derzeit vorgeschlagene, wenn es denn überhaupt einer Änderung bedürfte.

4. Quotelung bei grober Fahrlässigkeit

Die VVG-Reformkommission hat zum fahrlässigen Verhalten von Versicherungsnehmern folgende Grundsätze aufgestellt:

- Einfache Fahrlässigkeit soll nicht mehr sanktioniert werden,
- bei grobfahrlässigem Verhalten soll die Entschädigung in Abhängigkeit von der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers „gequotelt“ werden,

- die Quotelung greift nur dann, wenn das grobfahrlässige Verhalten für die Entstehung oder den Umfang des Schadens kausal ist.

Der mit diesen Grundsätzen verbundene Fortfall des Alles-oder-Nichts-Prinzips bei grober Fahrlässigkeit hat zum Ziel, das Ausmaß grundsätzlicher Streitigkeiten deutlich zu verringern. Dieses Ziel dürfte auch erreicht werden.

Die Quotelung wird allerdings zumindest vorübergehend eine große Anzahl von neuen Prozessen über das Ausmaß der Kürzung bei grober Fahrlässigkeit zur Folge haben. Hiervon werden nicht nur grobe Fahrlässigkeiten bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles erfasst, sondern auch bei Obliegenheitsverletzungen verschiedenster Art.

In der Autoversicherung wird die Quotelung hauptsächlich bei der grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles in der Kaskoversicherung Bedeutung erlangen. Im Gegensatz zu anderen Versicherungszweigen, in der eine nicht übersehbare Fülle von unterschiedlichsten Sachverhalten die Entwicklung von Quotelungsgrundsätzen außerordentlich erschweren wird, dürfte sich in der Kaskoversicherung eine Normung verkehrstypischer Unfallhergänge leichter herausbilden, zumal die Fragestellungen nicht fundamental unterschiedlich zu denen bei der Bewertung der Kfz-Haftpflichtschäden sein werden.

Die Kommission hat keine Vorgaben über das Ausmaß der Quotelungen gemacht. In den Diskussionen hierzu bestand jedoch Einigkeit darüber, dass die Skala der Kürzungsmöglichkeiten in ihrer ganzen Breite zur Verfügung stehen müsse. Eine vollständige Kürzung der Entschädigung in der Kaskoversicherung setzt allerdings besonders schwere Verkehrsverstöße voraus, so z.B. Fahren unter erheblichem Alkoholeinfluss oder besondere Rücksichtslosigkeiten im Verkehr. Auch Schäden aus Verkehrsverstößen, die an bedingten Vorsatz grenzen wie z.B. private Autorennen und Mutproben auf öffentlichen Straßen, sollten weiterhin zu einem gänzlichen Verlust der Kaskodeckung führen. Die Bestimmung über die Quotelung bietet hierfür durchaus den erforderlichen rechtlichen Rahmen.

Die Rechtsänderung wird die für die Versicherungswirtschaft oft image-schädigenden Grundsatzprozesse, bei denen über Sekundenentscheidungen von Autofahrern geurteilt wird und bei denen es tatsächlich um Alles oder Nichts geht, obsolet machen. Die zu erwartende Fülle neuer Rechtsstreitigkeiten wird hoffentlich nur vorübergehender Natur sein.

Die Quotelung hat allerdings auch einen Nachteil für die Versicherungsnehmer, der nicht verschwiegen werden soll. Die folgensweren Sanktionen des Alles-oder-Nichts-Prinzips haben im Laufe der Jahre dazu ge-

führt, dass es mehr und mehr nur noch bei gravierenden Verstößen zur Verweigerung der Entschädigung kommt. Die neue Rechtslage wird hingegen schwache Kürzungen auch schon dann rechtfertigen, wenn die grobe Fahrlässigkeit zwar erwiesen, aber von minderer Schwere ist. Es wird sich zeigen, wie die Gerichte mit der neuen Rechtslage umgehen und wie die Öffentlichkeit sich hierauf einstellen wird.

VVG-Reform

– Änderungen im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung –

Dr. Ralf Johannsen, Rechtsanwalt, Hamburg

1. Vorläufige Deckung

Eine besondere gesetzliche Regelung für die vorläufige Deckung gibt es z.Zt. nur in der Kraftfahrzeug-Pflichtversicherungsverordnung (KfzPflVV). Dort bestimmt § 9, dass eine vorläufige Deckung rückwirkend außer Kraft tritt, wenn der VN nicht binnen einer Frist von 14 Tagen den Versicherungsschein einlöst. Diese Bestimmung in § 9 KfzPflVV ist einer weitaus älteren AKB-Bestimmung nachgebildet, nämlich § 1 Nr. 4 AKB, deren Wirksamkeit vom BGH in ständiger Rechtsprechung bejaht worden ist¹. An dieser Rechtsprechung hat der BGH – ungeachtet abweichender Auffassungen im Schrifttum² – ständig festgehalten. Angesichts dieser ständigen Rechtsprechung und der Übernahme der genannten AKB-Regelung in § 9 KfzPflVV war es eine große Überraschung, dass nunmehr § 54 Abs. 2 VVGE³ vorsieht, dass eine Vereinbarung unwirksam ist, nach der bei einem Vertrag über eine vorläufige Deckung bei Verzug des VN mit der Zahlung der Prämie für die vorläufige Deckung oder der Erstprämie für den Hauptvertrag die vorläufige Deckung rückwirkend entfällt. Es ist bemerkenswert, dass sich diese Regelung in der Kommission durchgesetzt hat. Dass die Versicherer versuchen, hier noch eine Abänderung herbeizuführen, ist aus ihrem Interesse verständlich. Indessen ist die Regelung in dem Entwurf zu begrüßen, da damit systemgerecht die Einheitlichkeit des Lebensvorganges gewahrt wird, während die gegenteilige Auffassung von der im Ansatz unzutreffenden Ansicht ausgeht, dass es sich bei dem Vertrag über die vorläufige Deckung und dem Hauptvertrag um zwei gesondert zu beurteilende Verträge handle⁴. Einem Missbrauch können die Versicherer dadurch leicht entgegen treten, dass sie vorläufige Deckungszusagen nur gegen Zahlung einer Vorschussprämie abgeben. Dagegen spricht allerdings gewiss die im Augen-

1 Vgl. nur BGH 17.4.1967 BGHZ 47, 352–364, 22.2.1968 VersR 1968, 439–440.

2 Vgl. Bruck/Möller/Johannsen⁸ Kraftfahrtversicherung Anm.D 9 m.w.N.

3 Kommissionsentwurf

4 Vgl.dazu nur Möller in Bruck/Möller⁹ Anm. 46, 51 zu § 35, Anm.4 zu § 38 und Anm. 52 zu § 39 VVG der auf dieser Basis nach der Annahme des Versicherungsantrages durch die VR von einer gestundeten Erstprämie und einer damit verbundenen entsprechenden Anwendung des § 39 VVG, ausgeht, der keinen rückwirkenden Wegfall des Versicherungsschutzes kennt.

blick noch gegebene Praxis, dass sich solche Formulare aus dem Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung bei fast allen Autoverkäufern und Werkstätten stapeln und dort unschwer von einem Versicherungsinteressenten – ohne Zahlung eines Vorschusses – zu erlangen sind.

2. Verbesserung der Rechtsstellung des berechtigten Fahrers im Falle der Leistungsfreiheit des Versicherers

Vom BGH⁵ ist ein berechtigter Fahrer im Sinne des § 158 i VVG in einem Sonderfall trotz seines gutgläubigen Vertrauens auf das Bestehen der gesetzlich vorgeschriebenen Kfz-Haftpflichtversicherung schutzlos gelassen worden. Der VN hatte dort gekündigt. Der Versicherer (VR) hatte es versäumt, der Zulassungsstelle diese Kündigung mitzuteilen. Der VN hatte das Fahrzeug nicht abgemeldet. Erst lange Zeit nach Ablauf des Versicherungsvertrages kam es zu einem Versicherungsfall. Dem versicherten Fahrer wurde der Schutz des § 158 i VVG vom BGH nicht zugebilligt. Der BGH stützte sich dabei auf den Wortlaut und auf entsprechende Äußerungen, die sich in der Begründung zu der letzten vorangegangenen Änderung des § 158 i VVG befunden haben.

Es war aber nach der Interessenlage ohne weiteres die gegenteilige Auffassung vertretbar⁶. Da es sich um eine nicht vorgesehene Lücke im Schutzbereich des § 158 i VVG zu Lasten des versicherten Fahrers gehandelt hat, ist der Gesetzgeber mit § 124 Abs. 4 VVGE entschlossen angetreten, diese Lücke zu schließen. Bedauerlich ist nur, dass im Einzelfall der versicherte Fahrer schutzlos gelassen worden ist. Jedenfalls ist es zu begrüßen, dass nach Inkrafttreten des neuen VVG diese Lücke zu Gunsten des versicherten Fahrers geschlossen werden wird.

3. Rangfolge mehrerer Schadenersatzansprüche in dem Fall, dass diese die Versicherungssummen des Kfz-Haftpflichtversicherungsvertrages übersteigen

In den Allgemeinen Vorschriften über die Haftpflichtversicherung findet sich in § 110 VVGE eine Regelung des Inhalts, dass dann, wenn die Ansprüche

5 14.1.2004 r+s 2004, 226–228 = VersR 2004, 369–370 m. zust. Anm. von E. Lorenz a.a.O. 371–372 (ebenso Schirmer DAR 2004, 375–379 und Terno DAR 2004, 321–322).

6 Vgl. dazu Johannsen, Festschrift für E. Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, 392–396.

mehrerer Dritter die Versicherungssumme übersteigen, der VR diese Ansprüche nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu erfüllen hat. Ist hierbei die Versicherungssumme erschöpft, so kann sich ein bei der Verteilung nicht berücksichtigter Dritter nachträglich nicht auf die Vorschrift des § 109 Abs. 1 VVG berufen, wenn der VR mit der Geltendmachung dieser Ansprüche nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste. Diese Bestimmung entspricht trotz abweichenden Wortlauts der Regelung in § 156 Abs. 3 VVG.

Hingegen wird mit § 118 VVG, der nur für die Pflichthaftpflichtversicherungsverträge im Falle einer an sich gegebenen Leistungsfreiheit des VR gilt, Abweichendes bestimmt. Es wird nämlich für alle Pflichthaftpflichtversicherungen eine Regelung in 5 Klassen geschaffen. In der ersten Klasse werden die Personenschäden aufgeführt, in der zweiten Klasse die sonstigen Schäden. Dabei dürfte es sich um Sach- und reine Vermögensschäden handeln. In der dritten Klasse sind die Ansprüche aufgeführt, die nach Privatrecht auf Versicherer oder sonstige Dritte wegen Personen- und sonstiger Schäden übergegangen sind. In der vierten Klasse werden die Ansprüche der Sozialversicherungsträger behandelt und die fünfte Klasse betrifft alle sonstigen Ansprüche, wobei unklar ist, was eigentlich noch bleiben sollte.

Eine solche Rangordnung erscheint vernünftig. Nicht nachzuvollziehen ist allerdings die Einschränkung in § 118 Abs. 1 Nr. 1 + 2, dass diese Rangfolge nur gilt, soweit die Geschädigten nicht in der Lage sind, vom Schädiger etwas zu erlangen. Das könnte in der Praxis so ausgelegt werden, dass vorab eine ergebnislose Zwangsvollstreckung gegen den VN durchgeführt werden müsste oder aber mindestens eingehende Ausführungen über die Vermögenslage des VN zu machen wären. Es ist kein rechter Sinn in dieser Einschränkung zu sehen. Wenn der Dritte tatsächlich etwas von dem VN erlangt, so ist das selbstverständlich zu berücksichtigen. Eine Rangordnungsverteilung aber davon abhängig zu machen, ob von dem VN etwas zu erlangen ist, erscheint als nicht zweckmäßig. Diese Einschränkung ergibt keinen nachvollziehbaren Sinn. Vielmehr sollte es den in der Rangfolge geringer bewerteten Klassen überlassen werden, die also bei der Rangfolge ausfallen, entsprechende Ansprüche durchzusetzen. Hier besteht demgemäß noch Änderungsbedarf in der letzten Ausformulierung des § 118 VVG.

4. Zum Wegfall des Anerkenntnis- und Befriedigungsverbots

In § 106 VVG heißt es, dass eine Klausel des Inhalts künftig unwirksam ist, nach der der VN durch die Befriedigung des Anspruchs des Dritten und durch Abgabe eines Anerkenntnisses eines solchen Anspruchs den

Versicherungsschutz verlieren kann. Gegen diese Regelung bestehen Bedenken, soweit es um das Anerkenntnis des Haftpflichtanspruchs durch den VN geht. Denn wenn dem VN das Recht eingeräumt wird, den Haftpflichtanspruch des Dritten anzuerkennen, so hat das zur Folge, dass nicht nur der VN an das Anerkenntnis gebunden ist, sondern auch der Versicherer. Jedenfalls ist damit zu rechnen, dass die Gerichte – entgegen den in der Begründung zu § 106 angestellten Überlegungen – diese Konsequenz ziehen. Im Entwurf wird davon ausgegangen, dass die Differenz zwischen dem Anerkenntnis und dem tatsächlichen Umfang des Haftpflichtanspruchs dann zu Lasten des VN geht. Das kann aber nicht zum Tragen kommen, wenn der VN zum Anerkenntnis berechtigt ist und eine solche Feststellung gegenüber dem Versicherer im Außenverhältnis wirkt; denn der Dritte kann sich als Anspruchsberechtigter gegenüber dem Versicherer auf die Feststellung der Haftpflichtforderung gemäß § 107 VVGE berufen. In diesem Zusammenhang sei auf BGH 17.3.2004⁷ verwiesen, von dem die dem Wortlaut des § 107 VVGE entsprechende Regelung in § 154 Abs. 1 VVG dahin ausgelegt wird, dass die Feststellung des Haftpflichtanspruchs durch Anerkenntnis des VN unabhängig davon zu beurteilen ist, ob das Anerkenntnis im Deckungsverhältnis eine zur Leistungsfreiheit führende Obliegenheitsverletzung darstellt.

Bei Inkrafttreten des § 106 VVGE besteht die Gefahr, dass dem Versicherer gänzlich die Entscheidung darüber genommen wird, ob der geltend gemachte Haftpflichtanspruch begründet ist oder nicht. Angesichts der Komplexität des Haftungsrechts darf diese Entscheidung aber nicht in Laienhände gelegt werden. Es genügt zur Verbesserung der Situation des VN, dass diesem die Befriedigung des Anspruchs des Dritten nicht verwehrt wird. Wenn eine solche Zahlung an den Dritten aus eigenen Mitteln des VN vorgenommen wird, ohne dass damit ein Anerkenntnis verbunden ist, so kann der Versicherer einwenden, dass die Zahlung nach der materiellen Haftungslage ganz oder teilweise nicht geboten war. Dieser Einwand muss dem Versicherer erhalten bleiben.

Es ist demgemäß dringend geboten, das Anerkenntnisverbot vertraglich beizubehalten. In diesem Zusammenhang ist daher zu empfehlen, die Regelung aus § 154 Abs. 2 ÖVVG in das VVGE zu übernehmen. Jene Bestimmung lautet wie folgt:

„Eine Vereinbarung, nach der der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei sein soll, wenn ohne seine Einwilligung der Versiche-

7 VersR 2004, 634–635.

rungsnehmer den Dritten befriedigt, ist unwirksam. Eine Vereinbarung, nach der eine derartige Leistungsfreiheit für den Fall vorgesehen ist, dass der Versicherungsnehmer den Anspruch des Dritten anerkennt, ist unwirksam, falls nach den Umständen der Versicherungsnehmer die Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte.“

Demgemäß sollte § 120 VVGE um einen § 158 e Abs. 2 VVG entsprechenden Absatz erweitert werden; dabei muss aber der Hinweis auf die in § 120 Abs. 1 VVGE vorgesehene Belehrungspflicht des VR entfallen. Erwägenswert wäre folgende Fassung des § 120 Abs. 2 VVGE:

„Die Vorschrift des Abs.1 gilt sinngemäß, wenn der VN mit dem Dritten einen Vergleich schließt oder dessen Anspruch anerkennt. Das gilt abweichend von Abs.1 auch dann, wenn der Dritte über diese Rechtsfolge nicht belehrt worden ist.“

VVG-Reform

– Der Referentenentwurf –

Volker Schöfisch, Ministerialrat,
Bundesministerium der Justiz, Berlin

1. Einleitung

Am 19. April 2004 hat die Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVG-Kommission) der Bundesministerin der Justiz nach fast 4-jähriger Arbeit ihren Abschlussbericht übergeben. Teil des Berichts ist ein vollständig ausgearbeiteter Gesetzentwurf, der Vorschlag für ein neues deutsches Versicherungsvertragsgesetz. Auf der Grundlage dieses Vorschlags hat das Bundesministerium der Justiz einen Gesetzentwurf erstellt, der den Bundesressorts zur Abstimmung zugeleitet werden wird, ebenso den Ländern, Verbänden und interessierten Einzelpersonen.

Zum Abschlussbericht der VVG-Kommission sind zahlreiche Stellungnahmen eingegangen, zum Teil auch sehr umfangreiche. Mit einigen Verbänden wurden ergänzende Gespräche geführt; mehrere Tagungen haben sich mit den Vorschlägen der VVG-Kommission beschäftigt. Dies alles war bei der Erstellung des Referentenentwurfs zu berücksichtigen. Die Öffentlichkeit ist insbesondere an Fragen der Lebensversicherung oder der Krankenversicherung interessiert. Das Bundesverfassungsgericht hat erst vor kurzem Verfassungsbeschwerden verhandelt, die die Frage der Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung zum Gegenstand haben.

Der Verkehrsgerichtstag ist an anderen Fragen interessiert: Welche Änderungen ergeben sich für den Bereich der Kraftfahrzeugversicherung?

2. Beratungs-, Informations- und Dokumentationspflichten

Der Entwurf sieht umfangreiche Beratungs-, Informations- und Dokumentationspflichten vor, die allgemein gelten, also auch für alle Verträge, die im Zusammenhang mit der Versicherung eines Kraftfahrzeugs abgeschlossen werden.

a) Ausgangslage

Die Regelungen des Referentenentwurfs sind durch Vorgaben des europäischen Rechts bestimmt:

- Die „Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG“ – kurz: Fernabsatzrichtlinie – regelt die *Informationspflichten* beim Abschluss von Fernabsatzverträgen. Das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen“ ist am 8. Dezember 2004 in Kraft getreten; in das VVG werden die §§ 48a bis 48e eingefügt; die Anlage zu § 48b VVG listet die Informationen auf, die der Versicherer dem Versicherungsnehmer zur Verfügung stellen muss.
- Die „Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung“ enthält weitere Vorgaben zu Beratung, Information und Dokumentation. Die Vorgaben gelten für alle Verträge, die über einen Vermittler – d.h. über einen Makler oder Vertreter – abgeschlossen werden (erfasst ist der selbständige, nicht der angestellte Vertreter). Das für die Umsetzung dieser Richtlinie federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird in Kürze einen Referentenentwurf vorlegen.
- Der Vollständigkeit halber sei auf § 10a des Versicherungsaufsichtsgesetzes hingewiesen, der mit der dazugehörigen Anlage – ebenfalls europäisches Recht umsetzend – bereits bestimmte Informationspflichten regelt.

b) Regelungen

Anliegen des Referentenentwurfs ist es, diese für unterschiedliche Bereiche geregelten Pflichten zusammenzuführen und möglichst zu vereinheitlichen. Die §§ 59 ff. E regeln den Vertragsabschluss über einen Vermittler. Da nicht einzusehen ist, dass bei einem Vertragsabschluss über einen Vermittler bestimmte Pflichten bestehen, beim direkten Abschluss mit dem Versicherer aber nicht, sieht § 6 E auch für den Versicherer vor, dass er den Versicherungsnehmer beraten muss. Die Regelungen sind parallel gestaltet.

U.a. gilt: Die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sind im Beratungsgespräch zu erfragen (§ 6 Abs. 1 E für den Versicherer; § 61 Abs. 1 E für den Vermittler); entsprechend ist zu beraten. Dabei kann sich der Beratungsaufwand an der Höhe der zu zahlenden Prämien orientieren; außerdem ist die Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, zu berücksichtigen. Die Beratung ist zu dokumentieren (§ 6 Abs. 2 E; § 61 Abs. 1 E). Auf Beratung und Dokumentation kann durch gesonderte schriftliche Erklärung verzichtet werden (§ 6 Abs. 3 E; § 61

Abs. 2 E). Für Verträge über vorläufige Deckung bei Pflichtversicherungen gilt, dass die Verpflichtung zur Dokumentation nicht besteht, und zwar sowohl, wenn der Vertrag direkt mit dem Versicherer abgeschlossen wird (§ 6 Abs. 2 letzter Satz E), als auch, wenn der Vertrag über einen Vermittler zustande kommt (§ 62 Abs. 2 E).

Eine Verletzung der Beratungs- oder Dokumentationspflichten zieht Schadenersatzansprüche nach sich (§ 6 Abs. 5 E; § 63 E).

Die Informationspflichten sind in § 7 E geregelt, für den Versicherungsvermittler in § 62 E. In einer Verordnung auf der Grundlage von § 7 Abs. 2 E werden die Einzelheiten geregelt. Im Hinblick auf die Vielzahl der Informationen, die es einem Versicherungsnehmer erschwert, die für ihn wichtigen Informationen zu erkennen, könnte auch versucht werden, in dieser Verordnung zu regeln, welche Informationen so hervorgehoben werden müssen, dass sie nicht „gesucht“ werden müssen.

c) Auswirkungen

Die dargestellten Regelungen über die Beratung und Dokumentation bedeuten für die Praxis der Kraftfahrzeugversicherung, soweit es um vorläufige Deckung geht, dass sich vermutlich relativ wenig ändern wird. Dokumentationspflichten bestehen – wie ausgeführt – nicht. Der Beratungsaufwand ist gering, weil der Versicherungsnehmer in den meisten Fällen wissen wird, was vorläufige Deckung bedeutet. Wenn sich aber z.B. in einem Beratungsgespräch ergibt, dass ein Versicherungsnehmer annimmt, er sei mit dem Vertrag über vorläufige Deckung vollständig, also auch kaskoversichert, ist er selbstverständlich darüber zu beraten, dass dies nicht der Fall ist.

Ferner werden Versicherungen, die Doppelkarten z.B. in Werkstätten auslegen, zukünftig sicherheitshalber eine zusätzliche Erklärung über einen Beratungsverzicht auslegen, die der Versicherungsnehmer zu unterzeichnen hat. Wenn dies nicht passiert, ergibt sich die Frage, ob allein schon dadurch auf eine Beratung verzichtet wird, dass die ausgelegte Versicherungsbestätigung (früher: Doppelkarte) mitgenommen wird (Verzicht durch konkludentes Handeln). Solche Fälle werden sich möglicherweise ereignen; die Gerichte werden zu entscheiden haben. Auf der „sicheren Seite“ sind Versicherungen jedenfalls, wenn sie – wie ausgeführt – über einen schriftlichen Beratungsverzicht verfügen. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, eine angemessene Beratung sicherzustellen, und nach dem Sinn und Zweck der Schriftform – Warnfunktion – wird man nämlich einen Beratungsverzicht durch konkludente Erklärung wohl nicht annehmen können.

Für den *Hauptvertrag* in der Haftpflichtversicherung und der Kaskoversicherung gelten natürlich sämtliche Regelungen über Beratung, Dokumentation und Information ohne Einschränkung.

3. *Obliegenheitsverletzungen*

Das vielfach in seinen Folgen als „ungerecht“ empfundene Alles-oder-Nichts-Prinzip wird – wie von der VVG-Kommission vorgeschlagen – aufgegeben. Nach § 30 Abs. 2 E ist der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nur dann nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich verletzt hat. Im Falle einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem dem Verschulden entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Kann der Versicherungsnehmer beweisen, dass seine Obliegenheitsverletzung nicht kausal geworden ist, bleibt es bei der Leistungspflicht des Versicherers (§ 30 Abs. 2 E).

4. *Regelung der vorläufigen Deckung (§§ 51 ff. E)*

Der Referentenentwurf sieht in den §§ 51 ff. Regelungen über die vorläufige Deckung vor. Nach § 51 E handelt es sich um einen Vertrag, dessen wesentlicher Inhalt die Gewährung einer vorläufigen Deckung ist. Für die Informationspflichten – § 7 E – kann vereinbart werden, dass sie erst mit Übersendung des Versicherungsscheins erfüllt werden müssen (§ 51 Abs. 1 E).

Der Beginn des Versicherungsschutzes kann von der Zahlung einer Prämie abhängig gemacht werden (§ 53 Abs. 1 E). Der Vertrag endet spätestens, wenn der Hauptvertrag oder ein anderer Vertrag über vorläufige Deckung abgeschlossen wird (§ 54 E). Auf die Besonderheiten, soweit es um die Dokumentation bei einem Vertrag über vorläufige Deckung geht, ist bereits hingewiesen worden.

Ferner wird vorgeschlagen, dass eine Vereinbarung, nach der die vorläufige Deckung rückwirkend entfällt, wenn die Prämie für die vorläufige Deckung oder die erste Prämie für den Hauptvertrag nicht gezahlt wird, unwirksam ist (§ 53 Abs. 2 E). Zu der Befürchtung, diese Regelung können Autofahren ohne Prämienzahlung ermöglichen (vgl. Internet- und Pressevorschau zum 43. VGT), ist zu sagen, dass auch nach geltendem Recht ein Fahren ohne Prämienzahlung möglich ist. Erfährt die Zulas-

sungsstelle, dass für ein Fahrzeug keine Haftpflicht-Pflichtversicherung besteht, fordert sie zunächst den Halter auf, eine gültige Versicherungsbestätigung einzureichen (VwV zu § 29d StVZO). Der Halter kann sich also eine neue Doppelkarte besorgen und entgeht so der Außerbetriebsetzung seines Fahrzeugs.

5. Vorschriften für die Pflichtversicherung

Die Regelungen über die Pflichtversicherung werden neu gefasst (§§ 114 ff. E). § 3 PflVG wird fast vollständig in das VVG überführt. Das bedeutet auch, dass der bisher nur für die Kraftfahrzeughaftpflicht-Pflichtversicherung bestehende Direktanspruch für alle Pflichtversicherungen eingeführt wird (§ 116 E). Die Mindestversicherungssumme wird geregelt; dies hat allerdings für die Kfz-Haftpflichtversicherung keine Bedeutung; insoweit gilt die spezialgesetzliche Regelung des § 4 Abs. 2 PflVG weiter. Allerdings soll zukünftig auch ein Selbstbehalt vereinbart werden können, der sich aber nicht zum Nachteil des geschädigten Dritten auswirken darf; der Selbstbehalt kann dem Direktanspruch des Dritten nicht entgegengehalten werden. Das wirtschaftliche Risiko einer entsprechenden Vereinbarung liegt also beim Versicherer.

Weitere Regelungen über die Gesamtschuldnerschaft – § 158f VVG kann im Hinblick auf die Gesamtschuldnerschaft und die Regelung des § 426 Abs. 2 BGB entfallen – und die Leistungspflicht gegenüber dem Dritten sind vorgesehen. Außerdem werden die Rangfolge der Ansprüche (§ 119 E) und die Obliegenheiten des Dritten (§§ 120, 121 E) geregelt; insofern muss in Zukunft dem Versicherer, der direkt in Anspruch genommen werden soll, das Schadenereignis innerhalb von 2 Wochen mitgeteilt werden (geltendes Recht: § 3 Nr. 7 PflVG). Außerdem muss Auskunft über den Schaden gegeben werden; ggf. müssen Belege vorgelegt werden (geltendes Recht: § 158d Abs. 3 VVG).

6. Zeitplan

Nach der Beteiligung der Ressorts, der Länder und Verbände wird der Gesetzentwurf möglichst noch vor der Sommerpause dem Bundesrat zugeleitet. Der Bundestag wird sich nach der Sommerpause mit dem Entwurf befassen. Das Gesetzgebungsverfahren wird bis Mitte 2006 abgeschlossen werden. Am 1. Januar 2008 könnte das neue VVG in Kraft treten.

Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess

– Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit –

Prof. Dr. Herbert Roth, Universität Regensburg

I. Bestandsaufnahme

Der Gesetzgeber des Zivilprozessreformgesetzes¹ hat die Berufung abweichend von ihrer bisherigen Ausgestaltung als vollwertige zweite Tatsacheninstanz, verstanden als Fortsetzung der ersten Instanz (§ 525 ZPO a.F.), verändert. Heute ist die Berufung dem Schwerpunkt nach als Rechtsbehelf zur Kontrolle von Fehlern und deren Beseitigung unter grundsätzlicher Bindung an die in erster Instanz getroffenen Tatsachenfeststellungen ausgestaltet (§§ 513 Abs.1, 529 ZPO)². Trotz oder wegen der Neukonzeption hat sich die Regelung der in § 513 ZPO aufgeführten beiden Berufungsgründe und – damit zusammenhängend – des in § 529 ZPO geregelten Prüfungsumfanges des Berufungsgerichts für die Praxis der Berufungsanwälte und Berufungsrichter als ein Nest von Streitfragen entpuppt. Im Kern geht es darum, ob und inwieweit die Funktion der Berufung der Revision angenähert wurde, oder ob die Unterschiede zwischen Berufung und Revision auch weiterhin zu betonen sind. Von dieser Funktionsbestimmung hängt es entscheidend ab, ob die Berufungsinstanz auch in Zukunft in erster Linie Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen hat, oder ob diese Aufgabe zugunsten revisionsähnlicher Zwecke verblasst.

1 Gesetz vom 27.7.2001, BGBl. I S. 1887, im wesentlichen in Kraft getreten am 1.1.2002.

2 Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Drucks.14/4722 S. 64, 65, 94. – In der vorangegangenen Reformdiskussion bestand in diesem Punkt weitgehend Einigkeit, etwa H. Roth, Zivilprozessuale Rechtsbehelfe und effektiver Rechtsschutz, JZ 1996, 805, 808 ff. mit Nachweisen.

1. Rechtsprechungslinien

Die jüngste Rechtsprechung des BGH³ musste dem neuen Berufungsrecht daher erst Konturen geben⁴. Sie wird künftig auch und vor allem für die in meinem Bericht als Erörterungsmuster dienenden Schadensersatzprozesse von Bedeutung sein, die mit Verkehrssachen zusammenhängen⁵. Mit einiger Vereinfachung lassen sich zwei Rechtsprechungslinien unterscheiden:

Die erste Entscheidungsschicht hat überschießende Idealvorstellungen des Gesetzgebers zur Prozessökonomie des Berufungsverfahrens korrigiert. Damit wurde dem in der gerichtlichen Praxis bisweilen anzutreffenden Missverständnis entgegengetreten, es handle sich bei der Rechtsmittelreform in erster Linie um ein Entlastungsgesetz für Oberlandesgerichte (sogleich unten II).

Die zweite Entscheidungsschicht betrifft das rechte Verständnis der Funktion der Berufungsgerichte. Nach der beifallswerten Auffassung des BGH ist das Berufungsgericht auch nach der Reform weiterhin – wenngleich eingeschränkt – Tatsachen- und nicht etwa Revisionsinstanz⁶. Berufungsgerichte sind deshalb in erster Linie der Durchsetzung von Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet, ohne dass sie durch übergeordnete Revisionszwecke (unten III 1 b) daran gehindert wären. Für einige Fallgruppen führt das entgegen der restriktiven Rechtsprechung mancher Oberlandesgerichte zu einer Erweiterung ihrer Prüfungscompetenz. Darauf komme ich später zurück (unten III).

3 Von grundlegender Bedeutung sind die Entscheidungen BGH NJW 2004, 1876 (Umfang der Prüfungspflicht des Berufungsgerichts); 2004, 2751 (Überprüfung der erstinstanzlichen Auslegung einer Individualvereinbarung); 2004, 2825 (Fehler der ersten Instanz bei der Sachverhaltsfeststellung); 2004, 2828 (fehlerhaftes Beweismaß der ersten Instanz); 2004, 2152 (neues Vorbringen in der Berufungsinstanz); 2004, 1458 (Revisibilität der Zulassung neuen Tatsachenvortrags); Überblick bei Gaier, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 2041.

4 Überaus kritisch, aber die geltende Rechtslage mit abweichenden rechtspolitischen Überzeugungen vermengend, Greger, Die ZPO-Reform – 1000 Tage danach, JZ 2004, 805, 811; gegen eine Betonung der Unterschiede zwischen Berufung und Revision in der Rechtsprechung des BGH und für eine Annäherung der Berufung an die Revision auch Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 529 Rdnr. 1 und öfter; Lechner NJW 2004, 3593, 3599 (Ruf nach dem Gesetzgeber).

5 Dazu schon Rixecker, Fehlerquellen am Weg der Fehlerkontrolle – Rechtsprobleme des reformierten Berufsrechts in Verkehrs- und Versicherungssachen, NJW 2004, 705.

6 Grundlegend BGH NJW 2004, 2751; 2004, 1458, 1459 (keine vollwertige Tatsacheninstanz); Vorwerk, Berufungsrichter, Trichter oder Revisionsrichter – Die ungeklärten Fragen in der Praxis, NJW-Sonderheft 2003, 4 zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium.

2. Reformbedarf

Zunächst eine allgemeinere Bemerkung an die Adresse des Gesetzgebers: Rechts- wie Tatsachenkontrolle des Berufungsgerichts werden geschwächt, wenn es sich einerseits allzu einfach unkontrolliert seinen Funktionen entziehen kann und andererseits die mit dem Kammerprinzip unzweifelhaft verbundene Entscheidungsqualität ausgehebelt wird. Der Gesetzgeber sollte daher die entsprechenden Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentages in Bonn 2004 eingehend würdigen. Das gilt sowohl für die dort vorgeschlagene Beschränkung des uneinheitlich gehandhabten einstimmigen Zurückweisungsbeschlusses (§ 522 Abs.2 ZPO) auf Fälle offensichtlicher Unbegründetheit unter Einführung einer Anfechtungsmöglichkeit, als auch für die wünschenswerte Abschaffung des entscheidenden Einzelrichters in der Berufungsinstanz (§ 526 ZPO)⁷. Auch die Verarmung des Inhalts des Berufungsurteils durch Aufgabe von Tatbestand und Entscheidungsgründen in § 540 ZPO mit dem Zwang zur Heranziehung des Ersturteils zur Verständlichmachung des Berufungsurteils hat sich wohl nicht wirklich bewährt⁸.

II. Entlastung nicht als Selbstzweck

Zu der erwähnten Linie der Rechtsprechung, die mit der gewünschten Entlastung der Berufungsgerichte zusammenhängt (oben I 1), muss ein knapper Überblick mit vornehmlich beschreibender Tendenz genügen, weil dieser Teil nur eher lose mit der speziellen Problematik von Verkehrs-sachen zusammenhängt.

1. Prozessstoff der ersten Instanz

Neuland beschritten hat die höchstrichterliche Rechtsprechung für den häufigen Fall des Angriffs auf die Beweiswürdigung vor allem mit der

7 Beschlüsse des 65.DJT Bonn 2004, Abteilung Verfahrensrecht, TOP 12.2., 12.3., 13.1; abgedruckt in NJW 2004, 3241 f. – So schon die Vorschläge von Debusmann, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht, in: Verhandlungen des 65. DJT, Berichte A (2004), 43, 46 ff.; auch Gottwald, Systemfehler des neuen deutschen Rechtsmittelrechts, FS Beys (2003), S.447, 452. – Der unausgegrenzte Beschluss der Justizministerkonferenz am 25.11.2004 zur „funktionalen Zweigliedrigkeit“, wonach der Eingangsinstanz grundsätzlich jeweils nur ein Rechtsmittel folgen soll (NJW 51/2004, XXXVI), bedarf einer eigenen Erörterung.

8 Beschlüsse des 65. DJT Bonn 2004 (Fn. 7), TOP 14; schärfere Anforderungen auch bei BGH MDR 2003, 1128; ferner Fellner, Berufungsurteil – Neue Anforderungen an den Inhalt nach dem ZPO-RG, MDR 2004, 981.

Rüge eines verfahrensfehlerhaften Übergehens von Tatsachenbehauptungen oder Beweisangeboten in der ersten Instanz⁹. Anders als es § 559 Abs. 1 ZPO für das Revisionsgericht vorsieht, unterliegt der Beurteilung des Berufungsgerichts nicht nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem erstinstanzlichen Urteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Vielmehr gelangt mit einem zulässigen Rechtsmittel der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff der ersten Instanz ohne weiteres in die Berufungsinstanz¹⁰. Entgegen der nicht bindenden Gesetzesbegründung¹¹ muss das Berufungsgericht also von Amts wegen die gesamten Akten lesen. Nur damit kann es seiner in den §§ 513 Abs. 1 Alt. 2, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO festgelegten Aufgabe genügen: Es hat das Urteil der Vorinstanz auf konkrete Anhaltspunkte¹² für Zweifel¹³ hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen zu prüfen und mögliche Fehler zu beseitigen.

Diese Prüfung setzt zudem keine spezielle Rüge nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO, sondern lediglich eine zulässige Berufung voraus. Diese ist bereits dann zulässig, wenn auch nur einer der in § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO genannten Gründe ordnungsgemäß dargelegt wird¹⁴. Zudem soll für die auf § 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO gestützte Tatsachenkontrolle auch im Sinne der Überprüfung der Beweiswürdigung der ersten Instanz¹⁵ der § 529 Abs. 1 ZPO *lex specialis* sein zu § 529 Abs. 2 ZPO. Dadurch entfällt das Rügeerfordernis selbst dann, wenn sich die Zweifel des Berufungsgerichts auf einen Verfahrensfehler der ersten Instanz, wie z.B. einen Verstoß gegen § 286 ZPO, einen unterbliebenen Hinweis nach

9 BGH NJW 2004, 1876.

10 BGH NJW 2004, 1876, 1878; so wohl auch die überwiegende Praxis, etwa Debusmann (Fn.7), 43, 45; im Ergebnis auch Stackmann, Rechtsbehelfe im Zivilprozess, 2005, Rdnr. 313; einschränkend aber Rdnr. 316; a.A. vor allem Rimmelspacher, Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter – Systematisierung der Praxisfragen aus der Sicht der Wissenschaft, NJW-Sonderheft 2003, 11, 13 f. zum 2. Hannoveraner ZPO-Symposium; gegen eine „Durchforstungspflicht“ des Berufungsgerichts auf Verfahrensfehler MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, Aktualisierungsband, 2. Aufl. 2002, § 529 Rdnr. 14.

11 BT-Drucks.14/4722, S. 101.

12 Begriffsklärung bei BGH NJW 2004, 2828, 2829.

13 Begriffsklärung bei BGH NJW 2004, 2828, 2829.

14 Schärfere Konsequenzen für verspätet vorgebrachte Berufungsgründe dagegen in der Gesetzesbegründung, BT-Drucks.14/4722 S. 95, 96.

15 So Gaier NJW 2004, 2041 unter Verweis auf BGH NJW 2004, 1876; dagegen will Gottwald, Die Reform der ZPO aus Sicht der Wissenschaft, in: Verhandlungen des 65. DJT (Fn. 7), 107, 116 die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler nach § 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO beschränken. – Demgegenüber sind auch ohne Verfahrensfehler getroffene Tatsachenfeststellungen wegen § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für die Berufungsinstanz nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind, BGH NJW 2004, 2751, 2753; unten III 2.

§ 139 ZPO oder auf nicht gewährtes rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), stützen. Zudem muss übergangener Vortrag nicht unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Vorinstanz bezeichnet werden. Für den Anwalt kommt der Rüge von Verfahrensfehlern in bezug auf die Beweiswürdigung also keine strategische Bedeutung zu¹⁶. Für die Kontrolle der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage der erstinstanzlichen Entscheidung ist nach bereits bekräftigter Meinung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausschließlich § 529 Abs. 1 ZPO maßgebend¹⁷.

Endlich kann in der ersten Instanz übergangenes Vorbringen in der Berufungsinstanz selbst dann berücksichtigt werden, wenn der entsprechende Vortrag nicht im Urteilstatbestand dargestellt ist. Zunächst wurde das darauf gestützt, dass dem Tatbestand wegen der in § 313 Abs. 2 ZPO enthaltenen Beschränkungen im Hinblick auf schriftsätzlich angekündigtes Parteivorbringen trotz § 314 ZPO keine negative Beweiskraft (mehr) zukomme¹⁸. Neuerdings wird das unbegrenzte Anfallen von Prozessstoff in der Berufungsinstanz damit gerechtfertigt, dass das Berufungsverfahren (anders als die Revision) wegen § 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO nicht nur der Rechtsfehlerkontrolle diene, sondern auch der Kontrolle und Korrektur fehlerhafter Tatsachenfeststellungen¹⁹. Diese Rechtsprechung hat die begrüßenswerte Folge, dass den Parteien die Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO erspart wird, wenn der Tatbestand schriftsätzlich angekündigtes Vorbringen nicht wiedergibt. Es steht zu erwarten, dass die derzeit noch überbordenden Berichtigungsanträge der Parteien nachlassen werden²⁰. Doch bleibt die Berichtigung weiterhin von Bedeutung für nicht schriftsätzlich angekündigtes Parteivorbringen in der mündlichen Verhandlung sowie für die Behauptung fehlerhaft wiedergegebenen Parteivorbringens im Tatbestand²¹.

16 Anders die Einschätzung bei Rixecker NJW 2004, 705, 709; ein anderes Verständnis des § 529 Abs.2 ZPO vor allem bei Rimmelspacher, Von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensmängel im Zivilprozess, FS Beys (2003), S. 1333, 1350 f. (Zusammenfassung).

17 Bestätigt durch BGH, Versäumnisurteil vom 16.9.2004 – III ZR 283/03.

18 BGH NJW 2004, 1876, 1879.

19 BGH NJW 2004, 2152, 2155 unter Bezugnahme auf Barth, Zum Tatsachenstoff des Berufungsverfahrens nach der Reform der ZPO – eine Erwiderung, NJW 2004, 1702, 1703; maßgebend auch Gaier, Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens, NJW 2004, 110.

20 Dazu Debusmann (Fn.7), 43, 46; teils abweichend Fellner, Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz – Bedeutung für das Berufungsverfahren und die Korrekturmöglichkeiten, MDR 2003, 721; Crückeberg, Tatsachenfeststellungen im Urteil erster Instanz, MDR 2003, 199.

21 Mit Recht Gaier, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 2041, 2044.

2. Neues Vorbringen (§ 531 Abs. 2 ZPO)

Einen zusätzlichen Problemkreis bildet in diesem Zusammenhang neues Vorbringen. Die in § 531 Abs. 2 ZPO geregelte Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel²² wirft vor allem deshalb Streitfragen auf, weil die Zurückweisung nicht davon abhängig ist, dass durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Das griffige Schlagwort zur Vermeidung von Übertreibungen lautet: „Präklusion als Selbstzweck“.

Nicht ausgeschlossen werden sollte daher neues unstreitiges Vorbringen. Dafür hat sich jetzt auch die höchstrichterliche Rechtsprechung entschieden²³. Das gleiche gilt für die Zulassung nachträglich unstreitigen Vortrags, der in erster Instanz zurückgewiesen wurde. Er fällt zwar unter den Wortlaut des § 531 Abs. 1 ZPO; doch sollte der Normzweck entscheiden, da auch alle übrigen Normen über die Zurückweisung nur Streitiges beweisbedürftiges Vorbringen betreffen²⁴.

Zweifelhaft ist vor allem, ob eine erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Verjährungseinrede, deren Berücksichtigung das Verfahren nicht verzögerte und zu einem richtigen Urteil führte, nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen ist. Der Wortlaut der Nr. 3 spricht dafür, wenn die mögliche Einredeerhebung in der ersten Instanz aus Nachlässigkeit unterlassen wurde. Allerdings ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung hier nicht zu besorgen. Andererseits beruht die Norm – wie erwähnt – auch gar nicht auf diesem Grundsatz²⁵. Der Gesetzgeber durfte daher wohl bei einem vorwerfbaren (auch nur leicht fahrlässigen) Verstoß gegen das Gebot der allgemeinen Prozessförderungspflicht in erster Instanz diese scharfe Sanktion ohne Verfassungsverstoß vorsehen, weil nur damit die erwünschte Konzentration auf die erste Instanz erreicht wird²⁶.

22 Zum Begriff BGH NJW 2004, 2828, 2830.

23 BGH NJW 2005, 291; OLG Nürnberg MDR 2003, 1133; OLG Hamm NJW 2003, 2325; ebenso Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 531 Rdnr. 1; Fellner MDR 2004, 241, 243; weitere Einzelheiten bei Würfel, ZPO-Reform – Verspätetes aber unstreitiges Vorbringen in der Berufungsinstanz, MDR 2003, 1212; a.A. OLG Oldenburg NJW 2002, 3556; keine Klärung war möglich durch BGH NJW 2004, 1458, 1459.

24 Gottwald, Die Reform der ZPO aus Sicht der Wissenschaft (Fn.15), 107, 116; Fellner, Berücksichtigung eines neuen Sachvortrags mit neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln und die Folgen in der Berufungsinstanz, MDR 2004, 241; zum alten Recht ebenso BGHZ 76, 133, 141.

25 BGH NJW 2004, 1458, 1459; OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1222 (Einrede der beschränkten Erbenhaftung); zur früheren rechtspolitischen Diskussion etwa H.Roth JZ 1996, 805, 810; die Verfassungsmäßigkeit der Nr.3 für alle Fälle bezweifelnd, in denen eine Verfahrensverzögerung nicht zu besorgen ist, Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 73 V (S. 302 f.); ebenso W.Lüke, Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 401.

26 So im Ergebnis OLG Oldenburg MDR 2004, 292; Stackmann (Fn.10), Rdnr. 64; für die Berücksichtigung der Verjährungseinrede dagegen Rixecker NJW 2004, 705, 707.

Freilich bleibt in diesen und in anderen Fällen eine großzügige Zulassung neuen Vorbringens durch die Berufungsinstanz ohne Rechtsfolgen, selbst wenn sie gegen § 531 Abs. 2 ZPO verstößt. Nach Auffassung des BGH wird dieser Verfahrensfehler (wie schon nach altem Recht) in der Revision nicht berücksichtigt, weil sich das angestrebte Ziel einer ökonomischen Verfahrensgestaltung nach geschehener Zulassung ohnehin nicht mehr verwirklichen lässt²⁷. Die Parteien können also nicht darauf vertrauen, dass einmal durch die Berufungsinstanz gewonnener Prozessstoff in der Revisionsinstanz wieder eliminiert wird.

III. Gebot der materiell richtigen Entscheidung

Ich komme zu denjenigen Entscheidungen, die jenseits von prozessökonomischen Erwägungen (oben II) für den Prüfungsumfang der Berufungsinstanz das Rechtsstaatsprinzip mit dem daraus fließenden Gebot einer materiell richtigen Entscheidung ins Spiel bringen (oben I 1)²⁸. Betroffen sind beide in § 513 Abs. 1 ZPO aufgeführten Berufungsgründe:

Soweit dem Berufungsgericht die Rechtskontrolle nach § 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO zugewiesen ist, deckt sich sein Prüfungsmaßstab trotz der Verweisung auf die revisionsrechtliche Norm des § 546 ZPO nicht mit dem revisionsrechtlichen Maßstab. Vielmehr geht er darüber hinaus (sogleich unten 1).

Vergleichbares gilt für Angriffe gegen die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung nach § 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. Anders, als das Revisionsgericht mit der aus § 559 Abs. 2 ZPO folgenden Einschränkung, ist das Berufungsgericht an verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen der ersten Instanz nicht gebunden, wenn unter den Voraussetzungen des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unrichtig oder unvollständig sind (unten 2).

1. Rechtsverletzung (§ 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO)

Was die Rechtskontrolle betrifft, so fassen Berufungsgerichte bisweilen die Verweisung des § 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO auf § 546 ZPO als Aufforderung zur Selbstkasteiung auf.

²⁷ BGH NJW 2004, 1458, 1459 f. mit zustimmender Anm. Rimmelspacher/Bolkart LMK 2004, 170.

²⁸ Vor allem BGH NJW 2004, 2751 mit zustimmender Anmerkung Weigel LMK 2004, 168.

a) *Rechtsprechung*

So konnte das OLG Hamm im Falle der Beschädigung eines Flugzeugs beim Landeanflug durch eine Brieftaube in der hälftigen Verantwortungsteilung zwischen der Betriebsgefahr des Flugzeugs und der Tiergefahr (§§ 33 LuftVG, 833 Satz 1 BGB) und damit in der Schadensteilung zwischen Flugzeugeigentümer und Taubenhalter durch das erstinstanzliche Gericht keinen Rechtsfehler erkennen. Es führt dazu aus²⁹: „Die Abwägung der beiderseitigen Verantwortlichkeit für den Schaden steht dem Tatrichter zu; das Berufungsgericht kann nach neuem Recht nur nachprüfen, ob alle Unterlagen berücksichtigt wurden und ob die Abwägung gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstösst“.

b) *Leitbildfunktion revisionsgerichtlicher Entscheidungen*

Damit übernimmt die Entscheidung die Einschränkungen, wie sie für das Verständnis des Revisionsgerichts bei der Auslegung des § 546 ZPO maßgebend sind. Danach ist das Recht verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Dem Grundsatz nach sind für das Revisionsgericht alle rechtlichen Schlussfolgerungen nachprüfbar. Wenn sich der BGH in ständiger Rechtsprechung für die hier vorliegende Subsumtion unter Maß- und Gradbegriffe Selbstbeschränkungen auferlegt³⁰, so hat das seinen Grund nicht darin, dass es sich bei der Abgrenzung der beiderseitigen Verursachungsanteile um eine nicht reversible Tatfrage handelte. Vielmehr wird eine nicht reversible Rechtsfrage angenommen, weil die Revisionszwecke der Wahrung der Rechtseinheit, der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen und der Fortbildung des Rechts wegen der fehlenden Leitbildfunktion für andere Fälle eine Nachprüfung nicht erfordern³¹.

c) *Fehlende Leitbildfunktion berufsgerichtlicher Entscheidungen*

Im scharfen Gegensatz dazu ist das Berufungsgericht auch nach neuem Recht nach wie vor eine – wenngleich beschränkte – Tatsacheninstanz und damit in erster Linie der Verwirklichung von materieller Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet³². Trotz der Verweisung des § 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO auf § 546 ZPO kommt eine Übertragung der für das Revisionsgericht geltenden Einschränkungen auf das Berufungsgericht nämlich nicht in Be-

29 OLG Hamm MDR 2004, 998.

30 Etwa BGHZ 20, 290, 292 (Abwägung nach § 254 BGB).

31 Zum ganzen Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 141 V (S. 1010 ff.); Prütting, Die Zulassung der Revision, 1977, S. 191 ff.

32 So mit wünschenswerter Deutlichkeit BGH NJW 2004, 2751, 2752 f.

tracht. Der ersten Instanz ist bei der Beurteilung von Maß- und Gradfragen, wie z.B. bei der Abwägung zusammentreffender Betriebsgefahren oder des mitwirkenden Verschuldens, kein Beurteilungsspielraum eingeräumt, der einer Überprüfung durch das Berufungsgericht entzogen wäre. Es kommt nicht darauf an, ob die Abwägung der ersten Instanz nur lediglich rechtlich vertretbar ist, sondern ob sie sachlich überzeugend ist. Ist das nicht der Fall, so hat das Berufungsgericht die Beurteilung von Maß- und Gradfragen nach seiner eigenen Überzeugung vorzunehmen.

Das Gesagte gilt nicht nur für die gerade besprochene Fallgruppe, sondern in gleicher Weise auch für die Festlegung einer billigen Entschädigung in Geld nach § 253 Abs. 2 BGB, wenn es um Ansprüche aus § 7 StVG (§ 11 Satz 2) oder § 823 Abs. 1 BGB geht. Vergleichbar liegt es für die Schadensersatzpflicht aus Billigkeitsgründen, die auf § 829 BGB gestützt wird. Hierbei geht es zwar nicht in erster Linie um eine Maß- oder Gradfrage, wohl aber um die Beurteilung einzigartiger, nicht verallgemeinerungsfähiger und -bedürftiger Sachverhalte, die eine individuelle richterliche Beurteilung erfordern. Diese Grundsätze tragen auch für den Bereich der Schadensschätzung nach § 287 ZPO, der das Berufungsgericht nicht an einer eigenen Schätzung hindert³³. Endlich beschränkt sich auch die Auslegung von Individualvereinbarungen nicht darauf, ob die erste Instanz zu einem vertretbaren Ergebnis gekommen ist. Vielmehr hat das Berufungsgericht selbst nach der überzeugenden Auslegung zu suchen³⁴. Eine Rolle spielen kann das etwa für die Auslegung eines „Schuldanerkenntnisses am Unfallort“.

d) Ergebnis

Nach dem Ausgeführten ist das Berufungsverfahren noch nicht einmal in dem Fall in allen Rechtsfolgen revisionsähnlich ausgestaltet, dass und soweit eine Rechtsverletzung gerügt wird (§ 513 Abs. 1 Alt. 1 ZPO)³⁵. Die praktizierte Selbstbeschränkung von Berufungsgerichten auf den angeschnittenen Problemfeldern im Sinne einer Nichtausschöpfung der Überprüfungsmöglichkeiten der Rechtsfrage stellt einen revisiblen Rechtsfehler dar und kann durch den BGH korrigiert werden.

³³ Anders Rixecker NJW 2004, 705, 706.

³⁴ Mit Recht BGH NJW 2004, 2751; anders noch KG MDR 2004, 647.

³⁵ Anders vor allem Bamberger, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004, 137, 139; eine andere Sicht der Dinge auch bei Pukall/Kießling, Verfahrensneuerungen durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.7.2001 und andere, die ZPO ändernde Gesetze, WM 2002 Sonderbeilage 1, 28 („reine Rechtskontrollinstanz“).

2. Tatsachenfeststellung (§ 513 Abs.1 Alt.2 ZPO)

Die dargestellten Erwägungen sind auch für den Bereich der Tatsachenfeststellung von Bedeutung. Im Zentrum des neuen Berufungsrechts steht die Frage nach dem Umfang der Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung im Rahmen des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Nach der Gesetzesbegründung sollte das Berufungsgericht an richtige und vollständige Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden sein. „Was das Ausgangsgericht überzeugend und vollständig festgestellt hat, ist damit auch in der Berufungsinstantz maßgebend“³⁶.

a) Keine bloße Methodenkontrolle

Entgegen einem weitverbreiteten Missverständnis ist das Berufungsgericht aber keineswegs stets an korrekte Feststellungen der ersten Instanz gebunden. Ebenso wenig besteht eine Überprüfungsmöglichkeit der Beweiswürdigung des Erstgerichts nur auf Rechtsfehler³⁷. Das ergibt sich weder aus Wortlaut und Normzweck des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, noch aus der Gesetzgebungsgeschichte³⁸. Gewiss werden konkrete Anhaltspunkte in erster Linie Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), wenn dem erstinstanzlichen Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts Verfahrensfehler unterlaufen sind.

So liegt es, wenn Beweise fehlerhaft erhoben oder gewürdigt wurden, etwa wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt³⁹, Tatsachenvortrag der Parteien übergangen wurde oder nicht vorgelegene Tatsachen verwertet worden sind⁴⁰.

b) Inhaltskontrolle

Doch sind die Überprüfungsmöglichkeiten des am Maßstab der materiellen Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten Berufungsgerichts nicht auf vor-

36 BT-Drucks.14/4722 S. 64 f.

37 So aber etwa Gottwald (Fn.15), S.107, 116.

38 Zu ihr ausführlich Rimmelspacher, Zivilprozessreform 2002, 2002, Einführung XXII.

39 BGH NJW 2004, 1876.

40 BGH NJW 2004, 2152, 2153.; 2004, 2825, 2826; 2004, 2828, 2829; Einzelheiten dazu bei Stackmann, Fehlerkontrolle zu Beweisaufnahme und Beweiswürdigung nach ZPO-Berufsrecht, JuS 2004, 878.

handene Verfahrensfehler beschränkt⁴¹. So kann schon nach der Begründung des Rechtsausschusses eine erneute Überprüfung der erstinstanzlichen Feststellungen angebracht sein, „wenn sie gerichtsbekannten Tatsachen zuwiderlaufen oder wenn der Vortrag der Parteien Anlass zu nicht nur theoretischen Bedenken gibt“⁴². Zudem können sich konkrete Zweifel aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben⁴³. Die Erzeugung von Zweifeln ohne aufzuzeigende Verfahrensfehler wird man aber nicht an den schlüssigen Vortrag der Partei binden können; vielmehr kann das Berufungsgericht auch ohne Anstoß von außen zweifeln. Nach der m. E. ganz zutreffenden Formulierung des BGH hat das Berufungsgericht daher neue Tatsachenfeststellungen immer dann zu treffen, wenn die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen nicht überzeugt, auch wenn sie verfahrensfehlerfrei getroffen wurde⁴⁴. Der Zweifel muss freilich die Sphäre des rein Subjektiven verlassen und objektiv vermittelbar sein⁴⁵. Nach einem treffenden Wort von Meyer-Seitz geht es nicht um eine Methodenkontrolle, sondern um eine Inhaltskontrolle der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht als Tatsachengericht⁴⁶.

c) Schranken

Freilich darf die unter den Voraussetzungen des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebotene Inhaltskontrolle nicht dazu führen, dass jeder abstrakt gehaltene Angriff des Berufungsführers auf die Beweiswürdigung zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz führt. So ist entgegen

41 Hervorgehoben etwa durch Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 529 Rdnr. 2 (die § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO sogar auf den Fall beschränken, dass dem Erstgericht kein Fehler unterlaufen ist); Wiczorek/Gerken, ZPO, 3. Aufl. 2004, § 529 Rdnr. 16; eindringlich Heiderhoff, Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, JZ 2003, 490, 493; skeptisch Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl. 2004, Rdnr. 521; Lönnig, Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens aus Sicht der Revision, FamRZ 2004, 245, 248; Schnauder, Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG), JuS 2002, 68, 75; ganz ablehnend Stackmann, Die Neugestaltung des Berufungs- und Beschwerdeverfahrens in Zivilsachen durch das Zivilprozessreformgesetz, NJW 2002, 781, 787 (keine „Feststellungsgründe“ mehr möglich).

42 BT-Drucks. 14/6036 S. 123 f.

43 BGH NJW 2004, 2828, 2829.

44 BGH NJW 2004, 2751, 2753; auf die „überzeugende“ Beweiswürdigung des Erstgerichts stellt auch ab OLG Koblenz VersR 2004, 642; deutlich Meyer-Seitz in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 (2002), § 529 Rdnr. 24; anders offensichtlich Rimmelspacher, Die Berufsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002, 1897, 1902 li. Sp.; diese Fallgruppe ganz außer Acht lassend Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 529 Rdnr. 3.

45 Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/6036 S. 123 f.

46 Meyer-Seitz in: Hannich/Meyer-Seitz (Fn. 44), § 529 Rdnr. 20, 24.

einer unglücklichen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁷ das Aufzeigen der bloßen Möglichkeit einer unterschiedlichen Beweiswürdigung nicht geeignet, eine erneute Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht zu erzwingen. Der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO ist die Möglichkeit einer unterschiedlichen Würdigung immanent⁴⁸.

Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob das Berufungsgericht die Beweisaufnahme wiederholen muss, wenn zwar die Beweiswürdigung der ersten Instanz keinen Rechtsfehler aufweist, kein entscheidungserheblicher Vortrag übergangen wurde und auch die Gesamtabwägung mehrerer Indizien umfassend, in sich nachvollziehbar und widerspruchsfrei ist, gleichwohl die Gesamtabwägung aus Sicht des Berufungsgerichts nur vertretbar, nicht aber überzeugend ist⁴⁹. Betont man die Funktion des Berufungsgerichts, die richtige Entscheidung im Einzelfall zu verwirklichen, so liegt die erneute Beweisaufnahme in der Logik des bisher Ausgeführten⁵⁰. Von Bedeutung ist das vor allem, wenn Zeugenaussagen oder Indizien anders gewichtet werden sollen⁵¹. Im Ergebnis können Angriffe gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts auch erfolgreich sein, wenn das Beweisergebnis ohne Verfahrensverstöße zustande gekommen ist.

Die für die Durchführung einer neuen Beweisaufnahme von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO geforderten „Zweifel“ liegen bereits vor, wenn aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse, nicht notwendigerweise überwiegende, Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt⁵². Im Übrigen ist die Durchführung einer die Ergebnisse der erstinstanzlichen Feststellungen umkehrenden Beweisaufnahme des Berufungsgerichts bei fehlenden Voraussetzungen des

47 BVerfG NJW 2003, 2524; ihm zustimmend aber Hirtz, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht, in: 65. DJT 2004 (Fn.7), 53, 62; mit Recht enger OLG Dresden NJW-RR 2004, 210; OLG Rostock OLGR 2004, 60; Jansen, Die Auswirkungen der ZPO-Reform auf den Bauprozess, NZBau 2004, 521, 523; nicht genügen lässt bloß abstrakte Zweifel auch Rixecker NJW 2004, 705, 709.

48 Greger, Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht – ein Menetekel aus Karlsruhe, NJW 2003, 2882, 2883; in diese Richtung auch KG DAR 2004, 387; KGR Berlin 2004, 269; eher undeutlich OLG München OLGR 2003, 206 (Leitsatz 4).

49 Vgl. dazu weiterführend Reinert LMK 2004, 166, 167.

50 Generell für eine großzügige Handhabung plädiert auch Jansen NZBau 2004, 521, 424; in die gleiche Richtung wie hier wohl Zimmermann, ZPO – Fallrepetitorium, 5. Aufl. 2004, Fall 351.

51 Musielak/Ball, ZPO (Fn. 4), § 529 Rdnr.14; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO (Fn. 41), § 529 Rdnr. 7.

52 BGH NJW 2004, 2825, 2826; 2003, 3480, 3481; Gehrlein, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zur ZPO – Verfahren in der Berufung, MDR 2004, 661, 664 f.; G.Müller, Pro dukthaftung im Schatten der ZPO-Reform, VersR 2004, 1073, 1080.

§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für sich wohl nicht revisibel, wenn die Feststellungen des Berufungsgerichts ihrerseits fehlerfrei sind. Das folgt aus dem übergeordneten Gebot der materiell richtigen Entscheidung⁵³.

IV. Ergebnis und Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- (1) Das Berufungsgericht ist auch unter der Herrschaft des neuen Berufsrechts nicht zum Revisionsgericht geworden, sondern – wenn gleich mit Einschränkungen – Tatsachengericht geblieben.
- (2) Für das Berufungsgericht gilt daher das Gebot der Verwirklichung einer materiell richtigen Entscheidung im Einzelfall. Es unterliegt weder in der Beurteilung der Rechtsfrage noch in derjenigen der Tatfrage den für das Revisionsgericht geltenden Einschränkungen.
- (3) Erwartungen des Gesetzgebers des ZPO-Reformgesetzes zugunsten einer verbesserten Prozessökonomie müssen hinter die in den §§ 513 Abs. 1, 529 ZPO niedergelegten Aufgaben des Berufungsgerichts zurücktreten. So fällt dem Berufungsgericht grundsätzlich der Prozessstoff erster Instanz an. Bei einer zulässig eingelegten Berufung kontrolliert es überdies die erstinstanzliche Entscheidungsgrundlage auch ohne entsprechende Parteirüge von Amts wegen.
- (4) Wird die Entscheidung der ersten Instanz auf eine Rechtsverletzung hin überprüft, so ist das Berufungsgericht bei der Beurteilung von Maß- und Gradfragen, Ermessens- und Billigkeitsentscheidungen sowie bei der Auslegung von Individualverträgen nicht auf begangene Methodenfehler beschränkt. Da seinen Erkenntnissen keine Leitbildfunktion zukommt, trifft es die aus seiner Sicht überzeugende Entscheidung und ist nicht an eine bloß vertretbare Rechtsauffassung der ersten Instanz gebunden.
- (5) Bei nicht überzeugender Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung der ersten Instanz ist das Berufungsgericht unter den Voraussetzungen des § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO gehalten, im Interesse der richtigen Entscheidung selbst Beweis zu erheben, auch wenn der ersten Instanz keine Verfahrensfehler unterlaufen sind.

53 Gehrlein, Zivilprozessrecht 2.Aufl. 2003, S. 288 f. Rn. 78.

Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess

– Anmerkungen aus richterlicher Sicht –

Dr. Peter Macke,
Präsident des Brandenburgischen Oberlandesgerichts a.D.,
Brandenburg/Havel

I.

Drei Jahre nach Inkrafttreten der ZPO-Reform reizt es, aus der Sicht des Berufungsrichters einen kritischen Blick auf den äußeren Rahmen des Berufungsverfahrens neuen Rechts zu werfen und die Auswirkungen der Reform auf die praktische Fallbearbeitung in der Berufungsinstanz auszuleuchten, wobei nicht zuletzt Interesse verdient, welche Ermessens- und Entscheidungsspielräume dem Berufungsgericht verbleiben. Die Bilanz, vorerst immer noch eine Zwischenbilanz, fällt gemischt aus, keineswegs so verheerend, wie von den Gegnern der Reform vorausgesagt, aber auch nicht so zustimmend, wie von den Befürwortern der Reform erhofft. Die Berufungsgerichte beginnen sich an die neuen Regelungen zu gewöhnen. Zweifelsfragen werden peu a peu durch die Rechtsprechung geklärt. Vieles ist eine Frage der abgewogenen Handhabung. Bei verantwortungsbewusstem Umgang mit dem neuen Berufungsrecht lassen sich Negativauswirkungen in Grenzen halten. Das Eine oder Andere wird auch als positiv empfunden. Vielfach werden die Endergebnisse nicht viel anders ausfallen als nach früherem Recht, was allerdings zugleich die Frage aufwirft, warum eine Reform dieses Ausmaßes überhaupt sein musste. Eine fiskalische Rechnung jedenfalls scheint nicht aufzugehen: Soweit man sich nämlich von der Neuregelung versprochen hat, dass der Arbeitsaufwand in der Berufungsinstanz geringer werde und damit in größerem Umfang richterliche Arbeitskraft für die dringend auf Verstärkung angewiesenen Amtsgerichte frei werde, erweist sich dies als unrealistisch. Der Arbeitsaufwand in der Berufungsinstanz bleibt, mit einer gewissen Verlagerung weg von Sach- und hin zu Verfahrensfragen, per saldo gleich. Dass die Berufungen zwischenzeitlich ein wenig zurückgegangen sind, hat mit dem neuen Berufungsrecht nichts zu tun, sondern ist auf ein zeitweises Abflauen der Eingänge in I. Instanz zurückzuführen, welches schon vor dem Inkrafttreten der Reform eingesetzt hatte und naturgemäß auf die II. Instanz durchgeschlagen ist. Und inzwischen steigen die Eingänge I. Instanz auch schon wieder an, wie ebenfalls auf die Berufungsinstanz durchgeschlagen wird. Wo wirklich einmal ein OLG-Senat oder eine LG-Berufungskammer

geschlossen werden kann, kommt das im Übrigen bei einer Umverteilung der so freiwerdenden Richterarbeitskraft auf die einzelnen Amtsgerichte des Bezirks rechnerisch allenfalls mit Zehntelanteilen einer Richterarbeitskraft an und löst sich damit praktisch in Luft auf.

II.

Zu dem äußeren Rahmen, den die neue ZPO für das Berufungsverfahren vorgibt, drängt sich Änderungsbedarf namentlich in drei Punkten auf:

1. Nach § 526 Abs. 1 ZPO kann das Berufungsgericht die Sache auch ohne das Einverständnis der Parteien einem seiner Mitglieder zur Entscheidung als Einzelrichter übertragen, wenn in I. Instanz – wie inzwischen in ca. 70 % der Fälle – der Einzelrichter entschieden hat, die Sache keine besonderen Schwierigkeiten aufweist und keine grundsätzliche Bedeutung hat. Noch weitergehend, nämlich als originär zuständig, tritt der Einzelrichter in Beschwerdesachen in Aktion. In der amtlichen Begründung heißt es etwas vordergründig, in einfachen Sachen sei es nicht erforderlich, dass sich der gesamte Spruchkörper mit der Angelegenheit befasse, das Verfahren beim Einzelrichter lasse sich schneller durchziehen¹. Dies verkennt, dass das Vertrauen in die Berufungsinstanz – die übrigens, wie man sich immer wieder klarmachen muss, im Wesentlichen kostendeckend von den Parteien selbst finanziert wird – und dementsprechend die Akzeptanz der Berufungs- und Beschwerdeentscheidungen nicht zuletzt darauf beruhen, dass da drei Richter unter Abwägen des Für und Wider tätig geworden sind, was bei einfachen Sachen auch zu dritt schnell genug geht, während bei schwierigeren Sachen die Beratung zu dritt die Dinge durchweg solider und abgewogener auf den Punkt bringt und unter diesem Aspekt sogar verfahrensverkürzende Wirkung entfalten kann. Auch dass sich u. U. ein alterfahrener Einzelrichter I. Instanz, vielleicht der Kammervorsitzende als Einzelrichter, in der Berufungsinstanz von einem zehn oder zwanzig Jahre jüngeren Erprobungsrichter am Zeuge flicken lassen muss, trägt, und zwar auch in der Wahrnehmung der Prozessbeteiligten, nicht gerade zur Akzeptanz des Modells bei. Und dass beim Einzelrichter alles schneller gehe als im Spruchkörper, ist auch aus dem folgenden Grunde keineswegs gewährleistet: Ist es doch ein offenes Geheimnis, dass sich so mancher Richter, bestens brauchbar im Berufungsspruchkörper als jemand, der das Beratungsergebnis trefflich und revisions sicher zu

1 Vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 65.

Papier zu bringen versteht, als auf sich allein gestellter Einzelrichter schwer tut, mit seinen eigenen Bedenken fertig zu werden und endlich zu Stuhle zu kommen. Ein Vorsitzender kann, wenn und solange der Spruchkörper zuständig ist, zwar nicht im Dienstaufsichtswege, wohl aber kraft seiner Prozessleitungsbefugnis und kollegial darauf hinwirken, dass die von einem Berichterstatler des Typs „Bedenkenträger“ zu betreuende Sache nicht zu alt wird. Dieser kollegiale Selbstregulierungsmechanismus fällt beim Einzelrichter aus: Er und nur er ist das zuständige Gericht und der Vorsitzende hat ihm nichts dareinzureden. Die Vorstellung, dass da womöglich Sachen nicht rückholbar beim Einzelrichter in der Versenkung verschwinden, kann einem Gerichtspräsidenten – denn erst der kann, und bekanntlich auch nur in engen Grenzen, dienstaufsichtlich tätig werden – graue Haare wachsen lassen. Aus diesen und anderen Gründen erscheint die Einzelrichterregelung der ZPO-Reform für die Berufungsinstanz verfehlt. Der alleinentscheidende Einzelrichter in der Berufungs- ebenso wie in der Beschwerdeinstanz sollte – außer für den Fall, dass die Verfahrensparteien zustimmen – wieder abgeschafft werden.

2. Unnötig schroff, zweiter Punkt, ist die Regelung des § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO, der zufolge die Berufungsbegründungsfrist, die neuerdings 2 Monate seit Zustellung des erstinstanzlichen Urteils beträgt, ohne Einwilligung des Gegners nur um 1 Monat verlängert werden kann. Diese starre Regelung nimmt schlimmstenfalls Falschurteile aus Bearbeitungsnot in Kauf und produziert Arbeitsaufwand durch Wiedereinsetzungsanträge, bekanntlich mit zweifelhaftem Ausgang angesichts der für die Wiedereinsetzung geltenden harten Bedingungen. Zusätzliche Probleme ergeben sich bei Kostenarmut. Nicht selten ist, wenn endlich Prozesskostenhilfe bewilligt wird, außer der Berufungseinlegungsfrist auch die mit Zustellung des erstinstanzlichen Urteils beginnende Berufungsbegründungsfrist bereits abgelaufen mit der Folge, dass nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe für die Berufungsbegründung überhaupt nur zwei Wochen verbleiben², wenn man nicht mit der Übermittlung der PKH-Entscheidung erneut eine 2-Monats-Frist in Gang gesetzt sehen will³. Es würde zur Entkrampfung des Berufungsverfahrens beitragen, wenn es das Gesetz wieder zuließe, die Berufungsbegründungsfrist bei Glaubhaftmachung erheblicher Gründe auch ohne Einwilligung des Gegners zu verlängern.

3. § 522 Abs. 2 ZPO, dem zufolge die Berufung unter bestimmten weiteren Voraussetzungen durch einstimmigen Beschluss und sodann gemäß

2 Vgl. Brandenburg. OLG NJW 2003, 2995.

3 Vgl. BGH NJW 2003, 3275.

Abs. 3 der Vorschrift unanfechtbar zurückgewiesen werden kann, führt jedenfalls in einem Teil der Fälle zu Akzeptanzproblemen. Der Berufungsführer fühlt sich mitunter „abgebürstet“, ja brüskiert. Die Berufungsgerichte indessen scheinen die anfänglichen Berührungssängste mehr und mehr zu überwinden, manche scheinen derweil den Bogen gar schon zu überspannen; dem Vernehmen nach soll es Senate geben, die auf diese Weise bis zu 65 % der Berufungen beerdigen, was denn doch irritierend wäre: Die Prozessparteien haben für den Normalfall Anspruch darauf, mit ihrem Anliegen und ihren Argumenten vor Gericht im ursprünglichen Sinne des Worte „Gehör“ zu finden, was ja durch die Ohren, d. h. in mündlicher Verhandlung, passiert. Freilich kann die Verfahrensweise nach § 522 Abs. 2 ZPO in dem ein oder anderen Fall durchaus einmal Sinn machen, etwa wenn der Senat mit Verhandlungsterminen auf Monate hinaus ausgebucht ist und nun plötzlich in einer eilbedürftigen Angelegenheit eine Berufung auf den Tisch kommt, an der nach einstimmiger Überzeugung des Senats beim besten Willen nichts dran ist und die erkennbar nur eine Verzögerung der in I. Instanz goldrichtig ausgeurteilten Rechtsfolgen bezweckt. Hier kann es vielleicht denn doch angebracht sein, die Sache kurz und bündig – nach der vorgeschriebenen Ankündigung, diese allerdings, bitte sehr, mit einer treffgenauen Begründung versehen – mit einem Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zum Abschluss zu bringen. In solch tatsächlich *eindeutigen* Fällen besteht an sich auch kein Bedürfnis für die Zulassung eines Rechtsmittels. Gleichwohl sollte die Möglichkeit einer Anfechtung dieser Beschlusszurückverweisung – deren Remonstrationsfähigkeit im Übrigen strittig ist⁴ – eröffnet werden. Die Gründe hierfür sind eher psychologischer Natur. Mag sich der Berufungsführer doch auch in III. Instanz eine Abfuhr holen! Vor allem aber würde durch die Möglichkeit eines Rechtsmittels abgesichert, dass von § 522 Abs. 2 ZPO tatsächlich nur in dafür geeigneten eindeutigen Fällen Gebrauch gemacht und dieses Instrument nicht zu einer Erledigungsversuchung unter Ausschaltung einer Überprüfung durch den BGH verkommt. Die Anfechtbarkeit würde dem einen Riegel verschieben und dazu beitragen, dass nicht einmal ein dahingehender Verdacht aufkommen kann. Wenn der Fall wirklich so eindeutig ist, wie es § 522 Abs. 2 ZPO voraussetzt, braucht ja doch das Berufungsgericht vor einer Überprüfung durch den BGH „keine Bange“ zu haben.

4 Vgl. hierzu OLG Rostock NJW 2003, 2105 einerseits und OLG Celle NJW 2003, 906 andererseits.

III.

Was die Fallbearbeitung in der Berufungsinstanz unter der Geltung des neuen Berufsrechts angeht, gibt es Grund zum Bedauern über, schon angesprochen, eine stärkere Bindung der richterlichen Arbeitskraft durch Verfahrensfragen, nämlich betreffend die Förmlichkeiten des neuen Berufsrechts, und zu Lasten des klassischen richterlichen Auftrags zur Erarbeitung einer fallgerechten und materiell richtigen Sachentscheidung. Zugleich lässt sich aber auch mit Genugtuung konstatieren, dass sich bei den Berufungsgerichten eine Handhabung des neuen Berufsrechts entwickelt, die sich von der Sorge um die materiell richtige Falllösung nicht entbinden lässt und, nicht zuletzt auch unter Inanspruchnahme eigenverantwortlicher Wertungs- und Ermessensspielräume, die berufsrichterliche Sachverantwortung in der Hand behält. Im Einzelnen:

1. Das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 ZPO an die tatsächlichen Feststellungen I. Instanz gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten oder, und das führt zu dem neuen Novenrecht in § 531 Abs. 2 ZPO, die Berücksichtigung neuer Tatsachen zulässig ist. Beides muss im Prinzip, wenn auch für das Berufungsgericht ohne Bindung hieran (s. § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO), nach § 520 Abs. 3 Ziff. 3 und 4 ZPO unter Ausfüllung mit konkretem Vorbringen bereits in der Berufungsbegründung geltend gemacht werden⁵. Und beides produziert naturgemäß Arbeit und Mühe und gibt Anlass zu feinsinnigen Ausführungen in den Schriftsätzen, in der mündlichen Verhandlung und im Berufungsurteil, Ausführungen, die von den Naturalparteien vielfach als juristisches Palaver über ihre Köpfe hinweg, als spitzfindig, lebensfremd und haarspalterisch empfunden werden. Insofern erleben wir eine akzeptanzbeeinträchtigende Formalisierung und Bürokratisierung des Berufungsverfahrens, die gelegentlich ungute Erinnerungen an frühere Jahrhunderte aufkommen lässt, in denen gerade die Appellationsinstanzen durch eine Flucht in Förmlichkeiten zu einer Verbreiterung der Kluft zwischen Justiz und der Realität des Lebens beigetragen haben. Wir sollten darauf achten, dass da kein rechtsgeschichtlicher roll-back stattfindet. So weit braucht es bei sachgerechter Handhabung des neuen Berufsrechts aber auch nicht zu kommen.

5 Für die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich eine Rechtsverletzung ergeben soll (§ 520 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO), gelten dabei allerdings vergleichsweise maßvolle Anforderungen, s. hierzu BGH NJW 2003, 2351 f., MDR 2003, 1130.

a) Freilich macht bereits die Frage, was denn nun in I. Instanz rechtsfehlerfrei bindend festgestellt ist und, erst recht, wo konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen begründen, durchaus Kopfzerbrechen. Was sind überhaupt „festgestellte“ Tatsachen? Ist das nur das Ergebnis einer Beweisaufnahme?⁶ Oder auch das als unstreitig Bezeichnete (dafür spricht einiges) oder als unstreitig Behandelte (dafür spricht schon weniger, aber man wird's wohl so sehen können)⁷ oder gar alles, was nach dem erstinstanzlichen Akteninhalt unstreitig *ist*, auch wenn sich die I. Instanz gar nicht dafür interessiert hat? (letzteres wohl nicht mehr: Etwas gar nicht Beachtetes kann ja wohl kaum „festgestellt“ sein; davon zu trennen ist die – hier noch abzuhandelnde⁸ – Frage, ob das Berufungsgericht nicht dennoch auch insoweit den gesamten Akteninhalt zu berücksichtigen hat). Muss Berichtigung beantragt werden, wenn die I. Instanz etwas unrichtigerweise als unstreitig oder fälschlich als streitig bezeichnet oder behandelt hat, oder kann das Berufungsgericht das von sich aus in Ordnung bringen⁹ (was schon deshalb, darauf ist noch einzugehen¹⁰, so sein sollte, um dieses jetzt aufgekommene Berichtigungsunwesen zwischen den Instanzen mit seinem verfahrensstörenden Hin- und Hergeschiebe der Akten wieder zurückzudrängen)? Weiter: Sollen eigene Feststellungen des Berufungsgerichts wegen konkreter Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen, wofür Wortlaut und Ideologie sprechen¹¹, eher die Ausnahme sein? Oder ist dem Umstand, dass nach dem ursprünglichen Gesetzentwurf „ernsthafte“ Zweifel Voraussetzung sein sollten¹², nach der Fassung des Gesetzes aber „konkrete“ Anhaltspunkte für Zweifel genügen, zu entnehmen, dass die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen so bindend denn doch wieder nicht sein soll? Die Rechtsprechung hat eine großzügige Linie eingeschlagen. Danach sind konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit bzw. Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen, wie sie sich etwa aus Fehlern und Versäumnissen bei der Sachverhaltsermittlung ergeben können¹³, schon dann gegeben, wenn auch nur eine gewisse (nicht: überwiegende) Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sich die Feststellungen bei (weiterer) Beweiserhebung als so nicht richtig erweisen¹⁴, oder sonstwie nach der Sach-

6 In diesem Sinne OLG Oldenburg NJW 2002, 3556; OLG Saarbrücken NJW-RR 2003, 573.

7 Vgl. auch OLG Hamm NJW 2003, 2325; OLG Nürnberg MDR 2003, 1133.

8 S. unten zu III. 2 b).

9 S. hierzu etwa OLG Hamm MDR 2003, 650.

10 S. unten zu III. 2 b).

11 Vgl. BT-Drucks. 14/60365 S. 159.

12 S. BT-Drucks. 14/4722 S. 100.

13 S. BGH NJW 2004, 1876; 2004, 2825, 2826; 2828, 2829.

14 So BGH NJW 2003, 3480 f.; 2825, 2826; 2828, 2829; BT-Drucks. 14/6036 S. 159.

und Rechtslage nicht ganz von der Hand zu weisende Einwände bestehen¹⁵. Nach einer (freilich nicht unumstrittenen) Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts *gebietet* sogar schon die *Möglichkeit* einer abweichenden Wertung der erhobenen Beweise eine Beweiserhebung durch das Berufungsgericht¹⁶. Ferner können sich konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen außer aus Fehlern bei der Sachverhaltsermittlung auch aus anderweitigen erstinstanzlichen Verfahrensfehlern ergeben, etwa aus einem unterbliebenen Hinweis oder einer unzureichenden Beweiswürdigung¹⁷. Sie können sich auch im Zusammenhang mit zuzulassendem neuen Vorbringen ergeben. Und wo, aus welchem dieser Gründe auch immer, eine erneute Feststellung veranlasst ist, sind auch ergänzende Beweisantritte zu berücksichtigen: Wo eine erneute Beweisaufnahme geboten ist, muss das Gericht alles ihm zum Beweisthema an die Hand Gegebene heranziehen¹⁸. Wenn sich etwa ein in I. Instanz eingeholtes Gutachten nicht zu allen entscheidungserheblichen Fragen verhält, muss deshalb das Berufungsgericht, eben weil dann konkrete Zweifel an der Vollständigkeit der Feststellungen bestehen und eine ergänzende Feststellung geboten ist, auch von Amts wegen auf eine Vervollständigung des Gutachtens, etwa durch Anhörung des Sachverständigen (auch) zu der bisher nicht abgehandelten Frage, hinwirken¹⁹. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen können und müssen sich gegebenenfalls dem Berufungsgericht also auch von sich aus und ohne diesbezügliche Rüge aufdrängen²⁰. Insgesamt erscheint in dieser Weise bei Verfahrensfehlern der I. Instanz und sich daraus ergebenden Anhaltspunkten für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen die Rüge- und Berufungsbegründungspflicht gelockert, was aber naturgemäß scharfsinnige schriftsätzliche Ausführungen hierzu nicht verhindern kann und ja auch nicht verhindern soll.

b) Eher noch erbitterter, weil nämlich u. U. dem Prozess eine ganz neue Wendung gebend, sind gegebenenfalls die Auseinandersetzungen um die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel. Nach § 531 Abs. 2 ZPO sind sie – und zwar schwer verständlicher Weise auch dann, wenn damit gar keine Verzögerung des Verfahrens verbunden wäre – nur zuzulassen, wenn sie einen in I. Instanz erkennbar übersehenen oder für unerheblich

15 Vgl. BGH NJW 2004, 2828, 2829 f.

16 BVerfG NJW 2003, 2882; skeptisch insoweit OLG Dresden NJW-RR 2004, 210; OLG Rosstock OLGR 2004, 60.

17 Vgl. BGH NJW 2004, 1876; 2152 f.; 2825, 2826; 2828, 2829.

18 In diesem Sinne auch OLG Nürnberg OLGR 2003, 531; OLG Hamm NJW 2003, 2325.

19 BGH NJW 2004, 2828, 2829; vgl. auch BGH NJW 2003, 3480, 3481.

20 BGH NJW 2004, 2751, 2753.

gehaltenen Gesichtspunkt betreffen, wenn sie infolge eines Verfahrensfehlers erstinstanzlich nicht geltend gemacht worden sind oder wenn die Geltendmachung unterblieben ist, ohne dass dies auf Nachlässigkeit beruhte, wobei einfache Nachlässigkeit schon reicht. In diesem Zusammenhang wird sogar schon gestritten, ob neues zweitinstanzliches Vorbringen, das unstrittig, vielleicht gar förmlich unstrittig gestellt wird, berücksichtigt werden darf, was dem Wortlaut nach durchaus zu verneinen wäre, aber von der Sache her selbstverständlich geschehen muss: Wovon die Parteien gemeinschaftlich ausgehen und was keine Beweisaufnahme kostet, fällt von vornherein nicht unter den Regelungsgehalt des Novenrechts²¹. Auf derselben Linie wird man etwa auch die erst in II. Instanz erhobene Verjährungseinrede jedenfalls dann zuzulassen haben und durchgreifen lassen, wenn hierzu alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände feststehen bzw. unstrittig sind²². Zweifelhaft kann aber auch bereits sein, ob ein Vorbringen überhaupt neu ist²³ oder nicht doch in I. Instanz schon in nuce mit angesprochen war. Verblüffende Fragestellungen können sich auch zur Zeugenphalanx ergeben. Ist ein Zeugenbeweis übergangen worden, muss der Zeuge auf entsprechende Rüge selbstverständlich nachvernommen werden, während die gleichzeitige Vernehmung eines in II. Instanz zusätzlich benannten Zeugen, wenn man das Gesetz beim Wort nimmt, eigentlich unzulässig wäre. Da wird die Praxis freilich ebenfalls nicht mitspielen. Die Wahrheitssuche, auf die sich das Berufungsgericht mit der Beweisaufnahme begibt, ist nicht teilbar. Auch sonst werden sich die Berufungsgerichte bei der Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel je nach den Erfordernissen des Falles zu behelfen wissen. Die Ausschlussregelungen des § 531 Abs. 2 ZPO klingen ziemlich prohibitiv, lassen aber in Wahrheit durchaus Spielraum, weil das Gesetz mit vergleichsweise weichen und ausfüllungsoffenen Kriterien, wie „erkennbar“ übersehen oder „nicht auf Nachlässigkeit“ beruhend, arbeitet und notfalls in einem unterbliebenen gerichtlichen Hinweis, auf den hin das Vorbringen schon in I. Instanz erfolgt wäre, ein Verfahrensfehler schnell bei der Hand ist; auch ein Beweismwürdigungsfehler ist als Verletzung des § 286 ZPO gegebenenfalls zugleich ein Verfahrensfehler und kann, wie schon zu § 529 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO gesagt, die Zulassung neuen Vorbringens rechtfertigen und den Einstieg in eine neue Überzeugungsbildung auch unabhängig von einer konkreten Rüge eröffnen. Kurzum: Das so prohibitiv anmutende Wörtchen „nur“ – „Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nur zuzulassen, wenn ...“ – wirkt sich gar nicht erst aus, wenn das Berufungsgericht,

21 Vgl. – in diesem Sinne – OLG Nürnberg NJW 2003, 1133; OLG Hamm NJW 2003, 2325.

22 S. zu dieser Konstellation OLG Saarbrücken, Urteil vom 26. März 2003 – 5 U 531/02 –.

23 S. hierzu etwa BGH NJW-RR 2003, 1321; NJW 2004, 2825, 2827.

das dies nach alledem weitgehend in der Hand hat, eine der Alternativen des § 531 Abs. 2 ZPO bejaht. Richtschnur hierbei, also in der Frage der Zulassung neuen Vorbringens, muss für das Berufungsgericht wiederum das dem Einzelfall gerecht werdende Ergebnis sein. Der Richter ist immer dem materiell richtigen Ergebnis verpflichtet. Danach verbietet es sich, neues Vorbringen nicht zuzulassen und so aus dem Prozess herauszuhalten, wenn damit das greifbare Risiko verbunden ist, dass mit dem Urteil I. Instanz ein falsches Urteil in der Welt bleibt. Eine in dieser Weise in der Frage der Zulassung neuen Vorbringens von der Sorge um das richtige Ergebnis getragene Handhabung ist nicht nur das einzig Richter- und Berufungsrichtergemäße, sondern auch, von theoretischen Missbrauchsfällen abgesehen, revisionsrechtlich unabänderlich. BGH²⁴ und Kommentarliteratur²⁵ sind sich einig, dass im Revisionsverfahren nicht zu überprüfen ist, ob das Berufungsgericht neues Vorbringen *zulassen* durfte, sondern nur, ob es die Zulassung neuen Vorbringens trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO *verweigert* hat²⁶; hat es neues Vorbringen zugelassen, ist es in actis und damit in mundo.

Angefügt sei, dass gerade eine am richtigen Ergebnis orientierte Handhabung im Einzelfall ebenso gut Anlass geben kann, neues Vorbringen *nicht* zuzulassen, etwa wenn in I. Instanz eine schlüssige, stimmige, sorgfältige und eindeutige Beweisaufnahme durch schriftliches Sachverständigengutachten nebst Erläuterung stattgefunden hat und der Berufungsführer nun plötzlich, ohne sich in I. Instanz mit dem bisherigen Gutachten näher auseinander gesetzt zu haben, das Gegenteil durch ein Gegenutachten unter Beweis stellt. So gesehen lässt § 531 Abs. 2 ZPO Bewegungsspielraum in beiden Richtungen, kann also auch den in I. Instanz ordnungsgemäß entschiedenen Prozess vor unnötigen und verfahrensverzögernden zweitinstanzlichen Ausuferungen bewahren helfen.

2. Bleibt die Frage nach der Stellung und der „Rolle“ des Berufungsgerichts im Allgemeinen und unabhängig von der Frage, wie weit das Berufungsgericht an Feststellungen der I. Instanz gebunden ist und welche neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen sind.

a) Worum es geht, tritt am spektakulärsten in Erscheinung, wenn die Tatsachenlage klar und unzweifelhaft ist, es also gar nicht darum geht, ob etwa neues Vorbringen zuzulassen ist und sich dadurch gegebenenfalls

24 BGH NJW 2004, 1458, 1459 f. = BGH-Report 2004, 614 f.

25 Münch-Komm. ZPO/Rimmelspacher, Aktualisierungsband, § 531, Rn. 35; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, § 35, Rn. 39; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 531, Rn. 18.

26 S. z. B. BGH NJW 2004, 2828, 2830.

die Tatsachen- und damit die Abwägungsgrundlage noch verschiebt. Gemeint sind etwa die Fälle, in denen, um Beispiele aus dem Bereich des Verkehrshaftpflichtrechts zu bilden, der erstinstanzliche Richter auf sicherer – unstreitiger oder geklärt – Tatsachengrundlage nach seiner Bewertung der tatsächlichen Umstände eine Haftungsquote von – sagen wir – $\frac{1}{4} : \frac{3}{4}$ bildet oder auf sicherer Tatsachengrundlage nach seiner Bewertung der tatsächlichen Umstände ein Schmerzensgeld von 50.000,00 € auswirft, während der Berufungsführer allenfalls eine Quote von fifty/fifty oder allenfalls ein Schmerzensgeld von 25.000,00 € gelten lassen will und das Berufungsgericht wiederum eine Quote von $\frac{1}{3} : \frac{2}{3}$ oder ein Schmerzensgeld von 40.000,00 € für fallangemessen hält. Der Schlüssel des Problems liegt in § 513 Abs. 1 ZPO. Danach kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass entweder die erstinstanzliche Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht, wozu die Vorschrift auf § 546 ZPO, also das Revisionsrecht, verweist, oder dass nach § 529 ZPO, soeben erörtert, zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Ist etwa dieser Verweisung auf § 546 ZPO zu entnehmen, so fragt sich, dass das Berufungsgericht jetzt nur noch so eine Art „Unterrevisionsgericht“ sein soll und deshalb – ähnlich wie es der BGH im Verhältnis zu den Oberlandesgerichten handhabt – nur noch bei einem Rechtsfehler (eingeschlossen wären greifbare Ermessens- und Gewichtungsfelder) dazwischen gehen kann, ansonsten aber an eine vertretbare erstinstanzliche Ermessensentscheidung gebunden ist?²⁷ Die Antwort lautet Nein, allerdings mit Maßgaben. Die Verweisung auf § 546 ZPO ist im Grunde eine schlichte Selbstverständlichkeit. Selbstverständlich muss das Berufungsgericht, und zwar auch unabhängig von einer entsprechenden Rüge, darauf sehen, wie es schon immer darauf sehen musste, ob die I. Instanz das Recht richtig angewendet hat, und Rechtsfehler gegebenenfalls korrigieren. Aber außer auf § 546 ZPO verweist § 513 Abs. 1 ZPO auch auf die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen. Schon das allein ergibt, dass das Berufungsgericht auf dem Boden dieser nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen als der Einzelfallgerechtigkeit verpflichtete Tatinstanz eigenständig und eigenverantwortlich zur Entscheidung berufen ist, d. h. auf der in § 529 Abs. 1 ZPO beschriebenen Tatsachenbasis – nämlich den in I. Instanz festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Zweifel an ihrer Richtigkeit oder Vollständigkeit eine erneute Feststellung gebieten, und dem nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassendem neuen Material – z. B. bei der Haftungsquote, bei der Schmerzensgeldbemessung usw.

27 Dahingehend etwa noch OLG München NJW 2004, 959; OLG Hamm MDR 2004, 998.

seine eigene Wertung zu treffen hat, und zwar wiederum orientiert, wie schon ausgeführt, am materiell richtigen fallangemessenen Ergebnis, soweit es sich dieses zu erschließen vermag²⁸. Das wird vollends klar, wenn man sich auf der Zunge zergehen lässt, dass § 513 Abs. 1 ZPO den Ton darauf legt, ob die nach § 529 zu Grunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung „rechtfertigen“, und damit die materiell-rechtliche Seite anspricht. Ob und welche Entscheidung „gerechtfertigt“ ist, kann in der Berufungsinstanz selbstredend nur in der Entscheidung des Berufungsgerichts stehen.

Freilich wird das Berufungsgericht, alles wie bisher, die Haftungsquote nicht beckmesserisch von 20% auf 18 oder 22% verändern oder das Schmerzensgeld von 100.000,00 € auf 95.000,00 € absenken oder auf 105.000,00 € erhöhen; für jedes Berufungsgericht sollte gelten, dass der Vorderrichter gewissermaßen mit am Tisch sitzt und Anspruch auf kollegialen Respekt hat. Aber unbeschadet dessen geht die Verantwortung – auf der in § 529 ZPO beschriebenen Tatsachenlage – im Prinzip voll und ganz auf das Berufungsgericht über. Das Brandenburgische Oberlandesgericht hatte kürzlich einen Fall zu entscheiden, der anschaulich vor Augen führt, wie weit auf derselben tatsächlichen Grundlage die Bewertungen auseinander gehen können. Es ging, dem Grunde nach völlig unstrittig, um Schmerzensgeld. Die Beklagtenseite hatte vorprozessual schon 3.000,00 € bezahlt. Die Klägerin wollte aber insgesamt 25.000,00 €, klagte also auf Zahlung weiterer 22.000,00 €. Das Landgericht hatte 15.000,00 € für angemessen gehalten, also weitere 12.000,00 € ausgeteilt. Der Senat fand das viel zu hoch und hat 6.000,00 € als richtig angesehen, also nur weitere 3.000,00 € zuerkannt²⁹.

b) Dass das Berufungsgericht weiterhin keine „Unterrevisionsinstanz“ ist, beantwortet zugleich die Frage, in welchem Umfange das Berufungsgericht den erstinstanzlichen Prozessstoff einzubeziehen hat. Auch hier ergibt sich keine Arbeiterleichterung. Das Berufungsgericht hat nicht nur die in dem erstinstanzlichen Urteil und der Sitzungsniederschrift festgestellten oder mitgeteilten Tatsachen zu Grunde zu legen, sondern den gesamten erstinstanzlichen Prozessstoff mit zu berücksichtigen³⁰, und zwar auch unabhängig davon, ob die Berufungsbegründung diesbezüglich gezielte Verfahrensrügen erhebt³¹. Auch deshalb hat das Berufungsgericht,

28 In diesem Sinne BGH NJW 2004, 2751, 2752 f.

29 Brandenburg. OLG, Urteil vom 28. September 2004 – 1 U 14/04 –, zur Veröffentlichung bestimmt.

30 S. BGH NJW 2004, 1876, 1878; 2152, 2155.

31 Vgl. BGH NJW 2004, 1876, 1879.

wie schon ausgeführt, in I. Instanz fälschlich nicht als unstreitig erkannte ebenso wie offenkundige, gerichtsbekannte oder gesetzlich vermutete Tatsachen von sich aus so einzuordnen und zu Grunde zu legen.

IV.

Klarzustellen bleibt: Nachdem der Gesetzgeber gesprochen hat, sind die Berufungsgerichte nicht befugt, die immer noch verbreitet ungeliebten Neuregelungen zu unterlaufen. Aber sie sind sehr wohl aufgerufen, die Neuregelungen so zu interpretieren und so zu handhaben, dass in der Berufungsinstanz nicht Förmlichkeiten das Bild bestimmen, sondern die Suche nach dem richtigen Ergebnis im Mittelpunkt bleibt und das rechtsuchende Publikum das Berufungsverfahren nicht als Glasperlenspiel, sondern als Akt der auf Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten Rechtsgewährung erlebt. Indem sie sich so verhalten, bewegen sich die Berufungsgerichte durchaus auf der Linie, die jedenfalls die zweite Phase des Gesetzgebungsverfahrens geprägt hat, als es hieß, so sehr viel werde sich ja gar nicht ändern, und Veränderungen an dem Gesetzentwurf vorgenommen wurden, die den Bedenken der Gegner der Reform teilweise Rechnung trugen und den Bewegungsspielraum der Berufungsgerichte dann doch wieder weiter zogen. Dass die Gesamtreform auf eine Stärkung der ersten Instanz abzielt, ist im Ansatz richtig. Niemand kann wollen, kann auch um der Autorität des Rechts und der Gerichte willen nicht wollen, dass die erste Instanz keinen Respekt genießt. Die Reform zwingt das Gericht I. Instanz und die dort streitenden Parteien zu mehr Wachsamkeit, gründlicherer Problemaufbereitung und erhöhter Sorgfalt. Das ist gut so. Und es ist auf dieser Linie auch konsequent, dass es das neue Berufungsrecht – was manchmal nicht genügend zur Kenntnis genommen wird – dem Berufungsgericht ermöglicht, ein überzeugendes erstinstanzliches Urteil gegen weniger überzeugende Angriffe abzusichern. Dem wird ein erfahrener Berufungsrichter eine Menge abgewinnen können. Unbeschadet dessen darf das neue Berufungsrecht die Berufungsgerichte bei einer nicht so überzeugenden Entscheidung der I. Instanz aber auch nicht davon abhalten, der Sache auf den Grund zu gehen. Die Reform erhält ihnen diese Möglichkeit. Alles in allem bleiben die Bewegungsmöglichkeiten und Entscheidungsspielräume des Berufungsgerichts ausreichend. Man muss nur richtig damit umgehen.

Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess

– Anwaltliche Bewältigung des neuen Berufungsrechts im Schadensersatzprozess –

Dr. Bernd Hirtz, Rechtsanwalt, Köln

1. Gelassenheit und Sorge

Der systematische Überblick von *Roth* über das neue Rechtsmittelrecht und seine Anwendungsprobleme sowie die Anmerkungen von *Macke* zum neuen Berufungsrecht aus richterlicher Sicht stimmen in ihrer Grundaussage überein: Viele Erwartungen des Gesetzgebers (und damit korrespondierende Befürchtungen der anwaltlichen Praxis) zur neuen Prozessökonomie des Berufungsverfahrens und zur Entlastung der Berufungsgerichte haben sich nicht erfüllt. Nachdem zu wesentlichen Zweifelsfragen grundlegende Entscheidungen des BGH vorliegen, steht fest, dass eine wesentliche Aufgabe des Berufungsgerichts die Tatsachenkontrolle bleibt, auch wenn es Bindungen an die erstinstanzlichen Feststellungen gibt.

Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist die folgerichtige Fortsetzung der Entwicklung im Gesetzgebungsvorhaben des Reformwerks. Während ursprünglich vorgesehen war, das Berufungsverfahren zu einer Art Revisionsinstanz umzuformen, wurde schon recht früh im Gesetzgebungsverfahren dem jetzigen § 513 ZPO neben dem Berufungsgrund der Rechtsverletzung der zweite Berufungsgrund im Bereich der Tatsachenfeststellungen beigegeben. Die insoweit in § 529 ZPO normierte Tatsachenbindung kann nach der Endfassung des Gesetzes schon durchbrochen werden, wenn „Zweifel“ an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründet sind. Der Regierungsentwurf hatte noch „ernstliche Zweifel“ verlangt.

Dennoch besteht heute Anlass zu „ernstlicher Sorge“, weil neuerdings von den Bundesländern vorgeschlagen wird, in Zivilsachen eine zweite Tatsacheninstanz ganz abzuschaffen, eine zweite Instanz nur zur Rechtskontrolle zu ermächtigen und den Bundesgerichtshof für Rechtseinheitlichkeit sorgen zu lassen¹. Mit der Wirkungskontrolle der ZPO-Reform hatte sich der 65. Deutsche Juristentag in Bonn im Jahre 2004 befasst. Er hat in sei-

1 Beschlüsse der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 25.11.2004 in Berlin (Ziffer 1.2).

nen Beschlüssen zum Kernbereich der Reform zutreffend gemeint, die bisherigen Erfahrungen reichten für eine zuverlässige Wirkungskontrolle nicht aus und das Ergebnis der vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Evaluation sei insoweit abzuwarten². Die Praxis hatte sich seitdem auch noch auf das erste Justizmodernisierungsgesetz einzustellen.

Nachdem im Gesetzgebungsvorhaben zur ZPO-Reform die weiteren Einschränkungen des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung der entsprechenden Bedenken von Wissenschaft und Praxis nicht realisiert wurden, wäre es eine erschütternde Beschädigung der Rechtskultur, würde der Bundesgesetzgeber etwa im Jahre 2005, ohne die Evaluation der Reform abzuwarten, an das Projekt anknüpfen, das zu Recht gescheitert ist, soweit es in der Berufungsinstanz ein Revisionsgericht installieren wollte.

Nach wie vor abzulehnen sind Überlegungen zur funktionalen Zweigliedrigkeit und die These, der Eingangsinstanz (Tatsacheninstanz) solle grundsätzlich jeweils nur ein Rechtsmittel (Rechtsfehlerkontrolle) folgen. Die Vorschläge führten zur Verlängerung der Verfahren und zur Steigerung der Rechtsmittelquoten. Eine Zweigliedrigkeit zerstörte die Effizienz der ersten Instanz bei Strafverfahren und Zivilverfahren. Die Amtsgerichte erledigen die Strafverfahren in kurzer Zeit mit akzeptierten Ergebnissen, weil für Problemfälle die Korrekturmöglichkeit durch die Berufung (mit Hauptverhandlung und Beweiserhebung) gegeben ist. Auch im Zivilprozess ist die zweite Tatsacheninstanz erforderlich, um die hohe Zahl schneller Erledigungen erster Instanz nicht zu gefährden. Erfahrungsgemäß betreffen die meisten Berufungsrügen die Sachverhaltsfeststellung. Die Parteien bezahlen den Zivilprozess. Sie haben Anspruch darauf, dass die Tatsachen vor der Rechtsanwendung zutreffend festgestellt werden, weil eine bloße Rechtsanwendung auf unrichtig festgestellte Tatsachen der Gerechtigkeit nicht dienen kann.

2. Neuer Inhalt der Berufungsbegründung

Nach Inkrafttreten des neuen Berufungsrechts gab es Unsicherheiten in der Praxis über die Tragweite von § 520 Abs. 3 ZPO. Den Gerichten (insbesondere den Landgerichten als Berufungsgerichten) wurden Berufungs-

2 Das Forschungsvorhaben „Rechtstatsächliche Untersuchungen zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozeßrechts auf die gerichtliche Praxis – Evaluation der ZPO-Reform“ ist vom BMJ an Prof. Dr. Hommerich und Prof. Dr. Prütting vergeben worden. Erste Ergebnisse werden nicht vor Ende 2005 erwartet.

begründungen „in alter Art“ vorgelegt, die sich weitgehend nicht an der in § 520 Abs. 3 Satz 2 enthaltenen Gebrauchsanweisung zum Inhalt der Berufungsbegründung orientierten. Die Richterinnen und Richter fragten sich, ob aus der Formulierung „die Berufungsbegründung *muss* enthalten: ...“, zu schließen sei, dass ein Schriftsatz, der sich nicht im einzelnen mit Rechtsverletzungen und ihrer Erheblichkeit sowie konkreten Anhaltspunkten beschäftigt, die Zweifel an Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen bieten, überhaupt eine „zulässige“ Berufungsbegründung sei. Jedenfalls in dieser Anfangsphase sind viele Berufungskläger (bzw. ihre Prozessvertreter) zur Rücknahme einer angeblich unzulässigen Berufung angehalten worden.

Diese Unsicherheiten sind heute weitgehend beseitigt. Es ist scharf zwischen den formellen Mindestanforderungen (zulässige Berufung) und den inhaltlichen Anforderungen an eine begründete Berufung zu unterscheiden. Es entspricht jetzt allgemeiner Auffassung, dass § 520 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 ZPO formelle Mindestanforderungen an eine zulässige Berufungsbegründung stellt, die im Ergebnis jedenfalls nicht über die Anforderungen nach dem früheren Rechtszustand hinausgehen. Aus der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 14/4722, Seite 95) ergibt sich sogar, dass die Anforderungen an den Inhalt der Rüge falscher Rechtsanwendung im Verhältnis zum früheren Rechtszustand gesenkt werden sollten. Dies dürfte aber eher die Frage der Begründetheit der Berufung betreffen, als die Frage, welche formellen Mindestanforderungen erfüllt sein müssen.

Auch der BGH hat festgehalten, dass die Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung durch die ZPO-Reform nicht erhöht wurden, soweit es um die Zulässigkeit der Berufung geht³. Für die Zulässigkeit reicht also eine auf den Streitfall zugeschnittene Darlegung, in welchen Punkten und aus welchen materiell- oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält⁴. Wenn dabei auch weder die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm noch die Schlüssigkeit oder Vertretbarkeit der erhobenen Rügen erforderlich ist, sollte sich der anwaltliche Vertreter des Berufungsklägers selbstverständlich nicht auf diese Mindestanforderungen (zulässige Berufung) beschränken.

Das führt zu folgendem Zwischenresümee: Auch wenn nach einiger Zeit geklärt ist, dass es keine schärferen Anforderungen an eine in formaler Hinsicht richtige Berufungsbegründung gibt, haben doch die erheb-

3 BGH NJW 2003, 2531; WM 2004, 845; Müller VersR 2004, 1073, 1081.

4 BGH NJW 2003, 2531; WM 2004, 845; Müller VersR 2004, 1073, 1081.

lichen Unsicherheiten in der Zwischenzeit an diesem Punkte deutlich gemacht, zu welchen ungewollten Rechtsverlusten die Änderung von Verfahrensrechtsnormen führen kann. Es ist kein Trost, dass spätestens nach Eingreifen des BGH die unrichtige Praxis mancher Berufungsgerichte mit der Annahme der Unzulässigkeit der Berufung mangels detaillierterer Berufungsbegründung ein Ende gefunden hat. Viele Berufungskläger haben in dieser Übergangszeit nach Hinweis auf die angebliche Unzulässigkeit des Rechtsmittels dieses zurückgenommen. Zahlreiche Rechtsmittel sind als unzulässig verworfen worden – zu Unrecht. Selbst wenn man die Fälle abzieht, in denen die Berufung ohnehin unbegründet gewesen wäre, verbleibt aufs Ganze gesehen infolge der Unsicherheiten der Anwendung neuen Verfahrensrechts eine große Menge an geschehenem Unrecht.

Das begründet die Mahnung, bei Eingriffen in das Verfahrensrecht mit der größtmöglichen Behutsamkeit vorzugehen und nicht alle ein oder zwei Jahre maßgebliche Normen des Verfahrensrechts zu ändern, wie dies nach der ZPO-Reform durch das erste Justizmodernisierungsgesetz geschah und wie es jetzt offenbar im Rahmen einer abermals „Großen Justizreform“ geschehen soll.

3. Ein bisschen Revision in der Berufung (Zum Begriff der Rechtsverletzung in § 513 ZPO)

Roth und Macke haben bereits dargelegt, welche Unsicherheiten in der Rechtsanwendung dadurch entstanden sind, dass § 513 Abs. 1 ZPO mit dem Berufungsgrund der Rechtsverletzung ausdrücklich auf § 546 ZPO und damit das Revisionsrecht verweist. Vier Problemkreise sind von besonderer Praxisrelevanz:

a) Zu beachten ist, dass für die Berufung § 545 ZPO mit Beschränkung auf Bundesrecht nicht gilt⁵. Auch Landesgesetze und Rechtsverordnungen der Länder sind also für das Berufungsgericht Prüfungsmaßstab⁶. Zweifelhafte ist, was insoweit zur Anwendung ausländischen Rechts gilt. Gegen die Prüfungskompetenz bezüglich ausländischen Rechts⁷ kann sprechen, dass es der stärkeren Lokalisierung des Berufungsgerichts geradezu widerspräche, könnte dieses auch das ausländische Recht anwenden, während der Bundesgerichtshof bei der Rechtsüberprüfung nur Bundesrecht an-

5 Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 513 Rn. 10.

6 Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 513 Rn. 10.

7 Hannich/Meyer-Seitz, Rn. 5.

wenden darf. Da aber eine dem § 545 ZPO entsprechende Vorschrift fehlt und auch ausländisches Recht Recht ist, ergibt sich, dass für das Berufungsgericht auch das ausländische Recht Prüfungsmaßstab ist⁸.

b) Schwierigkeiten macht – gerade im Schadenersatzprozess – die Behandlung von Fehlern bei der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung durch das erstinstanzliche Gericht. Die Formulierung in § 513 ZPO könnte nahe legen, dass Berufungsrügen, die die Tatsachenfeststellung betreffen, ausschließlich über § 529 ZPO beachtlich sind. Andererseits können auch bei der Tatsachenfeststellung durch Beweiserhebung Rechtsfehler unterlaufen. Im Bereich der Tatsachenfeststellung ist daher die Abgrenzung zwischen den einzelnen Berufungsgründen problematisch. Die damit verbundenen Fragen sind noch nicht eindeutig beantwortet. Es gibt insbesondere zwei Problemkreise:

- (1) Erfassen die §§ 513 2. Alt., § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO alle Fälle, in denen die Feststellung des Sachverhalts gerügt und eine neue Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht begehrt wird, während durch die reine Rechtsverletzungsrüge der §§ 513 1. Alt., 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur die Fälle erfasst werden, in denen die rechtliche Wertung des vom Erstgericht festgestellten Sachverhalts gerügt werden soll?⁹ Insofern wäre § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für Berufungsrügen im Bereich der Tatsachenfeststellung als *lex specialis* anzusehen.
- (2) Sind – nach neuem Recht – nach einem fehlerfreien Beweisverfahren nicht überzeugende Beweiswürdigungen nicht mehr angreifbar¹⁰?

Wäre es zutreffend, dass eine nicht überzeugende Beweiswürdigung durch das erstinstanzliche Gericht das Berufungsgericht bindet, wenn keine Rechtsfehler und keine Fehler bei den Tatsachenfeststellungen gemacht wurden, dürfte das Berufungsgericht nach einem fehlerfreien Beweisverfahren in erster Instanz seine eigene Beweiswürdigung nicht an die Stelle der Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts setzen.

Die Unsicherheiten der Rechtspraxis haben ihren Grund in einer erheblichen Begriffsverwirrung. Für die Revision ist zu § 546 ZPO anerkannt, dass die Beweiswürdigung nur daraufhin nachgeprüft werden kann, ob sie in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfah-

8 Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 513 Rn. 10.

9 So Oberheim, Der Anwalt im Berufungsverfahren, 2003, R.n. 318; Rimmelspacher NJW 2002, 1897.

10 So – bedauernd – Schneider, Praxis der neuen ZPO, 2. Aufl. 2004, Rn. 757, 870.

rungssätzen zuwider läuft oder Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt lässt¹¹. Im Übrigen gehört für die Revision die Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO zur in der Revision nicht nachprüfaren Tatsachenfeststellung. Daraus und aus der Intention des Gesetzgebers, die vermeintlich sachverhaltsfernere Berufungsinstanz an erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen zu binden, folgert die h.M., dass auch in der Berufungsinstanz eine Beweiswürdigung nach einem ansonsten rechtsfehlerfreien Verfahren nicht nachgeprüft werden kann¹².

Dabei wird aber unbesehen die bisherige Auslegung des BGH zum revisionsrechtlichen Begriff der Rechtsverletzung bei Tatsachenfeststellungen übernommen. Der BGH schränkt den Begriff der Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO im Bereich der Beweiswürdigung ein, indem er dem Tatrichter entsprechendes Ermessen einräumt. Weil Tatsachenfeststellung nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts ist, ist diese Einschränkung zutreffend. Sie wird auch durch die Revisionszulassungsgründe bestätigt. Diese Überlegungen können aber nicht auf das Verhältnis zwischen erster und zweiter Tatsacheninstanz übertragen werden. § 546 ZPO steht in der Rechtsanwendung durch den Revisionsrichter in einem anderen systematischen Zusammenhang als § 513 ZPO mit dem Verweis auf § 546 ZPO für den Berufungsrichter. Gründe für eine einschränkende Auslegung des § 546 ZPO in Bezug auf eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung sind für das Berufungsverfahren nicht ersichtlich. Daraus folgt, dass jede fehlerhafte Anwendung der Beweiswürdigungsgrundsätze (und erst recht Beweismaßgrundsätze) zu einem Rechtsfehler im Sinne von § 513 ZPO führt, der über die Rechtsverletzungsrüge geltend gemacht werden kann. Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, dass die Kommentarliteratur zu § 286 ZPO sich bislang schwerpunktmäßig mit dem Begriff des Rechtsfehlers im Sinne des Revisionsrechts befasst. An eine fehlerhafte Beweiswürdigung durch das erstinstanzliche Gericht ist aber das Berufungsgericht nicht gebunden, da es Tatsachengericht ist. Auf sonstige Rechtsfehler oder Fehler bei den Tatsachenfeststellungen kommt es also nicht an. Das Berufungsgericht kann nach einem sonst fehlerfreien Beweisverfahren in erster Instanz seine eigene Beweiswürdigung an die Stelle der Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts setzen, wenn es diese für unrichtig hält.

11 Vgl. etwa Zöller/Gummer, ZPO, 25. Aufl., § 546 Rn. 13.

12 Z.B. Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 25. Aufl., § 513 Rn. 3; Schneider, Praxis der neuen ZPO, 2. Aufl., 2003, Rn. 757, 870.

c) Fraglich ist, inwieweit das Berufungsgericht an das Auslegungsergebnis erster Instanz gebunden ist.

Roth hat bereits die grundlegende Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH gewürdigt¹³. Weil das Berufungsgericht auch Tatsacheninstanz ist, beschränkt sich die Auslegung von Individualvereinbarungen nicht darauf, ob die erste Instanz zu einem vertretbaren Ergebnis gekommen ist. Das Berufungsgericht hat selbst nach der überzeugenden Auslegung zu suchen.

d) Ist aber das Berufungsgericht bei der Überprüfung erstinstanzlicher Ermessensentscheidungen (z.B. Haftungsquote/Höhe des Schmerzensgeldes) frei?

Bei Anwendung der vom VIII. Zivilsenat zur Auslegung gefundenen Grundsätze wären auch hier die klassischen revisionsrechtlichen Beschränkungen irrelevant. Nach meiner Kenntnis fehlt bisher eine BGH-Entscheidung, die sich ausdrücklich mit dieser Problematik befasst. Die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur meint, dass die revisionsrechtlichen Beschränkungen auch für das Berufungsgericht gelten¹⁴. Diese Auffassung ist mit der Funktion der Berufungsinstanz, wie sie der VIII. Zivilsenat des BGH herausgearbeitet hat, unvereinbar. Ergibt sich aufgrund der Tatsachenfeststellungen erster Instanz, dass andere Quoten oder eine andere Schmerzensgeldhöhe für richtig gehalten werden, ist also das angefochtene Urteil auch dann abzuändern, wenn die Vorinstanz alle in Betracht kommenden Umstände ansonsten vollständig und richtig berücksichtigt und bei seiner Abwägung nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgesetze verstoßen hat.

4. *Tatsachenbindung und ihre Durchbrechung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).*

a) Unklar ist, was das Gesetz mit den „vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen“ meint.

Sind dies etwa nur die im Wege der Beweisaufnahme ermittelten¹⁵ und die im Tatbestand des Urteils als unstreitig bezeichneten oder auch die im Urteil wiedergegebenen tatbestandlichen Feststellungen, d.h. der dort zu-

¹³ BGH NJW 2004, S. 2751 ff.

¹⁴ OLG Hamm VersR 2004, 757; OLG München NJW 2004, 959; Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 513 Rn. 12; Musielak-Ball, ZPO, 4. Aufl., § 513 Rn. 49; Thomas-Putzo-Reichold, ZPO, 26. Aufl., § 513 Rn.2.

¹⁵ So OLG Saarbrücken NJW-RR 2003, 573; vgl. zum Streitstand Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 529 Rdnr. 4 und 5

sammengefasste Vortrag der Parteien in Gestalt eines Sach- und Streitstandes¹⁶ oder die sich aus der Gesamtheit des Akteninhalts ergebenden in erster Instanz nicht streitig gewordenen und/oder sich aus Urkunden ergebenden Tatsachen ?

Die Fragestellung ist von hoher Relevanz. Denn nur so weit, wie die Tatsachenfeststellungen reichen, kann die Bindungswirkung gehen.

Die grundlegende Entscheidung des V. Zivilsenats hat erste Klarheit gebracht¹⁷. Es sind danach nicht nur solche Tatsachen festgestellt, hinsichtlich derer das erstinstanzliche Gericht aufgrund einer freien Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 3 ZPO die Entscheidung getroffen hat, dass sie wahr oder nicht wahr sind. Das Berufungsgericht hat auch die Tatsachen zugrunde zu legen, die das erstinstanzliche Gericht seiner Entscheidung ohne Prüfung der Wahrheit zugrunde gelegt hat, sei es, weil sie offenkundig oder gerichtsbekannt (§ 291 ZPO), ausdrücklich zugestanden (§ 288 ZPO), unstreitig (§ 138 Abs. 3 ZPO) waren, oder weil sie sich aus gesetzlichen Vermutungen oder Beweis- oder Auslegungsregeln ergeben haben. Der BGH schließt insoweit an das allgemeine Verständnis des in § 559 Abs. 2 ZPO für die Revisionsinstanz verwendeten Begriffs der von dem Revisionsgericht zugrunde zu legenden Feststellungen an.

Im Hinblick auf den Umfang der durch das erstinstanzliche Gericht „festgestellten“ Tatsachen geht der BGH also sehr weit. Diese Auffassung ist problematisch, weil hinsichtlich gerichtsbekannter, nicht bestrittener oder solcher Tatsachen, die sich aus Auslegungsregeln ergeben, eine eigentliche Feststellung in erster Instanz, auf die vertraut werden könnte, in Wahrheit nicht stattgefunden hat. Die Auffassung des BGH wird aber im Ergebnis dadurch erheblich „entschärft“, dass der BGH an die Kriterien, die zur Durchbrechung der Tatsachenbindung führen, keine besonders hohen Anforderungen stellt, wie *Roth* bereits im einzelnen dargelegt hat.

Unklar ist nach wie vor, ob die Bindungswirkung auch nicht tragende Feststellungen erfasst¹⁸. Das wird zu verneinen sein, da es keinen Vertrauensgrundsatz in Bezug auf nicht tragende Feststellungen gibt.

b) In der Praxis gibt es nach wie vor eine erhebliche Unsicherheit zur Bedeutung von Tatbestandsberichtigungs- und Tatbestandsergänzungs-

16 Dafür Musielak-Ball, ZPO, 4. Aufl. § 529 Rdnr. 2

17 BGH NJW 2004, 2151 ff.

18 Dafür Mü-Ko-Rimmelpacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 529 Rn. 6

anträgen. Erläuterungsbücher und Kommentare haben empfohlen, im Zweifel Tatbestandsberichtigungsanträge einzureichen¹⁹.

Der V. Zivilsenat des BGH hat die frühere Rechtsprechung zur negativen Beweiskraft des Tatbestandes aufgegeben und ausgeführt²⁰:

„Allein mit dem Hinweis auf die negative Beweiskraft des Urteilstatbestandes kann mithin Parteivorbringen, das sich aus den vorbereitenden Schriftsätzen ergibt, in den Rechtsmittelverfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Hingegen bleibt die negative Beweiskraft für solche Angriffs- und Verteidigungsmittel von Bedeutung, die in der mündlichen Verhandlung ohne vorherige Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz vorgebracht werden (Ball, in F Schr. Geiß, 2000, S. 3.20).“

Es ist noch nicht hinreichend klar, welche Auswirkungen diese neue Rechtsprechung des V. Zivilsenats hat. Es gibt weitere Gründe, die gegen eine besondere Bedeutung von Tatbestandsberichtigungsanträgen sprechen. Der BGH hatte für das alte Recht angenommen, dass das Berufungsgericht nicht gehindert ist, neues vom erstinstanzlichen Tatbestand abweichendes Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen und zu prüfen²¹. Insoweit dürfte sich durch die ZPO-Reform nichts Wesentliches geändert haben. Da der Gesetzgeber dem Berufungsgericht die Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung bei rechtlicher Würdigung und Tatsachenfeststellung übertragen hat, muss auch bei versäumtem Tatbestandsberichtigungsantrag abweichendes Vorbringen im Berufungsrechtszug beachtlich sein. Für diese Auffassung spricht auch folgendes: Entscheidungen über den Tatbestandsberichtigungsantrag sind nicht rechtsmittelfähig (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO). Wenn das Erstgericht bei seinem unrichtigen Tatbestand trotz Berichtigungsantrag bliebe, wäre eine Bindungswirkung an den unrichtigen Tatbestand auch für das Berufungsgericht normiert. Es spricht nichts dafür, dass die ZPO-Reform diese Folge beabsichtigt hätte.

5. Beschlusszurückweisung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO (Ein kurzer Prozess?)

a) Die Praxis der Berufungsgerichte hat auf diese neue Entscheidungsmöglichkeit sehr unterschiedlich reagiert. Bei manchen ist praktisch alles

19 Vgl. etwa Mü-Ko-Rimmelspacher, ZPO (Akt.), 2. Aufl., § 529 Rn. 4; Musielak-Ball, ZPO, 3. Aufl., § 529 Rn. 2 und 6; Thomas-Putzo-Reichold, ZPO 26. Aufl., § 529 Rn. 1.

20 NJW 2004, 1876, 1879.

21 BGH NJW 2001, 448.

beim Alten geblieben, während von anderen Gerichten sehr hohe Beschlusszurückweisungsquoten berichtet werden, wie insbesondere die Diskussionen auf dem 65. Deutschen Juristentag in Bonn 2004 gezeigt haben. Die Evaluation des Gesetzgebungsvorhabens mag hier Aufschluss bringen und auch darüber aufklären, ob der erhoffte Entlastungseffekt eingetreten ist. Die bislang vorliegenden Hinweise aus der Praxis scheinen zu bestätigen, dass das Verfahren schwerfällig ist und zu einer zeitlichen Verzögerung führt. Auf der anderen Seite gibt es eine gewisse Einsparung von Arbeitskraft durch den nicht stattfindenden Verhandlungstermin.

Obwohl Einigkeit darüber besteht, dass die Richtigkeitsgewähr richterlicher Entscheidungen durch die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung nicht angegriffen werden sollte, gibt es ernst zu nehmende Hinweise aus der Praxis, dass dieser Rechtslage nicht gefolgt wird und dass § 522 Abs. 2 ZPO zu einem Instrumentarium der Steuerung der Arbeitsbelastung eingesetzt wird. Für manchen Berufungsrichter ist es offenbar „angenehmer“, nicht verhandeln zu müssen. Vor allem führt die Anwendung von § 522 Abs. 2 ZPO dazu, dass eine nicht rechtsmittelfähige Entscheidung produziert wird. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, die Regelung verstoße nicht gegen den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, weil dem Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit eingeräumt sei, ob er Rechtsmittelzüge einrichten wolle oder nicht²². Das ist insbesondere im Lichte des im Beschluss nicht erwähnten Artikels 3 GG zweifelhaft. Mir scheint die Einstimmigkeit des Beschlusses kein sachgerechtes Differenzierungskriterium für die Frage zu sein, ob eine rechtsmittelfähige oder grundsätzlich nicht rechtsmittelfähige Entscheidung ergeht²³.

Der Umstand, dass durch das neue Anhörungsrügensgesetz auch diese Entscheidung einer Selbstkontrolle unterworfen wird, ändert daran im Ergebnis nur wenig.

Die Beschlussempfehlungen des Deutschen Juristentages²⁴ zum einstimmigen Zurückweisungsbeschluss verdienen Unterstützung: Ein derartiger Beschluss sollte auf Fälle offensichtlicher Unbegründetheit beschränkt werden und sollte – wie in anderen Verfahrensordnungen – unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Urteil der Revision bzw. der Rechtsbeschwerde unterliegen.

22 BVerfG NJW 2003, 281 (Kammerbeschluss).

23 Vgl. hierzu auch Schneider, Anwaltsblatt 2003, 193 ff.

24 NJW 2004, 2341 f.

b) § 522 Abs. 2 ZPO kann bei einigen im Schadenersatzprozess typischen Fallgestaltungen für den Berufungskläger aber auch ein sinnvolles Mittel sein, die Auffassung des Landgerichts überprüfen zu lassen.

Betroffen sind zunächst die Fälle, in denen fraglich ist, ob das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten (etwa zu Unfallhergang oder Unfallfolgen) ausreicht oder ob weitere sachverständige Feststellungen erforderlich sind. Oft hängt der Erfolg der Berufung nur an der Frage, ob das Berufungsgericht sich ebenfalls vom sachverständigen Gutachten erster Instanz überzeugen lässt. Holt das Berufungsgericht kein weiteres Sachverständigengutachten ein oder hält es auch die Befragung des Sachverständigen für entbehrlich, ist in diesen Fällen nicht mit einer abändernden Entscheidung zu rechnen.

Die Prognose ist oft schwierig. In diesen Fällen eröffnet § 522 Abs. 2 ZPO für den Berufungskläger die Möglichkeit, die Auffassung des Berufungsgerichts „auszuloten“. Wird der Berufungskläger alsdann in dem Hinweisschreiben gemäß § 522 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen, dass das Berufungsgericht einstimmig weitere Beweiserhebungen nicht für erforderlich hält, kann die Berufung mit einer noch glimpflichen Kostenfolge zurückgenommen werden.

All dies muss natürlich in der Hoffnung geschehen, dass das Berufungsgericht von seiner Überprüfungsmöglichkeit verantwortlich Gebrauch macht und nicht etwa nur eine einfache oder nicht rechtsmittelfähige Entscheidung erlassen will.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zum Erfordernis der Einholung weiterer Sachverständigengutachten bzw. ergänzender Befragung des Sachverständigen nicht nur im Bereich des Arzthaftungsrechts begründet Skepsis, ob die Berufungsgerichte bei der Verwertung von Sachverständigengutachten im Zweifel richtig entscheiden.

Ähnlich liegt es im Bereich der Quotenbildung nach StVG oder der Bewertung der vom erstinstanzlichen Gericht vorgenommenen Schmerzensgeldhöhe. Oft sind Quote und Schmerzensgeldhöhe der einzige Gegenstand der Berufungsrüge. Auch hier kann das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO genutzt werden, um die Auffassung des Berufungsgerichts „zu testen“. Diese Möglichkeit des Berufungsklägers mag nicht im Sinne des Reformgesetzgebers gewesen sein, der das Berufungsgericht entlasten wollte. Sie ist aber bei der Beratung eines Berufungsklägers mit einzubeziehen.

6. Die Suche nach dem richtigen Rechtsmittelgericht bei Fällen mit Auslandsberührung (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG)

a) Gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG sind die Oberlandesgerichte jetzt zuständig für Entscheidungen über Berufungen und Beschwerden

- soweit (nur) eine Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erster Instanz im Ausland hatte oder
- soweit das Amtsgericht ausländisches Recht angewendet und dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt hat.

Motiv war, dass durch die Internationalisierung des Rechts und den zunehmenden grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ein großes Bedürfnis nach Rechtssicherheit durch eine obergerichtliche Rechtsprechung bestehe²⁵. Dieser Zweck ist nicht erreicht. Es gibt nicht die Vermutung, dass internationales Privat- und/oder Prozessrecht anzuwenden ist, wenn eine Partei jenseits der Grenze wohnt²⁶. Die Anknüpfung an eine rein formale Auslandsberührung in § 119 Abs. 1 Nr. 1 b kann nicht erreichen, dass Fälle mit Bezug zu einer ausländischen Rechtsordnung zuverlässig erfasst werden. Die Anknüpfung an den allgemeinen Gerichtsstand einer Partei zu einem bestimmten Stichtag führt im Ergebnis dazu, dass amtsgerichtliche Entscheidungen ohne Auslandsbezug in die Rechtsmittelzuständigkeit des OLG fallen, andererseits schwierige Fälle mit internationalem Bezug weiterhin vom Landgericht in zweiter Instanz zu entscheiden sind²⁷. Weil es also irrelevant ist, ob es überhaupt eine materiell-rechtliche Auslandsberührung oder eine IPR-Problematik gibt²⁸, kann die formale Anknüpfung das Ziel der Rechtsänderung nicht erreichen. Hinzu kommt, dass die Anwendung von § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG zu praxisrelevanten Zweifelsfragen führt, was im Hinblick auf die Pflicht, das Rechtsmittel beim Berufungsgericht einzulegen, zum Rechtsmittelverlust führen kann:

- Der besondere Gerichtsstand des § 21 ZPO (Niederlassung) reicht nach dem Gesetzeswortlaut zur Beibehaltung der regulären LG-Zuständigkeit nicht aus²⁹, ebenso wenig ein vorübergehender Aufenthalt des Beklagten in Deutschland³⁰. In allen Prozessen mit Beteiligung der

25 Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs.14/6036, 118 ff.

26 So aber Musielak/Wittschier, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 119 BGB Rn. 19 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/6036, 118 ff.

27 Zöllner/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 119 GVG Rn. 13.

28 BGH NJW 2003, 1672.

29 Zöllner/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 119 GVG Rn. 15.

30 OLG Köln OLG-Report 2003, 125, 126.

deutschen Niederlassung eines ausländischen Unternehmens muss vor Rechtsmitteleinlegung also sorgfältig geprüft werden, ob es sich um eine Tochtergesellschaft als deutsche juristische Person (dann LG) oder eine rechtliche unselbständige Agentur oder Zweigniederlassung (dann OLG) handelt³¹.

- Auch wenn nur eine von mehreren Parteien eines Rechtsstreits ihren Wohnsitz im Ausland hat, ist die Berufung gegen ein amtsgerichtliches Urteil beim OLG einzulegen. Die beim LG eingelegte Berufung wird nach Auffassung des OLG Köln³² nicht dadurch nachträglich zulässig, dass sie auf die im Inland lebenden Parteien beschränkt wird. Unklar ist, ob das auch gilt, wenn das Rechtsmittel vom Berufungskläger, der nicht im Ausland sitzt, eingelegt wird, und zwar nur im Verhältnis zu einem von mehreren Beklagten, dessen Wohnsitz ebenfalls im Inland liegt³³. Gibt es mehrere unterschiedliche Zuständigkeiten, wenn er Beklagte, der im Ausland lebt, ebenfalls Berufung einlegt³⁴?
- Probleme gibt es, wenn es im Rahmen von § 119 Abs. 1 Nr. 1 c GVG für mehrere Positionen einer Klage auf ausländisches Recht ankommen kann, aber die Positionen, für die es auf ausländisches Recht ankommt, nicht zum Gegenstand der Berufung gemacht werden.
- Unklar ist, was es bedeutet, dass das Amtsgericht die Anwendung ausländischen Rechts ausdrücklich festgestellt haben muss. Bedeutet das, dass das Amtsgericht ausländisches Recht als entscheidungserheblich herangezogen hat³⁵? Reicht es für die OLG-Zuständigkeit aus, wenn nur eine entscheidungserhebliche Vorfrage betroffen ist³⁶?
- Offen ist auch, ob in Zweifelsfällen nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz zu entscheiden³⁷, oder ob es erforderlich ist, den sichersten Wege zu gehen und das Rechtsmittel vorsorglich bei beiden in Betracht kommenden Gerichten einzulegen³⁸.

Es zeigt sich, dass im empfindlichen Bereich der Zulässigkeit eines Rechtsmittels die Anwendung von § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG so er-

31 So Zöller/Gummer, a.a.O., u. H. auf BGH NJW 2003, 1672.

32 OLG Köln OLG-Report 2003, 283, 284.

33 Dafür wohl Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl., § 119 GVG, Rn. 8; vgl. auch Heidemann, NJW 2002, 494.

34 Dafür Mü-Ko-Wolf, 2. Aufl. (Akt.) § 119 GVG Rn. 6.

35 So Zöller/Gummer, a.a.O., Rn. 16; Thomas/Putzo, a.a.O., Rn. 17.

36 So Zöller/Gummer, a.a.O., Rn. 16 gegen OLG Hamm OLG-Report 2002, 426.

37 Zöller/Gummer, a.a.O., Rn. 16.

38 OLG Köln NJW-RR 2003, 283.

hebliche Probleme schafft, dass dringend zu empfehlen ist, diese Neuregelungen abzuschaffen. Auf meinen Vorschlag hin hat der 65. Deutsche Juristentag in Bonn entsprechend votiert.

b) Gerade in Verkehrsunfallsachen hat § 119 GVG mit seinen Neuregelungen erhebliche Unsicherheit ausgelöst. So liegen die Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG schon vor, wenn es sich um ein ausländisches Versicherungsunternehmen handelt, und das selbst in dem Fall, dass es in Deutschland einen Hauptbevollmächtigten nach § 106 VAG bestellt hat³⁹.

Insbesondere im Grenzbereich ist die Beteiligung von nicht in Deutschland lebenden Personen an Verkehrsunfällen häufig. Allein der Umstand, dass der mitverklagte Fahrer eines Kraftfahrzeugs, das z.B. in einen Unfall verwickelt war, der in Aachen stattfand, zufällig in den Niederlanden oder in Belgien wohnt, führt zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichts.

Werden neben dem Deutschen Büro Grüne Karte e.V. im Ausland wohnende Schädiger sowie dessen (ausländische) Haftpflichtversicherung als Gesamtschuldner in Anspruch genommen, gehen Berufungen vom Amtsgericht zum Oberlandesgericht.

39 BGH NJW 2003, 1672.

Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess

– Rechtstatsächliche Erkenntnisse –

Bernd Netzer, Ministerialdirektor, Bundesministerium der Justiz, Berlin I.

I.

Das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-Reformgesetz) vom 27.07.2001 hat im Berufungs- und Revisionsrecht des Zivilprozesses im Wesentlichen zu folgenden Neuerungen geführt:

- Erweiterte Berufungsmöglichkeiten gegen amtsgerichtliche Urteile durch Absenkung der Berufungssumme auf (mehr als) 600 Euro, § 511 Absatz 2 Nr. 1 ZPO.
- Einführung der Zulassungsberufung, § 511 Absatz 2 Nr. 2 ZPO.
- Eingeschränkter Prüfungsumfang des Berufungsgerichts, § 529 Absatz 1 ZPO.
- Verfahrensvereinfachungen im zweiten Rechtszug (u. a. Einzelrichter § 526 ZPO, Zurückweisungsbeschluss § 522 Absatz 2 ZPO).
- Streitwertunabhängiger Zugang zur Revisionsinstanz (Zulassungsrevision § 543 ZPO, Nichtzulassungsbeschwerde § 544 ZPO).

Rechtstatsächliche Erkenntnisse zur Umsetzung der am 1.1.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform liegen bisher nur eingeschränkt und insbesondere nicht flächendeckend vor.

Zu den eingangs genannten Rechtsänderungen lässt sich bisher auf der Grundlage der – noch nicht vollständig vorliegenden – Statistiken der Jahre 2002/2003 lediglich Folgendes feststellen:

- Durch die Absenkung der Berufungssumme – also ungeachtet der Fälle einer Berufungszulassung – hat sich der Prozentsatz der mit der Berufung anfechtbaren Urteile der Amtsgerichte von etwa 50 % auf nunmehr etwa 60 % erhöht. Dies entspricht im Jahre 2003 etwa 30.000 zusätzlich anfechtbaren amtsgerichtlichen Urteilen. Bei einer im Wesentlichen unverändert gebliebenen Berufungsquote von etwa einem Drittel wurden mithin ca. 10.000 amtsgerichtliche Urteile angefochten, die ohne die Absenkung der Berufungssumme durch das ZPO-Reformgesetz rechtskräftig geworden wären.

- Die Amtsgerichte machen von der Zulassung der Berufung regen Gebrauch. Im Jahre 2002 wurden 12.000 Berufungen zugelassen. Dies entspricht bei insgesamt rund 120.000 unanfechtbaren Urteilen einer Zulassungsquote von 10 %.
- Nicht verlässlich feststellbar ist, ob die Berufungsgerichte die Entscheidung des Gesetzgebers zum eingeschränkten Prüfungsumfang in zweiter Instanz konsequent umsetzen. Tendenziell scheint dies eher nicht der Fall zu sein.
- Die Erfolgsquote der Berufungen ist von 2001 auf 2003 um 3,8 % (AG/LG) bzw. 3,0 %-Punkte (LG/OLG) gesunken.
- Die Einzelrichterquote in der Berufungsinstanz ist – jedenfalls im Vergleich zur ersten Instanz beim Landgericht (79 % im Jahre 2003) – gering (LG 9,7 %, OLG 2,9 %).
- Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Absatz 2 ZPO ergingen im Jahre 2003 in 7,6 % (LG) bzw. 8,8 % (OLG) aller Berufungsverfahren, etwa die Hälfte innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten ab Einlegung der Berufung. Neuere, jedoch noch nicht repräsentative Zahlen deuten auf eine deutlich steigende Tendenz bei der Zurückweisungsquote hin. Die Rücknahmequote der Berufungen stieg von 2001 auf 2003 um 3,5 % (AG/LG) bzw. 1,9 %-Punkte (LG/OLG).
- Die Revisionszulassungsquoten sind im Jahre 2003 gegenüber dem Vorjahr zwar gesunken, waren aber immer noch beachtlich (LG 5,0 %; OLG 6,3 % aller streitigen Berufungsurteile), was insbesondere hinsichtlich der landgerichtlichen Berufungsurteile eher nicht zu erwarten war. Die bereits bisher zahlreich ergangenen wegweisenden Urteile des Bundesgerichtshofs im Streitwertband bis 5.000 Euro beweisen, dass sich der streitwertunabhängige Zugang zur Revisionsinstanz im Sinne der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung bewährt hat.

II.

Das Bundesministerium der Justiz hat im November 2003 eine umfassende rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis in Auftrag gegeben, deren Ergebnisse Ende des Jahres 2005 erwartet werden. Das zugrunde liegende Evaluationsprogramm stellt sich – soweit das Berufungs- und Revisionsrecht betroffen ist – nach den jeweiligen Fragestellungen und Erhebungsmethoden wie folgt dar:

A Auswirkungen der Reform in der Berufungsinstanz

Reformziele: Entlastung der Berufungsgerichte durch Streitstoffbeschränkung und beschleunigte Erledigung substanzloser Berufungen, dadurch frei werdende personelle Kapazitäten, Erweiterung des Rechtsschutzes durch Beschwerdewertabsenkung und Zulassungsberufung, verbesserte Nutzung von vorhandenen Ressourcen durch vermehrten Einzelrichtereinsatz

1. Haben infolge der Reform die in erster Instanz festgestellten Tatsachen im Berufungsrechtszug in größerem Umfang Bestand und sind die im Berufungsverfahren festzustellenden Tatsachen für die Parteien in höherem Maße vorhersehbar?

a) Ist die Häufigkeit der Wiederholung erstinstanzlicher Beweisaufnahmen zurückgegangen?	Aktenanalyse, Rimmelspacher-Gutachten/komparativ (vor/nach der Reform)
b) Anzahl der Fälle, in denen die Berufung in oder nach der 1. mündlichen Berufungsverhandlung ohne Beweisaufnahme durch Urteil zurückgewiesen wurde	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
c) Anzahl der Fälle, in denen die Berufung in oder nach der 1. mündlichen Berufungsverhandlung mit Beweisaufnahme durch Urteil zurückgewiesen wurde	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
d) Ist für die Parteien besser absehbar, ob und in welchen Punkten eine Beweisaufnahme im Berufungsverfahren stattfinden wird?	Befragung von Rechtsanwälten
e) In welchem Umfang weisen die Berufungsgerichte neues Vorbringen unter Hinweis auf § 531 Abs. 2 ZPO zurück?	Aktenanalyse
f) Hat die Einengung der Voraussetzungen, unter denen § 531 Abs. 2 ZPO neues Vorbringen in der Berufungsinstanz zulässt, zu einer Reduzierung neuen Vorbringens und entsprechender Beweisaufnahmen in der Berufungsinstanz geführt?	Aktenanalyse, Vergleich mit Rimmelspacher- Untersuchung
g) Ist feststellbar, dass dies Auswirkungen auf die Dauer der Berufungsverfahren hat?	Aktenanalyse

2. Hat die Reform durch die vereinfachte Erledigung substanzloser Berufungen sowie den verstärkten Einzelrichtereinsatz zu einem effektiveren Einsatz richterlicher Arbeitskraft und zu einer Beschleunigung des Berufungsverfahrens geführt?

a) Als unzulässig verworfene Berufungen (§ 522 Abs. 1 ZPO)	
aa) Anzahl	Zählkarte (5, 6) P.1.4, 5.1
bb) Quote der wegen unzureichender Berufungsbegründung als unzulässig verworfenen Berufungen	Aktenanalyse
b) Anzahl der Beschlusszurückweisungen nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO	Zählkarte (5,6) P.5.2, Aktenanalyse
c) Dauer der Berufungsverfahren, die mit Beschlusszurückweisung endeten	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
d) Anzahl der Verfahren, in denen gegen eine Beschlusszurückweisung Rechtsbehelfe (z. B. Gegenvorstellung, außerordentliche Beschwerde, Verfassungsbeschwerde) eingelegt wurden, Ergebnis dieser Rechtsbehelfe	Aktenanalyse
e) Anzahl der Berufungen, in denen ein Hinweis nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erging (Hinweis auf Absicht der Berufungszurückweisung)	Aktenanalyse
f) Anzahl der Berufungen, in denen trotz Hinweises nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO kein Zurückweisungsbeschluss erging, sondern mündlich verhandelt wurde	Aktenanalyse
g) Form der Hinweiserteilung nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO (Beschluss, Telefonat, sonstige Form?)	Aktenanalyse
h) Umfang der Hinweiserteilung (umfangreiche Beschlüsse oder Kurzhinweis?)	Aktenanalyse
i) Zeitpunkt der Hinweiserteilung	Aktenanalyse
j) Anzahl der Fälle, in denen nach der Hinweiserteilung die Berufung zurückgenommen wurde	Aktenanalyse
k) Dauer der Berufungsverfahren, die mit Berufungszurückweisungen durch Urteil endeten	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
l) Anzahl der Beratungen in Verfahren mit und ohne Zurückweisungsbeschluss	Befragungen

3. Inwieweit hat die Reform zu einer Entlastung/ Mehrbelastung der Berufungsgerichte geführt?

a) entfällt	
b) Anzahl der Berufungen im Beschwerdewertbereich zwischen 600,01 EUR (= 1.173,50 DM) und 766,94 EUR (= 1.500 DM); Berufungsquote in diesem Streitwertsegment	Zählkarte (1) R 1.1; (5) Q, JUSTIS-Analyse
c) Anzahl der nach § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassenen Berufungen, Berufungsquote in diesem Streitwertsegment	Zählkarte (1), R.1.2, (5) Q, JUSTIS-Analyse
d) Anzahl der tatsächlich eingelegten zugelassenen Berufungen	Zählkarte (5) Q, JUSTIS-Analyse
e) Ist die Einlegung unbegründeter beziehungsweise erfolgloser Berufungen zurückgegangen?	Zählkarten, JUSTIS-Analyse/komparativ
f) entfällt	
g) Hat die Anzahl der Wiedereinsetzungsgesuche wegen fehlerhafter Fristberechnung durch die Neuregelung des § 520 Abs. 2 ZPO abgenommen?	Aktenanalyse/ komparativ
h) Behandlung von Wiedereinsetzungsgesuchen wegen versäumter Berufungsbegründungsfrist	Aktenanalyse
i) Häufigkeit und Dauer der Fristverlängerungen mit Einwilligung des Gegners	Aktenanalyse
j) Häufigkeit und Dauer der Fristverlängerungen ohne Einwilligung des Gegners	Aktenanalyse
k) Zeitpunkt des Eingangs der Prozessakten beim Berufungsgericht	Aktenanalyse
l) Welche Auswirkungen lassen sich zur Regelung des § 529 Abs. 2 ZPO (Rügeobliegenheit bei Verfahrensmangel) feststellen? Wird diese Regelung von den Gerichten strikt angewendet?	Aktenanalyse
m) In wie vielen Fällen wurden gemäß § 533 ZPO Klageänderungen erklärt, Aufrechnungserklärungen abgegeben und Widerklagen erhoben?	Aktenanalyse

n) In wie vielen Fällen waren die vorgenannten Prozesshandlungen in der Berufungsinstanz erfolgreich bzw. nicht erfolgreich (unzulässig oder unbegründet)?	Aktenanalyse
o) Inhalt des Berufungsurteils	
aa) Hat die Rechtsprechung die Neuregelung umgesetzt?	Aktenanalyse
bb) Wird von der Möglichkeit der Protokollgründe (§ 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO) Gebrauch gemacht?	Aktenanalyse
cc) Wie beurteilt die Praxis (Berufungsrichter, Revisionsrichter, Rechtsanwälte in 2. und 3. Instanz) die Neuregelung des § 540 ZPO?	Befragung
p) Sind die Berufungsgerichte dadurch zusätzlich belastet, dass sie nach § 529 Abs. 1 ZPO in Fällen, in denen sie eine Beweismwürdigung der 1. Instanz für nicht überzeugend halten, zu einer Prüfung und Auseinandersetzung mit den Parteien über „konkrete Anhaltspunkte“ gezwungen sind?	Aktenanalyse, Richterbefragung
q) Ist feststellbar, dass Streitigkeiten über die Zulässigkeit neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß § 531 ZPO zugenommen haben oder mit größerer Intensität geführt werden?	Aktenanalyse
r) Zurückweisung gemäß § 538 ZPO	
aa) In wie vielen Fällen haben die Parteien eine Zurückverweisung an die 1. Instanz beantragt?	Aktenanalyse
bb) In wie vielen Fällen hat das Berufungsgericht den Rechtsstreit an die 1. Instanz zurückverwiesen?	Zählkarte (5,6) P.1.1, Aktanalyse
cc) Was waren die Gründe für die Zurückverweisung?	Aktenanalyse, Befragungen
s) Führt die ausgeweitete Revisibilität von Berufungsurteilen zu Mehraufwand aufgrund der Verpflichtung zur Protokollierung von Beweisaufnahmen in der Berufungsinstanz (§ 160 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und der Unzulässigkeit abgekürzter Urteile (§ 540 ZPO)?	

aa) Erfassung der seit 1.1.2002 zusätzlich rechtsmittelfähigen Berufungsurteile (Urteile gemäß § 540 ZPO mit einer Beschwerde von 20.000,01 EUR bis 30.677,51 EUR)	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
bb) Anzahl der Beweisaufnahmen in der Berufungsinstanz in diesem Streitwertsegment	Zählkarte (5, 6) O, JUSTIS-Analyse
cc) Anzahl der Berufungsurteile in diesem Streitwertsegment	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
dd) Zeitaufwand für Beweisaufnahmen/ Protokollierung	Aktenanalyse, Befragung

B Auswirkungen der Reform in der Revisionsinstanz

Reformziele: Erweiterung des Revisionszugangs und Schaffung einer maximalen quantitativen und qualitativen Wirkungsbreite des BGH durch Einführung der allgemeinen Zulassungsrevision.

a) Anzahl der von den Berufungsgerichten zugelassenen Revisionen (Unterschiede zwischen Zulassungsquoten LG/ OLG, Aufgliederung nach Streitwert und Sachgebiet)	Zählkarte (5,6) S.1/R.1, JUSTIS-Analyse
b) Anzahl der Nichtzulassungsbeschwerden nach § 544 ZPO (Unterschiede zwischen LG/ OLG als Berufungsinstanz)	Zählkarte BGH
c) Anzahl der unzulässigen/ unbegründeten/ erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerden (Unterschiede zwischen LG/ OLG als Berufungsinstanz)	Zählkarte BGH
d) Häufigkeitsverteilung der Zulassungsgründe	Aktenanalyse
aa) bei den Zulassungen der Berufungsgerichte	
bb) bei den Nichtzulassungsbeschwerden	
e) Anzahl der eingelegten zugelassenen Revisionen	Zählkarte BGH

f) Anzahl der Revisionen/ Sprungrevisionen, auf- gegliedert nach Streitwert und Sachbereichen	Zählkartenauswertung
g) Ergebnis der Revisionen (unzulässig, unbegründet, begründet)	Zählkartenauswertung
h) Vermehrung der Verfahren mit spezifisch revi- sionsgerichtlicher Aufgabenstellung (grds. Bedeutung, Rechtsfortbildung, einheitliche Rechtsprechung)?	Aktenanalyse/komparativ
i) Thematische Verbreiterung der BGH-Sachen (neue Sachgebiete, neue Fragestellungen)?	Statistische Erhebungen am BGH
j) Belastungssituation des BGH	Befragung

C Ausweitung des Einzelrichterprinzips

Reformziele §§ 348, 348 a, 526, 527, 568 ZPO: Erhöhung der Einzelrichterquote, dadurch effektiverer Einsatz richterlicher Arbeitskraft und Freisetzung bisher ungenutzter richterlicher Arbeitsressourcen, dadurch Entlastung der Gerichte und Verfahrensbeschleunigung

a) Anzahl der Übertragungen auf den Einzelrichter nach § 526 Abs. 1 ZPO	Zählkarte (5, 6) N 1, 2.2
b) Anzahl der Vorlagen vom Einzelrichter an den Kollegialspruchkörper nach § 526 Abs. 2 Satz 1 ZPO	Aktenanalyse
aa) In wie vielen Fällen hiervon (Vorlagen vom Einzelrichter an den Kollegialspruchkörper nach § 526 Abs. 2 Satz 1 ZPO) lag ein entsprechender Antrag einer oder beider Parteien vor?	Aktenanalyse
bb) Wie hat der Kollegialspruchkörper die Zuständigkeitsfrage jeweils entschieden?	Aktenanalyse
c) Anzahl der Zuweisungen auf den vorbereitenden Einzelrichter, § 527 ZPO	Zählkarte (5/6) J, N 1

d) Tätigkeitsumfang des vorbereitenden Einzelrichters, insbesondere Häufigkeit der Fälle, in denen der vorbereitende Einzelrichter den Rechtsstreit entscheidet, differenziert nach § 527 Abs. 3 und 4 ZPO	Aktenanalyse und Befragungen
e) Lassen sich Unterschiede zwischen Verfahren, die vom Einzelrichter entschieden werden, und solchen, die von einem Kollegialspruchkörper entschieden werden, nach folgenden Kriterien feststellen?	
aa) Verfahrensdauer	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
bb) Häufigkeit der verschiedenen Erledigungsarten	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
cc) Häufigkeit des Einzelrichtereinsatzes bei den verschiedenen Verfahrensarten	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
dd) Häufigkeit des Einzelrichtereinsatzes in verschiedenen Streitwertsegmenten	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
ee) Häufigkeit der Revisionszulassungen durch den Einzelrichter/den Kollegialspruchkörper	Zählkarte, JUSTIS-Analyse
ff) Nichtzulassungsbeschwerdequote sowie Revisionsquote gegen Entscheidungen des Einzelrichters/ des Kollegialspruchkörpers	Aktenanalyse, JUSTIS-Analyse
gg) Erfolgsquote der Nichtzulassungsbeschwerde bzw. der Revisionen gegen Entscheidungen des Einzelrichters/ des Kollegialspruchkörpers	Aktenanalyse
f) Wie schätzen Richter, Rechtsanwälte und Parteien die Neuregelungen der §§ 526, 527 ZPO ein?	Befragungen von Richtern, Anwälten und Parteien
aa) Zufriedenheit/ Unzufriedenheit mit Einzelrichter und Gründe hierfür	
bb) Zufriedenheit/ Unzufriedenheit mit Kollegialspruchkörper und Gründe hierfür	
cc) Entlastungswirkung durch Einzelrichter?	
dd) Probleme bei Richterwechsel?	

D *Rechtsmittelkonzentration in Auslandssachen beim OLG*

Reformziel: Höhere Rechtssicherheit durch Zuweisung an die Oberlandesgerichte.

1. Anzahl der Berufungen, in denen das OLG aufgrund § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b und c GVG zuständig ist	Zählkarte (6) F. 1
2. Anzahl der Berufungen, in denen das OLG aufgrund § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b GVG zuständig ist und in denen es internationales Privatrecht oder ausländisches Recht angewandt hat	Richterbefragung
3. Anzahl der Berufungen, die bei einem unzuständigen Gericht eingelegt wurden, weil § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchstaben b und c GVG nicht beachtet wurde	Richterbefragung
4. Ist die Rechtsmittelkonzentration sachgerecht und hat sie zu höherer Rechtssicherheit in diesem Bereich geführt?	Befragung Richter, Anwälte

III.

Auf ihrer Herbstkonferenz am 25.11.2004 in Berlin haben die Justizministerinnen und Justizminister der Länder Eckpunkte für eine „Große Justizreform“ beschlossen. Das Rechtsmittelrecht des Zivilprozesses ist dabei insbesondere von folgenden Beschlüssen betroffen:

„1.1 Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen/Prozessordnungen

Die Justizministerinnen und Justizminister sprechen sich für eine möglichst weitgehende Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen und der Prozessordnungen für alle Gerichtsbarkeiten aus.

1.2 Funktionale Zweigliedrigkeit

Die Justizministerinnen und Justizminister sprechen sich für eine funktionale Zweigliedrigkeit aus. Der Eingangsstanz (Tatsacheninstanz) soll grundsätzlich jeweils nur ein Rechtsmittel folgen. Die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist durch ein Vorlageverfahren für Fälle der Divergenz und der grundsätzlichen Bedeutung sicherzustellen.

len. Rechtsmittel sind zu vereinheitlichen und auf das verfassungsrechtlich Notwendige zu beschränken.“

In der Begründung zu diesem Beschluss heißt es u.a.:

„Es bedarf einer grundlegenden Bereinigung der Rechtsmittelstruktur. Ziel ist es, Rechtsmittel weitgehend zu vereinheitlichen und auf das verfassungsrechtlich Notwendige zu beschränken. Maßstab dafür sind hinreichende Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) und Effizienz. Die Eingangsinstanz (Tatsacheninstanz) ist zu stärken, ihr soll grundsätzlich nur ein Rechtsmittel folgen.“

Mit dem ausdrücklich erklärten Ziel grundsätzlich (nur) einer Tatsacheninstanz nähert sich diese Beschlusslage der ursprünglichen, im damaligen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vorgeschlagenen Fassung der ZPO-Reform, die in zweiter Instanz eine ausschließliche Rechtsfehlerkontrolle vorsah.

Mit der Umsetzung dieser Zielvorgaben sind Arbeitsgruppen beauftragt, die bis zur nächsten Justizministerkonferenz im Juni 2005 detaillierte Vorschläge erarbeiten sollen.

Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Kapitalisierung –

Jürgen Nehls, Leitender Verwaltungsdirektor a.D., Bielefeld

1. Fall:

Pechvogel - 40 Jahre alt - hat Anspruch auf eine Schadenersatzrente von jährlich 30.000 Euro bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres. Der Grund: Verdienstausschlag. Er kann seine bisherige berufliche Tätigkeit nicht mehr ausüben. Der auf den Rentenversicherungsträger übergegangene Anspruch ist bereits abgezogen. Verpflichtet sind der Schädiger und dessen Versicherung. Dieser Sachverhalt ist unter den Beteiligten nicht streitig. Pechvogel möchte abgefunden werden. Er und sein Anwalt bitten mich als ihren Berater, den Barwert der Rente zu berechnen.

Variante A: ein wichtiger Grund im Sinne von § 843 Abs. 3 BGB liegt vor;
Variante B: ein wichtiger Grund liegt nicht vor.

Wie hoch ist der Barwert?

Lösungsmöglichkeiten (Abb. 1):

	Zinsfuß	Faktor	Barwert	
	minus 1	26,758	802.740 €	
	0	23,646	709.380 €	
	1	21,029	630.870 €	
	2	18,816	564.480 €	Vorschlag Nehls
	3	19,936	508.080 €	
	4	15,330	459.900 €	
	5	13,951	418.530 €	Praxis: richtig?

Abb. 1: Lösungsmöglichkeiten

Achtung! Merke!: *Je niedriger der Zinsfuß, desto größer der Barwert.*
Oder umgekehrt: *Je höher der Zinsfuß, desto kleiner der Barwert.*

2. Kapitalisierung: ein wichtiger Grund liegt vor (Variante A)

2.1. Urteil des BGH vom 8.1.1981¹

Ich werde den Barwert aus der Sicht des Geschädigten berechnen. Ich bin überzeugt, dass die Gerichte meinem Lösungsweg folgen würden, wenn sie entscheiden dürften. Sie dürfen jedoch nicht entscheiden, weil § 843 BGB für die Klage auf Kapital einen wichtigen Grund verlangt. Praktisch liegt dieser wichtige Grund nie vor; deshalb gibt es hierzu grundsätzlich keine Rechtsprechung. Ausnahmsweise hat der BGH in einem außergewöhnlichen Fall sich mit der Kapitalisierung befassen dürfen und müssen, und zwar in dem Urteil vom 8.1.1981. Seit Errichtung des Reichsgerichts, also seit 125 Jahren, gibt es nur diese eine Entscheidung eines deutschen obersten Gerichtes zur Abfindung in Kapital statt einer Rente. In dem zu entscheidenden Falle lag ausnahmsweise ein wichtiger Grund im Sinne von § 843 Abs. 3 BGB vor. Der Schädiger, hinter dem keine Versicherung mehr stand, verschenkte und verschleuderte sein Vermögen. Dieses Urteil des BGH ist die Magna Charta der Kapitalisierung. Den Grundsätzen dieser Magna Charta folge ich.

Auch die Gerichte folgen diesen Grundsätzen. Mit ihnen berechnen Sie den Barwert der eingeklagten laufenden Rente mit dem Ziel, auf der Basis des errechneten Barwertes, den Rechtsstreit im Wege des Vergleiches zu beenden. In der Regel nehmen der Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer den Vergleich nicht an, weil sie den Vergleichsbetrag für zu hoch halten.

Der Arbeitskreis V („Kapitalisierung von Schadensersatzrenten“) des 19. Deutschen Verkehrsgerichtstages 1981 ist im Wesentlichen dem Urteil des BGH gefolgt. Der Arbeitskreis fasste folgende Empfehlungen²:

1.
2. Ist eine Kapitalabfindung vereinbart oder zugesprochen worden, kann sie auch bei wesentlicher Veränderung der für ihre Berechnung maßgebenden Verhältnisse nicht mehr entsprechend § 323 ZPO geändert werden.
3. Bei der vergleichsweisen oder gerichtlichen Kapitalisierung sind vor allem folgende Faktoren versicherungsmathematisch zu beachten:

¹ VI ZR 128/79, BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818.

² VGT 81, S. 11.

- die Höhe der Schadensersatzrente,
 - die Laufzeit (ausgehend von der Sterbetafel sowie unter Berücksichtigung von Wiederverheiratungs- und Invalidisierungswahrscheinlichkeiten, des Vorversterbensrisikos der Unterhaltsberechtigten, der etwa verlängerten beruflichen Aktivität, insbesondere bei Selbstständigkeit, und dergl.),
 - der rechnermäßige Zinsfuß,
 - die Zahlungsweise.
4. Für die Höhe der Rente sind von Bedeutung:
- der derzeitige Betrag,
 - künftige personenbezogene Veränderungen (beruflicher Auf- und Abstieg, Rentenzugangsalter und dergleichen).
5. Wegen der Nichtanwendbarkeit des § 323 ZPO ist die künftige Entwicklung des für die Höhe des Schadens maßgeblichen Einkommensniveaus grundsätzlich zu beachten. Hierfür sind langfristige Prognosen derzeit nicht möglich, weil die wirtschaftliche Entwicklung in den letzten Jahrzehnten als alleiniger Maßstab ungeeignet ist. Es ist daher Verhandlungssache, ob, wie und in welchem Umfang eine Dynamik berücksichtigt werden kann; dies gilt auch für die dem Tatrichter nach § 287 ZPO obliegende Schätzung.

2.2. Das theoretische Modell der Kapitalisierung (BGH)

Anspruchsnorm für den Barwert ist § 843 Abs. 3 BGB. Danach kann der Verletzte statt der Rente eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Nach dem Sachverhalt (Variante A) ist ein wichtiger Grund gegeben.

Die Kapitalisierung ist die Berechnung des Barwertes einer Rente mit dem Ziel, die laufende Regulierung durch die Zahlung eines Einmalbetrages in Höhe dieses Barwertes endgültig zu beenden. Bei der Berechnung des Barwertes sind ein Rechnungszinsfuß und die anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik anzuwenden.

Der BGH geht bei der Kapitalisierung von folgendem theoretischem Modell aus: „Der Berechtigte soll denjenigen Kapitalbetrag erhalten, der – nach seinen individuellen Verhältnissen – während der voraussichtlichen Laufzeit der Rente zusammen mit dem Zinsertrag dieses Kapitals aus-

reicht, die an sich geschuldeten Renten zu zahlen. Die einzelnen Berechnungsfaktoren sind je nach den Besonderheiten des Falles zu schätzen, wobei der Richter notwendigerweise Prognosen zur künftigen Entwicklung der Lebensumstände des Verletzten und der wirtschaftlichen Daten wagen muss.“

2.3. Keine analoge Anwendung von § 323 ZPO

Der erste Grundsatz des BGH zur Kapitalisierung lautet: Eine Kapitalabfindung kann nicht bei wesentlicher Veränderung der für ihre Berechnung maßgebenden Verhältnisse entsprechend § 323 ZPO abgeändert werden. Daraus folgt: Hinsichtlich dieser Verhältnisse muss der Richter eine Prognose wagen, auch wenn sie noch so schwierig ist. Der BGH nennt diese maßgebenden Verhältnisse. Diese sind insbesondere

- die Rentendynamik und
- der Kapitalmarktzinsfuß.

2.4. Rechnungszinsfuß

Die beiden Berechnungsfaktoren Rentendynamik und Kapitalmarktzinsfuß ergeben den Rechnungszinsfuß nach der versicherungsmathematischen Formel³:

$$\text{Rechnungszinsfuß} = \text{Kapitalmarktzinsfuß} \text{ minus } \text{Rentendynamik}$$

Synonyme Wörter für Rechnungszinsfuß: Zinsfuß, Zinssatz, rechnungsmäßiger Zinsfuß, Tabellenzinsfuß, Effektivzinsfuß, Rentendynamik, wenn Kapitalmarktzinsfuß 0, und Kapitalmarktzinsfuß, wenn Rentendynamik 0.

Der BGH nennt die Formel nicht ausdrücklich. Er erkennt jedoch eine gewisse Korrelation der Dynamik der Zinsentwicklung zum allgemeinen Preis- und Lohnniveau. Der BGH hat die Sache an das OLG Frankfurt am Main zurückverwiesen. In diesem erneuten Verfahren hat das OLG am 22.2.1984 einen Beweisbeschluss⁴ erlassen. Auf Grund dieses Beschlusses⁵ errechnete der gerichtliche Sachverständige der Versicherungs-

3 Schneider/Schlund/Haas, Kapitalisierungs- und Verrentungstabellen, 2. Aufl., 1992, S. 24.

4 13 U 148/76.

5 Veröffentlicht in Eckelmann/Nehls, Schadensersatz bei Verletzung und Tötung, 1987, S. 241.

mathematik einen kapitalisierten Verdienstausschlag in Höhe von 1,3 Millionen DM (1984!). Auf dieser Basis haben sich die Parteien verglichen, so dass es nicht zu einem Urteil gekommen ist. Der Beweisabschluss enthält beachtliche Hinweise zur Berechnung des Barwertes, die hier beachtet werden. Das OLG Frankfurt am Main wendet die obige Formel an. An Stelle von Rechnungszinsfuß spricht es von Tabellenzinsfuß (Effektivzinssatz).

2.5. Zeitrente

Zeitrente			
Jahre	Zinsfuß minus 1	0	1
....			
24	27,131	24,000	21,358
25	28,410	25,000	22,142
26	29,701	26,000	22,918
....			
vierteljährlich vorschüssig			

Abb. 2: Tabelle Zeitrente

Nach der Theorie nun die Berechnung des Barwertes in der Praxis. Wir nehmen eine einschlägige Kapitalisierungstabelle. Hier zunächst eine Zeitrenten-Tabelle (s. Abb. 2). Und suchen den entsprechenden Faktor aus dem Tabellenfeld. In der vertikalen Vorspalte „Jahre“ gehen wir auf „25“, denn der Zeitraum zwischen 40 und 65 Jahre sind 25 Jahre. Im horizontalen Tabellenkopf finden wir verschiedene Zinsfüße. Diese Zinssätze sind Rechnungszinsfüße. Welchen müssen wir nehmen? Wir lassen zunächst den Kapitalmarktzins und die Rentendynamik außen vor.

Also: Rechnungszinsfuß = Kapitalmarktzinsfuß 0 minus Rentendynamik 0 = 0.

Der Faktor bei 25 Jahre und Zinsfuß 0 lautet „25“. Der Faktor „25“ bedeutet: Wenn ich 25 Euro erhalte und sie in den Sparstrumpf stecke, kann ich damit 25 Jahre lang jährlich einen Euro bezahlen. Wie lautet der Barwert? Der Barwert ist gleich Faktor mal Jahresrente. Also: Barwert = Faktor „25“ mal Jahresrente 30.0000 = 750.000 Euro.

2.6. Beachtung der allgemeinen Sterbetafel

Leibrente für Männer bis zum 65. Lebensjahr				
Alter	Zinsfuß minus 1	0	1	2
...				
39	27,988	24,608	21,783	19,410
40	26,758	23,646	21,029	18,816
41	25,544	22,688	20,271	18,214
...				
Sterbetafel 2001/2003, vierteljährlich vorschüssig				

Abb. 3: Tabelle temporäre Leibrente für Männer bis zum 65. Lebensjahr

Zu Recht fordert der BGH, dass eine Allgemeine Sterbetafel heranzuziehen ist. Pechvogel könnte bis 65 vorversterben. Deshalb müssen wir eine Leibrententabelle wählen. Hier Leibrente für Männer bis zum 65. Lebensjahr. Der Faktor bei Alter 40 und Zinsfuß null lautet „23,646“. Faktor 23,646 bedeutet: Mit 23,65 Euro im Sparstrumpf kann ich einem Mann im Alter von 40 Jahren bis zum 65. Lebensjahr 1 Euro zahlen. Vorversterben ist berücksichtigt, z. B. durch Unfall, Herzinfarkt, Mord (z. B. Moshammer wird mit 64 Jahren ermordet). Der Barwert beträgt: 23,646 mal 30.000 = 709.380 Euro (statt 750.000 Euro ohne Vorversterben: mehr als 5 Prozent weniger).

2.7. Beachtung der Rentendynamik

Die Rentendynamik ist zu beachten. Wie wird sich die Schadensersatzrente von Jahr zu Jahr ändern, hier der Nettoverdienst? Die Beachtung der Rentendynamik ist nicht zu verwechseln mit der Berücksichtigung von Karrieresprüngen, z. B. Geselle, Meister, Selbstständiger. Letztere Renten werden als aufgeschobene Renten berechnet⁶.

Hinsichtlich der Rentendynamik muss eine Prognose gewagt werden. Der Kopf darf nicht in den Sand gesteckt werden. Meinem Buch Kapitali-

⁶ Vgl. Langenick/Vatter, NZV 2005, 10.

sierungstabellen habe ich folgendes Motto vorangestellt: „Chinesische Spruchweisheit: Voraussagen sind immer schwierig. Besonders für die Zukunft.“ Das Problem der Kapitalisierung haben bereits die Motive zum BGB⁷ erkannt: „Mit jeder Kapitalabfindung ist der große Übelstand verbunden, dass die Bestimmung derselben in weit höherem Maße mit unbekanntem Faktoren zu rechnen zwingt.“ Der BGH spricht von „Spekulation“, fordert aber: „Es gehört zur richtigen Ausübung des Ermessens des Tatrichters, trotz aller Unsicherheiten auch Voraussagen über die wahrscheinliche künftige nominelle und reale Steigerung des Lohn- und Gehaltsgefüges zu machen und je nach dem Ergebnis seiner Überlegungen der Berechnung der Kapitalabfindung nach oben oder nach unten verbesserte Faktoren zu Grunde legen.“ Erleichtert wird die Schätzung des Tatrichters durch § 252 Abs. 2 BGB und § 287 ZPO. 1981 hatte ich⁸ für die nächsten Jahrzehnte eine Gehaltsdynamik von 5 Prozent angenommen. Schätzungsgrundlage war die Vergangenheit: Von 1950 bis 1981 betrug die Lohndynamik brutto 7,9 Prozent und netto 7,1 Prozent. In Wahrheit lagen die Werte von 1981 bis 2003 bei netto 4,1 und brutto bei 3 Prozent.

Pechvogel war in einem guten zukunftssträchtigen Beruf. In seinem Betrieb werden die weltweit besten Tsunami-Warnsysteme gebaut. Die Höhe der Schadensersatzrente richtet sich nach seinem mutmaßlichen Nettoverdienst. Wir müssen hinsichtlich der Entwicklung dieses Verdienstes eine Prognose wagen: Im Betrieb des Pechvogel sind die Nettoverdienste in den letzten Jahren jährlich um etwa 2 Prozent gestiegen. Die allgemeine Steigerungsrate des Nettoverdienstes lag in den letzten 10 Jahren jährlich im Durchschnitt bei 1,1 Prozent⁹. Darin sind Jahre mit einer Minus-Entwicklung enthalten. Die Zukunft wird Erhöhungen bringen. Die uns bekannte Agenda 2010 wird zur Erhöhung der Nettoverdienste führen, z. B. durch Senkung der Beiträge zur Krankenversicherung. Ich wage als Prognose für die Rentendynamik vorsichtig 1 Prozent.

Bitte an den Leser: Schätzen sie anstelle des Richters oder Anwalts die Rentendynamik! Wenn Sie 0 schätzen, bedeutet dies: Pechvogel hätte in seinem Betrieb nie mehr eine Lohnsteigerung bekommen. Da noch nicht einmal die Inflationsrate ausgeglichen wird, würde sein Einkommen real ständig sinken. Die Inflationsrate für Deutschland 2004 beträgt 1,6 Prozent (in den letzten 13 Jahren 2 Prozent).

7 Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 785.

8 VGT 1981, S. 285.

9 Statistisches Taschenbuch 2004, herausgegeben vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung.

Wie lautet jetzt der Barwert? Den Kapitalmarktzins lassen wir noch außen vor. Also:

Rechnungszinsfuß = Kapitalmarktzins 0 minus Rentendynamik
1 = minus 1.

Der entsprechende Faktor lautet „26,758“. Faktor 26,758 bedeutet: Mit 26,76 Euro im Sparstrumpf kann ich einem Mann von 40 bis 65 Jahren jährlich 1 Euro zahlen. Der Betrag wird sich jährlich um 1 Prozent erhöhen. Das Vorversterben ist berücksichtigt. Der Barwert beträgt: 26,758 mal 30.000 = 802.740 Euro.

2.8. Kapitalmarktzinsfuß

Pechvogel darf das Kapital nicht in den Sparstrumpf stecken, sondern er muss es – gedanklich – verzinslich anlegen.

Erzielbare Kapitalmarktzinsfüße in Prozent - Anfang 2005 -

Sparbuch Mittelwert	1,76
Festgeld Mittelwert	2,06
Tagesgeld Mittelwert	2,11
Garantiezins Lebensversicherer	2,75
Umlaufrendite der öffentl. Wertpapiere 7.1.05	3,35
Kapitalisierungszinsfuß Schweiz	3,50
Langfristige Anlage Mittelwert	3,87
Lebensversicherer mit Überschuss Mittelwert (erwartet für 2005)	4,00

Eine Anlage mit Risiko – mit der Möglichkeit hoher Zinsen – darf es nicht sein. Die Anlage sollte sicher sein. Das bedeutet niedrige Zinsen. Abzustellen ist auf die Verhältnisse des Geschädigten. Mehr als die generische Versicherung braucht er nicht zu erzielen. Zurzeit liegt dort im Bereich der Lebensversicherung der Garantiezins bei 2,75 Prozent. Man könnte empfehlen, diesen Wert zu Grunde zu legen. Dann hätten wir ähnliche Verhältnisse wie in der Schweiz. Dort beträgt der Kapitalzins für Kapitalisierungen – ohne Berücksichtigung einer Rentendynamik – seit Jahrzehnten 3,5 Prozent.

Ich empfehle seit über 30 Jahren aus verschiedenen Gründen, von der Umlaufrendite der börsennotierten Wertpapiere des Bundes auszugehen. Das OLG Frankfurt am Main ging aus von der durchschnittlichen jährlichen statistischen Rendite fest verzinslicher Wertpapiere. Die Umlaufren-

dite betrug in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt jährlich 4,8 Prozent, in den letzten 3 Jahren unter 4 Prozent¹⁰. Meine optimistische Prognose lautet: 4,5 Prozent. Ein Gericht würde vielleicht nicht verlangen, dass Pechvogel einen so hohen Kapitalzins erzielt. Es würde dann von einem niedrigeren Wert ausgehen (Achtung: Folge höherer Barwert). „Mehr als 2 bis 3,4 Prozent je nach Laufzeit für sichere europäische Staatspapiere gibt es derzeit nicht.“¹¹ 1981 habe ich¹² für die nächsten Jahrzehnte einen Kapitalzinsfuß von etwa 7 Prozent – vor Reduzierung – angenommen. Schätzungsgrundlage war die Vergangenheit: Die Umlaufrendite betrug 1967 bis 1977 im Durchschnitt 8 Prozent.

2.9. Reduzierter Kapitalmarktzinsfuß

Der BGH fordert eine Reduzierung des Kapitalmarktzinses. Zum einen um die *Verwaltungskosten des Kapitals*. Sie betragen etwa 1 bis 2 Prozent¹³. Ich gehe von 0,5 Prozent aus. Denn bei Bundeswertpapieren übernimmt die Bundesvermögensverwaltung noch die Anlage der Wertpapiere ohne Kosten.

Zum anderen geht der BGH davon aus, dass die *Erträge zu versteuern* sind. Ich gehe von der EU-weit zu erwartenden Abgeltungssteuer von 25 Prozent aus. Somit reduziert sich der Kapitalmarktzins um die Anlagekosten von 0,5 auf 4 und um Steuern von 25 Prozent auf 3. 1981 errechnete ich¹⁴ einen reduzierten Kapitalmarktzinsfuß von 5 Prozent. Das OLG Frankfurt am Main reduzierte den Kapitalmarktzinsfuß „um 2“.

2.10. Lösung des Falles (Variante A)

Der Rechnungszinsfuß lautet nun: Kapitalmarktzins 3 minus Rentenerhöhung 1 = 2 Prozent. Dazu gehört der Faktor „18,816“ Faktor 18,816 bedeutet: Mit 18,82 Euro – verzinslich angelegt mit 3 Prozent nach Anlagekosten und Steuern – kann ich einem Mann jährlich von 40 Jahren bis 65 Jahren einen Euro zahlen. Der Betrag wird sich jährlich um 1 Prozent erhöhen. Das Vorversterben ist berücksichtigt. Der endgültige Barwert lautet: 18,816 mal 30.000 = 564.480 Euro.

10 Monatsbericht der Deutschen Bank, Dezember 2004.

11 Scherff, FAS vom 13.2.2005.

12 VGT 81, S. 271.

13 FAS vom 6.1.2002.

14 VGT 81, S. 270.

Die einschlägigen Tabellen enthalten nur Faktoren für einen Zinsfuß um 5 Prozent. Allein in den Tabellen des Verfassers finden sich seit Jahrzehnten Werte für Zinsfüße – neben höheren Zinsfüßen – von 3 Prozent und kleiner. Diese Tabellen wurden und werden in der einschlägigen Literatur verschwiegen. So ist es zu erklären, dass der BGH für sein Grundsatzzurteil die Monographie des Verfassers wohl nicht kannte, obwohl diese „Kapitalisierungstabellen“ bereits seit 4 Jahren vor dem Urteil auf dem Markt waren.

Die Schweizer Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle/Schaetzle¹⁵ bieten seit 2001 Tabellen mit Faktoren für einen Zinsfuß ab 0,5 aufwärts. Das Statistische Bundesamt¹⁶ hat vor kurzem die Sterbetafel 2001/2003 mit Tabellen für Zinsfüße ab 1 Prozent aufwärts veröffentlicht. Der Verbund der Rentenversicherungsträger¹⁷ hat Tabellen für Zinsfüße ab 3 Prozent veröffentlicht. Schneider/Schlund/Haas¹⁸ haben eine CD-ROM mit „allen Zinsfüßen“ angekündigt.

Das OLG Frankfurt am Main hat folgenden Rechnungszinsfuß angenommen: „Für die Zeit ab 1985 soll ein Tabellenzinsfuß von 2 Prozent zu Grunde gelegt werden.“ Ich habe einen Zinsfuß von 0 Prozent¹⁹ vorgeschlagen. Einen Rechnungszinsfuß von 2 bis 3 Prozent hielt ich für vertretbar²⁰.

Ein Blick in unsere *Zukunft in Deutschland*. Wir finden sie bereits heute in der Schweiz. Dort steht die *Software „capitalisator“*²¹ zur Verfügung. Im Programm Mortalitätsrente auf ein Leben wird eingegeben: Alter 40, temporär bis 65, Kapitalzins 3, Jahresrente 30.000, jährliche Veränderung 1. Nach Anklicken des Feldes „Berechnen“ wird in Sekundenschnelle der Barwert angegeben. Er lautet auf der Basis der Schweizer Sterbetafel: 579.015 Euro.

15 5. Aufl., 2001.

16 www.destatis.de.

17 VersR 2004, 1528.

18 ZfS 2004, 541.

19 VGT 81, S. 271.

20 VersR 1981, 286.

21 www.capitalisator.ch; dem capitalisator liegen die Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle/Schaetzle, 5. Aufl., 2001, zu Grunde.

3. Kapitalisierung: ein wichtiger Grund liegt nicht vor (Variante B)

3.1. Keine analoge Anwendung von § 323 ZPO

Die Grundsätze für die Kapitalabfindung durch Urteil sollten auch für den Abfindungsvergleich²² gelten. Auf dem Verkehrsgerichtstag 1981²³ wurde folgende 6. – und letzte – Empfehlung beschlossen:

6. Anders als bei der gerichtlichen Entscheidung sollten bei der vergleichweisen Kapitalisierung die wirtschaftlichen Interessen der Vergleichspartner (z. B. konkrete Anlagemöglichkeiten, Verwaltungskosten des Zessionars und des Haftpflichtversicherers) angemessen berücksichtigt werden.

In der Praxis gilt für den Abfindungsvergleich nur der Grundsatz, dass § 323 ZPO analog nicht anwendbar ist. Die anderen Grundsätze werden durch Konventionen der Assekuranz bestimmt. Da kein wichtiger Grund vorliegt, braucht sie nicht zu leisten. Sie toleriert nur angemessene Ergebnisse und stellt „nennenswerte Beträge“ für den Geschädigten zur Verfügung²⁴. Dazu Küppersbusch (Allianz)²⁵: „Die Entscheidung des BGH vom 8.1.1981, ... gilt nur für die gerichtliche Kapitalisierung, nicht für die außergerichtliche. Besteht kein Anspruch auf Kapitalabfindung, müssen die Konditionen frei ausgehandelt werden.“ Diese Auffassung der Assekuranz ist durch den Arbeitskreis III auf dem Verkehrsgerichtstag 2005 in der Empfehlung Nr. 2 geteilt worden:

„Beim Abfindungsvergleich bleibt es grundsätzlich der Vereinbarung der Parteien überlassen, mit welchen Rechenparametern der Kapitalbetrag errechnet wird.“

3.2. Keine Berücksichtigung der Rentendynamik

Deutschland ist am Ende (?). Noch nicht einmal die Inflation soll Beachtung finden. Die Gehälter stagnieren²⁶. Küppersbusch: „Es ist nicht gerechtfertigt, mögliche zukünftige inflationäre Steigerungen mit zu bewerten.“²⁷, keine Beachtung einer Rentendynamik „weil sich die zukünftige wirtschaft-

22 BGH, Urteil vom 12.7.1983, VI ZR 176/91, NJW 1984, 115.

23 VGT 81, S. 12.

24 Lang, Korreferat.

25 Ersatzansprüche bei Personenschaden, 8. Aufl., 2004, Rz 876.

26 Lang.

27 A.a.O., Rz 854.

liche Entwicklung eben nicht genau vorhersehen lässt.⁴²⁸ Rechtsanwältin Euler²⁹: „Durchschnittliche Erhöhungen des Minderverdienstes sind bereits in den gängigen Kapitalisierungstabellen eingearbeitet.“ Wie denn? – Die andere Seite der Allianz-Medaille: Außerhalb der Vergleichsverhandlungen im tatsächlichen Leben machen die Versicherer mit der Rentendynamik Geschäfte. Die Allianz bietet eine dynamische Unfallversicherung mit jährlicher Steigerung von mindestens 5 Prozent an³⁰.

Die Dynamik wurde im Arbeitskreis in den Referaten angesprochen, aber nicht im Plenum diskutiert. Der Anwalt sollte versuchen, einen *Dynamikzuschlag* zu erzielen. Dieser wird von der Assekuranz abgelehnt³¹. Swiss Re³² und der Bundesrechnungshof³³ berichten von der Tatsache, dass bei der Kapitalisierung Dynamikzuschläge geltend gemacht und gezahlt werden.

Beispiel für Dynamikzuschlag:

Dynamikzuschlag – Grundrechnung:

Faktor	13,951 (Zinsfuß 5 Prozent)	
Barwert	13,951 mal 30000 =	418.530 Euro (vgl. Abb. 1)
Dynamikzuschlag (3 Prozent)		
Zuschlag = 3 Prozent mal 13,951 =		41,85 Prozent
41,85 Prozent von 418.350 Euro =		175.155 Euro
zusammen		593.685 Euro
		=====

3.3. Zu hoher Kapitalmarktzinsfuß

Anders als bei der Rentendynamik hat die Assekuranz bei dem Kapitalmarktzinsfuß den Weitblick: 5 Prozent sind einzementiert. Im Arbeitskreis wurde dieser Prozentsatz zur Zeit – einer Niedrigzinsphase – für zu hoch erachtet. Die Assekuranz räumt wohl ein, dass der Geschädigte diesen Zins nicht erzielen kann, aber für die Kapitalisierung bleibt es bei 5 Pro-

28 A.a.O., Rz 875.

29 SVR 2005, 16.

30 Vgl. www.allianz.de.

31 Z. B. Küppersbusch, a.a.O., Rz 875.

32 Reservierung schwerer Körperschäden, 1999: Zuschlag (Dynamik) von 1,5 bis 2 Prozent.

33 Bundesratsdrucksache 700/97: Abzinsungsfaktor 4 oder 5 Prozent, Dynamikzuschlag von 0 bis 3 Prozent.

zent. Dazu Küppersbusch³⁴: „In der Praxis üblich ist – unabhängig von den jeweils – durch den Geschädigten – „erzielbaren Kapitalmarktzinsen, ein Zinssatz von 5 Prozent.“ Der Geschädigte wird quasi abgestraft, denn er erreichte ja den Vorteil, frühzeitig und vor Fälligkeit über einen nennenswerten Betrag frei verfügen zu können³⁵.

3.4. Verdammung des BGH-Denkmodells

Das Denkmodell, der Geschädigte werde die Kapitalabfindung zur Bank bringen, sei die Ausnahme und deshalb nicht zu beachten. In diesem Ausnahmefall könne es bei der laufenden Regulierung bleiben³⁶. Folge: Die Beachtung von Kosten für die Geldanlage und von Steuern auf die Zinsen – beides soll nach dem BGH-Urteil beachtet werden – wird weggeputzt.

3.5. Lösung des Falles (Variante B)

Keine Rentendynamik, Kapitalmarktzinsfuß 5 Prozent, s. Abb. 1:

Zinsfuß 5, Faktor 13,951, Barwert 418.530 Euro.

Fazit

BGH: Der Berechtigte soll denjenigen Kapitalbetrag erhalten, der während der voraussichtlichen Laufzeit der Rente zusammen mit dem Zinsertrag dieses Kapitals ausreicht, die an sich geschuldete Rente zu zahlen. Dieser Grundsatz wird bei einem Barwert von 564.480 Euro beachtet. Nicht aber bei 418.530 Euro. Ergo: *Bei Abfindungsvergleichen wird zu wenig gezahlt.*

3.6. Weitere Reduzierung der Abfindungssumme

Es können verschiedene Punkte strittig sein, die im Abfindungsvergleich berücksichtigt werden. Zum einen kann es sich um Umstände handeln, die die laufende Regulierung betreffen. Zu denken ist an die Haftungsquote, die Karriereentwicklung oder an das Ende der Laufzeit. Zu letzterem: Das

34 A.a.O., Rz 869.

35 Lang.

OLG Frankfurt am Main hat im Beweisbeschluss die vermeintliche Aktivenzeit des Verletzten als Beamter begrenzt: „Vom 1.1.2012 (62 Jahre) bis zum statistischen Lebensende ... Ruhegehalt“, Aktivenbezüge also nur bis 61 Jahre.

Zum anderen können Umstände im Streit sein, die sich für die eigentliche Kapitalisierung ergeben: z. B. Rentendynamik, Kapitalmarktzinsfuß. Nie im Streit dürfte das Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes sein.

Wie hoch ist ein schwerer Personenschaden zu beziffern? Die Medien und die Öffentlichkeit wissen es nicht. Gerichtsentscheidungen gibt es nicht. Die Abfindungsvergleiche werden – wie ich es ketzerisch ausdrücke – in dunklen Höhlen abgeschlossen. Deshalb werden wir täglich mit etwa folgenden Berichten konfrontiert:

Überschrift: „Drei Schwerverletzte und 20.000 Euro Schaden“, Text: „Drei Menschen wurden gestern mittag bei einem schweren Unfall in Bielefeld schwer verletzt. Eine 33-jährige bog auf eine Vorfahrtsstraße rechts ab, in ihren Kombi knallte von links ein Bulli mit einem Anhänger. Beide Autos landeten im Straßengraben. Den Sachschaden schätzt die Polizei auf 20.000 Euro.“³⁷. Regelmäßig wird der Blechschaden eingeschätzt, niemals erfahren wir etwas über die Höhe des Personenschadens, obwohl er ein Vielfaches (10-fach, 100-fach?) des Sachschadens ausmacht.

4. *Anwaltshaftung*

Liegt ein wichtiger Grund vor, hat der Anwalt die obigen Grundsätze des BGH zu beachten. Zu den Pflichten des Anwalts bei Abfindungsvergleichen hat der Arbeitskreis die Empfehlung ausgesprochen, der Anwalt des Geschädigten habe seinen Mandanten vor Abschluss des Vergleiches über den Inhalt sowie über die Vor- und Nachteile des vorgesehenen Abfindungsvergleiches und über die alternative Rentenzahlung aufzuklären.

Der Anwalt sollte für den Mandanten zum Vergleich den Barwert so berechnen, als ob ein wichtiger Grund vorliegt, also Berechnung mit Rechnungszinsfuß um 2 Prozent, und dem Abfindungsangebot gegenüberstellen. Bei der Verhandlung sollte der Anwalt die Rentendynamik ansprechen, gegebenenfalls einen Dynamikzuschlag errechnen. Dies sollte dokumentiert und das Ergebnis dem Mandanten mitgeteilt werden.

36 Lang.

Der Mandant ist dahin aufzuklären, dass er ablehnen und weiterhin laufend regulieren kann. Ein Tipp: Die ernsthafte Drohung an die Assekuranz, weiter laufend zu regulieren, kann Wunder bewirken. Z. B., dass die Assekuranz nunmehr bereit ist, einen Dynamikzuschlag zu zahlen.

5. *Abfindungsvergleich und Rechtsstaat*

Warum vollzieht sich der Abfindungsvergleich im rechtsfreien Raum, d. h. außerhalb einer Nachprüfbarkeit vor Gericht? Warum befindet sich das Verkehrsoffer außerhalb des Rechtsstaates? Wegen § 843 Abs. 3 BGB. Diese Vorschrift lautet seit über hundert Jahren: „Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“ Der BGB-Gesetzgeber folgte mit dieser Regelung § 12 des Badischen Gesetzes, die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen betreffend, vom 6.3.1845³⁷. Diese Vorschrift regelte den zivilrechtlichen Anspruch nach strafbaren Körperverletzungen und Tötungen. Zu diesen Verbrechen zählte das Gesetz auch Menschenraub, Raufhändel, Verursachung eines Zweikampfes, Notzucht, Entführung und betrügerliche Verleitung zur Ehe. § 843 Abs. 3 BGB war ursprünglich eine vernünftige Lösung. Der Geschädigte sollte die Entschädigung nicht auf einmal erhalten, sondern laufend zum Lebenserhalt. Bei einer Einmalzahlung hätte er den Betrag vielleicht sofort auf den Kopf gehauen. Dann hätte er nichts mehr für den laufenden Unterhalt zur Verfügung gehabt.

Die Zeiten haben sich geändert. Es geht nicht mehr um Opfer von Verbrechen, sondern um Geschädigte im Massenverkehr, in dem hinter dem verschuldeten oder dem zu verantwortenden Unfall ein Haftpflichtversicherer steht. Der Geschädigte ist geborgen im Netz der sozialen Sicherung. Und eine weitere Rechtstatsache: Ein wichtiger Grund liegt – fast – nie vor. An ihm mangelt es z. B., wenn hinter dem Schaden ein Versicherer steht. Wann ist dies nicht der Fall? Dennoch werden alle Fälle kapitalisiert (Rechtspraxis)! Aber in welchem rechtsfreien Raum?

§ 843 Abs. 3 BGB erkennt grundsätzlich Rechte und Pflichten an. Der Geschädigte hat das Recht, Kapital zu verlangen; der Schädiger ist verpflichtet, das Kapital zu zahlen. Ist ein wichtiger Grund nicht gegeben – der Regelfall –, ist der Geschädigte seines durchsetzbaren Rechtes auf Kapital beraubt. Der Schädiger muss rechtlich ein Kapital nicht zahlen. Der dahinterstehende Versicherer ist verpflichtet, mit den Prämien seiner

37 Neue Westfälische vom 12.10.2004.

Versicherungsnehmer sparsam umzugehen. Warum soll er also zahlen, wenn er nicht muss? Den Schädiger trifft noch nicht einmal eine moralische Pflicht. Das Verhalten des Schädigers ist nicht verwerflich. Rechte und Pflichten sind nur rechtlich anerkannt, wenn sie mit rechtlichen Mitteln geltend gemacht und durchgesetzt werden können (z. B. durch Urteil und Vollstreckung)³⁹. Das Kapital statt Rente kann nicht mit rechtlichen Mitteln geltend gemacht werden. Die Kapitalisierung ist der Rechtsstaatlichkeit entzogen. Eine rechtliche Kuriosität in Deutschland.

Die Zeit für eine Gesetzesänderung ist reif. Sie ist überfällig. In dem Referentenentwurf eines Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes der letzten Legislaturperiode unter Bundeskanzler Kohl war diese Gesetzesänderung – auf Anregung des Verfassers – bereits enthalten. § 843 Abs. 3 BGB sollte lauten: „Statt der Rente kann der Verletzte Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund nicht entgegensteht.“ In jener Legislaturperiode ist das Gesetz nicht mehr verabschiedet worden, sondern erst in der nächsten – der ersten unter Bundeskanzler Schröder. Eine Änderung von § 843 Abs. 3 BGB enthält das Gesetz nicht. Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Bundesrat angehört. Er beschloss einstimmig, die Bundesregierung möge eine Änderung von § 843 Abs. 3 BGB prüfen⁴⁰. Nach Anhörung der Verbände sah die Regierung keine Veranlassung zur Änderung. Insbesondere die Versicherungswirtschaft war dagegen. Die Änderung hätte vielleicht zu höheren Kfz-Prämien geführt. Die Rentenversicherung (Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) sah keinen Bedarf. Sie wehrte sich gegen den Vorwurf des Bundesrechnungshofes⁴¹, sie würde „unterquitiert“ kapitalisieren. Die Materie ist sehr schwierig. Deshalb ist verständlich, dass selbst Behindertenvertreter keinen Anlass zur Gesetzesänderung sahen⁴².

Es wird angeregt, erneut über eine Gesetzesänderung nachzudenken. Es kann nicht sein, dass die Berechnung von Kapitalisierungen über die Rechtsprechung zur Anwaltshaftung geklärt wird. Vielleicht schaltet sich auch die Europäische Kommission ein. Wenn die Assekuranz zu wenig bei Personenschäden zahlt, kann sie die Prämie niedrig halten. Das könnte den europäischen Wettbewerb verzerren.

38 Beilage zum Großherzoglichen Badischen Regierungsblatt 1845.

39 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 14.

40 BR-Drucks. 742/01.

41 BR-Drucks. 700/97.

42 So der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen in einem Schreiben an den Autor vom Januar 2003: „Eine Änderung der Rechtslage ist nicht angezeigt.“

Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden

– Prognose und Kapitalisierung –

Herbert Lang, Abteilungsleiter Kraft-Schaden,
Allianz Versicherungs-AG, München

1. Grundsätzliches

Ein typischer Fall aus der Regulierungspraxis:

Ein 35-jähriger Bauarbeiter wird bei einem Straßenverkehrsunfall sehr schwer an der rechten Schulter und dem rechten Knie verletzt. Es verbleiben erhebliche Dauerschäden, aufgrund derer er nicht mehr arbeiten kann. Der Rechtsanwalt des Geschädigten und ein Mitarbeiter des Haftpflichtversicherers verabreden einen Termin und erörtern die Möglichkeiten, den Schadenfall abschließend zu erledigen. Sie sprechen über die Haftungsquote, das aktuelle Verletzungsbild, den Umfang der voraussichtlich zurückbleibende Dauerfolgen und einigen sich schließlich im Wege eines Abfindungsvergleiches auf Auszahlung eines Kapitalbetrages.

Das, meine Damen und Herren, ist „gelebte“ Kapitalisierung, die aktuell in einer Vielzahl der schweren Personenschäden einvernehmlich gelingt. Dies gilt auch für die Abfindung der Sozialversicherungsträger, die regelmäßig in Sammelbesprechungen erfolgt. In ihnen wird eine große Anzahl von Fällen erörtert und zumeist auch erledigt. Gerade sie zeichnen sich dadurch aus, dass einmal der eine und einmal der andere Verhandlungspartner nachgibt, im Wege des gegenseitigen Kompromisses das Gesamtergebnis aber für beide Beteiligte letztendlich „stimmt“.

Was ist unter einer Kapitalisierung begrifflich zu verstehen? Nach der Rechtsprechung ist sie die Zurverfügungstellung eines einmaligen Betrages bereits vor dessen Fälligkeit anstelle der eigentlich geschuldeten wiederkehrenden, erst zu einem späteren Zeitpunkt nach und nach fällig werdenden Zahlungen. Die einzelnen Berechnungsfaktoren sind je nach den Besonderheiten des Einzelfalles einvernehmlich zu bestimmen, wobei die Beteiligten im Wege der Prognose die weitere Entwicklung der Lebensumstände des Verletzten und der wirtschaftlichen Daten einschätzen müssen. Der Kapitalbetrag wird somit unter Abwägung der beiderseitigen Interessenslagen frei ausgehandelt¹.

1 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/79, VersR 1981/ 283; Jahnke, Abfindung von Personenschadenansprüchen, 2. Aufl. 2004, S 181; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 8. Aufl. 2004, S277f.

Die Kapitalisierung muss, um Erfolg zu haben, im Interesse aller Beteiligter liegen. Dies ist in der Praxis regelmäßig der Fall:

- Für den bei dem Unfall Verletzten bringt sie den Vorteil, dass er schon frühzeitig und vor Fälligkeit über einen nennenswerten Betrag frei verfügen kann und auf diese Weise flexibler in seiner Lebensplanung wird, sei es im Wege einer Geldanlage, für die Gründung einer selbständigen Existenz, für einen Hausbau, für die Ablösung eines Kredites u.s.w. Nicht zu vernachlässigen ist auch der medizinische Aspekt: Es ist anerkannt, dass es für den Heilverlauf speziell unter psychischem Aspekt förderlich ist, wenn der Verletzte nicht ständig wieder an das Unfallereignis erinnert wird, also ein „Schlussstrich“ darunter gezogen werden kann.
- Ein erheblicher Teil der kapitalisierten Fälle betrifft die auf die Sozialversicherungsträger übergegangenen Ansprüche. Sie haben, da sie zur Bezifferung und zum Nachweis des Schadens verpflichtet sind, durch die Kapitalisierung erhebliche Vorteile durch Einsparung von Verwaltungs- und Ermittlungskosten.
- Die Haftpflichtversicherer werden einer Kapitalisierung ebenfalls aus Effizienzgründen regelmäßig zustimmen, sie teilweise sogar selbst anregen.

Das Interesse der Beteiligten an einer Kapitalisierung wird von der Rechtsprechung anerkannt². Allerdings, dies sei hier nur am Rande erwähnt, wird die Abfindung teilweise durch die Rechtsprechung des BGH erschwert, beispielsweise zu dem Forderungsübergang auf die Sozialhilfetrag³. Dieser soll demnach bereits dann erfolgen, wenn zum Zeitpunkt des Abfindungsvergleiches ernsthaft mit der Eintrittspflicht des Sozialhilfetragers zu rechnen ist. Das ist letztendlich nie ganz auszuschließen, so dass der Haftpflichtversicherer regelmäßig Gefahr läuft, nach Erfüllung des Vergleiches mit dem Geschädigten, nochmals an den Sozialhilfetrag³ zahlen zu müssen.

Natürlich gibt es auch Situationen, in denen eine Kapitalisierung nicht möglich ist, weil sich die Beteiligten im Wege der Verhandlung nicht über die einzelnen Parameter einigen können. Dadurch kommt es aber zu kei-

2 BGH vom 12.12.1995, Az. VI ZR 271/ 94, VersR 1996/ 349; OLG Bamberg vom 2.10.1996, Az. 5U 217/ 95, SP 1998/ 49; OLG Nürnberg vom 6.7.2004, Az. 2U 1260/ 04, nicht veröffentlicht.

3 BGH vom 3.3.1998, Az. VI ZR 385/ 96, VersR 1998/ 772; BGH vom 4.3.1997, Az. VI ZR 243/95, VersR 1997/ 751.

ner Benachteiligung des Geschädigten, da er die Leistungen dann regelmäßig mit ihrer Fälligkeit, also wie eigentlich gesetzlich vorgesehen, erhält. Als Alternative besteht daneben die grundsätzliche Möglichkeit, eine Rente zu vereinbaren.

In bestimmten Ausnahmesituationen macht es auch, im Interesse aller Beteiligten, vom Zeitpunkt her keinen Sinn, eine Kapitalisierung vorzunehmen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Leistungen der Sozialversicherer wie z.B. die Höhe einer anrechenbaren Rente, noch nicht feststehen. Gleiches gilt, wenn die Dauerfolgen einer schweren Verletzung, z.B. in den ersten zwei Jahren nach einem SHT III.- Grades, noch nicht abschließend beurteilt werden können. In beiden Fällen ist es sinnvoll, zunächst eine Klärung abzuwarten.

2. *Anspruch auf Kapitalisierung*

2.1 *„Wichtiger Grund“*

Das Gesetz gibt dem Geschädigten einen Anspruch auf Kapitalisierung, wenn ein „wichtiger Grund“ vorliegt (§§ 843 Abs. 3, 844 Abs. 2 BGB), dem Sozialversicherungsträger im Falle des § 110 SGB VII, d.h. bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verursachung eines Arbeitsunfalls und Vorliegen eines Haftungsprivilegs.

Ein derartiger „wichtiger Grund“ ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn eine Kapitalabfindung einen günstigen Einfluss⁴ oder umgekehrt die Vereinbarung einer Rentenzahlung negative Auswirkungen⁵ auf den Gesundheitszustand des Verletzten haben kann. Das wurde zurückliegend beispielsweise bejaht für den Aufbau einer neuen Existenz⁶, der Möglichkeit, sich selbständig zu machen⁷, oder bei zu befürchtenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Durchsetzung des Anspruches⁸. In seiner Entscheidung vom 30.1.1997⁹ hat das OLG Stuttgart eine „wichtigen Grund“ für eine Kapitalisierung bei einem schwerstverletzten Kind bejaht,

4 OLG Koblenz vom 7.7.1997, Az.12 U 276/ 96, OLGR 1997/ 332; RGZ 73/ 418.

5 Palandt, BGB, 64. Auflage 2005, § 843/ 20.

6 RG JW 1933/ 840.

7 RG JW 1933/ 840.

8 OLG Frankfurt/M vom 4.4.1979, Az. 10 O 275/ 77, Revision nicht angenommen von BGH vom 8.1.1981, Az.VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283.

9 OLG Stuttgart vom 30.1.1997, Az. 14 U 45/ 95, VersR 1998/ 366, Revision nicht angenommen von BGH, Beschluss vom 14.10.1997, Az. VI ZR 62/ 97.

dessen Eltern ihr Haus unter Einbeziehung des Kapitalbetrages zum Wohle des Kindes ausbauen wollten. Es führt dazu aus¹⁰:

„Für eine Kapitalabgeltung der vermehrten Bedürfnisse ist insbesondere dann Raum, wenn etwa die einmalige Anschaffung eines Hilfsmittels das anhaltende vermehrte Bedürfnis ausreichend zu befriedigen in der Lage ist“.

Betrachtet man die Gesetzessystematik, so ist die Rentenzahlung der Regelfall, die Kapitalabfindung die Ausnahme. Der Gesetzgeber schafft den Gerichten jedoch über den unbestimmten Rechtsbegriff „wichtiger Grund“ die erforderliche Flexibilität, den Einzelfall angemessen zu würdigen. Die Entscheidung des OLG Stuttgart ist hierfür eindrucksvoller Beleg. Die Behauptung von Nehls, ein solcher „wichtiger Grund“ liege fast nie vor¹¹, trifft dementsprechend nicht zu¹².

In der außergerichtlichen Praxis hat sich dieses Regel-Ausnahmeverhältnis ohnehin umgekehrt: Die weit überwiegende Zahl der geeigneten schweren Personenschäden wird kapitalisiert.

2.2. *Genereller Anspruch auf Kapitalisierung?*

Meine Damen und Herren, damit ist auch die Frage, ob der Gesetzgeber einen generellen Anspruch des Geschädigten auf Kapitalabfindung schaffen soll, wie in Teilen der Literatur gefordert wird¹³, eindeutig mit „nein“ zu beantworten. Dies aus folgenden Gründen:

- Angesichts der funktionierenden Praxis besteht kein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, aktiv zu werden.
- Im Vorfeld der Neufassung des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes zum 1.8.2002 hat sich der Gesetzgeber mit dieser Thematik nochmals befasst und einem solchen Anspruch, nachdem er ursprünglich in der Empfehlung des Bundesrates an die Bundesregierung noch enthalten war, eine Absage erteilt¹⁴. Die Ausgangssituation hat sich zwischenzeitlich nicht geändert.

10 OLG Stuttgart vom 30.1.1997, Az.14 U 45/ 95, VersR 1998/ 366, 367.

11 Nehls, zfs 2004/ 193.

12 So auch Langenick/Vatter, Aus der Praxis für die Praxis : Die aufgeschobene Leibrente, ein Buch mit sieben Siegeln ?, NZV 2005/ 10.

13 So insbesondere Nehls, zfs 2004/ 193, und ders. bereits bei dem 19.VGT Goslar 1981, Veröffentlichung der Akademie für Verkehrswissenschaft 1981, S 259 ff.

14 Die Anregung des Bundesrates, BR-Drucksache 742/01 wurde von der Bundesregierung nach Anhörung der Verbände mangels Änderungsbedarfes nicht mehr weiterverfolgt ; so auch Nehls, zfs 2004/ 193, 194.

- Evtl. vorhandene Meinungsverschiedenheiten bei der Prognose der wirtschaftlichen und gesundheitlichen Entwicklung des Verletzten könnten mit Schaffung eines generellen Anspruchs auf Kapitalisierung ohnehin nicht gelöst werden. Es käme hierdurch vielmehr zu einer bedenklichen Verschiebung des bewährten Gleichgewichtes zwischen den Verhandlungspartnern.
- Gesetzessystematisch würde ein solcher Anspruch einen Bruch mit dem aktuellen Rechtssystem darstellen, das die Geltendmachung von Ansprüchen grundsätzlich erst mit ihrer Fälligkeit vorsieht.
- Essentielle Bedenken stellen sich zu der konkreten Ausgestaltung und praktischen Handhabung eines solchen Anspruchs: Wie soll die Abwicklung z.B. im Falle eines querschnittsgelähmten Verletzten ablaufen? Soll es zu einer Kapitalisierung „auf Zuruf“ durch den Geschädigten bzw. des Sozialversicherungsträgers kommen? Zu welchem Zeitpunkt soll die Kapitalisierung gefordert werden können, nach einem Jahr, nach fünf Jahren? Was passiert, wenn eine Kapitalisierung z.B. wegen noch nicht abschließend geklärtem Gesundheitszustand noch nicht erfolgen kann? Welche Auswirkungen hat es, wenn noch nicht feststeht, ob bzw. wann ein SVT anrechenbare Ersatzleistungen (z.B. Rente, Pflegegeld) erbringt? Wie ist die Situation bei einer zukünftigen Sozialhilfebedürftigkeit?
- Schließlich ist bei Schaffung eines generellen Anspruches auf Kapitalisierung eine Vielzahl von vermeidbaren Prozessen zu erwarten.

Gegen eine Änderung der aktuellen Rechtslage hat i.ü. auch der 19. Verkehrsgerichtstag Goslar 1981 ausgesprochen. Die Entschließung des damaligen Arbeitskreises V „Kapitalisierung von Schadensersatzrenten“, lautete dazu:

„Der AK sieht keinen Anlass, eine Änderung des § 843 Abs.3 BGB, wonach der Verletzte statt der Rente eine Abfindung in Kapital nur verlangen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, vorzuschlagen¹⁵.“

15 19.VGT 1981 Goslar 1981, Veröffentlichung der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft 1981, S 11.

3. *Kriterien der Kapitalisierung*

3.1 *Allgemeines*

Lassen Sie mich nun zu der Frage kommen, wie eine Kapitalisierung erfolgt und welche Parameter dabei von den Beteiligten zu berücksichtigen sind.

Hierzu gibt es keine gesetzlichen Regelungen. Der Gesetzgeber hat die Verhandlung über die Modalitäten bewusst den Beteiligten, also dem Geschädigten bzw. dessen Anwalt, den Sozialversicherungsträgern und den Haftpflichtversicherern überlassen.

Die bei einer Kapitalisierung zu beachtenden Grundsätze werden vom BGH¹⁶ in seinem grundlegenden Urteil vom 8.1.1981 näher konkretisiert. Hinsichtlich der Höhe des Kapitalbetrages führt er aus, dass der Geschädigte „denjenigen Kapitalbetrag erhalten soll, der während der voraussetzlichen Laufzeit der Rente zusammen mit dem Zinsertrag dieses Kapitals ausreicht, die an sich geschuldete Rente zu zahlen.“ Am Ende der Laufzeit wäre dann das Kapital inkl. der Zinsen daraus auf Null abgebaut.

Allerdings, dies möchte ich in dem Zusammenhang kritisch anmerken, geht der BGH offensichtlich davon aus, dass der Geschädigte den Abfindungsbetrag stets bei der Bank anlegt und dann über die Laufzeit des Schadensersatzes hinweg Entnahmen tätigt. Aber, ist das denn wirklich die Realität? Warum vereinbart er dann mit dem Haftpflichtversicherer nicht gleich eine Rentenzahlung? Tatsächlich besteht doch zumeist eine ganz andere Motivation: Der Geschädigte möchte den Betrag im Regelfall für die Schaffung einer selbstständigen Berufslaufbahn, zum Hausbau, zur Ablösung eines Kredites u.s.w., also als Einmalausgabe einsetzen. Dieser Tatsache muss bei der Kapitalisierung Rechnung getragen werden.

3.2 *Prognose*

3.2.1 *Problematik*

Von zentraler Bedeutung¹⁷ bei der Kapitalisierung ist die von den Beteiligten nach §§ 287 ZPO, 252 BGB zu treffende Prognose hinsichtlich der

16 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283; vgl. auch BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/84, VersR 1986/ 392 und ergänzender Hinweis dazu VersR 1986/552.

17 Euler, SVR 2005/ 10ff.

weiteren Entwicklung des Verletzten. Dabei geht es vor allem um zwei Aspekte: Zum einen um die Schadenhöhe, zum anderen um die Laufzeit des zu zahlenden Schadensersatzes.

Es handelt sich dabei um vielschichtige Problemstellungen mit essentieller Bedeutung für die Höhe des Abfindungsbetrages, die weit über die Zusammenfügung von mathematisch-statistisch ermittelter Tabellenwerte wie z.B. die Aktualität der verwendeten Sterbetafel hinausgehen¹⁸. Die Verhandlungspartner müssen möglichst reell festlegen, wie sich z.B. der berufliche Werdegang des Verletzten bzw. des Getöteten entwickelt hätte. Sie haben die verschiedenen Faktoren in der Person des Geschädigten, wie z.B. bekannte unfallunabhängige Erkrankungen, aber auch die wirtschaftlichen Verhältnisse in seinem Umfeld zu berücksichtigen und angemessen zu würdigen. Der BGH führt dazu in seiner Grundsatzentscheidung vom 8.1.1981 aus¹⁹:

„Die einzelnen Berechnungsfaktoren sind je nach den Besonderheiten des Falls zu schätzen, wobei der Tatrichter notwendigerweise Prognosen zur künftigen Entwicklung der Lebensumstände des Verletzten und der wirtschaftlichen Daten wagen muss. Dass solche Prognosen mit umso größeren Unsicherheiten behaftet sind, je längere Zeiträume sie erfassen sollen, liegt in der Natur der Sache. Dennoch müssen sie unter Abwägung des Für und Wider gewagt werden. Das Risiko des Irrtums haftet der Berechnung jeder Abfindungssumme an; es ist nicht nur der im Wege des Vergleichs ausgehandelten Kapitalsumme immanent, sondern auch der vom Gericht festzusetzenden Abfindung. Derjenige, der statt laufender Rentenzahlung Kapitalabfindung verlangt, geht dieses Risiko bewusst ein, weil er sich Vorteile davon verspricht.“

Die Komplexität der Materie zeigt die Vielzahl der zu beantwortenden Fragen, beispielhaft erläutert am Erwerbsschaden:

- Wie wird sich die bei dem Unfall erlittene Verletzung weiter entwickeln? Werden Dauerfolgen zurückbleiben und ggf. welche? Wie werden diese den Geschädigten in seinem weiteren Berufsleben, aber auch in seinem privaten Alltag beeinträchtigen?
- Kann der Unfallgeschädigte trotz seiner Verletzungen noch weiterarbeiten? Falls ja, bis zu welchem Alter?

18 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283; OLG Koblenz vom 29.9.2003, Az. 12 U 854/ 02, NZV 2004/ 197; Jahnke, a.a.O., S 27ff; Küppersbusch, a.a.O., S 277 ff; Kornes, Kapitalisierung: Flexibler Realzins statt 5%-Tabellenzins, r+s 2003/485; Schneider, r+s 2004/ 221; Langenick/Vatter, NZV 2005/ 10.

19 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283,284.

- Lagen bei dem Geschädigten zum Unfallzeitpunkt ggf. bereits Erkrankungen oder Verletzungen vor, aufgrund derer er ohnehin erwerbsunfähig geworden wäre ? Falls ja, wann hätte z.B. eine früher erlittene unfallunabhängige Rückenverletzung dazu geführt?
- Wie hätte sich die berufliche Karriere ohne den Unfall entwickelt? Zu welchen Gehaltssprüngen, Beförderungen wäre es ohne das Unfallereignis gekommen? Oder hätte der Verletzte ggf. umgekehrt seinen Arbeitsplatz dadurch verloren, dass er in einem Unternehmen arbeitet, das in Konkurs geht oder in dem Arbeitsplätze abgebaut oder wegrationalisiert werden?

Sicherlich ist es für die Beantwortung hilfreich und unerlässlich, möglichst aussagekräftige Sachverständigengutachten z.B. zu den zu erwartenden medizinischen Dauerfolgen einzuholen. Es verbleibt dennoch eine beträchtliche Prognoseunsicherheit, die um so größer ist, je jünger der Verletzte ist. Gerade bei schweren Kinderunfällen gibt es regelmäßig überhaupt noch keine Anhaltspunkte dafür, wie sich die berufliche Entwicklung gestaltet hätte.

Man kann dieser Situation trotz aller Mühe, die sie allen Beteiligten bereitet, aber durchaus auch etwas Positives abgewinnen: Sie eröffnet Freiräume zur Verhandlung, in denen bei gegenseitiger Kompromissbereitschaft für beide Seiten tragbare Ergebnisse erzielt werden können und erzielt werden.

3.2.2 Beweiserleichterungen

Der Gesetzgeber und die obergerichtliche Rechtsprechung tragen den Schwierigkeiten bei der zu treffenden Prognose durch Beweiserleichterungen Rechnung. So regelt § 287 ZPO für den hier in Frage stehenden Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Entwicklung ausreicht²⁰, also kein Vollbeweis nach den Grundsätzen des § 286 ZPO erbracht werden muss. Speziell für den Erwerbsschaden bestimmt § 252 BGB weitergehend, dass die berufliche Entwicklung nach dem „gewöhnlichen Verlauf“ beurteilt werden kann, wobei an die vorzutragenden Anknüpfungstatsachen keine übertrieben hohen Anforderungen gestellt werden dürfen²¹.

20 BGH vom 17.1.1995, Az. VI ZR 62/ 94, VersR 1995/ 422; OLG Köln vom 26.6.1999, Az. 15 U 67/ 98, NZV 2000/ 293.

21 BGH vom 20.4.1999, Az. VI ZR 65/ 98, VersR 2000/ 233; BGH vom 17.2.1998, Az. VI ZR 342/ 96, SP 1998/ 207.

3.2.3 Laufzeit des Schadenersatzes

Hinsichtlich der Laufzeit des Schadenersatzes, der Frage also, bis zu welchem Endalter des Verletzten bzw. des Getöteten kapitalisiert wird, gibt die Rechtsprechung einige Eckpunkte vor, die jedoch je nach den Besonderheiten des Einzelfalles (z.B. bei unfall-unabhängigen Erkrankungen) anzupassen sind. Dies sind:

- Heilbehandlungskosten (ambulante und stationäre Behandlung) und vermehrte Bedürfnisse (z.B. Aufwendungen für Pflege, Rollstuhl, orthopädisches Schuhwerk): Begrenzung durch die Lebenserwartung des Verletzten,
- Haushaltsführungsschaden: bis zum 75.Lebensjahr des Verletzten²² bzw. lebenslang, allerdings unter Berücksichtigung des im Alter nachlassenden Leistungsfähigkeit²³,
- Entgangener Unterhalt (im Todesfall): Limitierung einerseits durch die (fiktive) statistische Lebenserwartung des Getöteten, andererseits durch die statistische Lebenserwartung der Witwe bzw. der Beendigung der Ausbildung der Kinder,
- Erwerbsschaden: bis zum (fiktiven) Eintritt des Verletzten in den Ruhestand, bei abhängig Beschäftigten also vom Grundsatz bis zum 65. Lebensjahr²⁴.

Einen Aspekt möchte ich in diesem Zusammenhang herausgreifen:

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, zuletzt bestätigt in der Entscheidung vom 27.1.2004²⁵, ist bei einem Arbeitnehmer grundsätzlich davon auszugehen, dass er bis zum 65. Lebensjahr gearbeitet hätte. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schädiger nachweist, dass der Verletzte auch ohne den Unfall vor Erreichung des 65. Lebensjahres aus dem Berufsleben ausgeschieden wäre, beispielsweise aufgrund medizinisch belegter unfallunabhängiger Erkrankungen.

22 OLG Celle vom 23.6.1983, Az. 5 U 217/ 82, zfs 1983/ 291; OLG Frankfurt/M vom 14.7.1981, Az. 12 U 65/80, VersR 1982/ 363, Revision nicht angenommen von BGH vom 8.6.1982, Az. VI ZR 206/ 81; OLG Hamm vom 21.2.1994, Az. 6 U 225/ 92, NJW-RR 1995/ 599; Jahnke, a.a.O., S 34f.

23 grundlegend BGH, VersR 1974/ 1016 (Nachlassende Leistung ab 68.Lj.), OLG Rostock vom 14.6.2002, Az. 8 U 79/00, zfs 2003/ 233, Drees, VersR 1988/ 784; Küppersbusch, a.a.O., S 63.

24 Zuletzt BGH vom 27.1.2004, Az. VI ZR 342/ 02, r+s 2004/ 342; BGH vom 5.11.2002, Az. VI ZR 256/ 01, r+s 2004/ 342; BGH vom 26.9.1995, Az. VI ZR 245/ 94, VersR 1995/ 1447.

25 BGH vom 27.1.2004, Az. VI ZR 342/ 02, r+s 2004/ 342.

Wie ist nun in diesem Zusammenhang die Tatsache zu würdigen, dass das durchschnittliche Verrentungsalter in der Bundesrepublik nach Statistiken des Verbandes der Rentenversicherer im Jahre 2003 nur noch rund 60 Jahre beträgt²⁶, also ein relativ hoher Teil der abhängig Beschäftigten schon deutlich vor Erreichung des 65. Lebensjahres aus dem Berufsleben ausscheidet? Besonders krass ist die Situation in einigen Berufsgruppen, wie z.B. den Grundschullehrern, von denen 99 % vor Erreichung des 65., 80 % vor Erreichung des 62. Lebensjahres verrentet werden²⁷. Kann vor diesem Hintergrund die Aussage des BGH, das statistisch errechnete durchschnittliche Rentenzugangsalter nicht bei der Prognose im Einzelfall zu berücksichtigen, in dieser allgemeinen Form auch heute noch Gültigkeit haben?

Zustimmen möchte ich dem BGH, Statistiken über das Rentenzugangsalter *aller* Arbeitnehmer nicht in die Prognose nach § 252 BGB einzubeziehen. Diese Werte sind für den konkreten Einzelfall wenig aussagekräftig, da sie eine Summierung von verschiedenen und heterogenen Berufsgruppen darstellen, die von den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen unterschiedlich beeinflusst werden, also nicht miteinander vergleichbar sind. Das Renteneintrittsalter der einzelnen Branchen, wie z.B. der Bauwirtschaft einerseits und den Verwaltungsangestellten andererseits, differiert zu stark, um daraus insgesamt einen aussagekräftigen Rückschluss auf das fiktive Rentenzugangsalter des Einzelnen zu ermöglichen.

Etwas anderes muss jedoch für die Einbeziehung der Statistiken über die durchschnittliche Verrentung von *bestimmten, abgrenzbaren* Berufsgruppen gelten. Sie weisen auf die konkrete berufliche Situation des Geschädigten hin, müssen dementsprechend also auch bei dem i.R.d. Prognose zu ermittelndem „Normalverlauf“ i.S.d. § 252 BGB berücksichtigt werden. Dem Geschädigten muss aus Gründen der „Waffengleichheit“ die Möglichkeit eröffnet sein, sich auf Vergleichspersonen der entsprechenden Berufsgruppe zu beziehen, da das dem Geschädigte beispielsweise zum Beleg von Gehaltserhöhungen nach der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls möglich ist. Hierauf weist Lemcke²⁸ in seiner Anmerkung zu der BGH-Entscheidung vom 5.11.2002²⁹ völlig zu Recht hin. Es wäre

26 Information des Verbandes der Rentenversicherungsträger, Internet www.vdr.de; so auch Küppersbusch, a.a.O., S 279; Becker/Böhme, Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden, 20.Aufl. 1997, S 218f.

27 So Lemcke, Anmerkung zu BGH vom 5.11.2002, Az. VI ZR 256/ 01, r+s 2004/ 343.

28 Lemcke, Anmerkung zu BGH vom 5.11.2002, Az. VI ZR 256/ 01, r+s 2004/ 343; ebenso Jahnke, a.a.O., S 31.

29 BGH vom 5.11.2002, Az. VI ZR 256/ 01, r+s 2004/ 342.

vom Ergebnis her auch kaum verständlich, z.B. bei einem Grundschullehrer von einem Verrrentungsalter von 65 auszugehen, obwohl nur 1% dieser Berufsgruppe bis zu diesem Datum arbeitet.

Es ist dementsprechend ausreichend, wenn der Ersatzpflichtige plausibel darlegt und nachweist, dass aus der Berufsgruppe des Verletzten die überwiegende Mehrheit³⁰ zeitlich deutlich vor dem gesetzlich geregelten Regelfall des 65. Lebensjahres aus dem Erwerbsleben ausscheidet. Beruft sich der Geschädigte dann auf eine im Vergleich dazu längere Lebensarbeitszeit, so muss konsequenterweise er die entsprechenden Umstände darlegen und begründen.

3.3 *Rechnerischer Zinsfuß / Abzinsung*

3.3.1 *Grundsätzliches*

Ein aktuell intensiv diskutiertes Thema im Bereich der Kapitalisierung ist die „richtige“ Höhe der Abzinsung. Hinsichtlich des Diskussionsstandes möchte ich weiterführend auf die Aufsätze von Kornes³¹ und Nehls³² einerseits sowie Schneider³³ und Langenick/Vatter³⁴ andererseits hinweisen.

Für das Verständnis des Begriffes „Abzinsung“ ist wichtig zu wissen, dass sich der an den Geschädigten ausgezahlte Kapitalbetrag aus den erst nach und nach zu einem späteren Zeitpunkt fällig werdenden Ansprüchen errechnet. Dieser Umstand ist bei der Festlegung des Kapitalisierungsfaktors zu berücksichtigen, da ansonsten der Kapitalbetrag einschließlich der erzielbaren Zinsen höher wäre als der geschuldete Betrag nach § 249 BGB. Es muss dementsprechend eine Abzinsung vorgenommen werden, d.h., der bereits vor Fälligkeit zur Auszahlung kommende Betrag wird um die Höhe der erzielbaren Zinsen reduziert. Letztendlich errechnet sich so derjenige Kapitalbetrag, der einschließlich der Zinsen am Ende der Laufzeit des geschuldeten Schadensersatzes ohne Kapitalisierung auf Null reduziert wäre³⁵.

30 Laut Lemcke, Anmerkungen zu BGH vom 27.6.1995, Az. VI ZR 165/ 94, r+s 1995/ 384 ist dies erfüllt, wenn 70–80% dieser Beschäftigtengruppe mit 62 Jahren oder früher ausscheiden; ebenso Jahnke, a.a.O., S 29 ff.

31 Kornes, r+s 2003/ 485 und r+s 2004/ 1.

32 Nehls, zfs 2004/ 193.

33 Schneider, r+s 2004/ 177 und r+s 2004/ 221; ders. zfs 2004/ 541.

34 Langenick/Vatter, NZV 2005/10.

35 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283; Küppersbusch, a.a.O. S 281.

3.3.2 Regulierungspraxis / Rechtsprechung / Literatur

In der Regulierungspraxis wird seit vielen Jahren und unabhängig von der Höhe des gerade aktuellen Zinsniveaus i.d.R. mit einer möglichen Verzinsung von i.d.R. 5 % kapitalisiert³⁶. Dies betrifft sowohl die Kapitalisierung von Ansprüchen des Geschädigten, wie auch Ansprüche, die auf den SVT übergegangen sind. Die Vielzahl der so erledigten Fälle zeigt, dass auf dieser Basis unverändert sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können und erzielt werden.

Auch die obergerichtliche Rechtsprechung geht von einem Zinsfuß in Höhe von 5 % als Orientierungspunkt aus. So spricht der BGH vom 8.1.1981³⁷ davon, dass die „üblichen Zinssätze von 5 % bis 5,5 %“ abzüglich der Kosten für die Vermögensanlage (von ca. 0,1 %³⁸) anzuwenden seien. Erwähnen möchte ich ein weiteres Urteil des BGH vom 22.1.1986³⁹, das zwar zu der Deckungssummenüberschreitung gemäß § 155 VVG ergangen ist, dessen Aussagen jedoch angesichts der insoweit gleichgelagerten Problematik quasi „spiegelbildlich“ übertragbar sind. In dieser Entscheidung akzeptiert der BGH sogar eine Abzinsung i.H.v. 8 %, die in der heutigen Zinssituation allerdings unrealistisch wäre.

In einem gesondert veröffentlichten Teil dieses Urteils vom 22.1.1986 führt der BGH als „Hinweis für die weitere Behandlung der Sache“ grundlegend aus⁴⁰:

„Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein realistischer Zinsfuß zugrunde zu legen, d.h. also ein Zinsfuß, der der Effektivverzinsung entspricht, die auf dem Kapitalmarkt für Rentenwerte von vergleichbarer Laufzeit erzielt werden. Da der Rentenzinsfuß in der Nachkriegszeit zwischen 6 % und 10 % geschwankt hat, zeitweise sogar über 10 % gestiegen oder unter 6 % gesunken ist, stellt sich die Frage, ob die im Zeitpunkt des Unfalls üblichen Zinssätze maßgeblich sind, oder ob von einem längerfristigen Mittelwert ausgegangen werden kann. Es wäre ein befremdliches Ergebnis, wenn der Umfang der Deckungspflicht des Haftpflichtversicherers und damit die Höhe der tatsächlichen Entschädigung des Unfallopfers von dem zufälligen Stand des Kapitalmarktzin-

36 Küppersbusch, a.a.O., S 281 m.w.N.; Jahnke a.a.O., S 48 m.w.N., Heß/Burmann, Der Abfindungsvergleich, NJW-Spezial 2004/ 207.

37 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283 .

38 Küppersbusch, a.a.O. S 281, Fußnote 24.

39 BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/ 84, VersR 1986/ 392 und ergänzend dazu VersR 1986/ 552.

40 BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/ 84, VersR 1986/ 552.

ses im Zeitpunkt des Unfalls abhängig wäre. Sachgerecht ist es demnach, wenn man einen langfristigen Durchschnittssatz nehmen würde.“

Die Angemessenheit eines Zinsfußes von rund 5 % für die Kapitalisierung hat in einem aktuellen Urteil vom 30.7.2003 auch der BFH bestätigt⁴¹. Seine Entscheidung ist dabei auf das Gebiet des Schadenersatzes übertragbar, da es auch dort um die spezielle Problematik der Leibrente ging.

Bestätigt worden ist eine Abzinsung mit 5 % als Orientierungspunkt zuletzt immer wieder von einer Vielzahl von Oberlandesgerichten. Erwähnen möchte ich die Entscheidungen des OLG Stuttgart vom 30.1.1997⁴² und 4.1.2000⁴³, des OLG Hamm vom 12.2.2001 und vom 12.09.2003⁴⁴, des OLG Oldenburg vom 7.5.2001⁴⁵, des OLG Naumburg vom 28.11.2001⁴⁶, des OLG Nürnberg vom 6.7.2004⁴⁷ und des OLG Celle vom 7.10.2004⁴⁸. Aus ihnen kann die Übertragbarkeit der vom BGH 1981 aufgestellten Grundsätze auf die heutige Situation entnommen werden.

Die Standardwerke der Literatur gehen ebenfalls durchweg von einem sachgerechten Zinsfuß von ca. 5 % aus⁴⁹. Es handelt sich dabei um allseits anerkannte und von allen Beteiligten der Kapitalisierung verwendeten Standardwerke, von denen ich lediglich beispielhaft Becker-Böhme⁵⁰, Geigel-Schlegelmilch⁵¹, Erman-Schiemann⁵², Münchener Kommentar-Wagner⁵³, Küppersbusch⁵⁴ und Jahnke⁵⁵ nennen möchte. Zuletzt wurde die Höhe des Zinsfußes von ca. 5 % auch nochmals durch Langenick/Vatter⁵⁶ und Schneider⁵⁷ bestätigt, der die abweichenden Auffassungen von Kornes⁵⁸ und Nehls⁵⁹ mathematisch widerlegt.

41 BFH vom 30.7.2003, Az. X R 12/01, NJW 2004/ 1756.

42 OLG Stuttgart vom 30.1.1997, Az. 14 U 45/ 95, VersR 1998/ 366.

43 OLG Stuttgart vom 4.1.2000, Az. 14 U 31/ 98, VersR 2001/ 1560, Revision wurde vom BGH per Beschluss vom 6.3.2001 nicht angenommen, Az. VI ZR 51/ 00.

44 OLG Hamm vom 12.2.2001, Az. 13 U 147/ 00, SP 2001/ 267; vom 12.09.2003, Az. 9 U 50/99, ZfS 2005/122.

45 OLG Oldenburg vom 7.5.2001, Az. 15 U 6/ 01, SP 2002/ 56.

46 OLG Naumburg vom 28.11.2001, Az. 1 U 161/ 99, VersR 2002/ 1295.

47 OLG Nürnberg vom 6.7.2004, Az. 2 U 1260/ 04, nicht veröffentlicht.

48 OLG Celle vom 7.10.2004, Az. 14 U 27/ 04, SP 2004/ 406.

49 So im Ergebnis auch Euler, SVR 2005/10.

50 Becker-Böhme, a.a.O., S 266 (5–5,5 %).

51 Geigel-Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozess, 24.Aufl. 2004, Anhang I, S 1709 (5 %).

52 Erman-Schiemann, BGB, 10.Aufl. 2000, § 843 Rz.19 (5–5,5 %).

53 Münchener Kommentar-Wagner, BGB, 4.Auflage 2004, § 843 Rz.77, (5–5,5 %).

54 Küppersbusch, a.a.O., S 281 f (5 %).

55 Jahnke, a.a.O. , S 48 (5–5,5 %).

56 Langenick/Vatter, NZV 2005/10.

57 Schneider, r+s 2004/ 221, 223; zfs 2004/ 541,546.

58 Kornes, r+s 2004/ 1, 4.

59 Nehls, zfs 2004/ 193, 195 f.

3.3.3 Höhe des Abzinsungsfaktors

3.3.3.1 Mathematische Betrachtung

Meine Damen und Herren, ich möchte Ihnen meine Auffassung, dass ein Zinsfuß von 5 % auch für die Geschädigten und die Sozialversicherungsträger unverändert ein geeigneter Orientierungspunkt für eine Kapitalisierung ist, gerne auch inhaltlich begründen:

Für die Ermittlung der auf dem Kapitalmarkt erzielbaren Zinsen und damit die Grundlage des „richtigen“ Kapitalisierungsfaktors ist vom Realzins⁶⁰ auszugehen. Er errechnet sich, vereinfacht dargestellt, aus der Differenz aus dem Ertragszins, also der Umlaufrendite und dem Lebenskostenindex inkl. Inflation. Der Aspekt der Gehaltentwicklungen ist daneben aktuell nicht gesondert zu berücksichtigen, da die Gehälter zuletzt, u. a. aufgrund reduzierter Sonderleistungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld, stagniert haben. Sofern im konkreten Einzelfall, z. B. für am Anfang ihres Berufslebens stehende Geschädigte im Quervergleich noch mehr und höhere Gehaltserhöhungen und auch Karrieresprünge zu erwarten sind, können die Parteien dieser Tatsache im konkreten Einzelfall angemessen Rechnung tragen.

Auf welchen Zeitpunkt bezogen und über welchen Zeitraum hinweg ist der Realzins im Zuge der Kapitalisierung zugrunde zulegen? Der BGH billigt und fordert in seiner Grundsatzentscheidung vom 22.1.1986⁶¹ ausdrücklich, von längerfristigen Durchschnittswerten auszugehen. Nur kurze Zeiträume zu betrachten oder gar nur punktuell auf das Zinsniveau des jeweiligen Kapitalisierungszeitpunktes abzustellen⁶², hilft auch für die Regulierungspraxis nicht weiter. Wie soll das auch in der Regulierungspraxis ablaufen? Sollen der Rechtsanwalt des Verletzten bzw. der Haftpflichtversicherer im Vorfeld der Besprechung eines komplizierten Schadenfalles jedes Mal erneut die Höhe des jeweils aktuellen Zinssatzes ermitteln? Die Erfahrungen aus der Kapitalisierungspraxis sprechen dagegen. Ich meine, alle Beteiligten sind gut beraten, längerfristig zu denken, sich also nicht zusätzliche „Baustellen“ zu schaffen.

Längerfristig, d.h. über den Zeitraum von mehr als zehn Jahre betrachtet, beträgt der Realzins bezogen auf die Umlaufrendite von Industrieobligationen, durchschnittlich 4,4 %⁶³. Bereits diese Zahl relativiert die teilweise

60 Ebenso Schneider, r+s 2004/ 177, 179; r+s 2004/ 221, 222; zfs 2004/ 541, 542.

61 BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/ 84, VersR 1986/ 392 und ergänzend VersR 1986/ 552; ebenso Schneider, r+s 2004/ 221, 223; ders. Zfs 2004/ 541, 546.

62 Nehls, zfs 2004/ 193, 195.

63 Schneider, zfs 2004/ 541, 542 unter Bezugnahme auf das Statistische Bundesamt.

erhobenen Forderungen, die unterstellte mögliche Verzinsung auf Sätze auf bis zu 2,5 % oder gar darunter zu verändern⁶⁴, erheblich.

Ja, meine Damen und Herren, ich spreche von der durchschnittlichen Verzinsung von Industrieobligationen. Ausschließlich auf Rentenpapiere der öffentlichen Hand abzustellen, wie Kornes⁶⁵ und Nehls⁶⁶ es tun, ist eine einseitige Betrachtung, die von der Sache her nicht gerechtfertigt ist und in der Rechtsprechung des BGH keinen Anhaltspunkt findet. Der BGH spricht terminologisch weit und ohne weitere Einschränkung von „Rentenwerten“⁶⁷. Hierzu gehören per definitionem Anleihen, Schuldverschreibungen und Hypothekendarlehen mit fester Verzinsung, die vom Staat, den Gemeinden, aber auch von Industrieunternehmen ausgegeben werden⁶⁸. Gerade die Industrieobligationen gewähren dem Anleger eine den Rentenpapieren der öffentlichen Hand vergleichbare Sicherheit, verzeichnen aber deutlich höhere Umlaufrenditen. Vor diesem Hintergrund ist also kein Grund ersichtlich, sie bei der Ermittlung des Zinsfußes für Kapitalisierungen nicht zu berücksichtigen. In seiner Entscheidung vom 22.1.1986 führt denn auch der BGH aus⁶⁹:

„Der BGH hat sich bislang ausdrücklich an dem Zinsfuß für festverzinsliche börsengängige Wertpapiere. Die von der Beklagten übernommene Gedankengänge von Nehls können in der Tat Anlass zur Prüfung geben, ob es nicht geboten ist, auch die Zinsen für Schuldschein- und Hypothekendarlehen einzubeziehen.“

3.3.3.2 Korrektur aufgrund unfallunabhängiger Risiken

Ist diese rein mathematische Betrachtung jedoch richtig? Wird sie insbesondere den Besonderheiten des Schadensersatzrechts gerecht? Ich meine: nein. Immerhin hat auch der BGH in seinem Urteil vom 8.1.1981⁷⁰ ausdrücklich drauf hingewiesen, dass eine Abfindung in Kapital „mehr ist als eine bloße rechnerische Zusammenfassung zukünftig zu zahlender Renten“ und dass die Höhe des Kapitalbetrages „unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles, nicht also nur mechanisch durch Zugrundelegung des Abzinsatzes“ bestimmt werden muss.

64 Nehls, zfs 2004/ 193.

65 Kornes, r+s 2004/ 485, 489f.

66 Nehls, zfs 2004/ 193, 195.

67 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283; BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/ 84, VersR 1986/ 392 und (ergänzend) VersR 1986/ 552.

68 Meyers Großes Universallexikon, Band 1/ 431, Band 7/ 67 und Band 11/ 538.

69 BGH vom 22.1.1986, Az. IV ZR 65/ 84, VersR 1986/ 392, 394.

70 BGH vom 8.1.1981, Az. VI ZR 128/ 79, VersR 1981/ 283, 284.

Aufgrund der vorhandenen Risiken des Verletzten, auch ohne den Unfall zu erkranken oder arbeitslos zu werden, ist hier eine Korrektur erforderlich. Gemeint sind besondere individuelle Umstände die im Zuge des weiteren Lebens, die statistisch gesehen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bei jedem auftreten, unabhängig davon, ob er einen Unfall hatte oder nicht. Sicherlich, soweit sie zum Zeitpunkt der Kapitalisierung erkennbar sind, wie z. B. eine starke degenerative Veränderung der Wirbelsäule, können und werden sie bei der Ermittlung der Kapitalisierungsfaktoren im konkreten Einzelfall berücksichtigt. Anders verhält es sich jedoch bei einem nicht vorhersehbaren Herzinfarkt im Alter zwischen 50 und 60 Jahren, der natürlich z. B. bei der Kapitalisierung der Ansprüche eines 25-jährigen zumeist noch nicht einmal erahnt werden kann. Die Bedeutung der Problematik zeigt sich anhand von Statistiken der BfA⁷¹: Von den Versicherten, die im Jahr 2003 erstmals Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit erhielten, lag die Ursache bei 8,6 % der Fälle in Herz-/Kreislaufkrankungen, bei 35,7 % in psychischen Störungen und bei 17,1 % in Tumorbildungen. Auch wenn zumindest in den beiden zuerst genannten Fallgruppen ein sehr geringer Teil von Unfallverletzungen mit enthalten ist, verdeutlichen die Zahlen doch das erhebliche Risiko, auch ohne einen Straßenverkehrsfall vorzeitig erwerbsunfähig zu werden.

Diese Situation erfordert eine generelle Anpassung des Kapitalisierungsfaktors über den rein mathematisch errechneten Realzins hinaus. Nur so kann verhindert werden, dass all diese Risiken des Geschädigten einseitig und ausschließlich auf den Haftpflichtversicherer verlagert werden. Vom Gesamtergebnis her ist es dementsprechend richtig, weiterhin mit einem Zinsfuß von 5 % als Orientierungsgröße zu arbeiten⁷².

3.3.3.3 *Speziell Sozialversicherungsträger*

Noch ein Wort speziell zu der Kapitalisierung mit den Sozialversicherungsträgern. Angesichts der Vielzahl der gerade mit ihnen jährlich verhandelten Fälle kommt es besonders auf praktikable und umsetzbare Faktoren an. Dazu gehört, langfristig und über Hoch- und Niedrigzinsphasen hinweg, mit einer gleichbleibenden Abzinsung zu arbeiten, also nicht auf kurzfristige Zinsentwicklungen zu reagieren. Vor diesem Hintergrund wurde der Zinsfuß von 5 % bereits in den 80er Jahren, also einer absoluten Hochzinsphase, als sachgerechter Orientierungspunkt beibehalten. Gleiches muss nun umgekehrt auch heute bei niedrigerem Zinsniveau gelten.

71 Erstmaler Rentenzugang in 2003, Verteilung aller EU-Renten nach Berentungsdiagnosen, www.bfa.de.

72 So auch Schneider, r+s 2004/ 221, 223.

4. *Fazit*

Meine Damen und Herren, ich hoffe, ich konnte Ihnen aufzeigen, dass die aktuelle Kapitalisierungspraxis funktioniert, die Rahmenbedingungen also stimmen. Von einer „dunklen Höhle – fernab des Rechtsstaates⁷³“ wie Nehls es in seinem Aufsatz formuliert, dementsprechend weit und breit keine Spur!

Die Kernaussagen meines Vortrages möchte ich nochmals zusammenfassen:

- Die Abfindung im Wege der Kapitalisierung muss, um Erfolg zu haben, im Interesse beider Beteiligten liegen.
- Ein genereller Anspruch der Geschädigten bzw. der Sozialversicherungsträger auf Kapitalisierung besteht nicht, ist sachlich auch nicht erforderlich.
- Die wirtschaftlichen Kriterien der Kapitalisierung sind grundsätzlich zwischen den Parteien auszuhandeln, ohne dass es des Eingreifens und Regels durch den Gesetzgeber bedarf.
- Bei der Höhe der Abzinsung sind die in der Praxis üblichen und in der Rechtsprechung anerkannten 5% unverändert eine sachgerechte Orientierungshilfe.
- Bei der Kapitalisierung sollten regelmäßig aktuelle Sterbetafeln benutzt werden.
- Bei der Ermittlung der Laufzeit des Schadensersatzes (Erwerbsschaden) sind Statistiken über die Verrentung von abgrenzbaren Berufsgruppen einzubeziehen.

73 Nehls, zfs 2004/ 193.

Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden

– Anwaltshaftung nach Abschluss eines Abfindungsvergleichs –

Dr. Axel Burghart, Richter am Landgericht, Hamburg

I. Die Anwaltpflichten im Allgemeinen

Es liegt auf der Hand, dass der Anwalt, der als Vertreter des Geschädigten mit dem Versicherer einen Abfindungsvergleich aushandelt und abschließt, vielfach Gelegenheit hat, sich seinem Mandanten zum Schadensersatz zu verpflichten¹. Über die Anwaltpflichten, deren Schlechterfüllung die Ersatzpflicht auslösen kann (§ 280 Abs. 1 BGB), kann im Grundsätzlichen nichts Besonderes beigetragen werden. Der Anwalt hat seinen Mandanten im Rahmen seines Auftrags umfassend und erschöpfend zu beraten. Dazu muss er zunächst den maßgeblichen Sachverhalt, den er beurteilen soll, möglichst genau klären, auch durch Nachfragen bei dem Mandanten. Er muss ihn ungefragt über alle bedeutsamen rechtlichen Einzelheiten und deren Folgen unterrichten, also insbesondere auf Zweifel, Bedenken und Risiken hinweisen, die mit verschiedenen Varianten des Vorgehens verbunden sein können. Er muss seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren, also auch vor einer unzureichenden Erfüllung seiner Ansprüche. Deswegen muss er den sichersten Weg zu dem erstrebten Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten. Er hat den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen wahren und eine Fehlentscheidung vermeiden zu können². Verletzt der Anwalt diese Pflichten und kann er nicht darlegen, dass ihn an der Pflichtverletzung kein Verschulden trifft³, so hat er dem Mandanten den mit der Pflichtverletzung im kausalen Zusammenhang stehenden Schaden zu ersetzen.

1 Haug, in: Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, 3. Aufl. 1995, Rdnr. IV 97: „Das anwaltliche Haftpflichtrisiko bei einem Vergleichsabschluss ist verhältnismäßig hoch.“

2 StRspr, zuletzt: BGH NJW 1998, 2048, 2049; NJW-RR 2003, 931, 932; 2003, 1212. Um den Fußnotenapparat nicht zu überladen, sind hier und im Folgenden jeweils nur neuere Entscheidungen nachgewiesen. In aller Regel enthalten sie umfangreiche Nachweise der früheren Rechtsprechung, die hier nicht wiederholt werden sollen.

3 Vgl. BGH NJW 2002, 292.

II. Anwaltpflichten bei Prozessführung und Vergleichsschluss

1. Prozessführung

Führt der Anwalt für den Geschädigten einen Prozess, so ist die Lage noch relativ klar – im Gegensatz zur Führung von Vergleichsverhandlungen. Die für die Sache des Mandanten sprechenden Argumente – auch die nicht ganz so überzeugenden – muss der Anwalt vollständig und entschieden vortragen. Schwächen im Vortrag der Gegenseite muss er schonungslos deutlich aufdecken. Den Anspruch des Mandanten darf der Anwalt wegen des *ne ultra petiti*m (§ 308 Abs. 1 ZPO) auf keinen Fall zu niedrig und wegen des Kostenrisikos nicht wesentlich zu hoch beurteilen und berechnen.

2. Verhandeln und Abschließen eines Vergleichs

Geht es hingegen darum, mit dem Versicherer des Schädigers eine Einigung zu erzielen, so ist eine ähnlich holzschnittartige Schilderung der Anwaltpflichten kaum möglich. Einem Vergleich ist nach der Legaldefinition des § 779 Abs. 1 BGB das Nachgeben begriffsimmanent, also das Abrücken von der eigenen Position zu Gunsten des Gegenübers.

a) Vergleich statt Urteil?

Eine Pflichtverletzung kann deshalb schon allein darin liegen, dass der Anwalt sich überhaupt auf Vergleichsverhandlungen einlässt und seinem Mandanten schließlich den Vertragsschluss empfiehlt. Das kann etwa in Betracht kommen, wenn der Anwalt einen Anspruch seines Mandanten nicht erkennt und eine umfassende Abfindung vereinbart, ohne dass der vereinbarte Abfindungsbetrag eine entsprechende Leistung enthält⁴, oder wenn es nach der Prozesslage überwiegend wahrscheinlich ist, mit einem Urteil ein günstigeres Ergebnis als mit einem Vergleich zu erzielen⁵. Ob das durch ein Urteil zu erreichende Ergebnis günstiger ist oder das Ergebnis eines sogleich möglichen Vergleichsvertrages, ist allerdings nicht durch Zählen, sondern durch Wägen zu ermitteln. Es kommt nicht allein auf den Geldbetrag an, der einerseits zu titulieren wäre oder andererseits vereinbart werden könnte. Dem einen Mandanten kann eher geholfen sein, wenn er

4 Vgl. BGH NJW 2002, 292 ff.

5 BGH NJW 1993, 1325, 1328 f.; 1993, 1587, 1589.

schnell an einen Geldbetrag kommt, der niedriger ausfällt als in einem Urteil, auf das er aber wenigstens einige Monate, vielleicht auch mehrere Jahre warten muss⁶. Der andere könnte auf den Schadensersatzbetrag wirtschaftlich nicht angewiesen sein, so dass er warten kann und daher die Höhe des Betrages im Vordergrund stehen muss. Schnelles Geld kann aber auch für den äußerst wohlhabenden Geschädigten das bessere Geld sein, wenn ihm dadurch eine langwierige Beschäftigung mit dem zu führenden Prozess erspart werden kann, die er als schwere Belastung empfinden würde.

b) Der Inhalt des Vergleichs, insbesondere der Abzinsungszinssatz bei der Abfindung von Rentenansprüchen

Entsprechendes gilt für den Inhalt eines Abfindungsvergleichs. So kann eine Beanstandung allein der Höhe des Abzinsungszinssatzes nicht zur Annahme einer Pflichtwidrigkeit des Anwalts führen. Einem hohen, dem Geschädigten ungünstigen Zinssatz kann ein Entgegenkommen des Versicherers bei der Berechnung des entgangenen Verdienstes gegenüberstehen oder bei einer anderen Schadensposition, etwa beim Schmerzensgeldbetrag. Verschließt sich der Versicherer kategorisch einer Verhandlung über den Zinssatz und beharrt er auf einem Zinssatz, der am Kapitalmarkt keine Entsprechung findet, so muss das nicht dazu führen, dass der Abschluss eines Vergleichs jedenfalls pflichtwidrig ist. Vielmehr handelt der Anwalt den Interessen seines Mandanten erst zuwider, wenn dem ungünstigen Kapitalisierungsergebnis keine mindestens gleichgewichtigen Vorteile gegenüberstehen. Von der schnellen Zahlung bis zur Vermeidung einer unsicheren Beweisaufnahme und einer vielleicht ungünstigen aber nicht angreifbaren Schadensschätzung durch das Gericht (§ 287 Abs. 1 ZPO) kommen hier viele Gesichtspunkte in Betracht.

Andererseits kann man den für seinen Mandanten verhandelnden Anwalt auch nicht von vornherein von jeder Verantwortung freisprechen, wenn er sich bedenkenlos auf einen Abzinsungszinssatz von fünf Prozent einlässt. Dies soll zwar der in der Regulierungspraxis übliche Satz sein, und zwar unabhängig von den tatsächlich erzielbaren Kapitalmarktzinsen⁷. Dass es aber auf eine solche Üblichkeit nicht ankommen kann, ist bereits vor dem Aufsatz von Nehls bekannt gewesen, der im Mai 2004 meinte, eine Umkehr in der Bewertung der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens der Anwälte bewirkt zu haben⁸. Der Bundesgerichtshof hat schon 1981 die „üblichen

6 Vgl. BGH NJW 1993, 1325, 1329.

7 Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 8. Aufl. 2004, Rdnr. 869.

8 Nehls zfs 2004, 193, 197.

Sätze“ – er nannte 5 bis 5,5 Prozent⁹ – nur als „gewisse Anhaltspunkte“ bezeichnet. Maßgeblich für den zutreffenden Abzinsungzinssatz seien die zu erwartende Entwicklung des Zinsniveaus, die Verwaltungskosten und die auf die Zinseinnahmen zu entrichtenden Steuern¹⁰. In nachfolgenden Entscheidungen hat er verschiedene Berechnungsmethoden der Abzinsung nebeneinander gelten lassen¹¹, einen Refinanzierungzinssatz für maßgeblich erklärt¹² und Zinssätze von acht Prozent und mehr nicht beanstandet¹³. Es ging um einen Handelsvertreterausgleichsanspruch und um die Kapitalisierung zukünftiger Leasingraten, welche die Leasinggeber nach vorzeitiger Vertragsbeendigung von ihren Kunden forderten. Bei der Berechnung des Kapitalwerts von Schadensersatzrenten zum Vergleich mit der Versicherungssumme (§ 155 VVG) hat der Bundesgerichtshof auf einem realistischen Zinsfuß bestanden, der der Effektivverzinsung entspreche, die auf dem Kapitalmarkt für Rentenwerte vergleichbarer Laufzeit zu erzielen sei; für realistisch hielt er damals, 1986, acht Prozent¹⁴. Damit soll nicht mehr gezeigt werden, als dass sich die ungeprüfte Festlegung auf einen Zinssatz von fünf Prozent für den sorgfältig verhandelnden Anwalt schon immer verboten hat. Er hat anhand der genannten Kriterien schon immer prüfen müssen, ob mit einer solchen Abzinsung den Interessen des Mandanten wirksam gedient ist.

3. *Aufklärung und Beratung eröffnen Ermessen*

Über das richtige, pflichtgemäße Verhalten des Anwalts, der für seinen Mandanten an Vergleichsverhandlungen teilnimmt, wird also nichts Konkretes gesagt werden können, als dass ihm ein Ermessensspielraum zugebilligt werden muss¹⁵. Dieser Ermessensspielraum wird dem Anwalt aber erst dadurch eröffnet, dass er seinen Mandanten umfassend über Chancen und Risiken der Verhandlungen und über die Tragweite eines in Betracht kommenden Vergleichs aufklärt, um die Entscheidung über den Verhandlungsrahmen und über den Abschluss des Vergleichs dem Mandanten zu überlassen¹⁶. Ohne Zustimmung des Mandanten handelt der Anwalt bei Abschluss eines Abfindungsvergleichs in aller Regel pflichtwidrig¹⁷.

⁹ Ebenso: Jahnke, Abfindung von Personenschadenansprüchen, 2001, § 1 Rdnr. 120.

¹⁰ BGHZ 79, 187, 197.

¹¹ BGH NJW 1991, 221, 222 f.

¹² BGH NJW 1998, 3270, 3272.

¹³ BGH NJW-RR 1991, 484, 485; NJW 1998, 3270, 3272.

¹⁴ BGHZ 97, 52, 58, 65 = NJW-RR 1986, 650, 652, 653; BGH NJW-RR 1991, 984, 985.

¹⁵ BGH NJW 1993, 1325, 1328.

¹⁶ BGH NJW 1993, 1325, 1326, 1328; 1994, 2085, 2086; 2000, 1944; 2002, 292.

¹⁷ BGH NJW 1994, 2085, 2086; 2002, 292; Haug, in: Borgmann/Haug (o. Fn. 1), Rdnr. IV 103; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 281.

Der Anwalt sollte den Inhalt der aufklärenden Hinweise und erst recht die Zustimmung des Mandanten zum Vergleichsschluss schriftlich dokumentieren, etwa in einem Begleitschreiben zur Übersendung eines Vergleichsentwurfs oder in einem zusammenfassenden Schreiben nach einem ausführlichen Beratungsgespräch oder in einem Aktenvermerk. Der Umfang solcher Dokumentationen hängt von der Bedeutung der Sache ab. Je größer die Tragweite der Angelegenheit für den Mandanten und je höher der fragliche Abfindungsbetrag ausfallen, desto eher empfiehlt es sich, die Hinweise zu Vor- und Nachteilen des Vergleichs und zur Reichweite der Abfindung von dem Mandanten gegenzeichnen zu lassen. Dazu verpflichtet der Anwaltsvertrag nicht, und es bleibt auch dabei, dass der Mandant dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Anwalt die Pflichtverletzung – das Unterlassen von Rat und Hinweis – darzulegen hat, nicht etwa der Anwalt die Pflichterfüllung. Die schriftliche Dokumentation kann dem Anwalt aber die Rechtsverteidigung ganz entscheidend erleichtern.

III. Verjährung vorbehaltener Ansprüche

Zwei weitere Themenkreise sollen angesprochen werden, die in der Vergangenheit weitaus häufiger als der Abzinsungszinssatz als Fehlerquellen beim Verhandeln und Abschließen von Abfindungsvergleichen aufgefallen sind: die Verjährung vorbehaltener Ansprüche und der Anspruchsübergang auf Sozialversicherungs- und Sozialhilfeträger (unten IV).

1. Verjährung nach dem Grundsatz der Schadenseinheit

Eher als bei einem Sachschaden kann beim Ausgleich eines Personenschadens dem Geschädigten die Verjährung zum Verhängnis werden. Während die Reparatur einer beschädigten Sache zumeist recht bald abgeschlossen ist und der zu ersetzende Aufwand sodann feststeht, kann sich die Behandlung eingetretener Gesundheitsschäden hinstrecken. Eventuell treten behandlungsbedürftige Verletzungsfolgen erst lange Zeit nach dem Unfall auf, oder Behandlungen müssen wiederholt werden, um erneut auftretende Beschwerden zu lindern, oder eine Heilung ist gar nicht zu erreichen, so dass die Bemühungen zur Linderung der Beschwerden über die gesamte restliche Lebenszeit des Verletzten andauern müssen. Auch ein Verdienstausfall kann lange nach der Verletzung auftreten, wenn zwar nicht der derzeitige Verdienst, aber spätere Verbesserungsmöglichkeiten durch die verletzungsbedingt verminderte Leistungsfähigkeit eingeschränkt werden. Dies ist etwa typisch bei Unfällen im Kindes- und Jugendalter.

Die Verjährung nimmt auf solche Besonderheiten im Schadensverlauf, auf einen gestaffelten, erst nach und nach eintretenden Schaden keine Rücksicht. Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit ist für den Beginn der Verjährung neben der Kenntnis der Person des Schuldners allein erforderlich, dass der Geschädigte erkennen muss, aus dem Unfallereignis werde irgendein Schaden folgen. Mit dem Jahresschluss (§ 199 Abs. 1 BGB, § 852 Abs. a.F. BGB: schon mit der Kenntnis) beginnt die dreijährige Verjährung (§ 195 BGB, § 852 Abs. 1 a.F. BGB) – und zwar für alle auf dem Unfallereignis beruhenden Schadensarten, gleichgültig ob sie schon bekannt sind oder noch nicht und ob sie sogleich eintreten oder erst viel später, eventuell erst nach Eintritt der Verjährung. Maßgeblich ist allein, ob der fragliche Schaden objektiv, also für einen Fachkundigen des jeweiligen Gebiets, voraussehbar war¹⁸. Nur Schäden, die auf ganz und gar untypischen Kausalverläufen beruhen und deshalb nicht vorhersehbar waren, werden aus der Schadenseinheit herausgelöst, so dass die Verjährung erst mit ihrer Kenntnis beginnt¹⁹.

2. *Hemmung und Neubeginn der Verjährung*

Solange über einen Abfindungsvergleich verhandelt wird, ist die Verjährung gehemmt (§ 203 Satz 1 BGB, § 852 Abs. 2 a.F. BGB). Die Verhandlungszeit wird in die Verjährungszeit nicht eingerechnet (§ 209 BGB, § 205 a.F. BGB). Wenn sich der Versicherer mit dem Abfindungsvertrag dazu bekennt, aus dem Unfallereignis Schadensersatz zu schulden, lässt seine Willenserklärung und sodann erneut die Zahlung des vereinbarten Abfindungsbetrages die Verjährung neu beginnen (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 208 a.F. BGB: Unterbrechung der Verjährung – jeweils in Verbindung mit § 3 Nr. 3 PflVG). Die Hemmung der Verjährung vorbehaltenen Ansprüche (§ 3 Nr. 3 S. 3 PflVG) endet mit dem Vergleichsschluss, ohne dass es dazu einer weiteren förmlichen Erklärung des Versicherers bedürfte²⁰.

18 BGH NJW 2000, 861, 862.

19 BGH NJW 2000, 861, 862; OLG Schleswig VersR 2001, 983, 984.

20 BGH NJW 2002, 1878, 1880; zum Teilanerkennnis vgl. etwa BGH NJW 2002, 1878, 1881; Grothe, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 212 Rdnr. 8; Henrich in: Bamberger/Roth, BGB, 2004, § 212 Rdnr. 6.

3. Die Verlängerung der Verjährung, insbesondere durch titelersetzenden Vorbehalt

Dass der Abfindungsvergleich seiner Bezeichnung nicht wirklich gerecht wird, weil er die fraglichen Ansprüche eben nicht vollkommen abfindet, ist nicht untypisch. Die Einigung kann etwa auf das Schmerzensgeld beschränkt sein, während ein Ersatz materiellen Schadens ungeregelt bleibt. Das ist ein für beide Seiten vorteilhaftes Vorgehen, wenn noch ganz und gar ungewiss ist, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Verdienstausschlag entstehen wird. Auch der Schmerzensgeldanspruch kann durch Vertrag weitergehend zerteilt werden, als es mit einem Urteil möglich wäre. So kann der Ausgleich bestimmter Folgeschäden oder ungünstiger Entwicklungen aufgeschoben werden, auch wenn diese schon von vornherein nicht unwahrscheinlich sind. Die angemessene Höhe kann dann zukünftig nach dem tatsächlich gegebenen Ausmaß und Verlauf der Krankheit besser beurteilt werden²¹.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wirkt sich ein Vorbehalt grundsätzlich nicht auf die Dauer der Verjährung aus. Die durch das im Vergleich enthaltene Anerkenntnis des Versicherers neu beginnende Verjährung beträgt drei Jahre (§ 193 BGB, § 852 Abs. 1 Satz 1 a.F. BGB²²). Die Frage, ob in der Erklärung des Versicherers ein konstitutives Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) gesehen werden könnte, ist durchweg verneint worden²³. Nach neuem Recht ist sie in bezug auf die Verjährung auch bedeutungslos (§ 195 BGB im Gegensatz zu den §§ 852 Abs. 1 Satz 1, 195 a.F. BGB). Auch das neue Verjährungsrecht hat die Frage nicht geregelt, ob die Vereinbarung des Vorbehalts einem Feststellungsurteil gleichen Inhalts entsprechen könnte. Dann würde der vorbehaltene Anspruch auf die Dauer von dreißig Jahren von der Verjährungseinrede befreit²⁴ (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB, § 218 Abs. 1 Satz 1 a.F. BGB), soweit nicht auf Rentenleistungen gerichtete Ansprüche (§ 843 Abs. 1 BGB) vorbehalten sind (§ 197 Abs. 2 BGB, § 218 Abs. 2 a.F. BGB)²⁵.

21 Zu weiteren Konstellationen und Formulierungsmustern vgl. etwa: Jahnke (*o. Fn. 9*), § 2 Rdnr. 67 ff.

22 Die Unterscheidung zwischen Stammrecht (§ 852 I 1 a.F. BGB: drei Jahre) und Rentenanspruch (§ 197 a.F. BGB: vier Jahre) (BGH, NJW 2002, 1791, 1792) ist nach neuem Recht nicht mehr maßgeblich.

23 BGH, NJW 1985, 791, 792; 1992, 2228; 2002, 1791, 1792; 2002, 1878, 1879; 2003, 1524, 1525.

24 So die gängige Formulierung, die die Umgehung des § 225, 1 a.F. BGB erträglich erscheinen lassen sollte: BGH NJW 1985, 791, 792; 1992, 2228; NZV 1998, 456. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 63. Aufl. 2004, § 202 Rdnr. 1, nennt dies jetzt „zweifelhafte Konstruktionen“ – ein Einwand, den er unter der alten Rechtslage noch nicht erhoben hat (vgl. Palandt, 61. Aufl. 2001, § 225).

25 BGH NJW 1985, 791, 792.

Nach der Rechtsprechung kann ein Abfindungsvergleich titelersetzend wirken, wenn mit ihm eine Klagerücknahme erreicht²⁶ oder eine konkret zu erwartende Klage abgewendet werden soll²⁷. Wenigstens müssten Anhaltspunkte für die Absicht erkennbar sein, den Geschädigten klaglos zu stellen²⁸. Das könne eher einem auf Betreiben des Versicherers aufgenommenen Vorbehalt entnommen werden²⁹.

Das scheinbar bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis *gegen* die titelersetzende Wirkung eines Vorbehalts ist weniger auf eine grundsätzlich ablehnende Haltung der Rechtsprechung zurückzuführen. Ein genauer Blick in die jeweils beurteilten Abfindungsvergleiche zeigt vielmehr, dass der für den Geschädigten ungünstige Ausgang auf den gewählten Formulierungen beruht. Außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens kann eine Erklärung oder sonstige Handlung allein des Gläubigers die Verjährung nicht neu beginnen lassen oder verlängern. Vielmehr sind die Mitwirkung des Schuldners an einer dahingehenden Vereinbarung (§ 202 Abs. 2 BGB) oder sein Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) erforderlich. Beides kann der Formulierung, bestimmte Schadenspositionen blieben neben der vereinbarten Abfindung „vorbehalten“³⁰, nicht entnommen werden. Ein Vorbehalt ist nicht mehr als eine Ausnahme, eine Einschränkung. In diesem Sinne eindeutiger Erklärungen finden sich in Abfindungsvergleichen, wenn dort formuliert wird, bestimmte Ansprüche seien von der Abfindung „ausgenommen“³¹ oder „ausgeschlossen“³² oder blieben „offen“³³. Damit haben die Parteien nicht mehr vereinbart, als dass die bezeichneten Ansprüche durch die Zahlung des Versicherers nicht abgegolten werden. Dass ihre Durchsetzung dem Geschädigten erleichtert werden soll, ist einer solchen bloßen Herausnahme aus der Abfindung nicht zu entnehmen. Um neben einem bloßen Vorbehalt eine Verlängerung der Verjährung zu erreichen, bedarf es einer ausdrücklichen dahingehenden Vereinbarung³⁴ oder der Feststellung, dass die Vorbehaltsformulierung das übereinstimmend Gewollte nicht vollständig ausdrückt.

Diese letztgenannte Variante weist jedoch auf eine Pflichtwidrigkeit des für den Geschädigten verhandelnden Anwalts hin. Er hat, wenn Ansprüche

26 OLG Oldenburg VersR 1997, 1543.

27 BGH NJW 2002, 1878, 1880.

28 BGH NJW 1985, 791, 792; 1992, 2228, 2229; 2002, 1791, 1792; 2003, 1524, 1525.

29 BGH NJW 2002, 1878, 1880.

30 Vgl. BGH NJW 1992, 2228; 2003, 1524 und die Formulierungsmuster bei Jahnke (o. Fn. 9), § 2 Rdnr. 70.

31 Vgl. BGH NJW 1999, 1782; 2002, 292; OLG Oldenburg VersR 1997, 1543.

32 Vgl. BGH NJW 2002, 1878.

33 Vgl. OLG Hamm VersR 1999, 1495.

34 Vgl. BGH NZV 1998, 456.

von der Abfindung ausgenommen bleiben, auf eine titeleretzende Wirkung des Vergleichs hinzuwirken. Das liegt auf der Hand, weil die längere Verjährung seinem Mandanten günstig ist. Die Regelungen, auf die es dem Mandanten ankommt, dürfen einem Vertrag aber nicht erst durch Auslegung zu entnehmen sein. Vielmehr muss der Anwalt für einen eindeutigen Wortlaut sorgen, in dem das von dem Mandanten Gewollte vollständig und richtig niedergelegt ist³⁵. Soll der Vergleich in Bezug auf die nicht abgefundenen Ansprüche die Verlängerung der Verjährung auf 30 Jahre wie bei einem Urteil bewirken, dann ist selbst ein ausdrückliches Anerkenntnis des Versicherers, für jene Ansprüche eintreten zu müssen³⁶, kein ausreichendes Verhandlungsergebnis. Es bedarf wiederum der Auslegung³⁷, um daraus den Willen auch des Versicherers zu entnehmen, nicht schon während der kurzen Verjährungsfrist, also vor Ablauf der kommenden drei Jahre, trotz der erzielten Einigung einen Prozess führen zu müssen, nur um der Verjährung zuvorzukommen.

Wenn für die nicht abgefundenen Ansprüche eine titeleretzende Wirkung des Abfindungsvergleichs erreicht werden soll, dann spricht heute noch weniger als unter Geltung des alten § 225 Satz 1 BGB dagegen, dies ausdrücklich zu formulieren³⁸, also etwa: „Mit der Wirkung eines heute rechtskräftigen Urteils stellen die Parteien fest, dass der Versicherer verpflichtet ist, einen hier nicht abgefundenen weiteren Schmerzensgeldbetrag zu zahlen, wenn es zu einer unfallbedingten Versteifung des rechten Kniegelenks kommen sollte“ oder „In Bezug auf den hier nicht abgefundenen materiellen Schaden erkennt der Versicherer seine Ersatzpflicht nach einer Haftungsquote von 60 Prozent dem Grunde nach an; dieses Anerkenntnis wirkt wie ein heute rechtskräftig werdendes Urteil“.

Kann der Anwalt solche ausdrücklichen Formulierungen nicht durchsetzen oder kommt es gar zu einer Erklärung des Versicherers, er erkenne seine Haftung für die vorbehaltenen, nicht abgefundenen Ansprüche nicht an³⁹, dann muss beim weiteren Vorgehen die kürzere, dreijährige Verjährung vorausgesetzt werden. Endet das Mandat alsbald nach dem Vergleichsschluss und der Abfindungszahlung, dann muss der Anwalt seinen Mandanten darauf hinweisen⁴⁰, dass trotz des Vorbehalts binnen drei Jahren ein weiteres Anerkenntnis (§ 212 Abs, 1 Nr. 1 BGB, § 208 a.F. BGB) erreicht werden

35 BGH NJW 2002, 1048, 1049; OLG Hamm VersR 1999, 1495 f.

36 Vgl. BGH NJW 1985, 791, 792; 2002, 1791.

37 Vgl. Küppersbusch (o. Fn. 7), Rdnr. 817, 822, 836.

38 Vgl. Jahnke (o. Fn. 9), § 2 Rdnr. 77; Küppersbusch (o. Fn. 7), Rdnr. 817, 822, 834.

39 Vgl. BGH NJW 1999, 1781, 1782; 2002, 1878.

40 Vgl. Haug, in: Borgmann/Haug (o. Fn. 1), Rdnr. III 109, IV 80.

oder eine Feststellungsklage erhoben werden muss (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 209 Abs. 1 a.F. BGB), um den Ersatz künftiger, noch ungewisser Schäden nicht der Verjährung auszuliefern. Führt der Anwalt das Mandat nach dem Vergleich weiter, dann muss er diese Handlungen selbst rechtzeitig vornehmen.

IV. Vorbehalt übergegangener und übergewandter Ansprüche

In einem noch größeren Überblick soll ein weiteres Thema erörtert werden, nämlich der Übergang der Schadensersatzforderung vom Geschädigten auf Sozialversicherungsträger, auf Arbeitgeber, die Entgeltfortzahlung leisten, auf Sozialhilfeträger und auf private Versicherer. Soweit die Leistungen dieser Verpflichteten gerade die Schäden ausgleichen, für deren Ersatz der Schädiger bzw. sein Pflichthaftpflichtversicherer einzustehen hat, verfügt das Gesetz einen Übergang des Ersatzanspruches vom Geschädigten auf den Leistenden. Diese Rechtsfolge drängt sich als geradezu selbstverständlich auf: Der Geschädigte soll nicht zu Lasten der sozialen Sicherungssysteme oder einer Versichertengemeinschaft doppelt entschädigt werden⁴¹. Der Schaden soll nur einmal ausgeglichen werden, und zwar vom Schädiger bzw. von dessen Versicherer.

1. Die gesetzliche Regelung und ihre Lücken

Dem Gesetzgeber ist es gerade noch gelungen, dieses Grundanliegen in Worte zu fassen. Tatsächlich lassen die Regelungen über den Forderungsübergang – §§ 116 Abs. 1, 119 Abs. 1 SGB X, § 6 Abs. 1 EFZG, § 67 Abs. 1 VVG – aber mehr Fragen offen, als sie beantworten. Zum Zeitpunkt des Forderungsüberganges fehlen Regelungen. Für die Eigenart der Konstellation, dass ein Geschädigter wegen der Verletzungsfolgen Ansprüche sowohl auf Schadensersatz als auch auf Sozialleistungen erwirbt, für die Frage, wie auf Verfügungen des nichtberechtigten Geschädigten und auf von ihm vereinnahmte Doppelleistungen zu reagieren ist, enthalten die allgemeinen Vorschriften der §§ 412 und 407 BGB, der §§ 812 und 816 BGB und des Schadensersatzes wegen *culpa in contrahendo* nur unvollständige Lösungen. Besondere Sanktionsnormen gibt es nur im § 7 EFZG und im § 67 Abs. 1 Satz 3 VVG. Der Bundesgerichtshof ist helfend beigesprungen und

41 BGHZ 155, 342, 349.

hat innerhalb der scheinbar einheitlichen Regelung des § 116 Abs. 1 SGB X den Zeitpunkt des Forderungsüberganges differenziert. Er hat bei der Frage der Kenntnis im Rahmen des § 407 BGB die Belange der sozialen Sicherungssysteme ebenso in den Vordergrund gestellt wie bei der Vereinbarkeit des Nachranges der Sozialhilfe mit dem Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger. Gerade im letzten Punkt ist der Wille zu erkennen, das unzulänglich geregelte System zu retten. Die dazu entfaltete Auslegungskunst⁴² bezeichnet der Bundesgerichtshof selbst schließlich als „Rechtskonstruktion“⁴³. Hier zeigt sich ein gesetzgeberischer Mangel. Für das alltägliche Geschehen eines Verkehrsunfalls, der zu Körperverletzungen führt, muss nicht dem Bundesgerichtshof, sondern dem Gesetzgeber ein vollständiges und stimmiges Regelungssystem abverlangt werden können.

2. *Anspruchsübergang und Abfindung*

Das vom Gesetzgeber nur im Überblick gebotene und vom Bundesgerichtshof vervollständigte Regelungssystem zum Ausschluss doppelten Schadensersatzes kann durch einen Abfindungsvergleich nicht umgangen werden. Der Verletzte wird Rückforderungsansprüchen des Haftpflichtversicherers oder der Sozialleistungsträger ausgesetzt, wenn er – und damit auch und gerade der für ihn verhandelnde Anwalt – nicht darauf achtet, Abfindungsvereinbarungen nur für solche Ansprüche zu schließen, die ihm noch zustehen. Zugleich sollte er vermeiden, solche Ansprüche abzufinden, die er künftig gegen andere als den Haftpflichtversicherer des Unfallgegners geltend machen könnte.

a) *Anspruchsübergang auf Sozialversicherungsträger*

Im Verhältnis des Verletzten gegenüber den Sozialversicherungsträgern gilt, dass schon im Augenblick des Verkehrsunfalls die Ansprüche des Verletzten auf den Sozialversicherungsträger übergehen (§ 116 Abs. 1 SGB X)⁴⁴; meistens ist dies die Krankenkasse⁴⁵. Eine Leistung des Haftpflichtversicherers an den Verletzten befreit nicht von der Verpflichtung zum Kostenersatz gegenüber der Krankenkasse, denn die befreiende Wirkung soll schon

42 BGHZ 131, 274, 279 ff.

43 BGHZ 133, 129, 141.

44 BGHZ 48, 181, 184 ff.; 131, 274, 278; 133, 129, 134; 155, 342, 346.

45 Z.B. bei Arbeits- und Wegeunfällen jedoch die Berufsgenossenschaft: vgl. BGHZ 155, 342, 346 f. Zum Wechsel der Leistungszuständigkeit der Sozialversicherungsträger vgl. BGH NJW 2003, 1455, 1456 f.

dadurch ausgeschlossen werden (§§ 412, 407 Abs. 1 BGB), dass der Haftpflichtversicherer vom Bestehen des Sozialversicherungsverhältnisses weiß⁴⁶.

Obwohl dies inzwischen zum Gemeingut der Schadenregulierung gehört, konnte es dazu kommen, dass ein Anwalt für seinen Mandanten zugleich mit dem Haftpflichtversicherer über eine Abfindung des verletzungsbedingten Verdienstauffalls verhandelte und mit dem gesetzlichen Unfallversicherer um dessen Leistungspflicht stritt. Zweifelhaft war, ob ein Wegeunfall gegeben war. Der Anwalt teilte dem Haftpflichtversicherer mit, die Berufsgenossenschaft habe einen ablehnenden Bescheid erteilt. Dass er diesen Bescheid angefochten hatte und dass die beklagte Berufsgenossenschaft ihre Eintrittspflicht vor dem Sozialgericht schließlich anerkannte, verschwie er. Der Mandant bezog gleichzeitig die Rentenleistungen der Berufsgenossenschaft und die im Abfindungsvergleich vereinbarte Rente, bis der Haftpflichtversicherer wegen des Regresses angegangen wurde. Zu Recht ist dem Haftpflichtversicherer ein Schadensersatzanspruch wegen *culpa in contrahendo* zugesprochen worden⁴⁷. Wenn der Anwalt nicht schon ohnehin ungefragt über das mögliche Vorliegen eines Wegeunfalls hätte informieren müssen⁴⁸, so war er doch wenigstens verpflichtet, den bei seinem Verhandlungspartner hervorgerufenen Irrtum richtigzustellen⁴⁹, der mitgeteilte Ablehnungsbescheid sei bestandskräftig. Fragen zur befreienden Wirkung der Zahlungen an den Geschädigten (§§ 412, 407 Abs. 1 BGB) konnte die Entscheidung leider offen lassen: Gehört es bei einem Verkehrsunfall auch im Verhältnis zu einem gesetzlichen Unfallversicherer zu den „maßvollen Anforderungen“⁵⁰ an die Kenntnis vom Forderungsübergang, dass der Haftpflichtversicherer davon weiß, der Geschädigte gehöre zu dem Personenkreis, der im § 2 SGB VII beschrieben wird? Muss hinter jedem Verkehrsunfall einen Wegeunfall (§ 8 Abs. 2 SGB VII) vermutet werden, oder sind Kenntnisse von den dahinführenden Umständen erforderlich, um guten Glauben auszuschließen (§§ 412, 407 Abs. 1 BGB)? Durfte der Haftpflichtversicherer nicht an der Eintrittspflicht des Unfallversicherers zweifeln, weil ihm der Ablehnungsbescheid vorgelegt wurde? Begründete Zweifel schließen aber die Kenntnis vom Forderungsübergang aus⁵¹. Ansprüche könnten daher eher im Verhältnis des Unfallversicherers zum Geschädigten zu erör-

46 BGHZ 127, 120, 128; 131, 274, 286.

47 OLG Hamm VersR 2002, 483.

48 Zur Aufklärungspflicht über Umstände von besonderer Bedeutung für den Entschluss des anderen Teils: vgl. BGHZ 71, 386, 396; BGH NJW 2000, 1714, 1718; 2001, 2021.

49 Vgl. BGH NJW 1998, 448; 2000, 3642.

50 BGHZ 127, 120, 128; 131, 274, 286.

51 Roth, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 407 Rdnr. 14.

tern sein (§ 816 BGB, § 116 Abs. 7 Satz 1 SGB X). Dies alles kann offen bleiben, um für das Thema der Anwaltshaftung festzuhalten: Wer für einen Mandanten einen Abfindungsvergleich aushandelt und dabei den Verhandlungspartner täuscht, kann sich dadurch selbst dem Dritten gegenüber zum Schadensersatz verpflichten (§§ 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB). Klärt der Anwalt den Mandanten nicht über die begangene Täuschung auf und kann dieser sie wegen unzureichender Rechtskenntnisse nicht erkennen, so wird viel dafür sprechen, den Anwalt im Gesamtschuldnerausgleich mit seinem Mandanten (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB) mit der gesamten Ersatzleistung zu belasten. Es ist nämlich ein eklatanter Verstoß gegen die mit dem Anwaltsvertrag übernommenen Pflichten, die Interessen des Mandanten durch eine Täuschung des Gegenübers durchzusetzen und damit Schadensersatzpflichten auszulösen.

b) Anspruchsübergang auf private Krankenversicherer, Arbeitgeber und Sozialhilfeträger

Auf den privaten Krankenversicherer geht der Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer erst mit der Versicherungsleistung über (§ 67 Abs. 1 Satz 1 VVG), auf den Arbeitgeber erst, wenn er Entgeltfortzahlung leistet (§ 6 Abs. 1 EFZG). Auf den Sozialhilfeträger und auf die Bundesagentur für Arbeit, die die berufliche Rehabilitation des Verletzten fördert, geht der Anspruch über (§ 116 Abs. 1 SGB X), sobald mit der Hilfsbedürftigkeit des Geschädigten ernsthaft zu rechnen ist; das kann bei schweren Verletzungen und überschaubaren Einkommens- und Vermögensverhältnissen schon der Zeitpunkt der Verletzung sein⁵². Für die Kenntnis des Haftpflichtversicherers vom Forderungsübergang (§§ 412, 407 Abs. 1 BGB) kommt es ebenfalls allein auf die Absehbarkeit künftiger Hilfsbedürftigkeit an⁵³. Vereinbarung der Geschädigte mit dem Haftpflichtversicherer die Abfindung auch der zukünftigen materiellen Schäden, dann befreit er damit den privaten Krankenversicherer von seiner Leistungspflicht (§ 67 Abs. 1 Satz 3 VVG), und er berechtigt seinen Arbeitgeber zur Verweigerung künftiger Entgeltfortzahlung (§ 7 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 EFZG)⁵⁴. Leistet der Haftpflichtversicherer an den Geschädigten, ohne zu wissen, dass der Anspruch auf einen Sozialhilfeträger oder die Bundesagentur für Arbeit übergegangen ist, muss der Geschädigte diese Leistungen erstatten, soweit sie wegen der Legalzession dem Sozialhilfeträger bzw. der Bundesagentur zustanden (§ 116 Abs. 7

52 BGHZ 127, 120, 125 f.; 131, 274, 278 ff.; 133, 129, 134; 133, 192, 197.

53 BGHZ 127, 120, 128; 131, 274, 286.

54 BAG NJW 1989, 1302 f.

SGB X). Gegen laufende Ansprüche kann bis zur Pfändungsfreigrenze aufgerechnet bzw. verrechnet werden (§§ 51 Abs. 1, 52, 54 Abs. 4 SGB I). Nimmt der Leistungsträger den Haftpflichtversicherer in Anspruch, der die Hilfsbedürftigkeit voraussehen konnte (§ 116 Abs. 7 Satz 2 SGB X), dann kann dieser einen Herausgabeanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 2, Fall 2 BGB) gegen den Geschädigten geltend machen, weil er mit der Abfindungsleistung den bezweckten Erfolg nicht erreichen konnte.

c) In aller Regel Vorbehalt statt Abfindung

Diese Folgen führen nicht dazu, dass es jedenfalls von vornherein pflichtwidrig ist, als Anwalt für einen Mandanten den Ausgleich materieller Verletzungsfolgen in eine Abfindung einzubeziehen. Die Höhe des in Frage stehenden Abfindungsbetrages könnte dies rechtfertigen. Aber die Beurteilung der Angemessenheit des Betrages ist Sache des Mandanten. Diese Beurteilung kann er nur dann vornehmen, wenn er weiß, welche schon bestehenden und zukünftig möglichen Ansprüche mit dem vom Haftpflichtversicherer angebotenen Betrag abgegolten werden. Der verhandelnde Anwalt muss dies dem Mandanten vor einem Abschluss in schonungsloser Offenheit verdeutlichen. Verklausulierungen verbieten sich. Eher ist eine vergrößernde aber auch für Laien eindeutige Darstellung zu wählen, etwa in dem Sinne, dass nach Zahlung des Abfindungsbetrages von der Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft, der Rentenversicherung, der Bundesagentur für Arbeit, dem Arbeitgeber oder dem Sozialamt kein weiterer Ausgleich der verletzungsbedingten Krankheitskosten und Verdienstauffälle mehr zu erreichen sein wird.

Die Abfindung auch der künftig übergehenden Ansprüche wird aber die Ausnahme sein. Der „erste Zugriff“ der Sozialleistungsträger auf den Schadensersatzanspruch führt in aller Regel dazu, dass der Ausgleich materieller Schäden in eine Abfindung nur einbezogen wird, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeträger übergegangen sind oder übergehen werden. Der verhandelnde Anwalt muss dies seinem Mandanten vor einem Vergleichsabschluss erklären. Nur dann kann der Mandant die Angemessenheit des Abfindungsbetrages zutreffend einschätzen. Gegenüber dem Sachbearbeiter des Haftpflichtversicherers, mit dem der Anwalt verhandelt, besteht hingegen regelmäßig keine Aufklärungspflicht. Dem Sachbearbeiter muss Sachkunde zugetraut werden, so dass sich eine lückenlose Offenlegung möglicher öffentlich rechtlicher Ansprüche erübrigt.

In den weitaus meisten Fällen schwerer Verletzungen, die zu wiederkehrenden Heilbehandlungen, Verdienstauffällen und vermehrten Bedürfnissen führen, werden überwiegende Gründe dafür sprechen, die Leistungen der

sozialen Sicherungssysteme nicht durch einen Regress des Haftpflichtversicherers zu entwerten, um so eine dauerhafte Absicherung wenigstens auf dem Leistungsniveau der Sicherungssysteme zu erreichen. Dazu muss durch einen Vorbehalt verhindert werden, dass der Geschädigte sich einem Regress des Haftpflichtversicherers ausgesetzt sieht, wenn dieser für bereits übergegangene oder noch übergehende Ansprüche gegenüber dem Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeträger einzustehen hat. Dieser Vorbehalt kann etwa so formuliert werden, dass alle bestehenden und zukünftigen Ansprüche des Verletzten, die auf seinen Arbeitgeber, auf Sozialversicherungsträger und Sozialhilfeträger einschließlich der Bundesagentur für Arbeit und auf private Versicherer kraft Gesetzes schon übergegangen sind oder künftig übergehen werden, von der geschlossenen Vereinbarung unberührt bleiben und mit dem Abfindungsbetrag nicht abgegolten werden. Der Anwalt muss dafür sorgen, dass eine solche Regelung ausdrücklich in den Vertragstext aufgenommen wird. Auf eine Auslegung des Abfindungsvergleichs darf es auch in dieser Frage nicht ankommen, weil der Anwalt den sichersten Weg zur Durchsetzung der Interessen seines Mandanten schuldet.

Strafrecht gegen Verkehrsrowdies

– Rechtliche und rechtspolitische Aspekte –

Prof. Dr. Helmut Janker, Berlin/Wolfratshausen

A. „Verkehrsrowdy“ – Versuch einer Begriffsbestimmung

I. „Verkehrsrowdys“ in der Presse

Das Thema „Strafrecht gegen Verkehrsrowdys“¹ erfordert zunächst eine Begriffsbestimmung. Bei der Internet-Recherche zum Stichwort „Verkehrsrowdy“ stößt man beispielsweise auf folgende – nicht repräsentative – Presseberichte:

1. Fall 1: Verhindern des Überholens durch Fahren von „Schlangenlinien“ und Abbremsen (Nordbayerischer Kurier)

Der Fahrer eines Wohnmobils „hatte einen technischen Defekt am Motor seines Fahrzeugs und war auf dem Weg zu seiner Werkstatt ... das Wohnmobil kroch auf der Kurvenstrecke ... die Steigung im Wald hinauf – dahinter hatte sich eine Schlange an Autos gebildet. Am Ende der Schlange ein 24-jähriger in seinem Sportwagen. Er hat überholt ... bremste seinen Wagen ab, fuhr Schlangenlinien, beschleunigte und bremste erneut ab ... Der Angeklagte gab alles zu: ‚Ich habe runtergebremst und bin ein- oder zweimal Schlangenlinien gefahren, damit der mich nicht überholen kann. Ich wollte, dass der mal sieht, wenn man mit 40 Sachen hinter jemandem hertuckern muss.‘ Der Wohnmobilmfahrer ... musste so stark abbremsen, dass in (seinem) Wohnmobil Sachen nach vorne flogen ... Wie den Rowdy bestrafen?“²

1 Aktualisierte Fassung des auf dem 43. Deutschen Verkehrsgerichtstag 2005 gehaltenen Vortrags. Rechtsprechung und Literatur wurden – soweit sie zur Verfügung standen – bis Ende Januar 2005 ausgewertet. – Der Leiterin des Arbeitskreises, Frau Dr. Ingeborg Tepperwien, Vorsitzende Richterin am BGH, danke ich für wertvolle Anregungen.

2 Nordbayerischer Kurier vom 05.11.2002, <http://www.justiz.bayern.de/ag-bayreuth/kurier02/nk051102.html> (Stand: 29.1.2005).

2. Fall 2: Rotlichtverstoß mit Gefährdung eines Fußgängers (Presseinformation der Polizeidirektion Hannover)

„Verkehrsröwdy flüchtet. Ein 24-jähriger Autofahrer ist ... über die Kreuzung ... gefahren, obwohl die Ampel für ihn Rotlicht zeigte und gefährdete dadurch einen Fußgänger ... der bei Grünlicht die B-Straße überqueren wollte.“³

3. Fall 3: „Anstoßen“ vorausfahrender Autos mit Tempo 180 (Hamburger Morgenpost)

„Der ... Verkehrs-Röwdy, der langsamere Wagen von hinten in voller Fahrt angestoßen hat, darf nie wieder ans Steuer eines Autos. Das Landgericht ... sprach gegen den 52-jährigen eine lebenslange Führerscheinsperre aus. Er hatte ... auf der Münchner Ostumgehung und der A 8 Richtung Salzburg innerhalb von nur 45 Minuten sieben Autos von hinten mit Tempo 180 angestoßen, um ‚freie Bahn zu haben‘, wie er aussagte. Dank der Nervenstärke der betroffenen Fahrer kam es in allen Fällen nur zu Sachschäden.“⁴

II. „Definitionsversuch“: Verkehrsröwdy

Bei den geschilderten Presseberichten zeigen sich im Wesentlichen folgende Grundstrukturen:

- Alter zwischen 24 und 52 Jahren,
- Gefährdung von Personen bzw. fremden Sachen,
- grobe Verkehrsverstöße, wie Verhindern des Überholens durch „Schlangenlinienfahren“ und Abbremsen, Rotlichtverstoß mit Gefährdung eines Fußgängers sowie Auffahren auf vorausfahrende Fahrzeuge bei erheblicher Geschwindigkeit.

Fasst man die aus diesen Presseberichten abgeleiteten Verhaltensstrukturen und die Wortbedeutung auf der Grundlage juristischer Kategorien zusammen, kann der Begriff „Verkehrsröwdy“ wie folgt umschrieben werden: Ein „Verkehrsröwdy“ ist ein Verkehrsteilnehmer, der durch grob ver-

3 Presseinformation der Polizeidirektion Hannover vom 10. Januar 2003, http://www.polizei.niedersachsen.de/pd-hannover/presse/2003/januar2003/10_1.html (Stand: 29.1.2005).

4 Siehe http://www.mopo.de/nachrichten/19031_19697.html?124754 (Stand: 29.1.2005).

kehrswidrige und rücksichtslose Verhaltensweise Leib und Leben anderer Menschen oder fremde Sachen (von bedeutendem Wert) gefährdet.

Es geht also im weitesten Sinne um Aggressionsdelikte. Vor diesem Hintergrund soll der Frage nachgegangen werden, ob „das Strafrecht“ einen geeigneten Lösungsansatz für die Verhinderung bzw. Reduzierung jener gefährlichen Verhaltensweisen darstellt und welche Strafvorschriften durch das Verhalten von „Verkehrsröwdys“, insbesondere auch in den geschilderten Fällen, tangiert sein können.

B. Strafrecht als Lösungsansatz?

I. Tangierte Strafvorschriften

1. Verkehrsrechtliche Strafvorschriften: Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB – sog. „7 Todsünden“) und Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (§ 315b StGB)

a) Fall 1: Verhindern des Überholens durch Fahren von „Schlangenlinien“ und Abbremsen

§ 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB stellt grob verkehrswidriges und rücksichtsloses, falsches Überholen oder sonstiges Falschfahren bei Überholvorgängen unter Strafe, wenn dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet wurden. Falsches Überholen ist dabei jedes verkehrswidrige Verhalten bei Einleitung und Durchführung von Überholvorgängen. Erfasst sind dabei nicht nur Verstöße gegen § 5 StVO (Überholen)⁵. Auch zu *dichtes Auffahren des Überholenden beim Einleiten eines Überholvorganges* kann bereits ein falsches Fahren bei Überholvorgängen darstellen⁶; ebenso ein plötzliches Ausscheren nach links und Beschleunigen des Überholten während eines Überholvorganges⁷.

Ob falsches Überholen i.S.d. § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB vorliegt, lässt sich nach dem Pressebericht nicht abschließend beurteilen.

5 Vgl. Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr 22.

6 Vgl. BayObLG, DAR 1993, 269. Siehe z.B. auch Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 22a; Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 33.

7 Vgl. Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 22a m.w.N.

In Betracht käme durch das Verhindern des Überholens – von Verkehrsordnungswidrigkeiten abgesehen – auch ein Verstoß gegen § 240 StGB (Nötigung)⁸ und durch das *Abbremsen* sogar ein *gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr* gemäß § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB (Bereiten eines Hindernisses). Wer absichtlich ohne verkehrsbedingten Grund stark bremst, um dem nachfolgenden Kraftfahrzeugführer eine Lektion zu erteilen, kann gegen § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB verstoßen⁹. Entscheidend sind in den Fällen des sog. „AusbremSENS“¹⁰ insbesondere die gefahrene Geschwindigkeit und der konkrete Abstand. Erforderlich ist bei § 315b StGB nach Ansicht des BGH¹¹ auch der zumindest bedingte *Schädigungsvorsatz und der Eintritt einer konkreten Gefährdung für Leib oder Leben eines anderen Menschen bzw. fremder Sachen von bedeutendem Wert*.

b) Fall 2: Rotlichtverstoß mit Gefährdung eines Fußgängers

Wer grob verkehrswidrig und rücksichtslos die Vorfahrt nicht beachtet und dabei Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet verstößt gegen § 315c Abs. 1 Nr. 2a StGB. Missachtung der Vorfahrt umfasst nach h.M.¹² nicht nur Verstöße gegen die eigentlichen Vorfahrtregelungen in § 8 StVO (Vorfahrt), § 18 Abs. 3 StVO (Autobahnen und Kraftfahrstraßen) und § 9a Abs. 1 StVO (Kreisverkehr), sondern alle vorfahrtähnlichen Verkehrslagen bei denen die Fahrlinien verschiedener Verkehrsteilnehmer aufeinander träfen¹³. Ein Missachten der Vorfahrt i.S.d. § 315c Abs. 1 Nr. 2a StGB liegt auch vor, wenn bei Rot in eine Kreuzung eingefahren wird und dadurch der Querverkehr gefährdet wird¹⁴.

-
- 8 Vgl. dazu z.B. Janker, Straßenverkehrsdelikte, 1. Auflage 2002, Rdnr. 116 ff.; Janker, in: Anwalts-Handbuch Strafrecht, 1. Auflage 2002, Kap. Q, Rdnr. 367 f.; Gebhardt, Das verkehrsrechtliche Mandat, 4. Auflage 2003, § 59, Rdnr. 20 ff. jeweils m.w.N.
- 9 Vgl. z.B. BGH DAR 1992, 107 und 268; OLG Köln NZV 1992, 80; OLG Karlsruhe VRS 93, 102. Siehe auch Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315b StGB, Rdnr. 4 m.w.N.
- 10 Vgl. BGH DAR 1995, 296.
- 11 Vgl. BGH DAR 2003, 228 = SVR 2004, 70; siehe auch Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315b StGB, Rdnr. 2.
- 12 Vgl. BGH VRS 38, 100 (102); Janiszewski, Verkehrsstrafrecht, 5. Auflage 2004, Rdnr. 270 m.w.N.
- 13 Vgl. Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 21 m.w.N. - Eine Ausdehnung des Vorfahrtbegriffs über die „klassischen“ Vorfahrtfälle hinaus ist allerdings umstritten: vgl. dazu insbesondere Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 29; Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 21.
- 14 Vgl. OLG Frankfurt NZV 1994, 365; Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 21 m.w.N.

Die *alleinige Missachtung des Vorrangs eines Fußgängers* – rechtlich wird hier zwischen Vorfahrt (diese besteht nur zwischen Fahrzeugführern untereinander) und Vorrang (Vorrecht zwischen Verkehrsteilnehmern untereinander) unterschieden – stellt jedoch nach h.M. *keinen Verstoß* gegen § 315c Abs. 1 Nr. 2a StGB dar¹⁵. Eine erweiterte Auslegung des Vorfahrtbegriffs durch die Rechtsprechung ist allerdings, trotz möglicher Bedenken, nicht ausgeschlossen. Auch der Überholbegriff des § 315c StGB entspricht nicht dem verkehrsrechtlichen Überholbegriff¹⁶.

c) *Fall 3: „Anstoßen“ vorausfahrender Autos mit Tempo 180*

Bei einem zu dichten Auffahren auf einen Überholenden mit konkreter Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert (Wertgrenze ca. 1000 Euro¹⁷) bzw. entsprechender Schädigung kann ein *falsches Fahren beim Überholen* und damit ein Verstoß gegen § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB vorliegen¹⁸. Bei einem „Anstoßen“ und damit *Auffahren auf ein vorausfahrendes Fahrzeug* wird sogar § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB nahe liegen¹⁹, was letztlich eine Tatfrage ist.

Zu bedenken ist in diesen Fällen regelmäßig auch eine etwaige – versuchte – *Nötigung* (§ 240 StGB), die mit gefährdendem Überholen in Tateinheit stehen kann²⁰. Bei Verursachung eines Verkehrsunfalls mit tödlichem Ausgang kommt außerdem § 222 StGB (Fahrlässige Tötung) in Betracht. In dem geschilderten Fall liegt ferner § 303 StGB (*Sachbeschädigung*) vor.

In der Praxis wirft bei Fällen des § 315c StGB insbesondere der Nachweis der Täterschaft (Fahrerfeststellung), aber auch der erforderliche ursächliche Zusammenhang zwischen dem tatbestandsmäßigem Handeln und der konkreten Gefährdung²¹ erhebliche Probleme auf.

15 Vgl. dazu Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 21; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 5.

16 Siehe dazu z.B. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 6; Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 33.

17 Vgl. z.B. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 16 i.V.m. § 315 StGB, Rdnr. 16.

18 Vgl. BayObLG DAR 1993, 269; OLG Düsseldorf VRS 62, 44.

19 Vgl. BGH NZV 2001, 265: „Wer ein vor sich fahrendes Fahrzeug rammt, um es zum Anhalten zu zwingen, begeht einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr zur Herbeiführung eines Unglücksfalles.“

20 Vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 61; OLG Köln VRS 44, 16.

21 Näher dazu z.B. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 9/10; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 15 ff.; Janiszewski, Verkehrsstrafrecht, 5. Auflage 2004, Rdnr. 294.

d) *Grob verkehrswidrig und rücksichtslos*

Grob *verkehrswidrig* bedeutet einen objektiv besonders schweren (gefährlichen) Verstoß²².

Rücksichtslos bedeutet in der *Vorsatzform* das bewusste Hinwegsetzen über die Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern aus eigensüchtigen Gründen und in der *Fahrlässigkeitsform* ein gleichgültiges, von vornherein keine Bedenken aufkommen lassendes und unbekümmertes Verhalten²³.

e) *Konkrete Gefährdung*

Wesentliche Voraussetzung der Straßenverkehrsgefährdung nach § 315c StGB ist, wie beim gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b StGB, dass das Verhalten des Täters zu einer *konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen*²⁴ oder *fremder Sachen von bedeutendem Wert* (Wertgrenze ca. 1000 Euro²⁵) geführt hat.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an den Nachweis einer konkreten Gefährdung sind jedoch – zu Recht – relativ hoch und sind damit in der Praxis eher schwer zu erfüllen. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zumindest ein „*Beinaheunfall*“ erforderlich, „also ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, dass ‚das noch einmal gut gegangen sei‘“²⁶. Ist ein Schaden eingetreten, lag (vorausgehend) regelmäßig eine konkrete Gefahr vor²⁷.

22 Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Auflage 2003, § 44 Rdnr. 5; siehe auch Krumm, SVR 2005, 1 (2).

23 Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Auflage 2003, § 44 Rdnr. 5; siehe auch Krumm, SVR 2005, 1 (2). – Die dogmatische Einordnung des Merkmals ist umstritten: „Rücksichtslos“ bezieht sich auf die innere Einstellung des Täters und die gesteigerte Vorwerfbarkeit seines Fehlverhaltens und ist deshalb ein spezielles Schuldmerkmal (vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil/1, 27. Auflage 2003, Rdnr. 998 i.V.m. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33. Auflage 2003, Rdnr. 422; OLG Köln, VRS 59 [1980], 123). – Teilweise wird „rücksichtslos“ auch als subjektives Tatbestandsmerkmal angesehen (so z.B. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Auflage 2003, § 44 Rdnr. 5).

24 Auf die Problematik inwieweit ein tatbeteiligter Beifahrer in den Schutzbereich des § 315c StGB fällt, oder ein Mitfahrer in die Gefährdung einwilligen kann, soll hier nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu z.B. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Auflage 2003, § 44 Rdnr. 8 und 9 m.w.N.

25 Der „bedeutende Wert“ dürfte derzeit bei ca. 1000 Euro liegen (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 15 i.V.m. § 315 StGB, Rdnr. 16 m.w.N.). - Auf weitere Einzelprobleme, inwieweit etwa das Tatfahrzeug in den Schutzbereich der Norm fällt, soll ebenfalls nicht näher eingegangen werden; siehe dazu z.B. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 315c StGB, Rdnr. 4; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 17 jeweils m.w.N.

26 BGH, NJW 1995, 3131 (3132).

27 Vgl. dazu z.B. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 315c StGB, Rdnr. 15.

2. Allgemeine Strafvorschriften

Neben den verkehrsrechtlichen Strafvorschriften, § 315c StGB und auch § 315b StGB, kommen bei „rowdyhaftem“ Verhalten auch die allgemeinen Straftatbestände, wie fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) und fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) sowie Nötigung (§ 240 StGB) in Betracht.

Weniger von Bedeutung, aber auch immer wieder relevant, sind bei Verkehrsdelikten Vorsatzdelikte wie Körperverletzung (§ 223 ff. StGB), Sachbeschädigung (§ 303 StGB) und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) oder Totschlag (§ 212 StGB) und in Extremfällen sogar Mord (§ 211 StGB).

„Rowdyverhalten“ im Straßenverkehr berührt demnach eine Vielzahl von Straftatbeständen. Fraglich ist, ob damit der erforderliche Rechtsgüterschutz gewährleistet wird.

II. Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz bei Verkehrsdelikten

1. Straftatbestände und Strafraumen im Überblick

Auch wenn die Beweisanforderungen – zu Recht – sehr hoch sind und nicht jeder Täter ermittelt bzw. überführt werden kann, reichen die bestehenden Strafvorschriften mit Geld- und Freiheitsstrafe in folgenden Vorschriften aus, um das Verhalten von „Verkehrslowdys“ ausreichend zu sanktionieren.

- § 315c StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren*),
- § 315b StGB (Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren*),
- § 240 StGB (Nötigung – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren*),
- § 222 StGB (Fahrlässige Tötung – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren*),
- § 229 StGB (Fahrlässige Körperverletzung – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren*),
- § 223 ff. StGB (Körperverletzungsdelikte – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren und mehr*)
- § 212 StGB (Totschlag – Strafraumen: *Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren*),

- § 211 StGB (Mord – Strafraumen: *lebenslange Freiheitsstrafe*),
- § 303 StGB (Sachbeschädigung – Strafraumen: *Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren*).

Damit ist ein umfassender strafrechtlicher Schutz bei „Rowdyverhalten“ im Straßenverkehr gewährleistet, der allenfalls punktuell bei § 240 StGB (Nötigung) ergänzt werden könnte.

2. Ergänzung des § 240 StGB (Nötigung)

Stellt man bei „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr auf die Gefährdung von Leib oder Leben anderer Menschen bzw. fremder Sachen von bedeutendem Wert ab, könnte überlegt werden, ob Nötigung im Straßenverkehr²⁸ bei entsprechender konkreter Gefährdung als neues Regelbeispiel erfasst wird²⁹. Unabhängig davon konnten aber auch bisher schon besonders schwerwiegende Verstöße bei Nötigungen im Straßenverkehr im Rahmen der Strafzumessung mit höherer Strafe sanktioniert werden.

a) Vorschlag für ein neues Regelbeispiel in § 240 Abs. 4 Nr. 4 StGB

„In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

....

4. die Nötigung im Straßenverkehr begeht und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet.“

b) Korrespondierende Ergänzung in § 69 StGB

Bei Einführung eines entsprechenden Regelbeispiels sollte auch § 69 Abs. 2 StGB durch einen weiteren Regelfall für die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergänzt werden³⁰.

28 Siehe hierzu z.B. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Auflage 2004, § 240 StGB, Rdnr. 48, 49 m.w.N; Schönke/Schröder-Eser, StGB, 26. Auflage 2001, § 240 StGB, Rdnr. 24 und insbesondere auch die bisherigen Überlegungen auf dem 26. Deutschen Verkehrsgerichtstag 1988 (Nötigung im Straßenverkehr: Voß-Broemme, VGT 1988, 145 ff.; Lohmann, VGT 1988, 165; Stephan, VGT 1988, 185) und dem 34. Deutschen Verkehrsgerichtstag 1996 (Gewalt und Nötigung im Straßenverkehr: Berz, VGT 1996, 67 ff.; Borck, VGT 1996, 76 ff.; Suhren, VGT 1996, 91 ff.). Siehe auch Voß-Broemme, NZV 1988, 2 ff.

29 Siehe zum Vorschlag eines neuen Regelbeispiels auch Kropp, NZV 2004, 4: „Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter (Nr. 4) eine der genannten Nötigungshandlungen im Straßenverkehr begeht.“

30 Konsequenz zu § 69 Abs. 2 StGB auch Kropp zu seinem Vorschlag, vgl. Kropp, NZV 2004, 4.

3. Maßregel der Besserung und Sicherung – Entziehung der Fahrerlaubnis

Zu den strafrechtlichen Sanktionen in Form von Geld- und auch Freiheitsstrafe kommt häufig ergänzend die Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel der Besserung und Sicherung (§ 61 Nr. 5 StGB) hinzu. Wird jemand wegen einer rechtswidrigen Tat, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, entzieht ihm das Gericht gemäß § 69 Abs. 1 StGB die Fahrerlaubnis, wenn sich aus der Tat ergibt, dass er zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist. Ist die Tat ein Verstoß gegen § 315c StGB, ist der Täter nach § 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB regelmäßig als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen.

4. Nebenstrafe – Fahrverbot

Falls die fehlende Eignung nicht nachgewiesen werden kann und eine Verurteilung zu einer Freiheits- oder Geldstrafe erfolgt ist, kommt bei rowdyhaftem Verhalten im Straßenverkehr unter den Voraussetzungen von § 44 StGB ein Fahrverbot, das spezialpräventiv und schuldorientiert ist, als Nebenstrafe in Betracht³¹.

5. Einführung spezieller Straftatbestände für Verkehrsrowdys?

Da der bestehende strafrechtliche Rechtsgüterschutz bei „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr ausreichend ist und zudem weitere Strafvorschriften ohnehin nur dort gerechtfertigt sind (ultima ratio), wo weniger einschneidende Mittel, z.B. zivilrechtliche oder auch verkehrsrechtliche Regelungen im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes nicht ausreichen³², ist die von manchen geforderte Einführung spezieller Straftatbestände für Verkehrsrowdys nicht zu befürworten³³.

„Rowdyhaftes“ Verhalten im Straßenverkehr kann bereits jetzt mit dem aufgezeigten rechtlichen Instrumentarium weitgehend ausreichend geahndet werden.

31 Vgl. näher dazu z.B. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Auflage 2003, § 44 StGB, Rdnr. 3; LK-Geppert, StGB, 11. Auflage 2003, § 44 StGB, Rdnr. 31 m.w.N.

32 Vgl. z.B. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Auflage 2003, Rdnr. 9.

33 Siehe zur Frage spezieller Straftatbestände für „Raser und Drängler“ auch Dencker, DAR 2004, 626 (627 f.).

Dennoch lässt sich darüber diskutieren, ob nach der „Entkriminalisierung“ des Verkehrsrechts in den Jahren 1967 und 1968³⁴ nunmehr wieder eine verstärkte Kriminalisierung von Verkehrsverhalten erfolgen soll.

Theoretisch denkbar wäre zum Beispiel, erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen (beispielsweise ab einer Überschreitung um mehr als das Doppelte der zulässigen Höchstgeschwindigkeit) als Straftat in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Gleiches gilt für eine erhebliche Unterschreitung des Sicherheitsabstandes (beispielsweise bei einem Abstand von weniger als 1/10 des halben Tachowertes über eine Strecke von 500 Meter und einer gefahrenen Geschwindigkeit von mehr als 120 km/h³⁵) oder für ein Überholen trotz Überholverbots.

Entscheidender Ansatzpunkt für Straftaten bei Verkehrsverhalten sollte grundsätzlich – auch, um dem Grundsatz des „letzten Mittels“ zu entsprechen – eine konkrete Gefährdung sein. Eine bloß abstrakte Gefährlichkeit sollte lediglich in Ausnahmefällen (wie bei einer folgenlosen Trunkenheitsfahrt im Sinne des § 316 StGB) ein ausreichender Strafgrund sein.

Erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen, die auch häufig mit einer Unterschreitung des erforderlichen Sicherheitsabstandes und mit einem Überholvorgang in Verbindung stehen werden, können durchaus, möglicherweise unter teilweiser Ausweitung der bisherigen Rechtsprechung³⁶ als falsches Fahren bei einem Überholvorgang angesehen werden. Damit können gravierende Fälle mit konkreter Gefährdung bereits jetzt regelmäßig durch § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB erfasst werden. Hinzu kommen die weiteren Fälle der sog. „7 Todsünden“ im Straßenverkehr.

Eine Einführung spezieller Straftatbestände für „rowdyhaftes“ Verhalten im Straßenverkehr ist deshalb nicht erforderlich.

6. Erhöhung der Strafdrohung?

Unabhängig von der Frage, ob eine Verschärfung von Sanktionen „rowdyhaftes“ Verhalten im Straßenverkehr überhaupt beeinflussen kann, ist bei den derzeitigen Sanktionsmöglichkeiten mit Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren, teilweise sogar darüber hinaus, auch eine Verschärfung der Sanktionen nicht notwendig³⁷.

34 Siehe dazu z.B. Janiszewski, Verkehrsstrafrecht, 5. Auflage 2004, Rdnrn. 8 und 22.

35 Zur Orientierung könnten hier die Bußgeldregelsätze in Tabelle 2 BKatV, Lfd. Nr. 12.5 ff., dienen.

36 Siehe auch König, NZV 2005, 27: Entkriminalisierung nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsprechung.

37 So in der Tendenz wohl auch Dencker, DAR 2004,626 (627).

III. „Rowdyverhalten“ als rechtliches oder tatsächliches Problem?

Bei der Ahndung von Rowdyverhalten im Straßenverkehr ergeben sich weniger rechtliche, als vielmehr zahlreiche Praxisprobleme, die zum Großteil beim Nachweis der Täterschaft (wer ist gefahren?) und des subjektiven Tatbestandes liegen. Hinzu kommt die nicht immer einfache Würdigung von Zeugenaussagen, die für den Betroffenen von existenzieller Bedeutung ist.

C. Flankierende Maßnahmen

Neben strafrechtlichen Sanktionen stellt sich bei „rowdyhaftem“ Verhalten grundsätzlich die Frage nach flankierenden Maßnahmen, die disziplinierend auf das Verkehrsverhalten einwirken können.

I. Verkehrsverwaltungsrecht

1. Entziehung und Neuerteilung der Fahrerlaubnis

„Rowdyhaftes“ Verhalten im Straßenverkehr verstößt häufig gegen § 315c StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs). Wird der Täter wegen einer rechtswidrigen Tat, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, entzieht ihm das Gericht gemäß § 69 Abs. 1 i.V.m. § 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB regelmäßig wegen fehlender Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen die Fahrerlaubnis.

Für die dann erforderliche Neuerteilung einer Fahrerlaubnis gelten gemäß § 20 Abs. 1 FeV die Vorschriften für die Ersterteilung einer Fahrerlaubnis, d.h. es kommt, was in § 20 Abs. 3 FeV klargestellt wird, insbesondere § 11 Abs. 3 Nr. 5 FeV, zur Anwendung.

Danach *kann* – § 11 Abs. 3 Nr. 5 i.V.m. Nr. 4 FeV – zur Klärung von Eignungszweifeln die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Fahreignung (medizinisch-psychologisches Gutachten) angeordnet werden, wenn der Entzug der Fahrerlaubnis auf erheblichen oder wiederholten Verstößen gegen verkehrsrechtliche Vorschriften³⁸ oder auf Straftaten beruhte, die im Zusammenhang mit

38 Siehe zu dieser Ergänzung BGBl. 2004/I, 2092.

dem Straßenverkehr oder im Zusammenhang mit der Kraftfahreignung stehen oder bei denen Anhaltspunkte für ein hohes Aggressionspotential bestehen.

2. Änderung der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV)

Damit hat die Fahrerlaubnisbehörde zwar im Einzelfall grundsätzlich die Möglichkeit, vor ihrer Entscheidung über die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis nach vorangegangener Entziehung bei „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr die Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens zu verlangen.

Im Interesse der Verkehrssicherheit sollte jedenfalls in Fällen einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c StGB die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens nicht nur fakultativ, sondern vielmehr obligatorisch sein.

a) „Kleine Lösung“

Es wird deshalb – als „*kleine Lösung*“ – zunächst folgender Absatz 3a in § 11 FeV vorgeschlagen:

(3a) Die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Fahreignung (medizinisch psychologisches Gutachten) ist bei der Neuerteilung der Fahrerlaubnis zur Klärung von Eignungszweifeln anzuordnen, wenn dem Bewerber die Fahrerlaubnis wegen einer vorsätzlichen Tat nach § 315c StGB rechtskräftig entzogen worden ist.

b) „Große Lösung“

Darüber hinaus könnte sogar – als „*große Lösung*“ – eine MPU-Begutachtung zwingend verlangt werden, wenn dem Bewerber die Fahrerlaubnis rechtskräftig entzogen wurde wegen einer vorsätzlichen Tat nach § 315b StGB oder wegen einer Nötigung im Straßenverkehr – entsprechend dem vorgeschlagenen neuen Regelbeispiel –, durch die Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet wurden.

Bei fahrlässigen Taten nach § 315c bzw. § 315b StGB bleibt die Anordnung, ein MPU-Gutachten beizubringen, fakultativ.

II. Weitere Ansatzpunkte

Darüber hinaus könnten bei „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr auch eine *technische Prävention* durch automatische Geschwindigkeits- und Abstandsregelungssysteme oder Verschärfungen der *Regressregelungen* in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung disziplinierend wirken. In diesem Rahmen kann hierauf jedoch nicht näher eingegangen werden.

III. Verkehrsüberwachung und Verkehrsunterricht

Im Interesse der Verkehrssicherheit ist es außerdem erforderlich, dass die Überwachungs- und Verfolgungsdichte entsprechend hoch ist und die personelle und technische Ausstattung der Polizei auch hinsichtlich der Verfolgung und Ahndung von „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr ständig weiter verbessert wird.

Parallel dazu sollten Wege beschritten werden, die es gar nicht erst zu entsprechendem Verhalten kommen lassen³⁹. Dies kann vor allem durch verstärkte Aufklärungsarbeit und eine Stärkung des Problem- und Verantwortungsbewusstsein der, in der Regel jüngeren, Verkehrsteilnehmer geschehen. Ein entsprechender Verkehrsunterricht sollte dabei nicht erst in der Fahrschule einsetzen, sondern – wie dies bereits heute z.B. von der Polizei oder auch vom ADAC erfolgreich praktiziert wird – vor dem Erwerb der ersten Fahrerlaubnis schon in den Schulen. Auch hierfür sollten entsprechende Mittel bereit stehen.

D. Zusammenfassung

Ein „*Verkehrslowdy*“ ist ein Verkehrsteilnehmer, der durch grob verkehrswidrige und rücksichtslose Verhaltensweise Leib und Leben anderer Menschen oder fremde Sachen (von bedeutendem Wert) gefährdet.

Bei „Rowdyverhalten“ im Straßenverkehr ist mit den bestehenden Regelungen ein umfassender *strafrechtlicher Schutz gewährleistet*, der *allenfalls punktuell*, insbesondere bei § 240 StGB (Nötigung), *ergänzt* werden könnte. Die Schaffung spezieller Straftatbestände für Verkehrslowdys oder eine Verschärfung der bestehenden Sanktionen ist nicht erforderlich.

39 Siehe zur Notwendigkeit von Verkehrserziehung, Verkehrsaufklärung und Öffentlichkeitsarbeit auch Karl, NZV 2001, 11 (13).

Weitgehend ausreichend ist die Ausschöpfung der bestehenden rechtlichen Möglichkeiten, möglicherweise unter teilweiser Ausweitung der bisherigen Rechtsprechung.

Darüber hinaus sind jedoch *flankierende Maßnahmen* in Betracht zu ziehen, die disziplinierend auf das Verkehrsverhalten einwirken könnten.

Änderungen in der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV): Im Interesse der Verkehrssicherheit sollte jedenfalls in Fällen einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c StGB vor der Neuerteilung der regelmäßig entzogenen Fahrerlaubnis die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens nicht nur fakultativ sondern vielmehr obligatorisch sein.

Weitere Ansatzpunkte: Bei „rowdyhaftem“ Verhalten im Straßenverkehr könnten auch eine technische Prävention durch automatische Geschwindigkeits- und Abstandsregelungssysteme oder Verschärfungen der Regressregelungen in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung disziplinierend wirken.

Verkehrsüberwachung und Verkehrsunterricht: Durch weitere Verbesserung der personellen und technischen Ausstattung der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden ist eine entsprechend hohe Überwachungs- und Verfolgungsdichte zu gewährleisten. Eine verstärkte Aufklärungsarbeit und Stärkung des Problem- und Verantwortungsbewusstseins der (in der Regel jüngeren) Verkehrsteilnehmer, soll rowdyhaftes Verhalten möglichst schon im Ansatz vermeiden. Ein entsprechender Verkehrsunterricht sollte dabei nicht erst in der Fahrschule einsetzen, sondern – wie dies bereits heute z.B. von der Polizei oder auch vom ADAC praktiziert wird – vor dem Erwerb der ersten Fahrerlaubnis schon in den allgemeinbildenden Schulen. Auch hierfür sollten entsprechende Mittel bereit stehen.

Strafrecht gegen Verkehrsrowdies

Hans-Peter Knaack, Staatsanwalt, Saarbrücken

1. Einleitung:

Laut Duden¹ versteht man unter „Rowdy“ abwertend einen flegelhaften, oft auch brutalen, gewalttätigen Menschen.

Derartige Verhaltensweisen im Straßenverkehr waren bereits Gegenstand von Referaten der Verkehrsgerichtstage 1988 und 1996, allerdings beschränkt auf den Vorwurf der Nötigung. Im Referat von Borck² wird 1996 zutreffend darauf hingewiesen, dass

- a) es schwierig ist, aus den existierenden Statistiken zuverlässige Trends zur qualitativen bzw. quantitativen Entwicklung von Rowdytum im Straßenverkehr abzuleiten³,
- b) die Problematik einer erfolgreichen Verfolgungs- und Ahndungspraxis in der Rekonstruierbarkeit des Geschehens und im tatsächlichen Nachweis der Täterschaft, also im verfahrensrechtlichen Bereich liegt⁴. Diese Thesen wurden durch eine 2003 durchgeführte Untersuchung der Bundesanstalt für Straßenwesen über Aggressionen im Straßenverkehr bestätigt⁵.

Aufgrund erheblicher Nachweisprobleme in der Praxis wird übereinstimmend eine Quote bestandskräftiger Verurteilungen von lediglich 10–20% der angezeigten Fälle geschätzt⁶. Klar ist, dass die strafrechtlichen Normen zur Bekämpfung von Rowdytum im Straßenverkehr ihre spezial- und generalpräventive Wirkung nur entfalten können, wenn für den jeweiligen Täter ein konkretes Sanktionsrisiko besteht⁷.

1 Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 2. Aufl., Bd. 10, Mannheim, 1985, S. 529.

2 Eva Borck: Gewalt und Nötigung im Straßenverkehr, VGT 1996, S. 76 ff.

3 Auf die Ausführungen von Borck S. 77 bis 79 wird verwiesen. An diesem Zustand hat sich bis heute – so weit ersichtlich – nichts geändert. Von einem größeren Eingehen auf Einzelheiten der Statistik wird der zeitlich begrenzten Referatsdauer abgesehen.

4 Borck, a. a. O., S. 79–81.

5 vgl. Maag/Krüger: Aggressionen im Straßenverkehr, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Mensch und Sicherheit, Heft M 151, Bergisch Gladbach 2003.

6 vgl. Maag/Krüger, a. a. O., S. 34.

7 Nehm, Polizeiliche Verkehrsüberwachung und Verkehrssicherheit, VGT 1993, S. 153, 161, Maag/Krüger: a. a. O., S. 16, 19, 29.

Leider sind hierbei Verkehrsüberwachungsmaßnahmen, wie sie an Unfallschwerpunkten sinnvoller Weise stattfinden, nur wenig hilfreich, da sich Gewalt und Aggression im Straßenverkehr eher aus dem Fahrverhalten der Beteiligten und gerade unabhängig von gefahrenträchtigen Straßenabschnitten entwickeln. Dass das Entdeckungsrisiko sehr gering ist, ist mittlerweile weitestgehend bekannt. Bei einer Befragung im Rahmen der vorerwähnten Studie der Bundesanstalt für Straßenwesen von fast 800 Personen gaben 80% an, es sei wenig oder sehr wenig wahrscheinlich, dass so genannte „Drängler“ entdeckt oder bestraft würden.

Die Wichtigkeit des Bekämpfens von Rowdytum im Straßenverkehr ergibt sich aus den erheblichen Gefahren für die beteiligten Verkehrsteilnehmer. Mit einer Abnahme dieses Phänomens kann in Zukunft nicht gerechnet werden. Es ist vielmehr von einer Zunahme auszugehen, da als Hauptursache für Aggressivität am Steuer Stress-Situationen durch erhöhte Verkehrsdichte anzusehen sind⁸. Eine weitere erhebliche Zunahme des Verkehrsaufkommens ist sicher zu erwarten⁹. Das Risiko potenziert sich, da bei dichterem Verkehr immer mehr Verkehrsteilnehmer durch ein und denselben Unfall zu Schaden kommen.

2. Zur Problematik im Einzelnen:

Gerade weil bei Delikten dieser Art der Nachweis schwierig ist, sollte bei Ermittlungen unter anderem Folgendes beachtet werden (wobei wegen der zeitlich begrenzten Referatsdauer kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann): Man muss sich von vornherein der Problematik bewusst sein, dass die Rechtsprechung – in erster Linie aufgrund von Untersuchungen über die Zuverlässigkeit des Zeugenbeweises – zu Recht immer höhere Anforderungen an die Darlegung der Tatsachen gestellt hat, die für die Überzeugungsbildung des Richters im Urteil als maßgebend angesehen wurden. Genügte früher noch die persönliche Gewissheit des Richters von der Wahrheit einer Behauptung, verlangen die Revisionsgerichte nunmehr eine auf objektiven Grundlagen beruhende Wahr-

8 Borck, a. a. O., S.79, Maag/Krüger, a. a. O., S. 150/151.

9 Der Ausbau des Straßennetzes konnte in den letzten Jahrzehnten mit der Zunahme der Anzahl der Fahrzeuge nicht Schritt halten. Nur beispielhaft sei erwähnt, dass nach Auskunft der Bundesanstalt für Straßenwesen 1970 ein überörtliches Straßennetz von – 160.000 km für –16.5 Mio. Kfz zur Verfügung stand. 2001 verteilten sich bereits über 53 Mio. Kfz auf lediglich 230.00 km Straßennetz. Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht abzusehen!

scheinlichkeit für die Zuverlässigkeit einer Aussage¹⁰. Es reicht heute nicht mehr aus, auf die *Glaubwürdigkeit* einer Auskunftsperson abzustellen, vielmehr muss die *Glaubhaftigkeit* der Angaben anhand objektiver Merkmale im Urteil dargelegt werden¹¹. Diese Darlegungen sind einer revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglich. Qualifizierten Verteidigern ist es so mehr als früher möglich, mit Aussicht auf Erfolg Beweiswürdigungen im Urteil anzugreifen.

In der Praxis überwiegt die Anzahl der Privatanzeigen die der Amtsanzeigen weit¹². Bei Privatanzeigen findet aber regelmäßig keine Überprüfung der Identität des Fahrers statt, und m. E. ist es der Verkehrssicherheit insgesamt eher zu- als abträglich, wenn die Opfer derartiger Verkehrsstraftaten nicht von ihrem Festnahmerecht gemäß § 127 Abs. 1 StPO Gebrauch machen.

a) Für ein erfolgreiches Ermitteln sind aus den nachfolgenden Gründen bereits bei der *Anzeigenaufnahme* wichtige Aspekte zu beachten:

aa) Eine *Mehrzahl* von Zeugen ist gemäß § 58 Abs. 1 StPO *einzelnd und in Abwesenheit der anderen Zeugen* zu vernehmen, um – insbesondere bei widersprüchlichen Schilderungen des Tathergangs – eine Grundlage für Glaubwürdigkeitsbeurteilungen zu haben. Die – in der Praxis nicht seltene – Vernehmung zweier oder mehrerer Zeugen zur gleichen Zeit, bei der ein Zeuge vernommen und der oder die anderen sodann die von ihm in seiner Anwesenheit gemachten Angaben lediglich „bestätigen“, ohne eine eigene Schilderung des Sachverhalts abzugeben, stellt einen gesetzwidrigen groben Ermittlungsfehler dar.

bb) Um die Glaubhaftigkeit einer Aussage besser beurteilen zu können, ist nicht nur der Tathergang, sondern auch die *Wahrnehmungssituation* und Wahrnehmungsdauer des Zeugen festzustellen, insbesondere, wenn es um die Identifikation von Personen geht, wovon später noch genauer die Rede sein wird. Da Erinnerungsinhalte bekanntlich mit Zeitablauf verblassen¹³ und darüber hinaus mit jeder Wiederholung der Vernehmung der Aussageinhalt weiter verfälscht wird, weil die Erfahrungen, die der Zeuge bei früheren Vernehmungen ge-

10 BGH: StV 1993, S. 510; Wendler: „Wie ähnlich war der Unfall?“ In: Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Homburger Tage 2002, S. 69, 70, 71.

11 BGH, NJW 1999, S. 2746.

12 Borck, a. a. O., S. 79; Maag/Krüger, a. a. O., S. 29.

13 Wendler: a. a. O., S. 91; Eisenberg: Kriminalistik 1995, S. 458; Undeutsch: VGT 1983, S. 319/321; Bender: VGT 1983, S. 325/335.

macht hat, mit dem Tatereignis unwillkürlich verschmelzen¹⁴, kommt der Sorgfalt bei der Erstvernehmung, bzw. den weiteren Maßnahmen der Polizei im ersten Zugriff gemäß § 163 StPO für den weiteren Fortgang des Verfahrens sehr große Bedeutung zu.

cc) *Genaueste Protokollierung des unmittelbaren räumlich-zeitlichen Tathergangs* ist stets vonnöten, insbesondere wenn zu prüfen ist, ob konkrete Gefährdungen im Sinne der §§ 315c bzw. 315b StGB stattfanden. Es gibt nie wieder eine bessere Chance, eine authentische Darstellung des tatsächlichen Geschehens zu bekommen!

dd) Aus diesem Grund müssen auch die anschließenden Ermittlungen möglichst zeitnah erfolgen, nicht nur, weil Verteidiger ihren Mandanten, die wegen Verkehrsstrafataten der Strafverfolgung ausgesetzt sind, raten dürfen, ihr Aussehen zu verändern¹⁵.

b) *Falls bei Anzeigen keine Fahrerbeschreibung abgegeben werden konnte*, gilt Folgendes: Über das zentrale Verkehrsinformationssystem ZEVIS können die Strafverfolgungsbehörden gemäß §§ 31 ff. StVG unter anderem das jeweilige Kraftfahrzeug und die dazugehörigen Halterdaten¹⁶ – genauer: die Daten des Inhabers der amtlichen Zulassung (im Folgenden soll aus Gründen der Vereinfachung der Halterbegriff benutzt werden) – im automatisierten Verfahren¹⁷ abrufen.

aa) Stellt sich hierbei heraus, dass *Kennzeichen und Fahrzeugbeschreibung nicht übereinstimmen*, muss von einem Ablesefehler oder einer „Kennzeichendoublette“ ausgegangen werden. In der Regel ist eine weitere Tataufklärung mangels entsprechender Anknüpfungstat-sachen nicht möglich.

bb) *Wenn nur ein Teil des Kennzeichens zuverlässig abgelesen werden konnte*, kann anhand eines sogenannten Tabellierbandes des Kraftfahrtbundesamtes festgestellt werden, welche Fahrzeuge, die der Beschreibung des Zeugen entsprechen, mit diesem Teil des Kennzeichens dort registriert sind. Bezüglich der so ermittelten Fahrzeuge müssen dann weitere Ermittlungen nach Maßgaben des folgenden Abschnittes durchgeführt werden.

14 Bender: a. a. O., S. 335.

15 Hans-Jürgen Gebhardt, Das verkehrsrechtliche Mandat, Hamburg, 2003, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 23.

16 § 33 Abs. 1, Ziff. 1 und 2 StVG.

17 § 36 Abs. 2, Ziff. 1c, 35 Abs. 1, Ziff. 2 StVG i. V. m. §§ 161/163 StPO.

cc) *Sofern die ermittelten Kfz-Daten mit der Zeugenaussage übereinstimmen*, kann der Halter¹⁸ des Fahrzeugs über ZEVIS unschwer und unverzüglich festgestellt werden. Es handelt sich um die sattsam bekannte Problematik sogenannter „Kennzeichenanzeigen“¹⁹. Der früher vereinzelt vertretenen Auffassung, dass bei privat genutzten Pkw allein aus der Haltereigenschaft auf die Fahrereigenschaft zur Tatzeit geschlossen werden könne²⁰, sind das Bundesverfassungsgericht²¹ und der Bundesgerichtshof²² entgegengetreten. Ob die sogenannte „informativische Befragung“ bei diesem Ermittlungsstand zulässig ist, oder ob gemäß §§136,163a StPO eine Belehrung über die Beschuldigten-

18 Zur Problematik des Halterbegriffs vgl. u. a. Peter Hentschel: Straßenverkehrsrecht, München, 2001, 36. Aufl., § 7 StVG, Rdnrn. 14–25 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; OLG Hamm NZV1990, S. 363.

19 Vgl. u.a. Peter Hentschel, a. a. O., Einleitung, Rdnr. 96a.; Gebhardt: a. a. O., Kap. 2, § 10; Janiszewski, Anw.Bl., 1981, S. 350 ff.; BGHSt 25, S. 365 ff. BVerfGE 80, S. 109 jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Die Problematik eines konkreten Tatnachweises ist hinreichend bekannt. Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichtes führt in seiner Entscheidung vom 1.6.1989 (BVerfGE 80, S. 109 ff) zur Verfassungsmäßigkeit der Kostenhaftung des Kfz-Halters nach § 25 a StVG diesbezüglich aus, dass seit Beginn der 70er Jahre beobachtet worden sei, dass Kfz-Halter in zunehmendem Maße ihre Mitwirkung bei der Ermittlung des Fahrzeugführers versagen würden. Entweder würden sie jede Aufklärung darüber ablehnen, wem sie ihren Wagen überlassen oder üblicher Weise zur Verfügung gestellt hätten oder sie würden sich darauf berufen, sich nicht mehr den für den Tatzeitpunkt in Betracht kommenden Fahrer erinnern zu können. In erheblichem Umfang würden sie auch geltend machen, dass ihr Fahrzeug von einem nahen Familienangehörigen gefahren würde, dessen Namen sie – in Ausnutzung ihres Schweige- oder Aussageverweigerungsrechts – nicht preisgeben müssten. Andere Halter würden auf Fahrer verweisen, die für die Verfolgungsbehörde nicht erreichbar sein könnten, wie etwa ein angeblich wieder in das Ausland zurückgekehrter Freund oder ein angeblich unter vielen anderen in Betracht kommenden Kaufinteressenten. Aufgrund von Publikationen und anonymen an Windschutzscheiben falsch parkender oder haltender Fahrzeuge angebrachten schriftlichen Hinweisen, seien die Möglichkeiten, sich einer Verfolgung nach Kennzeichenanzeigen zu entziehen, allgemein bekannt und würden zunehmend genutzt. Da nur noch "Gutwillige" oder "Unerfahrene" verfolgt werden könnten, würden Verstöße immer mehr zunehmen. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des verantwortlichen Fahrers würden eine zunehmende Belastung von Ermittlungsbehörden und Gerichten sowie eine erhebliche Kostenbelastung des Staates bewirken. Die dargelegten Zustände bei der Verfolgung von Kennzeichenanzeigen würden allgemein als eine das Gerechtigkeitsgefühl störende Beeinträchtigung der Rechtspflege beklagt werden. Die zur Behebung der Missstände erörterten Abhilfemöglichkeiten (u.a. Fahrerkennzeichen, vereinfachte Voraussetzungen für die Fahrbuchauflage, Auskunftspflicht des Halters) seien spätestens Anfang der 80er Jahre intensiv erörtert worden, ohne dass sich gesetzgeberisch in diesem Zusammenhang verbesserte Aufklärungsmöglichkeiten ergeben hätten. Lediglich bei Park- und Halteverstößen sei mit §25 a StVG eine Kostentragungspflicht des Halters eingerichtet worden.

20 OLG Hamm, NJW 1973, 159; DAR 1972, S. 190.

21 NJW 1994, S. 847.

22 BGHSt, 25, S. 365 ff.; Zutreffend wird in dieser Entscheidung auch darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung zwischen privater und gewerblicher Nutzung eines Kfz im Einzelfall problematisch sein kann.

rechte stattfinden muss, ist streitig²³. Zur Vermeidung unnötiger Risiken sollte m. E. eine Belehrung erfolgen.

- 23 Wenn sonst keine weiteren Verdachtsmomente für die Täterschaft des Halters vorhanden sind, ist die sogenannte „informativische Befragung“ zwar zulässig, stellt jedoch m. E. ein unnötiges Risiko dar. Die Zulässigkeit der informativischen Befragung bei diesem Ermittlungsstand ergibt sich m. E. aus dem Inhalt der beiden letztgenannten Entscheidungen, in denen ausgeführt wird, dass zwar davon ausgegangen werden könne, dass Privatfahrzeuge überwiegend von ihren Haltern selbst gefahren würden, jedoch die Möglichkeit, dass es von anderen Personen (Familienangehörige, Angestellte, Freunde oder Bekannte des Halters) geführt wurde im Allgemeinen zu naheliegend sei, als dass sie ohne weiteres außer Acht gelassen werden könne. Die entgegenstehende Auffassung des AG Bayreuth (NZV 03, 202 mit zustimmender Anmerkung Heinrich) ist nicht näher belegt. Sie wird zwar von Meyer-Goßner (StPO München, 2004, 47. Aufl., Einleitung, Rdnr. 78) befürwortet; allerdings erreicht m. E. der in diesem Ermittlungsstadium vorhandene Verdachtsgrad nicht aus, um nach den Grundsätzen von BGHSt 38, S. 214 ff.; BGHSt 37, S. 48 ff. von einer Überschreitung des den Strafverfolgungsbehörden eingeräumten Beurteilungsspielraums bei der Annahme von Beschuldigteneigenschaft ausgehen zu können. (Vgl.: ter Veen: Die Zulässigkeit der informativischen Befragung, StV 1983, S. 293, Schünemann DRiZ 1979, S. 101 ff.; der es nicht einmal als ausreichend für die Beschuldigteneigenschaft ansieht, wenn ein Polizist im Rahmen einer Gegenanzeige vom Beschuldigten einer Straftat der Körperverletzung im Amt bezichtigt wird.) Dem stimmt Meyer-Goßner (a. a. O., Rdnr. 77) zu, der im Übrigen ausführt, dass – wenn der Täter in einem bestimmten Personenkreis zu suchen sei – nicht von vorneherein alle Angehörigen dieser Gruppe als Beschuldigte behandelt werden müssten (a. a. O., Rdnr. 78). Aus den vorgenannten Entscheidungen (Fußnoten²⁰ und²¹) ergibt sich aber gerade, dass ein solcher Personenkreis anzunehmen ist, wenn außer der Haltereigenschaft keine weiteren Beweise vorliegen. Bei sofortiger Belehrung tritt das Problem der Erforderlichkeit einer sogenannten qualifizierten Belehrung gar nicht erst auf. Letztere soll in einer Nachvernehmung erforderlich sein, wenn der Beschuldigte zuvor unzulässigerweise informativisch befragt wurde. Er wäre dann über die Unverwertbarkeit der dabei gemachten Angaben zu belehren (vgl. dazu im Einzelnen: Meyer-Goßner: a.a.O., § 136 StPO, Rdnr. 9 mit weiterem Nachweis). Da die Zulässigkeit der informativischen Befragung bei diesem Ermittlungsstand einerseits streitig ist, andererseits das Erstaussageverhalten der Halter weniger von der durchgeführten Belehrung über die Rechte aus §136, 163a StPO als von anderen Faktoren wie faktisch psychische Zwangssituation, bzw. Herkunft und Handlungskompetenz der befragten Person abhängt (vgl. ter Veen: Die Zulässigkeit der informativischen Befragung, StV 1983, s. 293, 296. Dies deckt sich voll und ganz mit meinen Erfahrungen in der Praxis), sollte belehrt werden. Ist die Belehrung nicht aktenkundig und wäre man der Meinung, dass sie wegen Beschuldigteneigenschaft hätte erfolgen müssen, ist nach den Grundsätzen von BGHSt 38, S. 214 ff. zu prüfen, ob ein Beweisverwertungsverbot besteht.
- Es ist im Freibeweisverfahren zu klären, ob belehrt wurde, sofern tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass der Hinweis versäumt wurde.
 - Lässt sich nicht klären, ob belehrt wurde, darf verwertet werden! Diese – bei oberflächlicher Betrachtung überraschende – Aussage erweist sich als konsequent, wenn man sich die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor Augen führt, wonach Verwertungsverbote als Ausnahmetatbestände nur dann angenommen werden können, wenn die entsprechenden Voraussetzungen eindeutig vorliegen.
 - Wer sein Schweigerecht kennt, muss ebenfalls belehrt werden, jedoch gilt hier kein Verwertungsverbot. Daraus folgt, dass eine zum angebrachten Zeitpunkt unterlassene Belehrung dadurch "geheilt" werden kann, dass nachträglich festgestellt wird, dass die Auskunftsperson zum Zeitpunkt ihrer Angaben ihr Schweigerecht kannte.
 - Verwertbarkeit liegt auch dann und so lange vor, wenn nicht bis zum Zeitpunkt von § 257 StPO der Verwertung des Inhalts der Aussage widersprochen wurde. § 257 StPO bezieht sich auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs liegt nach dem Ende der Aussage, auf die sich der Inhalt der ohne Belehrung gemachten Bekundungen bezieht. Der Widerspruch muss also erklärt werden, bevor das Gericht in weitere (andere) Beweiserhebungen eintritt.

Als Ermittlungsmöglichkeit ergibt sich zunächst die Befragung des „Halters“. Wenn belehrt wurde, besteht an der Beschuldigteneigenschaft des Hähers wegen dieses formellen Verfolgungsaktes kein Zweifel mehr²⁴.

Räumt der Hähler die Fahrereigenschaft ein, was in der Praxis nicht allzu selten ist, müssen die übrigen Voraussetzungen an den Nachweis der Tat geprüft werden. Macht er eine andere Person namhaft, ist diese als Beschuldigte nach den gleichen Grundsätzen, wie oben dargelegt, zu befragen.

Macht der Halter keine weiterführenden Angaben, darf sich dies nicht zu seinem Nachteil auswirken²⁵. Es müssen dann *weitere, den Verdacht verstärkende Begleitumstände*, ggf durch Befragung von Nachbarn oder Arbeitskollegen pp., ermittelt werden Als solche sind von der Rechtsprechung angesehen worden: Welchen Beruf²⁶ hat der Halter, wo arbeitet er, welche Arbeitszeiten hat er, zu welchen Zeiten fährt er mit seinem Fahrzeug zur Arbeit oder nach Hause, handelt es sich bei ihm um einen bekannten Alleinfahrer, handelt es sich bei seinem Kfz um ein Spezialfahrzeug, welches normalerweise nicht verliehen wird, gibt es weitere Fahrerlaubnisinhaber im Haushalt des Halters²⁷? Falls danach weitere verdachtsverstärkende Umstände ermittelt werden können, könnte die Fahrereigenschaft reversionssicher festgestellt werden.

Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass nicht in jedem Fall umfangreiche Beweise erhoben werden müssen. Die Aussageverweigerung des beschuldigten Fahrzeughalters zwingt nicht dazu, allen denkbaren, aber ganz unwahrscheinlichen oder gar abwegigen Fallgestaltungen nachzugehen. So könne z. B. im Allgemeinen die Möglichkeit,

24 BGHSt 10, S. 10 ff.; BGHSt 34, s. 140 ff.; BGHSt 38, s. 214 ff.; Beschuldigter ist nur der Tatverdächtige, gegen den das Verfahren als solcher betrieben wird (vgl. Meyer-Goßner, a. a. O., Rdnr. 76, m. w. N.), wobei die Beschuldigteneigenschaft in erster Linie nicht durch die Stärke des Tatverdachts, sondern durch einen entsprechenden Verfolgungswillenakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde begründet wird (BGHSt 34, S. 140 ff.), hierbei steht den Verfolgungsbehörden ein Beurteilungsspielraum zu. Unzulässig ist es allerdings, bei erheblichen Verdachtsgründen den Betroffenen willkürlich in eine Zeugenrolle zu drängen. Dies ist unwirksam (BGHSt 10, S. 10 ff.).

25 BGHSt 25, S. 365 ff.; Hentschel, a.a.O., Rdnr. 96a.

26 Vgl. hierzu § 33 Abs. 2 StVG in Verbindung mit § 35 Abs. 3 Ziff. 1 a, Ziff. 2 StVG.

27 BGHSt 25, S. 365 ff.; Hentschel, a.a.O., Rdnr. 96a m. w. N. Das Wegfahren eines parkenden Pkw durch den Halter kann als Indiz dafür, dass er es auch vorher fuhr, angesehen werden. Das Abholen eines vorschriftswidrig geparkten und daher abgeschleppten Pkw durch den Halter kann als Anhaltspunkt für vorheriges Führen gelten, wenn zwischen dem Abschleppen und Abholen wenig Zeit verstrich, pp

dass der Fahrzeughalter seinen Wagen einem zu ihm nicht in näherer Beziehung stehenden Dritten überlassen hat, außer Betracht bleiben, wenn nicht besondere Umstände auf sie hindeuteten.

Es liegt auf der Hand, dass Umstände, die auf die konkreten Nutzer des Tatfahrzeugs zur Tatzeit hinweisen, umso besser festgestellt werden können, *je zeitnäher sie ermittelt werden*.

Bei einem *gewerblich genutztem Pkw* ist der Verantwortliche der Firma bzw. sind deren Angestellte – ggf. richterlich oder staatsanwaltschaftlich – als Zeugen zur Identität des Fahrers zur Tatzeit zu vernehmen, da die Vermutung, dass der Halter des Pkw auch der Fahrer gewesen sein könnte, bei gewerblicher Nutzung des Kfz nicht besteht, daher also keine ausreichenden Tatsachen für die Annahme von Beschuldigteneigenschaft vorliegen²⁸.

28 Bemerkenswert bzgl. der zeugenschaftlichen Vernehmung des Halters ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16.11.1998 (DAR 99, S. 65 ff), der folgender Fall zugrunde lag: In einem Verfahren wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort hatte sich der Halter des unfallverursachenden Fahrzeugs zum Tatvorwurf dahingehend eingelassen, er kenne den Namen des Fahrers, der mit seinem Kfz den Unfall verursacht habe und dieser sei mit ihm weder verwandt noch verschwägert. Daraufhin stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen ihn mangels Nachweises ein und ließ ihn in den dann vorliegenden Verfahren gegen Unbekannt zur Identität des Fahrers zum Unfallzeitpunkt zeugenschaftlich von dem Ermittlungsrichter vernehmen. Nunmehr verweigerte der spätere Beschwerdeführer unter Berufung auf § 55 StPO die Auskunft auf diese Frage, mit der Begründung, er setze sich bei pflichtgemäßer und vollständiger Äußerung selbst der Gefahr der Strafverfolgung aus. Der Ermittlungsrichter ordnete daraufhin „gemäß § 70 Abs. 2 StPO Ordnungshaft“ bis zu 6 Wochen an. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Betroffenen verwarf das Landgericht als unbegründet, weil ihm in dieser Sache das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO nicht zustehe, weil er ausweislich seiner früheren Angaben, durch eine wahrheitsgemäße Aussage weder sich noch einen Angehörigen der Strafverfolgung aussetze. Die gegen die Entscheidung des Landgerichts eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das Verfassungsgericht führte aus, dass tatsächlicher Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Beschwerdeführer sich bei wahrheitsgemäßer Beantwortung der an ihn gestellten Frage selbst der verfahrensgegenständlichen Straftat bezichtigen müsste, die Haltereigenschaft bzgl. des offenbar privat genutzten unfallbeteiligten Fahrzeugs sei. Diesen tatsächlichen Anhaltspunkt habe das Landgericht durch die Erklärungen des Betroffenen gegenüber der Polizei und der Staatsanwaltschaft als entkräftet angesehen. Das Landgericht habe aber nicht offengelegt, auf grund welcher Überlegungen es die naheliegende Möglichkeit ausschloss, dass es sich bei den ursprünglichen Erklärungen lediglich um eine Schutzbehauptung des Beschwerdeführers gehandelt habe. Die Staatsanwaltschaft habe dies ersichtlich nicht ausgeschlossen. Dies ergabe sich aus der Begründung für die Verfügung, mit der sie das gegen den Beschwerdeführer eingeleitete Strafverfahren eingestellt habe. Dort werde ausgeführt, es könne dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden, dass er zum Zeitpunkt des Unfalls das Fahrzeug selbst gefahren habe. Der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass niemand gezwungen werden könne, gegen sich selbst auszusagen, hätte das Landgericht zumindest veranlassen müssen, sich in den Gründen der angegriffenen Entscheidung mit der Glaubhaftigkeit der von dem Beschwerdeführer als Beschuldigten abgegebenen Erklärungen auseinander zu setzen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die angegriffene Entscheidung auf dem Verfassungsverstoß beruhe.

c) Kennzeichen und Kfz stimmen überein, *eine Fahrerbeschreibung ist vorhanden*

aa) *Stimmt die von den Zeugen abgegebene Personenbeschreibung mit dem Erscheinungsbild des Halters überein, was der ermittelnde Polizeibeamte beim ersten Antreffen dieser Person unschwer festzustellen vermag, ist eine derartige Verdachtsverdichtung eingetreten, dass eine „informatiorische Befragung“ jedenfalls unzulässig ist. Eine bestandskräftige Verurteilung könnte bei dieser Beweislage schon revisionssicher begründbar sein, falls eine detaillierte Beschreibung des Fahrers, eventuell sogar die seltener markanten Einzelheiten seines äußeren Erscheinungsbilds vorlägen. Ist die Personenbeschreibung aber zu vage, weil die angegebenen Identifikationsmerkmale auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen zutreffen, muss die Fahrereigenschaft durch weitere Ermittlungen bewiesen werden.*

Neben der bereits zuvor genannten Aufklärung von Begleitumständen, wie berufliche Situation des Halters und konkrete Nutzungsverhältnisse seines Pkw kann hier zusätzlich ein Nachweis durch Identifizierungsmaßnahmen, wie Gegenüberstellung gemäß § 58 Abs. 2 StPO bzw. Lichtbildvorlage oder Videoaufzeichnung gemäß § 81 b StPO, geführt werden²⁹.

29 Bei der Identifizierungsgegenüberstellung wird der Beschuldigte von den Zeugen in Augenschein genommen und nur diese zum Wiedererkennen vernommen. Der Beschuldigte muss die in Augenscheinnahme dulden, obwohl er als solcher die Aussage verweigern könnte. Das jeweilige Erscheinen der Beteiligten kann durch richterliche Anordnung erzwungen werden, ebenso wie das Tragen bestimmter Kleidung durch den Beschuldigten bzw. die Veränderung seiner Haar- bzw. Bartracht pp. (Meyer-Goßner: a. a. O., § 58 Rdnrn. 9–11 m. w. N.) Lichtbilder vom Beschuldigten dürfen gemäß § 81 b StPO auch gegen seinen Willen aufgenommen werden, soweit es für die Zwecke des Strafverfahrens notwendig ist, ebenso wie unter den gleichen Voraussetzungen als „ähnliche Maßnahme“ im Sinne dieser Vorschrift auch die Anfertigung eines Videofilms zulässig ist (Meyer-Goßner: a. a. O., § 81 b, Rdnr. 8, m. w. N.) Zuständig für die Anordnung sind im Ermittlungsverfahren die Beamten der Staatsanwaltschaft und des Polizeidienstes, auch wenn sie nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind. Maßnahmen gemäß § 81 b StPO sind schon unmittelbar nach der Tat sogar noch am Tatort zulässig (Meyer-Goßner: a. a. O., § 81 b, Rdnr. 9, m. w. N.), wobei die Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds des Beschuldigten von den Beamten angeordnet und ggf. zwangsweise durchgesetzt werden kann (BGH, NSTZ 1993, S.47). Unmittelbarer Zwang ist auch ohne vorherige Androhung zulässig, die Rechtsgrundlage hierfür ist § 81 b StPO selbst. Falls aus irgendwelchen Gründen die Anfertigung von Lichtbildern des Halters nicht möglich sein sollte, können die Strafverfolgungsbehörden auch auf Lichtbilder der Person, die bei den Meldebehörden vorliegen, zurückgreifen. Die Voraussetzungen für die Übermittlung der Bilder sind in § 22, Abs. 2, Passgesetz sowie § 2 b, Abs. 2, Personalausweisgesetz geregelt. Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden zur Anforderung derartiger Lichtbilder ergeben sich aus §§ 161, 163 StPO. Diese sind sowohl als personenbezogene Daten nach § 3, Abs. 3, Bundesdatenschutzgesetz, als auch als Informationen gemäß §§ 21, Passgesetz, bzw. § 2 a, Personalausweisgesetz anzusehen

Um den Anforderungen der Rechtsprechung an die Irrtumsfreiheit der Identifikation zu genügen, muss die Identifizierung unbedingt als Wahlgegenüberstellung bzw. Wahllichtbildvorlage bzw. Videowahlgegenüberstellung erfolgen, wie es auch Nr. 18 der RiStBV vorschreibt³⁰. Eine *Einzelgegenüberstellung* bzw. eine *Einzellichtbildvorlage* hat nicht nur einen *sehr geringen Beweiswert*³¹, sondern beeinträchtigt darüber hinaus bei späterer Durchführung von Wahlgegenüberstellungen bzw. Wahllichtbildvorlagen die Beweisführung erheblich, da anerkannt ist, dass einem *wiederholten Wiedererkennen nur ein sehr stark eingeschränkter Beweiswert* zukommt³². Dies gilt umso mehr, wenn sich der Zeuge bei der Wahrnehmung der konkreten Tatumstände in einer schwierigen und fehlerträchtigen Wahrnehmungssituation befand³³. Letzteres ist aber bei Anzeigen gegen Verkehrsrowdys die Regel, da der Fahrer des anderen Fahrzeugs normalerweise nur kurzzeitig durch zwei Glasscheiben hindurch betrachtet werden kann und darüber hinaus die Straßenführung und der sonstige Verkehr im Auge behalten werden muss.

Neuerdings wird in diesem Zusammenhang die *sequentielle oder sukzessive Gegenüberstellung* empfohlen, bei welcher der Zeuge jeweils nur eine Person sieht, ihm aber nacheinander mehrere Personen

(vgl. Schäpe: Grenzen der Fahrerermittlung durch die Behörde, DAR 99, S. 186/187). Die Pass- bzw. Personalausweisbehörde darf diese Daten nur übermitteln, wenn sie bei dem Betroffenen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand erhoben werden können. Hier wird also dem Datenschutz grundsätzlich der Vorrang vor dem Aufklärungsinteresse der Strafverfolgungsbehörden eingeräumt. Ob ein Verstoß gegen die vor genannten Einschränkungen ein Beweiserhebungsverbot nach sich zieht, ist streitig (dafür: OLG Frankfurt, NJW 1997, S. 2963; Bayerisches Oberlandesgericht, NZV 1998, S. 339, dagegen: OLG Stuttgart, ZfS 2002, S. 550, jeweils m. w. N.). Einigkeit besteht jedoch darin, dass hieraus ein Beweisverwertungsverbot nicht resultiert (vgl. die vorgenannten Entscheidungen a. a. O) Da die Strafverfolgungsorgane gesetzmäßig zu ermitteln haben und insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist, bedeutet dies, dass Lichtbilder der Meldebehörden erst herangezogen werden dürfen, wenn zuvor die Identifikation durch Aufsuchen der Person vergeblich versucht wurde. Dies stellt allerdings keine wesentliche Einschränkung der Ermittlungsbefugnisse dar, da klar sein dürfte, dass Lichtbildern, die zeitnah zur Tat gemäß § 81 b StPO angefertigt wurden, vom Beweiswert her der Vorzug vor Lichtbildern der Meldebehörde zukommt, die teilweise schon vor Jahren und unter „idealen Bedingungen“ aufgenommen wurden. Wegen der Dreidimensionalität kommt der Gegenüberstellung gegenüber der lediglich zweidimensionalen Lichtbildvorlage, bzw. Videogegenüberstellung der höchste Beweiswert zu.

30 Eisenberg: Kriminalistik, 1995, S. 458; OLG Koblenz: STV 2001, S. 444; OLG Köln: STV 1986, S. 12.

31 BGH: NSTZ 1982, S. 342; OLG Stuttgart: NSTZ RR 1997, S. 311.

32 Seit BGHSt 16, S. 204, ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH: NSTZ 1998, S. 266; LG Münster, ZfS 2003, S. 152.

33 OLG Düsseldorf: DAR 2003, S. 40; OLG Düsseldorf StV 2001, S. 445.

bzw. Lichtbilder gezeigt werden³⁴. Die Gesamtzahl der Vergleichspersonen wird vorher nicht mitgeteilt. Der Zeuge muss so ein absolutes Ähnlichkeitsurteil fällen. Die bei der gleichzeitigen Wahllichtbildvorlage existierende Gefahr, dass er in einer Reihe ihm nebeneinander präsentierter Bilder die Person identifiziert, die seiner Erinnerung an den Täter am ehesten entspricht, die aber nicht der Täter sein muss, ist so ausgeschlossen. Sobald eine Identifikation erfolgt, werden keine weiteren Lichtbilder vorgelegt. Selbstverständlich wird wegen des eingeschränkten Beweiswerts des wiederholten Wiedererkennens nur ein Durchgang durchgeführt. Der BGH hat in einem Beschluss vom 09.03.2000³⁵ darauf hingewiesen, dass Wahlgegenüberstellungen in der Hauptverhandlung entbehrlich seien, wenn bereits im Ermittlungsverfahren Wahllichtbildvorlagen oder Wahlgegenüberstellungen erfolgten. Zudem sei eine sukzessive (sequentielle) Gegenüberstellung einer Wahlgegenüberstellung vorzuziehen. Alle maßgeblichen Umstände der Identifizierungsmaßnahmen sind *vollständig aktenkundig* zu machen, um den Beweiswert der so „vorweggenommenen Beweisaufnahme“ in der Hauptverhandlung nachvollziehbar beurteilen zu können³⁶.

bb) *Falls die Fahrerbeschreibung des Zeugen nicht mit dem Erscheinungsbild des Halters übereinstimmt*, ist letzterer zeugenschaftlich – ggf. richterlich oder staatsanwaltschaftlich zur Identität des Fahrers zu vernehmen. Beruft er sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht, müssen im „Umfeld“ (Nachbarschaft, Arbeitsstelle, pp.) Feststellungen dahingehend getroffen werden, ob die abgegebene Täterbeschreibung auf Personen zutrifft, die dem Halter so nahe stehen, dass sie als Nutzer seines Fahrzeuges in Betracht kommen. Auf die Ausführungen zu 2 b) cc) wird verwiesen.

Angehörige des Halters können auch nach § 61 Personenstandsgesetz ohne größere datenschutzrechtliche Schranken beim örtlichen

34 Schwarz: Kriminalistik, 1999, S. 397; Merten/Schwarz/Walser: Kriminalistik, 1998, S. 421; Odenthal: NStZ 2001, S. 580; Eisenberg: a. a. O.

35 StV 2000, S. 603.

36 OLG Köln, StV 1982, S. 12; Wahlgegenüberstellungen bzw. Videowahlgegenüberstellungen sind in der Praxis selten, da die Schwierigkeit besteht, geeignete Vergleichspersonen zu finden. Diese müssen nämlich alle die Merkmale aufweisen, die der Zeuge zuvor in seiner Täterbeschreibung angab, damit seiner Identifikation auch ein wirklicher Beweiswert zukommt (OLG Köln, StV 1994, S. 67). Vergleichsbilder für eine Wahllichtbildvorlage, die die vorgenannten Anforderungen erfüllen, können heutzutage zeitnah und unschwer per Computer als Phantombilder hergestellt werden, weshalb in der Praxis die Wahllichtbildvorlage die Regel ist.

Standesamt festgestellt und die jeweiligen Adressen ggf. über die Melderegister ermittelt werden³⁷.

- d) Betrachtet man die *Rechtsfolgen*, die den ermittelten Verkehrsstraftäter treffen, stellt man zunächst fest, dass sich in der Regel die verhängten Geld- bzw. Freiheitsstrafen auf durchaus vergleichbarem Niveau mit den Sanktionen von Taten des sonstigen Strafrechts bei gleichen Strafrahmen bewegen. Die mögliche Höhe der Rechtsfolgen für die typischen Verkehrsdelikte (§§ 316, 315c, 315b, 142, 240, 229, 222 StGB, 2, 21 StVG, 1, 6 Pflichtversicherungsgesetz pp.) ist m. E. ausreichend, um die Strafzwecke zu erfüllen. Auch die Ausschöpfung der Strafrahmen durch die Gerichte bietet m.E. in der Regel keinen Anlass zur Kritik.

In Gestalt des Fahrverbots, der gerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis und der Sperre für deren Wiedererteilung existieren jedoch weitere Rechtsfolgen, die den Täter für eine gewisse Zeit von der aktiven Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr ausschließen – bis hin zum Extremfall der Entziehung der Fahrerlaubnis für immer. Dies kann im Einzelfall den Verurteilten härter treffen, als die sonstige Strafe. In einer Zeit, in der kleine Geschäfte und Kleinbetriebe zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs in den alten Ortskernen immer seltener werden, weil sie zunehmend von großen Handelsketten und Konzernen in Industriegebieten vom Markt verdrängt werden, in der Verkehrsbranche unrentable Nebenstrecken in zunehmendem Maße aus Kostengründen nicht mehr weiter betreiben, in der Grundschulen zusammengelegt werden und Großbetriebe ihre einzelnen Standorte zentralisieren, ist der Einzelne mehr auf Mobilität angewiesen, als es früher der Fall gewesen war. Arbeitsplätze werden seltener und damit kostbarer. Die Entziehung der Fahrerlaubnis kann grundsätzlich eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu geänderten Bedingungen fortgeführt werden kann³⁸. Wer heutzutage seinen Arbeitsplatz verliert und nicht alsbald einen neuen findet, läuft aufgrund der sogenannten Hartz-IV-Gesetzgebung Gefahr, nach relativ kurzer Zeit Sozialhilfeempfänger zu werden.

37 Vgl. zum diesbezüglichen Datenschutz beispielsweise § 31 Abs. 3 Saarländisches. Melderegister abgedruckt in BS Saar unter Nr. 210–1).

38 Janiszewski/Jagow/Burmann: Straßenverkehrsrecht, München, 2004, 18. Aufl., § 69 Rdnr. 21; BAG: Der Betrieb, 1978, S. 1790.

Fahrverbot und Entziehung der Fahrerlaubnis sind rechtlich sehr unterschiedlich ausgestaltet.

Das Fahrverbot gemäß § 44 StGB ist *Nebenstrafe*³⁹, setzt also die Verhängung einer Hauptstrafe voraus und unterliegt den allgemeinen Strafzumessungsregeln⁴⁰. Dies bedeutet unter anderem, dass individuelle Härten für den Täter berücksichtigt werden dürfen und müssen. Das Fahrverbot kann, muss also nicht, angeordnet werden. Es besteht zwischen Haupt- und Nebenstrafe eine *Wechselwirkung* dergestalt, dass *beide zusammen* die Tatschuld nicht übersteigen dürfen⁴¹.

Demgegenüber stellt die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 Abs. 1 StGB eine *Maßregel der Sicherung und Besserung* dar. Sie dient allein der Sicherung der Allgemeinheit vor weiteren Gesetzesverletzungen durch den Täter⁴². Diese Qualität hat unter anderem zur Folge, dass individuelle Härten für den Täter grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig sind, da sie gegenüber der Sicherheit des Straßenverkehrs zurückzutreten haben⁴³. Die Anordnung der Maßregel steht nicht im Ermessen des Gerichts, sondern hat zwingend zu erfolgen, wenn die Voraussetzungen vorliegen⁴⁴. Eine Wechselwirkung mit der Strafe besteht grundsätzlich nicht. Gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 StGB findet bei der Entziehung der Fahrerlaubnis die gemäß § 62 StGB bei Maßregeln der Sicherung und Besserung grundsätzlich erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung *nicht* statt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) findet lediglich bei der Frage, ob Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen vorliegt, eingeschränkte Beachtung.

Noch rigoroser wird die gesetzliche Systematik, wenn ein sogenannter Regelfall der Ungeeignetheit gemäß § 69 StGB vorliegt- In diesen Fällen wird die Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahr-

39 BGH: NZV; 2003, S. 199; Hentschel: Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot, München. 2003, 9. Aufl., Rndnr. 900; Bundestagsdrucksache IV/651, S. 12, 13 List: VGT 1975, S. 40 ff.

40 Hentschel: Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot, München. 2003, 9. Aufl., Rndnr. 916.

41 BGHSt 29, s. 61; Tröndle/Fischer: StGB, §44, Rndnr. 2; Das Ermessen des Gerichts ist gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 StGB nur eingeengt, wenn in den Fällen einer Verurteilung gemäß § 315c, Abs. 1a, Abs. 3 oder § 316 StGB die Entziehung der Fahrerlaubnis unterbleibt.

42 Hentschel: Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot, München. 2003, 9. Aufl., Rndnr. 566, 567;

43 Janiszewski/Jagow/Burmann: Straßenverkehrsrecht, München, 2004, 18. Aufl., § 69 Rndnr. 11.

44 Hentschel: Straßenverkehrsrecht, München, 2003, 37. Aufl., § 69, Rndnr. 22.

45 Hentschel: Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot, München. 2003, 9. Aufl., Rndnr. 650.

zeugen indiziert. Eine Gesamtwürdigung aller Umstände, einschließlich der Persönlichkeit des Täters, wie sie § 69 Abs. 1 StGB stets erfordert, und bei der dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen ist, findet nicht mehr statt⁴⁶. Es muss lediglich noch festgestellt werden, dass eine Regeltat verwirklicht wurde und dass keine Ausnahmetatbestände vorliegen⁴⁷. Raum zur Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist daher lediglich noch bei der Frage vorhanden, ob die Tat Ausnahmecharakter hat. Ausnahmetatbestände wiederum unterliegen nach der Rechtsprechung strengen Anforderungen. Täter eines Regelbeispiels verlieren also in der Regel ihre Fahrerlaubnis ohne Rücksicht auf persönliche oder wirtschaftliche Folgen, wobei in den Fällen der §§ 315c, 316 und des Vollrausches im Sinne von § 69 Abs. 2 Nr. 4 StGB lediglich fahrlässige Begehung ausreicht.

Rigoroser als in § 69 Abs. 2 StGB kann ein Ausschluss von der aktiven Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr gesetzlich kaum gestaltet werden. Wer noch strenger sein will, mag laut darüber nachdenken, ob beispielsweise

aa) analog § 21 Abs. 3 StVG bei Verkehrsstraftaten, bei denen das Fahrzeug tatnotwendiges Mittel ist, ein spezieller Einziehungstatbestand geschaffen werden soll oder

bb) Nötigung im Straßenverkehr mit kausal herbeigeführter konkreter Gefährdung in den Katalog von § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB oder als gesonderten Tatbestand in den Regelfallkatalog von § 69 Abs. 2 StGB aufgenommen werden sollen.

In der Praxis ist mir gerade bei der Anwendung von Regelfällen im Sinne von § 69 Abs. 2 Ziff 1 StGB im Zusammenhang mit den sogenannten „sieben Todsünden“ von 315c Abs. 1 Ziff. 2 StGB nicht immer wohl. Kann man den angezeigten Sachverhalten normalerweise noch relativ sicher entnehmen, ob grob verkehrswidrig und rücksichtslos eine der dort genannten Verhaltensweisen verwirklicht wurde, so bereitet die Handhabung des Begriffs der konkreten Gefährdung regelmäßig Schwierigkeiten.

Oft fehlen in der Praxis hinreichend genaue Protokollierungen des räumlich-zeitlichen Hergangs bei der Erstanzeige. Ergänzende Nachvernehmungen können meistens erst Wochen später veranlasst wer-

46 Hentschel: a.a.O.

47 Hentschel, a.a.O., Rndnr. 22

den, wenn die Akten erstmals der Staatsanwaltschaft vorgelegt wurden. Klar ist, dass der Begriff der konkreten Gefährdung eng ausgelegt werden muss, wie es in Literatur und Rechtsprechung vertreten wird⁴⁸, weil sonst Bagatellsachverhalte viel zu hart geahndet werden würden. Je enger das Merkmal jedoch gefasst wird, desto schwieriger wird die Prüfung, ob es im zugrundeliegenden Lebenssachverhalt verwirklicht wurde.

Wahrnehmungspsychologisch betrachtet wird die Problematik nicht geringer; ist doch erwiesen, dass

- die Beobachtungsgenauigkeit umso geringer ist, je kürzer die Beobachtungszeit ist⁴⁹,
- die Beobachtungsgenauigkeit und -vollständigkeit bei Ereignissen, die eine starke affektive Erregung hervorrufen, geringer ist, als bei affektiv neutralen Ereignissen⁵⁰,
- Schätzungen von Zeugen an der Realität oft weit vorbeigehen⁵¹,
- mit wachsender zeitlicher Entfernung vom Ereignis die Erinnerung daran ungenau und unvollständig wird (was insbesondere bei Nachvernehmungen zu beachten ist)⁵²,
- mit jeder Wiederholungsvernehmung der Aussageinhalt weiter verfälscht wird⁵³.

Wenn aber Tatbestandsmerkmale mit derart immanenten praktischen Schwierigkeiten mit Rechtsfolgen verknüpft werden, die den Justizorganen kaum Beurteilungsspielräume eröffnen, wie es bei den Regelfällen von §§ 69 Abs. 2 Nr. 1, 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB der Fall ist⁵⁴, ist die Gefahr von ungerechten Ergebnissen im Einzelfall hoch⁵⁵.

48 Hentschel: Straßenverkehrsrecht, München, 2003, 37. Aufl., § 315b, Rndnr. 2 mit zahlreichen Nachweisen; Nach BGH: NZV, 1995, S.325 müssen allerdings keine überspannt hohen Anforderungen gestellt werden.

49 Undeutsch: VGT 1983, S. 319 ff.; Bender: VGT 1983, S. 325 ff. (331); Eisenberg: Kriminalistik, 1995, S. 458 ff.

50–53 Undeutsch: a.a.O.; Bender: a.a.O.; Eisenberg: a.a.O.

54 Bei Regelfällen gemäß §§ 69 Abs 2 Ziff 1, 315 c Abs 1 Ziff 1a StGB stellt sich das Problem nicht in diesem Ausmaß, da bei Fehlen einer konkreten Gefährdung immer noch ein Regelfall gemäß §§ 69 Abs. 2 Ziff. 2, 316 StGB verbliebe.

55 Insbesondere in den – in der Praxis nicht seltenen – Fällen, in denen in der Anzeige Sachverhalte gemäß § 315c Abs. 1 Ziff. 2 mit konkreter Gefährdung geschildert werden und der als Fahrer zur Tatzeit ermittelte Beschuldigte schweigt, hat man als Staatsanwalt kaum eine andere Möglichkeit, als sofort einen Antrag gemäß § 111 a StPO zu stellen, in der Hoffnung, dass nicht aus Verärgerung oder zur besseren Rechtfertigung des Anzeigeverhaltens oder – bei vorhandener Aussageehrlichkeit – unzutreffenden Schätzungen keine Übertreibung des Sachverhalts vorliegt.

Ich hätte daher keine Bedenken, wenn man die Fälle von § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB von den Regelbeispielen des § 69 Abs 2 Ziff 1 StGB ausnehmen würde, wie es bei gravierenderen Verkehrsstraftaten nach § 315b StGB in der Form von bewusst verkehrsfundlichem Einsatz des Kfz mit Schädigungsvorsatz ja bereits der Fall ist.

3. Fazit:

Durch die erhebliche zu erwartende weitere Zunahme der Verkehrsdichte wird auch das Aggressionspotential als Auslöser für „rowdyhaft“ begangene Straftaten im Straßenverkehr zunehmen. Obwohl die Nachweisproblematik bei den Kennzeichenanzeigen schon sehr lange bekannt ist und zu Recht allgemein beklagt wird, hat sich im verfahrensrechtlichen Bereich gesetzlich außer der Kostentragungspflicht des Halters bei Halt- oder Parkverstößen gemäß § 25 a StVG nichts Wesentliches geändert. Die Fahrtenbuchauflage gemäß § 31 a StVZO ist gegen Ersttäter naturgemäß unwirksam und hat sich in der derzeitigen Form in der Praxis als „stumpfe Waffe“ erwiesen⁵⁶.

Demgegenüber sind die Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung der objektiven Fakten für die Überzeugungsbildung des Richters gestiegen und damit das Sanktionsrisiko für die Täter gesunken.

Fehler bei den Erstermittlungen sind später kaum wieder gutzumachen. Also sollte der Schulung der Polizeibeamten bezüglich der Maßnahmen des ersten Zugriffs nach § 163 StPO besonderes Augenmerk gewidmet werden.

Selbstverständlich könnte die Anzahl der Amtsanzeigen durch entsprechende Aufrüstung der polizeilichen Ausstattung erhöht werden.

Eine „echte“ Halterhaftung für Verstöße im fließenden Verkehr (nach niederländischem Vorbild) oder eine Auskunftspflicht des Halters (nach österreichischem Vorbild) ist auf europäischer Ebene angedacht, ebenso wie eine verstärkte Verkehrsüberwachung und eine verbesserte statistische Erfassung⁵⁷. Es ist jedoch zu erwarten, dass Verstöße gegen die

56 List: VGT 1975, S. 40 ff.

57 Als Fundstellen wurden mir von Sachbearbeitern des saarländischen Innenministeriums mitgeteilt: Weißbuch der EU-KOM 2001 zur gemeinsamen Verkehrspolitik; Aktionsprogramm Straßenverkehrssicherheit der EU-KOM (KOM(2003)311 endg.); Schlussfolgerungen des Rates (Dok. 10753/1/03 Trans 173, nr.12); Empfehlungen der EU-KOM zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit vom 21. Oktober 2003.

Auskunftspflicht des Halters möglicherweise nur als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden. Falls dies so ist, wird sie für die Verfolgung für Verkehrsstraftaten wenig nützlich sein. Derjenige, der die Wahl hat, entweder selbst eine Ordnungswidrigkeit zuzugeben, statt sich oder einer ihm nahestehenden Person eine Straftat nachweisen zu lassen, wird selbstverständlich die Ordnungswidrigkeitssanktion vorziehen. Eine Strafbewehrung des Verstoßes gegen die Auskunftspflicht wäre daher vorzuziehen⁵⁸.

Die materiellen Straßenverkehrsstrafnormen sind sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenebene ausreichend, um eine effektive Unrechtserfassung und Sanktionierung zu bewirken.

Durch zeitnahe, sachgerechte Ermittlungen im Sinne der vorgenannten Ausführungen könnte m. E. die derzeit schlechte Aufklärungsquote verbessert und das Entdeckungsrisiko für die Täter erhöht werden.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass in der vorerwähnten Untersuchung der Bundesanstalt für Straßenwesen als flankierende Maßnahmen gegen Aggression im Straßenverkehr

- a) neben einer verstärkten polizeilichen Überwachung des Verkehrsgeschehens
- b) Aufklärungs- und Ausbildungsmaßnahmen von Verkehrsteilnehmern zur Verringerung des Aggressionspotentials
- c) Steigerung der Leistungsfähigkeit der Verkehrswege durch intelligente Steuerungsmechanismen der Verkehrsströme
- d) Homogenisierung des Verkehrsablaufs durch situationsangepasste Geschwindigkeitsbeschränkungen und Überholverbote empfohlen werden.

Die Auswirkungen von Geschwindigkeitsbeschränkungen und Überholverböten für LKW wurden in einem Modellversuch überprüft⁵⁸. Man kam zum Ergebnis, dass diese Maßnahmen zur Reduktion der Häufigkeit aggressiver Episoden geeignet sind, da sie die hierfür ursächlichen Geschwindigkeitsdifferenzen im Verkehrsablauf gezielt verringern. In einer Simulation eines zweispurigen Autobahnstreckenabschnitts mit einem Lkw-Anteil von 50% wurde beispielweise festgestellt, dass die Beschränkung der Höchstgeschwindigkeit von 130 auf 110 km/h keinen signifikanten Effekt hatte. Bei weiterer Herabsetzung auf 80 km/h wurde die Häufigkeit aggressiver Episoden der Modellfahrer allerdings um die Hälfte redu-

58 Maag/Krüger: a.a.O., S.155

ziert. Nach dieser Untersuchung steht also fest, dass eine Homogenisierung der Fahrzeuggeschwindigkeiten den Verkehrsablauf deutlich sicherer macht.

Allerdings geht dies ebenso nachgewiesener Maßen auf Kosten des Verkehrsdurchsatzes. Es gibt also einen Zielkonflikt zwischen Verkehrssicherheit und Verkehrsdurchsatz. Die Untersuchung der Wirksamkeit eines Lkw-Überholverbots ergab bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 130 km/h keinen sichtbaren Einfluss auf die Aggressionsneigung. Insbesondere bei Streckentopografien mit häufigen Steigungen bzw. starker Kurvigkeit im Bereich mittlerer Verkehrsstärken ist jedoch ein positiver Effekt zu erwarten. Abschließend kommt die Studie zum Ergebnis, dass kurzfristig vor allem die bedarfsgerechte, intelligente Anpassung der Geschwindigkeitsbeschränkung und des Lkw-Verbots mittels Wechselverkehrszeichen zur Verminderung aggressiver Episoden einsetzbar sei. Diese seien an verkehrlichen Brennpunkten auf Autobahnen häufig anzutreffen und es sei zu erwarten, dass hier ein weiterer Ausbau kontinuierlich erfolge. Mittelfristig könne der positive Effekt der Wechselverkehrszeichen weiter gesteigert werden, wenn diese in ein weiträumiges Verkehrsmanagementsystem einbezogen werden könnten. Langfristig seien Maßnahmen denkbar, die den Fahrer bei der Geschwindigkeits- und Spurwahl aktiv unterstützen.

Strafrecht gegen Verkehrsrowdies

Georg Prasser, Fachanwalt für Strafrecht,
Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins e.V., Stuttgart

A. Vorbemerkungen

1. Auch wenn möglicherweise Erwartungen enttäuscht werden: Zwar bin ich als Verteidiger im sogenannten Autobahnraserfall in der Berufungsinstanz vor dem Landgericht Karlsruhe von meinem Mandanten vollumfänglich von meiner anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht entbunden. Dennoch befasst sich mein Referat nicht – auch nicht am Rande – mit diesem spektakulären, von Teilen der Medien verzerrt dargestellten und von weiten Teilen der Öffentlichkeit (deshalb) unter völlig falschen Vorzeichen diskutierten Fall. Denn nach den – rechtskräftigen – Feststellungen des Landgerichts Karlsruhe war mein Mandant kein „Verkehrsrowdy“. Er war – seine von ihm stets bestrittene Täterschaft unterstellt – weder „Drängler“ noch „Raser“. Vielmehr war es so, dass er mit seinem Pkw sehr schnell (aber innerhalb des Erlaubten und den Verkehrsverhältnissen insoweit angepasst) eine Autobahn auf der linken von drei Spuren befuhr. Zwei ebenfalls die linke Spur befahrende Fahrzeuge wechselten beim Herannahen des schneller fahrenden Fahrzeugs meines Mandanten problemlos auf die (ebenfalls freie) mittlere Fahrspur, und zwar ohne dichtes Auffahren meines Mandanten, ohne ständiges Linksblinken, ohne Lichthupe. Eine die linke Fahrspur relativ langsam befahrende KIA-Fahrerin bemerkte nicht, dass sich von hinten ein schnelleres Fahrzeug näherte. Dieses Nichtbemerken wiederum registrierte mein Mandant zu spät. Deshalb unterschritt er den erforderlichen Sicherheitsabstand zum KIA in der Erwartung, sein Herannahen werde bemerkt und die Fahrspur (wie von den beiden zuvor überholten Pkws) gewechselt. Als die KIA-Fahrerin dann im Rückspiegel das andere Fahrzeug bemerkte, wechselte sie abrupt die Fahrspur und verlor dabei die Kontrolle über ihr Fahrzeug. Mit „Verkehrsrowdytum“ hat dieser Unfall nichts zu tun. Nach den Feststellungen des Landgerichts war mein Mandant weder Rowdy noch „Drängler“ noch gar ein „Rambo im Straßenverkehr“, wie in der Presse wiederholt (falsch) dargestellt.

2. Als Strafverteidiger hat man – habe ich jedenfalls – ein distanzierendes Verhältnis zur Effektivität gesetzgeberischer Maßnahmen, zur Wirksamkeit des Strafrechts überhaupt bei der Bekämpfung gesellschaftlicher Missstände. Strafrecht muss stets ultima ratio sein. Ob Generalprävention und

Abschreckung das bewirken, was sich der Gesetzgeber erhofft, muss bezweifelt werden. Zum Beispiel: Welcher Sexualstraftäter lässt sich – selbst bei Unterstellung uneingeschränkter Schuldfähigkeit – durch eine angeordnete (erhöhte) Höchststrafe von seiner Tat abhalten? Und welcher „Verkehrsröwdy“, der bewusst gegen ihm bekannte Vorschriften im Straßenverkehr verstößt, verhält sich regelkonform, weil er weiß, dass etwa ein weiterer Straftatbestand (beispielsweise eines besonders schweren Falles der Nötigung im Straßenverkehr) geschaffen wurde, um sein Fehlverhalten strafrechtlich verfolgen und „angemessen“ ahnden zu können?

B. Zur Ausgangslage

1. Empirische Daten, die belegten, „Verkehrsröwdytum“ habe signifikant zugenommen, sind nicht bekannt. Verkehrsstatistiken, polizeiliche Kriminalstatistiken, Eintragungen im Verkehrszentralregister oder im Bundeszentralregister sind insoweit nicht aussagekräftig, weil sie u.a. ins Verhältnis zur ständig steigenden Anzahl der Verkehrsteilnehmer gesetzt werden müssten, um eine quantitative (und damit vielleicht auch qualitative) Vergleichbarkeit zu ermöglichen. Außerdem lässt die schlichte Mitteilung über geahndete Verkehrsverstöße per se nicht den Rückschluss zu, es habe sich um „Verkehrsröwdytum“ gehandelt. Wer zu schnell fährt, wer Unfälle verschuldet, muss deshalb noch lange kein „Verkehrsröwdy“ sein. Statistiken liefern bestenfalls Zahlen, aber nie die Hintergründe des jeweiligen Einzelfalles.

2. Vieles, was dem Verkehrsteilnehmer täglich als „Verkehrsröwdytum“ begegnet, nämlich „Drängler“ auf der linken Spur, Rechtsüberholer, „Raser“, Fahrer, die gefährlich überholen, Kurven schneiden, die Vorfahrt erzwingen u.a., ist beinahe „jugendtypisch“, auch wenn die jeweiligen Fahrer erwachsen sind. Das Verhalten ist Ausdruck fehlender persönlicher Reife und fehlender Gelassenheit. Grenzen werden gesucht und überschritten. Abenteuerlust, Risikobereitschaft und Leichtsinns werden im Straßenverkehr „ausgelebt“, weil das Alltagsleben reguliert und durchorganisiert ist und – vermeintlich jedenfalls – kaum Freiräume bietet.

3. Manches, was als „Verkehrsröwdytum“ empfunden wird, mag auf die gesteigerte Verkehrsdichte zurückzuführen sein, mit der der Ausbau des Straßennetzes nicht Schritt gehalten hat. Speziell das Autobahnnetz ist vielfach nicht in der Lage, das Verkehrsaufkommen zu bewältigen. Zweispurige Autobahnen (teilweise ohne Standstreifen), deren rechte Spur von Lkws „blockiert“ ist, die Stoßstange an Stoßstange fahren, sind nicht ge-

eignet, stressfreien Verkehr (unter Einhaltung sämtlicher Vorschriften der Straßenverkehrsordnung) zu ermöglichen. Ständige Baustellen, stundenlange Staus, zu dichter Verkehr – das alles macht ungeduldig, teilweise aggressiv und kann zu Verkehrsverhalten führen, das dann als „rowdyhaft“ qualifiziert wird.

4. Wenn „Verkehrsröwdytum“ zunehmend in das öffentliche (und rechtliche) Bewusstsein gerät und durchaus ernsthaft – wie die Thematisierung der Problematik beim 43. Deutschen Verkehrsgerichtstag zeigt – über Handlungsbedarf des Gesetzgebers diskutiert wird, dann mag das – neben dem schon erwähnten (völlig überzogenen) Medieninteresse, das einzelne Fälle hervorrufen – auch daran liegen, dass unsere gesellschaftliche Entwicklung immer mehr in Richtung einer totalen Regulierung und Verrechtlichung eines Großteils der Lebensbereiche geht. Das Bewusstsein des Bürgers im allgemeinen, des Verkehrsteilnehmers im besonderen, sein Recht zu kennen und auch durchsetzen zu wollen, die zu beobachtende abnehmende Bereitschaft nachzugeben, fehlende Gelassenheit und eine weit verbreitete Grundeinstellung, die sog. „gesunden Egoismus“ als Tugend wertet, tragen dazu bei, dass (auch) auf der Straße – entgegen dem gesetzlichen Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme – versucht wird, Recht durchzusetzen. Dies erschwert nicht nur ein verträgliches Miteinander im Straßenverkehr, sondern macht jeden „spielerischen Umgang“ mit dem Straßenverkehr, mit dem anderen Verkehrsteilnehmer, wie man ihn beispielsweise aus Italien kennt, unmöglich. Dort wird ständig gehupt, mit der Lichthupe „gearbeitet“, rechts überholt und gestikuliert, ohne dass sich Verkehrsteilnehmer stets genötigt, gefährdet oder beleidigt fühlen.

C. Vorschläge

1. Um den Verkehrsalltag ganz allgemein zu entspannen, wäre es sicher hilfreich, wenn die Verkehrsnetze ausgebaut und die Straßenquantität und -qualität dem tatsächlichen Verkehrsaufkommen angepasst würden. Solche Maßnahmen, die in den letzten Jahren und – wie zu befürchten ist – auch in den nächsten Jahren im Hinblick auf leere Haushaltskassen zurückgestellt wurden und werden, wären geeignet, ein gewisses Aggressionspotential im Verkehrsalltag gleich gar nicht in dem Umfang, wie dies heute der Fall ist, entstehen zu lassen.

2. Die Vorschriftenlage insgesamt müsste vereinfacht werden, um mehr Spielraum – und damit Platz für „spielerischen“ Umgang mit Verkehrssituationen des Alltags – zu schaffen.

a) Ohne jede Aktivität des Gesetzgebers könnte dieses Ziel in der Praxis verfolgt werden, wenn der faktischen Überregulierung des Straßenverkehrs Einhalt geboten und der oftmals unerträgliche Schilderwald abgeholt würde. Es muss nicht sein, dass auf wenigen Kilometern eines Autobahnabschnitts sich Geschwindigkeitsbegrenzungen auf 120 km/h und auf 100 km/h mehrfach abwechseln, dass dort, wo Baustellen erst geplant sind oder bereits abgeschlossen sind, wo jedenfalls kein objektiver Grund hierfür besteht, eine Geschwindigkeitsbegrenzung gefordert wird, die nur bei einer eingerichteten Baustelle, an der auch gearbeitet wird, gerechtfertigt wäre, dass in Städten einmal „rechts vor links“ und gleich darauf eine andere Vorfahrtsregelung gilt, dass Warn- und Hinweisschilder überhand nehmen und manches Gebot und Verbot noch unter Bedingungen gestellt wird („gilt nur bei Nässe“).

b) Brauchen wir tatsächlich Hunderte von Verkehrszeichen und Zusatzzeichen (jeweils mit zugehöriger Verwaltungsvorschrift), um den Verkehr zu regeln? Kaum einen Lebensbereich hat der Gesetzgeber so differenziert „durchreguliert“ wie den Straßenverkehr, sieht man einmal von der dafür häufig kritisierten Steuergesetzgebung ab.

c) Der Straftatbestand des § 240 StGB sollte generell im Straßenverkehr nicht verwirklicht werden können. Das de lege lata strafrechtlich als Nötigung sanktionierte Fehlverhalten eines Verkehrsteilnehmers wäre als Ordnungswidrigkeit hinreichend sanktioniert. Verkehrsteilnehmern, denen „Nötigung im Straßenverkehr“ vorgeworfen wird, sollten nicht durch die Anwendbarkeit materiellen Strafrechts „kriminalisiert“ werden. Sie begehen regelmäßig zwar Ordnungsverstöße (nämlich Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung), die in ihrer Gewichtung aber viel näher bei anderen Verkehrsordnungswidrigkeiten anzusiedeln sind als bei dem im Strafgesetzbuch geregelten „Kriminal-Unrecht“. Alles, was im Straßenverkehr *strafrechtlich* (durch materielles Strafrecht) sanktioniert werden muss, ist in §§ 315 ff. StGB ausreichend erfasst und normiert. Letztlich besteht kein öffentliches Bedürfnis, auf Basis einer Strafnorm (des § 240 StGB) von Staatsanwaltschaften und Gerichten in aufwändigen Verfahren klären zu lassen, ob nun ein „Drängler“ den (zu) langsam fahrenden Vordermann, der gegen das Rechtsfahrgebot verstößt, nötigt, oder ob im selben Fall der notorisch links fahrende „Verkehrserzieher“ seinen Hintermann nötigt¹. Beide haben Bußgeldtatbestände verwirklicht, die geeignet sind, das Fehlverhalten hinreichend zu ahnden².

1 Vgl. dazu auch König in NZV 2005, 29, der jedenfalls für kurzzeitiges Fehlverhalten das Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht für ausreichend hält.

2 Vgl. dazu auch Nehm in DAR 96, 436, der feststellt, dass die Strafbestimmung des § 240 StGB auf Drängler und Ausbremsler nicht zugeschnitten ist und es ausdrücklich offen lässt, ob der Unwertgehalt dieser Art von Verkehrsverstößen besser als spezielle Straftat oder als Ordnungswidrigkeit normiert werden sollte.

Ähnliche Überlegungen könnten für Beleidigungen im Straßenverkehr angestellt werden. Ist das mit dem Zeigefinger An-die-Stirn-tippen in der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit noch ein Angriff auf die Ehre des anderen Verkehrsteilnehmers mit einer Qualität, die strafrechtlich sanktioniert werden muss?³ Ist die „Ehre“ wirklich so gravierend verletzt, wenn durch Gesten auf vermeintliches Fehlverhalten aufmerksam gemacht wird, dass die Keule des Strafrechts bemüht werden soll? Kann nicht erwartet werden, dass der im Straßenverkehr (nonverbal) „Beleidigte“ eine abwertende Geste einfach als Ausdruck unserer – vielleicht zu Recht zu beklagender – gesellschaftlichen Entwicklung akzeptieren bzw. abtun können muss?⁴ In Zeiten, in denen – leider – auch die sprachlichen Sitten verrohen, in denen Begriffe aus dem Fäkalbereich in Zeitungen, Rundfunk- und Fernsehanstalten salonfähig geworden sind, muss die Überlegung erlaubt sein, ob es strafbar bleiben muss, wenn ein Verkehrsteilnehmer dem anderen „den Vogel zeigt“⁵.

3. Eine Verschärfung bestehender Strafvorschriften oder gar die Einführung neuer Strafvorschriften (wie etwa eines „besonders schweren Falles der Nötigung im Straßenverkehr“) ist weder nötig, um „Verkehrsröwdytum“ zu bekämpfen, noch geeignet, „Verkehrsröwdytum“ zu verhindern. Dies gilt auch bezüglich der im Zusammenhang mit „Verkehrsröwdytum“ öffentlich wiederholt diskutierten Überlegung, ob ein generelles Tempolimit eingeführt werden soll. Es mögen für die Einführung eines allgemeinen Tempolimits Unfallstatistiken sprechen, wonach die Anzahl tödlich verlaufender Verkehrsunfälle mit abnehmender Geschwindigkeit sinkt, was letztlich aber – vereinfacht ausgedrückt – nicht mehr an Erkenntnis bringt, als dass vom stehenden Auto in der Regel keine Lebensgefahr mehr ausgeht. Mit der Bekämpfung und Verhinderung von „Verkehrsröwdytum“ hat die Diskussion um ein allgemeines Tempolimit nichts, aber auch gar nichts, zu tun. Denn wer jetzt schon gegen eine Vielzahl von (straf- oder wenigstens bußgeldbewehrten) Vorschriften bewusst verstößt, was einen „Ver-

3 Nicht jede Unhöflichkeit drückt als solche schon die Nichtachtung aus (Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage 2004, § 185 Rz.4).

4 Immerhin hat das OLG Düsseldorf (NJW 1960, 1072, 1073) schon 1960 festgestellt, dass die Handlungsweise (das Tippen an die Stirn) im damaligen Verkehr zuweilen beobachtet werde, aber noch nicht „üblich“ unter Kraftfahrern sei und deshalb – vor 45 (!) Jahren – den Straftatbestand des § 185 StGB erfülle.

5 Vom OLG Düsseldorf (NJW 1996, 2245, 2246) allerdings ausdrücklich bejaht, weil das Tippen an die Stirn allgemein als Ausdruck der Missachtung verstanden wird, wogegen dem Tippen mit beiden Zeigefingern seitlich an die Schläfe (sog. „Doppelvogel“) die Beleidigungsqualität nicht zugestanden wurde, weil „dem Senat nicht bekannt (ist), dass dies allgemein als eine ehrverletzende Geste verstanden wird“.

kehrsrowdy“ ja auszeichnet, der verstößt auch gegen ein Tempolimit bzw. wird durch ein allgemeines Tempolimit nicht von anderen Verkehrsverstößen abgehalten. Im Übrigen gilt auch hier: Empirisches Material, das etwa belegen könnte, „Verkehrsrwdytum“ trete verstärkt im Hochgeschwindigkeitsbereich auf, fehlt.

4. Wenn Straßenverkehr grundsätzlich „dereguliert“ und „entkriminalisiert“ würde, sollten sinnvollerweise die Einhaltung verbliebener Vorschriften wirksam überwacht und gravierende Verstöße sanktioniert werden. Die verbleibenden – und zu überwachenden – Vorschriften müssten allerdings auch auf weite Akzeptanz der Verkehrsteilnehmer stoßen. Dazu würden Offenheit und Ehrlichkeit der überwachenden Behörden beitragen, denn Akzeptanz wird nicht hergestellt, wenn Radarüberwachungsanlagen so eingesetzt werden, dass sie erkennbar nur den Zweck haben, zusätzliche Einnahmequellen zu erschließen.

a) Um eine größere Effektivität bei der Verfolgung gravierender Verstöße im Straßenverkehr sicherzustellen, könnte daran gedacht werden, eine grundsätzliche Pflicht zur Führung eines Fahrtenbuchs einzuführen, wobei im Fahrtenbuch nur vermerkt werden müsste, wer das Fahrzeug lenkt, wenn das Fahrzeug nicht vom Halter selbst gelenkt wird. Die Problematik der sog. Halteranzeigen wäre damit entschärft. Dass dabei verfassungsrechtliche Bedenken bestehen könnten, wird nicht verkannt. Denen könnte aber eventuell mit entsprechend weitgehenden Verwertungsverboten Rechnung getragen werden⁶.

b) Wenn der Straßenverkehr nachhaltig dereguliert und entkriminalisiert würde, Maßnahmen der Fahrerlaubnisentziehung und Nebenstrafen des Fahrverbots also nur noch in wirklich gravierenden Fällen ausgesprochen würden, läge es nahe, Maßnahmen zu ergreifen, die dann auch den Vollzug und die Beachtung beispielsweise von Fahrverboten gewährleisten. Jedermann weiß, wie gering das Risiko ist, in eine routinemäßig durchgeführte Führerscheinkontrolle zu geraten. Wenn eine höhere polizeiliche Kontrolldichte aus verständlichen Gründen nicht erwünscht oder auch nicht umsetzbar ist (etwa wegen des damit verbundenen personellen Aufwands), könnte daran gedacht werden, Tankstellenbetreibern – etwa durch einen Akt der freiwilligen Selbstverpflichtung der Mineralölfirmen – aufzugeben, Kraftstoff nur gegen das Vorzeigen des Führerscheins abzu-

6 Eine vereinfachte Möglichkeit der Erteilung einer Fahrtenbuchauflage für den jeweiligen Fahrzeughalter wird gelegentlich erörtert (vgl. beispielsweise Notthoff in DAR 1994, 98, 100).

geben. Schließlich vermietet keine Autovermietung ein Fahrzeug, ohne dass der Mieter seinen Führerschein vorzeigen muss.

5. Wenn ein Bedürfnis für die Bekämpfung von „Verkehrsröwdytum“ gesehen wird, böten sich hierfür Präventivmaßnahmen – nicht aber das repressive Strafrecht – an.

a) Man könnte daran denken, im Zuge von Kursen zum Erwerb der Fahrerlaubnis einen Besuch in einer Unfallstation eines Krankenhauses obligatorisch zu machen. Dem zukünftigen Verkehrsteilnehmer würde damit eindrucksvoll vor Augen geführt, welche Gefahren für Leib und Leben vom Straßenverkehr ausgehen. Im Fahrzeug selbst oder am „grünen Tisch“ bleiben die möglichen Folgen verkehrswidrigen Verhaltens doch meist sehr abstrakt.

b) Medizinisch-psychologische Untersuchungen befassen sich überwiegend mit einer Prognose durch Verkehrspsychologen, insbesondere etwa damit, wie der Proband zukünftig mit Alkohol oder anderen Suchtstoffen umgeht, die geeignet sind, die Fahrtüchtigkeit zu beeinträchtigen. Es könnte, wenn Anlass dazu besteht, auch verlangt werden, dass die Geeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen durch psychologische Tests nachgewiesen wird, die Aufschluss über bestehende Toleranzschwellen einerseits und Aggressionsbereitschaft andererseits geben.

c) Nicht zuletzt könnte darüber nachgedacht werden, bereits einschlägig aufgefallenen „Verkehrsröwdies“, denen die Fahrerlaubnis bereits entzogen wurde, für den Fall der Wiedererteilung der Fahrerlaubnis – jedenfalls für einen gewissen Zeitraum der Bewährung – lediglich eine (auf Fahrzeuge mit einer Motorenleistung von höchstens 50 kw) beschränkte Fahrerlaubnis zu erteilen. Ein solches System einer abgestuften Fahrerlaubnis, das sich an der Leistungsfähigkeit des Fahrzeugs orientiert, könnte auch ausdifferenziert werden und beispielsweise generell für Fahranfänger gelten. Die Beschränkung der Fahrerlaubnis entfielen, wenn über einen bestimmten Zeitraum beanstandungsfrei am Straßenverkehr teilgenommen wurde.

Der eine oder andere hier angesprochene, zugegebenermaßen möglicherweise nicht zu Ende durchdachte Vorschlag mag auf den ersten Blick abwegig erscheinen. Wenn aber der Befund richtig wäre, dass die Verhältnisse im Straßenverkehr sich stetig verschlechtern, Verkehrsröwdytum zunehmend ein Problem darstellt, dann führen (bei prognostizierter weiter wachsender Verkehrsdichte) die eingefahrenen Verhaltensmuster nicht zum Ziel. Es wird ein untaugliches Mittel bleiben, quasi reflexartig mit ständig neuen Vorschriften und härteren Sanktionen auf Missstände zu reagieren. Gefragt sind dann neue – vielleicht auch unkonventionelle – Denksätze.

Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten

– Vertrauensverhältnis contra Verkehrssicherheit –

Prof. Dr. Dieter Birnbacher, Heinrich Heine Universität Düsseldorf,
Philosophisches Institut, Düsseldorf

1. Die Rolle der Schweigepflicht in der Arzt-Patient-Beziehung

Ein Kernsatz in dem Buch „Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik“ des Philosophen und Arztes Wolfgang Wieland lautet:

„Die Beziehung zwischen Arzt und Patient ist ... das Muster einer gegenüber dem Zugriff von Institutionen soweit wie möglich abgeschirmten interpersonalen Zweierbeziehung“ (Wieland 1986, 43).

Diese Besonderheit der Arzt-Patient-Beziehung ist im Selbstverständnis des Arztes und den Erwartungen des Patienten fest etabliert und historisch weitgehend stabil. Freilich ist das Bild von der abgeschlossenen Dyade von Arzt und Patient, in die keine fremde Institution eindringt, immer auch eine Idealisierung gewesen. Das Handeln des Arztes war und ist immer auch durch äußere Vorgaben beeinflusst, etwa die geltenden Rechtsnormen und die – vom individuellen Arzt nicht immer geteilten – Regeln des ärztlichen Standes. Mit der Erstattung der Behandlungskosten durch Sozialversicherungen kamen wirtschaftliche Überlegungen und Allokationsregeln dazu, die den für den einzelnen Patienten zu erbringenden Aufwand begrenzten. Nicht erst die Erfahrung der letzten Jahre hat gezeigt, wie prompt sich Veränderungen in den institutionellen Vorgaben über die Abrechenbarkeit ärztlicher Leistungen auf das Angebot und die Erbringung dieser Leistungen auswirken. Der Patient erwartet heute zunehmend nicht mehr, dass der Arzt bei den ihm vorgeschlagenen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen ausschließlich seine Gesundheit im Auge hat. Er erwartet, dass der Arzt auch – wenn auch nicht primär – auf die Abrechenbarkeit und Budgetverträglichkeit dieser Leistungen achtet.

Im Gegensatz zur Offenheit der Dyade von Arzt und Patient für institutionelle Fremdeinwirkungen in *ökonomischer* Hinsicht ist die Arzt-Patient-Beziehung in *informationeller* Hinsicht allerdings weiterhin ein weitgehend geschlossenes System. Die ärztliche Schweigepflicht ist nicht nur ein mehr oder weniger selbstverständlicher Bestandteil des ärztlichen Ethos, sondern ist weltweit auch berufsrechtlich verankert, wenn nicht – wie in

Deutschland – sogar strafrechtlich sanktioniert. Medizinethiker, die der Wesensschau zuneigen, versuchen sie gelegentlich aus einem „Wesen“ oder einer „Teleologie“ des Arztberufs herzuleiten. Aber selbst wenn es so etwas wie ein „Telos“ des Arztes gäbe, wäre es wenig mehr als der Reflex gesellschaftlicher Zweckmäßigkeitüberlegungen. Ohne ein durch Sanktionen abgesichertes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient wären zentrale gesellschaftliche Zwecke der Medizin nicht zu erreichen. Zu diesen Zwecken gehört auch, dass der Arzt auch dann für den Patienten und sein Wohl da ist, wenn dies übergreifenden gesellschaftlichen Zwecken eher abträglich ist. Die Arzt-Patient-Beziehung ist ein Schutzraum gegen übermächtige gesellschaftliche Erwartungen und erfüllt gerade dadurch eine wichtige gesellschaftliche Funktion. Das Vertrauen darauf, dass dem Arzt anvertraute Geheimnisse auch dann weder an Private noch an Institutionen weitergegeben werden, wenn es bei diesen Geheimnissen um von der Gesellschaft abgelehnte Verhaltensweisen geht, zählt, wie es das Bundesverfassungsgericht einmal formuliert hat „zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens“ (BVerfGE 1972, 380).

Dieses Vertrauen hängt allerdings nicht nur von der Geltung entsprechender berufs- und strafrechtlicher Normen und ihrer Sanktionierung ab, sondern vor allem auch von der stabilen Verinnerlichung dieser Regeln im ärztlichen Selbstverständnis. Dem ärztlichen Ethos zu genügen, heißt nicht nur, bestimmte Handlungen auszuführen oder zu unterlassen, sondern auch die diesen entsprechenden Einstellungen zu internalisieren. Erst dadurch, dass die Pflicht zur Geheimniswahrung für den Arzt nicht nur zu einem Gegenstand von Folgenkalkülen, sondern zur Selbstverständlichkeit wird, gewinnt der Patient die Sicherheit, sich ihm rückhaltlos anvertrauen zu können. Eine solche Rückhaltlosigkeit ist jedoch insbesondere in der psychotherapeutischen und psychosozialen Medizin von ausschlaggebender Bedeutung für den therapeutischen Erfolg.

Daraus folgt, dass die ärztliche Schweigepflicht ein eminent hohes Gut ist und normativ noch strenger geschützt werden muss, als die für andere Berufsgruppen (wie etwa Journalisten) bzw. für jedermann geltende moralische Verpflichtung zur Achtung der Privatsphäre und zur Bewahrung der Geheimnisse anderer. Der Schutz der innersten Individualsphäre in der Arzt-Patient-Beziehung dient in diesem Fall nicht nur der persönlichen Integrität des individuellen Patienten, sondern der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems als ganzen. Entsprechend restriktiv muss die moralische Zulässigkeit von Verletzungen der Schweigepflicht beurteilt werden.

2. Faktoren der Abwägung in Konfliktfällen

Auf der anderen Seite eröffnet bereits der hippokratische Eid mit seinem emphatischen Verschwiegenheitsgebot die Möglichkeit von Ausnahmen:

„Was ich in meiner Praxis sehe oder höre oder außerhalb dieser im Verkehr mit Menschen erfahre, was niemals anderen Menschen mitgeteilt werden darf, darüber werde ich schweigen, in der Überzeugung, dass man solche Dinge streng geheimhalten muss“ (nach Sass 1998, 352).

Der Eid bezieht sich lediglich auf das, was „niemals anderen Menschen mitgeteilt werden darf“. Was das ist, lässt er offen. Eindeutiger ist in dieser Hinsicht unser Rechtssystem, das bei vielen übertragbaren Krankheiten für den Arzt nicht nur eine rechtliche *Erlaubnis*, sondern eine auch rechtliche *Verpflichtung* zur Meldung an staatliche Behörden vorsieht. Die Seuchenprävention wird also für ein hinreichend gewichtiges gesellschaftliches Gut erachtet, um Eingriffe in die Geheimnissphäre auch dann zu legitimieren, wenn der Patient seine Krankheit als Geheimnis geschützt wissen möchte. Für die Akzeptanz dieser Eingriffsnorm dürfte u. a. die Überlegung wichtig sein, dass es sich bei dem priorisierten öffentlichen Gut um ein *gesundheitliches* Gut handelt, das wie die Gesundheit seines individuellen Patienten zumindest indirekt in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt. Der Arzt wird gewissermaßen als Sachwalter der Volksgesundheit betrachtet, entsprechend § 1 der Musterberufsordnung: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung“, wobei diese Formulierung allerdings irreführender Weise nahelegt, die individuelle und die kollektive Verantwortung seien gleichgeordnet, was sie nicht sind und nach den angeführten Überlegungen auch nicht sein dürfen. *In der Regel* muss die Schweigepflicht auch dann beachtet werden, wenn der Gesellschaft daraus *unmittelbar* Nachteile erwachsen. Denn *mittelbar* ist eine Beachtung der Schweigepflicht für eine verlässliche Gesundheitsversorgung unabdingbar. Eine Erosion des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ist insgesamt und langfristig betrachtet auch aus einer rein sozialutilitaristischen Perspektive nicht wünschenswert. Insofern muss die Äußerung des *California Supreme Court* im Fall Tarasoff, in dem ein psychiatrischer Patient nach präziser Ankündigung eine Frau ermordete, relativiert werden: „The privilege ends where the public peril begins“ (vgl. Bok 1986, 128).

Die Vermutung, dass die Akzeptanz der Meldepflicht bei übertragbaren Krankheiten etwas damit zu tun hat, dass das geschützte Kollektivgut gesundheitlicher Natur ist, ist durchaus damit vereinbar, dass die Muster-

berufsordnung in § 9 Abs. 2 eine Verletzung der Schweigepflicht in allen Fällen und ungeachtet der genaueren Beschaffenheit des geschützten Rechtsguts immer dann zulässt, wenn diese „zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes“ erforderlich ist. Denn hier geht es lediglich um die *Erlaubnis* zur Offenbarung, nicht um eine *Verpflichtung*. Während der Arzt bei der Seuchenprävention zum *Garanten* des öffentlichen Interesses gemacht wird, wird ihm durch die Berufsordnung die Offenbarung von Patientengeheimnissen zum Schutz eines höheren Rechtsguts lediglich *freigestellt*.

Unter welchen Bedingungen kann eine Verletzung der Schweigepflicht für den Arzt moralisch zulässig sein – wobei ich voraussetze, dass der Patient selbst die entsprechende Information geheim halten möchte und den Arzt nicht selbst von der Schweigepflicht entbindet?

1. Eine erste Bedingung scheint mir die zu sein, dass der Arzt über die Aufklärung des Patienten über seine Fahreignungsmängel hinaus zunächst versucht, den Patienten dazu zu bringen, den zu befürchtenden Schaden bzw. die zu befürchtende Gefährdung für die Gesellschaft nicht eintreten zu lassen, entweder indem er das Gefährdungspotenzial selbst offenlegt und die daraus folgenden Konsequenzen akzeptiert oder indem er das entsprechende Gefährdungspotenzial – durch aktives Tun oder durch Unterlassen – gar nicht erst entstehen lässt.

Bezogen auf durch Krankheit, Behinderung, Suchtmittel oder Altersgebrechen bedingte Fahreignungsmängel heißt das, dass der Arzt zunächst versuchen sollte, den Patienten zu ermahnen, seinen Führerschein zurückzugeben oder das für fremdgefährdend gehaltene Autofahren aufzugeben bzw. einzuschränken. Auch wenn solcherart ermahnendes Zureden bei einem Patienten mit Fahreignungsmängeln nicht *ex professione* Aufgabe des Arztes ist, scheint es doch aus mindestens zwei Gründen berechtigt und sogar notwendig:

Erstens wegen des nahezu immer auch beteiligten Faktors der *Selbstgefährdung*. Das dem Patient in der Regel problemlos zu unterstellende Interesse an Unfallvermeidung mindert die ansonsten bestehende Bedenklichkeit eines direktiven oder persuasiven Umgangs mit dem Patienten. Wenn der Arzt dem Patienten gut zuredet, seinen Führerschein abzugeben, kann er dafür in der Regel auch prudentielle und nicht nur moralische Gründe ins Feld führen. Er bleibt in der Rolle dessen, der sich für die Gesundheit seines Patienten einsetzt.

Zweitens müssen der Arzt, aber auch die Ärzteschaft und die Gesellschaft insgesamt, ein Interesse daran haben, Verletzungen der ärztlichen

Schweigepflicht dadurch zu minimieren, dass der Konflikt zwischen Schweigepflicht und Minderung von Fremdgefährdungen von vornherein vermieden wird. Dies gelingt, wenn der Patient eindringlich auf die von ihm ausgehende Gefährdung hingewiesen wird und er sich in der Folge entsprechend verhält. Es ist gerade der Schutz der Schweigepflicht, der eine Verpflichtung zur Nutzung aller vorgelagerten und normativ weniger problematischen Möglichkeiten der Risikovermeidung nahelegt.

2. Die zweite Bedingung ist die, dass das Gefährdungspotenzial nach realistischer Einschätzung substanziell ist und die zu erwartenden Verzichtleistungen des Patienten wertmäßig eindeutig überwiegt. Die Frage, die sich der Arzt vorlegen muss, ist, ob er es verantworten kann, angesichts der Schwere und der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter dem Patienten die aus der Verletzung der Schweigepflicht im weiteren folgenden Beschränkungen zuzumuten: Wie wirkt sich eine Meldung der Fahreignungsmängel bei der Fahrerlaubnisbehörde aus? Droht dem Patienten eine vollständiges oder begrenztes Fahrverbot oder werden ihm lediglich leicht erfüllbare Auflagen gemacht? Die Forderung, die Einschätzung des Gefährdungspotenzials realistisch vorzunehmen, soll dabei vor allem verhindern, dass Faktoren, die die Wahrnehmung von Gefährdungspotenzialen beeinflussen, aber sachlich mit ihnen nichts zu tun haben, in die Abwägung einfließen, etwa bei Aids oder abnormer Aggressivität, die vielfach bereits als solche und unabhängig von ihrem Schadenspotenzial negativ bewertet werden. Die Extreme zu beurteilen, fällt auch hier selbstverständlich leichter als die Fälle im Mittelfeld. Es versteht sich von selbst, dass ein Patient, dessen Fahrtüchtigkeit lediglich durch geringfügige Sehbehinderungen eingeschränkt ist, nicht gemeldet werden darf. Es ist ebenso selbstverständlich, dass ein Patient mit schizophrenen Schüben oder mit epileptischen Anfällen, der als leidenschaftlicher Autofahrer nicht aufs Autofahren verzichten möchte, gemeldet werden darf. Auch wenn in solchen Fällen eine Einzelfallabwägung unabdingbar ist und – wie Urban Wiesing (1995, 151f.) betont hat –, um den Ausnahmen nicht den Ausnahmecharakter zu nehmen, keine allgemeinen Regeln formuliert werden sollten, muss doch die Abwägung im Einzelfall im Einklang mit der allgemeinen Regel der Verhältnismäßigkeit erfolgen.

Für den Fall, dass die Abwägung im Einzelfall nachvollziehbar ist und allgemein als hochrangig anerkannte Rechtsgüter zugrunde legt, erkennt auch das Rechtssystem eine Verletzung der Schweigepflicht weitgehend als zulässig an. So gilt eine Information der zuständigen Verwaltungsbehörde bei schweren Ausfallerscheinungen des Auto fahrenden uneinsichtigen Patienten allgemein als zulässig. Als Rechtsgrundlage beruft man sich dabei auf die Figur des rechtfertigenden Notstands. In der

Schweiz gibt es eine besondere gesetzliche Vorschrift, die dem Arzt eine entsprechende Meldung an die Verkehrsbehörde gestattet (Geppert 2002, 310, Anm. 28).

3. Unter welchen Bedingungen würde eine Verpflichtung zur Meldung bestehen?

Bisher ist nur von der Frage der *Berechtigung* des Arztes zur Meldung die Rede gewesen. Die Frage, ob der Arzt bei der Feststellung erheblicher Fahreignungsmängel bei einem uneinsichtigen und unbelehrbaren Patienten darüber hinaus zu einer entsprechenden Mitteilung an die Verwaltungsbehörde *verpflichtet* ist, ist die eigentlich kontroverse und schwierige. Dabei ist die *ethische* Frage leichter zu beantworten als die *rechtsethische* Frage. Eine moralische Verpflichtung des Arztes zur Meldung zieht in der Praxis keine vergleichbar gravierenden Konsequenzen nach sich wie eine *rechtliche Verpflichtung*, etwa im Hinblick auf Haftungsfragen, aber auch für das allgemeine Bild des Arztes, dem durch eine Rechtspflicht zur Meldung die Rolle eines Garanten der Verkehrssicherheit zugeschrieben würde. Sehr viel deutlicher noch als etwa bei der Allokation begrenzter Ressourcen übernehme der Arzt die Funktion eines von der Gesellschaft beauftragten *gate-keeper*, diesmal nicht in Bezug auf Wartelisten und knappe Behandlungsmöglichkeiten, sondern in Bezug auf die Teilnahme am Straßenverkehr.

In vielen Fällen, in denen es gegenwärtig rechtlich zulässig ist, die Fahreignungsmängel eines uneinsichtigen Patienten bei den Behörden zu melden, scheint mir auch eine moralische Verpflichtung zur Meldung zu bestehen. Entscheidend dafür ist das Ausmaß des Gefährdungspotenzials. Dies kann gegebenenfalls erheblich sein, so etwa bei Erkrankungen mit schubartigen und nur schwer vorhersehbaren Beeinträchtigungen der Fahrtüchtigkeit, aber auch nach Schlaganfällen. Man denke etwa an den Fall des Epileptikers, der auf der Rückfahrt aus dem Urlaub nach 450 gefahrenen Kilometern in der Innenstadt seines Wohnorts einen Beinkrampf erlitt mit der Folge, dass der Fuß auf dem Gaspedal „festklebte“, ein Fußgänger getötet und 13 Fußgänger zum Teil schwer verletzt wurden (Fries, et al. 2002, 43). Gerechtfertigt scheint eine moralische Meldepflicht insbesondere wegen der Bedrohlichkeit der in diesen Fällen vorausgesetzten *Uneinsichtigkeit* des Patienten. Diese stellt auch für das Verhalten im Straßenverkehr keine gute Prognose. Wer sich als entsprechenden Warnungen des Arztes unzugänglich erweist, wird auch mit der für den heutigen Straßenverkehr unabdingbaren Selbstkontrolle Schwierigkeiten haben.

Damit ist die Frage, ob in diesen Fällen auch eine *rechtliche* Meldepflicht bestehen sollte, nicht präjudiziert. Eine rechtliche Meldepflicht hätte schwerwiegende Weiterungen: Sie würde Fahreignungsmängel auf eine Stufe stellen mit der Gefahr der Übertragung von ansteckenden Krankheiten. Sie würde darüber hinaus den Arzt in seiner gesellschaftlichen Rolle noch stärker mit der Funktion eines Garanten belasten und möglicherweise das Rollenverständnis des Arztes noch stärker als bisher in Richtung eines Gesundheitsbeamten verschieben. Dieses Rollenverständnis passt eher in eine kollektivistisch orientierte Gesellschaft, wie die der ehemaligen DDR (wo eine solche Pflicht in der Tat bestand, vgl. Geppert 2002, 310 Anm. 28), als in eine freiheitliche Gesellschaft. Vor allem aber würde eine rechtliche Meldepflicht das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient schwer belasten und viele Patienten davon abhalten, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Ob eine Rechtspflicht zur Meldung von Fahreignungsmängeln für besondere Patientengruppen vertretbar ist, hängt letztlich von den empirischen Verhältnissen ab. Von Bedeutung sind vor allem drei im Prinzip, wenn auch vielleicht nur mit großem Aufwand erhebbare Daten:

- die *Häufigkeit*, mit der sich nach ärztlicher Einschätzung zum Autofahren ungeeignete Patienten – etwa mit Psychosen, Alzheimerdemenz oder zerebralen Schädigungen – trotz ärztlicher Ermahnungen am Straßenverkehr beteiligen,
- das von diesen Patienten ausgehende *Maß an Selbst- und Fremdgefährdung*,
- wieweit „*mildere*“ Mittel, wie etwa die Einbeziehung der Familie und anderer Nahestehender, ausreichen, Verhaltensänderungen zu bewirken, sowie
- die *Häufigkeit*, mit der Ärzte von der ihnen rechtlich eröffneten Möglichkeit in den relevanten Fällen Gebrauch machen.

Nur falls die Gefährdung aufgrund der ersten drei empirischen Größen insgesamt beträchtlich ist, die Meldequote aber äußerst gering ist (was sie zu sein scheint), scheint mir die Einführung einer rechtlichen Meldepflicht gerechtfertigt.

Literatur

Bok, Sissela: *Secrets. On the ethics of concealment and revelation.* Oxford 1986.

Bundesverfassungsgericht: *Entscheidungen* 32 (1972).

Fries, W./F. Wilkes/H. Lössel (Hrsg.): *Fahreignung bei Krankheit oder Verletzung. Ein Leitfaden für Betroffene, Ärzte, Psychologen, Rechtsanwälte, Behörden.* München 2002.

Geppert, Klaus: *Rechtliche Überlegungen zur Fahreignung bei neurologischen und neuropsychologischen Erkrankungen – Zur ärztlichen Schweigepflicht und Verkehrssicherheit.* In: FS Heinz Gössel, Heidelberg 2002, 303–316.

Laufs, Adolf/Wilhelm Uhlenbruck: *Handbuch des Arztrechts.* 3. Auflage, München 2002.

Sass, Hans-Martin (Hrsg.): *Medizin und Ethik.* Stuttgart 1998.

Wieland, Wolfgang: *Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik.* Heidelberg 1986.

Wiesing, Urban: *Zur Verantwortung des Arztes.* Stuttgart-Bad Cannstatt 1995.

Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten

– Vertrauensverhältnis contra Verkehrssicherheit –

Rolf-Werner Bock, Rechtsanwalt, Berlin

Unter arztrechtlichen Aspekten ist de lege lata auf das Thema „Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten“ im Kern hinsichtlich zweier Fragestellungen zurückzukommen: Zum einen bedarf der Erörterung, was der Arzt seinem Patienten im Innenverhältnis an Behandlung schuldet¹. Zum anderen ist zu klären, welche im Rahmen der Behandlung gewonnenen Erkenntnisse der Arzt Dritten, insbesondere einer Verkehrsbehörde, mitteilen darf oder eventuell gar mitteilen muss².

1. *Behandlung lege artis*

a) *Einzuhaltender Standard*

Behauptet die Patientenseite (ein Patient persönlich bzw. seine Angehörigen), im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsmaßnahmen habe sich eine Schädigung realisiert (beispielsweise die körperliche Beeinträchtigung des Patienten bzw. dessen Tod samt Folgeschäden), ist Grundvoraussetzung sowohl zivilrechtlicher Haftung aus Vertrag und Delikt als auch strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Arztes eine Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht im Rahmen der erfolgten Behandlung. Darunter versteht man einen Verstoß gegen denjenigen Behandlungsstandard, den – aus Ex-ante-Sicht – ein besonnener und gewissenhafter Arzt dem Patienten in der konkret zu beurteilenden Behandlungssituation geboten hätte. Dieser „Standard“ ist abstrakt-generell als der jeweilige Stand der medizinischen Wissenschaft, konkret als das zum Behandlungszeitpunkt in der ärztlichen Praxis bewährte, nach naturwissenschaftlicher Erkenntnis gesicherte, allgemein anerkannte und für notwendig erachtete Verhalten um-

-
- 1 Vgl. eingehend Ulsenheimer, K.; Arztstrafrecht in der Praxis, Heidelberg, 3. Auflage, Rn. 17 ff.; Ulsenheimer, K., Arzt und Straßenverkehr, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsgb.), Handbuch des Arztrechts, München 2002, 3. Auflage, S. 150.
 - 2 Vgl. eingehend: Geppert, K.; Rechtliche Überlegungen zur Fahreignung bei neurologischen und neuropsychologischen Erkrankungen, in: Dölling/Erb (Hrsgb.), Festschrift für Karl Heinz Gössel, Heidelberg 2002, Seite 303 ff.; Ulsenheimer, K.; Arztstrafrecht, a.a.O. Rn. 360 ff.; Ulsenheimer, K./Schlund, G.; Die ärztliche Schweigepflicht, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsgb.), Handbuch, a.a.O., 12. Kapitel.

schrieben³. Insofern ist im Ergebnis „Facharztstandard“ bzw. eine Behandlung mit „Facharztqualität“ zu gewährleisten⁴. Das heißt, dass der Arzt die konkret anzuwendende Behandlung „theoretisch wie praktisch so beherrscht, wie das von einem Facharzt (des betroffenen Fachgebietes) erwartet werden muss“⁵.

Zur Sorgfaltspflicht jedes Arztes gehört es dabei auch, „mögliche Folgen von Erkrankung und Behandlung auf die Verkehrssicherheit seines Patienten in Betracht (zu) ziehen“⁶. Sachlich betroffen sind insoweit also gezielt oder bei Gelegenheit von einem Arzt erhobene Befunde von körperlichen Zustand des Patienten, welche auf mangelnde Verkehrssicherheit bzw. Fahreignungsmängel hinweisen bzw. solche implizieren, sowie Behandlungsmaßnahmen, welche eine Verkehrsunsicherheit bzw. Fahreignungsmängel des Patienten hervorrufen können. Dabei ist allerdings Prämisse, dass der Arzt auf der Grundlage einzuhaltenden Behandlungsstandards überhaupt erkennt, dass sein Patient vorübergehende oder andauernde Fahreignungsmängel aufweist oder aufweisen könnte. Solches zu übersehen, wäre wiederum gerade behandlungsfehlerhaft.

Im Einzelfall handelt der Arzt sorgfaltspflichtwidrig, wenn er es unterlässt, seinen Patienten auf aus der Erkrankung (beispielsweise epileptische Anfälle in Folge schwerer Hirnverletzung⁷) oder aus der Behandlung (beispielsweise infolge einer Medikation⁸) resultierende Gefahren für die Fahrsicherheit im Allgemeinen oder auch nur für eine vorübergehende Zeitphase im Anschluss an eine Behandlungsmaßnahme (auch nachfolgende Selbstmedikation des Patienten betreffend) samt dem daraus folgenden Verbot einer Teilnahme am Straßenverkehr zu unterrichten.

Dahingehend obliegt dem Arzt eine umfassende Belehrungs- und Beratungspflicht, was Bestandteil der „Behandlung“ des Patienten ist (siehe dazu näher unten). Nach einer jüngeren Entscheidung des BGH kann für den behandelnden Arzt sogar die Verpflichtung begründet sein, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich der Patient nach der durchgeführten Behandlung nicht unbemerkt aus der Klinik bzw. Praxis entfernt, wenn er bei ambulanter Behandlung so stark sediert wurde, dass

3 Vgl. Künschner, A.; Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, Baden-Baden 1993, S. 211.

4 Vgl. u.a. BGH NJW 1987, 1479, 1992, 1560.

5 Vgl. Steffen, E., Der sogenannte Facharztstatus aus der Sicht der Rechtsprechung des BGH, MedR 1995, 360.

6 Vgl. Joachim; Allgemeine Verkehrsmedizin, Seite 414.

7 BGH NJW 1995, 795.

8 BGH NJW 1972, 2223; LG Konstanz NJW 1972, 2223.

seine Tauglichkeit für den Straßenverkehr für einen längeren Zeitraum erheblich eingeschränkt ist⁹.

Das Erfordernis intensiver Unterrichtung des Patienten hinsichtlich zeitlich begrenzter oder dauernder Fahrereignungsmängel resultiert aus entsprechender behandlungsvertraglicher Verpflichtung sowie strafrechtlicher Garantenstellung in Folge der Behandlungsübernahme und -durchführung.

b) „Aufklärung“ des Patienten

Die dargestellte Verpflichtung des Arztes zur Unterrichtung bzw. Beratung bzw. Aufklärung seines Patienten bedarf der näheren rechtssystematischen Betrachtung:

Im Arztrecht werden verschiedene Aufklärungsbereiche unterschieden, was insbesondere zum einen die sogenannte *Eingriffs-* oder *Risiko-* *aufklärung* und zum anderen die sog. *therapeutische Aufklärung* bzw. *Sicherungsaufklärung* betrifft.

Bei der Eingriffsaufklärung handelt es sich um die Unterrichtung des Patienten hinsichtlich Befund, Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten, Behandlungsalternativen, Eingriffsrisiken, Vor- und Nachteile sowie etwaige Nebenwirkungen der Behandlung, damit der Patient auf dieser Informationsgrundlage entscheiden kann, ob er in eine Eingriffsdurchführung einwilligt. Bekanntermaßen erhalten in die körperliche Integrität eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahmen „Legitimation“ zur Durchführung erst durch das „Einverständnis des aufgeklärten Kranken“¹⁰. Dies resultiert aus der rechtssystematischen Gegebenheit, dass – beruhend auf einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1894¹¹ – jeder ärztliche Eingriff im Ansatz den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt und auch als rechtswidrig zu erachten ist. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs – und damit die Strafbarkeit – wird unterbunden, wenn sich der Arzt auf einen Rechtfertigungsgrund zur Eingriffsdurchführung stützen kann. Diesen bildet regelmäßig die Einwilligung des Patienten in die Vornahme des Eingriffs. Dabei ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Patient die für seine Entscheidung bedeutsamen Umstände kennt, mithin weiß, „in was“ er einwilligt. Diesem Erfordernis muss eine adäquate Aufklärung Rechnung tragen. Der Verpflichtung zur adäquaten Eingriffsaufklärung des Patienten

9 BGH, Urteil vom 08.04.2003, MedR 2003, 629.

10 Vgl. Laufs, A.; Arztrecht, München 1993, Rn. 42.

11 RGSt 25, 375.

liegt letztlich das in Artikel 2 Abs. 1 GG konstituierte Selbstbestimmungsrecht eines jeden als allgemeines Persönlichkeitsrecht zu Grunde, weshalb dieser Aufklärungskomplex auch als *Selbstbestimmungsaufklärung* bezeichnet wird.

Behauptet die Patientenseite im Zivilprozess, eine adäquate Aufklärung habe nicht stattgefunden, ist die Behandlerseite insoweit a priori beweisbelastet.

Demgegenüber ist die Sicherungsaufklärung Bestandteil der ärztlichen Behandlung, weshalb Versäumnisse insoweit als „Behandlungsfehler“ zu werten sind. Daher trägt die Patientenseite im Zivilprozess hinsichtlich der Behauptung mangelnder oder fehlender Sicherungsaufklärung im Ansatz auch die Beweislast.

Bei der Sicherungsaufklärung geht es primär nicht um eine Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, vielmehr soll durch entsprechende Empfehlungen, Ratschläge, Hinweise und Anweisungen der therapeutische Erfolg einer Behandlung gesichert bzw. Schaden vom Patienten fern gehalten werden. Aufklärungsgegenstand insoweit sind beispielsweise Nach- und Weiterbehandlungserfordernisse, Diät- und Hygienemaßnahmen, Maßgaben zur Thromboseprophylaxe et cetera.

Aber auch Unterrichtungen hinsichtlich vorübergehender oder fortdauernder Fahreignungsmängel sind gegebenenfalls unabdingbare Inhalte der Sicherungsaufklärung.

Ersteres betrifft etwa die Wirkung von Medikationen – eventuell auch in Verbindung mit dem Genuss von Alkohol – oder Maßnahmen zur Sedierung und Narkotisierung im Zusammenhang mit ambulanter Eingriffsdurchführung. Für letzteres sei beispielhaft auf epileptische Anfälle, sonstige anfallsartig auftretende Bewusstseinsstörungen, Schädelhirnverletzungen, endogene Psychosen und psychotische Reaktionen, senile oder präsenile Hirnerkrankungen, schwere altersbedingte Persönlichkeitsveränderungen, Herzinfarkte bis zum Ende der Genesungszeit von drei bis sechs Monaten, Diabetes mellitus mit Neigung zu schweren Stoffwechsellentgleisungen mit Hypo- und Hyperglykämie etc. verwiesen. Auch Alkoholiker und Drogenabhängige sind grundsätzlich zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet¹². Zu alledem muss der Arzt seinen Patienten umfassend unterrichten und eindringlich belehren.

12 Vgl. Ulsenheimer, K.; Handbuch, § 150, Rn. 4 ff. mit weiteren Nachweisen.

2. Ärztliche Schweigepflicht

Stellt ein Arzt Fahreignungsmängel seines Patienten fest, löst dies die bereits ausgeführte eingehende Unterrichtung- und Belehrungspflicht zur Unterbindung daraus resultierender Risiken im Straßenverkehr aus. Allerdings ist dem Arzt regelmäßig abgeschnitten zu kontrollieren, ob der Patient dieser Belehrung Folge leistet. Daher stellt sich die weitergehende Frage, ob ein Arzt berechtigt oder gar verpflichtet ist, Verkehrsbehörden über die Fahreignungsmängel seines Patienten zu unterrichten, um ein „Fahrverbot“ effektiv durchzusetzen.

Insofern ist berufsordnungsrechtlich zu veranschlagen, dass gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte diese „über das, was Ihnen in ihrer Eigenschaft als Ärztin oder Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist – auch über den Tod der Patientin oder des Patienten hinaus – zu schweigen (haben)“. Andererseits sind Ärztinnen und Ärzte nach Abs. 2 Satz 1 dieser Regelung „zur Offenbarung befugt, soweit sie von der Schweigepflicht entbunden worden sind oder soweit die Offenbarung zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist“. Unbeschadet dessen bleibt allerdings zentral der Straftatbestand einer „Verletzung von Privatgeheimnissen“ gem. § 203 StGB zu berücksichtigen, der unter anderem die sog. „Ärztliche Schweigepflicht“ konstituiert. Schließlich ist die Verpflichtung zur Verschwiegenheit für den Arzt zivilrechtlich auch als behandlungsvertragliche Nebenpflicht anerkannt, weshalb eine Verletzung haftungsauslösend sein kann, wobei § 203 StGB zudem als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist¹³.

a) *Ratio legis*

Die ärztliche Schweigepflicht bzw. das „Patientengeheimnis“ gründet im Kern in der Würde des Menschen (Artikel 1 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Artikel 2 Abs. 1 GG). Der „Wille des Einzelnen, so höchst persönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren“, ist verfassungsrechtlich geschützt. „Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient

13 Vgl. Deutsch, E.; Schweigepflicht und Infektiosität, VersR 2001, 1471.

und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt, weil es die Chancen der Heilung vergrößert und damit – im Ganzen gesehen – der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge dient“, wie das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil formuliert hat¹⁴. Daraus erhellt, dass die ärztliche Schweigepflicht zwar primär dem Einzelinteresse des Patienten, aber auch dem Interesse der Allgemeinheit dient, wobei aus letzterem wiederum der Schutz von ersterem resultiert. Schutzgut des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist mithin sowohl das Individual- als auch das Allgemeininteresse an der Verschwiegenheit des Arztes¹⁵.

b) Offenbarungsrecht

Es bedarf hier keiner weiteren Ausführungen, um festzustellen, dass die Kenntnis von Fahreignungsmängeln seines Patienten regelmäßig der Schweigepflicht des behandelnden Arztes unterliegt.

Eine Offenbarung dieses Wissens gegenüber einer Verkehrsbehörde kann daher im Ansatz lediglich mit Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund erfolgen. Allerdings dürfte diese Sachverhaltskonstellation regelmäßig lebensfremd sein. Gleiches gilt im Übrigen für den Rechtfertigungsgrund „mutmaßlicher Einwilligung“ des Patienten, da dies beispielsweise den Tod, eine Bewusstlosigkeit oder eine Geistesschwäche des Betroffenen voraussetzen würde. Auch eine Durchbrechung der Schweigepflicht durch normativ vorgegebene Meldepflichten (vgl. § 6 Infektionsschutzgesetz) greift hier nicht ein.

Infolgedessen resultiert eine Berechtigung zur Offenbarung von Fahreignungsmängeln allenfalls unter dem Aspekt des „rechtfertigenden Notstands“ (§ 34 StGB).

Unter Rückgriff auf Prinzipien des rechtfertigenden Notstands bejahen (die allerdings nur spärliche) Rechtsprechung und überwiegende Literatur ein *Recht* des Arztes zur Offenbarung von Fahreignungsmängeln gegenüber Verkehrsbehörden. Die – inzwischen gefestigt – herrschende Meinung gibt bereits im Wesentlichen der Leitsatz einer Zivilentscheidung des BGH vom 08.10.1968 wie folgt wieder:

„Ein Arzt kann trotz seiner grundsätzlichen Schweigepflicht nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Inter-

14 BVerfG NJW 1972, 1123, 1124.

15 Vgl. mit weiteren Nachweisen Ulsenheimer, K.; Arztstrafrecht, a.a.O., Rn. 360 ff.

essen berechtigt sein, die Verkehrsbehörde zu benachrichtigen, wenn sein Patient mit seinem Kraftwagen am Straßenverkehr teilnimmt, obwohl er wegen seiner Erkrankung nicht mehr fähig ist, ein Kraftfahrzeug zu führen, ohne sich und andere zu gefährden. Voraussetzung ist jedoch, dass der Arzt vorher den Patienten auf seinen Gesundheitszustand und die Gefahren aufmerksam gemacht hat, die sich beim Steuern eines Kraftwagens ergeben, es sei denn, dass ein Zureden des Arztes wegen der Art der Erkrankung oder wegen der Uneinsichtigkeit des Patienten von vornherein zwecklos ist¹⁶.

In einem strafrechtlichen Beschluss hatte das OLG München schon 1956 wie folgt formuliert:

„Der Arzt, der im Interesse der allgemeinen Sicherheit des Straßenverkehrs der Gesundheitsbehörde mitteilt, dass sein Patient typische epileptische Anfälle mit tiefer Bewusstlosigkeit und einmal als Führer eines Kraftfahrzeuges in Folge eines Schrecks eine kurze Bewusstlosigkeit gehabt habe, offenbart nicht unbefugt ein ihm anvertrautes privates Geheimnis“¹⁷.

Der Bruch der Verschwiegenheit ist also gerechtfertigt, wenn der Arzt seinen Patienten zunächst über Befund und Diagnose sowie daraus resultierende Fahreignungsmängel mit dem „Verbot“ eines Führens von (Kraft-) Fahrzeugen belehrt und sich als ultima ratio bei – eventuell von vornherein absehbarer – Erfolglosigkeit solcher „Abhaltebemühungen“ aufgrund pflichtgemäßer Güterabwägung an eine Verkehrsbehörde wendet. Die Güterabwägung muss dabei einerseits das Individualinteresse des Patienten am Geheimnisschutz und andererseits die akute Gefährdung der Allgemeinheit sowie auch das (wiederum) individuelle Interesse des Patienten am Schutz vor schwerwiegender gesundheitlicher Schädigung in Folge eines Unfallereignisses implizieren¹⁸.

In gleicher Weise ist in Rechtsprechung und Literatur allerdings auch anerkannt, dass für den behandelnden Arzt keine Verpflichtung besteht, Verkehrsbehörden über Fahreignungsmängel seines Patienten zu unterrichten. Die Schweigepflicht des Arztes korreliert mit seinem Schweigerecht, was er persönlich abzuwägen hat. In diesem Zusammenhang darf auch nicht vernachlässigt werden, dass den Arzt das Risiko einer Fehleinschätzung mit potentiell zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen trifft¹⁹.

16 BGH NJW 1968, 2288.

17 OLG München MDR 1956, 565.

18 Vgl. Ulsenheimer, K.; Handbuch, a.a.O., § 150, Rn. 8 f.

19 Vgl. Ulsenheimer, K.; Handbuch a.a.O., § 150, Rn. 10.

3. Zusammenfassung

Auch im vorliegenden Zusammenhang schuldet der Arzt seinem Patienten zunächst eine Behandlung *lege artis*. Dies betrifft konkret ein Erkennen von Fahreignungsmängeln im Rahmen standardgemäßer Behandlungsausübung. Zur Behandlung im eigentlichen Sinne gehört dabei auch, dass der Arzt seinen Patienten hinsichtlich vorübergehender oder andauernder Fahreignungsmängel mit einem daraus resultierenden „Fahrverbot“ auf der Grundlage entsprechender Befunderhebung und Diagnosestellung unterrichtet. Dies folgt aus den Grundsätzen zur sogenannten Sicherungsaufklärung, zu deren Vornahme der Arzt verpflichtet ist.

Zeigt sich der Patient gegenüber entsprechender Belehrung zu seinen Fahreignungsmängeln samt daraus potentiell resultierender Risiken für ihn selbst und die Allgemeinheit – eventuell auch *a priori* – uneinsichtig, ist der Arzt als *ultima ratio* nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstands berechtigt, Verkehrsbehörden entsprechend zu unterrichten. Dies impliziert eine Durchbrechung der grundsätzlich auch bei vorliegender Fallkonstellation geltenden ärztlichen Schweigepflicht, welche berufsordnungsrechtlich, behandlungsvertragsrechtlich und vor allem auch strafrechtlich (§ 203 StGB) konstituiert ist. Jenseits dessen besteht *de lege lata* allerdings keine Rechtspflicht für den Arzt, Fahreignungsmängel seines Patienten gegenüber Verkehrsbehörden zu offenbaren.

Arzt und Fahreignungsmängel seines Patienten

– Vertrauensverhältnis contra Verkehrssicherheit –

Prof. Dr. Wolfram Höfling, Universität zu Köln,
Institut für Staatsrecht, Köln

I.

Die Medizin ist eine „*ars muta*“¹. Seit Hippokrates wird das Schweigen als „heilige“ Pflicht des Arztes bezeichnet². Und diese Verschwiegenheitspflicht sichert die Rechtsordnung heute durch vielfältige, sich wechselseitig verstärkende Regelungen ab: vom Standes- und Vertragsrecht³ über das Datenschutzrecht⁴ bis hin zum Strafrecht (§ 203 StGB)⁵. Das sogenannte einfache Recht reagiert damit auf einen verfassungsrechtlichen Impuls: Gesundheitsbezogene Patientendaten als überaus sensible Informationen nehmen Teil am grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre, wie er durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG garantiert ist. In dem Grundgesetzbeschluss des Zweiten Senats vom 8. März 1972 hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, ganz allgemein verdiene „der Wille des Einzelnen Achtung, so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren“⁶. Und weiter: „Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt, weil es die Chancen der Heilung vergrößert und damit – im

1 Siehe *Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff*, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Rn. 471 (S. 311).

2 „Was immer ich bei der Behandlung sehe oder höre oder auch außerhalb der Behandlung im Leben des Menschen, so werde ich, soweit man es nicht weiter erzählen darf, darüber schweigen, solches als heiliges Geheimnis achten“; hier zitiert nach *Klaus Bergdolt*, *Das Gewissen der Medizin. Die ärztliche Moral von der Antike bis heute*, 2004, S. 50; zur Geschichte der Schweigepflicht näher *D. Lilie*, *Medizinische Datenverarbeitung*, S. 52 ff.

3 Siehe etwa *Erwin Deutsch*, *Verkehrsuntauglichkeit: die Rolle des Arztes aus rechtlicher Sicht*, *VersR* 2001, 793 ff.

4 Siehe etwa *Bieber*, *Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht*, 1995.

5 Zum strafrechtlichen Schutz siehe etwa *Eichelbrönnner*, *Grenzen der Schweigepflicht des Arztes und seiner berufsmäßig tätigen Gehilfen nach § 203 StGB im Hinblick auf die Verhütung und Aufklärung von Straftaten*, 2001.

6 BVerfGE 32, 373 (380) unter Bezugnahme auf BGHZ 24, 72 (81).

Ganzen gesehen – der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge dient⁷. Mit dieser Formulierung nimmt die Entscheidung auch das kollektive Vertrauen in ein abgeschirmtes Arzt-Patienten-Verhältnis in den Blick, wenngleich die Perspektive individualzentriert bleibt⁸. Der jeweilige Patient mit seinen gesundheitlichen Schwächen und Defiziten soll sich rückhaltlos darauf verlassen können, dass ohne seine Einwilligung kein Dritter Kenntnis von personenbezogenen Daten erhält.

Insoweit trifft den Staat von Grundrechts wegen eine doppelte Pflicht: Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten verpflichtet in seiner abwehrrechtlichen Dimension den Staat zur Achtung des Vertrauensverhältnisses und hält ihn in einer schutzrechtlichen Dimension an, privaten Übergriffen – etwa der Weitergabe von Patientendaten durch den Arzt – wirksam zu begegnen⁹. Das hat der Gesetzgeber mit den bereits erwähnten Normen des einfachen Rechts getan.

Damit ist zunächst nur der – allerdings wichtige – Ausgangspunkt unserer Thematik skizziert. Staat und Gesellschaft können und dürfen indes nicht außer Acht lassen, dass durch körperliche oder sonstige persönlichkeitsbedingte Einschränkungen von Menschen Situationen mit negativen Auswirkungen auf grundrechtliche Schutzgüter Dritter entstehen können. Auch auf derartige Gefahren haben die staatlichen Organe als Grundrechtsgaranten zu reagieren. In unzähligen bereichsspezifischen Regelungen des Gesetzgebers lassen sich derartige Reaktionen erkennen: von gesundheitsbezogenen Eignungshürden für den Zugang zu und den Verbleib in bestimmten Berufen über arbeitsschutzrechtliche Vorschriften bis hin zum Infektionsschutz- und Unterbringungsrecht. Und auch für den Straßenverkehr finden sich entsprechende Normen, vor allem im Straßenverkehrsgesetz (StVG) und der Fahrerlaubnisverordnung (FeV). Danach setzt das Führen eines Kraftfahrzeugs die körperliche und geistige Eignung hierzu voraus. Das äußert sich beispielsweise in dem allgemeinen Erfordernis eines Sehtests, aber auch in unter bestimmten gesetzlich festgelegten Voraussetzungen verlangten Nachprüfungen (MPU).

7 Ebenda; siehe ferner auch BVerfG (K), NJW 1999, 1777 f. (1777).

8 Zum Streit um die Schutzrichtung und den Normzweck des § 203 StGB siehe *Klaus Gepfert*, Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, 1983, S. 10 ff.; *Vollmer*, Verkehrssicherheit und ärztliche Schweigepflicht, 1986, S. 52 ff.

9 Zu dieser Doppelfunktion der Grundrechte allgemein *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 5, 1992, § 111.

II.

Die legislatorische Konzeption setzt dabei weitgehend auf die Kombination von „generell-präventiven“ und „selektiv-reagierenden“ Instrumenten: relativ niedrighschwellige Zugangsanforderungen und unfallbedingte Sanktionierungen werden ergänzt durch punktuelle Kontrollen. Die *begleitende Kontrolle* des Mobilitätsverhaltens im Straßenverkehr beschränkt sich weitgehend auf die Überprüfung der technischen Eignung der Fahrzeuge. Regelmäßige Überprüfungen der Kraftfahrzeugführer nach Art eines „Personen-TÜV“ gibt es demgegenüber – gelegentlich erhobenen Forderungen zum Trotz¹⁰ – noch nicht¹¹. Gerade dieser Umstand indes setzt das heutige Thema immer wieder auf die Tagesordnung. Und nachdem sich der 14. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1976 bereits mit dem Spannungsverhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und Verkehrssicherheit befasst hat, erörtern wir es heute erneut. In diesen knapp drei Jahrzehnten hat sich manches geändert, rechtstatsächlich wie rechtsnormativ. Rechtstatsächlich ist neben der gestiegenen Zahl der zugelassenen Kraftfahrzeuge und der (dennoch) sinkenden Werte der Unfallstatistiken v.a. auf die Zunahme der Gruppe der älteren Verkehrsteilnehmer hinzuweisen¹². Rechtsnormativ folgen wesentliche Änderungen aus der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben in die neue FeV, die insbesondere in ihren Anlagen auch die Anforderungen an die von Kraftfahrzeugführern aufzuweisende geistig-körperliche Eignung näher beschreibt.

Unverändert aber ist der regulatorische Ansatz geblieben, auf eine funktionalisierende Regulierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Interesse der Verkehrssicherheit zu verzichten. Die Rechtsordnung scheint weiterhin auf eine Art „Verantwortungsteilung“ zu setzen und auf das edukatorische Geschick der Ärzte zu vertrauen. Der Preis dieses Regulierungsverzichts ist indes, dass der Arzt in Konfliktkonstellationen auf ein ggf. strafrechtlich sanktioniertes Abwägungsrisiko verwiesen wird, wenn er glaubt, vom Verhalten seines uneinsichtigen Patienten gehe eine erhebliche Gefahr für ihn selbst sowie Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer aus. Er soll und muss entscheiden, ob § 34 StGB ihm die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht und zugleich des Straftatbestandes des

10 Siehe etwa *Volker Epping*, Entziehung der Fahrerlaubnis bei Haschischkonsum, NZV 1994, 129 (134).

11 Allerdings wird das europäische Gemeinschaftsrecht hier wohl neue Anstöße geben.

12 Dazu schon der 40. Deutsche Verkehrsgerichtstag, vgl. NZV 2002, 77 (77).

§ 203 StGB erlaubt. Auf eine hinreichend konkretisierende Judikatur kann er sich insoweit kaum stützen¹³.

III.

Ist dies ein befriedigender Rechtszustand? Meine Antwort lautet: nur bedingt.

Zunächst: Unzureichend ist es, die in mehrfacher Hinsicht (potentiell) existentielle Entscheidung über die Weitergabe bzw. Nichtweitergabe verkehrsrelevanter Patientendaten lediglich nach Maßgabe eines auf Notstandssituationen zugeschnittenen strafrechtlichen Erlaubnistatbestandes normativ zu strukturieren, der ganz allgemein formuliert ist und auf eine im Kern „rein formale Kategorie (‘überwiegendes Interesse‘, ‘angemessenes Mittel‘)¹⁴ abhebt. Die Funktion der Norm zielt angesichts der legislativ kaum zu antizipierenden unübersehbaren Anzahl denkbarer Güterkollisionen¹⁵ auf eine Lückenfüllung. Nur in solchen Situationen soll und kann es dem Einzelnen zugemutet werden, selbst eine Abwägungsentscheidung der in § 34 StGB normierten Art zu treffen. Hieraus folgt gleichsam im Umkehrschluss die an den Gesetzgeber adressierte Pflicht, vorhersehbare Pflichtenkollisionen nach Möglichkeit spezialgesetzlich abzusichern.

Die legislatorische Verpflichtung hierzu ergibt sich verfassungsrechtlich aus der sog. Wesentlichkeitslehre, die maßgeblich durch die einschlägige Judikatur des Bundesverfassungsgerichts geprägt ist. Danach hat der parlamentarische Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“¹⁶. Maßgeblich für die Konkretisierung des Wesentlichkeitsbegriffs ist dabei vor allem die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme in Abhängigkeit von der Intensität des staatlichen Eingriffs in Freiheitspositionen¹⁷, aber auch,

13 BGH, NJW 1968, 2268; OLG Frankfurt, NJW 2000, 865; siehe auch die Feststellung von *Klaus Geppert*, Rechtliche Überlegungen zur Fahreignung bei neurologischen und neuropsychologischen Erkrankungen, in: Festschrift für Gössele, 2002, S. 303 (310): Es gebe „erstaunderweise (offenbar, weil die Ärzteschaft sich mit diesbezüglichen Meldungen an die Verkehrsbehörden deutlich zurückhält) nur wenig einschlägige obergerichtliche Äußerungen“. Weitere Entscheidungen – allerdings in Hinblick auf die Offenbarung strafrechtlich relevanten Verhaltens – bei *Eichelbrönnner*, aaO (Fn. 5).

14 So *Lenkner/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 34 Rn. 6.

15 Siehe *Tröndle/Fischer*, StGB, Kommentar, 51. Aufl. 2003, § 34 Rn. 23.

16 Siehe BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); grundlegend BVerfGE 33, 125 (158 f.); 33, 303 (333 f., 337, 346); ferner etwa BVerfGE 77, 170 (230 f.); 88, 103 (116).

17 In diesem Sinne etwa BVerfGE 34, 165 (192); 47, 46 (79); 57, 295 (321); 62, 169 (182).

ob das Staatshandeln seinerseits bedeutsam für die Verwirklichung der Grundrechte ist¹⁸. Namentlich in konfliktträchtigen multipolaren Grundrechtsbeziehungen (Arzt, Patient, andere Verkehrsteilnehmer, aber auch andere potentielle Patienten) hat der insoweit erforderliche Ausgleich nach Maßgabe parlamentsgesetzlicher Steuerung zu erfolgen.

Eine spezialgesetzliche Regelung ist deshalb geboten. Damit würde zugleich auch grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Direktiven Genüge getan: Daten – soweit eine Einwilligung des Betroffenen nicht vorliegt – nur auf eindeutiger, die Grundsätze der Zweckbindung, Datensparsamkeit und Datentransparenz¹⁹ beachtender gesetzlicher Grundlage²⁰ zu verarbeiten²¹.

IV.

Eine spezialgesetzliche Normierung, die ihren Zweck einer größeren Rechtssicherheit und Transparenz erreichen will, sollte sich indes nicht mit einer Regelung begnügen, wie sie beispielsweise das schweizerische Recht kennt. Nach § 14 Abs. 4 des Straßenverkehrsgesetzes (SVG) kann jeder Arzt „Personen, die wegen körperlicher oder geistiger Krankheiten oder Gebrechen oder wegen Süchten zur sicheren Führung von Motorfahrzeugen nicht fähig sind, der Aufsichtsbehörde für Ärzte und der für Erteilung und Entzug des Führerausweises zuständigen Behörde melden“. Dieses 1975 eingeführte Melderecht des Arztes²² verlangt lediglich die Feststellung der körperlichen oder sonst persönlichkeitsbedingten Fahrunfähigkeit und verzichtet auf eine weiterreichende normative Steuerung. Demgegenüber hatte der 14. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1976 mit seinem Regulierungsvorschlag eine nähere Konkretisierung versucht. Danach sollte „jeder Arzt in notwendigem Umfang zur Offenbarung krank-

18 Siehe etwa BVerfGE 47, 46 (79) unter Bezugnahme auf ältere Judikate.

19 Siehe dazu beispielsweise *Ehmann*, RDV 1999, 12 ff.; *Gola/Schomerus*, BDSG, 7. Aufl. 2002, § 33 Rn. 1.

20 Siehe schon Art. 4 Abs. 2 Landesverfassung NRW.

21 Siehe hierzu grundsätzlich BVerfGE 65, 1 (42 ff.). Eine der hier beschriebenen vergleichbare Problematik stellt sich in sozialgerichtlichen Verfahren, wenn aufgrund medizinischer Untersuchungen den Straßenverkehrsbehörden nicht bekannte, die Fahrtauglichkeit ausschließende Umstände offenbar werden. Hierzu etwa *Rombach*, in: Hauck/Noftz, SGB X, Kommentar, Loseblatt, Stand: 11/04, § 67 Rn. 45 ff., der zu Recht einer Lösung über § 34 StGB kritisch gegenübersteht und eine neu zu schaffende Regelung im Rahmen der §§ 68 ff. SGB X befürwortet.

22 Es handelt sich nicht um eine Meldepflicht; darauf weisen ausdrücklich hin *Hans Giger/Robert Simmen*, SVG-Kommentar, 5. Aufl. 1996, S. 27.

heitsbedingter Fahruntüchtigkeit eines Patienten befugt, aber nicht verpflichtet“ sein, „soweit die Offenbarung zum Schutz der dadurch gefährdeten Verkehrssicherheit, insbesondere zur Abwehr schwerer gesundheitlicher Gefahren von dem Patienten oder einem andern erforderlich erscheint und eine Mitteilung an die zuständige Behörde als einziges Mittel angesehen werden muss.“

Der Formulierung ist jedenfalls deutlich das Bemühen anzumerken, die Offenbarungsbefugnis des Arztes restriktiv auszugestalten. Gleichwohl erscheint mir eine noch etwas weitergehende Strukturierung der ärztlichen Entscheidungsfindung sinnvoll und auch erforderlich. Ein diesen Überlegungen entsprechender Gesetzestext, der etwa in das StVG einzufügen wäre, könnte wie folgt aussehen:

„(1) Der behandelnde Arzt ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Patienten, die wegen körperlicher oder geistiger Erkrankungen oder Mängel oder wegen Suchterkrankungen nicht geeignet im Sinne des § 2 dieses Gesetzes und des § 11 der Fahrerlaubnis-Verordnung sind, ein Kraftfahrzeug sicher zu führen (krankheitsbedingte Fahruntauglichkeit), der zuständigen Behörde zu melden, wenn dies zur Abwehr schwerer gesundheitlicher Gefahren für den Patienten oder für andere Verkehrsteilnehmer erforderlich ist. Der Patient ist zuvor über die aus seiner Fahruntauglichkeit resultierenden Gefahren und die Möglichkeit einer Meldung aufzuklären.

(2) Der behandelnde Arzt stellt die krankheitsbedingte Fahruntüchtigkeit im Sinne des Absatzes 1 in Wahrnehmung seiner fachlichen Verantwortung unter Berücksichtigung der Anlagen 4, 5 und 6 der Fahrerlaubnis-Verordnung fest.“

V.

Mit diesem Vorschlag wird einer gesetzlichen *Meldepflicht* des Arztes – etwa nach dem Vorbild des Infektionsschutzrechts (§§ 6 ff. IfSG) – explizit eine Absage erteilt, um nicht das sensible und für die Gesundheit und Sicherheit Aller unverzichtbare Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient übermäßig zu belasten.

Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass der Staat mit einer Ergänzung des Straßenverkehrsgesetzes um ein Melderecht des Arztes seinen Pflichten als Grundrechtsgarant bereits in vollem Umfang nachgekommen wäre. Zwar ist es nicht die Pflicht von Gesetzgeber und Exekutive, ein Regelungskonzept zu erarbeiten, das geeignet ist, „die aus dem Verkehr resultierenden Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit auf

ein Mindestmaß zu beschränken²³; vielmehr hat insbesondere der Gesetzgeber – wie das Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehoben hat – bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum²⁴, um die kollidierenden Grundrechtspositionen und Interessen auch nach Maßgabe politischer Präferenzentscheidungen auszubalancieren.

Die angemessene und effektive Inanspruchnahme einer derartigen Prerogative setzt indes voraus, dass der Gesetzgeber, aber auch die Exekutive sich hinreichend über die einschlägigen Realdaten informieren. Mit anderen Worten: Sie haben die relevanten Entwicklungen zu beobachten und auszuwerten. Insoweit aber besteht noch ein erheblicher Nachbesserungsbedarf. Die verfügbaren Unfallstatistiken geben kaum Auskunft etwa zu der nahe liegenden Frage, ob und ggf. welche Auswirkungen die steigende Anzahl Verkehrsteilnehmer hohen Alters auf die Sicherheit des Verkehrs hat²⁵. Aufmerksamkeit verdient wohl auch der in den letzten Jahren stark angestiegene Konsum synthetischer Drogen²⁶.

Auf der Grundlage verlässlicher Erhebungen ist dann ggf. über administrative und/oder legislative Reaktionen nachzudenken, die bereichs- und problemspezifisch ansetzen sollten. Die beiden soeben beispielhaft angesprochenen Personengruppen aber zeigen, dass eine mittels Meldepflicht realisierte Indienstrafe von Ärzten zur Effektivierung der Straßenverkehrssicherheit – gleichsam als Erfüllungsgehilfen der Straßenverkehrsbehörden²⁷ – zu Verzerrungen und Ungleichbehandlungen führen kann.

23 So aber *Jutta Limbach*, Verkehrsrecht in guter Verfassung?, NZV 2001, 97 (98) – Festvortrag auf dem 39. VGT 2001 – Hervorhebung hinzugefügt.

24 Darauf weist zu Recht auch *Limbach*, aaO, hin.

25 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation, 2002, S. 218 f.: Im Blick auf die Problematik der Altersdemenz wird hervorgehoben, dass die Statistiken „keine sicheren Aussagen zur Unfallhäufigkeit durch das Vorliegen von kognitiven Einbußen bei demenziellen Erkrankungen (erlauben). Es fehlen aussagekräftige Analysen zum Verhältnis von Fahrleistung und Unfallgeschehen. Zudem werden nur Unfälle dokumentiert, bei denen es auch zu gerichtlichen Verfahren kam, was eine erhebliche Dunkelziffer bedeuten kann. Die klinisch-geriatrische Erfahrung, dass immer wieder Angehörige älterer aktiver Kraftfahrender mit ausgeprägten Demenz-Syndromen um Rat suchten, wie sie die nicht einsichtige Person zur Aufgabe ihres Fahrens bewegen können, unterstreicht die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit dem Problem. Die gängige Aufschlüsselung der statistischen Daten mit einer undifferenzierten Zusammenfassung älterer Kraftfahrerinnen und Kraftfahrer in zwei Gruppen (60-70 sowie älter als 70 Jahre) entspricht nicht mehr den Anforderungen heutiger Altersforschung. Es muß davon ausgegangen werden, dass künftige Kohorten einen deutlich höheren Anteil von aktiven Kraftfahrenden in den höheren Altersdekaden mit sich bringen und damit andere Verhältnisse und Risiken erwachsen werden, die adäquat abgebildet werden müssen“.

26 Siehe hierzu etwa den Drogen- und Suchtbericht der Bundesregierung 2004, S. 61 f.

27 Gar als „Büttel der Polizei“; siehe *Mittelbach*, MDR 1956, 565. Kritisch auch *Schlund*, DAR 1995, 50 (53).

Allein der Umstand, dass 80jährige deutlich häufiger ärztlichen Rat und Beistand benötigen als 25jährige, dürfte eine selektive Problemwahrnehmung und -verarbeitung bewirken.

Dies spricht für andersartige Lösungskonzepte, beispielsweise für die begleitende Kontrolle besonders gefährdeter und gefährlicher Personengruppen, etwa durch befristete Fahrerlaubnisse, wenn und soweit für derartige Maßnahmen eine verlässliche Datenbasis zur Verfügung steht.

Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa

– Europäische Herausforderungen an die Verkehrsüberwachung in Deutschland –

Dr. Frank Albrecht, Regierungsdirektor,
Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Berlin

„Solange unsere Sicherheit kein Kind der Vernunft sein kann, muss sie eine Tochter des Schreckens sein“ hat Winston Churchill vor vielen Jahren gesagt und dabei gewiss nicht an die Sicherheit im Straßenverkehr gedacht. Der Ausspruch scheint aber dennoch sehr passend. Denn letztlich geht es unserem Arbeitskreis darum, welches Ausmaß die Repression haben muss, damit das Verkehrsverhalten so positiv beeinflusst werden kann, dass möglichst wenig Verkehrsunfälle geschehen oder wenigstens ihre Folgen vermindert werden¹.

Diesen Ansatz stellt auch die von Frau de Vries vorzustellende Empfehlung der Kommission über Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit vom 21. Oktober 2003 in den Mittelpunkt². Zugleich bin ich aber der Meinung, dass die Ausprägung der Vernunft der Verkehrsteilnehmer mindestens ebenso wichtig, wenn nicht entscheidender ist.

1. Zum Stand der Verkehrssicherheitsarbeit in Deutschland

In Deutschland jedenfalls wurden bisher und werden auch künftig bei der Durchsetzungsstrategie *zwei Ansätze* verfolgt³. Zum einen werden Maßnahmen ergriffen, um die freiwillige Befolgung der Verkehrsregeln zu erreichen. Dazu zählen die vielfältigen Initiativen von Bund, Ländern, Verkehrssicherheitsorganisationen und Automobilclubs im Bereich der Verkehrsaufklärung und -erziehung⁴, die ständige Verbesserung der Fahr-

-
- 1 Die Bedeutung der subjektiven Sanktionserwartung für das Verkehrsverhalten ist bekannt; vgl. Nehm, 31. VGT 1993, 153 (154); BAST, Polizeiliche Verkehrsüberwachung, Bergisch-Gladbach, 1996, S. 15 ff.
 - 2 ABl. EU C 93 vom 17.04.2004, S. 5; ABl. EU L 111 vom 17.04.2004, S. 75; ber. ABl. EU L 120 vom 24.04.2004, S. 65.
 - 3 Deutlich Bouska, 37. VGT 1999, S. 140 ff; Schwind, 37. VGT 1999, S. 148 ff.
 - 4 Allein das BMWV hatte im Jahr 2004 11, 12 Mio. € für die Verkehrserziehung und -aufklärung im Haushalt vorgesehen und ausgegeben. Hinzu kommen die in den Ländern dafür vorgesehenen Etats.

ausbildung⁵ und nicht zuletzt die Bemühungen um die Schaffung solcher Verkehrsregeln, die die Verkehrsteilnehmer verstehen, nachvollziehen können und – insbesondere im Hinblick auf Verbote gerade im Geschwindigkeitsbereich – akzeptieren⁶.

Zum anderen wird mit den Überwachungsmaßnahmen und der Verhängung von Sanktionen ein repressiver Ansatz verfolgt. Auch insoweit wird in Deutschland den Gesichtspunkten der Nachvollziehbarkeit im Hinblick auf die Überwachungsmaßnahmen und der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Sanktionen jedoch wesentliches Augenmerk geschenkt⁷. *Denn die Auferlegung von Sanktionen ist kein Selbstzweck.* Die Geldbußen sollen ebenso wie die Fahrverbote und Punkteeintragungen⁸ dazu führen, dass derjenige, der einen Verkehrsverstoß begangen hat, sich künftig an die Verkehrsregeln hält⁹.

Das hat zu einem differenzierten Sanktionensystem geführt, mit dem Kraftfahrer so angesprochen werden sollen, dass sie ihr Fehlverhalten überdenken. Für Wiederholungstäter sind bekanntlich verschärfte Maßnahmen vorgesehen.

-
- 5 Zuletzt z. B. durch die Verordnung über die freiwillige Fortbildung von Inhabern der Fahrerlaubnis auf Probe (Freiw FortbV) vom 16. Mai 2003 (BGBl. I S. 709).
 - 6 Auf dieser Linie liegt besonders § 45 Abs. 9 StVO, der durch die Verordnung vom 07.08.1997 (BGBl. I S. 2028) eingefügt worden ist und wie folgt lautet: „Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen sind nur dort anzuordnen, wo dies aufgrund der besonderen Umstände zwingend geboten ist. Abgesehen von der Anordnung von Tempo 30-Zonen nach Absatz 1c oder Zonen-Geschwindigkeitsbeschränkungen nach Absatz 1d dürfen insbesondere Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs nur angeordnet werden, wenn auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechtsgüter erheblich übersteigt. Gefahrenzeichen dürfen nur dort angebracht werden, wo es für die Sicherheit des Verkehrs unbedingt erforderlich ist, weil auch ein aufmerksamer Verkehrsteilnehmer die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig erkennen kann und auch nicht mit ihr rechnen muss.“ Weitere Maßnahmen zu einer maßvolleren Beschilderung und einer bürgernahen StVO befinden sich im BMVBW in Vorbereitung, auch wenn die Umsetzung wegen des Umfangs der Vorhaben noch einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte; vgl. zur Problematik insgesamt Pressemitteilung des BMVBW vom 21. Februar 2002 Nr. 046/02; Programm für mehr Sicherheit im Straßenverkehr des BMVBW vom Februar 2001, S. 16.
 - 7 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat in Deutschland bekanntlich Verfassungsrang und bindet auch den Gesetzgeber, insbesondere im Bereich der Strafgesetzgebung und im Ordnungswidrigkeitenrecht (BVerfGE 10, 117; BVerfG NJW 1979, 1445; BVerfGE 48, S. 48; Schönke, Schröder, StGB, 26. Aufl., Rn. 21 zu § 1 StGB; zur Berücksichtigung der Angemessenheit bei der Beschränkung von Grundrechten vgl. z. B. BVerfGE 71, 206).
 - 8 Auch wenn es sich bei der Eintragung von Punkten in das Verkehrszentralregister nicht um eine Sanktion handelt.
 - 9 Zur Funktion der positiven Generalprävention der Sanktion: Burmann, 32. VGT 1994, S. 143 (145); Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., Rn. 11; Schönke, Schröder, StGB, 26. Aufl., Rn. 2 vor § 38 StGB.

Die Verkehrssicherheitsarbeit in Deutschland hat sich bisher schließlich vom Grundsatz der Kontinuität leiten lassen. Nachhaltigkeit lässt sich am besten erreichen, wenn die präventiven und repressiven Maßnahmen *gleichermaßen und in Permanenz* durchgeführt werden. Das ist wichtig, weil noch so massive, aber kurzfristige Aktivitäten zwar möglicherweise ebenso massive, aber ebenfalls nur kurzfristige Verbesserungen der Verkehrssicherheit nach sich ziehen. Das zeigen etwa die Erfahrungen mit örtlich intensiverer Geschwindigkeitsüberwachung. Nach deren Beendigung hat sich der ursprüngliche Zustand stets sukzessive wieder etabliert¹⁰.

Und so sind der ersten großen Verkehrssicherheitskampagne 1973¹¹ viele weitere Kampagnen, insbesondere im Rahmen des Deutschen Verkehrssicherheitsrates und zuletzt das Verkehrssicherheitsprogramm des BMVBW 2001, vor allem aber die tagtägliche Arbeit insbesondere der Überwachungsbehörden gefolgt.

Mit diesem Konzept hat Deutschland nicht unerhebliche Erfolge erzielt: Die Zahl der getöteten Personen ist pro Milliarde Fahrzeugkilometer von 1970 mit 76,5 über 1990 mit 16,2 vor dem Beitritt und 19,7 danach auf 10,7 im Jahr 2003 sukzessive zurückgegangen. Für die Zahl der Verletzten gilt dies entsprechend. Deutschland befindet sich mit diesen Ergebnissen im europäischen Maßstab zwar nur im oberen Mittelfeld¹². Angesichts des stetigen Verkehrszuwachses sollten diese Erfolge aber nicht unterschätzt werden. Immerhin hat Deutschland ein im europäischen Maßstab einzigartiges Transitaufkommen und einen gewaltigen Anteil an ausländischen Kraftfahrern, die durch nationale Präventions- und Repressionsmaßnahmen nur bedingt angesprochen werden können. Allein ausländische Lkw erbringen auf deutschen Straßen Fahrleistungen von 8,2 Millionen Kilometer jährlich, Pkw 19,2 Millionen Kilometer. Das bedeutet, bezogen auf die Mitte der 90er Jahre, einen Zuwachs von 76 % bzw. 23 %¹³. Entsprechend müssen auch die Reaktionen zunehmend europäisch und nicht mehr allein nationalstaatlich ausfallen¹⁴.

10 Vgl. Mewes, Mobile und ortsfeste Geschwindigkeitsüberwachung, Köln 1993, S. 6, 7.

11 Regierungserklärung vom 18. Januar 1973 „Mehr Sicherheit auf unseren Straßen“.

12 Bei der Kennzahl „Getötete je 1 Mill. Einwohner“ liegt D mit 83 an sechster Stelle nach Malta (41), dem Vereinigten Königreich (58), Schweden (63), der Niederlande (66) und Finnland (80). Quelle: Statistisches Bundesamt, Verkehrsunfälle 2003, Fachserie 8, Reihe 7.

13 BASt, Fahrleistungserhebung 2002.

14 Die Notwendigkeit hatte der Deutsche Verkehrsgerichtstag schon sehr frühzeitig erkannt. Bereits 1967 wurde festgestellt, dass es zum Wesen des modernen Straßenverkehrs gehört, dass er über die nationalstaatlichen Grenzen hinausreicht, vgl. 5. VGT 1967, S. 89.

Vor diesem Hintergrund sind die in der Empfehlung der Kommission vom 21. Oktober 2003 zum Ausdruck kommenden Überlegungen konsequent.

Zugleich darf aber auch nicht übersehen werden, dass die Gegebenheiten in Europa zuweilen sehr unterschiedlich sind.

- *Beispiel internationaler Verkehr:* So ist die beschriebene Situation in Deutschland z. B. mit Großbritannien oder Schweden wegen der geographischen Lage in keiner Weise vergleichbar. Die für Deutschland erforderlichen Konsequenzen, etwa schon aus diesem Grund vermehrt Anhaltekontrollen durchführen zu müssen, können deshalb auf diese Staaten nicht übertragen werden.
- *Beispiel Fahrzeugzulassung:* In Großbritannien und mehreren anderen europäischen Staaten besteht ein großes Problem, weil sehr viele Fahrzeuge nicht ordnungsgemäß zugelassen oder versichert sind. Der Anteil wird auf 4 % bis 20 % geschätzt¹⁵, in England auf mindestens 1,5 Mio. Fahrzeuge¹⁶. Mitgliedstaaten, die mit diesem Problem konfrontiert sind, müssen massive Straßenkontrollen mit einem hohen Maß an Automatisierung durchführen. Sie haben dann natürlich auch entsprechende Erfolge bei der Aufdeckung von Verstößen zu verzeichnen. Schlussfolgerungen für andere Mitgliedstaaten, die – wie Deutschland – das Problem von vornherein durch nachhaltige Kontrollen bei der Abwicklung des Zulassungsverfahrens jedenfalls in dieser Schärfe vermeiden, dürfen daraus aber nicht abgeleitet werden.
- *Beispiel langjährige Durchsetzungsstrategie:* In Frankreich sind beachtliche Fortschritte bei der Verbesserung der Verkehrssicherheit erreicht worden, seitdem die dort schon immer einschneidenden Sanktionen nochmals massiv verschärft und landesweite Anstrengungen bei der Überwachung unternommen worden sind.

Ein vor zwei Jahren in Angriff genommenes und zum Teil umgesetztes Programm¹⁷ sieht zum Beispiel vor, bis 2005 eintausend Überwachungsgeräte an Orten mit Unfallhäufung aufzustellen. Schlussfolgerungen für Deutschland lassen sich daraus aber nur bedingt ableiten. Denn zum einen sind in Deutschland schätzungsweise schon seit Jahren etwa 2000 stationäre Überwachungsanlagen in Betrieb und weitere 1200

15 Schätzungen des GDV aufgrund von Auskünften der ausländischen Entschädigungsfonds zum Anteil unversicherter Fahrzeuge lauten wie folgt: GB: ca. 4 %; IRL ca. 7 %, I ca. 10 %, E, GR ca. 20 %.

16 Department for Transport UK, Tackling unlicensed and abandoned vehicles, 2004, S. 1.

17 Erklärung von Staatspräsident Chirac vom 14. Juli 2002 und nachfolgende Maßnahmen in den Bereichen Sanktionsrecht, Überwachung und Öffentlichkeitsarbeit.

mobile Messgeräte im Einsatz. Zum anderen konnte mit den Maßnahmen in Frankreich gewissermaßen „auf einen Schlag“ annähernd das Niveau erreicht werden, das in Deutschland sukzessive aufgrund langjähriger Anstrengungen erreicht worden ist¹⁸.

- *Beispiel Gurtanlegepflicht*: Hier unterscheiden sich die Quoten ganz beträchtlich. Während sie in einigen Mitgliedstaaten weniger als 70 % (Spanien) betragen, liegen sie in anderen zwischen 70 % und 80 % (Österreich, Belgien, Irland) und wieder anderen bei über 90 %, in Deutschland bekanntlich bei 93 %¹⁹.

Ich meine, auch die neu zu ergreifenden Maßnahmen sollten entsprechend unterschiedlich ausfallen. Jedenfalls erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsökonomie wenig zweckmäßig, einem Mitgliedstaat, der eine hohe Gurtanlegequote unter anderem durch intensive Überwachungsarbeit erreicht hat, dies aber nicht durch statistische Angaben über die Anzahl der Kontrollen nachweisen kann, jetzt deren aufwendige statistische Erfassung aufzugeben.

Aus diesen Gründen ist es zu begrüßen, dass die Europäische Kommission nur eine Empfehlung erlassen hat und dass sie nunmehr in Konsultationen mit den europäischen Mitgliedstaaten deren Sachverstand bei der weiteren Behandlung der Empfehlung einbezieht. Zudem erklärt sich aus den unterschiedlichen Gegebenheiten aber auch, dass Sachverhalte, die die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit betreffen, bislang zu Recht der dritten Säule der Europäischen Union zugerechnet worden sind. Das hatte im Unterschied zur Zuordnung zur ersten Säule die Konsequenz, dass verbindliche Regelungen nur bei einem Einvernehmen aller Mitgliedstaaten erlassen werden konnten und nicht nach dem Mehrheitsprinzip, das nur in der ersten Säule gilt²⁰.

18 Die Entwicklung der Kennzahl „Getötete je 1 Mrd. Fahrzeugkilometer“ war in Frankreich und Deutschland wie folgt: 2001: F 14,8/D 11,2; 2002: F 13,55/D 11,07; 2003: F 11/D 10,6; Quellen: Observatoire national interministeriel de securité routière vom 12.01.2004; Statistisches Bundesamt, Verkehrsunfälle 2003, Fachserie 8, Reihe 7.

19 Zur Gurtanlegequote in Deutschland vgl. BASt, Sicherung durch Gurt und andere Schutzsysteme 2003; Angaben zu den anderen Staaten entstammen dem Forschungsprojekt „SARTRE 3“.

20 Hinsichtlich der für die Mitgliedstaaten unverbindlichen Empfehlungen ist die Europäische Kommission im Hinblick der Auswahl der Sachverhalte, zu denen sie sich äußert, nicht beschränkt; vgl. Art. 211 EG-Vertrag, Ruffert in Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Rn. 14 zu Art. 211 EGV; Jorna in Schwarze, EU-Kommentar, Baden-Baden, 1. Aufl., Rn. 26 zu Art. 11 EGV. Eine verbindliche Regelung würde indessen im Spannungsfeld zwischen Art. 71 Abs. 1 Buchst. c EGV und Art. 31 Buchstaben a und c EUV liegen, wobei für Maßnahmen nach Art. 31 EUV die Handlungsformen nach Art. 34 Abs. 2 EUV (Einstimmigkeit) und für solche nach Art. 71 EGV die Formen nach Art. 249 EGV in Betracht kommen (dem Mehrheitsprinzip unterliegend).

II. Änderung der Strategie in Deutschland

Nun zur Frage, was Deutschland an seiner Durchsetzungsstrategie ändern sollte:

- 1. Das allgemeine Niveau der Verkehrsüberwachung, insbesondere bei den Hauptunfallursachen, sollte beibehalten und vor allem transparent gemacht werden.*

Die Forderung, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen in dem einen oder anderen Segment zu verstärken, wird mit einiger Regelmäßigkeit von verschiedenen Seiten, darunter auch von deutschen Verkehrsgerichtstagen, erhoben²¹. Was danach wirklich stattfindet, bleibt meistens aber im Unklaren. Das hängt damit zusammen, dass es eine bundesweite Übersicht zu Überwachungsmaßnahmen nicht zuletzt wegen der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland nicht gibt. Es ist zwar verständlich, dass die Länder generell Zurückhaltung üben, wenn es um Statistiken geht. Wer aber darlegt, dass in Deutschland bereits ein hohes Überwachungsniveau besteht, der sollte dies nicht nur regional überzeugend darstellen können. Außerdem hat nur derjenige, der den Status quo zumindest in den wesentlichsten Bereichen erfasst, auch tatsächlich die Möglichkeit, danach notwendige Veränderungen festzulegen und ggf. zu messen.

Ich schlage deshalb vor, die Länder und den Bund dazu aufzufordern, die Zusammenarbeit in diesem Bereich zu verstärken und mindestens auf den von der Kommissionsempfehlung genannten Gebieten die Überwachungsintensität bundesweit und -einheitlich zu erheben, um anhand dessen über die Notwendigkeit von Verschärfungen entscheiden zu können.

- 2. Die kommunale Verkehrsüberwachung ist eine wichtige und nicht mehr hinwegzudenkende Ergänzung der polizeilichen Überwachung. Dem sollte durch angemessene Regelungen Rechnung getragen werden.*

Das Pro und Kontra kommunaler Verkehrsüberwachung ist unter anderem auf Verkehrsgerichtstagen hinlänglich diskutiert worden. Sieht man die heutige Realität, so führt an der kommunalen Überwachung kein Weg mehr vorbei. Letztlich hat sie im Übrigen die Defizite ausgefüllt, die die Polizei zu hinterlassen drohte, als sie sich im Laufe des letzten Jahrzehnts immer mehr ihren Kernaufgaben, vor allem in der Kriminalitätsbekämpfung

²¹ Vgl. z. B. Empfehlungen des AK III des 31. VGT 1993; des AK III des 37. VGT 1999, S. 9; Programm für mehr Sicherheit im Straßenverkehr des BMVBW vom Februar 2001, S. 15 f.

fung, zugewandt hat²². Die Bedeutung der kommunalen Überwachung für die Verkehrssicherheit ist deshalb inzwischen gewaltig. Das gilt gerade im wichtigen Bereich der Geschwindigkeitsüberwachung, die ausweislich in- und ausländischer Untersuchungen das Unfallgeschehen auf gefährlichen Strecken spürbar positiv beeinflusst²³.

Nicht hinnehmbar ist allerdings, dass manche Kommunalbehörden inzwischen dazu übergegangen sind und andere erwägen, auch Anhaltekontrollen durchzuführen. Hier muss klar gesagt werden: Auch wenn die Befugnisse zur Identitätsfeststellung in § 163b StPO weit auslegbar sein mögen²⁴, geht das Bundesrecht davon aus, dass Anhaltekontrollen – und zwar auch solche zum Zweck der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten – nur von der Polizei im formellen Sinne durchgeführt werden dürfen²⁵. Eine Ausweitung ist unter Zugrundelegung eines strengen Maßstabes zwar nicht ausgeschlossen, wie schon die Kontrollbefugnisse des BAG zeigen. Die Regelung muss aber im Bundesrecht erfolgen und kann nicht den Ländern überlassen bleiben. Schon aus Sicherheitsgründen müssen die Kraftfahrer wissen, wer sie aus dem fließenden Verkehr anhalten darf.

Zweckmäßig wäre eine solche Diskussion aber allemal. Es gibt viele straßenverkehrsrechtliche Regelungen, die eher örtliche Bedeutung haben, etwa die Überwachung von Durchfahrtsverboten in Fußgängerzonen. Außerdem wäre die Überwachung des Radverkehrs in solchen Zonen ein denkbare Feld. In beiden Fällen ist die Polizei falsch eingesetzt, so dass eine kommunale Tätigkeit sie ersetzen könnte. Aus Sicht des Bundes bestünde deshalb Aufgeschlossenheit für eine solche Diskussion. Die Initiative müsste aber von denjenigen ausgehen, die in Deutschland für die Überwachung zuständig sind, also den Kommunen und den Ländern.

22 Die Linie ist besonders deutlich in den Diskussionen um eine (Teil-)Privatisierung der Verkehrsüberwachung zum Ausdruck gekommen; vgl. dazu Beschluss der IMK vom Mai 1996; 36. VGT, S. 185 ff.; Steiner DAR 1996, S. 272 ff.; Waechter NZV 1997, S. 329 ff.; siehe in der öffentlichen Diskussion auch Scholz und Schönberg in Tagesspiegel vom 24. Juni 2001.

23 Vgl. Meewes, a.a.O.; BAST, Standards der Geschwindigkeitsüberwachung im Verkehr, Bergisch-Gladbach 2002, S. 62 ff.; Petz, ZVS 2002, S. 58 ff.; für Großbritannien: Department for Transport, The national safety camera programme, Three-year evaluation report, June 2004; für Australien Shuey, Traffic Technology 2004, S. 46 ff.

24 Karl, 36. VGT 1998, S. 196 (198) bejaht ein kommunales Anhalterrecht, das er aus § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 163b StPO herleitet. Er ist zugleich aber der Meinung, dass die Länder den kommunalen Behörden dieses Recht nicht einräumen sollten. Diese Argumentation ist aber widersprüchlich: Entweder steht der zur Bußgeldbehörde bestimmten Behörde das Anhalterrecht kraft Bundesrechts zu; dann kann sie es auch ausüben und bedarf dafür nicht einer weiteren Zuweisung durch die oberste Landesbehörde. Oder das Anhalterrecht resultiert nicht aus dem Bundesrecht. Dann stellt sich nur die Frage, ob es im Landesrecht geschaffen werden könnte, was zu verneinen ist.

25 Ausführlich Verf. DAR 2003, 537 ff.

Wenn allerdings über erweiterte Rechte nachgedacht wird, dann nur unter den Bedingungen eines strengen Rechtsregimes. Damit meine ich eine solide Ausbildung des Überwachungspersonals und die Gewährleistung der Angemessenheit der Maßnahmen. Die insoweit z.B. für die stationäre Geschwindigkeitsüberwachung in Großbritannien ergangenen Restriktionen könnten durchaus zum Vorbild genommen werden. Dort dürfen die so genannten Safety-Kameras nur an nachgewiesenen Gefahrenschwerpunkten aufgestellt werden und es sind Bestimmungen zur Verwendung der Einnahmen ergangen²⁶. Leider haben die Länder eine entsprechende Forderung des 39. Verkehrsgerichtstages bisher nicht aufgegriffen²⁷.

3. Die erzieherische Wirkung der repressiven Maßnahmen muss gewährleistet werden.

Zu diesem Zweck schlage ich vor, durch geeignete Rechtsvorschriften technischen Entwicklungen entgegenzuwirken, die die Verkehrsüberwachung konterkarieren oder die Verkehrssicherheit beeinträchtigen. Zwar besteht seit nunmehr vier Jahren das Verbot zur Benutzung von Radarwarngeräten und ähnlichen Einrichtungen²⁸. Darüber hinaus sind in der Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Fahrerassistenzsystemen aus dem Jahr 1999 Grundsätze für deren Ausgestaltung festgelegt worden, die auch in Deutschland beachtet werden sollen²⁹.

Beides hat selbst einen bedeutenden deutschen Hersteller jedoch nicht davon abgehalten, im vergangenen Jahr ein Navigationssystem auf den Markt zu bringen, das dem Fahrer sämtliche stationäre Überwachungsanlagen in Deutschland und einigen europäischen Staaten rechtzeitig anzeigt³⁰. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis in diese Systeme auch Informa-

26 Es wurden strenge Bedingungen beschrieben, nach denen die jeweiligen Streckenabschnitte als gefährlich angesehen werden dürfen (auf einem Kilometer vier Unfälle mit Todesfolge oder der Folge schwerer Verletzungen und örtliches Geschwindigkeitsproblem); die Finanzierungsbedingungen sind so gestaltet, dass fiskalische Interessen auszuschließen sind. Vgl. Parliamentary office of Science and Technology, May 2004, Number 218 („Speed Cameras“); ACPO Code of Practice for Operational Use of Road Policing Enforcement Technology, Juli 2004, S. 71 ff.

27 Vgl. Empfehlung des AK IV des 39. VGT 2001, S. 10, wonach eine Zweckbindung der eingenommenen Bußgelder für Maßnahmen der Verkehrssicherheit empfohlen wird.

28 § 23 Abs. 1b StVO, eingefügt durch die 35. ÄndVStVR vom 14.12.2001 (BGBl. I S. 3783); zu den Hintergründen vgl. Verf., 39. VGT 2001, S. 129 ff.; Verf., DAR 1999, 145 ff.

29 Empfehlung der Europäischen Kommission an die Mitgliedstaaten und die Industrie über sichere und effiziente On-board-Informations- und Kommunikationssysteme: Europäischer Grundsatzkatalog zur Mensch-Maschine-Schnittstelle vom 21. Dezember 1999; VkBli. 2000, 120 ff.

30 Vgl. Vorstellung in Auto Service Praxis 2004, Heft 9, S. 88; Chip 2004, September 2004.

tionen über mobile Kontrollen eingespeist werden. Offenbar ist es so, dass auf die Verkehrssicherheit keine Rücksicht mehr genommen wird, wenn nur die Gewinnaussichten groß sind. Ebenso scheint es keine Rolle zu spielen, dass der Fahrer damit in eine schwierige Situation gebracht wird. Verwendet er nämlich dieses System, so handelt er ordnungswidrig. Das war schon in der amtlichen Begründung zu § 23 Abs. 1b StVO deutlich herausgearbeitet worden³¹.

Man halte mir bitte nicht entgegen, dass der Fahrer durch den Hinweis doch gerade dazu angehalten würde, entsprechend langsam zu fahren. Das ist richtig, er wird aber vor allem dazu in die Lage versetzt, seine Sorgfalt auf diese Strecke zu beschränken. Die allgemein-präventive Wirkung der Überwachung nimmt hingegen Schaden³². Der Gesetzgeber sollte deshalb jetzt auch einem Herstellungs- und Vertriebsverbot für solche Geräte bzw. Programme näher treten.

Von der Veröffentlichung konkreter Kontrollstellen sollten die Länder alsbald Abstand nehmen. Dadurch werden das bestehende Verbot entwertet und gesetzgeberische Initiativen vor unüberwindbare Abgrenzungsschwierigkeiten gestellt. Niemand verstünde, dass er dafür bestraft wird, eine Information zu verarbeiten, die von der Polizei stammt.

Die neuen technischen Möglichkeiten stellen außerdem die Zweckmäßigkeit starrer Geschwindigkeitskontrollen mit stationärem Überwachungsgerät, wie sie die Kommissionsempfehlung beinhaltet, zunehmend überhaupt infrage. Sie werden nutzlos, wenn die Kraftfahrer nur an der betreffenden Stelle langsam fahren und diese Stelle ganz genau kennen.

Außerdem muss wohl daran gedacht werden, die Einhaltung der Grundsätze der Empfehlung zu den Informations- und Kommunikationssystemen überprüfbar zu machen. Möglich wäre dann zumindest die Kontrolle von Fahrerassistenzsystemen bei Hauptuntersuchungen und Unterwegskontrollen. Die zurzeit bei der Europäischen Kommission laufenden Arbeiten zur Fortschreibung der Empfehlung sollten sich im Übrigen mit allen Manipulationsmöglichkeiten an sämtlichen Fahrerassistenzsystemen befassen. Um jedoch detaillierte innovationshemmende technische Vorschriften zu vermeiden, könnte praktisch an eine Selbstverpflichtung der Hersteller gedacht werden, die neben der Beachtung des Sicherheitskon-

31 VkB1. 2002, 142.

32 Ausweislich der amtlichen Begründung zu § 6 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe i StVG waren die allgemein-präventiven Gesichtspunkte aber entscheidend für das Verbot; vgl. BT-Drucks. 14/4304, S. 10 f.

zeptes die Schaffung einfacher Kontrollmöglichkeiten, z. B. die Anbringung von Siegeln an den Geschwindigkeitssensoren, umfassen müsste.

In den Kontext der Abschreckungseffizienz gehört natürlich auch das Thema der Bußgeldhöhe. Gerade mit Blick auf die in anderen europäischen Staaten vorgesehenen Bußgeldsätze werden immer wieder Forderungen laut, das deutsche Bußgeldniveau spürbar anzuheben. Die dafür vorgetragenen Argumente sind auch durchaus beachtlich. Immerhin ist das deutsche Bußgeldniveau seit In-Kraft-Treten der Bußgeldkatalog-Verordnung im Jahr 1990 nicht mehr durchgehend geändert worden, obwohl in der gleichen Zeit die Inflationsrate ca. 20 % betragen hat³³. Außerdem enthält der zwischen den Justizministerien der europäischen Mitgliedstaaten inhaltlich abgestimmte Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Geldbußen, der in Zukunft die Grundlage für die Vollstreckung von Bußgeldbescheiden im Ausland darstellen wird, eine Mindestgrenze von 70 €, was ebenfalls dafür spricht, die deutschen Sätze zu überdenken. Nur durch eine entsprechende Anhebung könnte sichergestellt werden, dass ausländische Kraftfahrer, die in Deutschland einen Verkehrsverstoß begangen haben, dafür in ihrem Heimatstaat das Bußgeld entrichten müssen.

Andererseits wurde die Bußgeldobergrenze 1998 verdoppelt³⁴ und ergingen seit 1990 fünfzehn Novellen zum Bußgeldkatalog, mit denen die Sanktionen selektiv für diejenigen Zuwiderhandlungen angehoben worden sind, für die der Bedarf aus dem Unfallgeschehen und der Überwachungspraxis abgeleitet worden ist. Das betrifft besonders die Bereiche Geschwindigkeit, Rotlicht und technische Mängel, bei denen die Anhebungen zum Teil mehrfach erfolgten und gravierend ausgefallen sind. Vor allem aber muss gesehen werden, dass die Geldbuße eben nur *ein* Bestandteil der Abschreckung ist. Das Sanktionsniveau lässt sich erst dann abschließend ermitteln, wenn auch Fahrverbote und Punkte mit in die Betrachtung einbezogen werden. So ist eine zwar vergleichsweise niedrige Geldbuße mit Punkteeintrag und damit drohender Fahrerlaubnisentziehung bei Kumulation in einem Mitgliedstaat wesentlich einschneidender als eine höhere Geldbuße ohne diese Drohung in einem anderen Mitgliedstaat. Ein europäischer Vergleich, der sich nur auf die Geldbuße bezieht, greift deshalb zu kurz. Endgültige Entscheidungen erscheinen mir somit verfrüht. Ich rege stattdessen an, diese Aspekte aufzuarbeiten und sich dem Thema auf dem nächsten Verkehrsgerichtstag zu stellen.

33 Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex und Index der Einzelhandelspreise, Lange Reihe ab 1948 bis 2003 – Jahresdurchschnitte.

34 Gesetz vom 26.01.1998 (BGBl. S. 156, 340).

4. *Nach alledem erscheint mir die entscheidende europäische Herausforderung darin zu bestehen, endlich ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, das es den Mitgliedstaaten ermöglicht, Geldbußen, Fahrverbote und Entziehungen der Fahrerlaubnis auch gegenüber Kraftfahrern aus anderen europäischen Staaten zu vollstrecken.*

Der schon erwähnte Entwurf des Rahmenbeschlusses über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen³⁵, der von Deutschland erarbeitete Entwurf eines ergänzenden Beschlusses über die unmittelbare Zusammenarbeit der Behörden und das Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis vom 28. April 1999³⁶, dessen Ratifizierung in den Mitgliedstaaten leider immer noch nicht vorankommt, bilden dafür eine gute Grundlage. Es wäre zu wünschen, dass die Europäische Kommission vor allem in diesem Bereich Schwerpunkte setzt.

35 Ratsdokument 8889/03.

36 ABl. C 216 vom 10.07.1998, S. 1.

Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa

Dr. Markus Schäpe, Rechtsanwalt,
ADAC e.V., München

Alle Bemühungen um eine Verbesserung der Verkehrssicherheit sind zunächst begrüßenswert. Dies gilt auch für das hochgesteckte Ziel der Kommission, die Zahl der tödlichen Unfälle bis zum Jahr 2010 zu halbieren. Bezweifelt werden muss jedoch, ob dieses Ziel mit den vorgeschlagenen Durchsetzungsmaßnahmen erreicht werden kann.

Die Kommission fordert die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung der Hauptunfallursachen auf, nämlich der Geschwindigkeitsüberschreitung, des Führens von Kraftfahrzeugen unter Alkohol und der Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen, also Sicherheitsgurt und Kindersitz. Würden diese Risikofaktoren konsequent angegangen, wäre – so die Kommission – bereits mehr als die Hälfte des angestrebten Unfallrückgangs erreicht.

Diese Vorgaben wecken große Erwartungen, erscheinen sie doch als Patentlösung für die Verkehrssicherheitsarbeit. Die nähere Betrachtung der Kommissionsempfehlungen (2004/345/EG) zeigt jedoch, dass deren Ansätze nicht das versprochene Allheilmittel sind, sondern vielmehr neue, rechtlich kaum lösbare Probleme hervorbringen.

1. Geschwindigkeitsüberwachung

Die Bekämpfung überhöhter Geschwindigkeiten stellt den Schwerpunkt der empfohlenen Maßnahmen dar. Welche Form der Geschwindigkeitsüberschreitung erscheint der Kommission besonders gefahrenträchtig? Soll damit allein der formale Verstoß gegen ein gesetzliches oder durch Verkehrszeichen ausgewiesenes Tempolimit gemeint sein? Oder geht es hinsichtlich der Unfallgefahren nicht vielmehr um das Fahren mit einer Geschwindigkeit, die gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO den „Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen sowie den persönlichen Fähigkeiten und den Eigenschaften von Fahrzeug und Ladung“ unangepasst ist?

Dass bei Regen, Nebel, Schnee und Eis ein erhöhtes Unfallrisiko bereits bei solchen Geschwindigkeiten besteht, die bei guten Witterungsverhältnissen angemessen sind und deshalb die Grundlage einer Beschilderung mit Verkehrszeichen 274 darstellen, bedarf keiner näheren Erläu-

terung. In derartigen Fällen kann allerdings die Überwachung der durch Verkehrszeichen erlaubten Höchstgeschwindigkeit keinen nennenswerten Sicherheitsgewinn bedeuten.

Zweckmäßig wäre es stattdessen, die Verwendung von Wechselverkehrszeichen auf Autobahnen zu empfehlen, die Geschwindigkeitsbeschränkungen in Abhängigkeit von der Verkehrs- und Witterungslage anordnen. Diese Tempolimits sind nur aufgrund konkreter Anforderungen der Verkehrsverhältnisse getroffen und dienen damit in besonderer Weise der Verkehrssicherheit. Eine automatisierte Überwachung auf Autobahnen, z. B. aus dem Verkehrsleitsystem, ist bereits heute gängige Praxis. Die Akzeptanz derartiger temporärer Beschränkungen ist im Übrigen wesentlich besser als bei abstrakt beschilderten Gefahrenstellen.

Was dagegen die automatisierte Kontrolle der Geschwindigkeiten auf Landstraßen und innerhalb geschlossener Ortschaften betrifft, stellen stationäre Messgeräte nicht das Optimum dar. Sogenannte „Starenkästen“ sind als fest montierte Anlagen kaum geeignet, Raser zur Verantwortung zu ziehen, da ihr Standort nicht nur den Bewohnern der Region, sondern jedem gelegentlichen Nutzer dieser Straßen bekannt ist.

Dabei ist die Beobachtung nicht selten, dass unmittelbar vor dem Messbereich stark abgebremst wird, um nach dem „Starenkasten“ die Fahrt mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit fortzusetzen, in der sicheren und begründeten Erwartung des Fehlens weiterer (mobiler) Messanlagen. Mit „Starenkästen“ werden daher vorrangig Ortsfremde erfasst, die den Standort des Gerätes nicht kannten.

Auch zur Auswahl der Messstellen macht die Kommission konkrete Empfehlungen, die nicht unkommentiert bleiben können. Die Kontrollen sind danach insbesondere auf den Straßenabschnitten einzurichten, auf denen regelmäßig Verstöße vorkommen und zu einem erhöhten Unfallrisiko führen. Diese Voraussetzungen müssen unbedingt kumulativ verstanden werden, wenn es um die Reduzierung der Unfallzahlen geht. Andernfalls würde die Empfehlung geradezu eine Aufforderung für Geschwindigkeitsmessungen auf solchen Straßenabschnitten bedeuten, auf denen häufige Überschreitungen ohne jede Gefährdungslage begangen werden.

Ein Abweichen von den bestehenden Auswahlkriterien der Polizei wäre das falsche Signal. Kontrollen im Bereich von Unfallschwerpunkten ist der absolute Vorzug zu geben gegenüber Messungen an Unfallgefahrenpunkten sowie diesen wiederum vor sonstigen Strecken. Die Auswahl der Messorte hat sich allein nach den Aspekten der Verkehrssicherheit, nie aber nach fiskalischen Erwägungen zu richten.

Abzulehnen ist die Empfehlung 5 auch unter dem Gesichtspunkt, dass durch geeignete Verfahren eine „vollständige und konsequente Verfolgung der durch automatisierte Durchsetzungssysteme erfassten Geschwindigkeitsüberschreitungen“ gewährleistet werden muss. Diese Verpflichtung stellt eine Einschränkung des Opportunitätsprinzips dar, das sich auch in den polizeilichen Richtlinien niederschlägt. Danach sollen unbedeutende Geschwindigkeitsüberschreitungen ungeahndet bleiben. Diese Kulanz gegenüber Bagatellen, die sich nicht Gefahr erhöhend auswirken, müsste zu Lasten eines enormen Verwaltungsaufwands aufgegeben werden, ohne hierdurch nennenswert zur Reduzierung schwerer Unfälle beizutragen. Stattdessen würden zahllose Bagatellvorwürfe erhoben, deren Verwarnungsgelder nicht einmal kostendeckend sind, beim Betroffenen aber den Eindruck des „Abkassierens“ hervorrufen. Eine „kostenwirksame Durchsetzung unter breiter Zustimmung in der Öffentlichkeit“, wie die Kommission ihre Empfehlungen versteht, wäre dies sicher nicht.

Schließlich lässt diese Empfehlung erkennen, weshalb die Kommission automatisierte Verfahren als „effektive Maßnahmen“ ansieht. Um alle erfassten Geschwindigkeitsüberschreitungen zu verfolgen, muss in allen Fällen der Betroffene feststellbar sein. Anhand des Kennzeichens kann lediglich der Zulassungsbesitzer ermittelt werden, der nicht mit dem Fahrzeugführer zur Tatzeit identisch sein muss. Die Einschränkung des Opportunitätsprinzips bezieht sich also nicht nur auf die erzwungene Verfolgung von Bagatellen, sondern verlangt zudem solche Verfahrensvorschriften, die eine umfassende Ahndung gewährleisten. Damit fordert die Kommission nichts anderes die Halterhaftung im fließenden Verkehr.

Bereits heute haben die Verfolgungsbehörden bei derartigen Verstößen – anders als im ruhenden Verkehr – weitaus bessere Möglichkeiten, den für eine Geschwindigkeitsüberschreitung verantwortlichen Verkehrsteilnehmer zu ermitteln, da auf dem Frontfoto neben dem Kennzeichen auch der Fahrer abgebildet ist. Diese Informationen müssen genutzt werden, um den Fahrzeugführer mit seinem Fehlverhalten zu konfrontieren und ihn – je nach Qualität des Verstoßes – mit Sanktionen und Maßnahmen zu treffen und zu erziehen (BVerfG NJW 1989, 2679).

Die von der Kommission gewünschte Halterhaftung wäre in drei Ausgestaltungen vorstellbar, nämlich in der unmittelbaren Haftung aufgrund eines Vermutungstatbestandes, als mittelbare Haftung in Form einer Kostentragungspflicht entsprechend § 25 a StVG sowie schließlich in einer gesamtschuldnerischen Haftung von Fahrer und Halter. Jede dieser Konstruktionen ist aus verfassungsrechtlichen Gründen unhaltbar.

Geldbußen und Fahrverbot sind zwar keine „echten“ Strafen (BVerfG NJW 1969, 1623), werden jedoch gemäß § 1 Abs. 1 OWiG als Unrechtsfolgen

mit repressivem Charakter qualifiziert und gelten daher zu recht als „strafähnliche Maßnahmen“ (Göhler, OWiG, Vor § 1 Rn 9 f). Auch für diese strafähnlichen Maßnahmen hat der auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhende und im Verfassungsrang stehende Grundsatz „nulla poena sine culpa“ (Art. 103 Abs. 2 GG) zu gelten (BVerfGE 9, 169). Daher setzt jede Sanktionierung einer Verhaltensweise mit Strafe oder strafähnlichen Maßnahmen eine schuldhaftige Begehung voraus, die zudem im Verhältnis zur Tat schwere und zum persönlichen Verschulden stehen muss. Die Bestrafung des Halters auf Grundlage eines Vermutungstatbestandes für den Fall, dass der Fahrer nicht ermittelbar oder die Fahrereigenschaft nicht nachweisbar ist, verstößt nicht nur gegen das Verschuldensprinzip, das vom BGH als „unantastbarer Grundsatz allen Strafens“ bezeichnet wurde (BGHSt 2, 194), sondern auch gegen die Unschuldsvermutung des Artikels 6 Abs. 2 EMRK (BVerfGE 82, 106).

Eine mittelbare Halterhaftung im Sinne einer Kostentragungspflicht ist ebenso bedenklich. Da ein Kostenbescheid nur den angefallenen Aufwand umfassen darf (Kostendeckungsprinzip der Verwaltung) und gerade nicht der Ahndung begangenen Unrechts dient, bleibt er stets hinter der Höhe eines Bußgeldes für den zugrunde liegenden Verkehrsverstoß zurück. Eine Kostentragungsregelung im fließenden Verkehr führt damit regelmäßig zu einer finanziellen Besserstellung gegenüber der Ahndung des zugrunde liegenden Verstoßes (Suhren NZV 1988, 55; Rediger NZV 1996, 94). Zudem kommt eine Kompensation eines für den Verkehrsverstoß vorgesehenen Regelfahrverbotes von vornherein nicht in Betracht (Lamprecht ZRP 1984, 324; Rediger NZV 1996, 94). Der mit der Ahndung bezweckte Schutz von Rechtsgütern würde so in sein faktisches Gegenteil verkehrt (so Feltz VGT 2001, 163).

Soll der Betrag für den Halter höher ausfallen als die Kosten der leer laufenden Ermittlungen, bedeutet die Belastung des Halters wegen der Nichtbenennung des Fahrers wiederum eine strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuldnachweis. Wollte man dabei dogmatisch an einer Kostentragungspflicht festhalten und eine Kostensteigerung mit dem Einsatz verschiedener Erfassungs- und Meßmethoden begründen, so sind der Zwang zur Selbstbeziehung (BVerfGE 56, 37) und die Aushebelung des Zeugnisverweigerungsrechtes zu Gunsten naher Angehöriger die Folgen (Rediger NZV, 1996, 94). Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung zu § 25 a StVG eine echte Konfliktsituation des Halters nur deshalb verneint, weil die zugrunde liegenden Parkverstöße Bagatelldarakter haben und die in Betracht kommende Kostenfolge geringfügig ist (BVerfG NJW 1989, 2679). Geltendes Verfassungsrecht verbietet daher die Ausdehnung der Kostentragung auf den fließenden Verkehr. Dies gilt

auch für die Einführung einer mit Bußgeld bewehrten Aufzeichnungs- oder Auskunftspflicht (Janiszewski AnwBl 1981, 350; Lamprecht ZRP 1984, 324).

Ungeachtet der verfassungsrechtlich entgegenstehenden Gründe wäre mit einer – unmittelbaren oder auch mittelbaren – Halterhaftung das von der Kommission verfolgte Ziel der Bekämpfung von schweren Verkehrsunfällen nicht erreichbar, sondern würde lediglich zu Mehreinnahmen der Bußgeldstellen führen. Zudem verhindern sie ein erzieherisches Einwirken auf den verantwortlichen Fahrzeugführer.

Die heutige Praxis umfasst Kennzeichenanzeigen anhand des Frontfotos wie auch Anhaltekontrollen bei Lasermessungen. Die Verkehrsüberwachung mit Anhalteposten hat verschiedene Vorteile: Zum einen wird die Identität des verantwortlichen Fahrers zweifelsfrei festgestellt. Die Konfrontation mit einem begangenen Verkehrsverstoß erfolgt zudem im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tatbegehung, wodurch dem Betroffenen ein schnelles und unmittelbares Reagieren auf den Vorwurf ermöglicht wird. Schließlich ist der erzieherische Aspekt dieses Vorgehens gegenüber einer weitgehend anonymen Anzeige als besonders hoch und einprägsam zu bewerten.

Die bei Anhaltekontrollen ferner gemachten „Zufallsbeobachtungen“ in Bezug auf Alkohol- und Drogenkonsum wie auch hinsichtlich der Verkehrssicherheit des Fahrzeuges machen diese personal- und damit kostenintensive Vorgehensweise grundsätzlich überlegen. Die Schwächen der Lasermessung hinsichtlich der beweissicheren Zuordnung der Messergebnisse lassen sich durch die einfache Nachrüstung mit – von den Herstellern bereits heute angebotenen – Aufzeichnungsgeräten kompensieren.

2. Atemalkoholkontrollen

Die Kommission empfiehlt zur Bekämpfung von Alkohol am Steuer die stichprobenweise Atemalkoholkontrolle. Ergibt sich im Rahmen dieser Stichprobe ein konkreter Verdacht auf Alkohol am Steuer, ist die Kontrolle mit einem beweissicheren Gerät durchzuführen. Aus dieser Empfehlung Nr. 5 ergibt sich, dass ein konkreter Tatverdacht erst bei der Verwendung beweissicherer Messgeräte verlangt wird. Der Einsatz sog. Vortester soll unabhängig von jedem Anfangsverdacht erfolgen. Somit empfiehlt die Kommission die Einführung der „*verdachtsfreien* Alkoholkontrolle“.

Nach § 36 Abs. 5 StVO dürfen Polizeibeamte einen Verkehrsteilnehmer zur Verkehrskontrolle einschließlich der Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit anhalten. In der Begründung des Gesetzgebers heißt es hierzu, dass auch

ohne konkreten Anlass eine Verkehrskontrolle zu dem Zweck durchgeführt werden kann, die Fahrtüchtigkeit eines Fahrzeugführers festzustellen. „Eine Verpflichtung der kontrollierten Verkehrsteilnehmer, etwa an einem Atemalkoholtest aktiv mitzuwirken oder eine Blutentnahme (§ 81 a StPO) ohne konkreten Verdacht zu dulden, wird dadurch nicht begründet“, so die Erläuterung des Gesetzgebers (VkB1 1992,187).

Somit bedarf es bei der Verkehrskontrolle nach geltender Rechtslage alkoholtypischer Verdachtsmomente wie z. B. Alkoholgeruch, verwaschene Aussprache oder gerötete Augen. Bei einer verweigerten Mitwirkung an der Atemalkoholmessung ist der Polizeibeamte aufgrund der konkreten Verdachtsmomente gehalten, auf Grundlage von §§ 81 a, 152 Abs. 2 StPO i. V. m. § 46 OWiG eine Blutentnahme anzuordnen.

Die Abgabe der Atemprobe kann – anders als die Blutprobe – schlechterdings nicht erzwungen werden. Jedoch ist an eine Fiktion zu denken, dass die verweigerte Mitwirkung an der Atemalkoholmessung für einen konkreten Tatverdacht im Sinne des § 81 a StPO genügt. Ebenso wie bei der Halterhaftung wäre auch hier dogmatisch bedenklich, wenn das völlige Schweigen des Betroffenen trotz des bestehenden Schuldstrafrechts die Vermutung erlaubt, der Betroffene habe etwas zu verbergen und mache sich dadurch bereits hinreichend tatverdächtig. Ein Verstoß gegen das Nemo-tenetur-Prinzip ist daher zu prüfen.

Allerdings gibt es hier einen gravierenden Unterschied zur Halterhaftung, da es lediglich darum geht, die für eine erste Atemmessung erforderlichen Anzeichen einer Alkoholisierung zu ersetzen. Beim Alkoholvortest geht es nur darum, ob eine relevante Alkoholisierung am Steuer vorliegt oder ob dies gerade nicht der Fall ist.

Ergibt der Vortest das Fehlen relevanter Alkoholmengen, hat dies keine weiteren Folgen für den Betroffenen. Nur wenn eine Alkoholisierung des Fahrers festgestellt wird, führt dies zum Anfangstatverdacht. Dieser ist für die weiter zu ergreifenden Maßnahmen erforderlich und ermöglicht die beweissichere Atemalkoholermittlung bzw. die Anordnung der Blutentnahme nach § 81 a StPO.

Die Folgen des unterstellten Anfangsverdacht sind damit weitaus geringer als die Folgen der Halterhaftung mit der unterstellten Fahreigenenschaft, da dort der Tatnachweis gegenüber dem Halter als geführt anzusehen wäre. Unter diesen Vorzeichen ist die Frage der Verhältnismäßigkeit wohlwollend zu prüfen.

Die Unfallursache Alkohol ist in besonderer Weise dadurch reduzierbar, dass durch eine hinreichend große Zahl von Kontrollen ein erhöhtes Ent-

deckungsrisiko geschaffen wird. Das Risiko, das von einem alkoholisierten Fahrer ausgeht, kann nicht den anderen Verkehrsteilnehmern aufgebürdet werden (Höfle VGT 1992, 325). Die Atemalkoholkontrolle wirkt sich – ebenso wie eine Geschwindigkeitskontrolle mit Anhalteposten – in hohem Maße verkehrserzieherisch aus, zumal dem Betroffenen der beweissicher erhobene Befund vorgehalten wird. Zudem dient die Atemalkoholkontrolle in besonderer Weise der Verkehrssicherheit, da die Weiterfahrt des Betroffenen unterbunden wird. Unter diesem Aspekt der Verhältnismäßigkeit ist die Atemalkoholerhebung besonders geeignet, die Zahl der Unfalltoten zu senken.

Hinsichtlich der Bedenken wegen des Nemo-tenetur-Prinzips hilft die sog. Fahrtenbuchentscheidung des BVerfG (NJW 1982, 568): „Wer selbst die Freiheit des Straßenverkehrs in Anspruch nimmt und seine Sicherheit gewährleistet wissen will, dem können in den Grenzen der Grundrechte und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch Mitwirkungspflichten auferlegt werden, die gerade der Gewährleistung dieser Freiheit und Sicherheit für alle zu dienen bestimmt und geeignet sind“.

Der von einem Alkoholvortest betroffene Kraftfahrer ist selbst ein Teil der gesetzlich vor alkoholisierten Fahrern geschützten Gemeinschaft. Da die Werteordnung des Grundgesetzes die individuellen Rechte nicht absolut, sondern im Spannungsfeld mit den Rechten der Gemeinschaft sieht, müssen dogmatische Bedenken gegen eine verdachtsfreie Atemalkoholkontrolle zurückstehen.

Die Schaffung eines verdachtsfreien Atemalkoholvortests benötigt Rechtsfolgen für die Nichtmitwirkung, um praktikabel zu sein. Die Mitwirkung an der Atemalkoholmessung ist nicht erzwingbar. Eine Bußgeldbewehrung für die verweigerte Mitwirkung (so Bouska VGT 1993, 122) erscheint ungeeignet, da hier dieselben Verfassungsgrundsätze wie bei der Halterhaftung verletzt würden. Zudem könnte sich der finanziell gut gestellte Fahrer, der eine nicht unerhebliche Alkoholisierung bei sich vermutet, durch die bußgeldbewehrte Nichtmitwirkung einer Überprüfung seiner Fahreignung entziehen.

Daher sollte die Nichtmitwirkung an der verdachtsfreien Atemalkoholmessung einen für § 81 a StPO hinreichenden Tatverdacht begründen. Wer nicht freiwillig pusten will, muss auf eigene Kosten die Blutentnahme über sich ergehen lassen (vgl. Nehm VGT 1993, 153). Dies würde den kontrollierenden Polizeibeamten vor dem – wenn auch nur theoretischen – Risiko einer Strafanzeige wegen Körperverletzung bewahren, die bei einer Anordnung der Blutentnahme ohne hinreichenden Tatverdacht droht. Eine fahrerlaubnisrechtliche Vermutung der fehlenden Eignung bei verweigerter Mitwirkung (so Nehm a.a.O.) erscheint dann nicht mehr nötig.

3. Gurtanlegepflicht

Hinsichtlich der Gurtanlegequote ist zunächst festzustellen, dass diese in Deutschland mit etwa 93 % europaweit unerreicht hoch ist. Gleichwohl war etwa die Hälfte der im Straßenverkehr Getöteten nicht angeschnallt oder zumindest die Benutzung des Gurtes ungeklärt. Damit liegt zwar nahe, dass mit einem weiteren Anstieg der Gurtanlegequote die Zahl der Verkehrstoten gesenkt werden kann. Diese Erkenntnis ist allerdings nicht neu und bereits seit Jahren Gegenstand nationaler Durchsetzungsmaßnahmen – mit Erfolg, wie die hohe Anlegequote zeigt.

Die in der Empfehlung bestimmten Schwerpunktkontrollen von mindestens dreimal jährlich zwei Wochen sind zu starr, da keine Anpassungen an die Besonderheiten der kontrollierten Region möglich sind. Diese Entscheidungen sollten daher – wie bisher – bei den Verantwortlichen vor Ort verbleiben. Zudem scheint die Kommission einer Verkehrsüberwachung mittels Videoaufzeichnung nicht abgeneigt zu sein, da im Standardformular auf den Einsatz „versteckter Kameras“ verwiesen wird.

Abgesehen von den datenschutzrelevanten Problemen und der vergeblichen Chance einer erzieherischen Einflussnahme erscheint die nachträgliche Auswertung von Videobändern mit erheblichen Problemen der Betroffenenzuordnung verbunden - es sei denn, der Halter haftet auch für die festgestellten Verstöße gegen die Gurtanlegepflicht.

4. Sanktionen

Unter dem Aspekt knapper personeller Ressourcen wäre der Aufwand der automatisierten Erhebung nichtgesicherter Verkehrsteilnehmer nur dann vertretbar, wenn die vereinnahmten Bußgelder erheblich sind. Bei einer Gurtanlegequote von 93 % und einem Verwarnungsgeld von 30 Euro werden die fiskalischen Interessen der automatisierten Überwachung nicht gerecht. Allerdings hat die Kommission in den Erwägungsgründen unter Nr. 9 dargelegt, dass die festgestellten Verstöße durch abschreckende Sanktionen zu ahnden sind und als Beispiel gerade den Ausspruch einer Verwarnung bei verletzter Gurtanlegepflicht als unzureichend getadelt.

Das Drohen mit abschreckenden Sanktionen, die nach der Empfehlung Nr. 8 bis zur vorläufigen oder endgültigen Entziehung der Fahrerlaubnis sowie zur Stilllegung des betroffenen Fahrzeuges reichen sollen, entspricht veralteten Vorstellungen der Verkehrserziehung. Gerade das Beispiel der Gurtanlegepflicht zeigt, dass die Beachtung des als notwen-

dig und für sinnvoll erachteten Gebotes weitgehend unabhängig davon ist, wie hoch die beim Verstoß zu erwartende Geldbuße ist. Da gerade die Nichtverwendung des Gurtes nur sporadisch oder als Zufallsfeststellung entdeckt und angezeigt wird, ist diese hohe Quote ein Beleg für die seit Jahrzehnten in Deutschland sehr erfolgreich funktionierende Arbeit an der Verkehrssicherheit, die vorrangig auf Aufklärung und Prävention setzt.

Die Kommission erkennt an, dass nicht die Höhe eines Bußgeldes für das Sanktionsniveau der Mitgliedsstaaten allein maßgeblich ist, da im Standardformular unter den mitteilungsrechtlichen Sanktionen auch die Punktebewertung, befristete und unbefristete fahrerlaubnisrechtliche Maßnahmen sowie eine Fahrzeugstilllegung angesprochen wird. Die letztgenannte Sanktion ist mit unserem Rechtsverständnis unvereinbar, da es nicht verhältnismäßig wäre, anlässlich eines Verkehrsverstoßes ein Kfz stillzulegen. Zudem würde damit in die Rechtspositionen sonstiger Fahrzeugnutzer eingegriffen, ebenso solcher natürlicher oder juristischer Personen mit eigenen Rechten am Fahrzeug, wie z. B. Arbeitgeber, Versicherungseigentümer und Leasinggeber.

5. Zuständigkeiten

Die Kommission verpflichtet sich unter Nr. 5 zur Ausarbeitung eines Richtlinienvorschlages für den Fall, dass bis Ende des dritten Jahres nach der Veröffentlichung dieser Empfehlungen erkennbar ist, dass das für 2010 gesteckte Ziel nicht erreicht wird. Spätestens bei dieser Ankündigung stellt sich die Frage, inwieweit Fragen der Verkehrssicherheit den freien Wirtschafts- und Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft beeinträchtigen können, da gerade hieraus eine Rechtsetzungskompetenz der Kommission begründet wird.

Bei ihren Empfehlungen ließ sich die Kommission wohl von der Annahme leiten, die Verkehrssicherheitsarbeit erfolge vorrangig durch eine institutionalisierte Verkehrspolizei. Dies entspricht – bezogen auf Deutschland – nicht der Realität, da diese Aufgabe in die allgemeine Polizeiorganisation integriert und neben den Aufgaben der Schutz- und der Kriminalpolizei zu erfüllen ist. Eine von der Kommission verfügte Schwerpunktbildung im Bereich der Verkehrssicherheitsarbeit mit den geforderten Durchsetzungsmaßnahmen wirkt sich somit – soweit diese Mehrarbeit nicht durch mehr Personal oder durch eine Übertragung auf die Kommunen kompensiert werden kann – unmittelbar zu Lasten der Aufgaben im Schutz- und Kriminalitätsbereich aus.

Die Verkehrssicherheitsarbeit in Deutschland besteht aus einem komplizierten Gefüge von Zuständigkeiten, Kompetenzen und freiwilligen Engagements auf der Zusammenarbeit und Vernetzung staatlicher Institutionen auf Bundes- und Länderebene, aber gerade auch in der Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Gruppen wie dem Deutschen Verkehrssicherheitsrat, der Landesverkehrswacht, Hilfsorganisationen, dem Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft, den Automobil-Clubs, den Medien und vielen mehr. Somit handelt es sich bei der Verkehrssicherheitsarbeit nach hiesigem Verständnis nicht um eine verkehrspolizeiliche, sondern um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.

Weitreichende Eingriffe mit erheblichem Bürokratismus bedeuteten weniger Flexibilität bei einem geänderten Verkehrslagebild und mehr Verwaltungstätigkeit, ohne die Verkehrssicherheit voranzubringen. Das extensive Berichtswesen, das von der Kommission vorgeschlagen wird, sollte daher auf die Umsetzung der Zielvorgaben reduziert werden. Damit stünde es weiterhin in der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten, die hierfür notwendigen Maßnahmen im Einklang mit dem jeweiligen Rechtssystem zu ergreifen, und sich hinsichtlich der einzelnen Maßnahmen mit den anderen Mitgliedsstaaten auszutauschen.

Verkehrsüberwachung in Deutschland und Europa

– Die Durchsetzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit in Deutschland aus europäischer Sicht –

Carla de Vries, Hauptverwaltungsrätin, Europäische Kommission,
Generaldirektion Energie und Verkehr, Brüssel

1. Einleitung

Ziel dieses Vortrags ist es, die Inhalte der Empfehlung der Kommission zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit mit den juristischen und tatsächlichen Gegebenheiten in Deutschland auf diesem Gebiet zu vergleichen.

Neben einigen Unterschieden zwischen der Situation in Deutschland und den Empfehlungen der Kommission gibt es auch Gemeinsamkeiten, z.B. die Erkenntnis, dass Durchsetzungsmaßnahmen nicht für sich allein stehen sollten, sondern mit der Information und Aufklärung der Öffentlichkeit einhergehen müssen, und nur durch die Kombination beider Herangehensweisen optimale Ergebnisse möglich sind.

Das übergeordnete Ziel einer solchen Politik ist es, eine Änderung im Verhalten und der Einstellung der Straßenverkehrsteilnehmer zu erreichen, indem ihnen die Gefahren bewusst gemacht werden, die sie durch bestimmte Verhaltensweisen für sich selbst und andere heraufbeschwören.

Die vorgenannte Empfehlung¹ ist eine der Maßnahmen zur Umsetzung des Aktionsprogramms der Kommission für die Straßenverkehrssicherheit², das drei Handlungsfelder beinhaltet: Verhalten der Verkehrsteilnehmer, Fahrzeugsicherheit und Verbesserung der Straßenverkehrsinfrastruktur. Während Maßnahmen zur Verbesserung der Straßenverkehrsinfrastruktur sowie im Bereich der Fahrzeugtechnologie die Verkehrssicherheit langfristig verbessern können, sind wirksame Durchsetzungsmaßnahmen, insbesondere in den von der Empfehlung der Kommission erfassten Bereichen, am besten geeignet, eine rasche Verringerung der Zahl der Toten und Schwerverletzten im Straßenverkehr herbeizuführen.

1 Empfehlung der Kommission vom 21. Oktober 2003 zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit (ABl. L 111 vom 17.4.2004, S. 75-82, und Berichtigung im ABl. L 120 vom 24.4.2004, S. 65); vgl. auch die Erläuterung in der Mitteilung 2004/C 93/04 der Kommission (ABl. C 93 vom 17.4.2004, S. 5-8).

2 KOM(2003) 311 vom 2.6.2003.

Deshalb sind bewährte Durchsetzungsmaßnahmen der vielversprechendste Weg, um das von der Kommission in ihrem Weißbuch „Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“³ gesteckte Ziel zu erreichen, nämlich die Zahl der Menschen, die im Straßenverkehr in der Europäischen Union jährlich zu Tode kommen, bis 2010 zu halbieren. Dafür muss diese Zahl bis 2010 von 40.000 im Jahr 2001 auf nicht mehr als 20.000 gesenkt werden. Diese Herausforderung ist angesichts der EU-Erweiterung im Jahr 2004 von 15 auf 25 Mitgliedstaaten umso größer, da die Straßenverkehrssicherheit in den neuen Mitgliedstaaten im Allgemeinen geringer ist als im Europa der 15.

II. Empfehlung der Kommission zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit (Hintergrundinformation)

Etwa ein Drittel der tödlichen und schweren Unfälle in der Europäischen Union werden durch Geschwindigkeitsüberschreitungen verursacht, und durch Herabsetzung überhöhter Geschwindigkeiten könnte die Zahl der Verkehrstoten jedes Jahr um 11.000 und die der Verletzten um 180.000 reduziert werden⁴.

Durch Alkohol am Steuer sterben jährlich etwa 10.000 Menschen in der EU⁵.

Obwohl durch eine EU-Richtlinie⁶ die Gurtpflicht eingeführt wurde, starben 1996⁷ 10.000 Fahrzeuginsassen, weil sie ihren Sicherheitsgurt nicht angelegt hatten.

Selbst wenn sich diese Zahlen von Todesopfern (11.000, 10.000 und 10.000) nicht einfach addieren lassen (oft spielen bei einem tödlichen Unfall mehrere dieser Ursachen gleichzeitig eine Rolle), könnte durch einen Beitrag zur Beseitigung dieser drei Hauptursachen für tödliche Unfälle im Straßenverkehr über die Hälfte des erklärten politischen Ziels einer 50%igen Verringerung der Zahl der Verkehrstoten erreicht werden.

3 KOM(2001) 370 vom 12.9.2001.

4 In dem ETSC-Bericht „Reducing traffic injuries resulting from excess and inappropriate speed“ vom Januar 1995 heißt es, dass eine durchschnittliche Geschwindigkeitsverringern um 5 km/h zu einem jährlichen Rückgang der Zahl der Verkehrstoten in der EU um über 11 000 führen würde (gestützt auf IRTAD, 1994).

5 Empfehlung der Kommission vom 17.1.2001 (ABl. C 48, S. 2), Absatz 1.2.2.

6 Richtlinie 91/671/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Gurtanlegepflicht in Kraftfahrzeugen mit einem Gewicht von weniger als 3,5 Tonnen (ABl. L 373 vom 31.12.1991, S. 26–28).

7 ETSC-Bericht „Police enforcement“, Mai 1999.

Während die Vorschriften über Rückhalteeinrichtungen harmonisiert werden konnten, ist dies bei den Vorschriften über Alkohol am Steuer⁸ noch nicht gelungen. Im Bereich des gewerblichen Straßenverkehrs bestehende EU-Rechtsvorschriften über Einbau und Benutzung von Geschwindigkeitsbegrenzern, die die Höchstgeschwindigkeiten bestimmter Kategorien von Bussen und LKW begrenzen⁹, hingegen sind Anstrengungen zur Harmonisierung der Vorschriften für Höchstgeschwindigkeiten von Bussen und LKW auf allen öffentlichen Verkehrswegen gescheitert¹⁰.

Betrachtet man die Erfolge der einzelnen Mitgliedstaaten bei der Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit im Kontext der unterschiedlichen einzelstaatlichen Vorschriften, so ist die Harmonisierung der Vorschriften offenbar keine Patentlösung für die Verringerung der Zahl der Verkehrstoten. Die drei Hauptursachen für tödliche Unfälle, nämlich Geschwindigkeitsüberschreitungen, Alkohol am Steuer und Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen, sind auch Verstöße gegen geltende Rechtsvorschriften. Länder, in denen die Zahl der Verkehrstoten stärker gesenkt werden konnte, tun offenbar mehr, um die geltenden Vorschriften durchzusetzen, was eine bessere Vorbeugung vor den betreffenden Verstößen und folglich einen Rückgang der Zahl tödlicher Unfälle bewirkt¹¹. Dies lässt sich anhand der folgenden Beispiele veranschaulichen.

Bei den einzelstaatlichen Vorschriften für Geschwindigkeitsübertretungen und Alkohol am Steuer bestehen gewisse Unterschiede. Was letzteren Bereich angeht (maximal zulässige Blutalkoholkonzentration), so ist der Unterschied zwischen Schweden (0,2 ‰) und dem Vereinigten Königreich (0,8 ‰) am größten. Betrachtet man in diesen Ländern die jährliche Bilanz der Verkehrstoten je 1 Million Einwohner für das Jahr 2000 (60 im Vereinigten Königreich und 65 in Schweden), so ist die Bilanz dort trotzdem noch am günstigsten, während die entsprechenden Zahlen für Griechenland und Portugal, wo der zulässige Höchstwert bei 0,5 ‰ liegt, 196 bzw. 187 lauten.

8 KOM(88) 707 endg.

9 Richtlinie 92/6/EWG des Rates vom 10. Februar 1992 über Einbau und Benutzung von Geschwindigkeitsbegrenzern für bestimmte Kraftfahrzeugklassen in der Gemeinschaft (ABl. L 244 vom 30.9.1993, S. 34), geändert durch Richtlinie 2002/85/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 327 vom 4.12.2002, S. 8–9).

10 KOM(88) 706 endg.

11 Dies bestätigt der Bericht „Police enforcement strategies to reduce traffic casualties in Europe: case study contributions“ des Europäischen Verkehrssicherheitsrates (ETSC) vom September 1999. Anhand umfangreicher Daten wurde festgestellt, dass die Zahl der Straßenverkehrsunfälle mit Verletzten durch wirkungsvolle polizeiliche Durchsetzungsmaßnahmen um die Hälfte verringert werden könnte. Schwerpunkte des Berichts sind Geschwindigkeitsüberschreitungen, Alkohol am Steuer und die Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen.

Auch hinsichtlich der Höchstgeschwindigkeiten spiegeln sich die unterschiedlichen Vorschriften nicht in der Unfallbilanz wider: Zum Beispiel starben in Luxemburg auf Landstraßen bei einer relativ niedrigen Geschwindigkeitsgrenze von 90 km/h in einem Jahr 155 Menschen pro 1 Mill. Einwohner, während in Deutschland bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h nur 91 Personen zu Tode kamen.

Schließlich erweist sich die Gurtpflicht, die laut EU-Recht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gilt, in keiner Weise als ausreichendes Mittel, um tödliche Unfälle wegen nicht angelegter Sicherheitsgurte zu vermeiden. Außerdem wird die Gurtpflicht erwiesenermaßen in manchen Mitgliedstaaten wesentlich besser beachtet als in anderen.

Aufgrund der maximal erreichbaren Verringerung der Zahl von Verkehrstoten, die von besseren Durchsetzungsmaßnahmen bei den drei oben genannten Verstößen gegen Straßenverkehrsvorschriften (Geschwindigkeitsüberschreitungen, Alkohol am Steuer und Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen) erwartet werden kann, beschränkt sich die Empfehlung auf diese drei Probleme und lässt andere unberücksichtigt, z.B. die Benutzung von Handys beim Fahren, Nichtbeachtung der Helmpflicht, zu dichtes Auffahren und sonstiges verkehrgefährdendes Verhalten. Natürlich sollten die für diese Vergehen geltenden Vorschriften weiterhin durchgesetzt werden, doch sollte ein besonderes Gewicht auf die drei Hauptursachen tödlicher Unfälle im Straßenverkehr gelegt werden.

Laut einer Kosten-Nutzen-Analyse auf der Grundlage ähnlicher Vorschläge wie in der Empfehlung ließe sich damit die Gesamtzahl der Verkehrstoten in der EU um jährlich 14.071 und die der Verletzten um jährlich 679.258 verringern sowie ein Nettogewinn von 37,15 Mrd. € bzw. 0,44 % des BIP realisieren¹². Diese Zahlen beruhen allerdings auf der Annahme, dass sich die in den drei Bereichen möglichen Verbesserungen nicht überschneiden. In Wirklichkeit werden jedoch gewisse Überschneidungen vorkommen, da bei manchen Unfällen auf den Fahrer zwei oder auch alle drei verkehrswidrigen Verhaltensweisen zutreffen können, die durch die Maßnahmen verhindert werden sollen, aber es lässt sich nicht feststellen, welchen Umfang derartige Überschneidungen haben können und inwieweit sich die Zahlen dadurch verringern¹³.

12 „Cost-benefit analysis of road safety improvements“ von ICF Consulting with Imperial College Centre for Transport Studies, London, Vereinigtes Königreich, vom 12. Juni 2003 (nachfolgend „ICF-Studie“): d. h. eine Reduzierung der Todesfälle durch Geschwindigkeitsüberschreitungen um 5 840, durch Nichtbeachtung der Gurtpflicht um 4 343 (ausgehend von einer 100-%-Einhaltung der Gurtpflicht) und bei Alkohol am Steuer um 3 888, S. v.

13 Die Studie kommt in dieser Hinsicht und bei einigen sehr allgemeinen Hypothesen zu dem Ergebnis, dass die Einsparungen beim BIP im schlechtesten Falle nur bei 0,40 % liegen könnten (S. vi).

Die in der Empfehlung vorgeschlagenen Maßnahmen stützen sich auf die Ergebnisse verschiedener Forschungsprojekte, Studien und Berichte¹⁴. Ein aktueller Vergleich der Entwicklung der Straßenverkehrssicherheit in den drei EU-Ländern mit den besten Ergebnissen, nämlich Schweden, UK (Vereinigtes Königreich) und die Niederlande (die so genannten „SUN“-Länder), der sich unter anderem auf Alkohol am Steuer und die Gurtpflicht bezog, ergab folgendes Bild: Das EU-Ziel einer 50 %igen Verringerung der Zahl der Verkehrstoten bis 2010 im Vergleich zum Jahr 2000 bedeutet, dass die Zahl der Verkehrstoten auf 6,8 (je Mrd. Fahrzeugkilometer) oder auf 5,5 (je 100.000 Einwohner) halbiert werden muss, was knapp unter dem Stand des Jahres 2000 in den SUN-Ländern liegt. Daraus folgt, dass sich bei EU-weiter Anwendung der in den SUN-Ländern durchgeführten Straßenverkehrssicherheitsmaßnahmen das EU-Ziel für 2010 fast erreichen ließe.

Die folgende Tabelle enthält einschlägige Zahlen zu den SUN-Ländern, dem EU-Durchschnitt und einigen anderen Ländern¹⁵:

Fatality rate 2000	Per billion vehicle kilometres	Per 100,000 inhabitants
Sweden	8,4	6,7
Great Britain	7,3	5,9
Netherlands	8,5	6,8
EU all 15 countries	13,6	11,0
USA	9,5	15,2
Australia	10,1	9,5
Japan	13,4	8,2

Table 10.1. Fatality rates for SUN-countries, USA, Australia and Japan (source OECD-IRTAD) database and estimates for the EU from ETSC, 2002)

Die unterschiedliche Bilanz bei der Straßenverkehrssicherheit zwischen den Ländern der EU mag sich zum Teil durch Unterschiede in Geographie, Klima, Bevölkerungsstruktur, Infrastruktur, Kultur und Temperament erklären lassen. Diese Unterschiede stehen aber nicht der Anwendung bewährter Verfahren in den drei genannten Bereichen in allen EU-Mit-

14 Z. B. die Forschungsprojekte GADGET, insbesondere Kapitel 4.5 über Rechtsetzungsmaßnahmen und Durchsetzung (Schlussbericht 2000), ESCAPE (Enhanced Safety Coming from Appropriate Police Enforcement) (2003), VERA (Video Enforcement for Road Authorities), abgeschlossen im Januar 2000, das Projekt SUNflower (2002) sowie verschiedene ETSC-Studien und -Berichte.

15 SUNflower-Bericht, S. 117.

gliedstaaten entgegen. Die Ergebnisse einer in diesem Zusammenhang durchgeführten Folgenabschätzung zeigen, dass die einschlägigen vorbildlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten effektiv so angewendet werden können, dass der Nutzen die Kosten eindeutig übersteigt. *Das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Anwendung bestehender vorbildlicher Verfahren auf die gesamte EU liegt bei Geschwindigkeitsüberschreitungen zwischen 5 und 6,8:1, bei Alkohol am Steuer zwischen 3,8 und 8:1 und bei der Gurtpflicht zwischen 10 und 13:1.* Bei den unterschiedlichen Werten macht sich unter anderem bemerkbar, ob die Vorabkosten einer Einführung der neuen Maßnahmen und die Spanne zwischen Entstehung der Kosten und Eintritt des Nutzens berücksichtigt werden oder nicht¹⁶.

Daher werden in der Empfehlung Maßnahmen vorgeschlagen, die darauf abzielen, für die drei betroffenen Bereiche in der gesamten Europäischen Union vorbildliche Verfahren anzuwenden, die sich entweder aus den Erfahrungen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten ergeben oder auf Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschung basieren. Um die erforderlichen Informationen zu sammeln, wurden in den drei Bereichen vorbildliche Verfahren untersucht, nicht nur in den SUN-Ländern, sondern auch in anderen Ländern, die gute Ergebnisse in diesen Bereichen erzielen konnten, z. B. in Finnland, das in Bezug auf Alkohol am Steuer eine noch bessere Bilanz vorweisen kann, und wo jedes Jahr einer von drei Autofahrern getestet wird¹⁷.

Um für die drei Bereiche der Empfehlung ein Gesamtbild von den Durchsetzungsverfahren in allen Mitgliedstaaten zu erhalten, führte die Kommission eine Studie zur Erfassung einschlägiger Fakten zu Vorschriften, Sanktionen und Durchsetzungsverfahren in den Mitgliedstaaten durch. Die Informationen wurden aus den Antworten der nationalen Behörden auf einen umfangreichen Fragebogen gewonnen¹⁸.

Die von der Kommission empfohlenen Maßnahmen stellen Mindestanforderungen dar, und den Mitgliedstaaten steht es frei, noch strengere Maßnahmen zu beschließen. Was erreichbare Verbesserungen in den SUN-Ländern betrifft, so werden in dem SUNflower-Bericht Maßnahmen beschrieben, wodurch sich die Zahl der Verkehrstoten zwischen 2000 und 2010 schätzungsweise um folgende Werte verringern ließe:

16 ICF-Studie, S. 22/23, 28/29 und 34/35.

17 ETSC-Bericht über polizeiliche Durchsetzungsstrategien zur Verringerung der Zahl der Verkehrstoten in Europa, Mai 1999, S. 9.

18 Studie durchgeführt von Clifford Chance (Mai 2003).

- Durchsetzungsmaßnahmen bei Geschwindigkeitsüberschreitungen: Schweden 17 %, Vereinigtes Königreich 10 %, Niederlande 10 %,
- Durchsetzungsmaßnahmen bei Gurtpflicht und Sicherungspflicht für Kinder: Schweden 2 %, Vereinigtes Königreich 4 %, Niederlande 8 %,
- Durchsetzungsmaßnahmen bei Alkohol am Steuer: Schweden 3 %, Vereinigtes Königreich 4 %, Niederlande 5 %¹⁹.

So sind also selbst in den am besten positionierten Ländern noch erhebliche Verbesserungen möglich.

Abschließend einige aus dem ESCAPE-Projekt hervorgegangene allgemeine Ergebnisse über Durchsetzungsmaßnahmen im europäischen Straßenverkehr (siehe Fußnote 14):

- Durchsetzungsmaßnahmen stoßen in der Öffentlichkeit auf breite Zustimmung;
- Durchsetzung auf der Grundlage von Abschreckung ist kostenwirksam;
- Automatisierte Verfahren sind effektiv; derzeitige Lösungen sind veraltet; die Anwendung automatisierter Verfahren kommt in den meisten europäischen Ländern nur langsam voran und die Behörden sind diesen Verfahren gegenüber skeptisch;
- Durchsetzungsmaßnahmen erfordern Engagement und Einsatz; Innovation ist vor allem nötig, um Entscheidungsträger von der Notwendigkeit einer effektiven Anwendung von Durchsetzungsstrategien zu überzeugen;
- Bedarfsanalysen bei der Polizei zeigen, dass mehr technologische Unterstützung und einfachere Methoden notwendig sind, um Personen, die gegen die Vorschriften verstoßen, zu ermitteln und durch geeignete Sanktionen zu bestrafen;
- bei der Durchsetzung bestehen in Europa erhebliche Effizienzunterschiede²⁰.

19 SUNflower-Bericht, S. 137/138.

20 SUNflower-Schlussbericht, S. 19/20.

III. Empfehlung der Kommission zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit,

Vergleich zwischen den empfohlenen vorbildlichen Verfahren und der Situation in Deutschland²¹

1. Empfehlung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit

Die in den Empfehlungen genannten intensiven Durchsetzungsmaßnahmen für die Bereiche Geschwindigkeitsüberschreitungen, Alkohol am Steuer und Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen sollten von Kampagnen zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit für das jeweilige Problem begleitet werden. Diese Informationskampagnen sind für jeden der drei Bereiche getrennt durchzuführen, und zwar in Form von Hinweisen an den Straßen, auf denen diese Durchsetzungsmaßnahmen stattfinden.

Die Situation in Deutschland

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, werden in Deutschland Durchsetzungs- und Aufklärungsmaßnahmen miteinander kombiniert²².

2. Empfehlung zu Geschwindigkeitsübertretungen

Automatisierte Kontrollausrüstungen sollten eingesetzt werden, um auf Autobahnen, Landstraßen und städtischen Verkehrswegen Geschwindigkeitsüberschreitungen zu erfassen. Diese Kontrollen sind möglichst effektiv und deshalb insbesondere auf Straßenabschnitten durchzuführen, wo regelmäßig Verstöße vorkommen und zu einem erhöhten Unfallrisiko führen.

21 Dank bin ich schuldig an Polizeidirektor Wolfgang Blindenbacher aus Nordrhein-Westfalen für seine Hilfe bei der Beschreibung der Situation in Deutschland.

22 „In Deutschland jedenfalls wurden bisher und werden auch künftig bei der Durchsetzungsstrategie *zwei Ansätze* verfolgt. Zum einen werden Maßnahmen ergriffen, um die freiwillige Befolgung der Verkehrsregeln zu erreichen. Dazu zählen die vielfältigen Initiativen von Bund, Ländern, Verkehrssicherheitsorganisationen und Automobilclubs im Bereich der Verkehrsaufklärung und -erziehung, die ständige Verbesserung der Fahrausbildung und nicht zuletzt die Bemühungen um die Schaffung solcher Verkehrsregeln, die die Verkehrsteilnehmer verstehen, nachvollziehen können und – insbesondere im Hinblick auf Verbote gerade im Geschwindigkeitsbereich – akzeptieren. Zum anderen wird mit den Überwachungsmaßnahmen und der Verhängung von Sanktionen ein repressiver Ansatz verfolgt.“

Die Situation in Deutschland

Zunächst müssen einige Missverständnisse im Zusammenhang mit der Empfehlung aus dem Weg geräumt werden. Ein erstes Missverständnis besteht in der Annahme, dass die Empfehlung sich nur auf *stationäre* automatisierte Kontrollausrüstungen bezieht²³. In der Empfehlung ist generell von „automatisierten Kontrollausrüstungen“ die Rede, was sowohl *stationäre als auch mobile Messgeräte* wie Laserausrüstungen oder Kameras in Polizeifahrzeugen einschließt.

In dem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass ein kürzlich eingeführtes Kontrollverfahren, die sogenannte *Streckenmessung* (Traject oder Section Control), auf das in der Empfehlung ebenfalls eingegangen wird, noch vielversprechender ist als die nur auf einen Punkt bezogenen Messsysteme, weil es die Durchschnittsgeschwindigkeit auf einer bestimmten Strecke ermittelt. Dies wird als gerechter angesehen als die Messung einzelner Geschwindigkeitsspitzen. Außerdem können so auch Raser, die kurz vor einer stationären Überwachungskamera auf die Bremse steigen und anschließend wieder Gas geben, erfasst werden.

Ein zweites Missverständnis bezieht sich auf Anforderungen hinsichtlich der Stellen, an denen die automatisierten Geschwindigkeitskontrollen vorzugsweise durchzuführen sind. Laut Herrn Dr. Schäpe bezieht sich die Empfehlung auf Straßenabschnitte, auf denen regelmäßig Verstöße vorkommen, und da dies nicht automatisch auch mit einem erhöhten Unfallrisiko einhergeht, könnten Durchsetzungsmaßnahmen eventuell allein der Geldeintreibung dienen, ohne die Straßenverkehrssicherheit zu verbessern. In der Tat erscheint der deutsche Text an dieser Stelle der Empfehlung weniger deutlich als das englische Original, an der es heißt: „[...] they are carried out regularly on stretches of roads where non-compliance occurs regularly *and where this brings about an increased risk of accidents*“. Anders ausgedrückt ist die Kommission in diesem Punkt genau derselben Ansicht wie Dr. Schäpe.

23 Was dagegen die automatisierte Kontrolle der Geschwindigkeiten auf Landstraßen und innerhalb geschlossener Ortschaften betrifft, stellen stationäre Messgeräte nicht das Optimum dar. So genannte „Starenkästen“ sind als fest montierte Anlagen kaum geeignet, Raser zur Verantwortung zu ziehen, da ihr Standort nicht nur den Bewohnern der Region, sondern jedem gelegentlichen Nutzer dieser Straßen bekannt ist.

3. Empfehlung zu Folgemaßnahmen

Durch geeignete Verfahren ist zu gewährleisten, dass alle durch automatisierte Kontrollausrüstungen erfassten Geschwindigkeitsübertretungen verfolgt werden.

Die Situation in Deutschland

Von grundlegenderer Bedeutung erscheint der von Dr. Schäpe vorgebrachte Einwand zu der Frage, wer nach Feststellung einer Geschwindigkeitsübertretung das Bußgeld zu bezahlen hat. In Deutschland ist dies der Fahrer. Im Fall von Überwachungskameras erfordert dies, die Vorderseite des Fahrzeugs zu fotografieren und so den Fahrer zu identifizieren. In der Empfehlung der Kommission heißt es zwar nicht ausdrücklich, dass die verantwortliche Person diejenige ist, auf die das Fahrzeug zugelassen ist (nachfolgend „der Fahrzeughalter“), doch ist es in der Tat am effizientesten, das Nummernschild an der Fahrzeugrückseite zu fotografieren und anschließend den Fahrzeughalter haftbar zu machen. Sollte der Fahrzeughalter das Fahrzeug nicht gefahren haben, so müsste er den Fahrer feststellen und diesen das Bußgeld bezahlen lassen, oder er bezahlt das Bußgeld selbst und fordert es vom Fahrer anschließend zurück. So wird in den Niederlanden verfahren, wo hinsichtlich der Einhaltung von Geschwindigkeitsbegrenzungen und der Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit große Erfolge erzielt werden.

Das in den Niederlanden praktizierte Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass es vom Moment der Feststellung einer Geschwindigkeitsübertretung durch automatische Messgeräte bis zur Versendung des mit einer Zahlungsfrist versehenen Bußgeldbescheids an den Fahrzeughalter vollständig automatisiert ist. Es ist nicht erforderlich, den jeweils verantwortlichen Fahrzeugführer in einem aufwändigen Verfahren zu ermitteln. Das durch das sogenannte „Mulder-Gesetz“ eingeführte Verfahren erlaubt damit die systematische Verfolgung sämtlicher durch automatische Messgeräte festgestellten Geschwindigkeitsübertretungen und führt dazu, dass Geschwindigkeitsbegrenzungen im Allgemeinen eingehalten werden. Die Niederlande gehören deshalb zu den Ländern, die in punkto Geschwindigkeitsübertretungen eine sehr gute Bilanz vorweisen können. Diesem Verfahren liegt der Gedanke zugrunde, dass der Fahrzeughalter – der Eigentümer des Fahrzeugs – Verantwortung trägt für die Personen, denen er sein Fahrzeug überlässt, und sein Fahrzeug deshalb zum Beispiel nicht an potenziell verantwortungslose Fahrer verleihen sollte. Außerdem hindert ihn nichts daran, mit dem Fahrer im Voraus zu vereinbaren, dass dieser eventuelle Bußgelder für von ihm begangene Verstöße selbst zu bezahlen hat, was nur allzu legitim ist.

Die Empfehlung lässt allerdings auch Raum für automatisierte Verfahren anderer Art, z. B. Haftung des Fahrzeughalters mit Ausnahme der Fälle, in denen er den Fahrer nennen kann und dieser das Bußgeld zu bezahlen hätte. Dieses Verfahren, das offenbar in Frankreich im Rahmen des neuen Konzepts für automatisierte Systeme zur Durchsetzung von Geschwindigkeitsbegrenzungen ausgewählt wurde, bietet jedoch ein Schlupfloch, welches das gesamte System ernstlich in Frage stellen könnte. Behauptet der Fahrzeughalter etwa, dass nicht er, sondern ein ihn besuchender Cousin aus Neuseeland das Fahrzeug gefahren habe und dieser inzwischen wieder nach Hause zurückgekehrt sei, so ist es praktisch unmöglich, den (wahrscheinlich nicht existierenden) Cousin in Neuseeland zur Verantwortung zu ziehen. Dieses Schlupfloch, einmal bekannt, könnte natürlich die Motivation zur Einhaltung von Geschwindigkeitsbegrenzungen generell verringern.

Wenn der Durchsetzung von Geschwindigkeitsbegrenzungen der Zwang genommen wird, ausschließlich den verantwortlichen Fahrzeugführer in den Fokus nehmen zu müssen, dann müssen auch keine ressourcenintensiven Verfahren mehr Anwendung finden, sodass wirksame Durchsetzungsmaßnahmen möglich werden. Die Erfahrungen in den Niederlanden zeigen, dass 99% der wegen Geschwindigkeitsübertretungen nach diesem System verhängten Bußgelder anstandslos gezahlt werden. Nur in sehr wenigen Fällen wird vor Gericht Einspruch eingelegt. Der Erfolg dieser Methode stellt die Aussage Dr. Schäpes in Frage, wonach zur Vermeidung von übermäßigem Verwaltungsaufwand unbedeutende Geschwindigkeitsüberschreitungen, die die Unfallgefahr nicht erhöhen, ungeahndet bleiben sollten²⁴. Die generelle Kulanz gegenüber solchen Verstößen würde das gesamte System in Frage stellen und die Straßenverkehrssicherheit gefährden, da Forschungsergebnisse eindeutig belegen, dass eine nur geringfügig höhere Durchschnittsgeschwindigkeit – die ohne Zweifel die Folge einer solchen Kulanz gegenüber „Bagatellvergehen“ wäre – zu erheblich mehr Unfällen und Verkehrstoten führen würde. Das Argument Dr. Schäpes gründet auf der Annahme, dass die betreffenden Verfahren in den strafrechtlichen Bereich fallen. Wie aber zuvor bereits ausgeführt, ist dies nicht notwendigerweise der Fall, da Verwaltungsverfahren hier weit aus angemessener und wirksamer sind.

24 „Diese Verpflichtung stellt eine Einschränkung des Opportunitätsprinzips dar, das sich auch in den polizeilichen Richtlinien niederschlägt. Danach sollen unbedeutende Geschwindigkeitsüberschreitungen ungeahndet bleiben. Diese Kulanz gegenüber Bagatellen, die sich nicht Gefahr erhöhend auswirken, müsste zu Lasten eines enormen Verwaltungsaufwands aufgegeben werden, ohne hierdurch nennenswert zur Reduzierung schwerer Unfälle beizutragen.“

In diesem Zusammenhang sind zwei Anmerkungen wichtig:

Erstens werden in der Empfehlung über automatisierte Kontrollausrüstungen andere Durchsetzungsmethoden keinesfalls ausgeschlossen oder eingeschränkt, etwa das Anhalten von Fahrzeugen, mit den Fahrern zu sprechen und sie davon zu überzeugen, dass ihr Verhalten nicht tolerierbar ist und Gefahren verursacht. Außerdem ist aus Untersuchungen bekannt, dass eine Kombination aus automatisierten und konventionellen Durchsetzungsmaßnahmen am wirksamsten ist. In der Empfehlung wird auf die herkömmlichen Methoden nicht eingegangen, weil sie bereits in allen EU-Staaten angewandt werden, was allerdings für die automatisierten Systeme nicht gilt.

Zweitens korrespondieren die derzeit von kommunalen Behörden in Deutschland eingesetzten automatisierten Ausrüstungen für die Erfassung von Geschwindigkeitsüberschreitungen²⁵ mit der Empfehlung der Kommission. Durch Ausweitung dieser Verfahren – in Verbindung mit konventionellen personenbezogenen Durchsetzungsmaßnahmen der Polizei – könnte die Straßenverkehrssicherheit in Deutschland wesentlich verbessert werden.

Zum Vergleich zwischen der Empfehlung der Kommission über die Durchsetzung von Geschwindigkeitsbegrenzungen und der Situation in Deutschland werden im Folgenden einige die Lage in Deutschland betreffende Ergebnisse der ICF-Studie „Cost-benefit analysis of road safety improvements“ (vgl. Fußnote 12) vorgestellt²⁶. Die Studie untersucht zwei Szenarios: das „Szenario des besten Staates“, das auf den Durchsetzungsmaßnahmen und daraus folgenden Ergebnissen des in dem Bereich am besten positionierten EU-Mitgliedstaats basiert, und das „Szenario der vollständigen Umsetzung“, dem die Durchsetzungsmaßnahmen und daraus folgenden Ergebnisse gemäß dem Arbeitspapier der Kommission (weitgehend deckungsgleich mit der später verabschiedeten Empfehlung der Kommission zu Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich der Straßenverkehrssicherheit) zugrunde liegen.

Um Geschwindigkeitsbegrenzungen mit Hilfe automatisierter Ausrüstungen vollständig durchzusetzen, müssten in Deutschland im „Szenario des besten Staates“ (im Bezugsjahr 2000 war dies das Vereinigte Königreich) an 6.480 zusätzlichen Stellen solche Ausrüstungen eingesetzt wer-

25 Die von Dr. Albrecht angesprochene „Kommunale Verkehrsüberwachung“.

26 Der vollständige Text der ICF-Studie ist unter folgender Adresse abrufbar: http://europa.eu.int/comm/transport/road/roadsafety/behaviour/index_en.htm.

den bzw. an 21.880 zusätzlichen Stellen im „Szenario der vollständigen Umsetzung“.

Ergebnisse im „Szenario des besten Staates“²⁷:

- Rückgang der Zahl der Verkehrsunfälle mit Verletzten: 10.856;
- Rückgang der Zahl der Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 417;
- Rückgang der Zahl der Verletzten: 14.764;
- Rückgang der Zahl der Todesopfer: 480;
- Kosteneinsparung aus der geringeren Zahl der Verkehrsunfälle mit Verletzten (in Mio. €): 665;
- Kosteneinsparung aus der geringeren Zahl der Verkehrsunfälle mit Todesopfern (in Mio. €): 851, insgesamt 1.516²⁸.

Ergebnisse im „Szenario der vollständigen Umsetzung“:

- Rückgang der Zahl der Verkehrsunfälle mit Verletzten: 31.439;
- Rückgang der Zahl der Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 1.051;
- Rückgang der Zahl der Verletzten: 42.758;
- Rückgang der Zahl der Todesopfer: 1.208;
- Kosteneinsparung aus der geringeren Zahl der Verkehrsunfälle mit Verletzten (in Mio. €): 1.926;
- Kosteneinsparung aus der geringeren Zahl der Verkehrsunfälle mit Todesopfern (in Mio. €): 2.144, insgesamt 4.070²⁹.

Kosten der Maßnahmen (in Mio. €):

- 119 („Szenario des besten Staates“);
- 611 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

27 Die Zahlen verstehen sich pro Jahr.

28 ICF-Studie, S. 18, Tabelle 3.10.

29 ICF-Studie, S. 19, Tabelle 3.11.

Nutzen/Kosten-Verhältnis:

- 7,6 („Szenario des besten Staates“);
- 6,7 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

EU-Durchschnitt:

- 6,8 („Szenario des besten Staates“);
- 5,9 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

Nettogewinn in % des BIP:

- 0,065 („Szenario des besten Staates“);
- 0,170 („Szenario der vollständigen Umsetzung“)

EU-Durchschnitt:

- 0,050 („Szenario des besten Staates“);
- 0,149 („Szenario der vollständigen Umsetzung“)³⁰.

Diese Angaben gelten für Jahre, in denen die Maßnahmen zur Durchsetzung von Geschwindigkeitsbegrenzungen vollständig umgesetzt wurden und ihre maximale Wirkung erreicht haben. Nicht berücksichtigt sind dagegen die Anfangsaufwendungen, beispielsweise für Gesetzesänderungen und Planung, Bewilligung von Haushaltsmitteln, Verhandlungen mit Firmen für die Lieferung und Installation der Ausrüstungen usw. Außerdem könnte es mehrere Jahre dauern, bis das Programm, das einen erheblichen Investitionsaufwand erfordert, vollständig wirksam ist. So werden zwischen der Investition und dem daraus entstehenden Nutzen ein bis zwei Jahre vergehen, weil die Fahrer erst nach einer gewissen Zeit ihr Verkehrsverhalten an die Durchsetzungsmaßnahmen anpassen.

Die sich daraus ergebenden Folgen wurden nach der Kapitalwertmethode für einen Zeitraum von 15 Jahren evaluiert. Das Nutzen/Kosten-Verhältnis beträgt demnach:

- 6,0 („Szenario des besten Staates“);
- 5,8 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

³⁰ ICF-Studie, Tabelle 3.13.

EU-Durchschnitt:

- 5,3 („Szenario des besten Staates“);
- 5,0 („Szenario der vollständigen Umsetzung“)³¹.

Daraus folgt, dass Deutschland durch die Anwendung vorbildlicher Verfahren zur Durchsetzung von Geschwindigkeitsbegrenzungen (einschließlich der Folgemaßnahmen) aus einem der beiden Szenarios einen im Vergleich zum eingesetzten Kapital großen Nutzen und Nettogewinn erzielen kann, da seine Bilanz in dem Bereich derzeit unter dem EU-Durchschnitt liegt. Vor allem aber würden Menschenleben bewahrt, nämlich 480 („Szenario des besten Staates“) bzw. 1.208 („Szenario der vollständigen Umsetzung“) pro Jahr.

4. Empfehlung zu Alkohol am Steuer: stichprobenweise Atemalkoholkontrollen

Durch das Prinzip stichprobenweiser Atemalkoholkontrollen mit Alkoholtestgeräten sollte für eine wirksame Überwachung von Alkohol am Steuer gesorgt werden. In dieser Hinsicht ist auch sicherzustellen, dass stichprobenweise Atemalkoholkontrollen regelmäßig an Orten und zu Zeiten stattfinden, wo Verstöße regelmäßig vorkommen und zu einem erhöhten Unfallrisiko führen, und ferner dafür zu sorgen, dass die Beamten, die stichprobenweise Atemalkoholkontrollen vornehmen, diese bei Verdacht auf Alkohol am Steuer mit beweissicheren Geräten durchführen.

Die Situation in Deutschland

Nach geltendem deutschem Recht dürfen Autofahrer von der Polizei zwar zu Verkehrskontrollen und zur Feststellung ihrer Fahrtauglichkeit angehalten, jedoch keinem Alkoholtest unterzogen werden, wenn kein konkreter Verdacht auf Alkoholkonsum besteht. Ein solcher Verdacht kann z. B. durch Alkoholgeruch oder ein bestimmtes Verhalten des Fahrers begründet sein. Sollte der Fahrer sich einem Atemalkoholtest widersetzen, so kann er bei Verdacht einer Blutentnahme unterzogen werden. Dr. Schäpe schlägt als mögliche Argumentation vor, dass die Weigerung eines Fahrers, eine Atemalkoholtest vornehmen zu lassen, den Verdacht auf Alkohol am Steuer begründen könnte. Er führt aus, dass in großer Zahl durch-

31 ICF-Studie, Tabelle 3.14.

geführte Alkoholkontrollen die Wahrscheinlichkeit steigen ließen, alkoholisierte Fahrer zu ergreifen, was die Zahl der durch Alkohol am Steuer verursachten Verkehrsunfälle verringern würde. Außerdem hätten die Kontrollen einen erzieherischen Effekt, da die Fahrer mit ihrem unverantwortlichen Verhalten konfrontiert würden und ihnen die Fahrerlaubnis entzogen würde. Dr. Schäpe erklärt weiter, dass der verfassungsmäßige Schutz von Persönlichkeitsrechten kein absoluter ist, sondern gegenüber den Rechten der Gesellschaft abgewogen werden muss, und dass dogmatische Einwände gegen stichprobenweise Atemalkoholkontrollen aufgrund dieser Erwägung abzulehnen seien.

Dieser Standpunkt könnte einen entscheidenden Durchbruch bedeuten, da er stichprobenweise Atemalkoholkontrollen im Sinne der Empfehlung der Kommission zuließe. Dies gilt umso mehr, da laut Forschungsergebnissen 35 % der Personen mit Alkoholproblemen (15–18 % der Männer in Deutschland sind alkoholabhängig und nehmen mit einer durchschnittlichen Blutalkoholkonzentration von 1,5 ‰ gegenüber den erlaubten 0,5 ‰ am Straßenverkehr teil) bei polizeilichen Routinekontrollen nicht als solche erkannt werden, weil sie ihren Zustand gut zu verbergen wissen. Sie werden deshalb nach heutiger Rechtslage keiner Atemalkoholmessung unterzogen und dürfen ihre Fahrt fortsetzen, obwohl sie sich selbst und andere Verkehrsteilnehmer ernsthaft gefährden³².

Wenn sich die deutschen Rechtsvertreter, einschließlich des Verfassungsgerichts, der Argumentation Dr. Schäpes anschließen, so würde dies den Weg für die Anwendung vorbildlicher Durchsetzungsmaßnahmen, wie sie von der Kommission empfohlen werden, freimachen. Die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Straßenverkehrssicherheit wurden in der genannten ICF-Studie ebenfalls untersucht. Darin wird die gegenwärtige Lage in den EU-Mitgliedstaaten mit einer Situation verglichen, in der von einer Umsetzung der entsprechenden Empfehlungen ausgegangen wird.

In diesem Fall diene Schweden als Vorbild für das „Szenario des besten Staates“. Das zweite Szenario, das von einer Umsetzung der Kommissionsempfehlungen ausgeht, wird auch hier als „Szenario der vollständigen Umsetzung“ bezeichnet. Für Deutschland ergeben sich hieraus folgende Zahlen:

32 Die Informationen wurden von Prof. Dr. Egon Stephan von der Universität Köln auf dem „Fachkongress effektive Verkehrsüberwachung“ am 29. November 2004 in Münster vorgetragen.

Geschätzter Rückgang in %:

„Szenario des besten Staates“:

ñ der Zahl der Todesopfer durch Alkohol am Steuer: 11,1;

ñ der Zahl der Verletzten durch Alkohol am Steuer: 7,4.

„Szenario der vollständigen Umsetzung“:

ñ der Zahl der Todesopfer durch Alkohol am Steuer: 13,3;

ñ der Zahl der Verletzten durch Alkohol am Steuer: 8,9³³.

Geschätzter Rückgang der Zahl der Verkehrsunfälle

„Szenario des besten Staates“

– Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 786;

– Verkehrsunfälle mit Verletzten: 26.324.

„Szenario der vollständigen Umsetzung“:

– Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 937;

– Verkehrsunfälle mit Verletzten: 31.386.

Geschätzter Rückgang der Zahl der Verkehrstopfer

„Szenario des besten Staates“:

– Todesopfer: 904;

– Verletzte: 35.800.

„Szenario der vollständigen Umsetzung“:

– Todesopfer: 1.078;

– Verletzte: 42.685.

33 ICF-Studie, S. 25, Tabelle 3.18.

Kosteneinsparung aus der geringeren Zahl der Verkehrsunfälle (in Mio. €)

„Szenario des besten Staates“:

- Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 1.604;
- Verkehrsunfälle mit Verletzten: 1.613, insgesamt 3.216.

„Szenario der vollständigen Umsetzung“:

- Verkehrsunfälle mit Todesopfern: 1.912;
- Verkehrsunfälle mit Verletzten: 1.923, insgesamt 3.835³⁴.

Kosten der Maßnahmen (in Mio. €):

- 274,4 („Szenario des besten Staates“);
- 592,9 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

Nutzen/Kosten-Verhältnis:

- 13,4 („Szenario des besten Staates“);
- 7,4 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

EU-Durchschnitt:

- 8,1 („Szenario des besten Staates“);
- 4,7 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

Nettogewinn in % des BIP:

- 0,143 („Szenario des besten Staates“);
- 0,155 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

EU-Durchschnitt:

- 0,093 („Szenario des besten Staates“);
- 0,107 („Szenario der vollständigen Umsetzung“)³⁵.

³⁴ ICF-Studie, S. 25, Tabelle 3.19.

³⁵ ICF-Studie, S. 26, Tabelle 3.21.

Die sich daraus ergebenden Folgen wurden nach der Kapitalwertmethode unter Berücksichtigung von Anfangsaufwendungen usw. (wie im Fall der Geschwindigkeitsüberschreitungen) für einen Zeitraum von 15 Jahren berechnet:

Nutzen/Kosten-Verhältnis:

- 9,2 („Szenario des besten Staates“);
- 5,2 („Szenario der vollständigen Umsetzung“).

EU-Durchschnitt:

- 6,9 („Szenario des besten Staates“);
- 3,8 („Szenario der vollständigen Umsetzung“)³⁶.

Daraus folgt, dass Deutschland durch die Anwendung vorbildlicher Verfahren im Bereich Alkohol am Steuer aus einem der beiden Szenarios einen im Vergleich zum eingesetzten Kapital großen Nutzen und Nettogewinn erzielen kann, da seine Bilanz in dem Bereich derzeit unter dem EU-Durchschnitt liegt. Vor allem aber würden Menschenleben bewahrt, nämlich 904 („Szenario des besten Staates“) bzw. 1.078 („Szenario der vollständigen Umsetzung“) *pro Jahr*.

5. Empfehlung zur Verwendung des Sicherheitsgurts: intensive Durchsetzungsmaßnahmen

Intensive Durchsetzungskampagnen zur Gurtpflicht mit einer Mindestdauer von zwei Wochen sollten mindestens dreimal jährlich an Orten durchgeführt werden, wo Verstöße regelmäßig vorkommen und zu einem erhöhten Unfallrisiko führen. Ferner ist die Einhaltung der Gurtpflicht in jedem Einzelfall durchzusetzen, in dem eine Nichtbeachtung festgestellt und das betreffende Fahrzeug angehalten wird. Diese Durchsetzungskampagnen können mit anderen Durchsetzungskampagnen kombiniert werden, z.B. im Bereich Geschwindigkeitsüberschreitung und Alkohol am Steuer.

Die Situation in Deutschland

Mit einer Gurtanlagequote von 85 % (Front- und Fondpassagiere gemittelt) gehört Deutschland zu den besser positionierten Mitgliedstaaten der

³⁶ ICF-Studie, S. 27, Tabelle 3.22.

EU³⁷. Dennoch kann dieser Wert noch weiter verbessert und die Zahl der Opfer, die wegen Verstößen gegen die Gurt- und die Kindersicherungspflicht zu beklagen sind, weiter verringert werden. Das Ausmaß des erreichbaren Nutzens kann wiederum der ICF-Studie entnommen werden, in der abermals Schweden als Vorbild für das „Szenario des besten Staates“ diente.

Anteil der Unfallopfer wegen Nichtverwendung von Rückhalteeinrichtungen in Deutschland:

- 32 % der Todesopfer;
- 32 % der Verletzten.

Vermeidbare Opfer bei einer Gurtanlegequote von 100 %:

- 838 Todesopfer
- 58 114 Verletzte³⁸

Vermiedene Unfallopfer:

„Szenario des besten Staates“:

- Todesopfer: 174;
- Verletzte: 12.103.

Kosteneinsparung (in Mio. €):

- Todesopfer: 304;
- Verletzte: 462, insgesamt 766.

„Szenario der vollständigen Umsetzung“

- Todesopfer: 525
- Verletzte: 53 893

³⁷ ICF-Studie, S. 28, Tabelle 3.23.

³⁸ ICF-Studie, S. 29, Tabelle 3.24.

Kosteneinsparung (in Mio. €):

- Todesopfer: 914
- Verletzte: 2 056, insgesamt 2 97039

Kosten der Maßnahmen (in Mio. €):

- „Szenario des besten Staates“: 181,5;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 363,1.

Nutzen/Kosten-Verhältnis:

- „Szenario des besten Staates“: 4,2;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 8,2.

EU-Durchschnitt:

- „Szenario des besten Staates“: 13,1;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 12,7.

Nettogewinn in % des BIP:

- „Szenario des besten Staates“: 0,029;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 0,128.

EU-Durchschnitt:

- „Szenario des besten Staates“: 0,091
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 0,181⁴⁰

Die sich daraus ergebenden Folgen wurden nach der Kapitalwertmethode unter Berücksichtigung von Anfangsaufwendungen usw. für einen Zeitraum von 15 Jahren berechnet:

Kosten der Maßnahmen (in Mio. €):

- „Szenario des besten Staates“: 2.025;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 3.932.

39 ICF-Studie, S. 31, Tabelle 3.27.

40 ICF-Studie, S. 32, Tabelle 3.28.

Nutzen/Kosten-Verhältnis:

- „Szenario des besten Staates“: 3,4.
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 6,7.

EU-Durchschnitt:

- „Szenario des besten Staates“: 10,2;
- „Szenario der vollständigen Umsetzung“: 10,0⁴¹.

Daraus folgt, dass Deutschland durch die Anwendung vorbildlicher Verfahren aus dem „Szenario des besten Staates“ bzw. der Empfehlung der Kommission einen gegenüber dem EU-Durchschnitt geringeren Nutzen erzielen kann, weil es in dem Bereich bereits eine relativ gute Bilanz vorzuweisen hat. Dennoch können das Nutzen/Kosten-Verhältnis und der Nettogewinn noch weiter verbessert, vor allem aber Menschenleben bewahrt werden, nämlich 174 („Szenario des besten Staates“) bzw. 525 („Szenario der vollständigen Umsetzung“) *pro Jahr*.

Somit können in Deutschland in den drei behandelten Bereichen zusammen 1.558 („Szenario des besten Staates“) bzw. 2.811 Menschenleben („Szenario der vollständigen Umsetzung“) *pro Jahr* bewahrt werden.

Angesichts des allgemeinen Nutzens und des Nettogewinns infolge dieser Maßnahmen scheint das Ziel einer wesentlichen Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit in Deutschland realisierbar zu sein, wenn der politische Wille dafür vorhanden ist.

41 ICF-Studie, S. 33, Tabelle 3.29.

Europäische Führerscheinreform

René Plank, Verwaltungsrat, Europäische Kommission,
Generaldirektion Energie und Verkehr, Brüssel

1. Der gemeinschaftliche Rechtsbestand

Der Rechtsrahmen auf Gemeinschaftsebene wird von der Richtlinie 91/439/EWG in der geltenden Fassung bestimmt. Näher ausgeführt wurde dieser Rahmen durch die Entscheidung 2000/275/EG der Kommission über Äquivalenzen zwischen Führerscheinklassen und die Mitteilung der Kommission vom 28.3.2002 zu Auslegungsfragen über den Führerschein. Neue Auslegungen dieses Rechtsbestandes erfolgten jüngst durch den EuGH, der in mehreren Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren¹ insbesondere die Reichweite und die Auswirkungen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung behandelt hat.

Der jüngste Vorschlag der Kommission für eine neue Führerscheinrichtlinie² und die Europäische Führerscheinreform allgemein verfolgen unterschiedliche Ziele, die nachfolgend dargestellt werden.

2. Freier Personenverkehr

Insbesondere auf Grund der unterschiedlichen Gültigkeitsdauer bestehen in der EU inakzeptable Hindernisse für den freien Personenverkehr fort. Unter Hinweis auf die soziale und wirtschaftliche Bedeutung des Individualverkehrs sowie den bedeutenden Einfluss von ordnungsgemäß anerkannten Führerscheinen auf die tatsächliche Ausübung der Freizügigkeit durch Gemeinschaftsbürger hat der EuGH die Notwendigkeit der Harmonisierung von Führerscheinbestimmungen bereits in früheren Entscheidungen nachdrücklich betont³. Diese Freizügigkeitsargumente stehen in Zusammenhang mit den wesentlich weiter gesteckten Zielen der „Lissabon-Agenda“, die ein 100prozentiges Funktionieren des Binnenmarktes bis 2010 zum Ziel hat.

Eine isolierte innerstaatliche Analyse des Aspektes der einheitlichen Gültigkeitsdauer als Mittel zur Erleichterung der Freizügigkeit sowie der

1 Rs. C-246/06; *Kommission / Niederlande*, Urteil vom 10.7.2003, Slg. 2003 I-7485; C-408/02 *Carvalho*, Beschluss vom 11.12.2003; C-253/01 *Krüger*, Beschluss vom 29.1.2004; C-476/01 *Kapper*, Urteil vom 29.4.2004; C-195/02 *Kommission / Spanien*, Urteil vom 9.9.2004.

2 COM (2003) 621 endg.

3 Rs. C-193/94 *Skanavi*, Slg. 1996 I-929, Rz 23-27 und 36 und zuvor bereits Rs 16/78, *Choquet*, Slg. 1978 293, Rz. 7.

anderen vorgeschlagener Harmonisierungsvorschriften ist somit nicht zielführend. Die bestehenden Beschränkungen der Freizügigkeit werden in vielen an die Dienststellen der Kommission herangetragenen Beschwerden deutlich: Für Inhaber von deutschen Führerscheinen, die ihren Wohnsitz in einen Mitgliedstaat mit 10jähriger Gültigkeitsdauer verlegen und deren Führerscheine mehr als 10 Jahre vor dem Wohnortwechsel ausgestellt wurden, ist es nicht nachvollziehbar, weswegen sie trotz des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zum Umtausch verpflichtet sind. Angesichts der steigenden Mobilität der Gemeinschaftsbürger steigt die Zahl dieser Fälle kontinuierlich an.

Außerdem bringt die durch die Einführung einer einheitlichen begrenzten Gültigkeitsdauer herbeigeführte schrittweise *Reduzierung* der über 110 verschiedenen *Führerscheinmodelle* in der EU⁴ durch allmählichen Umtausch eine weitere Erleichterung der Anerkennung der uneingeschränkt fortgeltenden Rechte von Altinhabern in anderen Mitgliedstaaten mit sich. Im Übrigen ist diese Frage auf Grund des Vertrauensschutzes und der bisher unbeschränkten Gültigkeit in Deutschland von größerer rechtlicher und praktischer Bedeutung als in den meisten anderen Mitgliedstaaten.

3. Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit

Diesem Ziel dienen *verschiedene technische Maßnahmen* wie die Anhebungen der Mindestalter, die Anpassungen der Klassendefinitionen an technische Entwicklungen bei Fahrzeugen (z.B. dreirädrige Motorfahrzeuge, vierrädrige Leichtkraftfahrzeuge) und harmonisierte Ausbildungsvorschriften für Fahrprüfer.

Für Fahrer von Lastkraftwagen und Bussen wird die Einführung *regelmäßiger medizinischer Untersuchungen* beziehungsweise von Nachweisen der Fahrtauglichkeit vorgeschlagen. Derartige verpflichtende regelmäßige medizinische Untersuchungen für Fahrer von LKW und Bussen aus Gründen der Straßenverkehrssicherheit stellen allerdings keine grundlegende Neuerung dar, da sie bereits in Anhang III, Punkt 4. der

4 Dies ist die Gesamtzahl aller in den 28 EWR-Mitgliedstaaten derzeit im Umlauf befindlichen gültigen Führerscheinmodelle, die in Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung *ohne jede Formalität* in allen Mitgliedstaaten anerkannt werden müssen. Die praktischen Schwierigkeiten dieser Situation für lokale Verwaltungsbehörden, Exekutivorgane und Bürger gleichermaßen liegen auf der Hand: Exekutivorgane müssen beispielsweise grundsätzlich in der Lage sein, die Gültigkeit und den Umfang der Berechtigung für 110 verschiedene Führerscheinmodelle bei Verkehrskontrollen sofort feststellen zu können.

Richtlinie 91/439/EWG vorgesehen sind. Die neu vorgeschlagene Harmonisierung der Periodizität der Untersuchungen dient neben der Verbesserung der Straßenverkehrssicherheit insbesondere der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und der Verbesserung der Freizügigkeit auf Grund der mit der Harmonisierung einhergehenden erhöhten Transparenz der Bestimmungen.

Den Mitgliedstaaten soll die Möglichkeit eingeräumt werden, solche Untersuchungen auch für Fahrer von Personenkraftwagen und Motorrädern vorzusehen, da wissenschaftliche Studien beispielsweise einen allgemeinen Leistungsabfall der Sehschärfe ab einem Alter von rund 45 Jahren belegen. Das Ziel ist die Verbesserung der Verkehrssicherheit und nicht der Entzug der Fahrerlaubnis (z.B. Anpassung der Sehhilfen nach Untersuchung). Nicht mit den Zielen der Straßenverkehrssicherheit vereinbar wäre es, den Zugang zu Fahrerlaubnissen grundsätzlich allein schon dann zuzulassen, wenn allgemeine Prüfungsvoraussetzungen erfüllt werden.

Ebenso waren im ursprünglichen Kommissionsvorschlag die Ausweitung des *stufenweisen Zuganges* zu Motorrädern und die *Anhebung des Mindestalters* vorgesehen, als wesentliche Maßnahme zur Verbesserung der Verkehrssicherheit dieser besonders unfallgefährdeten Gruppe von Verkehrsteilnehmern.

4. Verbesserung der Dokumentensicherheit

Dieses Ziel würde insbesondere durch die Einführung einer beschränkten Gültigkeit erreicht (die somit mehrere Ziele parallel verfolgt), da Sicherheitsmerkmale in der Regel nach spätestens 10 Jahren ihre Fälschungssicherheit auf Grund der technischen Entwicklung verlieren und ebenso das Photo nach diesem Zeitraum erneuert werden muss. Das Erfordernis der Beschränkung der Gültigkeit aus Sicherheitsgründen ist bei Pässen, Personaldokumenten oder Bankkarten seit langem unstrittig. In 17 von 25 Mitgliedstaaten und vielen industrialisierten Ländern außerhalb der EU (z.B. USA, Kanada, Neuseeland, Australien und Japan) wird aus diesem Grund die Gültigkeit von Führerscheinen beschränkt. Die Bedeutung des Dokuments wird durch seine Verwendung als Ausweisdokument in vielen Ländern zusätzlich erhöht.

Weitere Maßnahmen zur Erhöhung der Dokumentensicherheit sind die verpflichtende Einführung des Plastikkartenformats, die Einführung von verpflichtenden Sicherheitsmerkmalen unter Bezugnahme auf laufende Arbeiten im Rahmen der Internationalen Standard Organisation (die derzeit neue Standards für den Internationalen Führerschein ausarbeitet, der

in Zukunft mit dem nationalen Führerschein zu einem einzigen Dokument verschmelzen wird)⁵ und die *wahlweise* Einführung eines Speichermediums (Microchip). Die Verwendung maschinenlesbarer Technologien ist zwar bei anderen Ausweisdokumenten, Bank- oder Kreditkarten seit längerer Zeit Standard, derzeit wird von einer verpflichtenden Einführung bei Führerscheinen jedoch Abstand genommen.

5. Allgemeine Betrugsbekämpfung und Informationsaustausch

Diese Querschnittsmaterie dient verschiedenen Zielen gleichzeitig und erfordert unterschiedliche Maßnahmen.

Nach dem EuGH im Urteil C-476/01 *Kapper* sind Mitgliedstaaten angesichts der überragenden Bedeutung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung für das europäische Führerscheinrecht verpflichtet, in anderen Mitgliedstaaten ausgestellte Führerscheine auch dann anzuerkennen, wenn nationale Bedingungen für die Wiedererteilung in ersterem nicht erfüllt wären. Dies gilt angesichts der Sicherheit im Straßenverkehr allerdings mit der Einschränkung, dass für die Dauer eines nationalen Fahrverbotes die Anerkennung verweigert werden kann.

Mitgliedstaaten können die Anerkennung somit nicht unter Berufung auf Nichteinhaltung von harmonisierten Ausstellungsvoraussetzungen der Richtlinie 91/439/EWG⁶ durch einen anderen Mitgliedstaat verweigern. Dies würde sowohl dem System der Richtlinie widersprechen, die dem Ausstellungsstaat ausschließliche Zuständigkeiten überträgt, als auch dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das gegenseitiges Vertrauen unter den Mitgliedstaaten mit einschließt⁷. Um eventuelle Rechtslücken zu schließen, bedarf es des verstärkten Informationsaustausches zwischen Mitgliedstaaten (dazu unten). Der EuGH hat unter bestimmten Voraussetzungen entgegen dem Wortlaut von Artikel 12(3) der Richtlinie bereits eine *Verpflichtung* der Mitgliedstaaten zum Informationsaustausch festgestellt⁸.

5 Auf die in Ausarbeitung befindlichen neuen höheren Sicherheitsstandards für Reisedokumente unter Verwendung von biometrischen Sicherheitsmerkmalen im Rahmen der ICAO ist hinzuweisen.

6 Vgl. insbesondere Artikel 7: theoretische und praktische Fahrprüfung sowie ordentlicher Wohnsitz.

7 Vgl. hierzu die Ausführungen von Generalanwalt Léger im Schlussantrag zu Rs. C-246/00, *Kommission/Niederlande*, Rz. 42.

8 Rs C-408/02, *Carvalho*, Rz. 23 und C-476/01 *Kapper*, Rz. 48. Im Übrigen ist nach der Rechtsprechung des EuGH der Informationsaustausch die am ehesten proportionale Methode zur Durchführung von Kontrollen (vgl. Rs. C-422/01 *Skandia*, Rz. 44–45).

Im Zusammenhang mit der Verbesserung der Verkehrssicherheit wird im Mitentscheidungsverfahren außerdem die *Ausweitung der Wirkung von restriktiven Maßnahmen* (Führerscheinentzüge, Fahrverbote etc.) über das Hoheitsgebiet hinaus diskutiert. Der Ausgang dieser Diskussion ist derzeit offen. Die grenzüberschreitende Durchsetzung solcher Maßnahmen ist nur bei zuvor erfolgreicher Einrichtung eines effizienten EU-weiten Systems zum Informationsaustausch über die im Umlauf befindlichen rund 300 Millionen Führerscheine möglich (die Machbarkeitsstudie für ein derartiges System wird derzeit von der Kommission gemeinsam mit den Mitgliedstaaten unter dem Projektnamen „RESPER“ durchgeführt). Ein in Ausarbeitung befindliches Weißbuch über die gegenseitige Anerkennung des Verfalls von Rechten und den darauf bezogenen Informationsaustausch schlägt als flankierende Maßnahme auch die Durchsetzung von nicht im Wohnsitzstaat begangenen Verkehrsübertretungen vor. Eine wesentliche Schwierigkeit wird in der Balance zwischen der Ausweitung der Wirkung restriktiver Maßnahmen und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bestehen, da erstere nach EuGH-Judikatur eng auszulegende Ausnahmen von letzterem sind⁹.

9 Vgl. Rs. C-476/01, *Kapper*, Rz. 72 und 76.

Europäische Führerscheinreform

Prof. Dr. med. Wolfgang Eisenmenger, Universität München,
Institut für Rechtsmedizin, München

Ein wesentlicher Punkt des Vorschlags der Kommission für eine neue Führerscheinrichtlinie bezieht sich auf die Befristung der Gültigkeit der Führerscheine aller Klassen. Diese soll in der 3. Führerscheinrichtlinie auf 10 Jahre festgelegt werden. Begründet wird dies mit der Aktualisierung des Dokumentes und des Inhaberfotos, um betrügerische Manipulationen einschränken zu können.

Bemerkenswert war allerdings, dass der Vorschlag der Kommission zunächst eine Regelung enthielt, wonach die Gültigkeit des Führerscheins nach Vollendung des 65. Lebensjahres auf 5 Jahre reduziert sein sollte. Konkret begründet wurde dies nicht, aber es gibt eigentlich keinen Zweifel, welche Überlegung dahinter stand: Immer mehr ältere und alte Kraftfahrer nehmen am Straßenverkehr aktiv teil und es ist allgemeines Erfahrungswissen, dass ältere Personen gehäuft an verkehrsrelevanten natürlichen inneren Erkrankungen leiden und außerdem verändern sich psychologisch-psychiatrische Leistungsparameter wie Auffassungsgabe, Reaktionsvermögen und Reaktionsgeschwindigkeit, was negative Auswirkungen auf die Fahrtauglichkeit haben kann.

Zwar hat die europäische Kommission nun den Vorschlag geändert: Die Befristung soll einheitlich auf 10 Jahre festgelegt werden, aber der neue Vorschlag soll den Mitgliedsstaaten auch die Möglichkeit einräumen, verpflichtende regelmäßige medizinische Untersuchungen auch für die Führerscheinklassen A und B vorzusehen. Zumindest sind damit die ursprünglichen Pläne, solche Untersuchungen für alle Mitgliedsstaaten zur Pflicht zu machen, damit offenbar aufgegeben, aber man weiß nicht, ob für immer.

Die Meinung, ältere Verkehrsteilnehmer stellen eine besondere Gefahr im Straßenverkehr dar, wird von den Medien dadurch gestützt, dass exemplarisch schwere Verkehrsunfälle, die von Senioren verursacht wurden, unter Nennung des Lebensalters der Beteiligten plakativ herausgestellt werden, während dies bei gleichartigen Unfällen jüngerer Verkehrsteilnehmer nicht in vergleichbarem Maß geschieht.

Bei einer so wichtigen Frage wie der, ob ältere Verkehrsteilnehmer einen besonderen Risikofaktor für den Straßenverkehr darstellten, darf

man sich nicht auf Einzelfallereignisse oder allgemeine Eindrücke verlassen, sondern es bedarf einer epidemiologischen und statistischen Überprüfung. Dabei muss die Unfallbeteiligung älterer Verkehrsteilnehmer im Verhältnis zu ihrem Anteil an der Bevölkerung, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Führerscheininhaber, im Verhältnis zu ihrer Fahrleistung und im Hinblick auf die Art der Unfallbeteiligung, also die Verursachereigenschaft, geprüft werden.

Das statistische Jahrbuch 2003¹ gliedert das Unfallgeschehen von Fahrzeugführern – denn nur solche spielen im Zusammenhang mit dem Besitz des Führerscheins eine Rolle – folgendermaßen auf: Unter 483.255 Verunglückten insgesamt waren 19.695 Personen älter als 65 Jahre, wobei hier Mitfahrer eingerechnet sind. In einer weiteren Statistik, die die Ursache bei Unfällen mit Personenschaden aufgliedert, wird evident, dass das Fehlverhalten von Fahrzeugführern der wesentlichste Grund für alle Unfälle darstellt. Von 311.900 an Unfällen mit Personenschaden beteiligten Kraftwagenführern war mangelnde Verkehrstüchtigkeit in 19.528 Fällen die entscheidende Unfallursache. Von den hier aufgelisteten 19.528 Fällen waren aber 14.658 durch Alkoholeinfluss bedingt, so dass wir gerade einmal 4.870 solche Unfälle ausgewiesen haben, bei denen es um mangelnde Verkehrstüchtigkeit ohne Alkohol und damit wohl um gesundheitliche Einschränkungen ging.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass in dieser Statistik als andere Ursachen z.B. das Nichtbeachten der die Vorfahrt regelnden Verkehrszeichen und das Nichtbeachten der Regel „Rechts vor Links“ oder Fehler beim Abbiegen, Wenden, Rückwärtsfahren und Ein- oder Anfahren als eigene Kategorien aufgeführt werden und gerade Vorfahrtverletzungen bei älteren Verkehrsteilnehmern eine besonders häufige Unfallursache darstellen. Man muss aber in diesem Zusammenhang auch bedenken, ob und ggf. welche körperliche Untersuchung unter den älteren bzw. alten Führerscheinbesitzern diejenigen herausfinden und eliminieren könnte, denen mit statistisch nachgewiesener Signifikanz eine Vorfahrtverletzung in Zukunft unterlaufen würde.

Rein numerisch ist die Zahl der Unfälle, die durch PKW-Fahrer oberhalb des 65. Lebensjahres verursacht werden, nicht sehr groß. Sie ist deutlich geringer als in anderen Altersgruppen, die statistisch aufgliedert werden. Natürlich sagen diese Zahlen aber wenig aus, wenn man sie nicht in Vergleich setzt zu der Größe der Verkehrsteilnahme der jeweiligen

1 Statistisches Bundesamt: Statistisches Jahrbuch 2003 für die Bundesrepublik Deutschland.

Altersjahrgänge. Leider existieren hier keine exakten Statistiken aus jüngster Zeit. Die letzte bekannte Statistik ist mittlerweile 10 Jahre alt und wurde 1994 vom HUK-Verband veröffentlicht². Damals lag das fahrleistungsbezogene Risiko der Unfallbeteiligung bei PKW-/PKW-Unfällen von 1.000 Personen bei 1 Million Fahrkilometern bei der Personengruppe der über 65-Jährigen am niedrigsten von allen Altersgruppen, nämlich knapp unter 100, während es für die Altersgruppe der 18 bis 21-Jährigen bei über 500 lag. Die gleiche statistische Untersuchung ergab allerdings, dass bei der Unfallverursachung die über 65-Jährigen wieder stärker beteiligt waren als die in 10-jährige Altersgruppen unterteilten Fahrerinnen und Fahrer zwischen 25. und 65. Lebensjahr. Eine feinere Untergliederung findet sich dann in der Statistik über die Hauptverursacher von PKW-Unfällen mit Personenschaden, die das statistische Bundesamt für das Jahr 2002 erstellte. Es zeigte sich dabei, dass bei diesen Unfällen die Altersgruppe der 60 bis 65-Jährigen in 51,7 % der Männer und 53,7 % der Frauen Hauptverursacher waren und diese Zahlen stiegen kontinuierlich an, je älter die Unfallbeteiligten waren. In der Altersgruppe der 75-Jährigen und Älteren lag die Schuld – vereinfacht gesagt – bereits bei mehr als 75 % bei ihnen, d.h., wenn es zu einem Unfall mit Senioren dieser Altersgruppe kam, waren sie in 3/4 der Fälle die Hauptverursacher des Unfalls.

Im Hinblick auf diese Zahlen stellt sich dann schon die Frage nach präventiven Untersuchungen auf die Fahrtauglichkeit bei älteren Führerscheininhabern. Eine interessante Untersuchung dazu haben drei Autoren aus den Vereinigten Staaten im Jahre 2004 im *Journal of the American Medical Association* veröffentlicht³. Sie verglichen die Zahl der tödlichen Verkehrsunfälle in den USA vom Januar 1990 bis Dezember 2000 im Hinblick auf Lebensalter und Führerscheingesetze in den jeweiligen US-Bundesstaaten. In dem 11-Jahreszeitraum waren 74.428 Fahrer älter als 65 Jahre tödlich verunglückt, verglichen mit 231.488 Fällen der Altersgruppe der 25 bis 64-Jährigen. Es wurde nun untersucht, ob die Vorschriften für die Erneuerung des Führerscheins, die in den einzelnen Bundesstaaten unterschiedlich sind, Einfluss auf die Zahl der tödlichen Unfälle pro Altersgruppe hatten. In den einzelnen Bundesstaaten existieren nämlich folgende Alternativen: In manchen Bundesstaaten wird der Führerschein erneuert, ohne persönliche Vorsprache. In anderen Bundesstaaten ist die persönliche Abholung Pflicht und in wiederum anderen Bundesstaaten sind zu-

2 HUK-Verband (Hrsg.) (1994): *Fahrzeugsicherheit*. 90. Analyse von PKW-Unfällen. Grundlagen für künftige Forschungsarbeiten. München: HUK-Verband.

3 Grabowski D. C., Campbell C. M., Morrisey M. A. (2004): *Elderly Licensure Laws and Motor Vehicle Fatalities*. JAMA, June 16, Vol 291, 2840-2846.

sätzlich Sehtests oder Fahrtests vorgeschrieben. Bei statistischer Auswertung ergab sich, dass lediglich bei der Gruppe der 85-Jährigen und Älteren, die 4.605 der insgesamt 74.428 Todesfälle oberhalb des 65. Lebensjahres stellte, eine Verminderung des Risikos eines tödlichen Verkehrsunfalles durch die Modalitäten der Führerscheinerneuerung beeinflusst werden konnte. Es zeigte sich nämlich, dass in den Bundesstaaten, die ein persönliches Abholen der erneuerten Lizenz verlangen, das Risiko eines tödlichen Unfalles gegenüber Bundesländern ohne diese Vorschrift um ca. 20 % reduziert werden konnte. Dagegen ergab sich diese Risikominderung nicht bei den Altersgruppen der 65- bis 74-Jährigen und der 75 bis 84-Jährigen und es ergab sich – und das ist vor allem bemerkenswert –, dass das Risiko weder durch zusätzliche Sehtests noch Fahrtests noch kürzere Fristen für die Wiedererneuerung gesenkt werden konnte.

Vor dem Hintergrund dieser sehr umfangreichen und sorgfältigen Untersuchung stellt sich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage der Gesetzgeber eine Verpflichtung zur Erneuerung des Führerscheins in festgelegten Zeitabständen verlangen darf. Dabei unterstelle ich, dass diese Erneuerung nicht wirklich der Verhinderung von Betrügereien dienen soll, denn zur Verhinderung von Betrügereien mit dem Führerschein sind ganz andere Maßnahmen, nämlich solche, die sich mit der Fälschungssicherheit von Dokumenten befassen, besser geeignet. Bei der Prüfung der Grundlagen für ein solches Gesetz ist vor allem zu beachten, dass in unserer Verfassung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit festgeschrieben ist. Dies bedeutet, dass nur auf der Basis konkreter Untersuchungsergebnisse Maßnahmen, die belastenden Charakter für den Bürger haben, gesetzlich vorgeschrieben werden können. Dieses gesetzliche Übermaßverbot war bereits mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes. Wenn man die Ergebnisse der großen Studie aus den USA heranzieht, dann wird man festhalten müssen, dass wir gegenwärtig keine statistischen Grundlagen besitzen, die anlassunabhängige Wiederholungsuntersuchungen auf gesundheitliche Eignung für die Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr in 5-Jahresabständen generell bei über 65-Jährigen verhältnismäßig erscheinen ließen. Bei über 85-Jährigen ist der präventive Effekt, den die Auflage einer persönlichen Abholung des erneuerten Führerscheins bei der Behörde hat, offenbar belegt. Berücksichtigt man, dass die mittlere Lebenserwartung in Deutschland sowohl für Männer wie auch Frauen gar nicht das 85. Lebensjahr erreicht, dann muss man schon wieder fragen, ob es überhaupt angebracht ist, für diese Altersgruppe eine Spezialregelung zu treffen.

Viel wichtiger erscheint mir, dass man sich von Staats wegen, aber auch von Seiten der großen Verbände und Vereine Gedanken macht, wel-

che präventiven Hilfen für ältere Kraftfahrer in Betracht kommen, um das Risiko einer Unfallverursachung im motorisierten Straßenverkehr herabzusetzen. Natürlich existieren bereits vielfältige Vorschläge, wie solche Risiken vermindert werden können. In erster Linie ist dabei an technische Entwicklungen zu denken, die der Fahrerassistenz und der Fahrerinformation dienen. Es würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen, diese Möglichkeiten jetzt im Einzelnen abzuhandeln. Aus medizinischer Sicht liegt ein weiterer Schwerpunkt bei der ärztlichen Information und der Verabreichung von Medikamenten bei älteren Kraftfahrern. Hier ist nach meiner Meinung noch ein ganz erhebliches Defizit. Außer in der Weiterbildungsordnung zum Facharzt für Rechtsmedizin und Arbeitsmedizin existieren in keinem medizinischen Fach Vorschriften, die eine Beschäftigung mit Verkehrsmedizin verlangen. Entsprechend kennen auch die wenigsten Ärzte die medizinischen Vorgaben in der Fahrerlaubnisverordnung, d.h., sie sprechen mit ihren Patienten nicht darüber, wie lange nach einem durchgemachten Herzinfarkt ein Patient sich nicht ans Steuer setzen sollte und welche Auswirkungen ein insulinpflichtiger Diabetes mellitus auf die generelle Fahrtauglichkeit hat. Das größte Defizit sehe ich allerdings bei der Aufklärung von Patienten über die Auswirkungen von Medikamenten auf die Fahrtüchtigkeit. Zwar wird generell auf den Beipackzettel verwiesen, in dem die Hersteller die Auswirkungen auf die Verkehrstüchtigkeit angeben. Meist sind diese Hinweise aber so kurz und allgemein – z.B. mit dem Satz: das Medikament kann die Reaktion beeinflussen – dass der Patient weder die Ernsthaftigkeit noch das Ausmaß der verkehrsmedizinischen Nebenwirkungen richtig einschätzen kann.

Dass das Problem der Auswirkung von Medikamenten auf die Fahrtauglichkeit im Alter eine besondere Dimension erreicht, ergibt sich bereits aus folgenden Zahlen: Die Versicherten mit einem Lebensalter ab 60 Jahren stellen 26 % der Gesamtbevölkerung dar. Nach dem Arzneimittelverordnungsreport verbrauchte diese Bevölkerungsgruppe im Jahre 2002 allerdings rund 55 % des gesamten Fertigarzneimittelumsatzes der gesetzlichen Krankenversicherungen, also mehr als das Doppelte des Bevölkerungsanteils. Im Schnitt nehmen Patienten jenseits von 60 Jahren heute 2,7 Medikamente pro Tag ein. Was dabei häufig völlig außer Betracht bleibt, ist die Gefahr von sog. Arzneimittelinteraktionen, worunter man die gegenseitige Beeinflussung verschiedener Medikamente versteht. Obwohl solche Interaktionen schwere Auswirkungen auf Vitalfunktionen der Patienten haben können, ja zum Tod führen können, ist das Wissen um diese Interaktionen bei den Ärzten selbst viel zu gering. Die primäre Forderung muss also dahin gehen, dass die Ärzte selbst mehr über die gegenseitigen Wirkungen von Medikamenten im Sinne von Interaktionen und dann über

deren Auswirkungen auf die Fahrtauglichkeit lernen. Solange ärztliches Engagement für Prävention im Rahmen der Verkehrstauglichkeit allerdings nicht honoriert wird und in der Weiterbildungsordnung der großen Facharztgruppen, die die hausärztliche Versorgung der Bevölkerung im Wesentlichen tragen, nämlich bei den Internisten und den Ärzten für Allgemeinmedizin, keine Verpflichtung zur Ausbildung in verkehrsmedizinischen Fragen festgeschrieben ist, wird man keine wesentliche Besserung der Patienteninformation auf diesem Sektor erwarten können.

Aber nicht nur bei den Auswirkungen von Medikamenten auf die Fahrtauglichkeit ist die Aufklärung durch den behandelnden Arzt gefragt: Anlass für die Medikamenteneinnahme sind ja die Erkrankungen, die sich bekanntermaßen mit zunehmendem Alter gehäuft einstellen. Und es sind vor allem zwei Bereiche, die sich obligatorisch mit zunehmendem Alter negativ verändern, nämlich das Seh- und das Hörvermögen. Beim Sehvermögen sind es speziell die Tagessehschärfe, das Dämmerungssehvermögen und die Blendempfindlichkeit, die sich verschlechtern bzw. verschlimmern, während z.B. das räumliche Sehvermögen und das Farbsehen wenig betroffen sind. Wichtig ist dagegen auch die Einengung des Sehfeldes, die, ebenso wie die genannten anderen Schwerpunkte altersbedingter Störungen des Sehvermögens, sich schleichend vollzieht. Deswegen muss über diese Gefahren aufgeklärt werden, zwar primär durch den Arzt, aber auch durch Information in den Medien und durch Verbände, wie z.B. den ADAC, der dies über knapp gehaltene, gut verständliche Broschüren versucht. Dies gilt in gleicher Weise für das Gehör, obwohl diese Sinnesleistung im Straßenverkehr nicht die Bedeutung hat wie das Sehvermögen. Als weitere verkehrsmedizinische Schwachpunkte bei älteren Kraftfahrern sind neurologische Störungen ganz allgemein zu nennen und hier vor allem Störungen des Gleichgewichts, meist zurückzuführen auf das Auftreten von Schwindel und das Einsetzen von progredienter Demenz. Schließlich dürfen die Bewegungsbehinderungen im Alter, die z.B. eine Erschwerung der Drehbewegungen des Kopfes und des ganzen Körpers mit sich bringen, und die Herz-Kreislaufkrankungen nicht bagatellisiert werden. All dies wird normalerweise in der hausärztlichen Praxis vom behandelnden Arzt im Hinblick auf mögliche Beeinflussungen der Fahrtauglichkeit nicht angesprochen, schon weil er fürchtet, dass er sich den Unmut seines älteren Patienten zuziehen könnte, der solche Diskussionen gar nicht haben will. Hier muss von Seiten der Ärzteschaft in Verbindung mit den Krankenversicherungen sicher einiges verbessert werden.

Wesentliche Hilfen kann man auch von technischer Seite erwarten. Da die typischen Leistungsdefizite älterer Fahrer bekannt sind, nämlich ver-

zögerte Wahrnehmung und Reaktion und ein schlechteres Bewältigen paralleler Aufgaben, sind auch die Ziele technischer Hilfen klar umrissen: Es soll die allgemeine Orientierung im Straßenraum verbessert werden, Kreuzungssituationen sollen leichter zu bewältigen sein und die allgemeine Spurhaltung, besonders in Kurven, soll stabilisiert werden. Diesem Ziel dienen Fahrerassistenzsysteme, Leit- und Informationssysteme und Systeme zur Fahrumgebungserfassung. Es würde im Rahmen dieses Vortrags zu weit führen, Details der verschiedenen Systeme darzustellen. Beispielhaft will ich nur den Einbau eines Navigationssystems, den des ACC, Abkürzung für Active Cruise Control, als Regelung des Abstandes zum Vordermann oder des Systems Heading Control als Hilfe zur Spurhaltung quer zur Fahrtrichtung nennen. Die Diskussion, ob spezielle Seniorenautos entwickelt werden sollen und sich auf dem Markt durchsetzen können, ist sicher noch offen und wir werden erleben, was die Zukunft bringt.

Gestärkt werden muss vor allem auch das Problembewusstsein älterer Fahrer und die Bereitschaft, sich freiwilligen Kontrollen zu unterziehen, ohne dass das Ergebnis gleich behördliche Maßnahmen nach sich zieht. Beispielhaft seien hier das ADAC-Programm für Senioren, „Fit und mobil“, genannt, wie auch die Kraftfahrerinformation „Älter werden, sicher fahren“. Kraftfahrzeugversicherer könnten einen Anreiz zu freiwilligen Untersuchungen z.B. des Seh- und Hörvermögens über die Höhe der Beiträge schaffen.

Zusammenfassend und abschließend möchte ich das Ergebnis meiner Ausführungen folgendermaßen zusammenfassen:

Vor dem Hintergrund des Übermaßverbotes ergeben sich aus der Statistik keine zwingenden Folgerungen nach Einführung einer gesetzlich vorgeschriebenen, generellen „Gesundheitsüberprüfung“ für ältere Kraftfahrer. Die Statistik über die Hauptverursacher von Verkehrsunfällen im höheren Lebensalter zeigt, dass sehr wohl bei den älteren Kraftfahrern nochmals Unterteilungen bei den betroffenen Alterskategorien gemacht werden müssen. Erst jenseits des 75. Lebensjahres nimmt die Zahl der Unfallverursacher so bemerkenswert zu, dass hier von einer statistischen Risikoerhöhung ausgegangen werden kann.

Es ist sehr kritisch zu diskutieren, ob und – wenn ja – welche Untersuchungen geeignet sind, ein spezifisches Risiko eines Kraftfahrers jenseits des 75. Lebensjahres eindeutig zu erkennen.

Die Untersuchungen aus den USA belegen jedenfalls, dass routinemäßige Seh- und Fahrtests und kürzere Fristen für die Wiedererneuerung

des Führerscheins keinen Einfluss auf tödliche Verkehrsunfälle älterer Kraftfahrer hatten gegenüber der reinen Einrichtung des persönlichen Erscheinens bei der Wiedererneuerung des Führerscheins im Abstand von 4 Jahren. Und auch letztere brachte nur eine eindeutige Reduzierung der tödlichen Verkehrsunfälle bei über 85-Jährigen.

Auch wenn im Augenblick die Intentionen, bei der 3. EU-Führerscheinnovelle regelmäßige Gesundheitsüberprüfungen für ältere Kraftfahrer für alle Mitgliedsstaaten zur Pflicht zu machen, offenbar aufgegeben wurden, wird man davon ausgehen müssen, dass solche Pläne nicht völlig ad acta gelegt werden, zumal einzelne Mitgliedsstaaten, wie Dänemark und Irland, ab dem 70. Lebensjahr in regelmäßigen Abständen ärztliche Atteste über die Fahrtauglichkeit verlangen. Es muss in Deutschland gelingen, sowohl durch Initiativen bei der verkehrsmedizinischen Prävention wie bei technischen Assistenzsystemen und durch Information eine Situation zu schaffen, die spezifischen Gefahren, die von älteren Kraftfahrern im Straßenverkehr ausgehen können, entgegenwirkt. Wenn die Verkehrsunfallstatistik dann belegbare Erfolge verzeichnet, wird es leicht sein, entsprechenden Forderungen in der Zukunft zu begegnen.

Europäische Führerscheinreform

Ulrich Klaus Becker, Rechtsanwalt, Schleswig

Dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 21.10.2003 – Aktenzeichen: 2003/0252 (COD) – für eine Richtlinie EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Führerschein liegen zwei Leitgedanken zugrunde:

1. die Freizügigkeit für Gemeinschaftsbürger,
2. der Beitrag zur Verbesserung der Verkehrssicherheit.

Ich werde mich daher schwerpunktmäßig mit diesen Aspekten befassen und

3. mit dem Urteil des EuGH vom 29.4.2004 -C 476/01,
- in dem es um die Anerkennung von EU-Führerscheinen geht.

1. Freizügigkeit

Nach dem deutschen Fahrerlaubnisrecht (§ 1 FeV) ist jeder zum Verkehr auf öffentlichen Straßen zugelassen, soweit nicht für die Zulassung zu einzelnen Verkehrsarten eine Erlaubnis vorgeschrieben ist. § 1 postuliert den Grundsatz der freien Verkehrsteilnahme als grundgesetzlich geschütztem Handlungs- und Gestaltungsrahmen für den Einzelnen. Ausgehend von diesem Begriff der Freizügigkeit verwundert, dass Ausgangspunkt für die Überlegung der EU als tragender Aspekt der Reform der Schutz vor Betrug angesehen wird.

Insofern bestehen sicherlich keine Bedenken, dass die Ausstellung von Führerscheinen auf Papier europaweit nicht mehr zulässig ist (in Deutschland bereits seit dem 01.01.1999 in Form der Plastikkarte verwirklicht). Die Forderung, einen Mikrochip auf dem Führerschein einzuführen, verletzt datenschutzrechtliche Rechte des Einzelnen. Dabei hilft auch nicht die im amtlichen Entwurf abgegebene (Schein-)Begründung, ein solcher Chip gewährleiste gleichzeitig den Schutz der die Bürger betreffenden Daten und Angaben. Die mögliche auf eine Chipkarte „auftragbare“ Datenmenge ist faktisch nicht zu begrenzen und zu überprüfen. Wenn nur – so der Entwurf – die auch auf dem Führerschein lesbaren Daten enthalten sein sollen, gibt es für einen Chip keine nachhaltige Begründung.

Es sei denn – und insoweit sind die tatsächlichen Gründe für die Einführung eines Mikrochips aus dem Entwurf der Stellungnahme des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für den Ausschuss für Regionalpolitik, Verkehr und Fremdenverkehr zu dem vorgenannten Entwurf vom 05.02.2004, verfasst von Enrico Ferri, bezeichnend. Dort heißt es in der Begründung:

„Allerdings wird es als sinnvoll angesehen, dass dieser Mikrochip nicht nur die gleichen Daten wie auf der Plastikkarte enthält, sondern auch andere relevante Daten zum Profil des Führerscheininhabers.“

Der Hinweis auf den Terrorangriff am 11. September 2001 durchzieht den Entwurf und die Stellungnahme hierzu. Dass die Attentäter Ausweise hatten, wird nicht erwähnt, und begründet jedenfalls keine allgemeine Rechtfertigung, über fälschungssichere Führerscheine hinaus weitere technische Möglichkeiten der Kontrolle einzuführen. Denn Freizügigkeit liegt vor, wenn ein vernünftiger, gesetzestreuer EU-Bürger durchs Leben geht, ohne die Existenz des Staates zu spüren – nicht umgekehrt.

Relevante Daten über die Anzahl der vermuteten Fälschungen sowie insbesondere Statistiken über volkswirtschaftliche Verluste durch das von der EU lediglich vermutete Betrugspotenzial liegen nicht vor. Dass Fälschungen vorkommen, ist sicherlich eine Tatsache. Eine Kosten-Nutzen-Analyse bezogen auf die Millionenbeträge, die erforderlich sind, um den „neuen“ Führerschein einzuführen, gibt es nicht.

Darüber hinaus würde die Einführung eines zeitlich befristeten Führerscheines über viele Jahre, wenn nicht Jahrzehnte zu einer Zweiklassengesellschaft von Führerscheininhabern führen. Die Richtlinie stellt heraus, und dies hat auch Verfassungsrang, dass die Richtlinie für die Führerscheine gilt, die ab dem Inkrafttreten der Richtlinie ausgestellt werden. Dies bedeutet, dass die Richtlinie einerseits gilt für die erstmals ausgestellte Fahrberechtigung wie auch in den Fällen der Neuerteilung nach vorausgegangener Entziehung und ggf. Ablauf einer Sperrfrist. Gleiches soll für den Fall eines Diebstahls oder des Verlustes des Führerscheins gelten. Ebenso soll derjenige einer Befristung unterworfen werden, der nach vorausgegangenem Besitz der Klassen A und B eine Fahrberechtigung nach Klasse C und D erhält. Damit würde faktisch jeder, der im Besitz einer für ihn günstigen „Altfahrerlaubnis“ ist, solange wie irgend möglich seine „Altfahrerlaubnis“ behalten, um für sich eine Schlechterstellung zu vermeiden. Bei derzeit über 200 Millionen Führerscheininhabern dürfte das Ziel der so genannten Reform, kurzfristig eine Betrugsvermeidung zu erreichen, nicht umsetzbar sein. Unter dem Aspekt der Freizügigkeit, nämlich der Geltung gleicher Fahrerlaubnisse in allen EU-Staaten, ist dieses Ziel nicht einmal innerhalb überschaubarer Zeiträume erreichbar.

Wenn dann die Verkehrsminister der 25 EU-Staaten am 7.10.2004 eine Einigung dahingehend erzielt haben, dass alle 10 Jahre die Lichtbilder zu erneuern sind, damit die Inhaber den Fotos auf dem Dokument auch ähnlich sehen, dies wiederum nur für neue Fahrerlaubnisse gelten soll, zeigt sich, welcher - unnötiger - Aufwand betrieben wird, es sei denn, dieser Beschluss ist ein erster Beschluss in Richtung materiellrechtlicher Überprüfungsmöglichkeiten. Wenn Verkehrsminister Manfred Stolpe erklärt hat, nach dem Beschluss vom 7.10.2004, ich zitiere:

„Es gibt weder einen Umtausch noch eine Befristung. Regelmäßige Gesundheitsprüfungen und Altersgrenzen sind bei den Luxemburger Verhandlungen verhindert worden. In Deutschland hätten wir durch das KBA in Flensburg einen Überblick darüber, wer auffällig wird“,

so dürfen Zweifel angebracht sein, ob diesem ersten Schritt nicht weitere Schritte folgen.

Im Hinblick auf das, was zu erwarten ist, ist daher zu thematisieren, ob eine Befristung einen Beitrag zur Verbesserung der Verkehrssicherheit darstellen kann.

2. Beitrag zur Verbesserung der Verkehrssicherheit?

Ich habe im Rahmen der Erörterung zur Freizügigkeit die Befristung der Führerscheine nur am Rande problematisiert, da die Frage der zehnjährigen Befristung bzw. fünfjährigen Befristung ab dem 65. Lebensjahr aus meiner Sicht eine Frage materiell-rechtlicher Inhalte ist. Warum ältere Kraftfahrer alle fünf Jahre ihren Führerschein tauschen sollen, kann jedenfalls nicht mit einem höheren Betrugspotential begründet werden.

Unstrittig ist, dass die Verkehrssicherheit zu erhöhen ist. Eignungszweifel werden bei dem Antrag auf Erteilung der Fahrerlaubnis geprüft und ausgeräumt. Grundlage nach deutschem Recht ist hierfür § 2 FeV, der für die Beurteilung der Fahreignung u. a. auf das Gutachten „Krankheit und Kraftverkehr“ des Gemeinsamen Beirats für Verkehrsmedizin beim Bundesminister für Verkehr und beim Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, erschienen in der Schriftenreihe des BMV, Heft 73/1996, verweist. Zu unterstützen sind selbstverständlich Bestrebungen, die Fahreignung beim Ersterwerb der Fahrerlaubnis (Stichwort: zweistufige Fahrausbildung und andere Modelle, Verbesserung der Fahrlehrerausbildung) zu erhöhen und ungeeignete Personen vom Erwerb der Fahrerlaubnis auszuschließen oder durch einschränkende bzw. unterstützende Maßnahmen Personen, die die Fahrerlaubnis anstreben, den Erwerb der Fahrerlaubnis auch zu ermöglichen.

Die Möglichkeit, nach zehn Jahren oder fünf Jahren ärztliche Untersuchungen anzuordnen, verletzt den Gleichheitsgrundsatz. Eine starre Altersregelung – hier 65 Jahre – hat keinen sachlichen Grund. Unfalldaten, die es rechtfertigten, an dieses Alter einen anderen Maßstab anzulegen, gibt es nicht. Jedenfalls ist eine starre Altersregelung nicht zwingend nachvollziehbar. Verletzt würde der Gleichheitsgrundsatz auch deshalb, weil nach dem Richtlinienentwurf vorerst keine gemeinschaftliche Verpflichtung für ärztliche Untersuchungen angeordnet werden soll. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 29.04.2004 zum Aktenzeichen – C-476/01 – darf ein Mitgliedsstaat einem von einem anderen Mitgliedsstaat ausgestellten Führerschein nicht deshalb die Anerkennung versagen, weil nach den ihm vorliegenden Informationen der Führerscheininhaber zum Zeitpunkt der Ausstellung des Führerscheines seinen ordentlichen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaates und nicht im Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedsstaates gehabt hat. Dieser Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Führerscheine verbietet es dem einen Mitgliedsstaat, bei einer in seinem Hoheitsgebiet vorgenommenen Straßenverkehrskontrolle die Anerkennung eines von einem anderen Mitgliedsstaat ausgestellten Führerscheins mit der Begründung zu verweigern, der Inhaber habe zum Zeitpunkt des Erwerbs seinen ordentlichen Wohnsitz nicht im Ausstellerstaat gehabt.

Übertragen auf die 3. Führerscheinrichtlinie bedeutet dies, dass unterschiedliche einzelstaatliche Regelungen, bezogen auf ärztliche Untersuchungen und einzelstaatliche, daraus resultierende Einschränkungen, nur insoweit wirksam sind, als jeder EU-Staat auch das weniger strenge Recht des anderen EU-Staates akzeptieren muss. Dies soll sogar gelten, wenn beispielsweise durch ein deutsches Gericht eine Sperrfrist verhängt wurde. In diesem Fall können deutsche Behörden einen Führerscheininhaber nicht auf unbestimmte Zeit die Anerkennung der Gültigkeit eines im Ausland erworbenen Führerscheines versagen, wenn zum Zeitpunkt des Erwerbs eine in Deutschland verhängte Sperrfrist bereits abgelaufen war.

Hieraus allerdings abzuleiten, dass alle EU-Staaten medizinische oder, wie im Entwurf einer Stellungnahme sogar gefordert, psychologische Untersuchungen durchzuführen haben, wäre die falsche Schlussfolgerung. Bezogen auf die medizinischen – und psychologischen – Aspekte ist auf die Ausführungen von Eisenmenger zu verweisen. Der aus dem Grundgesetz abgeleitete Grundsatz, wie er in § 1 FeV formuliert ist, wonach jeder zum Verkehr auf öffentlichen Straßen zugelassen ist, gilt auch für den, der rechtmäßig eine Fahrerlaubnis erworben hat. In seinen Besitzstand darf nur eingegriffen werden, wenn konkrete Zweifel an der (zwischenzeitlich eingetretenen) gänzlichen oder teilweisen Fahrtauglichkeit aufgetreten sind.

Nicht ohne Not, sondern aufgrund verfassungsrechtlicher Grundlagen, regelt § 11 Abs. 6 FeV, dass bei der Überprüfung der Fahrreignung die Fahrerlaubnisbehörde unter Berücksichtigung des Einzelfalles prüfen muss, welche Eignungsfragen zu klären sind. Eine generalisierende Betrachtung trägt die Rechtsprechung nicht. Auch dieser mit Verfassungsrang ausgestaltete Grundsatz des Übermaßverbotes würde durch die Einführung einer generellen Eignungsprüfung verletzt. Dass ganz offensichtlich auch deutlich vordergründige Absichten bestehen, von einer auf Lebenszeit erworbenen Fahrerlaubnis hin zu einer nur zeitlich befristeten Fahrerlaubnis zu kommen, bestätigt sich aus dem Entwurf der Stellungnahme vom 05. Februar 2004 des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt, in dem als Änderungsantrag 2 Folgendes formuliert ist:

„Die Mitgliedstaaten müssen ärztliche und psychologische Untersuchungen vorschreiben, um die Einhaltung der Mindestanforderungen an die körperliche und geistige Eignung zum Führen eines Kraftfahrzeuges zu gewährleisten. Aus Gründen der Transparenz müssen diese Zeitabstände also mit der Erneuerung des Führerscheins zusammenfallen, wenn eine medizinisch-psychologische Untersuchung vorgeschrieben ist, und sich demnach nach der Gültigkeitsdauer des Führerscheines bemessen.“

Im Änderungsantrag 3 heißt es weiter:

„Die Einhaltung der Anforderungen an die körperliche und geistige Eignung zum Führen eines Kraftfahrzeuges durch Fahrer von Fahrzeugen bestimmter Klassen zur Personen- oder Güterbeförderung muss im Rahmen einer medizinisch-psychologischen Untersuchung zum Zeitpunkt der Ausstellung des Führerscheins und danach in regelmäßigen Abständen überprüft werden, gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften. Die Zeitabstände dieser medizinisch-psychologischen Untersuchungen müssen als Beitrag dienen zur Verwirklichung der Freizügigkeit der Personen, zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung und zur Feststellung der Haftung von Fahrern, die in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren auch in einem anderen Mitgliedstaat als dem Staat, in dem der Führerschein ausgestellt worden ist, verwickelt sind. Die medizinisch-psychologischen Prüfungen müssen von den Staaten nicht nur bei der Erstaussstellung oder der in regelmäßigen Abständen vorgenommenen Verlängerung des Führerscheines, sondern auch in dem Fall durchgeführt werden, dass der Fahrer, verschuldet oder nicht verschuldet in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt ist, damit sein körperlich-geistiger Zustand nach diesem Ereignis festgestellt werden kann, unabhängig von der Tatsache, dass mit diesem Ereignis der Entzug des Führerscheins verbunden ist oder nicht.“

Hier zeigt sich also die Tendenz: Es soll vom Anlass unabhängig, allein aufgrund der Befristung, eine weder medizinisch generell erforderliche, geschweige denn psychologisch begründbare Eignungsprüfung eingeführt werden. Diese würde zudem über das hinausgehen, was heute bei der Ersterteilung der Fahrerlaubnis gefordert wird. Nicht konkrete Eignungszweifel sind Anlass für medizinische oder psychologische Untersuchungen, sondern allein der Fristablauf. Berücksichtigt man, dass jeder Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt, lässt sich eine generalisierende medizinische geschweige denn psychologische Begutachtung verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Ich hatte erwähnt, dass der Mikrochip unter Berücksichtigung des Entwurfes der EU-Kommission nur die Daten enthalten sollte, die auch auf dem Führerschein zu lesen sind, und insoweit die Auffassung vertreten, dass für eine solche Maßnahme ein nachvollziehbarer Tatbestand nicht vorliegt. Dass mit dem Mikrochip eben auch andere Daten aufgenommen und verwertet werden sollen, ergibt sich aus dem bereits erwähnten Entwurf einer Stellungnahme zu dem Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Führerschein des Herrn Ferri vom 05.02.2004, in dem es heißt:

„Zu diesem Zweck (nämlich Einführung von medizinisch-psychologischen Prüfungen – d.U.) sollten die Mitgliedsstaaten gemäß den geltenden Gemeinschaftsvorschriften zum Datenschutz eine Datenbank einrichten, die Informationen über das Ergebnis der medizinisch-psychologischen Untersuchungen enthält, damit auch in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem der Führerschein ausgestellt worden ist, der Besitz der körperlich-geistigen Eignung des Fahrers in jeder Situation beurteilt werden kann. ... Der Mikroprozessor enthält die Angaben auf dem Führerschein sowie die wichtigsten verwaltungsrechtlichen Informationen sowie etwaige Strafmaßnahmen in Form des Entzugs und / oder der Aufhebung des Führerscheins. Der Führerschein kann keine andere Aufgaben als die unmittelbar damit verbundenen haben.“

Ich denke, dieses Zitat spricht für sich. Welche mit dem Führerschein zusammenhängenden Daten aufgenommen werden, unterliegt damit letztendlich keiner inhaltlichen, geschweige denn einer in den EU-Staaten gemeinschaftlich abgestimmten Regelung.

Welche Folgen ein nach den Buchstaben des Gesetzes einheitliches Fahrerlaubnisrecht hat, sei es nun mit 10-jähriger oder 5-jähriger Befristung im Hinblick auf die Praxisanwendung, wird verdeutlicht durch das EuGH-Urteil vom 29.4.2004.

3. EuGH-Urteil vom 29.4.2004, Az. C 476/01

Gegenseitige Anerkennung von Führerscheinen oder welche Auswirkungen hat die Entscheidung auf die Praxis oder welche Wertigkeit hat die Fahrerlaubnis überhaupt noch.

Sie alle kennen Hinweise nicht zuletzt im Internet, beispielsweise unter www.euro-fuehrerschein.com, wo es heißt:

„Herzlich willkommen bei Euro-Führerschein.com!

Hier finden Sie wichtige Infos rund um den Euro-Führerschein und ein konkretes Seriöses Angebot, den EU-Führerschein innerhalb von 14 Tagen preiswert zu erwerben. Setzen Sie sich einfach mit uns in Verbindung. Unser Angebot wird übrigens von www.mpu-idiotentest.com empfohlen. Um unnötige Fragen zu vermeiden, lesen Sie bitte auch den FaQ Bereich.

Pkw Führerschein Preis 1.750,00 €.

Weitere besonders günstige Angebote gibt es auch mit der Verbindung von Urlaubspaß und Führerschein.“

Derartige Angebote finden Sie zu hauf. Gab es sie früher in Bezug auf MPU-Untersuchungen, setzt sich ein Anbietermarkt jetzt auch großflächig für scheinbare Interessen der Führerscheininhaber ein. Also braucht kein Alkoholtäter, kein Wiederholungstäter mehr Angst vor der in Deutschland obligatorischen MPU ab 1,6 ‰ oder bei anderen bestimmten Vorverurteilungen haben?

Ist es perspektivisch beängstigend, wenn Führerscheine, im Ausland nach den Regeln des dortigen Fahrerlaubnisrechts erworben, in Deutschland anzuerkennen sind?

Dabei besteht zunächst die Gefahr, dass jedem, der das deutsche Fahrerlaubnisrecht, insbesondere das Eignungsrecht hoch hält, nationale Überheblichkeit entgegengehalten werden kann.

Haben die Deutschen etwa das bessere Fahrerlaubnisrecht? Die Frankfurter Allgemeine titelte am 2.10.2004:

„Ohne Auto nach Polen, mit Führerschein zurück“.

Ich will mir ersparen, an frühere Zeiten zu erinnern, wo dieser Satz wohl eher in der Umkehrung zutreffend war.

Welche Probleme haben sich durch die Entscheidung des EuGH aufgetan? Hierzu zunächst vorangestellt die Leitsätze:

1. Artikel 1, Abs. 2 in Verb. mit Artikel 7, Abs. 1 b und Artikel 9 der Richtlinie 91/439/EWG des Rates vom 29.7.1991 über den Führerschein der Fassung der Richtlinie 97/26/EG des Rates vom 2.7.1997 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat einem von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerschein die Anerkennung nicht deshalb versagen darf, weil nach den ihm vorliegenden Informationen der Führerscheininhaber zum Zeitpunkt der Ausstellung des Führerscheines seinen ordentlichen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates und nicht im Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaates gehabt hat.
2. Artikel 1, Abs. 2 in Verb. mit Artikel 8, Abs. 4 der Richtlinie 91/439 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat die Anerkennung der Gültigkeit eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins nicht deshalb ablehnen darf, weil im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats auf den Inhaber des Führerscheins eine Maßnahme des Entzuges oder der Aufhebung einer von diesem Staat erteilten Fahrerlaubnis angewendet wurde, wenn die zusammen mit der Maßnahme angeordnete Sperrfrist für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis in diesem Mitgliedstaat abgelaufen war, bevor der Führerschein von dem anderen Mitgliedstaat ausgestellt worden ist.

Mit anderen Worten: Führerscheine sind also trotz Verletzung des Wohnsitzprinzips grundsätzlich anzuerkennen. Erlangt zum Beispiel die Polizei im Rahmen von Verkehrskontrollen Kenntnis, dass ein Fahrerlaubnisinhaber unter Umgehung des Wohnsitzprinzips im europäischen Ausland einen Führerschein erworben hat, stellt das Fahren unter Verwendung dieses Führerscheines keinen Verstoß gegen § 21 StVG, also kein Fahren ohne Fahrerlaubnis, dar.

Zwar ist damit nicht das „Wohnsitzerfordernis“ aufgegeben worden. Die Behörden des ausstellenden Staates hätten also zu prüfen, ob der Führerscheinaspirant seinen ordentlichen Wohnsitz tatsächlich für mindestens 185 Tage im Ausstellerstaat hatte. Wenn dies jedoch nicht geschieht und dennoch eine Fahrerlaubnis erteilt wird, sind die deutschen Behörden gehindert, jedenfalls aus diesem Grunde, den Führerschein einzuziehen. Sie würden gegen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen verstoßen.

Stellt sich daher letztendlich insoweit nur noch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Führerschein wieder entzogen oder aber eingeschränkt werden kann.

Der dabei offenbar in einigen Bundesländern erwogene Weg, ein Entziehungsverfahren gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 StVG in Verb. mit § 46 Abs. 1

und Abs. 5 FEV einzuleiten, also die Aberkennung des Rechtes von einer ausländischen Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen, dürfte eher als Umgehung des EuGH-Urteiles vom 29.4.2004 anzusehen sein.

Was also bliebe: Die Fahrerlaubnisbehörde könnte bei einer Verletzung des Wohnsitzprinzips beim Erwerb der Fahrerlaubnis über das Kraftfahrtbundesamt die Ausstellungsbehörde im Ausland um nochmalige Überprüfung des Wohnsitzerfordernisses und ggf. um Rücknahme der Fahrerlaubnis bitten. Ein Anspruch auf Durchsetzung besteht jedoch nicht.

Wenn der Ausstellungsstaat nicht die geeigneten Maßnahmen ergreift, kann die Bundesrepublik Deutschland diese Fälle der EU-Kommission mitteilen, die dann ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH einleiten kann nach Artikel 227 EGV wegen Verletzung von Gemeinschaftsrecht mit Sanktionen bei künftigen, gleich gelagerten Verletzungshandlungen nach § 228 Abs. 4 EGV. Ein solches Verfahren dauert jedoch Jahre und tangiert sicherlich wirklich konkret den Einzelfall nicht.

Auch hat die Deutsche Fahrerlaubnisbehörde nicht die Möglichkeit, die Einhaltung des Wohnsitzerfordernis im Rahmen der Registrierung des ausländischen Führerscheines zu überprüfen, da für den Nachweis der Beachtung des Wohnsitzerfordernisses auch hier wiederum nur die Vorlage des von einer ausländischen Behörde ausgestellten Führerscheines ausreichend und genügend ist, zudem entfällt die Registrierungspflicht im Rahmen der geplanten Änderung der Fahrerlaubnisverordnung zum 1.2.2005.

Insoweit hätte ich als Fazit wohl zu unterstreichen eine Aussage in dem bereits zitierten Artikel aus der Frankfurter Allgemeinen vom 2.10.2004 unter Hinweis auf das polnische Boulevard-Magazin „Fakt“, das wie folgt getitelt hat:

„Unser Führerschein ist nicht schlechter als der deutsche, nur günstiger.“

Die weiteren Folgerungen aus dem Urteil des EuGH sind dann aus meiner Sicht im Grunde genommen noch gravierender.

Wenn nach Ablauf der Sperrfrist der Führerschein im Ausland erworben wird, liegt selbstverständlich – hierauf hatte ich hingewiesen – kein Straftatbestand mehr vor. Allerdings ist die deutsche Fahrerlaubnisbehörde auch gehindert, eine medizinisch-psychologische Untersuchung anzuordnen, obwohl nach deutschem Fahrerlaubnisrecht beispielsweise bei Überschreiten der 1,6%-Grenze dies erforderlich gewesen wäre.

Zwar ist die deutsche Fahrerlaubnisbehörde in der Lage, dem Inhaber des ausländischen Führerscheines das Recht zur Benutzung innerhalb

der Bundesrepublik Deutschland abzuerkennen, wenn Eignungszweifel bestehen und beispielsweise diese gemäß § 2 Abs. 12 StVG durch einen Bericht der Polizei an die zuständige Fahrerlaubnisbehörde gemeldet wurden. Diese kann dann ggf. geeignete Maßnahmen zur Eignungsüberprüfung anordnen.

Insoweit wird die Auffassung vertreten, dass bei Nichtbestehen der Eignungsuntersuchung oder bei Verweigerung die Fahrerlaubnisbehörde das Recht hat, die ausländische Fahrerlaubnis, jedenfalls bezogen auf den Gebrauch im Inland, abzuerkennen durch Eintragung eines Sichtvermerkes in der Fahrerlaubnis oder Beschlagnahmung und Rücksendung der Fahrerlaubnis an den Ausstellerstaat.

Ob diese Auffassung jedoch tatsächlich vor dem Europäischen Gerichtshof Bestand hat, dürfte zweifelhaft sein.

In Ziffer 77 des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 29.4.2004 heißt es:

„...Wie der Generalanwalt in Nummer 75 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, wäre es die Negation des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung der Führerscheine selbst, der den Schlussstein des mit der Richtlinie 91/439 eingeführten Systems darstellt, wenn man einen Mitgliedstaat für berechtigt hielte, die Anerkennung eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins unter Berufung auf seine nationalen Vorschriften unbegrenzt zu verweigern...“

Der aufgezeigte Weg, bei Eignungsmangel die Fahrerlaubnis entziehen zu können, wenn im Ausland die Fahrerlaubnis – nach dort geltendem Recht – erworben wurde, dürfte also problematisch sein.

Insoweit wird der deutsche Gesetz- und Ordnungsgeber eher gezwungen werden, seine verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Führerscheinbestimmungen und Ausführungsbestimmungen der EuGH-Rechtsprechung anzupassen.

Dass aus meiner Sicht eine solche Entwicklung nicht der Verkehrssicherheit dient, ist für mich offensichtlich. Es scheint also doch das Motto, „Ohne Auto nach Polen, mit Führerschein zurück“, zu greifen, wobei ich den Hinweis auf Polen verallgemeinern muss.

Im Ergebnis dürfte die EuGH-Rechtsprechung darauf hinauslaufen, dass generell jeder im Ausland erworbene Führerschein anzuerkennen ist und den deutschen Behörden untersagt ist, diese Fahrerlaubnisse, sei es auch nur bezogen auf den nationalen Verkehrsraum, abzuerkennen.

Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie

Volker Schellhammer, Regierungsdirektor
Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, Hamburg

I. Einleitung

Mit den schrecklichen Ereignissen des 11.09.2001 mussten die USA akzeptieren, dass sie ein terroristischer Angriff auch im eigenen Land erleiden kann. Dies war – nicht nur, aber insbesondere für die USA – ein einzigartiger Vorgang, der zunächst einen Schock und Bestürzung auslöste, dann aber rasch auch zu Entschlossenheit und Tatkraft führte.

Um ähnliche Ereignisse zukünftig möglichst auszuschließen, kam man zu der Erkenntnis, dass nicht nur die Luftfahrt, sondern auch die Seeschifffahrt eines verbesserten Schutzes bedurfte, zumal es Beispiele für terroristische Aktionen bereits früher gegeben hatte („Achille Lauro“ im Oktober 1985, „USS Cole“ im Oktober 2000), die sich aber auch nach dem 11.09.01 fortsetzten (Tanker „Limburg“ im Oktober 2002). Vor diesem Hintergrund ergriffen die USA nicht nur nationale Gesetzgebungsmaßnahmen, sondern initiierten auch in der Weltschifffahrtsorganisation der UNO, der International Maritime Organization (IMO) eine Änderung des SOLAS-Übereinkommens.

Natürlich war von Anfang an klar, dass die Einbeziehung des Themas „security“ in das vom Thema „safety“ dominierte SOLAS-Übereinkommen ein Systembruch ist. Ebenso klar war allerdings, dass ein neues Übereinkommen einen zeitlichen Rahmen benötigt hätte, der etwa von den USA und anderen Staaten nicht akzeptiert worden wäre. So wurde das SOLAS-Regelwerk in einer für eine internationale Organisation sehr kurzen Zeit von nur einem Jahr um Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und Eigensicherung an Bord von Schiffen und bei Interaktionen Schiff/Schiff und Schiff/ Land erweitert.

II. Stand der rechtlichen Regelungen

1. Die IMO-Entschlüsse

Zunächst wurden mit Entschliebung 1 der Konferenz der Vertragsregierungen des SOLAS-Übereinkommens vom 12.12.2002 Änderungen der Anlage des SOLAS-Übereinkommens beschlossen, nämlich

- das Vorziehen der AIS (automatisches Schiffsidentifizierungssystem) – Ausrüstungspflicht für alle Schiffe in der Auslandsfahrt – um 4 Jahre, Kap. V, Regel 19;
- die Anbringung der Schiffsidentifikationsnummer am Schiff, Kap. XI-1, Regel 3;
- die Einführung einer lückenlosen Stammdatendokumentation (CSR), Kap. XI-1, Regel 5;
- und insbesondere die Einführung eines neuen Kapitels XI-2 mit dem Titel „Besondere Maßnahmen zur Erhöhung der Gefahrenabwehr in der Schifffahrt“.

Das neue Kapitel XI-2 enthält u.a. Regelungen über

- die Verpflichtung von Unternehmen und Schiffen zur Einhaltung des Teils A des ISPS-Codes (Regel 4);
- die Ausrüstung mit einem Alarmsystem zur Gefahrenabwehr (Regel 6);
- das Festlegen von Gefahrenstufen durch die Vertragsregierungen (Regel 7);
- sowie Kontrollmaßnahmen (Regel 9).

Gleichzeitig wurde mit EntschlieÙung 2 der ISPS-Code beschlossen, der sich in den verbindlichen Teil A und die Hinweise in Teil B gliedert. Teil A enthält u.a. Regelungen über

- den Anwendungsbereich (Fahrgastschiffe, Frachtschiffe über BRZ 499, jeweils in der Auslandsfahrt, bewegliche Offshore-Bohreinheiten), Ziff. 3.1;
- die Risikobewertung für das Schiff (verantwortlich CSO, Durchführung durch RSO zulässig), Ziff. 8;
- den Plan zur Gefahrenabwehr (Erstellung durch Unternehmen oder RSO, Prüfung und Genehmigung durch Verwaltung oder RSO, wenn RSO nicht zuvor Risikobewertung oder Plan zur Gefahrenabwehr erstellt hat), Ziff. 9;
- die Benennung eines CSO durch das Unternehmen, Ziff. 11;
- die Benennung eines SSO für jedes Schiff, Ziff. 12;
- die spezielle Ausbildung von CSO und SSO, Ziff. 13;
- die Überprüfung von Schiffen und die Zeugniserteilung an Schiffe (durch Verwaltung oder RSO), Ziff. 19.

Da sämtliche Änderungen bzw. Neuerungen zum 01.07.2004 in Kraft treten sollten, was im Klartext nichts anderes bedeutete, als dass die Änderungen zu diesem Zeitpunkt umgesetzt sein mussten, begann ein Wettlauf mit der Zeit. Von nun an herrschte die Macht des Faktischen, denn es bestand die Gefahr, dass die Seeschifffahrt als Motor des Welthandels gehörig ins Stocken geriet, wenn die Umsetzung der neuen Regelungen weltweit nicht zeitgerecht erfolgte. Unkenrufe gab es hierzu genug.

Die Verwaltungen mussten daher zunächst ohne Rechtsgrundlagen tätig werden. Ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu können, ist jedenfalls im Ergebnis festzustellen, dass die Umsetzung auch ohne rechtliche Grundlagen, mit denen die zuständigen Behörden hätten arbeiten können, so gut geklappt hat, dass der 01.07.2004 nahezu geräuschlos verstrich. Im Nachhinein könnte man sich – nicht ganz ernst gemeint – fast fragen, ob man dieses aus der Not geborene Verfahren nicht öfter anwenden sollte.

2. Die nationale Umsetzung

Aber zurück zu den Rechtsgrundlagen. Der nationale Gesetzgeber nahm mit dem Gesetz zur Änderung des SOLAS-Übereinkommens und des ISPS-Codes vom 22.12.2003 die IMO-Entschlüsse an, was jetzt auch formal zur Folge hatte, dass die Änderungen 6 Monate später für Deutschland in Kraft traten.

Kurz vor der eigentlichen „deadline“ am 01.07.2004 beschloss der Gesetzgeber das Gesetz zur Ausführung der vorgenommenen Änderungen des SOLAS-Übereinkommens und des ISPS-Codes vom 25.06.2004. Dieses enthält u.a. folgende Regelungen:

- Erweiterung der Bundeszuständigkeiten um schifffahrtsbezogene ISPS-Angelegenheiten (§ 1 Nr. 13 SeeAufgG);
- Übertragung der (grundsätzlichen) Zuständigkeit hierfür auf das BSH (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 b SeeAufgG);
- Zulässigkeit der Beauftragung von anerkannten Organisationen, RSO (§ 5 Abs. 2 S. 2 SeeAufgG);
- Verpflichtung zum Anbringen der Schiffsidentifikationsnummer (§ 9 a FIRG);
- Lückenlose Stammdatendokumentation, CSR (§ 13 FIRG);
- Übernahme der IMO-Entschlüsse als Schiffssicherheitsregelungen (SchSG).

Damit regelte der Gesetzgeber einen Teil dessen, was in der Praxis längst umgesetzt war, übrigens ohne Rückwirkung.

3. EU-Aktivitäten

Parallel zu diesen nationalen Gesetzgebungsaktivitäten war die EU tätig. Sie erließ am 31.03.2004 die Verordnung 725/2004 des europäischen Parlaments und des Rates zur Erhöhung der Gefahrenabwehr auf Schiffen und in Hafenanlagen. Diese Verordnung enthält u.a.

- die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anwendung der o.g. IMO-Entschlüsse (Art. 3 Abs. 1);
- die Ausweitung der IMO-Vorschriften auf Fahrgastschiffe im nationalen Seeverkehr ab 01.07.2005 (Art. 3 Abs. 2);
- die Verbindlicherklärung von Teilen des Teils B des ISPS-Codes (Art. 3 Abs. 5);
- die Einführung von Inspektionen zur Überwachung der Anwendung dieser Verordnung (d.h. der SOLAS-Änderungen und des ISPS-Codes) durch die Kommission (Art. 9);
- die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen für alle Mitarbeiter, die sicherheitsrelevante Inspektionen durchführen oder mit der Behandlung vertraulicher Informationen im Zusammenhang mit dieser Verordnung befasst sind.

Damit geht die EU über die IMO-Entschlüsse hinaus. Insbesondere die letzten beiden Punkte (Inspektionen und Sicherheitsüberprüfungen) könnten sich als erhebliche zusätzliche Belastungen für alle Beteiligten auswirken.

III. Probleme

Bis hierhin ist der bestehende Rechtszustand skizziert. Wie sieht es nun in der Praxis aus? Wie oben erwähnt, war der 01.07.2004 nicht die von manchen befürchtete Zäsur.

Die in der Auslandsfahrt eingesetzten Schiffe unter deutscher Flagge verfügten ganz überwiegend über genehmigte Pläne (SSP) und die erforderlichen Zeugnisse (ISSC, CSR).

Auch international war die Umsetzung offenbar erfolgreich, wie sich an den Ergebnissen der Überprüfungen der als besonders unnachgiebig gel-

tenden US Coast Guard erkennen lässt. In den ersten 5 Monaten nach Inkrafttreten der neuen Regelungen liefen 5237 Schiffe US-amerikanische Häfen an. Davon wurden 160 auf See und 4451 in den Häfen überprüft. Lediglich bei 85 Schiffen wurden Maßnahmen ergriffen, davon waren Schiffe unter deutscher Flagge nicht betroffen.

1. Schnittstelle Schiff/Hafen

Probleme entstehen hingegen an den Schnittstellen zu manchen Hafenanlagen, vor allem in afrikanischen und arabischen und Häfen der übrigen Mittelmeeranrainerstaaten. Teilweise liegen keine Risikobewertungen und Pläne zur Gefahrenabwehr in den Hafenanlagen vor, und auch die Umsetzung der Abwehrmaßnahmen in den einzelnen Hafenstaaten ist qualitativ sehr unterschiedlich.

Dies kann zu Problemen für die diese Häfen anlaufenden Schiffe führen, denn wenn sie eine nicht oder nicht hinreichend gesicherte Hafeneinrichtung anlaufen, müssen sie den Schutzbedarf selbständig leisten und können sich, z.B. bei den Zugangskontrollen, nicht auf die Arbeit der Hafeneinrichtungen im Vorfeld verlassen.

Vor dem Einlaufen muss in diesen Fällen eine Sicherheitsvereinbarung (Declaration of Security, DoS) zwischen dem Gefahrenabwehrbeauftragten an Bord und dem der Hafeneinrichtung abgestimmt und gezeichnet werden. Hierdurch kann dann in den im Folgenden angelaufenen Häfen nachgewiesen werden, dass das Schiff die Eigensicherungsmaßnahmen auf seiner Reise konsequent durchgeführt hat.

2. Kontrollmaßnahmen

Schwierigkeiten gibt es auch immer wieder im Hinblick auf die Durchführung von Kontrollmaßnahmen (SOLAS Kap. XI-2 Regel 9). Vor dem Einlaufen fordert der Hafenstaat vom Schiff alle Angaben zur Gefahrenabwehr, die er für erforderlich hält.

Hier wird in den einzelnen Vertragsstaaten sehr unterschiedlich verfahren. Die Angaben werden zwischen 24 und 96 Stunden vor dem Einlaufen verlangt und sind auch inhaltlich recht unterschiedlich. Zum Teil werden nur wenige Angaben verlangt, zum Teil sehr ausführliche, z.B. über gefährliche Ladung oder auch vollständige Passagierlisten.

Besonders gravierend sind die Probleme beim Zugang an Bord. Eine Vielzahl von Menschen geht mit unterschiedlicher Absicht in jedem Hafen an oder von Bord. Das beginnt mit Lotsen und Behördenvertretern, geht

über Reparaturtrupps, Stauer und Lascher bis hin zu Seelsorgern und natürlich Besatzungsmitgliedern.

Die Gefahrenabwehrpläne sehen vor, alle Besucher einer Identifikationsüberprüfung zu unterziehen. Dies gilt auch für Offizielle. Diese sollen (ISPS-Code Teil B 4.18) bzw. müssen (EU-VO Art. 3 Abs. 5) entsprechende Ausweisdokumente haben, was aber noch lange nicht in allen Hafestaaten gegeben ist. Auch wird man bei einem Polizisten kein Verständnis dafür finden, wenn er seine Waffe während des Bordaufenthalts abgeben soll. Mancher Behördenvertreter mag sich über diese Überprüfungen geärgert haben und hat mit unverhältnismäßig scharfen Kontrollen und Auflagen reagiert.

3. Sonstiges

Schließlich ist uns allen bewusst, dass sich viele Seeleute diskriminiert und unter Generalverdacht gestellt sehen. Das kann niemanden, der mit der Seeschifffahrt zu tun hat, kalt lassen. Wir können nicht beklagen, dass der seemännische Nachwuchs fehlt, während gleichzeitig der Beruf zunehmend unattraktiver wird. Bei allem gerechtfertigten Sicherheitsbedürfnis dürfen wir diesen Aspekt nicht aus den Augen verlieren.

Letztlich sei noch auf die Problematik der Fährverkehre zwischen Deutschland und Skandinavien hingewiesen. Der Verkehrsträger Schiff konkurriert hier in besonderem Maße mit Landfahrzeugen. Der Kunde hat die Wahl zwischen Fähren und Brücken, aber im Wettbewerb sind die Fähren durch die neuen Regelungen im Nachteil, denn sie kosten Zeit und Geld.

IV. Ausblick

Nach alledem ist festzustellen, dass im Bereich der Gefahrenabwehr in der Seeschifffahrt schon vieles erreicht wurde, aber auf der anderen Seite noch erheblicher weiterer Handlungsbedarf besteht.

Das zeigt sich etwa bei den eben erwähnten Fährverkehren. In diesem Bereich sind ja Abweichungen von den ISPS-Regelungen (und damit Vereinfachungen) durchaus möglich (SOLAS Kap. XI-2 Regel 11). Allerdings setzt dies bi- oder multilaterale Vereinbarungen zwischen den Vertragsregierungen voraus, die bisher aber noch nicht abgeschlossen wurden.

Weiter ist festzuhalten, dass die Normgebung in Deutschland den tatsächlichen Erfordernissen weit hinterher hinkt. Wenn ich das oben er-

wähnte Ausführungsgesetz noch einmal in Erinnerung rufen darf, so fällt auf, dass dieses kaum Regelungen mit Außenwirkung enthält.

Diese sind insbesondere nach der Systematik des SeeAufgG Rechtsverordnungen vorbehalten. Eine entsprechende Verordnung gibt es bisher jedoch nicht, so dass die Verwaltung nach wie vor im rechtsfreien Raum agieren muss.

So ist bisher z.B. ungeklärt, auf welcher Basis anerkannte Organisationen tätig sind, welche Duldungs- und Auskunftspflichten Unternehmen und Eigentümer haben (aus meiner Sicht können derartige Regelungen übrigens ohnehin nur durch Gesetz erfolgen, Art. 19 Abs. 1 GG), welche Anforderungen und Zeugnisse für SSO und CSO gelten, welche Tatbestände Ordnungswidrigkeiten darstellen und (last not least, obwohl es Teile der Zuhörerschaft im Gegensatz zum BMF als weniger notwendig empfinden werden) die Grundlagen der Gebührenerhebung für Amtshandlungen der Verwaltung.

Ziemlich unklar ist außerdem, was mit der Umsetzung der angesprochenen EU-Regelungen auf uns zukommt. Nach Art. 9 Abs. 4 der Verordnung 725/2004 kann die Kommission bereits jetzt mit der Durchführung von Inspektionen beginnen.

Es liegt seit kurzem der Entwurf einer EU-Durchführungsverordnung vor, die Inspektionen auch in Hafenanlagen und Unternehmen sowie natürlich auf Schiffen vorsieht. Die Inspektionen sollen durch von den Vertragsstaaten gestellten Inspektoren unterstützt werden, die jedoch nicht im eigenen Lande tätig werden dürfen.

Hier bleibt ebenso die Entwicklung abzuwarten, wie im Hinblick auf die durch die Verordnung 725/2004 vorgesehenen Sicherheitsüberprüfungen.

Was schließlich die Seeleute und die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen angeht, weise ich noch auf das Übereinkommen 185 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) hin, das im nächsten Monat international in Kraft tritt. Dieses Übereinkommen sieht die Einführung neuer (möglichst fälschungssicherer) Ausweise für Seeleute vor, und zwar gerade auch im Hinblick auf die Erschwernisse, die die ISPS-Regelungen für die Seeleute mit sich bringen. Trotz seltener Einmütigkeit der Bundestagsfraktionen von CDU, SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP steht eine Ratifizierung des Übereinkommens durch Deutschland aus.

Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie

Dr. Hans-Heinrich Nöll, Hauptgeschäftsführer,
Verband Deutscher Reeder, Hamburg

1. Piraterie und Terrorismus als Phänomene der Seeschifffahrt in der Vergangenheit und Gegenwart

a) Piraterie ist so alt wie Schifffahrt und Seehandel.

Die erste überlieferte Geschichtsschreibung in Herodots „Historien“ beginnt mit einer Gewalttat der Phönizier, die mit ihren Schiffen nach Argos kamen. Die erste Beute: Eine Frau: Jo, die Tochter des Königs von Argos. Die Griechen schlugen daraufhin mit ihren Schiffen in Phönizien zurück. Aus Tyros raubten sie die Königstochter Europa.

Griechischen Ursprungs ist deshalb auch der Begriff. „Piraterie“ ist wahrscheinlich abgeleitet von Peira, dem Überfall.

In ihren Anfängen war die Piraterie nichts Ungewöhnliches. Das Erobern und Erbeuten von Menschen und Gütern auf Schiffen und von Schiffen aus war nichts Besonderes in einer Welt, in der Schutz und Recht nur in der eigenen Gruppe eine Bedeutung hatten und nur haben konnten. Je kleiner solche Gruppen, um so größer waren die Konfliktmöglichkeiten. Je größer diese Gruppen, um so intensiver diese Konflikte, aber um so größer auch die Gewährung von Schutz nach außen und die Bedeutung des Rechts. Zwischen diesen Gruppen galt kein Recht. Jede von ihnen sah nur ihre Interessen als legitim und legal an. Eine übergreifende Bewertung der Piraterie konnte es hier nicht geben.

Piraterie ist ein gut sichtbarer Teil der Geschichte, auch weil sie einen festen Platz in der Literatur hat. Viele Piraten sind berühmt geworden und in die Geschichte eingegangen, manchmal nur die Opfer. Schon Caesar wurde auf seinem Weg nach Rhodos im Jahre 75 von Piraten festgehalten. Das Lösegeld, für das er sich freikaufen konnte, presste er den örtlichen römischen Behörden ab. Die Piraten verfolgte er anschließend, ergriff sie und ließ sie ans Kreuz nageln. Die Behandlung durch Piraten und der Umgang mit Piraten waren immer brutal. Die berühmt gewordenen Piraten, wie Störtebeker, fanden ihr Ende meistens durch den Scharfrichter oder den Galgen, selten, wie Henry Morgan, durch den Alkohol.

Die Piraterie ist ein Phänomen durch die Jahrhunderte geblieben, weil einerseits die Staaten zu schwach waren, sie zu unterdrücken, oder weil

andererseits Piraten häufig Staaten und Herrschern zu guten Diensten waren. Störtebeker entsetzte für den Herzog Albrecht von Mecklenburg 1394 Stockholm und unterstützte damit dessen Ansprüche auf die Krone Schwedens gegen die dänische Königin Margarete maßgeblich. Der berühmteste Pirat aller Zeiten endete als Sir Francis Drake, nachdem er gegen Ende des 16. Jahrhunderts der englischen Königin Elisabeth wertvolle Dienste gegen die Spanier und bei der Abwehr ihrer Armada geleistet hatte. Prof. Lagoni hat viele geschichtliche Aspekte der Piraterie in seinem Beitrag in der Festschrift für Rauschnig zusammengetragen.

Piraterie und hoheitlich legitimiertes Handeln können zwar rechtlich unterschieden werden, sachlich sind sie aber häufig schwer auseinanderzuhalten. Goethe lässt Mephisto sagen: „Ich müsste keine Schifffahrt kennen: Krieg, Handel und Piraterie, drei einig sind sie, nicht zu trennen.“ Drake war, wie viele andere Piraten auch, mit Kaperbriefen der Königin ausgestattet. Diese erlaubten, zum privaten Vorteil mit staatlicher Ermächtigung im Kriegsfall Feinde anzugreifen und zu schädigen. Die Kaperei wurde erst durch die Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 abgeschafft. Übrig geblieben ist im Seekriegsrecht das Prisenrecht, das es erlaubt, die Handelsschiffe des Feindes mit ihrer Ladung oder unter bestimmten Umständen selbst die Schiffe Neutraler zu beschlagnahmen und einzuziehen.

Seitdem die Nationalstaaten gegen Ende des 19. Jahrhunderts erstarkten und die Möglichkeit erlangten, mit ihren Kriegsflotten die gesamten Weltmeere zu beherrschen, blieb für Piraterie bis auf Rudimente kein Raum mehr.

Die Piraterie konzentriert sich heute schwerpunktmäßig auf bestimmte Regionen. Am verbreitetsten ist die Piraterie im Südchinesischen Meer, im Indischen Ozean, Westafrika, der Malakka-Straße und in der Karibik. Bei versuchten Piratenakten sieht es ähnlich aus. Das MSC der IMO hat in seinem letzten Jahresbericht von 2003 vollendete Piraterie in 338 Fällen dokumentiert. Zusammen mit den Versuchen sind es 452 Fälle. Das ist gegenüber 2002 eine Steigerung um 18%, die zeigt, dass die Piraterie nach wie vor ein aktuelles Thema bleibt. Auf eine ähnliche Zahl kommt auch das IMB.

b) Terrorismus gegen die Seeschifffahrt ist dagegen ein neues Phänomen. Die Angriffe auf das Kreuzfahrtschiff „Achille Lauro“ 1985 und den Tanker „Limburg“ 2002 waren durch politische Motive verursacht, nicht um sich zu bereichern. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Piraterie, wenn auch die Vorgehensweise dieselbe ist.

2. Piraterie und Terrorismus als Phänomene des Rechts

Die Beherrschung der Meere ermöglicht es den Staaten heute, Piraterie und Terrorismus faktisch und rechtlich zu bekämpfen. Für die unter eigener Hoheit unterstehenden Gewässer geschah seit je her das mit dem nationalen Strafrecht und seiner tatsächlichen Durchsetzung. Für die Hohe See, d.h. die Gewässer jenseits der nationalen Hoheitsgewalt, entstanden völkerrechtliche Regelungen.

a) Das heute für die meisten Staaten verbindliche Seerechtsübereinkommen geht in Art. 100 davon aus, dass die Staaten die Seeräubererei in den ihrer Jurisdiktion unterstehenden Territorialzonen (Küstenmeer, Eigengewässer) nach nationalem Recht bekämpfen. Es beschränkt sich deshalb konsequent auf Regelungen für die nicht nationaler Jurisdiktion unterstehenden Gebiete wie die Hohe See und insbesondere das staatsfreie Gebiet der Antarktis.

Art. 101 definiert die Seeräubererei unter mehreren Aspekten:

- Es sind rechtswidrige Taten, d.h. es sind weder durch Notwehr oder Notstand gerechtfertigte noch – was praktisch wenig relevant ist – entschuldigte Taten.
- Es sind bestimmte Handlungen, d.h. Gewalttaten, Freiheitsberaubungen, Plünderungen. In Staaten, die Piraterie als Straftatbestand kennen, mag es gleiche, engere oder weitere Tatbegriffe geben. In Deutschland, wo es den Tatbestand der Piraterie als solchen nicht gibt, ist eine Einordnung in die vorhandenen allgemeinen Tatbestände erforderlich.
- Geschützte Rechtsgüter sind das Schiff, also das Eigentum des Reeders, und die Personen oder Vermögenswerte, die sich an Bord oder in dem staatsfreien Gebiet befinden.
- Es sind Taten zu privaten Zwecken. Staatliche Taten gelten also nicht als Piraterie. Staatliche Gewalttaten sieht das Seerechtsübereinkommen nicht als Seeräubererei an. Sie sind dem allgemeinen Strafrecht zuzuordnen und unterliegen gegebenenfalls dem Kriegsvölkerrecht. Nur wenn die Besatzung eines Kriegs- oder Staatsschiffs meutert und es in ihre Gewalt bringt, kann sie gem. Art. 102 Seerechtsübereinkommen Seeräubererei begehen.
- Es sind von der Besatzung eines privaten Schiffes oder den sonstigen an Bord befindlichen Personen gegen andere Schiffe begangene Taten.

Das Seerechtsübereinkommen definiert in Art. 103 ein Schiff, von dem aus Seeräubererei begangen wird, als Seeräuberschiff, unabhängig davon,

ob es sich um ein eigenes oder um ein unter Kontrolle gebrachtes fremdes Schiff handelt. Dies hat zur Folge, dass es gem. Art. 107 Seerechtsübereinkommen von jedem anderen Staat mit Kriegs- oder als solchen erkennbaren Staatsschiffen aufgebracht werden darf.

Art. 105 Seerechtsübereinkommen erlaubt es, den aufbringenden Staaten die an Bord eines Seeräuberschiffs gefassten Personen festzunehmen und die dort befindlichen Vermögenswerte zu beschlagnahmen. Die Bestimmung gibt dem aufbringenden Staat das Recht, die Seeräuber zu bestrafen und die Vermögenswerte einzuziehen.

Das Seevölkerrecht setzt damit einen Rahmen zur Ausübung von Jurisdiktion über seeräuberische Handlungen, um sie global lückenlos verfolgen zu können.

b) Zur Bekämpfung terroristischer Angriffe gegen die Seeschifffahrt ist das Internationale Übereinkommen von Rom 1988 geschaffen worden. Es verpflichtet die Vertragsstaaten, Gewalttaten gegen Schiffe auf Hoher See unter Strafe zu stellen, und regelt Auslieferungstatbestände. Nach den Ereignissen vom 11. September 2001 ist eine weitreichende Ergänzung dieses Übereinkommens in der IMO im Gange. Sie soll den Zugriff von Vertragsstaaten auf Schiffe unter der Flagge anderer Vertragsstaaten bei Verdacht terroristischer Taten ermöglichen und das Prozedere regeln, damit der Zugriff im Einklang mit der ausschließlichen Jurisdiktion des Flaggenstaates auf Hoher See geschieht. Ein solches Übereinkommen wäre mit dem Seerechtsübereinkommen vereinbar.

c) Der am 1. Juli 2004 in Kraft getretene ISPS-Code sieht ausschließlich Maßnahmen zur Abwehr terroristischer Angriffe auf Schiffe und Hafenanlagen vor. Der ISPS-Code enthält keine Bestimmungen zur Bekämpfung der Piraterie. Er ist allerdings geeignet, die Sicherheit der Schiffe mittelbar zu verbessern, als bestimmte Sicherheitsvorkehrungen an Bord ebenfalls diesem Zwecke dienlich sind. So sind insbesondere die verbesserten Verschlusseinrichtungen zu nennen, d.h. die Zugangsmöglichkeit zu Brücke und Maschinenraum nur noch mit bestimmten Codes zur Öffnung der Durchgänge. Die bessere Überwachung des Zugangs zu Schiffen in den Häfen ist außerdem geeignet, die Vorbereitung von Piratengriffen durch Einschleicher zu erschweren.

d) Das Comité Maritime International hat auf seiner Konferenz in Singapur 2001 ein Modellstrafrecht beschlossen, das den Staaten als Vorbild innerstaatlicher Gesetzgebung zur Bekämpfung der Piraterie dienen soll. Das Modellgesetz definiert sowohl die Piraterie als auch Gewaltakte gegen Schiffe als Verbrechen und bestimmt die Beteiligungstatbestände, Mitäterschaft, Beihilfe, Anstiftung. Ferner enthält es Bestimmungen über

einen Strafraumen – ohne ihn konkret auszufüllen – sowie über die Einziehung von Tatwerkzeugen und Schadensersatz. Das CMI Modellgesetz hat sicher geringe Bedeutung, da die Bekämpfung der Piraterie in den relevanten Regionen und Staaten am wenigsten eine Frage der Eignung des anwendbaren Strafrechts sein dürfte.

e) Die strafrechtliche Verfolgung von Piraterie und Terrorismus hängt vielmehr entscheidend von der Ausgestaltung des materiellen und formellen nationalen Strafrechts einschließlich der Regelung der Zuständigkeit der zur Verfolgung berechtigten Behörden ab.

Das deutsche Strafrecht kennt weder einen Straftatbestand der Piraterie noch des Terrorismus. Die völkerrechtlich so verstandenen Taten sind deshalb unter die im StGB geregelten Straftatbestände zu subsumieren.

Soweit es die Piraterie betrifft, geht es in erster Linie um Mord, Totschlag, Körperverletzung, Raub, Diebstahl in Idealkonkurrenz. Soweit es terroristische Akte angeht, kommen dieselben Straftatbestände in Betracht mit Ausnahme von Raub und Diebstahl.

Das StGB enthält außerdem in § 316 c einen eigenen Tatbestand zur Bekämpfung von Angriffen auf den Seeverkehr. Diese Bestimmung beruht auf dem Übereinkommen von Rom.

Entscheidend ist die Frage der Anwendbarkeit des Strafrechts, was durch die Regeln des internationalen Strafrechts in den §§ 3 bis 7 StGB geregelt ist. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Schiffen unter deutscher Flagge gem. § 4 StGB, gleichgültig wo sie sich befinden, und in den deutschen Hoheitsgewässern gem. § 3 StGB (Küstenmeer und innere Gewässer) ist unproblematisch. Interessanter ist die Anwendbarkeit auf Taten, die auf Hoher See begangen werden.

Soweit es die Straftatbestände angeht, die bei Piratenangriffen zur Anwendung kommen können, kann das deutsche Strafrecht angewendet werden, wenn die Tat gegen einen Deutschen (passives Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 1 StGB) und wenn die Tat von einem Deutschen oder einem im Inland angetroffenen nicht auslieferungsfähigen Ausländer begangen wird (aktives Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 2 StGB). Die nach dem Seerechtsübereinkommen mögliche Ausübung der Strafgewalt bei Piraterie i.S.d. Übereinkommens führt nicht zu einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 6 Nr. 9 StGB (Weltrechtsprinzip), weil das Seerechtsübereinkommen keine Pflicht zur Verfolgung der Piraterie vorschreibt, sondern nur die Möglichkeit dazu einräumt.

§ 316 c StGB, der die Verfolgung terroristischer Akte gegen die Seeschifffahrt zum Ziel hat und auf einer Verpflichtung aus dem Übereinkom-

men von Rom beruht, kommt dagegen nach § 6 Nr. 3 StGB ohne Rücksicht auf den Tatort zur Anwendung.

Die Zuständigkeit zur Verfolgung der Piraterie und terroristischer Akte in den deutschen Hoheitsgewässern ergibt sich aus den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen. Die Zuständigkeit jenseits des deutschen Küstenmeeres, d.h. auf Hoher See einschließlich der Ausschließlichen Wirtschaftszone ist in der Zuständigkeitsbezeichnungs-Verordnung See vom 4. März 1994 festgelegt. Sie bestimmt den Bundesgrenzschutz und gegebenenfalls den Zoll als zuständige Behörden zur Durchführung der Maßnahmen nach der StPO. Zu den zu verfolgenden Taten gehören alle, die auf Schiffen unter deutscher Flagge begangen werden, und ausdrücklich unter anderem die Seeräuberei, die sonst nirgends im deutschen Recht als juristischer Terminus auftaucht, unabhängig von der Flagge der beteiligten Schiffe. Die Deutsche Marine hat demgegenüber keine Zuständigkeit zur Verfolgung von Piraten. Sie ist jedoch in dem Rahmen der Artikel 105, 107 und 98 des Seerechtsübereinkommens berechtigt, aktuelle Angriffe von Piraten auf Schiffe unter allen Flaggen abzuwehren. Darüber hinausgehende Befugnisse hat sie bisher nicht. Es ist überlegenswert, diese Befugnisse zur allgemeinen Bekämpfung der Piraterie zu erweitern. Piraten sind, wie schon Störtebeker sich selbst verstand, aller Welt Feind. Deshalb ist es umfassende globale Aufgabe, Piraterie zu bekämpfen.

Dagegen können Untersuchungs- oder Durchsetzungsmaßnahmen bei terroristischen Akten auf Hoher See gegenüber Schiffen unter ausländischen Flaggen von den deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht ergriffen werden. Mit der Revision des Übereinkommens von Rom müsste diese Beschränkung der Strafverfolgung aufgehoben werden. Unberührt davon bleibt die oben beschriebene Anwendung des deutschen Strafrechts auf Täter im Inland.

3. Praktische Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie und des Terrorismus

Praktische Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie und des Terrorismus können von den Staaten und den Schifffahrtsunternehmen ergriffen werden. Es ist klar, dass die wesentlichen Bedingungen für Piraterie und Terrorismus in den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundbedingungen der Staaten der Welt liegen.

Die Piraterie ist dabei eher ein lokales Phänomen, wie ihre Verbreitung zeigt. Sie kommt dort vor allem vor, wo Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen labil sind. Dies zu ändern, ist schwer möglich. Abwehrmaßnahmen

sind daher in erster Linie von den Schifffahrtsunternehmen selbst zu treffen. Seit vielen Jahren werden Empfehlungen dazu herausgegeben. Es ist schwer zu sagen, wie weit sie eingehalten werden, also Erfolg haben. Das MSC der IMO hat zuletzt vor zwei Jahren eine Anleitung zur Abwehr von Piraterie für Schifffahrtsunternehmen herausgegeben. Die Maßnahmen können hier im Einzelnen nicht aufgeführt werden. Von einer Maßnahme wird jedenfalls abgeraten, dem Gebrauch von Waffen. Dies führt nicht nur nach der Überzeugung des MSC eher zu einer Eskalation der Gewalt als zu einer Eindämmung der Piraterie.

Neben den Möglichkeiten zur Verbesserung des Rechtssystems der Staaten, von denen Piraterie ausgeht, besteht allenfalls die Möglichkeit der Ausübung von Druck auf diese Staaten, ihre innere Sicherheitslage zu verbessern. Das MSC der IMO hat dazu zuletzt vor fünf Jahren eine Empfehlung an die Staaten herausgegeben, die im Wesentlichen auf eine stärkere Kooperation drängt. Die stärkere Ausübung von Druck der Staatengemeinschaft auf die wenigen Staaten, von denen Piraterie ausgeht, erscheint die aussichtsreichste Möglichkeit zu sein, die Piraterie einzudämmen. Man muss dabei jedoch berücksichtigen, dass die Piraterie nicht in dem Maße faktische und politische Bedeutung hat wie der Terrorismus. Die Bedeutung der Piraterie ist außerdem für jeden Flaggenstaat anders.

Anders als die Piraterie ist der moderne Terrorismus kein lokales, sondern ein globales Phänomen. Mit terroristischen Anschlägen muss heute überall gerechnet werden. Die Ursachen des modernen Terrorismus liegen nicht allein in den wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen einzelner Staaten. Auch die früher die Welt beherrschenden ideologischen Auseinandersetzungen sind keine Quelle mehr für Terrorismus. Dieser ist in erheblichem Maße fundamentaler religiöser Natur und deshalb um so schwerer aktiv zu bekämpfen. Umso mehr kommt hier den passiven globalen Schutzmaßnahmen der Schifffahrtsunternehmen eine Bedeutung zu, was der ISPS-Code widerspiegelt. Die Verbesserung der aktiven Maßnahmen ist daneben mit der Revision des Internationalen Übereinkommens von Rom auf dem Wege.

4. Schlussfolgerungen zur Abwehr von rechtswidrigen Angriffen auf Schiffe

(1) *Piraterie* ist nach wie vor eine aktuelle Bedrohung der Freiheit der Seeschifffahrt in einigen Regionen der Welt (vor allem Südchinesisches Meer, Indischer Ozean, Westafrika, Straße von Malakka, Karibik). Der internationale Rechtsrahmen bietet alle Möglichkeiten, die Piraterie zu bekämpfen. Aus deutscher Sicht ist zu empfehlen:

- a) die von Reedereien ergriffenen Abwehrmaßnahmen weiter zu verbessern;
 - b) die Bundesregierung zu ersuchen, selbst und im Rahmen der IMO die Staaten in den Hauptregionen der Piraterie aufzufordern, die Sicherheitslage zu verbessern und ihre Kooperation anzubieten;
 - c) die Bundesregierung zu bitten, die im Rahmen des Völkerrechts gegebenen Möglichkeiten eines Einsatzes der Deutschen Marine auszuschöpfen.
- (2) *Terrorismus* ist eine akute globale Bedrohung der Seeschifffahrt und des Welthandels. Der ISPS-Code und die ergänzenden nationalen und regionalen Maßnahmen haben ein System zur Gefahrenabwehr geschaffen, das sich bewähren muss. Aus deutscher Sicht ist zu empfehlen:
- a) die von den Reedereien ergriffenen Gefahrenabwehrmaßnahmen sorgfältig anzuwenden und nach den gesammelten Erfahrungen kontinuierlich zu verbessern;
 - b) die Bundesregierung zu bitten, im Rahmen der Revision des Übereinkommens zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt von 1988 für effektive Kontrollen einzutreten, die den Grundsatz der Freiheit der Seeschifffahrt nicht unverhältnismäßig einschränken;
 - c) die Bundesregierung zu bitten, mit ihrer Außenpolitik weiter darauf hinzuwirken, die Terrorismus begünstigenden politischen Gegensätze abzubauen.

Maßnahmen der Schifffahrt gegen Terrorismus und Piraterie

Uta Ordemann, Rechtsanwältin,
Geschäftsführerin des Zentralverbandes der deutschen Seehafenbetriebe,
Hamburg

I. Einleitung

Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 wurden auf Initiative der USA bei der International Maritime Organisation (IMO) umfangreiche Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit in der Seeschifffahrt beraten. Diese Maßnahmen sind auf einer Diplomatischen Konferenz im Dezember 2002 von den IMO-Vertragsstaaten beschlossen worden.

Die von der IMO verabschiedeten Regelungen sehen eine Ergänzung des Internationalen Übereinkommens von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (SOLAS – Safety of Life at Sea) um ein Kapitel XI-2 mit dem Titel „Besondere Maßnahmen zur Erhöhung der Gefahrenabwehr in der Schifffahrt“ vor. Auf der Basis der Ergänzung des SOLAS-Übereinkommens ist der International Ship and Port Facility Security Code, der so genannte ISPS Code, von den IMO-Vertragsstaaten angenommen worden. Die IMO-Maßnahmen dienen insbesondere dazu, den weltweiten Handel vor Unterbrechungen durch terroristische Anschläge auf Schiffe zu schützen. Mit diesem Maßnahmenpaket soll damit der Bedeutung der Seeschifffahrt für den Welthandel und die Weltwirtschaft Rechnung getragen werden.

Der von der IMO verabschiedete ISPS-Code sieht für Hafenanlagen, die Schiffe mit mehr als 500 BRZ oder Passagierschiffe im internationalen Verkehr abfertigen, die folgenden verpflichtenden Anforderungen für die Schnittstelle Schiff/Hafen vor:

- Durchführung einer Risikobewertung (Port Facility Security Assessment);
- Erstellung eines Plans zur Gefahrenabwehr (Port Facility Security Plan);
- Benennung eines Beauftragten für die Gefahrenabwehr in der Hafenanlage (Port Facility Security Officer).

II. Ausdehnung des SOLAS-Übereinkommens auf die Schnittstelle Schiff/Hafen

In den Beratungen bei der IMO war zunächst die Schaffung eines neuen Abkommens zur Erhöhung der Gefahrenabwehr in der Seeschifffahrt im Gespräch. Die Beratungen hierzu hätten sich jedoch über einen längeren Zeitraum hingezogen. Die IMO-Vertragsstaaten haben sich daher darauf verständigt, das SOLAS-Übereinkommen als „Vehikel“ für die Einführung von Gefahrenabwehrmaßnahmen in der Seeschifffahrt zu nutzen. Dabei wurde gleichzeitig Einvernehmen darüber erzielt, dass die Maßnahmen nicht nur für den Bereich der Seeschifffahrt gelten sollen, sondern auch für die Hafenanlagen, in denen unmittelbar ein Zusammenwirken mit dem Schiff stattfindet.

Rechtlich umstritten ist, ob die International Maritime Organization überhaupt Regelungen für die Landseite, in diesem Fall die Hafenanlagen, erlassen kann. Nach ihrer Gründungskonvention vom 6. März 1948, die am 17. März 1958 in Kraft getreten ist, beschränkt sich die Zuständigkeit der IMO auf den Bereich der Schifffahrt.

Auch das SOLAS-Übereinkommen gilt nach dem in Artikel 2 festgelegten Anwendungsbereich nur für Schiffe, die berechtigt sind, die Flagge eines Staates zu führen, dessen Regierung Vertragsregierung ist. Rechtlich ist daher fraglich, ob durch die IMO-Vertragsregierungen eine Ausweitung der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr auf den Bereich Ship/Port-Interface vorgenommen werden konnte. In der Präambel zum ISPS-Code heißt es hierzu:

„Kapitel XI-2 von SOLAS 74 und dieser Code finden auf Schiffe und auf Hafenanlagen Anwendung. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs von SOLAS 74 auf Hafenanlagen wurde deswegen vereinbart, weil durch SOLAS 74 am schnellsten sichergestellt werden kann, dass die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr rasch in Kraft treten und wirksam werden können. Man vereinbarte jedoch ebenfalls, dass sich die Bestimmungen über die Hafenanlagen nur auf das Zusammenwirken von Schiff und Hafen beziehen sollen. Das weiterreichende Thema der Gefahrenabwehr in Hafengebieten wird bei weiteren gemeinsamen Arbeiten der Internationalen Seeschifffahrtsorganisation und der Internationalen Arbeitsorganisation behandelt werden....“.

Es wurde daher eine dahingehende Eingrenzung vorgenommen, dass sich die Maßnahmen an Land nur auf die Schnittstelle Schiff/Hafen beziehen. Ob hierfür jedoch eine Regelungskompetenz der IMO besteht, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

III. Umsetzung des ISPS-Code auf betrieblicher Ebene

Der ISPS-Code sieht vor, dass die Risikobewertung für die Hafenanlage von der jeweils zuständigen Behörde, der Designated Authority, durchzuführen ist. Die Risikobewertungen sind von den zuständigen Behörden Anfang 2004 vorgenommen worden. Auf der Basis der Ergebnisse der Risikobewertungen haben die Betreiber der Hafenanlagen dann die jeweiligen Pläne zur Gefahrenabwehr erstellt. Diese Pläne sind fristgemäß bis zum 1. Juli 2004 von den zuständigen Behörden genehmigt worden.

Die Gefahrenabwehrpläne sehen umfangreiche bauliche und betrieblich-organisatorische Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit für alle drei Gefahrenstufen nach dem ISPS-Code vor. Die Gefahrenstufe 1 stellt die Regel dar. Die Gefahrenstufen 2 und 3 können jeweils nur für einen befristeten Zeitraum ausgerufen werden. Auf der Gefahrenstufe 3 kann es im worst case zu einer Stilllegung der Anlage kommen. Diese Gefahrenstufe gilt, wenn ein sicherheitsrelevantes Ereignis wahrscheinlich ist oder unmittelbar bevorsteht, auch wenn das genaue Ziel u. U. nicht bekannt ist.

Die Gefahrenabwehrpläne sehen u. a. die folgenden Maßnahmen vor:

- Umzäunung der Anlagen;
- 24-Stunden-Service am Gate mit neuen Zugangskontrollsystemen;
- Einführung von Mitarbeiter- und Besucher-Identifikationssystemen;
- Durchführung von Zufahrts- und Zugangskontrollen;
- Durchsuchung von Personen und Gepäck am Gate;
- Bestreifung und Rund-um-die-Uhr-Überwachung des Geländes insbesondere durch Video- und Infrarotkameras;
- Verstärkte Überwachung des Güterumschlags;
- Überwachung der Proviantannahme für das Schiff durch Terminalbeschäftigte und Begleitung der Schiffsanlieferer zum Schiff;
- Einrichtung und Überwachung von „Restricted Areas“ auf der Anlage;
- Durchführung von regelmäßigen Übungen auch zur Evakuierung der Anlage.

Durch diese Maßnahmen soll insbesondere der Zutritt Unbefugter zu der Hafenanlage und zum Schiff sowie das Einbringen von Waffen oder anderen gefährlichen Gegenständen auf das Schiff verhindert werden.

Die Umsetzung der IMO-Maßnahmen ist mit erheblichen Kosten für die Umschlagbetriebe in den deutschen Seehäfen verbunden. Die Kosten für die Umsetzung dieser Maßnahmen liegen deutlich über 50 Mio. Euro. Auch in den Folgejahren ist mit Kosten in einer ähnlichen Größenordnung zu rechnen. Diese Kosten können nicht von den Unternehmen getragen werden, sondern müssen über einen Sicherheitszuschlag an die jeweiligen Kunden weitergegeben werden.

IV. Rechtliche Umsetzung der IMO-Regelungen

Die eingangs genannten verpflichtenden Anforderungen des ISPS-Code gelten nicht unmittelbar im nationalen Recht, da die IMO-Regelungen lediglich empfehlenden Charakter haben. Das Kapitel XI-2 des SOLAS-Übereinkommens und der ISPS-Code bedürfen daher noch einer gesonderten Umsetzung in europäisches und nationales Recht, um Rechtswirkungen zu entfalten. Die Umsetzung erfolgt durch die folgenden Regelwerke:

1. EU-Verordnung zur Erhöhung der Gefahrenabwehr auf Schiffen und in Hafenanlagen

Die rechtliche Umsetzung der IMO-Maßnahmen in der Europäischen Union ist durch die EU-Verordnung zur Erhöhung der Gefahrenabwehr auf Schiffen und in Hafenanlagen erfolgt. Mit Ausnahme einzelner Regelungen ist diese Verordnung seit dem 1. Juli 2004 verbindlich in den Mitgliedstaaten einzuhalten.

Die EU-Verordnung beschränkt sich im Wesentlichen auf eine 1:1-Umsetzung der IMO-Regelungen. Sie geht nur in einzelnen Punkten über die IMO-Regelungen hinaus, indem auch bestimmte nationale Verkehre zeitversetzt in den Anwendungsbereich mit einbezogen werden. Darüber hinaus werden einzelne Ziffern aus dem empfehlenden Teil B des ISPS Code verpflichtend in der Europäischen Union eingeführt.

2. Vertragsgesetz des Bundes

Darüber hinaus ist auf nationaler Ebene ein Vertragsgesetz erlassen worden, das zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist. Mit diesem Gesetz sind nach Artikel 59 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes die verfassungsmäßigen Voraussetzungen dafür geschaffen worden, dass die Änderungen des SOLAS-Übereinkommens völkerrechtlich verbindlich national umgesetzt werden.

3. *Ausführungsgesetz des Bundes*

Am 30. Juni 2004 ist das Ausführungsgesetz des Bundes zum ISPS-Code veröffentlicht worden, das am 1. Juli 2004 in Kraft getreten ist. Das Ausführungsgesetz dient im Wesentlichen dazu, für die schiffahrtsbezogenen Teile des ISPS-Code die jeweiligen Zuständigkeiten zu begründen. Gleichzeitig werden mit dem Ausführungsgesetz die erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen für noch zu erlassende Rechtsverordnungen zur Gefahrenabwehr im Bereich der Seeschifffahrt geschaffen.

4. *Ausführungsregelungen der Länder*

4.1 *Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Seehäfen*

Aufgrund der Zuständigkeit der Länder für die Häfen sind eigene landesrechtliche Ausführungsregelungen erforderlich, da sich die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nicht auf den Hafenbereich bezieht.

Eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ergibt sich weder aus dem Katalog der Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung nach Artikel 73 des Grundgesetzes noch aus dem Katalog der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Artikel 74 GG. Nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 21 GG obliegt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz nur für den Schiffsverkehr, so dass die Bestimmungen, die sich auf die Gefahrenabwehr auf dem Schiff beziehen, von ihm durch bundesrechtliche Regelungen auszufüllen sind. Demgegenüber fallen die Hafenanlagen als Schnittstelle zwischen Schiff und Hafen nicht in den Bereich des Schiffsverkehrs. Mangels einer Gesetzgebungsbefugnis des Bundes sind demnach die Länder gemäß Artikel 70 des Grundgesetzes für die Ausführung der die Hafenanlagen betreffenden Vorschriften zuständig. Artikel 70 des Grundgesetzes bestimmt, dass die Länder das Recht der Gesetzgebung haben, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

4.2 *Musterentwurf der Küstenländer zur Ausführung der IMO-Regelungen*

Die Koordinierungsstelle der Designated Authorities der Küstenländer hat unter Mitwirkung des ZDS einen Vorschlag für einen Musterentwurf zur Ausführung der IMO-Regelungen erarbeitet, der im April 2004 vorgelegt worden ist. Dieser Musterentwurf dient als Grundlage für die jeweiligen landesrechtlichen Ausführungsregelungen. Der Musterentwurf enthält ausführende Regelungen u. a. zur Risikobewertung für die Hafenanlage, zum Plan zur Gefahrenabwehr, zur Zuverlässigkeitsüberprüfung von Beauftragten für die Gefahrenabwehr in der Hafenanlage sowie zur Sicherheitserklärung für Nicht-ISPS-Schiffe.

Auf der Basis dieses Musterentwurfs haben die Küstenländer Schleswig-Holstein und Bremen auf Landesebene Hafensicherheitsgesetze erlassen, die Ende Juni bzw. Anfang Juli 2004 in Kraft getreten sind. Die Gesetzentwürfe von Niedersachsen und Hamburg befinden sich derzeit noch im Beratungs- bzw. Anhörungsverfahren. Mecklenburg-Vorpommern hat bislang noch keinen Gesetzentwurf vorgelegt.

V. Weitere legislative Vorhaben der EU

1. Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Verbesserung der Gefahrenabwehr in Häfen

Wie eingangs erwähnt, konnten aus rechtlichen Gründen keine Maßnahmen zur Gefahrenabwehr für den gesamten Hafenbereich durch die Ergänzung des SOLAS-Übereinkommens vorgesehen werden. Vielmehr beziehen sich die von der IMO beschlossenen Maßnahmen nur auf die Seeschifffahrt und die Umschlaganlagen, in denen unmittelbar ein Zusammenwirken mit dem Schiff stattfindet.

Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission im Februar 2004 einen Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Gefahrenabwehr in Häfen vorgelegt. Dieser Richtlinienvorschlag basiert auf dem Code of Practice on Security in Ports, der in einer gemeinsamen ILO/IMO-Arbeitsgruppe erarbeitet worden ist. Mit diesem Richtlinienvorschlag verfolgt die Europäische Kommission das Ziel, die Sicherheit in den übrigen Hafengebieten, die nicht unter den ISPS-Code fallen, zu verbessern.

Die Kommission beruft sich hinsichtlich ihrer Regelungskompetenz auf Artikel 80 Abs. 2 des EG-Vertrages. Artikel 80 Abs. 2 bestimmt, dass der Rat mit qualifizierter Mehrheit darüber entscheiden kann, ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschifffahrt und Luftfahrt zu erlassen sind.

In dem Richtlinienvorschlag führt die Kommission in den rechtlichen Überlegungen zu ihrer Kompetenz Folgendes aus:

„Die Kommission schlägt als Rechtsgrundlage für die Richtlinie Artikel 80 Abs. 2 des EG-Vertrages vor, ungeachtet der Vorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der inneren Sicherheit und der Maßnahmen, die aufgrund des Titels VI des Vertrages über die Europäischen Union getroffen werden können.“

In Erwägungsgrund 13 beruft sich die EU-Kommission des Weiteren darauf, dass sie im Einklang mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach

Artikel 5 des EG-Vertrages tätig werden könne, da die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht umfassend genug verwirklicht werden können und sich wegen der europäischen Dimension dieser Richtlinie daher besser auf Gemeinschaftsebene erreichen lassen.

Nach Ansicht der Küstenländer hat die EU-Kommission jedoch keine Kompetenz zum Erlass von Richtlinien für die Häfen. Gemäß Artikel 80 Abs. 2 habe die EU-Kommission eine Regelungskompetenz nur für den Bereich der Seeschifffahrt. Nach Auffassung der Länder fällt die Gefahrenabwehr in den Hafengebieten in die nationale Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten. Dies ergebe sich aus Artikel 33 des Titels VI des EU-Vertrages, wonach die Mitgliedstaaten für den Schutz der inneren Sicherheit zuständig sind.

Die Bundesregierung unterstützt die Länder in ihrer Auffassung und hat wiederholt in den Beratungen der Ratsarbeitsgruppe diese Rechtsauffassung artikuliert und einen generellen Vorbehalt eingelegt.

Unabhängig von der Frage der Zuständigkeit der Kommission ist es aus Sicht der Hafenvirtschaft nicht akzeptabel, die Häfen mit noch weiteren Sicherheitsmaßnahmen zu belasten. Die Betreiber der Hafenanlagen haben auf der Basis des ISPS-Code bereits umfangreiche Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit ergriffen. Weitere Maßnahmen und eine Verlagerung von Kontrollen in die Häfen, um bestehende Sicherheitsdefizite im Zulaufverkehr zu den Seehäfen zu kompensieren, sind abzulehnen. Wir sind zudem der Ansicht, dass die Einführung von Gefahrenabwehrmaßnahmen lediglich in den Häfen und auf See keine wesentliche Verbesserung der Sicherheit bringt, wenn nicht gleichzeitig auch die vor- und nachgelagerten Verkehre in die Sicherheitsbetrachtungen mit einbezogen werden. Eine Verlagerung sämtlicher Kontrollen in die Häfen würde zudem zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen den Verkehrsträgern führen. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Seeverkehr unmittelbar mit dem Landtransport konkurriert, wie dies im Fähr- und RoRo-Verkehr in der Ostsee der Fall ist.

Leider sieht der Kompromisstext des Rates zu dem Richtlinienvorschlag zur Hafensicherheit in Erwägungsgrund 8 und in Artikel 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 Verschärfungen für den RoRo-Verkehr vor. Dort heißt es, dass auf der Basis einer Risikobewertung angemessene Maßnahmen ergriffen werden sollten, durch die sichergestellt wird, dass durch Gütertransporte auf RoRo-Fähren keine Gefahr für das Schiff und die Passagiere entsteht.

Bereits heute werden auf der Basis des ISPS-Code Kontrollen in den Hafenanlagen durchgeführt. Für den Fall, dass auf der Basis der Hafensicherheitsrichtlinie die Kontrollen in den Häfen intensiviert werden müssten, käme es zu einer massiven Wettbewerbsverzerrung zwischen dem RoRo-Verkehr und dem Landtransport in der Ostsee.

Nach Ansicht des ZDS muss vermieden werden, dass es durch eine Überregulierung in den Häfen zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Verkehrsträgern kommt. Wir halten es vielmehr für erforderlich, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Ladeeinheit während des Transports zu den deutschen Seehäfen „sauber“ bleibt.

2. Konsultationsdokument der Europäischen Kommission zur Transportkettensicherheit

Ende Dezember 2003 hat die Europäische Kommission ein Konsultationsdokument zur Transportkettensicherheit vorgelegt. Auf der Basis der Ergebnisse des Konsultationsprozesses wird die Kommission voraussichtlich Anfang 2005 einen Richtlinienvorschlag vorlegen.

Ziel dieser Initiative der Kommission ist es, die Sicherheit in der gesamten Transportkette zu verbessern. Aus unserer Sicht ist diese Initiative sehr zu begrüßen. In der Einleitung ihres Konsultationspapiers führt die Kommission u. a. aus, dass Sicherheitsstandards für alle Verkehrsträger auf Wasser, Straße, Schiene und Luft gleichermaßen gelten müssen, damit es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Unter Ziffer 4 des Konsultationsdokuments heißt es weiter:

„Verkehrsträgerspezifische Initiativen beinhalten die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung zwischen den Verkehrsträgern aufgrund unterschiedlicher Verpflichtungen und Kostenstrukturen, die wiederum aus der Umsetzung unterschiedlicher Sicherheitsmaßnahmen resultieren. Das wird im Fall von Sicherheitsmaßnahmen für Häfen besonders deutlich. Würden Häfen neuen Sicherheitsmaßnahmen unterzogen, würden die daraus erwachsenden Kosten auf die diese Häfen nutzenden Schifffahrtsunternehmen umgesetzt und somit deren Betriebskosten erhöht werden. Dort, wo die Schifffahrt in Konkurrenz zur Straße steht, würde der Straßenverkehr wegen geringerer Sicherheitsleistungen gegenüber dem Wasserverkehr begünstigt. Dies wäre nicht nur ungerecht, sondern stünde auch in eindeutigen Widerspruch zu den Bemühungen der Europäischen Union, durch die Förderung des Warenverkehrs auf kurzen Hochseerouten, Binnenwasserstraßen und auf der Schiene ein ausgewogenes Verkehrssystem zu erreichen.“

Diese Auffassung der Europäischen Kommission wird von uns geteilt. Unseres Erachtens ist es nicht akzeptabel, die Häfen einseitig mit noch weiteren Sicherheitsanforderungen zu belasten. Vielmehr sollte im Rahmen der Initiative der EU-Kommission zur Transportkettensicherheit durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Ladeeinheit während des Transports zu den Seehäfen „sauber“ bleibt. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass die Einführung von Sicherheitsmaßnahmen in der Transportkette mit Augenmaß erfolgt.

VI. Koordinierung der Security-Initiativen

1. Koordinierung auf Bundesebene

Wir halten es für dringend erforderlich, dass die verschiedenen internationalen und europäischen Initiativen zum Thema „Security“ auf Bundesebene koordiniert werden. Dies gilt insbesondere für die Initiativen der EU-Kommission zur Hafensicherheitsrichtlinie und zur Transportkettensicherheit. Diese Vorhaben sind in verschiedenen Referaten bzw. Arbeitsgruppen angesiedelt. Aus unserer Sicht ist es notwendig, dass diese legislativen Vorhaben eng koordiniert werden, da diese – wie dargelegt – nicht isoliert betrachtet werden können bzw. dürfen.

2. Koordinierung mit den Ländern

Wir halten darüber hinaus auch eine enge Koordinierung zwischen der Bundes- und der Landesebene für erforderlich. Nach dem Grundgesetz sind die Länder für die Häfen zuständig. Daher ist es erforderlich, dass die Länder bei Vorhaben, die in ihre Zuständigkeit fallen, auch weiterhin intensiv und permanent in den Beratungs- und Abstimmungsprozess vom Bund einbezogen werden.

Eine ausdrückliche Regelung für die Mitwirkung der Länder in EU-Angelegenheiten ist in Artikel 23 des Grundgesetzes enthalten. Artikel 23 Abs. 6 bestimmt, dass die Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union zustehen, vom Bund auf einen vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder übertragen werden, wenn im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind. Die Wahrnehmung der Rechte erfolgt unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung; dabei ist die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren.

VII. Schlussbemerkung

Aus Sicht des ZDS ist es nicht akzeptabel, die Häfen mit noch weiteren Sicherheitsanforderungen zu belasten. Die Betreiber der Hafenanlagen führen bereits umfangreiche Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit auf der Basis des ISPS-Code durch. Die Einführung von weiteren Sicherheitsmaßnahmen in den Häfen auf der Grundlage der Hafensicherheitsrichtlinie würde zu einer massiven Wettbewerbsverzerrung zwischen den einzelnen Verkehrsträgern führen. Dies gilt insbesondere für den Fähr- und RoRo-Verkehr in der Ostsee, der unmittelbar mit dem Landtransport konkurriert. Nach Ansicht des ZDS sollte vielmehr im Rahmen der Initiative der EU-Kommission zur Transportkettensicherheit durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Ladeeinheit während des Transports zu den Seehäfen „sauber“ bleibt. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass die Einführung von Sicherheitsmaßnahmen in der Transportkette mit Augenmaß erfolgt.

Schlussvortrag

Freie Rechtsberatung in Verkehrssachen?

Hartmut Kilger, Rechtsanwalt,
Präsident des Deutschen Anwaltvereins e.V., Tübingen

Sehr geehrter Herr Präsident, meine Damen, meine Herren,

das Wichtigste ist eine klare Sprache. Wissen wir eigentlich noch, was es heißt, wenn man sich mit jemandem „verpartnert“? Die Bruderhilfe Sachversicherung aus Kassel – ich zitiere aus dem Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im DAV – wandte sich mit Schreiben vom 17. Dezember 2002 an einen iranischen Unfallgeschädigten und stellte sich vor als „*der Haftpflichtversicherer Ihres Unfallpartners*“. Erstaunt wandte sich der Iraner an einen Anwalt. Erstaunt war er, weil er den anderen Unfallbeteiligten bislang keineswegs als seinen Partner angesehen hatte. Er hatte auch nicht die Absicht, mit ihm etwas zu teilen. Ihm kam es auf die Durchsetzung seiner berechtigten Interessen an.

Obwohl die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer eigentlich auf der Seite des Unfallgegners stehen, streben sie nicht erst seit der Einführung des Gesetzes über die eingetragene Lebenspartnerschaft die „Verpartnerung“ mit dem Unfallgeschädigten an. Kontaktabbauversuche beginnen unmittelbar nach dem Verkehrsunfall. Versucht man, sich über den Zentralruf der Autoversicherer die Versicherung des anderen Unfallbeteiligten nennen zu lassen, wird man sofort mit dieser verbunden. Der Geschädigte kommt in den Genuss eines Rundumsorglos-Paketes, bei dem sein Fahrzeug am Ende nicht nur repariert, sondern auch gereinigt wieder vor seiner Haustür steht. Sorglos ist der Geschädigte sicherlich – und arglos. Er weiß ja nicht, dass ihm die Wertminderung an seinem Fahrzeug und die Nutzungsausfallentschädigung nicht ersetzt wurden. Er ist arglos, weiß er ja nicht, wie genau der von der Versicherung benannte Sachverständige den Restwert im Einzelnen ermittelt hat. Wenn das Fahrzeug reparabel war und von der *Partnerwerkstatt* der Versicherung geputzt und repariert wieder vor seiner Haustür steht, weiß der Geschädigte auch nicht, ob die Partnerwerkstatt zu ruinösen Stundensätzen gearbeitet hat. Ob sich dies auf die Qualität der Reparatur auswirkte, merkt der Geschädigte erst später.

Was hat dies alles mit Rechtsberatung zu tun? Ganz einfach: Wäre der Geschädigte vernünftig beraten gewesen, wäre er nicht arg- und sorglos geblieben.

Der Deutsche Verkehrsgerichtstag hat das Thema des Schlussvortrages „freie Rechtsberatung in Verkehrssachen“ nicht ohne aktuellen politischen Anlass gewählt. Sie alle wissen, dass die Regierungsfaktionen im Deutschen Bundestag in ihrer Koalitionsvereinbarung festgehalten haben, dass das Rechtsberatungsgesetz an die „geänderten Verhältnisse“ angepasst werden soll. Das Bundesjustizministerium hat im Sommer des vergangenen Jahres den Diskussionsentwurf eines Rechtsdienstleistungsgesetzes vorgelegt, der das bisherige Rechtsberatungsgesetz ablösen soll. Im Herbst hat sich der Deutsche Juristentag in Bonn mit dem Thema befasst. Wir alle warten auf einen offiziellen Entwurf aus dem Hause der Justizministerin.

„Geänderte Verhältnisse“ in Bezug auf das Verkehrsrecht geben aber eher einen Hinweis auf eine Verschärfung statt auf eine Lockerung des gesetzlichen Zustands. Das wird am Beispiel des eingangs beschriebene Schadensmanagements der Versicherungsgesellschaften deutlich. Der Schutz des Rechtssuchenden vor interessengeleitetem Rechtsrat ist vorderstes Ziel. Im heutigen Denk- und Sprachgebrauch wird dieses Anliegen unter dem Stichwort Verbraucherschutz behandelt. Der unfallgeschädigte Rechtssuchende ist als Verbraucher von Rechtsdienstleistungen vor Nachteilen und Schäden durch unqualifizierte Rechtsbesorgung zu bewahren. Er kann in der Regel die Qualität der Dienstleistung, die ihm angetragen wird, und die verborgenen Interessen eines Anbieters nicht erkennen.

Die Beratung in und die Besorgung von fremden Rechtsangelegenheiten ist weit mehr als eine bloße Dienstleistung mit rechtlichem Ansatz. Im Interesse des Dienstleistungsempfängers sollte der Rechtsbesorgende unabhängig und verschwiegen sein, zudem muss bereits im Ansatz ausgeschlossen sein, dass er sich widerstreitende Interessen vertritt.

Restwertermittlung, ein Beispiel

Was passiert, wenn eine Berufsgruppe, wie hier z. B. unabhängige Kfz-Sachverständige bzw. deren Berufsverband, zu nahe an die Versicherungswirtschaft heranrückt? Anfang des Jahres 2000 hat der Bundesverband der freiberuflichen und unabhängigen Sachverständigen für das Kraftfahrzeugsachverständigenwesen (BVSK) eine sogenannte Restwertrichtlinie herausgegeben, die – entgegen der ausdrücklichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – dem BVSK angeschlossene Sachverständige auffordert, bei der Ermittlung des Restwerts eines verunfallten Fahrzeugs den Sondermarkt der sogenannten Internetrestwertbörsen zu berücksichtigen. Diese Internetbörsen geben Restwerte für Schrottfahrzeuge an, die der Geschädigte in der Praxis oftmals nicht realisieren kann. Nachdem

verschiedene Gutachten, so das des ehemaligen Vorsitzenden des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, Dr. Erich Steffen, und das von Prof. Dr. Christian Huber festgestellt haben, dass die Angebote von Restwertaufkäufern in dem für die Schadensermittlung nach § 249 BGB zu erstellenden Kfz-Gutachten nichts zu suchen haben, hat sich nun auch noch einmal der BGH zur Frage der Restwertermittlung geäußert. Im dem Urteil vom 07. Dezember 2004 wird – ohne überhaupt auf den erbitterten Streit in der Literatur einzugehen – klar und deutlich gesagt, dass ein Sondermarkt der Restwertaufkäufer eben nicht zu berücksichtigen ist.

Vor dem BGH hatte sich bereits das Oberlandesgericht Köln durch Urteil vom 11. Mai 2004 speziell zur Restwertrichtlinie des BVSK geäußert. In dem Urteil heißt es:

„Sollte die Richtlinie des Bundesverbandes der freiberuflichen und unabhängigen Sachverständigen für das Kraftfahrzeugwesen e. V. dahingehend zu verstehen sein, dass der Sachverständige für verpflichtet gehalten wird, auch Angebote aus dem Sondermarkt zu berücksichtigen, wäre dies mit der Rechtsprechung des BGH (auf die sich die Richtlinie ausdrücklich bezieht) unvereinbar und deshalb für die Sachverständigen rechtlich unverbindlich.“

Die Richtlinie des BVSK ist aber eindeutig so zu verstehen. Spätestens nach der BGH-Entscheidung ist klar, dass die BVSK – Richtlinie in ihrer jetzigen Fassung nicht haltbar ist.

Ich frage mich, meine Damen und Herren, wann ändert der BVSK seine Richtlinie endlich? Vertretern des BVSK steht es selbstverständlich frei, auf eine künftige Änderung der Rechtsprechung hinzuwirken. Sie sollten aber nicht in der Öffentlichkeit das Gegenteil behaupten und gleichwohl eine die Unfallgeschädigten benachteiligende Restwertermittlungspraxis aufrechterhalten.

Die Unabhängigkeit von Interessen Dritter bei der Dienstleistungserbringung ist hier eben grundsätzlich nicht garantiert. Sie können sich vorstellen, was geschieht, wenn die Erlaubnis zum Tätigwerden in dem sensiblen Bereich der Rechtsbesorgung erteilt werden sollte. Der Rat ist insoweit freundlich und praktisch – frei ist er nicht.

Direktregulierung, zweites Beispiel

Verschiedene große deutsche KH-Versicherungsunternehmen haben in der Vergangenheit mit dem im Ausland praktizierten Modell der sogenannten Direktregulierung „geliebäugelt“. Direktregulierung bedeutet im Wesentlichen die Schadensabwicklung durch den eigenen Versicherer des Ge-

schädigten mit einem anschließenden Regress gegen den Versicherer des Schädigers. Ein Anwaltskollege, der früher offizieller Mitarbeiter eines großen, im süddeutschen Raum ansässigen Versicherungsunternehmens war, begründete den Ansatz des Modells zur Direktregulierung mit den Wünschen der Kunden:

„Im Vordergrund der Kundenwünsche steht die schnelle und unbürokratische Regulierung. Der Geschädigte scheut umständliche Korrespondenz und erwartet Beratung. Selbstverständlich soll die Entschädigung auch angemessen sein und entstandene Schäden ausgleichen.“

Im Jahre 2002 ging die HUK Coburg Versicherungsgruppe mit ihrem Angebot „Schadensservice PLUS“ auf den Markt. Hiernach meldet der Unfallgeschädigte seinen Kfz-Haftpflichtschaden in der Schadenaußenstelle. Darauf wird ihm ein Leistungsangebot unterbreitet, das den geschädigten Kunden über seine Ansprüche, über Wertminderung oder Nutzungsausfall aufklären soll. Anschließend kann er selbständig entscheiden, ob er den umfangreichen „Schadensservice PLUS“ in Anspruch nimmt. In jedem Fall aber organisiert der Sachbearbeiter die komplette Schadensabwicklung für den Kunden. Er kümmert sich um die Feststellung des Schadens und verständigt die nächstgelegene Partnerwerkstatt. Anschließend wird das beschädigte Fahrzeug abgeholt und – soweit gewünscht – ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung gestellt.

Schöne, heile Welt: Was ist daran auszusetzen, wenn Versicherungsunternehmen derart fürsorglich ihre Kunden betreuen, die in einen Verkehrsunfall verwickelt wurden? Eng beieinander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stoßen sich die Sachen: Leider ist die irdische Welt härter. Was ist, wenn der Schädiger und der Geschädigte im selben Versicherungskonzern versichert sind? Der eigene Haftpflichtversicherer, der die Interessen des geschädigten Kunden wahrnimmt, ist damit gleichzeitig auch der Gegner. Der Interessenkonflikt liegt hier auf der Hand. Viele Verbindungen der Versicherungskonzerne sind nur schwer nachvollziehbar, der Interessengegensatz bleibt oft im Verborgenen. Der Versicherer, der die Belange des geschädigten Kunden wahrnehmen will, ist hier regelmäßig befangen. Aber auch dort, wo eine konzernfremde Versicherung der Gegner ist, besteht ein Interessenkonflikt. Direktregulierung lässt sich nämlich nur dann durchführen, wenn Teilungsabkommen zwischen den Versicherern bestehen. Die Teilungsabkommen sehen vor, dass jeder Versicherer die Hälfte der Kosten trägt. Der Haftpflichtversicherer, der seinen Versicherungsnehmern über den Gesamtumfang der Ansprüche Auskunft gibt, muss bei dem Modell der Direktregulierung daher auch immer die Hälfte der darauf basierenden Schadenersatzforderung bezahlen. Der

Interessenkonflikt des „fürsorglichen“ Versicherers ist hier offensichtlich, eine umfassende Beratung bzw. die Durchsetzung aller Schadenersatzansprüche gefährdet. Der Rat des Versicherers ist höchst interessengebunden – frei ist er nicht.

Vor zwei Jahren hat sich der 41. Deutsche Verkehrsgerichtstag mit dem Thema der Direktregulierung beschäftigt. Ob den dortigen Ausführungen des Vertreters des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft, dass der Verband keine (unverbindliche) Empfehlung einer Direktregulierung in Deutschland aussprechen werde, wirklich geglaubt werden kann, mag die Zukunft zeigen. Grund zur Hoffnung für die Unfallopfer bringt wohl der Umstand mit sich, dass zumindest die kleineren Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer den erheblichen zusätzlichen Arbeitsaufwand dieses Modells nur sehr viel schwerer schultern können, als die großen Marktführer. Richtig bleiben jedenfalls weiterhin die Empfehlungen des befassten Arbeitskreises des 41. Verkehrsgerichtstages: Die Direktregulierung kommt für deutsche Verhältnisse nicht in Betracht. Sie verstößt gegen das geltende Rechtsberatungsgesetz und es stellt eine Interessenkollision dar, wenn die eigene Haftpflichtversicherung Interessen ihres Versicherungsnehmers gegenüber dem Unfallgegner und dessen Haftpflichtversicherung wahrnimmt.

Diskussionsentwurf eines Rechtsdienstleistungsgesetzes

Meine Damen und Herren, ich bin zuversichtlich, dass dies auch für die Zukunft so bleiben wird. Sprachlich etwas verunglückt formuliert § 4 des vom Bundesjustizministerium vorgelegten Diskussionsentwurfs eines Rechtsdienstleistungsgesetzes nämlich, dass

„... Rechtsdienstleistungen nicht erbracht werden dürfen, soweit sie mit einer anderen Leistungspflicht unvereinbar sind, weil sie unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung dieser Pflicht haben können und hierdurch die ordnungsgemäße Erfüllung der Rechtsdienstleistungspflicht gefährdet wird.“

Der Vorschlag dieser Norm ist, wie insbesondere die Begründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes zeigt, gezielt auf die Tätigkeit von Rechtsschutzversicherern zugeschnitten. Dies auch mit gutem Grund. Ein Rechtsschutzversicherer denkt schon allein aus wirtschaftlichen Gründen immer auch an seine eigene Leistungspflicht, wenn er die Erfolgsaussichten einer Klage prüft. Er kann hier nicht objektiv beraten. Aber selbst, wenn die Rechtsschutzversicherer die von ihnen angestrebte Erlaubnis bekommen, wie sollten sie ihr denn nachkommen? Wollen die Rechtsschutzver-

sicherer denn wirklich Tausende Volljuristen einstellen? Anwälte bieten hier – in der Praxis – einen kostenlosen Service für die Versicherten und die Versicherungen an. Obwohl die Einholung der Deckungszusage gebührenrechtlich eine gesonderte Angelegenheit ist, wird sie in der anwaltlichen Praxis faktisch nicht abgerechnet. Wenn die Versicherer hier wirklich auf diesen Service verzichten wollen: bitte sehr! Klären müssten sie dann nur noch, wie sie die erforderliche Unabhängigkeit ihrer Mitarbeiter garantieren wollen. Sie raten zuvorkommend und freundlich, aber eben nicht frei.

Die Intention und der Gesetzeszweck des § 4 des Diskussionsentwurfs eröffnen aber darüber hinaus ein sehr viel weitergehendes Verständnis der Norm. Sie soll generell Interessenkonflikte im Bereich der Rechtsdienstleistung ausschließen, die sich aus einer anderen Leistungspflicht des Anbieters ergeben. Eine Beratung einerseits der eigenen Kunden durch die Kfz-Haftpflichtversicherer über Durchsetzung des Schadenersatzanspruches, andererseits aber auch die Beratung der durch den Unfall hinzugewonnenen „Partner“ – also der geschädigten Gegner – ist nach dem richtigen Verständnis des § 4 des Diskussionsentwurfs völlig ausgeschlossen. Nur könnte freilich klarer formuliert werden. Ausgesprochen werden soll doch, wie der DAV in seinem Vorschlag formuliert hat, dass

„Rechtsdienstleistungen nicht erbracht werden dürfen, wenn deren Erfüllung durch eine parallellaufende weitere Leistungspflicht gefährdet wird.“

Der Entwurf des BMJ stellt grundsätzlich klar, dass qualifizierter, unabhängiger Rechtsrat nur von Rechtsanwälten garantiert werden kann. Gerade im Hinblick auf die Rechtsberatung in Verkehrssachen ist aber ein besonderer Blick auf die in dem Entwurf enthaltenen Regelungen zur erlaubten Nebenleistung erforderlich. Insbesondere die Erlaubnis der Rechtsdienstleistung als Nebenleistung in § 5 Abs. 1 des Entwurfs ist zu weit gefasst. Sowohl das „Berufs- oder Tätigkeitsbild“ als auch der Begriff der „Nebenleistungen“ erlauben – gerade weil völlig unklar bleibt, was unter diesen Begriffen zu verstehen ist – eine nicht zu kontrollierende Ausdehnung des Rechtsdienstleistungsangebotes am Markt, die dem Zweck des Gesetzes entgegenläuft. Zweck des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs ist doch der Schutz der Rechtssuchenden, des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierter Rechtsberatung und Rechtsbesorgung. Wird hier keine Grenzlinie gezogen, so zeigt das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 15.04.2004, wie weit die Service- oder Nebenleistungen hier gehen. In dem angeführten Urteil wird es einem Autohaus

untersagt, mit Worten wie „Unfallabwicklung“ für den hauseigenen Service zu werben. Autohäuser, Werkstätten und Autovermieter sollen grundsätzlich keine Unfallabwicklung bzw. Schadensregulierung betreiben, sondern Autos verkaufen, vermieten oder reparieren. Dies sollen sie auch gerade nach Verkehrsunfällen tun. Bieten sie aber hierbei noch rechtsberatende Nebenleistungen an, ist der Konflikt doch offenkundig!

Die Werkstatt – wenn sie nicht Partnerwerkstatt des Versicherers ist – verdient regelmäßig an der Reparatur, so dass sie dem Kunden wohl kaum zu einer Abrechnung auf Gutachterbasis raten wird. Ebenso ist der Interessenkonflikt vorgezeichnet, wenn ein Mietwagenunternehmer eine Rechtsdienstleistung über die Frage anbietet, ob ein Mietwagen in Anspruch genommen werden, oder ob der Geschädigte nicht besser die Nutzungsausfallentschädigung verlangen sollte.

Auch Sachverständige könnten auf der Basis des § 5 Abs. 1 des Diskussionsentwurfes versuchen, Rechtsberatung in der Form vorzunehmen, dass sie die Kunden auch über Haftungsfragen beraten. Sachverständige sind aber anders als beispielsweise Rechtsanwälte zu einer besonderen Form der Neutralität aufgerufen. Rechtsanwälte dienen den Interessen des Geschädigten. Sachverständige müssen den Schadensumfang anhand der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien neutral beurteilen. Nicht umsonst wird der Sachverständigenleistung deswegen eine Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, also zu Gunsten des Unfallverursachers und dessen Versicherers, zugesprochen. Der Sachverständige ist der neutrale Dritte und sollte sich deswegen, gerade um diese Position zu wahren, aus der konkreten Unfallabwicklung vollständig heraushalten! Sein Rat wäre nicht frei!

Wie vom Deutschen Juristentag im letzten Herbst in Bonn klargestellt, kann die Rechtsdienstleistung als Nebenleistung nur dann erlaubt sein, wenn die nicht rechtsdienstleistende Haupttätigkeit ohne die rechtsdienstleistende Nebentätigkeit nicht sachgemäß erledigt werden kann.

Um Abgrenzungsschwierigkeiten, wie hier im Bereich der sogenannten Nebenleistungen, zu vermeiden, sollte zudem in § 2 des Diskussionsentwurfes auf die begriffliche Einschränkung der Rechtsdienstleistung auf eine „umfassende rechtliche Beurteilung“ verzichtet werden. Das Wort „umfassend“ sollte überhaupt nicht verwandt werden. Das Wort legt eine Beratungstiefe und einen Beratungsaufwand nahe, der die Rechtsdienstleistung begrifflich auf einen viel zu engen Bereich zurückdrängt. Genauso vielsagend bzw. wenig hilfreich wären Formulierungen wie „echte Rechtsberatung“ oder „schwerpunktmäßig“ und anderes. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass über das Wort „umfassend“ die telefonische Rechts-

beratung aus der Rechtsdienstleistung ausscheiden solle. Wenn allein dies durch den Begriff „umfassende Rechtsberatung“ gemeint sein sollte, so wäre der Begriff verfehlt. Telefongespräche können durchaus umfassend sein. Die Grenze zur Rechtsdienstleistung wird deswegen immer überschritten, wenn ein Subsumtionsvorgang – wie die Juristen es nennen – in Gang gesetzt wird. Der Deutsche Anwaltverein hat in seinem Vorschlag zur Neugestaltung des Rechtsberatungsgesetzes daher formuliert:

„Rechtsbesorgung ist die Befassung mit konkreten fremden Angelegenheiten unter Anwendung des Rechts.“

Wer nicht will, dass die Rechtsprechung Tausende von Einzelentscheidungen zur Abgrenzung treffen muss, der muss auf die Formulierung des DAV zurückgreifen, oder etwas Besseres vorschlagen. Bisher ist das allerdings nicht geschehen.

Warum eigentlich Anwälte – und wie halten wir den Standard?

Anwaltliche Berufsausübung ist mehr als bloße Dienstleistung. Das konsequente Eintreten für die Belange anderer ist nicht nur Anwendung oder Umsetzung von Recht, sondern bewirkt Gerechtigkeit in einer rechtstaatlichen Gesellschaft. Garantiert wird dies durch ein striktes Berufsrecht. Nur die anwaltliche Unabhängigkeit ist gesetzlich garantiert. Bei Anwälten ist das als Parteiverrat unter Strafe gestellt, was andere Dienstleister unter dem Stichwort Service anbieten.

Anwaltliche Dienstleistung bürgt für Qualität. Diese Qualität kann die Anwaltschaft seit dem 22. November 2004 nun auch in gebotenem Maße am Markt präsentieren. An diesem Tag hat die Satzungsversammlung – das Parlament der Anwälte – endlich den vom DAV seit langem geforderten Fachanwaltstitel für Verkehrsrecht geschaffen. Die Anwaltschaft festigt damit ihren Anspruch, den Bereich der Schadensregulierung von Straßenverkehrsunfällen nicht an irgendwelche selbsternannten Unfallhelfer abzugeben. Nach dieser Entscheidung der Satzungsversammlung ist klar: Das Berufsbild des Verkehrsrechtsanwalts ist kein Auslauf-, sondern ein Zukunftsmodell!

Qualität der Arbeit ist die Stärke eines jeden Berufs in einem weiterwachsenden europäischen Markt. Nur sie sichert seine Zukunft. Qualität kommt aber nicht von allein. Sie bedarf des persönlichen Einsatzes und der Erfahrung. Ohne vernünftige Ausbildung und ständige Fortbildung hilft beides nicht. Für die Anwaltschaft gilt: Die Fortbildungspflicht ist eine professionelle Selbstverständlichkeit. Sie ist seit 1995 in der BRAO normiert.

Der Fachanwalt – jetzt auch der Fachanwalt für Verkehrsrecht – muss sie mit 10 Stunden jährlich nachweisen. Die Anwaltschaft diskutiert derzeit, wie die allgemeine Fortbildungspflicht für Nicht-Fachanwälte weiter konkretisiert werden kann. Fortbildung und ständige Praxis und Erfahrung sind wichtig. Nur ohne vernünftige Ausbildung helfen sie nichts. Sie müssen Anwälte leisten. Die Anwaltschaft beteiligt sich an der anwaltsorientierten Ausbildung in der Universität. Sie bildet Referendare in den Kanzleien aus und hilft bei den von den Landesjustizprüfungsämtern organisierten Kursen im Rechtsreferendariat bei Arbeitsgemeinschaften und Prüfungen. Vor allem leistet sie viel dadurch, dass sie die jungen, neu zugelassenen Anwältinnen und Anwälte ein bis zwei Jahre lang erst einmal richtig in den Beruf einführt. Diese Bemühungen der Anwaltschaft sind wichtig, sie erreichen aber nicht alle. Die Ausbildung garantiert nicht mehr, dass jeder Anwalt und jede Anwältin auch wirklich den Anwaltsberuf gelernt hat. Ein späteres Learning-by-Doing im Beruf ist wegen des massenhaften Zugangs nicht mehr möglich. Der Deutsche Anwaltverein tritt daher seit langem – nicht erst seit meiner Präsidentschaft – dafür ein, die Qualität der anwaltlichen Berufsausübung verbindlich zu sichern. Früher war die gemeinsame Juristenausbildung Spiegelbild der beruflichen Wirklichkeit in der Justiz, der Verwaltung und der Anwaltschaft. Dies hat sich radikal geändert. Die Berufswirklichkeit des Anwalts und der Anwältin unterscheidet sich so nachhaltig von der eines Richters, dass eine gemeinsame praktische Ausbildung mehrere Jahre länger dauern müsste. Wir müssen das, was der Anwalt von Anfang an können muss, viel früher als bisher vermitteln. Das Modell einer anwaltlichen Ausbildung ist deswegen klar. Nach der ersten juristischen Prüfung muss die Berufsausbildung beginnen – und nicht der staatlich bezahlte Examenslernkurs in Gestalt des Referendardienstes! Steuerberater machen uns dies vor. Warum sollte es bei der Anwaltschaft nicht möglich sein?

Meine Damen und Herren, wenn wir eine freie Rechtsberatung in dieser Gesellschaft langfristig sichern wollen, brauchen wir einen starken Anwaltsberuf. In Zeiten, in denen aus Europa dreijährige berufsqualifizierende Bachelorstudiengänge auf uns zukommen, muss daher über die Frage der juristischen Ausbildung grundlegend nachgedacht werden. Eine juristische Grundausbildung gibt es im Studium. Wer danach Anwältin oder Anwalt werden will, muss sich von Anwälten zum Anwalt ausbilden lassen und ein Anwaltsexamen ablegen. Den Berufszugang regelt dann der Markt – so wie bei allen anderen Berufen auch. Eine gesetzliche Berufszulassungsbeschränkung wollen wir als freier Beruf nicht.

Lassen Sie mich noch einmal betonen: Das Bachelorthema entwickelt sich zur Schicksalsfrage der Deutschen Juristenschaft insgesamt. Man

kann den Drive nicht unterschätzen, der von den Bologna-Beschlüssen ausgeht, die 2010 umgesetzt sein sollen. Ich konnte hier erst gestern anreisen, weil ich am Mittwoch an der Anhörungsrunde teilnehmen musste, die die Justizministerkonferenz durch ihre hierfür eingesetzte Arbeitsgruppe abgehalten hat. Die Masse aller Studenten europaweit soll nach sechs Semestern strammen Studiums – über alle Grenzen hinweg – einen Abschluss bekommen. Die Juristenschaft sagt bisher: Das betrifft uns nicht, wir sind in Deutschland ausgenommen. Ich kann vor dieser Haltung nur warnen, wenn sie nicht gleichzeitig mit einer intensiven Befassung mit dem Thema einhergeht. Der Bachelor kommt – eine Juristische Fakultät in Deutschland bietet ihn schon an. Wir müssen mitreden und artikulieren, wie der Bachelor und der nachfolgende Master unseren Besonderheiten angepasst werden müssen, wenn wir mit ihnen einverstanden sein wollen. Auch hier steht auf dem Prüfstand, was freie Rechtsberatung in der Zukunft heißen wird.

Nachwort

Noch einen kleinen gesellschaftspolitischen Nachsatz wollen Sie mir gestatten. Wir müssen uns überlegen und wir müssen artikulieren, was für eine Gesellschaft wir wollen. Was uns heute vor Augen steht, ist das Ergebnis von Aufklärung, französischer Revolution mit Code Civil, des Jahres 1848 und das des BGB, der Lehre aus Weltkriegen und Drittem Reich, des Lichtes des Grundgesetzes und der Überwindung der totalitären Regimes in Europa. Das Ergebnis ist der freie Mensch, das Individuum, der mündige Bürger.

Die Kehrseite ist allerdings: Das Leben ist pluralistisch, kompliziert und kalt, wo sich jeder um sich selbst zuerst kümmern muss. Das verleitet zur Sehnsucht, sich irgendwo anlehnen zu können. Hilft mir denn keiner – überall muß ich mich selbst durchbeißen! Mündig zu sein, das ist anstrengend.

Diesem Sehnen kommen die moderne Wirtschaft und ihre Werbung liebevoll entgegen. Service wird mir angeboten: ist das nicht eine frohe Botschaft, die mir viel Mühe erspart? Ich hatte einen Unfall – gottlob bietet sich mir ein Partner an. Wie soll ich ablehnen? Dass dabei die Komplexität unserer Gesellschaft und unseres Rechts schamlos ausgenutzt wird, merke ich ja nicht. Ich würde es ja nie für möglich halten, dass die Notrufsäule an der Autobahn die Metamorphose dessen ist, der mir gerade eine blutige Nase geschlagen und mein schönes Auto schrottreif gefahren hat.

Wohin mag das führen ? Es führt in ein totalitäres System – nicht organisiert von politischen Diktatoren, sondern viel unmerklicher durch einen totalitären Markt – der sich dadurch auf Dauer selbst pervertiert. Da hilft nur eines: Der Mensch muss die Möglichkeit haben, sich eines Stellvertreters bedienen zu können. Zur Figur des Stellvertreters möchte ich auf dem Anwaltstag in Dresden mehr sagen. Hier nur eines: Notwendig ist jemand, der sich einerseits im jeweiligen komplexen System auskennt, der mir andererseits die Arbeit und oft auch die Entscheidung darüber abnimmt, was zu tun und was richtig ist. Das ist nur möglich, wenn ich ihm in jeder Hinsicht vertrauen kann – aber nicht weil er „Service und Partnerschaft“ anbietet, sondern weil ich definitiv weiß, dass er nur mit diesem Einsatz, und – im Verhältnis zu ihm – sonst mit nichts sein Geld verdient. Das kann nur der Anwalt sein.

Läuft es anders, dann bitte: Packen wir den Bürger in Watte. Service und Partnerschaft regieren die Welt, Konflikte werden nicht mehr wahrgenommen, sondern zugekleistert. Dann herrscht Friede, Freude, Eierkuchen. Dann allerdings beginnen wir den Marsch in Zustände, wie sie vor der Aufklärung herrschten. Dann fangen wir wieder von vorn an. Dann kommt irgendwann der Tag, wo Wörter wieder ernst genommen werden. Wo man versteht, dass mein Gegner nicht mein Partner sein kann, wo man versteht, was „Anwalt“ heißt und wo die Wucht wahrgenommen wird, die hinter den Wort „frei“ steht. „Freie“ Rechtsberatung – das ist unser Thema, und zwar mit einem Ausrufezeichen, auch und gerade in Verkehrssachen.