

daß der Gesetzgeber die durch § 323a StGB unter Strafe gestellte Gefährdung geringer wertet als die Verletzung der Norm, die objektive Bedingung der Strafbarkeit ist. Zwischen dem Vollrausch und dem im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen rechtswidrigen Tat besteht ein Stufenverhältnis (vgl. *BGHSt* 32, 48 [55 f.] = *NJW* 1983, 2889). Innerhalb dieses Stufenverhältnisses ist der Vollrausch das geringer einzustufende Delikt.

Wie der *Senat* in der Folge der Entscheidung des *BGH* vom 20. 8. 1982 (*NJW* 1983, 54) schon wiederholt dargelegt hat (vgl. z. B. *Beschl. des Senats* v. 14. 9. 1983 – 2 S 456/83 – 272/83 – und *Urt. des Senats* v. 13. 6. 1989 – 2 Ss 140/89 – 57/89 II) ist ein Berufungsrichter, der seiner Verurteilung eine weniger schwerwiegende Straftat zugrundelegt oder der von einem geringeren Schuldumfang ausgeht als der erste Tatrichter, grundsätzlich nicht in jedem Fall gehindert, auch bei seiner Entscheidung auf dieselbe Strafe zu erkennen wie der erste Tatrichter. Tut er dies, so ist er allerdings gehalten darzulegen, warum er trotz der von ihm erstmalig ermittelten milder zu bewertenden Umständen dieselbe Strafe verhängt; dies deshalb, weil ein Angekl. einen Anspruch darauf hat zu erfahren, warum er für eine Straftat, die nunmehr in einem milderen Licht erscheint, in gleicher Weise bestraft werden soll wie aufgrund der ersten Hauptverhandlung, in der diese Umstände nicht bekannt waren oder nicht gewürdigt worden sind. Zum anderen ist eine besondere Begründung einer solchen Strafzumessung auch deshalb erforderlich, weil andernfalls die spezialpräventive Wirkung der Verurteilung von vornherein in Frage gestellt sein kann. Wird in verschiedenen Abschnitten desselben Verfahrens die Tat eines Angekl. trotz unterschiedlicher, für die Strafzumessung bedeutsamer Umstände ohne ausreichende Begründung in derselben Weise geahndet, so kann auch bei einem verständigen Angekl. der Eindruck entstehen, daß die Strafe nicht nach den vom Gesetz vorgesehenen oder sonst allgemein gültigen objektiven Wertmaßstäben bestimmt wurde.

Daß die *StrK* diese rechtlichen Erwägungen bei der Festsetzung der gegen den Angekl. zu verhängenden Freiheitsstrafe berücksichtigt hat, weisen die Darlegungen, mit denen sie die Strafzumessung begründet hat, nicht aus. Insoweit beschränkt sich die *StrK* jeweils darauf, einige zu Gunsten und zu Lasten des Angekl. sprechende Umstände gegeneinander abzuwägen. Daß dem Angekl. aufgrund der von der *StrK* vorgenommenen Verurteilung ein weniger schwerwiegender Vorwurf zu machen ist als es aufgrund der Verurteilung durch das *Schöffenger.* der Fall war, wird aus diesen Erwägungen nicht erkennbar. Der darin liegende Rechtsfehler nötigt dazu, das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere *StrK* des *LG* zurückverwiesen.

Diese wird darauf hingewiesen, daß das Nachtatverhalten – hier die Begehung neuer Straftaten – in der Regel nur als Indiz schuldrelevant sein kann, nicht aber schon als strafschärfend in die Überlegung bei der Findung des Strafmaßes eingebracht werden darf (vgl. *BGH*, *NJW* 1971, 1756; *NSStZ* 1983, 453; *OLG Köln*, *StrVert* 1984, 75; vgl. zu dieser Rechtsfrage auch *Lackner*, *StGB*, 18. Aufl., § 46 Anm. 4b dort vor allem cc).

(Mitgeteilt von Richter am *OLG W. Steffen*, *Düsseldorf*)

Anm. d. Schriftltg.: Zu Grundfragen der Strafzumessung vgl. *Müller*, *NSStZ* 1985, 158 sowie *Horn*, *StrVert* 1986, 168.

19. Rechtsabbiegen vor Fahrradfahrer

StGB §§ 315 c I Nr. 2b, 240; *StVO* § 9 III 1

Wer als Führer eines Kraftfahrzeugs einen vor ihm fahrenden Radfahrer überholt und anschließend vor diesem nach rechts abbiegt, so daß der Radfahrer stark abbremsen und von dem Fahrrad abspringen muß, verstößt gegen § 9 III 1 StVO. Sein Verhalten kann nicht als Straftat geahndet werden, und zwar weder als Gefährdung des Straßenverkehrs i. S. des § 315 c I Nr. 2b StGB noch als Nötigung i. S. des § 240 StGB.

OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 10. 4. 1989 – 5 Ss 88/89 – 38/89 I*

Anm. d. Schriftltg.: Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in *NZV* 1989, 317.

2. Verwaltungsgerichte

a) BVerwG

20. Zusendung von Werbematerial durch die Post in Kontoauszugsbriefen

GG Art. 11, 21; *PostGiroO* § 13 I

Der Postgiroteilnehmer wird nicht dadurch in seinen Rechten, insbesondere seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, daß die Bundespost ihm trotz seines Widerspruchs bis zu dreimal im Monat zusammen mit dem Kontoauszug jeweils eine postfremde Werbebeilage übersendet.

BVerwG, *Urt. v. 21. 4. 1989 – 7 C 48/88 (Lüneburg)*

Zum Sachverhalt: Der Kl. wehrt sich dagegen, daß die bekl. Deutsche Bundespost ihm zusammen mit den Kontoauszügen seines Postgirokontos Werbematerial zusendet. Die Bekl. fügt Kontoauszugsbriefen an die Postgiroteilnehmer bis zu dreimal im Monat – teilweise verbunden mit postamtlichen Informationen und Eigenwerbung – postfremde Werbebeilagen bei. Nach vergeblicher Beanstandung erhob der Kl. Unterlassungsklage mit dem Ziel, die Übersendung postfremder Werbebeilagen zu unterbinden, da sie den Betrieb seiner Rechtsanwalts- und Notariatskanzlei störe. Das *VG* gab der Klage statt (*VG Hannover*, *NJW* 1986, 1630). Auf die Berufung der Bekl. änderte das *OVG* das erstinstanzliche Urteil und wies die Klage als unbegründet ab (*OVG Lüneburg*, *NJW* 1988, 1867). Die Revision des Kl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen: II. ... Die unerwünschte Übersendung von Werbematerial durch das Postgiroamt in dem hier gegebenen Umfang – nach den Feststellungen des *BerGer.* wird den Kontoauszugsbriefen höchstens dreimal im Monat jeweils eine postfremde Werbebeilage beigelegt – ist keine Verletzung von Eigentum oder Besitz, wie sie beispielsweise bei einer Beeinträchtigung der räumlich-gegenständlichen Privatsphäre durch übermäßige Benutzung des Briefkastens für Werbewerksendungen in Betracht kommt. Die Übersendung als solche stellt auch keine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar (so auch der *BGH* zur Frage der Zulässigkeit der Werbung durch individuell gestaltete Werbefriefe, *BGHZ* 60, 296 [299 f.] = *NJW* 1973, 1119 = *LM* § 823 [Ah] *BGB* Nr. 48). In Frage steht insoweit allein, ob die Nichtbeachtung des geäußerten Willens, von derartiger Werbung verschont zu werden, das durch Art. 2 I i. V. mit Art. 11 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. verletzt (vgl. *BGHZ* 60, 296 [299] = *NJW* 1973, 1119 = *LM* § 823 [Ah] *BGB* Nr. 48). Diese Frage ist hier zu verneinen.

Ob die Nichtbeachtung des Willens eines anderen dessen Persönlichkeitsrecht verletzt, läßt sich, da sie für sich allein noch kein Indiz für eine Rechtsverletzung ist, nur auf der Grundlage einer Güter- und Interessenabwägung beantworten. Die Auffassung des Kl., seinem Widerspruch gegen die Zusendung von Werbematerial komme grundsätzlich „absolute Bindungswirkung“ zu, ist deshalb unrichtig. Der Widerspruch bewirkt lediglich, daß die Frage einer Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu prüfen ist. Ob eine Verletzung vorliegt, hängt von dem Ergebnis der Güter- und Interessenerwägung ab. Bei dieser Abwägung sind, wie das *BerGer.* zutreffend unter Hinweis auf das einschlägige zivilrechtliche Schrifttum ausgeführt hat, die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Insbesondere kommt es auf den Grad der Belästigung an, der der Umworbene ausgesetzt ist, wenn die Werbung nicht unterbleibt. Eine unzumutbare Belästigung braucht er nicht hinzunehmen. Dagegen kann er – entgegen der Meinung der Revision – nicht mit Hilfe des Persönlichkeitsrechts jedwede Belästigung, auch die geringfügige, abwehren.

Im vorliegenden Fall ist die Zumutbarkeitsgrenze nicht überschritten worden. Aufgrund einer eingehenden tatrichterlichen Würdigung der Auswirkungen der hier in Frage stehenden Werbung auf den Kanzleibetrieb des Kl. ist das *BerGer.* zu dem Ergebnis gekommen, daß diese sich noch unterhalb der Schwelle befindet, von der ab der Kl. sie nicht mehr hinzunehmen braucht. Es hat insbesondere darauf abgestellt, daß die Werbebeilagen – anders als in dem bereits erwähnten, vom *BGH* entschiedenen Fall – nicht als Privatpost getarnt, sondern ohne weiteres als solche zu erkennen sind, daß sie ohne Mühe und Zeitaufwand von

den amtlichen Mitteilungen über den Kontostand gesondert werden können, daß die Zahl der Werbebeilagen auf eine je Kontoauszugsbrief beschränkt ist und daß höchstens drei Kontoauszugsbriefe im Monat eine private Werbebeilage enthalten. Es hat hieraus gefolgert, eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Kanzleibetriebes des Kl. liege nicht vor, diese halte sich vielmehr am unteren Rande der Spürbarkeit. Der als geringfügig bewertete Störung des Kanzleibetriebes hat es das Interesse der Bekl. gegenübergestellt, durch die Werbung Einnahmen zu erzielen, die in die Postkasse fließen und damit, wenn nicht allein den Postgiroteilnehmern, so doch letztlich der Gesamtheit der Postbenutzer zugute kommen.

Diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Man mag schon darüber streiten, ob bei einer Briefwerbung mit einem derart geringen Belästigungseffekt wie im vorliegenden Fall nicht der Gesichtspunkt der „Sozialadäquanz“ eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von vornherein ausscheiden läßt, ob es sich also um eine Belästigung handelt, die sich unter den heute üblichen Bedingungen eines sozialverträglichen Zusammenlebens jedermann gefallen lassen muß (vgl. *Schwerdtner*, in: MünchKomm, 2. Aufl. [1984], § 12 Rdnr. 245). Aber auch wenn man wie das BerGer. – wohl zu Recht – davon ausgeht, daß die Mißachtung des entgegenstehenden Willens des Werbungsadressaten den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berührt, sind angesichts der Geringfügigkeit der Beeinträchtigung an das Gewicht der Interessen des Absenders des Werbematerials keine hohen Anforderungen zu stellen. Daran ändert auch nichts, daß der Kl., solange er das Postgirokonto unterhält, dem „Zwang“, die Werbung entgegenzunehmen und zumindest flüchtig zur Kenntnis zu nehmen, nicht ausweichen kann. Daß bei der Aussonderung der Werbung ein nennenswert größerer Aufmerksamkeitsaufwand erforderlich ist als bei Werbebriefen, die ungeöffnet weggeworfen werden können, kann angesichts der Feststellung des BerGer., die privaten Werbeschriften in den Kontoauszugsbriefen seien als solche unschwer erkennbar, nicht angenommen werden. Deshalb kommt es nicht darauf an, daß der Kl. sich der Werbung hier nicht schon „im Vorfeld“ entziehen kann.

Etwas anderes mag bei Briefkastenwerbung durch Werbewerksendungen gelten (vgl. hierzu *BGH*, NJW 1989, 902). Hier droht, wenn einem am Briefkasten angebrachten Widerspruch nicht grundsätzlich Verbindlichkeit zuerkannt wird, leicht ein Überhandnehmen der Belieferung mit Werbematerial. Es liegt auf der Hand, daß es für den Betr. in besonderem Maße unerwünscht und lästig sein kann, wenn Werbematerial den Briefkasten füllt und damit zumindest teilweise seiner eigentlichen Funktion, Postsendungen aufzunehmen, entzieht. Dies wird besonders deutlich, wenn der Betr. zeitweise – etwa wegen Ortsabwesenheit – den Briefkasten nicht täglich leeren kann. Dem steht die hier zu beurteilende Lage des Betr. jedoch nicht gleich. Der Kl. erhält nicht mehr Sendungen, als er ohne das Werbematerial auch erhielte. Daß bis zu dreimal im Monat der Kontoauszugsbrief wegen der Werbebeilage etwas umfänglicher ist, fällt hinsichtlich der unerwünschten Auffüllung seines Briefkastens nicht ins Gewicht. Eine allmähliche Auffüllung mangels täglicher Leerung kann der Betr. bei durch die Post zuzustellenden Sendungen zudem dadurch vermeiden, daß er, etwa bei längerer Ortsabwesenheit, die Nachsendung oder die Selbstabholung beim Postamt beantragt.

Das BerGer. hat zutreffend darauf hingewiesen, daß für das Maß des Zumutbaren von Bedeutung sein kann, ob die Werbung den privaten häuslichen Bereich des Adressaten erreicht oder nur in seinem geschäftlichen oder beruflichen Bereich in Erscheinung tritt, der durch das Persönlichkeitsrecht nicht so stark geschützt ist wie die Privatsphäre. Es hat hervorgehoben, daß die Kontoauszugsbriefe an die Anwalts- und Notariatskanzlei des Kl. und nicht an seine Privatadresse gesandt werden und daß es sich bei dem Postgirokonto im wesentlichen um ein „Geschäftskonto“ handelt, so daß von der in Frage stehenden Werbung fast ausschließlich der berufliche Wirkungskreis des Kl. betroffen ist. Hierauf kommt es im vorliegenden Fall indessen nicht an. Denn das Ergebnis der Interessenabwägung wäre dasselbe, wenn das Postgirokonto ein Privatkonto wäre und die Werbung dadurch, daß die Kontoauszugsbriefe an die Privatadresse geschickt würden, in den häuslichen Privatbereich des Kl. gelangte. Mit der

geringfügigen Mühe, bis zu dreimal im Monat einen Blick auf eine als solche ohne weiteres erkennbare Werbebeilage zu werfen und sie sodann mit einer Handbewegung in den Papierkorb zu befördern, wird die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten. Das wirtschaftliche Interesse der Bundespost hat auf jeden Fall größeres Gewicht als der Wunsch des Kl., von der fraglichen Werbung verschont zu werden. Es bedurfte deshalb nicht der Klärung der zwischen den Bet. streitigen Frage, ob es der Bekl. ohne unverhältnismäßigen Kostenaufwand möglich ist, bei der Versendung der Werbebeilagen bestimmte Kontoinhaber auszulassen. Daß die Werbeeinnahmen im Verhältnis zu dem Defizit im Postgirodienst nur einen geringen Betrag ausmachen, ist in diesem Zusammenhang – entgegen der Auffassung der Revision – ohne rechtliche Bedeutung. Denn hierdurch ändert sich an der Relation zwischen dem Maß der Einwirkung auf den Interessenkreis des Kl. und den wirtschaftlichen Interessen der Bundespost nichts. Daß mangels Erheblichkeit der Einwirkung auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), hier in Form des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – wenn denn die Kanzlei des Kl. als eines freiberuflich tätigen Rechtsanwalts und Notars überhaupt unter dem Schutz dieses Rechts stehen sollte – nicht in Betracht kommt, hat das BerGer. zutreffend ausgeführt.

Auch aus dem zwischen dem Kl. und der Bekl. bestehenden Postgiroteilnehmerverhältnis, einem öffentlichrechtlichen Benutzungsverhältnis, das beiderseitige Rechte und Pflichten zum Inhalt hat, läßt sich nicht die Verpflichtung der Bundespost herleiten, die Werbung zu unterlassen. Ein dahingehendes Weisungsrecht hat der Kl. nicht. Auf der Bundespost obliegende Schutzpflichten kann sich der Kl. ebenfalls nicht berufen. Denn eine Pflicht, den Postgiroteilnehmer vor unerwünschter Werbung zu schützen oder von der Zusendung von Werbematerial zu verschonen, ergibt sich aus dem Benutzungsverhältnis nicht, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß es sich hierbei um ein Dauerrechtsverhältnis handelt.

Schließlich ist das BerGer. zu Recht davon ausgegangen, daß die Übersendung von Werbematerial in Kontoauszugsbriefen an Postgiroteilnehmer nicht schon deshalb rechtswidrig ist, weil sie nicht auf einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung beruht. Mit der Übersendung der Kontoauszüge erfüllt die Bundespost eine ihr aufgrund des Postgiroteilnehmerverhältnisses obliegende Pflicht (§ 13 I der Postgiroordnung vom 5. 12. 1984, BGBl I, 1478). Die Beifügung von Werbematerial stellt eine sog. Randnutzung des Kontostand-Mitteilungsdienstes dar, die einer besonderen gesetzlichen Zulassung nicht bedarf. Mit dem Begriff der Randnutzung wird, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, die wirtschaftliche Betätigung bezeichnet, die die öffentliche Hand „bei Gelegenheit“ der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben betreibt, um sonst brachliegendes Wirtschaftspotential, das im übrigen aber öffentlichen Zwecken dient, auszunutzen (*Leisner*, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, 1967, S. 70). Die von Post und Eisenbahn betriebene Reklame gilt hierfür als klassisches Beispiel (*Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 137, m. w. Nachw.). Gerechtfertigt wird die Randnutzung mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, das die Verwaltung zu ökonomisch vernünftigem, sparsamen Wirtschaften unter Ausnutzung ihres Wirtschaftspotentials verpflichtet. Die Grenzen ihrer Zulässigkeit liegen dort, wo sie über den Funktionsbereich des Verwaltungsträgers hinausgeht, mit den öffentlichen Zwecken der Verwaltungstätigkeit nicht mehr vereinbar ist oder die sachgerechte Aufgabenerledigung beeinträchtigt.

Hiernach bestehen hinsichtlich der Zulässigkeit der – bereits seit vielen Jahrzehnten betriebenen – Postreklame keine grundsätzlichen Bedenken (so schon *Forsthoff*, DÖV 1957, 99; *Hans Schneider*, Werbung im Rundfunk, 1965, S. 15 ff.; *Leisner*, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, 1967, S. 71). Insbesondere wird bei der hier in Frage stehenden Art der Werbung die der Bundespost nach § 13 I PostgiroO obliegende Aufgabe, den Postgiroteilnehmer über den jeweiligen Stand seines Kontos zu unterrichten, nicht beeinträchtigt.

Anm. d. Schriftltg.: Zum Verbot politischer Vermerke auf der Aufschriftseite von Postsendungen gem. § 13 I Nr. 3 PostO vgl. *BVerfGE* 72, 183 = NJW 1986, 949 = NVwZ 1986, 297 L = JZ 1986, 438 m. Anm. *Degenhart*.