

## Vom Fall zum Urteil - eine Einführung in die Rechtswissenschaften



### Vorwort

*(Jens Ph. Wilhelm, Frederic Kahrl)*

Nach einer Übersicht über die Rechtswissenschaften und ihre Methodik war der Hauptteil des Kurses der Erarbeitung von Fällen gewidmet. So bereiteten die Teilnehmer in fünf Kleingruppen verschiedene Sachverhalte aus dem Zivil- und Strafrecht rechtsgutachtlich auf (siehe nachfolgend die Fälle 1 bis 5). Ferner vermittelte ein Gerichtsbesuch (siehe den Bericht am Ende) die Praxis des Strafverfahrens, an der sich die Teilnehmenden am letzten Kurstag selbst mit einer Gerichtssimulation versuchten. Wenn auch diese Verhandlung über den Fall des Dorfrichters Adam aus *Heinrich von Kleists Zerbrochenem Krug* nicht mehr in diese Dokumentation einfließen konnte, so soll doch der Abdruck der Gerichtstafel an sie erinnern. Zurückblickend läßt sich sagen, dass der Kurs offenbar seine Ziele erreichte, nämlich nicht nur mit dem juristischen Handwerkszeug vertraut zu machen, sondern auch Freude am Umgang mit dem Recht zu vermitteln.

Naturgemäß können etwa zwei Wochen Akademie nicht ein bis zwei Anfangssemester des juristischen Studiums ersetzen, was bei der Lektüre der nachfolgenden Falllösungen zu berücksichtigen ist. Auch deshalb wurde teilweise die Aufgabenstellung begrenzt.

Abschließend bleibt den Verlagen *Diogenes* (Zürich) und *C.H. Beck* (München) sowie der Firma *LexisNexis Deutschland GmbH* für die freundliche Unterstützung der Kursarbeit zu danken.

### Fall 1: "Schwere Verhandlungen"

*(Janis Beckedorf, Thomas Dziwis, Christian Kukuczka)*

**Sachverhalt:**<sup>1</sup> Der frisch vermählte V will sich von seinem wilden Leben verabschieden und sein Motorrad der Marke Harley Davidson verkaufen. Daher setzt er in seiner lokalen Tageszeitung eine Annonce folgenden Inhalts auf: "Verkaufe Harley Davidson Sportster XL 1200, EZ 10/95, 38 tkm, ... [nähere Angaben], VB 4.500 EUR, Tel. 555-0001."

<sup>1</sup> Fall aus: *Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil. 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2009, S. 61 ff (= Klausur 1, Grundfall).

Auf das Inserat meldet sich der Harley Davidson-Liebhaber *K*, der sich auf steter Suche nach weiteren Exemplaren für seine Sammlung befindet. Nachdem er sich über den Zustand der Maschine informiert hat, erklärt er *V* gegenüber, auf Verhandlungen zu verzichten und die Harley für den angebotenen Preis von 4.500 EUR erwerben zu wollen. *V* ist verwundert und teilt dem *K* wahrheitsgemäß mit, dass der Zeitung ein Druckfehler unterlaufen sein müsse, da er als Verhandlungsbasis (VB) 5.400 EUR in seinen Anzeigenauftrag geschrieben habe. Da er aber wisse, dass sein Motorrad bei *K* als Sammler in guten Händen sei, würde er es ihm für 5.000 EUR verkaufen. *K* ist über die neue Entwicklung irritiert und verfällt in grüblerisches Schweigen. Bevor er etwas auf die neue Situation entgegenen kann, wird die Verbindung unterbrochen. *K* vergaß, die Akkubatterien seines schnurlosen Telefons aufzuladen, was zum vorzeitigen Abbruch des Gespräches führte.

*K* greift sogleich zu seinem Mobiltelefon, muss aber feststellen, dass der Anschluss des *V* besetzt ist. Bei einem zweiten Versuch wenige Minuten später erreicht er den *V* und nimmt sein Angebot zum Erwerb der Harley Davidson zum Preis von 5.000 EUR an. *V* muss dem *K* aber mitteilen, nun zu spät zu kommen, da er zwischenzeitlich das Motorrad an einen anderen Interessenten verkauft habe. *K* ist empört. Schließlich habe ihm *V* ein verbindliches Angebot unterbreitet, dem er nicht widersprochen und das er spätestens jetzt angenommen habe. Ohnehin sei ihm zumindest eine geringe Bedenkzeit von wenigen Minuten zuzugestehen, zumal die Unterbrechung ihres Telefonats unabsichtlich herbeigeführt wurde. *K* pocht daher auf Einhaltung des geschlossenen Kaufvertrags und verlangt von *V* die Übergabe und Übereignung der Maschine.

**Aufgabe:** Kann *K* von *V* die Übergabe und Übereignung der Harley Davidson verlangen?

### Gutachten

*K* könnte gegen *V* i.S.d. § 433 I 1 BGB einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Motorrads haben, wenn zum einen beide einen Kaufvertrag abgeschlossen haben, der fortbesteht, und zum anderen dieser Anspruch durchsetzbar ist.

#### I. Entstehung eines Kaufvertrages

##### 1. Inserat als Antrag des *V*

Durch das Inserat des *V* und die Erklärung des *K*, das Motorrad kaufen zu wollen, könnte ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB geschlossen worden sein. Zum Abschluss eines Kaufvertrages sind zwei korrespondierende Willenserklärungen notwendig, Antrag und Annahme (vgl. §§ 145, 147 BGB)<sup>2</sup>.

Die Antwort des *K* könnte eine Annahme gemäß § 147 BGB gewesen sein. *K* bestätigte gegenüber *V*, das Motorrad zu dem im Inserat (vermeintlich) angebotenen Preis in Höhe von 4.500 EUR kaufen zu wollen. Somit war die Antwort des *K* eine Willenserklärung, die auf Annahme eines Antrags gerichtet war. Eine Annahme im Rechtssinne setzt jedoch einen Antrag voraus.

Fraglich ist allerdings, ob das Inserat des *V* ein Antrag i.S.d. § 145 BGB ist. Gegen das Vorliegen einer Willenserklärung spricht nicht bereits, dass ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist.<sup>3</sup> Solch eine sog. *offerta ad incertas personas* ist aber von einer an einen unbestimmten Personenkreis gerichteten bloßen Einladung zur Abgabe eines Angebotes (sog. *invitatio ad offerendum*) abzugrenzen<sup>4</sup>, die nicht auf das Herbeiführen einer Rechtsfolge gerichtet ist und der somit der Rechtsbindungswille fehlt.<sup>5</sup> Bei dem Inserat des *V* ist gerade dies problematisch.

Wäre das Inserat ein Antrag, könnten mehrere Telefonpartner den Antrag annehmen. So könnte eine von *V* nicht zu beeinflussende Zahl an Kaufverträgen entstehen. *V* kann die Leistung, das Motorrad zu veräußern, jedoch nur einmal erbringen. Es handelt sich um kein Massengeschäft. Demnach

<sup>2</sup> Vgl. *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 1.

<sup>3</sup> Vgl. *Kramer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 145 Rn. 10.

<sup>4</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 358 f.

<sup>5</sup> Vgl. *Eckert* in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, 17. Edition 2010, § 145 Rn. 35.

entspricht der Abschluss mehrerer Kaufverträge nicht dem Willen des V. Zudem trägt er als Verkäufer das Insolvenzrisiko. Daher ist es in seinem Interesse, das Insolvenzrisiko zu reduzieren, indem er seinen Geschäftspartner nach dessen Solvenz auswählt. Ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis kann auch insofern nicht Wille des V sein.

Es bestand also kein Rechtsbindungswille.

Selbst wenn dem Inserenten ein Rechtsbindungswillen zukäme, wäre überdies fraglich, ob der vermeintliche Antrag des V inhaltlich hinreichend bestimmt war. Der Antrag muss die wesentlichen Geschäftsbestandteile beinhalten.<sup>6</sup> Das bedeutet bei einem Kaufvertrag, der Antrag hat Käufer, Verkäufer, Sache und Kaufpreis als die sog. *essentialia negotii* zu umfassen.<sup>7</sup> Zweifelhaft ist hier der Kaufpreis. Das Inserat gab den Preis lediglich mit 4.500 EUR als Verhandlungsbasis an. Der Preis war somit nicht endgültig bestimmt und die *essentialia negotii* lagen nicht vollständig vor.

Nach alledem handelte es sich bei dem Inserat nicht um einen Antrag. Im gegebenen Sachverhalt lag eine bloße *invitatio ad offerendum* vor. Folglich ist durch die auf das Inserat des V hin erfolgte Erklärung des K, das Motorrad kaufen zu wollen, kein Kaufvertrag geschlossen worden.

## 2. Antrag des K beim ersten Telefonat

K und V könnten gleichwohl einen Kaufvertrag geschlossen haben, wenn die vermeintliche Annahme des K (s.o. 1.) als Antrag ausgelegt werden kann und V diesen angenommen hat.

Bei der Qualifizierung einer Willenserklärung ist der objektive Empfängerhorizont maßgeblich (vgl. §§ 133, 157 BGB). Dies bedeutet eine Willenserklärung ist so zu verstehen, wie sie ein Unbefangener nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen würde. Entscheidend ist also die Verständnismöglichkeit des Empfängers. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Empfänger den wirklichen Willen des Erklärenden trotz des abweichenden objektiven Erklärungsgehalts richtig erkannt hat.<sup>8</sup>

Aus der Sicht eines objektiven Dritten war es der Wille des K, einen Kaufvertrag zu den im Inserat angegebenen Konditionen abzuschließen, ohne über den Kaufpreis zu verhandeln. Daher ist die Willenserklärung als Antrag auszulegen.

Zur Schließung eines Kaufvertrages müsste V den Antrag des K angenommen haben. V mochte den Kaufvertrag abschließen, aber unter Abänderung des Kaufpreises. Laut § 150 II BGB gilt eine abändernde Annahme aber als eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag.

Es liegt keine Annahme vor, so dass K und V weiterhin keinen Kaufvertrag geschlossen haben.

## 3. Annahme des modifizierten Antrags des V durch K vor der Unterbrechung des Telefonats

Ein Kaufvertrag könnte entstanden sein, sofern K den neuen Antrag des V rechtzeitig gemäß § 147 I BGB angenommen hat.

Wie oben dargestellt, gab V durch seine abändernde Annahme einen neuen Antrag ab. Daraufhin verfiel K in grüblerisches Schweigen. Fraglich ist, ob K den Antrag durch Schweigen angenommen hat. Wer schweigt, setzt im Allgemeinen keinen Erklärungstatbestand; er bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck.<sup>9</sup> Eine Ausnahme ist hier nicht ersichtlich. Es liegt keine Annahme des K hinsichtlich des Antrages des V vor.

Folglich ist auf die abändernde Annahme des V hin zunächst kein Kaufvertrag entstanden.

## 4. Zustandekommen nach der Unterbrechung des Telefonats

Des Weiteren könnte zwischen K und V später ein Kaufvertrag entstanden sein, wenn der Antrag des V nicht erloschen ist und K jenen noch rechtzeitig angenommen hat.

a) Nach der Telefonunterbrechung rief K zurück und erklärte V, den Antrag anzunehmen. Eine mittels Fernsprecher abgegebene Willenserklärung ist nach § 147 I 2 BGB so zu behandeln wie eine Willenserklärung, die unter Anwesenden abgegeben wurde. Daher musste der Antrag gemäß § 147 I 1 BGB

<sup>6</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 431.

<sup>7</sup> Vgl. *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 3.

<sup>8</sup> Zum Ganzen *Stöhr*, JuS 2010, 292.

<sup>9</sup> *Ellenberger* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, Einf. vor § 116 Rn. 7.

von *K* sofort angenommen werden. "Sofort" bedeutet so schnell wie objektiv möglich; im Gegensatz zur Unverzüglichkeit (§ 121 I 1 BGB) schadet auch schuldlose Verzögerung.<sup>10</sup> Zu klären ist, ob trotz der Telefonunterbrechung die spätere Annahme des *K* noch sofort erfolgte.

Sobald eine Telefonverbindung unterbrochen ist, kann eine Annahme grundsätzlich nicht mehr sofort abgegeben werden. Trotz sofortigem Rückruf würde ein Antrag, der während des vorherigen Telefonates abgegeben wurde, erlöschen.<sup>11</sup> *K* versuchte, den *V* sogleich nach der Telefonunterbrechung anzurufen, es war aber besetzt. Damit hat *K* zwar alles in seiner Macht Stehende unternommen, um *V* sofort zurückzurufen, doch blieb trotz seiner Bemühungen der Anruferfolg aus. Da allein maßgeblich ist, dass der Rückruf nicht sofort erfolgte, ist damit der Antrag des *V* grundsätzlich erloschen.

Allerdings scheint § 147 I BGB auf Ferngespräche nur bedingt zuzutreffen. Die Risikoverteilung zwischen den Parteien kann sich im Fall eines Ferngesprächs wesentlich anders darstellen als in der hypothetischen Alternativsituation einer Verständigung unter tatsächlich örtlich Anwesenden. Daher ist fraglich, ob eine Wertungskorrektur nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB vorzunehmen ist. Ob eine Korrektur der Risikoverteilung erfolgen kann, ist umstritten.<sup>12</sup> Sie ist jedenfalls an hohe Voraussetzungen gebunden und allenfalls angezeigt, wenn die Unterbrechung von dem Antragenden selbst verschuldet wurde.<sup>13</sup> Jedenfalls im vorliegenden Sachverhalt ist die Unterbrechung nicht auf den *V* als Antragenden zurückzuführen. Für ihn ist nicht erkennbar, ob *K* aufgelegt hat oder eine höhere Macht für die Telefonunterbrechung verantwortlich ist. Folglich ist eine Nachkorrektur hier keinesfalls geboten.

Der Antrag des *V* ist mit der Unterbrechung des Telefonates erloschen und *K* hat das modifizierte Angebot des *V* nach Unterbrechung des Telefonats nicht mehr annehmen können.

b) Seine entsprechende Annahmeerklärung könnte jedoch als neuer Antrag zu verstehen sein. Wenn *V* diesen angenommen hätte, wäre ein Kaufvertrag zustande gekommen.

Angesichts des erloschenen Antrags des *V* war aus der Sicht eines besonnenen Dritten die nach der Unterbrechung des Telefonats in dem Rückruf durch *K* erklärte vermeintliche Annahme verspätet und nach § 150 I BGB als ein neuer Antrag zu werten. *V* lehnte diesen neuen Antrag ab.

Es lagen also keine zwei korrespondierenden Willenserklärungen vor. Auch auf die verspätete "Annahme" des *K* hin ist kein Kaufvertrag entstanden.

## II. Ergebnis

Zwischen *K* und *V* ist kein Kaufvertrag geschlossen worden. *K* hat gegen *V* aus § 433 I 1 BGB keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Motorrads.



<sup>10</sup> *Ellenberger* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 147 Rn 5.

<sup>11</sup> *Kramer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 147 Rn. 3.

<sup>12</sup> Nachweise bei *Kramer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 147 Rn. 3 m. Fn. 4.

<sup>13</sup> *Kramer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 147 Rn. 3.

## Fall 2: "Ärger mit dem MP3-Player"

(Nina Beck, Hady Daboul, Jonas Siegl)

**Sachverhalt:**<sup>14</sup> *L* hat zu seinem 17. Geburtstag endlich den heißersehten neuen Computer bekommen. Als besonderes Bonbon haben ihm seine Eltern gleich auch einen DSL-Anschluss spendiert. Seitdem er den PC zusammen mit seinem Vater eingerichtet hat, ist *L* nur selten vom Bildschirm losgekommen. Unter anderem hat es *L* auch die kommerzielle Seite des Internets angetan. Bei *eBay* entdeckt er einen neuen MP3-Player bei Powerseller *P*, der das Produkt im Rahmen einer einfachen "Auktion" auf der Online-Plattform eingestellt hat. Laut Verkäuferprofil hat *P* im letzten Jahr 208 neue Elektroartikel bei *eBay* umgesetzt. *L* bietet im Rahmen seines monatlichen Taschengelds mit und gibt bei der am 14.6.2010 endenden "Auktion" das höchste Gebot ab. *L* bezahlt per Überweisung. Das Gerät wird am 18.6.2010 mit einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung und unter Wahrung der Informationspflichten geliefert. Als er den MP3-Player elf Tage später auspackt, verfliegt jedoch sein Enthusiasmus über die Neuanschaffung schnell und er möchte das "hässliche Ding" am liebsten wieder loswerden. Daher widerruft er den Kauf am 2.7.2010 um 23:57 Uhr per Telefax, das am 3.7.2010 um 8:00 Uhr vom Verkäufer gelesen wird.

**Aufgabe:** Ist *L* an den Vertrag gebunden bzw. hat er rechtliche Möglichkeiten, um sich ggf. vom Vertrag zu lösen?

**Bearbeiterhinweis:** PowerSeller sind Profi-Verkäufer, die kontinuierlich besonders viele Artikel bei *eBay* verkaufen oder ein hohes Handelsvolumen vorweisen können. Zusätzlich müssen PowerSeller mindestens 100 Käufer-Bewertungen erhalten haben, von denen mindestens 98% positiv sein müssen.

### Gutachten

*L* ist an den Kaufvertrag über den MP3-Player mit *P* gebunden, wenn jener rechtswirksam ist (s. u. I.) und *L* sich nicht durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes vom Kaufvertrag gelöst hat (s.u. II.).

#### I. Vorliegen eines bindenden Kaufvertrags

Fraglich ist zunächst, ob zwischen *L* und *P* überhaupt ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB wirksam entstanden ist.

##### 1. Entstehung eines Kaufvertrages nach § 433 BGB

Ein Kaufvertrag entsteht durch zwei korrespondierende Willenserklärungen<sup>15</sup>, die auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtet sind. Diese Willenserklärungen beinhalten den Antrag gemäß § 145 BGB und die Annahme des Angebotes laut § 147 BGB. Bei einer Auktion bei *eBay* gibt jeder, der ein Gebot bei der Internetauktion abgibt, ein Angebot i.S.d. § 145 BGB ab. Das Endgebot des *L* ist folglich ein Angebot i.S.d. § 145 BGB, welches auf den Abschluss eines Kaufvertrages abzielt.

Der Anbietende erklärt durch das Einstellen der Ware bei *eBay* eine antizipierte Annahme des Höchstgebotes nach § 147 I BGB.<sup>16</sup> Somit wird nur das endgültige Höchstgebot durch den Verkäufer angenommen. Hier erklärt der Powerseller *P* durch das Anbieten des MP3-Players in einer Internetauktion bei *eBay* eine antizipierte Annahme des Höchstgebotes, das bei der Auktion abgegeben wird. Er nimmt somit das Höchstgebot des *L* an. Also liegen zwei korrespondierende Willenserklärungen vor und zwischen *L* und *P* ist ein Kaufvertrag entstanden.

<sup>14</sup> Fall von: *Czeguhn/Dickmann*, Übungsklausur - Zivilrecht: Minderjährigenrecht - Ärger über das Internet, JuS 2008, 336 = JuS-Erstsemesterheft 2008, S. 30 ff (= Frage 1).

<sup>15</sup> *Eckert* in: *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, 17. Edition 2010, § 145 Rn. 2.

<sup>16</sup> *Ellenberger* in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010 § 156 Rn. 3.

## 2. Wirksamkeit des Kaufvertrages

Fraglich ist jedoch, ob dieser Kaufvertrag auch rechtswirksam ist. Voraussetzung wäre, dass *L* eine rechtswirksame Willenserklärung abgegeben hat.

*L* kann grundsätzlich eine rechtskräftige Willenserklärung abgeben, wenn er voll geschäftsfähig ist (§ 2, arg. contr. §§ 104, 106 BGB). Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass *L* sein 17. Lebensjahr erreicht hat und somit nach § 2 BGB minderjährig und laut § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig ist. *L* benötigt daher gemäß §§ 107, 108 I BGB für die Abgabe einer Willenserklärung, die nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter. Durch den Abschluss eines Kaufvertrages entstehen dem *L* rechtliche Pflichten. Das Geschäft ist für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Zuständig für die Erteilung der somit notwendigen Zustimmung sind mangels anderer Sachverhaltsangaben seine Eltern, § 1629 I 1 BGB. Die Zustimmung kann vorab als Einwilligung oder nachträglich als Genehmigung erteilt werden. *L* hat keine Einwilligung seiner Eltern i.S.d. § 107 BGB zu der Willenserklärung erhalten. Eine Genehmigung des Kaufvertrages durch seine Eltern i.S.d. § 108 I BGB haben diese *L* noch nicht erteilt. Also hat *L* nach §§ 107, 108 BGB seine Willenserklärung nicht rechtswirksam abgegeben und der Kaufvertrag wäre insoweit zunächst schwebend unwirksam.

Gemäß § 110 BGB kann eine nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähige Person jedoch auch ohne die spezifische Einwilligung oder Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters einen Kaufvertrag abschließen, sofern sie ihre vertraglichen Verpflichtungen mit eigenen Mitteln bewirken kann, die ihr für einen bestimmten Zweck überlassen oder zur freien Verfügung gestellt wurden. "Bewirken" bedeutet, die vertraglichen Pflichten vollständig zu erfüllen.<sup>17</sup> *L* bietet im Rahmen seines Taschengeldes mit. Dieses wurde ihm, mangels anderer Sachverhaltsangaben, zur freien Verfügung gestellt. Er nutzt diese Mittel zum Bezahlen des Kaufpreises. *L* erfüllt folglich seine vertraglichen Pflichten vollständig. In dieser Bezahlung liegt dementsprechend ein Bewirken der Verpflichtungen mit eigenen Mitteln i.S.d. § 110 BGB. Dadurch wurde der Kaufvertrag nach § 110 BGB gültig.

Zwischen *L* und *P* liegt folglich gemäß § 433 I 1 BGB ein gültiger Vertrag vor, an den *L* gebunden ist.

## II. Lösen vom Kaufvertrag durch Ausüben eines Gestaltungsrechtes

*L* könnte sich vom Vertrag mit *P* lösen, wenn er ein dahingehendes Gestaltungsrecht wirksam ausübt.

### 1. Mögliche Gestaltungsrechte

*L* könnte sich (a) auf das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 I BGB, (b) ein Anfechtungsrecht laut §§ 119, 120, 123 BGB oder (c) das Widerrufsrecht nach § 355 BGB berufen, um sich von dem Vertrag zu lösen.

a) Ein Rücktrittsrecht von einem Kaufvertrag besteht gemäß § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 I BGB bei einer mangelhaften Kaufsache. Die vertragliche Pflicht des Verkäufers ist gem. § 433 I 2 BGB, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übereignen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der MP3-Player keinerlei Sachmängel oder Rechtsmängel hat. Deswegen kann sich *L* nicht auf § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 I BGB berufen, um sich von dem Vertrag zu lösen. So kommt kein entsprechendes Rücktritt in Betracht.

b) Gemäß §§ 119, 120, 123 BGB kann sich der Käufer vom Vertrag lösen, wenn der Kaufvertrag aufgrund eines Irrtums, einer falschen Übermittlung oder einer Täuschung bzw. Drohung zustande gekommen ist. Es liegen laut Sachverhalt kein Irrtum, keine falsche Übermittlung, Drohung oder Täuschung vor. §§ 119, 120 und 123 BGB finden keine Anwendung. Ein Anfechtungsrecht kommt nicht in Betracht.

c) In Betracht kommt lediglich ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB.

<sup>17</sup> Dörner in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 6. Aufl. 2009, § 110 Rn. 4.

## 2. Widerrufsrecht

Dem *L* könnte ein Widerrufsrecht aus einem Fernabsatzvertrag, §§ 312d I 1, 312b i.V.m. § 355 BGB, zustehen.

Fraglich ist, ob (a) erstens ein Fernabsatzvertrag gemäß § 312b I 1 BGB vorliegt, zweitens ob (b) bei diesem ein Widerrufsrecht gemäß § 312d I BGB besteht und drittens, ob (c) *L* dieses Widerrufsrecht wirksam ausübt.

a) *Fernabsatzvertrag*. Ein Fernabsatzvertrag entsteht i.S.d. § 312b I 1 BGB, wenn zur Schließung des Vertrages ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet werden und ein Unternehmer als Verkäufer und ein Verbraucher als Käufer auftritt.

Der Kaufvertrag zwischen *L* und *P* über den Kauf des MP3-Players ist ausschließlich über das Internet entstanden. Das Internet ist ein Fernkommunikationsmittel<sup>18</sup>. Folglich wurden ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet, um den Vertrag abzuschließen.

Nach § 14 BGB ist jemand ein Unternehmer, wenn er in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. *eBay* hat den Begriff des Powerseller eingeführt. Mit diesem sind laut *eBay* Benutzer gemeint, welche im Rahmen von *eBay* planmäßig und dauerhaft Artikel umsetzen. Diese sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich Unternehmer.<sup>19</sup> *P* ist Powerseller. Er setzt freilich pro Jahr mit 208 Artikeln bei *eBay* wesentlich mehr Artikel um als notwendig wären, um bereits das Prädikat des Powersellers erlangen. Diese reichen aus, um einen Teil seines Lebensunterhaltes zu bestreiten. Somit ist er nach § 14 BGB Unternehmer.

Nach § 13 BGB ist eine Person ein Verbraucher, wenn sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Kauf des MP3-Players ein Einzelkauf ist. *L* kauft ihn nicht zum Weiterverkauf oder anderen gewerblichen Zwecken, sondern zum privaten Gebrauch.<sup>20</sup> *L* ist nach § 13 BGB ein Verbraucher.

Der vorliegende Kaufvertrag ist somit ein Fernabsatzvertrag.

b) *Bestehen des Widerrufsrechts*. Ist ein Fernabsatzvertrag gegeben, besteht gemäß § 312d I i.V.m. § 355 BGB grundsätzlich ein Widerrufsrecht. Bei Fernabsatzverträgen existiert allerdings gemäß § 312d IV Nr. 5 BGB kein Widerrufsrecht, wenn der Fernabsatzvertrag durch eine Versteigerung nach § 156 BGB entstanden ist. Nach § 156 BGB kommt ein Vertrag erst mit dem Zuschlag durch den Auktionator zu Stande. Dieser Zuschlag erfordert aus diesem Grund eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>21</sup> Der bloße Zeitablauf bei Internetauktionen ist kein Zuschlag i.S.d. § 156 BGB. Somit ist § 156 BGB nicht auf eine Internetauktion übertragbar.<sup>22</sup> Deswegen ist § 312d IV Nr. 5 BGB auf eine Auktion bei *eBay* nicht anwendbar und es besteht ein Widerrufsrecht nach § 312d I i.V.m. § 355 BGB.

c) *Lösen durch Ausübung des Widerrufsrechts*. Fraglich ist, ob *L* sein Widerrufsrecht wirksam ausgeübt hat. An sich ist eine Widerrufserklärung durch *L* gegeben. Diese hat er am 2.7.2010 um 23:57 Uhr in Form eines Telefax abgeschickt. Ein Widerrufsrecht ist aber nur wirksam ausgeübt, wenn der Widerruf in Textform gem. § 126b BGB und nach § 355 II BGB innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen erfolgt.

Die Form des Telefax ist nach § 126b BGB eine dauerhafte Wiedergabe in Schriftzeichen. Somit ist die nötige Textform gegeben.

Nach § 312d II BGB muss der Widerruf innerhalb obiger Widerrufsfrist erklärt werden, die aber erst (einen Tag) nach dem Eingang der Ware und der Erfüllung der Informationspflicht beginnt.<sup>23</sup> *L*

<sup>18</sup> Vgl. *Grüneberg* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 312b Rn. 7.

<sup>19</sup> *OLG Frankfurt/Main*, MMR 2007, 378.

<sup>20</sup> Vgl. *Ellenberger* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 13 Rn. 3.

<sup>21</sup> *Ellenberger* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 156 Rn. 1.

<sup>22</sup> *Spindler/Weber* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2008, § 156 Rn. 4.

<sup>23</sup> *Grüneberg* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 312d Rn. 3 f.

hat die Ware mit ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung am 18.6.2010 erhalten. Die gemäß § 187 I BGB am 19.6.2010 beginnende Widerrufsfrist eines Fernabsatzvertrages endet somit laut § 188 I 1 BGB vierzehn Tage hiernach, in diesem Fall am 2.7.2010 um 24:00 Uhr. Da nach § 355 I 2 BGB a.E. die rechtzeitige Absendung zur Fristwahrung genügt, ist die Widerrufserklärung am 2.7.2010 um 23:57 Uhr innerhalb der Frist erfolgt.

Folglich sind die Widerrufsform und die Widerrufsfrist eingehalten. *L* hat sein Widerrufsrecht wirksam ausgeübt.

### III. Gesamtergebnis

*L* hat den Kaufvertrag mit *P* über den MP3-Player rechtswirksam nach § 312d II i.V.m. § 355 BGB widerrufen und sich damit von den Käuferpflichten gelöst.

### Fall 3: "Ein Weihnachtsabend in der Rue du Pot-au-Noir" (1)

(*Eileen Einig, Laura Scholl, Kai Kortus, Philipp Rauffmann*)

**Sachverhalt:**<sup>24</sup> Sechs junge Männer, darunter der Älteste noch keine zweiundzwanzig, führten vor knapp zehn Jahren ein Leben als Bohemiens. Dabei entstammten die angehenden Künstler *Emile Klein* und *Jeff Lombard* ärmlichen Verhältnissen, während etwa die Studenten *Maurice Belloir* und *Willy Mortier* großbürgerlichen Familien angehörten. Innerhalb der Gruppe, die sich *Die apokalyptischen Kumpane* nannte, nahm letzterer eine gewisse Außenseiterstellung ein.

Die apokalyptischen Kumpane kamen regelmäßig abends im Atelier des *Klein* zusammen. Bei ihren bis in den nächsten Morgen andauernden Zechgelagen berauschten sie sich nicht nur am Alkohol, sondern auch durch heftiges Disputieren und Philosophieren über Gott und die Welt. In solch schwärmerischer und künstlich überreizter Stimmung wandten sie sich eines Tages vor Weihnachten der Frage zu, was eigentlich ein Menschenleben wert sei und ob sie in der Lage seien, einen anderen Menschen zu töten. Den überspannten *Klein*, der hierbei mit glasigen Augen trunken erklärt hatte, ja, er wäre bereit, einen x-beliebigen Menschen auf der Straße zu töten, ließ diese Frage in der Folge nicht mehr los.

Auch bei ihrem Treffen an Heiligabend fragte der schon reichlich blaue *Klein* seine Freunde, die den Ernst der Lage verkannten, ob sie glaubten, er wäre imstande, jemanden umzubringen. Kurz darauf kam es zur Tat. Der festlich angezogen von einem großen Empfang kommende *Mortier*, der nur kurz ein frohes Fest wünschen wollte, lehnte *Kleins* Aufforderung, neuen Alkohol zu besorgen, ab und machte sich über seine betrunkenen Freunde lustig. Da holte plötzlich der ihn mit flackerndem Blick umkreisende *Klein* aus und stach mit einem in der Hand versteckten Messer nach *Mortiers* Brust. Während der tödlich verwundete *Mortier* wankte und mehrfach "Ihr Schweine" sagte, gelang es ihm, langsam einen mitgeführten Revolver zu ziehen und damit auf den benommen auf sein heftig blutendes Opfer stierenden *Klein* zu zielen. Nun kam Bewegung in die überraschten Freunde und als *Mortier* gerade abdrücken wollte, stürzte sich *Belloir* auf ihn, um ihm die Waffe zu entreißen, rutschte aber in der entstandenen Blutlache aus und so fielen beide zusammen zu Boden. Dort rangen sie kurz miteinander, wobei *Belloir* dem erneut die Waffe auf *Klein* ansetzenden *Mortier* schließlich die Kehle zudrückte, bis dieser die Waffe losließ. Der reglose daliegende *Mortier* war tot. Seinen Tod hatte *Belloir* in Kauf genommen.

**Aufgabe:** Prüfen Sie rechtsgutachtlich die Strafbarkeit des *Belloir* wegen Totschlags, § 212 Abs. 1 StGB (bei Verneinen einer Strafbarkeitsvoraussetzung ist die Prüfung in einem knappen Hilfsgutachten bis zum Ende fortzuführen).

<sup>24</sup> Fall nach: *Simenon, Maigret und der Gehängte von Saint-Pholien.*



## Gutachten

*Belloir* (B) könnte sich wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

a) *Objektiver Tatbestand*. Totschlag liegt vor, wenn jemand einen anderen Menschen tötet. B hat *Mortier* (M) gewürgt. Dieser ist daraufhin gestorben. Fraglich ist aber, ob Bs Würgen kausal für den Tod des M war, da der Sachverhalt keine Todesursache nennt. Die Beantwortung der Kausalitätsfrage erfolgt im Strafrecht regelmäßig mittels der Conditio-sine-qua-non-Formel: Sie besagt, dass jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweg gedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen, ursächlich i.S.d. Strafrechts ist.<sup>25</sup> Hier müssen in tatsächlicher Hinsicht verschiedene Möglichkeiten in Betracht gezogen werden:

(1) Die von *Klein* (K) verursachte Stichwunde könnte die alleinige Todesursache gewesen sein. Ihr Wegdenken ließe also den Todeserfolg entfallen, jedenfalls wenn man das spätere Würgen durch B folgerichtig als nicht todbringend betrachtet bzw. als bloße potentiell tödliche Reserverursache - die erst später tötet - unberücksichtigt läßt. Und in der Tat sollen nach h.M. derartige hypothetische Kausalverläufe außer Betracht bleiben.<sup>26</sup> Allerdings zeigt sich hier die Schwäche der Conditio-sine-qua-non-Formel, die eigentlich die Kenntnis der naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhänge voraussetzt und nur normativ bewertet. Entsprechend dem medizinischen Kausalbefund wäre B nicht wegen vollendeten Totschlags strafbar.

Diese Sachverhaltsauslegung erscheint jedoch äußerst unwahrscheinlich, da das Würgen eines Schwerverletzten sehr wahrscheinlich dessen Tod herbeiführt oder beschleunigt.

(2) Das Würgen durch B könnte die alleinige Ursache für Ms Tod gewesen sein. In Anwendung der Conditio-sine-qua-non-Formel ließe sich Bs Würgen hinweg denken, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt, dem Tod des M, entfielen. Denn M wäre an den Folgen der früheren tödlichen Stichwunde zu einem späteren Zeitpunkt gestorben. Diese Reserverursache hat aber, wie soeben gezeigt, außer Betracht zu bleiben. Bs Würgen wäre also trotzdem kausal für Ms Tod. Damit hätte er M getötet und den objektiven Tatbestand erfüllt.

Diese Möglichkeit ist jedoch ebenso unwahrscheinlich, da M bereits durch den Messerstich tödlich verletzt und somit erheblich geschwächt war, weshalb eine Kombination der beiden möglichen Ursachen, des Messerstichs und des Würgens, näher liegt.

(3) Davon wird hier ausgegangen.

(3a) Der Messerstich und das Würgen könnten beide für sich alleine genommen tödlich gewesen sein und im selben Moment zum Tod des M geführt haben. Wenn man obige Conditio-sine-qua-non-Formel anwenden würde, käme man zu dem Schluss, dass man Bs Würgen hinweg denken könnte, ohne dass Ms Tod entfielen. Dieser würde aufgrund des Messerstichs eintreten. Genauso könnte man den Messerstich hinweg denken, ohne dass der Tod des M entfielen. Dieser wäre aufgrund des Würgens eingetreten. Weder Ks Messerstich noch Bs Würgen wären kausal für Ms Tod. Damit hätte keiner der beiden den objektiven Tatbestand erfüllt. Für diese Fälle alternativer Kausalität oder Doppelkausalität führt die Conditio-sine-qua-non-Formel hier zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Sie muss daher modifiziert werden, sodass von mehreren Bedingungen, die zwar alternativ, aber nicht kumulativ hinweg gedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfielen, jede für den Erfolg ursächlich ist.<sup>27</sup> Bs Würgen war also ursächlich für Ms Tod. Damit hat er den objektiven Tatbestand erfüllt.

(3b) Bs Würgen könnte den Tod des M beschleunigt haben. Dieser war zwar bereits tödlich verletzt, als B mit seinem Handeln eingriff. Die Mitursache, der Messerstich, hätte aber Ms Tod erst später herbeigeführt. Bei der Anwendung der Conditio-sine-qua-non-Formel genügt es für die kumulative

<sup>25</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage 2009, Rn. 156.

<sup>26</sup> So h.M., etwa *Lenckner/Eisele* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Auflage 2006, Vorbem. §§ 13 ff Rn. 80.

<sup>27</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2008, Rn. 19.

Kausalität, dass die Handlung den Eintritt des Erfolgs beschleunigt hat.<sup>28</sup> Beide Handlungen sind als gleich ursächlich zu werten. *B* hat auch hier den objektiven Tatbestand erfüllt.

Die verschiedenen Möglichkeiten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Da die Möglichkeiten 1 und 2 jedoch sehr unwahrscheinlich sind, wird von den Möglichkeiten 3a bzw. 3b ausgegangen. Auch wenn diese sich inhaltlich leicht unterscheiden, kommen sie doch (wie auch die 2. Variante) zu dem Ergebnis, dass *Bs* Würgen kausal für den Tod des *M* war. *B* hat also einen anderen Menschen getötet.

Somit hat *B* den objektiven Tatbestand erfüllt.

*b) Subjektiver Tatbestand.* Der subjektive Straftatbestand setzt den Vorsatz des *B* voraus. Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.<sup>29</sup> *B* müsste also gewusst haben, dass sein Würgen zum Tod des *M* führen könnte. Auch wenn ein Würgen nicht zwangsweise zum Tod des Gewürgten führt, so ist es doch naheliegend, dass es diesen töten kann. *B* erkannte zwar die Todesgefahr in seinem Handeln, beabsichtigte aber nicht den *M* zu töten. Ein Grund dafür ist die jedem Menschen eigene Tötungshemmschwelle, die ihn grundsätzlich davon abhält, einen anderen zu töten. Das trifft auch auf *B* zu, der *M* gut kannte. Er wollte nur dessen Widerstand brechen, um die Gefahr von *K* abzuwenden, nahm dabei aber *Ms* Tod billigend in Kauf. Aus diesem Grund liegt ein bedingter Tötungsvorsatz vor.

Der Straftatbestand des Totschlags wurde somit vollständig erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit (§ 32 StGB)

Die Strafbarkeit des *B* setzt die Rechtswidrigkeit seiner Tat voraus. Die Rechtswidrigkeit ist nicht gegeben, wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen. In Betracht kommt die Nothilfe. Gemäß § 32 Abs. 2 StGB ist Nothilfe die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von einem anderen abzuwenden. *B* müsste also einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von *K* abgewendet haben.

*a) Notwehrlage.* Dazu muss die Handlung des *M*, das Bedrohen des *K* mit der Waffe, ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff gegen *K* gewesen sein.

Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.<sup>30</sup> Die Bedrohung des *K* durch *M* mit einer Schusswaffe barg ein hohes Gefahrenpotential für das Leben des *K* und ist deshalb als Angriff zu werten.

Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch fort dauert.<sup>31</sup> Hier nach ist der Angriff solange gegenwärtig, bis die Gefahr, die daraus für das bedrohte Leben des *K* erwächst, entweder völlig abgewendet oder umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist. Die Bedrohung des *M* auf *K* mit einer Schusswaffe stand unmittelbar bevor und war somit gegenwärtig, als *B* mit seinem Würgen eingriff.

Damit sich *B* auf Notwehr berufen kann, muss der Angriff des *M* auf *K*, den *B* abgewehrt hat, rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht<sup>32</sup>, insbesondere kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. In einem Inzidentgutachten ist deshalb zu prüfen, ob *Ms* Bedrohung des *K* mit der Schusswaffe ihrerseits durch Notwehr gerechtfertigt war. Um sich darauf berufen zu können, müsste *M*, als er *K* mit der Waffe bedrohte, einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich abgewendet haben. Der Angriff des *K* auf *M* mit dem Messer war jedoch vollendet und rechtlich abgeschlossen, als *M* den *K* mit der Schusswaffe bedrohte. *Ks* Angriff war deshalb nicht mehr gegenwärtig. Aus diesem Grund kann sich *M* nicht auf Notwehr berufen. Deshalb war sein Handeln rechtswidrig.

*B* wehrte also einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von *K* ab.

<sup>28</sup> Lenckner/Eisele in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Auflage 2006, Vorbem. §§ 13 ff Rn. 80.

<sup>29</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen, 4. Auflage 2006, § 10 Rn. 62.

<sup>30</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage 2009, Rn. 325.

<sup>31</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen, 4. Auflage 2006, § 15 Rn. 21 u. 24.

<sup>32</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. 2010, § 32 Rn. 21.

b) *Notwehrhandlung*. Die Nothilfehandlung muss sich außerdem gegen den Angreifer richten, geeignet, objektiv erforderlich und geboten sein.<sup>33</sup>

Bs Würgen richtete sich gegen M und damit gegen den Angreifer.

Geeignet bedeutet, dass die Maßnahme grundsätzlich dazu in der Lage ist, den Angriff entweder ganz zu beenden oder ihm wenigstens ein Hindernis in den Weg zu legen.<sup>34</sup> Dies war bei Bs Handeln der Fall. Sein Würgen erschwerte weitere Gegenwehr des M erheblich oder schloss diese sogar ganz aus.

Erforderlich ist diejenige Verteidigungshandlung, die einerseits eine sofortige und sichere Beendigung des Angriffs verspricht, andererseits aber das schonendste Mittel darstellt.<sup>35</sup> M bedrohte K mit einer Schusswaffe. B hatte bereits erfolglos versucht, M die Waffe zu entreißen. Somit war das Handeln des B das mildeste Mittel, um die Gefahr von K abzuwenden. Sein Handeln ist damit berechtigt.

Das Notwehrrecht kann durch sozialetische Einschränkungen beschränkt sein. Dies können etwa bei Trunkenheit<sup>36</sup>, engen familiären Beziehungen<sup>37</sup> oder einer Absichtsprovokation<sup>38</sup> gegeben sein. Weder war M betrunken noch waren M und B miteinander verwandt oder verschwägert. Auch ist B keine Absichtsprovokation nachzuweisen, mit der er den Angriff von M auf K herbeigeführt haben könnte, um sich selbst auf Nothilfe berufen zu können. Deshalb kommen die sozialetischen Einschränkungen hier nicht zum Tragen. Die Verteidigungshandlung war geboten.

c) *Verteidigungswille*. B beabsichtigte mit seinem Würgen, den Angriff auf K abzuwenden und diesen zu verteidigen. Deshalb war der Verteidigungswille gegeben. Folglich leistete B im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB Nothilfe.

Damit liegt ein Rechtfertigungsgrund für Bs Würgen des M vor.

**3. Ergebnis:** B ist - da sein Handeln durch Nothilfe nach § 32 StGB gerechtfertigt ist - nicht wegen Totschlags gemäß § 212 I StGB strafbar.

**4.** Wenngleich die Frage der Schuld aufgrund des Rechtfertigungsgrundes der Nothilfe nicht relevant ist, erfordert die Aufgabenstellung noch kurze hilfsgutachtliche Ausführungen zur **Schuld**:

a) *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*. Da B das 22. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kommt für ihn als Heranwachsender i.S.d. § 10 StGB i.V.m. §§ 1, 105 I JGG die Anwendung des Jugendstrafrechts in Betracht.

b) *Schuldfähigkeit*. Die Schuld des B kann infolge Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB ausgeschlossen sein. Er besagt, dass, wer bei Begehung der Tat wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, ohne Schuld handelt. Eine Alkoholisierung kann zu tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen führen. Im Sachverhalt finden sich jedoch keine Anhaltspunkte für eine derart starke Alkoholisierung, nämlich Volltrunkenheit, des B.

Doch dürfte zumindest § 21 StGB zur Anwendung kommen, der die verminderte Schuldfähigkeit regelt. Demnach kann die Strafe gemildert werden, wenn die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, auf Grund einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung bei Begehung der Tat erheblich vermindert war. B war unzweifelhaft betrunken, sodass von einer verminderten Schuldfähigkeit ausgegangen werden kann.

c) *Notwehrexzess*. Für eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Schrecken oder Furcht ist nach Obigem kein Raum, weshalb ein (entschuldigender) intensiver Notwehrexzess nach § 33 StGB ausscheidet.

<sup>33</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 32 Rn. 27 f.

<sup>34</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage 2009, Rn. 335.

<sup>35</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 32 Rn. 9.

<sup>36</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen, 4. Auflage 2006, § 15 Rn. 64.

<sup>37</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage 2009, Rn. 345.

<sup>38</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen, 4. Auflage 2006, § 15 Rn. 65.

### Fall 4: "Ein Weihnachtsabend in der Rue du Pot-au-Noir" (2)

(Patricia Elstermann, Dorothea Klockner, Julia Graf)

**Sachverhalt:** Siehe oben bei Fall 3

**Aufgabe:** Strafbarkeit von *Klein* (K); zu prüfen sind nur Vorsatzdelikte aus dem Strafgesetzbuch, ausgenommen § 323a StGB.

#### Gutachten

**I.** *K* könnte sich durch die tödliche Verletzung des *Mortiers* (M) mit einem Messer wegen eines Mordes nach §§ 212 I, 211 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Grundtatbestand (§ 212 I StGB)

a) *Objektiver Tatbestand.* *K* müsste *M* getötet haben bzw. seinen Tod verursacht haben. *M* stirbt auch und dadurch ist der tatbestandsmäßige Erfolg gegeben. Fraglich ist jedoch, ob *K* den Tod des *M* auch kausal herbeigeführt hat und ob ihm der Taterfolg auch objektiv zugerechnet werden kann<sup>39</sup>.

Das Handeln des *K* müsste ursächlich für den Tod des *M* geworden sein. Gemäß der *Conditio-sine-qua-non*-Formel ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfällt, als gleichwertige<sup>40</sup> Ursache zu betrachten.<sup>41</sup>

Da *Belloir* (B) den *M* im weiteren Tatverlauf noch würgt und *M* auch daran sterben könnte, muss die tatsächliche Verbindung der Tötungshandlung des *K* zu dem Tötungserfolg erst aufgezeigt werden. Dabei gibt es drei Möglichkeiten:

- *M* stirbt ausschließlich an dem Würgen. Dann ist die Kausalität für *K* nicht erfüllt. Aber diese Variante erscheint bei einem tödlich Verwundeten unwahrscheinlich.
- *M* stirbt ausschließlich an der Stichverletzung. Dann ist *Ks* Handeln allein kausal. doch auch diese Variante ist unwahrscheinlich.
- *M* stirbt durch das Zusammenwirken von der durch *K* beigebrachten tödlichen Stichverletzung und dem durch Nothilfe bedingten, späteren Würgen von *B*. Auch dann führte *K* den Erfolg kausal herbei, wenn *Bs* Würgen die Kausalität nicht unterbrochen hat. Die Tat des *B* wäre nicht erforderlich gewesen, wenn der tödliche Stich des *K* nicht erfolgt wäre. Die von *K* gesetzte Bedingung wirkte also noch fort. Es liegt ein Fall kumulativer Kausalität vor.<sup>42</sup>

Weiter muss die objektive Zurechnung für den tatbestandsmäßigen Erfolg gegeben sein. Es muss sich die durch *K* geschaffene, spezifische, rechtlich missbilligte Gefahr in dem tatbestandlichen Erfolg verwirklicht haben.<sup>43</sup> *K* hat durch das Beifügen der tödlichen Verletzung eine Ursache für das Würgen durch *B* geschaffen. Dessen Fremdverhalten stellt somit keine Unterbrechung der Zurechnung zu *Ks* Verhalten dar. *K* ist der Erfolg zurechenbar und er erfüllt den objektiven Tatbestand des § 212 I StGB.

b) *Subjektiver Tatbestand.* Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestands. Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.<sup>44</sup> *K* hatte schon einige Zeit vorher darüber nachgedacht und die Absicht geäußert, jemanden umzubringen. Es kam ihm darauf an, *M* zu töten. Er handelte zielgerichtet mit *dolus directus* ersten Grades als der stärksten Vor-

<sup>39</sup> Zur zweistufigen "Verbindung" zwischen Handlung und Erfolg etwa *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 4.

<sup>40</sup> *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 68.

<sup>41</sup> *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 67.

<sup>42</sup> Vgl. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 87.

<sup>43</sup> *Fahl/Winkler*, Definitionen Strafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 3.

<sup>44</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 6.

satzform.<sup>45</sup> Auch wenn es Abweichungen gegenüber dem vorgestellten Kausalverlauf gab, genügt jedoch die Vorhersehbarkeit des Verlaufs, damit der Vorsatz erhalten bleibt.<sup>46</sup>

## 2. Mordmerkmale (§ 211 II StGB)

Für den Fall relevante Qualifikationsmerkmale nach § 211 II StGB können Heimtücke, Mordlust oder sonstige niedrige Beweggründe sein.

a) *Heimtücke*. Wer heimtückisch tötet, nutzt die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung bewusst aus.<sup>47</sup> Arglos ist, wer mit keinem Angriff rechnet.<sup>48</sup> Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seinen Abwehrmöglichkeiten eingeschränkt ist.<sup>49</sup> Als *M* zur Gruppe stößt, besteht für ihn zu keiner Zeit ein Grund zur Annahme, dass *K* plötzlich zum Angriff übergeht. Verstärkend kommt hinzu, dass *M* aufgrund seines freundschaftlichen Verhältnisses zu *K* davon ausgehen kann, vor dem Täter *K* sicher zu sein.<sup>50</sup> Folglich ist *M* zum Tatzeitpunkt arg- und wehrlos. Somit handelt *K* objektiv heimtückisch.

Er hatte insoweit auch Vorsatz.

b) *Mordlust*. Mordlust trifft dann zu, wenn es dem Täter in erster Linie darauf ankommt, einen anderen Menschen sterben zu sehen.<sup>51</sup> Dieses Merkmal findet sich bei *K* wieder, der ausprobieren will, ob er in der Lage ist, einen Menschen zu töten.

c) *Niedrige Beweggründe*. Sonstige niedrige Beweggründe sind solche, die sittlich auf tiefster Stufe stehen und daher besonders verachtenswert sind.<sup>52</sup> Dazu zählt, wenn der Täter aus krasser Eigensucht zur Verwirklichung eigener Ziele tötet.<sup>53</sup> In Diskussionen, die der Tat vorangingen, war der Wert eines Menschenlebens wiederkehrender Gesprächsgegenstand, ebenso die Frage, ob sie in der Lage seien, einen Menschen zu töten. *K* tötete, um diese Fragestellung für sich zu beantworten. *K* hatte keinen zu rechtfertigenden Tatanlass, sondern instrumentalisierte das Leben eines anderen Menschen für seine Zwecke. Damit ist ein niedriger Beweggrund gegeben.

Es sind somit drei Mordmerkmale i.S.d. § 211 StGB erfüllt.

## 3. Rechtswidrigkeit

Ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff als Voraussetzung einer Notwehr i.S.d. § 32 StGB liegt nicht vor. In Ermangelung von Rechtfertigungsgründen ist die Tat rechtswidrig.

## 4. Schuld

a) *Verantwortlichkeit*. Zunächst ist zu beachten, dass *K* das 22. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Er könnte somit als Heranwachsender i.S.d. § 10 StGB i.V.m. §§ 1, 105 I JGG unter die Zuständigkeit des Jugendstrafrechts fallen.

b) *Schuldfähigkeit*. Angesichts der Trunkenheit des *K* ist zunächst eine Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB zu prüfen. Schuldunfähigkeit kann wegen einer tief greifenden Bewusstseinsstörung gegeben sein. Eine tief greifende Bewusstseinsstörung führt zu einem Verlust der raum-zeitlichen Orientierung, des Steuerungs- und Einsichtsvermögens.<sup>54</sup> Aus der Formulierung "reichlich blau" lässt sich ableiten, dass *K* tief greifend bewusstseinsgestört ist. Ein Vollrausch fällt unter § 20 StGB. *K* ist schuldunfähig.

c) *Grundsätze der actio libera in causa (alic)*. Ein Strafbareitsausschluss infolge von Schuldunfähigkeit erscheint aber unangebracht, wenn der Täter sich vorsätzlich in den schuldunfähigen Zustand versetzt - also betrunken hat - und dabei zugleich Vorsatz hinsichtlich der Begehung der späteren Rausch-

<sup>45</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 33.

<sup>46</sup> Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, 258.

<sup>47</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 17.

<sup>48</sup> Vgl. Küpper, Strafrecht Besonderer Teil 1, 3. Aufl. 2006, Rn. 44.

<sup>49</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 19.

<sup>50</sup> Vgl. Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 18.

<sup>51</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 9.

<sup>52</sup> Fahl/Winkler, Definitionen Strafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 68.

<sup>53</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 15.

<sup>54</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 20 Rn. 7.

tat - der Mordtat - hat. Deshalb wird überwiegend (für Erfolgsdelikte) eine Vorverlagerung des Strafvorwurfs auf die Ersthandlung nach den Grundsätzen der *alic* vertreten.<sup>55</sup>

Nach dem Sachverhalt ist zwar davon auszugehen, dass *K* sich zumindest bedingt vorsätzlich betrank, wohl aber nicht eindeutig, dass er sich "Mut antrinken" wollte, um zu töten. Lässt sich ein zumindest bedingter Tötungsvorsatz bereits beim Sich-Betrinken nicht hinreichend belegen, so ist *in dubio pro reo* davon auszugehen, dass *K* insoweit nur fahrlässig handelte. Damit scheidet mangels Doppelvorsatzes eine Strafbarkeit aufgrund vorsätzlicher *alic* aus.<sup>56</sup>

## 5. Ergebnis

Somit verbleibt es bei der Strafflosigkeit wegen Mordes infolge der Schuldunfähigkeit.

Es kommt allerdings eine Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Vollrausches nach § 323a I StGB in Betracht, für die allerdings ein deutlich geringerer Strafrahmen gilt. Daneben bleibt eine Strafbarkeit wegen Fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) nach den Grundsätzen der fahrlässigen *alic* zu prüfen. Eine solche Strafbarkeit nach § 222 StGB schließt aber die Anwendung von § 323a I StGB aus.

## II. Weitere zu prüfende Delikte sind die Körperverletzung und die Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB.

### 1. Tatbestand

a) *Objektiver Tatbestand.* Der Grundtatbestand umfasst die beiden Begehungsweisen körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble unangemessene Behandlung, durch welche die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>57</sup> Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Menschen nachteilig abweichenden, pathologischen Zustandes.<sup>58</sup> Die Stichverletzung stellt sowohl eine üble unangemessene Behandlung als auch das Herbeiführen eines vorübergehenden krankhaften Zustandes erheblicher Art dar.

Das Messer stellt als Waffe einen speziellen Fall eines gefährlichen Werkzeugs dar. Daneben kommt ein hinterlistiger Überfall in Betracht. Dieser liegt vor, wenn der Täter in einer seine wahren Absichten planmäßig verdeckenden Weise vorgeht, um den Angegriffenen die Abwehr zu erschweren.<sup>59</sup> *K* verwendete ein in der Hand verstecktes Messer und handelte somit hinterlistig. Da der Sachverhalt von einer tödlichen Verletzung spricht, wurde mehr als nur eine Lebensgefahr begründet, so dass auch das Merkmal der lebensgefährdenden Behandlung erfüllt ist.

b) *Subjektiver Tatbestand.* Der Vorsatz des *K* bezog sich nicht nur auf die Verletzung des *M*, sondern auch auf dessen Tötung. Der Tötungsvorsatz schließt in diesem Fall, gemäß der Einheitstheorie, jedoch den Vorsatz zur Körperverletzung mit ein.<sup>60</sup> Der Tatbestandsvorsatz erfasst hier auch die Qualifikationsmerkmale.

### 2. Ergebnis

Zwar handelte *K* auch hier rechtswidrig, doch entfällt wiederum wegen der Schuldunfähigkeit des *K* wie oben eine Strafbarkeit wegen einer Gefährlichen Körperverletzung.

## III. *K* könnte sich wegen Sachbeschädigung i.S.d. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

a) *Objektiver Tatbestand.* Sachbeschädigung verübt derjenige, der eine fremde Sache beschädigt bzw. zerstört. *M* war bekleidet, wobei seine Kleidung einen körperlichen Gegenstand darstellt, der in

<sup>55</sup> Zur Tatbestandslösung bei der *alic* etwa *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 20 Rn. 20 ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009, § 25 Rn. 4.

<sup>57</sup> *Dölling* in: *Dölling/Duttge/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 223 StGB Rn. 4.

<sup>58</sup> *Dölling* in: *Dölling/Duttge/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 223 StGB Rn. 5.

<sup>59</sup> *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 224 Rn. 14.

<sup>60</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2008, § 212 Rn. 8.

seinem Eigentum stand. Somit war eine fremde Sache gegeben.<sup>61</sup> Infolge des Messerstiches und Blutverlustes wurde die Bekleidung in nicht unerheblicher Weise nachteilig in ihrer körperlichen Beschaffenheit verändert, sodass ihr Verwendungszweck wenn nicht aufgehoben, so doch erheblich eingeschränkt wurde. Damit liegt zumindest ein Beschädigen vor.<sup>62</sup>

b) *Subjektiver Tatbestand.* K nahm die Beschädigung der Kleidung des M zumindest mit *dolus eventualis* billigend in Kauf.

## 2. Ergebnis

Wie zuvor scheidet eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung aber an der Schuldunfähigkeit des K.

## IV. Gesamtergebnis: K ist nicht (aus Vorsatzdelikten) strafbar.

### Fall 5: "Der Fall Bonaventura"

(Lukas Dörner, Anna Goriupp, Yiskah Zöllner)

**Sachverhalt:**<sup>63</sup> Aus Empörung über sog. "Sexreisen" in die dritte Welt wirft *Paola Brunetti (P)* - Ehefrau von Commissario *Guido Brunetti (G)* - mit einem Stein die Schaufensterscheibe eines betroffenen Reisebüros ein. Bald darauf wird dessen Eigentümer, *Paolo Mitri (M)*, in seiner Wohnung erdrosselt aufgefunden, neben der Leiche liegt ein Zettel, der auf diesen Vorfall als Tatmotiv anspielt. Die weiteren Ermittlungen ergeben jedoch kriminelle Machenschaften einer pharmazeutischen Firma des *Mitri*, die abgelaufene bzw. wirkungslose Arzneimittel in Entwicklungsländer verkauft. Diese Firma (*Interfar*) wird von *Mitris* Schwager, *Sandro Bonaventura (B)*, geleitet, der einen polizeibekanntem Killer, *Ruggiero Palmieri (P)*, unter falschem Namen als Fahrer beschäftigt. Die kriminaltechnischen Untersuchungen weisen auf diesen als Mörder *Mitris* hin. Als *Brunetti* die Hintergründe des Mordes, insbesondere eine mögliche Tatbeteiligung des *Bonaventura* sowie die schmutzigen Geschäfte der *Interfar* aufklären will, flieht *Bonaventura* zusammen mit seinem Werkmeister *Roberto Sandi (S)*, doch können beide alsbald durch die Polizei gestellt werden. Während *Bonaventura* sich vor seiner polizeilichen Vernehmung in einem der Verhörzimmer allein mit seinem Verteidiger *Piero Candiani (C)* bespricht, packt *Sandi* in einem anderen Verhörzimmer als Kronzeuge über die Geschäfte der *Interfar* aus. Die Vernehmung wird mittels in der Decke jedes Verhörzimmers eingebauter Mikrofone aufgezeichnet. Danach vernimmt *Brunetti* den *Bonaventura* im Beisein seines Verteidigers. Nach dieser Vernehmung unterhält er sich mit seinem Kollegen *Bonino*: "... »Haben Sie alles mitbekommen?« fragte Brunetti. Bonino nickte. »Unsere Abhöranlage ist ganz neu. Sie nimmt noch das leiseste Flüstern auf, sogar schweres Atmen. Ja, wir haben alles.« »Auch bevor ich dazukam?« »Nein. Wir dürfen die Anlage nur einschalten, wenn ein Polizeibeamter mit im Raum ist. Anwaltsprivileg.« »Ist das wahr?« fragte Brunetti, ohne sein Erstaunen kaschieren zu können. »Ja«, sagte Bonino. »Letztes Jahr haben wir einen Prozess verloren, weil die Verteidigung beweisen konnte, dass wir mitgehört hatten, was der Verdächtige mit seinem Anwalt sprach. Daraufhin hat der Questore angeordnet, dass es keine Ausnahmen geben darf. Nichts wird eingeschaltet, solange kein Polizist dabei ist.« ..."

**Aufgabe:** Wäre nach deutschem Recht ein Einschalten der Abhöranlage durch die Polizei bereits beim Verteidigergespräch zulässig? (Erwartet wird eine umfassende - ggf. auch hilfsgutachtliche - Prüfung der Rechtmäßigkeit der entsprechenden verdeckten Eingriffsmaßnahme.)

<sup>61</sup> Vgl. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 303 Rn. 3 u. 4.

<sup>62</sup> Vgl. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 303 Rn. 6.

<sup>63</sup> Fall nach: *Donna Leon*, In Sachen Signora Brunetti. Commissario Brunettis achter Fall.

## Gutachten

### 1. Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt ein kleiner Lauschangriff nach § 100f StPO. Dieser liegt vor, wenn außerhalb einer Wohnung das nichtöffentlich gesprochene Wort mit Hilfe von technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wird.

Eine Wohnung ist jeder nicht allgemein zugängliche, feststehende, fahrende oder schwimmende Raum, der zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht wird.<sup>64</sup> Trotz der Weite des Wohnungsbegriffs ist das Verhörzimmer bei der Polizei ebensowenig wie die Räume in einer Haftanstalt<sup>65</sup> eine Wohnung des *B*, denn sie dient diesem nicht als Ort privaten Wirkens, in er sich frei entfalten kann.

Nichtöffentlich sind alle für niemand anderes als den Gesprächspartner bestimmte Unterredungen.<sup>66</sup> Das in dem Verhörzimmer geführte Gespräch des *B* mit seinem Anwalt *C*, war nur für diesen bestimmt und ist somit nichtöffentlich.

Die eingesetzte Abhöranlage ist ein technisches Hilfsmittel zur akustischen Überwachung und Aufzeichnung.

Damit ist auf § 100f StPO als Ermächtigungsgrundlage abzustellen.

### 2. Anordnungsbefugnis

Die Anordnungsbefugnis obliegt nach § 100f IV i.V.m. § 100b I StPO nur dem Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Hier soll die Anordnung aber durch einen Kriminalbeamten ergehen, so dass die Anordnung nicht rechtmäßig erfolgte. Im Weiteren wird daher hilfsgutachtlich geprüft.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Es müsste ein auf bestimmten Tatsachen gründender Anfangsverdacht (sog. qualifizierter Anfangsverdacht) gegeben sein. Ein Anfangsverdacht liegt vor, wenn nach den kriminalistischen Erfahrungen das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat als möglich erscheint; dafür reichen auch entfernte Indizien für das Begangenwordensein einer (schweren) Straftat.<sup>67</sup> Die bestimmten Tatsachen sind in Abgrenzung zu bloßen Vermutungen und allgemeinen Erfahrungssätzen zu verstehen, die nicht ausreichen.<sup>68</sup> Aufgrund der Aussage des *S* liegen konkrete belastende Tatsachen gegen *B* vor.

Der Verdacht muss sich nach § 100f I i.V.m. § 100a II StPO auf eine schwere Katalogtat richten, die auch im Einzelfall schwer wiegt. Hier erweckten polizeiliche Ermittlungen den Verdacht des Mordes des *M* sowie eines Betruges in einem besonders schweren Fall (§ 263 III 2 Nr. 1 u. 2 StGB). In § 100a II Nr. 1 lit. h u. n StPO werden Mord und Betrug in einem besonders schweren Fall als schwere Straftaten benannt. Da deren Strafrahmen als Höchststrafe lebenslange Freiheitsstrafe bzw. Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren vorsehen und hier keine Gegenindizien für eine Strafrahmenverschiebung vorliegen, sind diese Delikte abstrakt wie konkret schwere Straftaten.

Laut § 100f II 1 StPO darf eine Abhörmaßnahme nur gegen den Beschuldigten gerichtet sein. Beschuldigter ist der Tatverdächtige, gegen den ein Strafverfahren betrieben wird, d.h. es muss zu dem Anfangsverdacht noch ein Willensakt der Strafverfolgungsbehörde hinzutreten, in dem zum Ausdruck kommt, dass sie das Strafverfahren gegen den Verdächtigten als Beschuldigten betreiben will.<sup>69</sup> *B* ist hiernach Beschuldigter und zugleich Adressat der Maßnahme.

<sup>64</sup> Löffelmann in: Krekeler/Löffelmann/Sommer, Anwaltskommentar zur StPO, 2. Aufl. 2010, § 100c Rn. 3.

<sup>65</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 2463 (2464).

<sup>66</sup> Vgl. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl. 2009, § 100c Rn. 3.

<sup>67</sup> Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl. 2009, § 152 Rn. 4.

<sup>68</sup> Vgl. Hartmann in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 100a StPO Rn. 7.

<sup>69</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 110 f.



Das Abhören anderer Personen ist nur gestattet, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass diese mit dem Beschuldigten in Verbindung stehen. Zwar wird hier auch der Verteidiger mit abgehört, doch nicht als Adressat, sondern als Dritter i.S.d. § 100f III StPO.

Fraglich ist allerdings, ob Verteidiger-Mandantengespräche überhaupt überwacht werden dürfen. Denn § 160a I StPO enthält ein Beweiserhebungsverbot für in § 53 I 1 Nr. 2 StPO genannte Personen, soweit ein Berufsgeheimnis betroffen ist. Ausgenommen von dieser Regelung sind jene Berufsgeheimnisträger, die selbst in eine Straftat verwickelt sind (§ 160a IV StPO). Dafür fehlen hier aber Anhaltspunkte. Die Maßnahme richtet sich jedoch nicht gegen den Verteidiger, sondern, wie gezeigt, gegen *B*. Somit kommt es darauf an, ob hier das Verteidiger-Mandantengespräch auf anderem Wege geschützt ist. In Betracht kommt hier § 148 I StPO. Dieser garantiert den freien, d.h. unüberwachten, schriftlichen und mündlichen Verkehr des Verteidigers mit seinem Mandanten.<sup>70</sup> Diese Verfahrensgarantie ist eine unabdingbare Voraussetzung einer effektiven Verteidigung in einem rechtsstaatlichen, fairen Verfahren, das die Waffengleichheit gewährleisten soll (vgl. auch Art. 6 I 1, III lit. b u. c EMRK<sup>71</sup>). Somit ist vorliegend eine akustische Überwachung des Gesprächs unzulässig<sup>72</sup> und ebenso wie bei § 160a StPO eine Verwendung so erlangter Beweismittel verboten. Auch insofern ist die Maßnahme rechtswidrig und nur hilfsgutachtlich weiter zu prüfen.

Es gilt weiter eine qualifizierte Subsidiaritätsklausel, d.h. dass andere Maßnahmen zur Erforschung des Sachverhalts aussichtslos oder wesentlich erschwert sind. Hier liegt bereits das Geständnis des Kronzeugen *S* vor, sodass eine weitere Beweismittelgewinnung mit einer hohen Eingriffsintensität nicht erforderlich erscheint. Somit wurde die qualifizierte Subsidiaritätsklausel nicht beachtet und die Maßnahme ist auch insofern rechtswidrig.

Zuletzt muss die Maßnahme verhältnismäßig<sup>73</sup>, also geeignet, erforderlich und angemessen sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie den gewünschten Erfolg erzielt. Erforderlich ist sie, wenn sie unter den geeigneten Maßnahmen die mildeste ist. Die Angemessenheit der Maßnahme wird durch die Verhältnismäßigkeit von Aktion und Reaktion definiert. In dem vorliegenden Fall wäre das Abhören zwar faktisch geeignet, jedoch - wie gezeigt - nicht erforderlich angesichts der Zeugenaussage des *S*, die als ausreichender Beweis dienen kann. Darüber hinaus ist sie als unfairer, rechtsstaatswidriger Eingriff in das Verteidiger-Mandantenverhältnis nicht angemessen. Somit ist die Eingriffsmaßnahme auch insofern rechtswidrig.

#### **4. Formelle Rechtmäßigkeit (Form und Verfahren)**

Hinsichtlich Form und Verfahren ist zu beachten, dass nach § 100f IV i.V.m. § 100b I 4-5 StPO die Überwachung auf bis zu drei Monate zu befristen ist. Die Anordnung der Überwachungsmaßnahme muss i.S.d. § 100f IV i.V.m. § 100d II 1 StPO schriftlich erfolgen. Inhaltlich gelten insoweit die Anforderungen gemäß § 100f IV i.V.m. § 100d II 2 StPO. Bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen ist die Maßnahme nach § 100f IV i.V.m. § 100b IV 1 StPO zu beenden.

Die erhobenen Daten müssen gemäß § 101 III StPO gekennzeichnet werden. Darüber hinaus ist die Benachrichtigungspflicht nach § 101 I, IV 1 Nr. 5, V-VI StPO mit Belehrung über den Rechtsschutz nach § 101 VII StPO einzuhalten. Nach Abschluss des Verfahrens sind die Daten nach § 101 VIII StPO zu löschen.

#### **5. Ergebnis**

Die Maßnahme wäre wegen rechtswidriger Anordnung, Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot, mangelnder Subsidiarität sowie wegen Unverhältnismäßigkeit auch nach deutschem Recht unzulässig.

<sup>70</sup> Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl. 2009, § 148 Rn. 2.

<sup>71</sup> Siehe insoweit EGMR, NJW 1992, 3090.

<sup>72</sup> Weiler in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 148 StPO Rn. 6.

<sup>73</sup> Vgl. Hartmann in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 100f StPO Rn 5 i.V.m. § 100a StPO Rn. 8.

## Von der Theorie zur Praxis - Ein Besuch beim Amtsgericht Braunschweig

(Christian Kukuczka, Kai Kortus)

Am 6. Juli 2010 stand für die Teilnehmer des Jurakurses ein Besuch beim Braunschweiger Amtsgericht an. Nach einem dreißigminütigen Fußmarsch durch Braunschweigs Altstadt drängte kurz vor 9 Uhr sich der Jurakurs zunächst zum Gruppenbild auf den Stufen zum Tempel der Iustitia (siehe unten). Sodann standen zwei Verhandlungen in Strafsachen auf dem Programm, beide wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243 StGB). Nach Aufruf der Sache betraten wir Akademiejuristen den Gerichtssaal, um dem bereits theoretisch erworbenen Wissen nun auch praktische Erfahrungen mit der Rechtsfindung folgen zu lassen.

Im ersten Fall hatte sich der 25-jährige, geständige Angeklagte des fünfmaligen, davon in drei Fällen nur versuchten, Diebstahls schuldig gemacht. Aufgrund seiner vielen Einträge im Bundeszentralregister wurde er schließlich zu einer siebenmonatigen Haftstrafe verurteilt, die jedoch wegen einer positiven Sozialprognose und auf Anraten des Bewährungshelfers nochmals zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Nach diesem relativ "kurzen" Prozess ging es in eine Pause bis zum Aufruf der nächsten Sache, die allerdings durch das Auftreten des Pflichtverteidigers des nächsten Angeklagten verkürzt wurde, der uns ungefragt an seinem juristischen Wissen teilhaben ließ.

"Können Sie kurdisch?" Dieser Satz sollte uns auch noch für den Rest der Verhandlung begleiten, da der Angeklagte der zweiten Verhandlung zwar als Syrer formal das Arabische beherrschen müsste, jedoch als ausgebürgerter Kurde nur kurdisch sprechen konnte. Deshalb waren die nächsten dreißig Minuten von der verzweifelten Suche nach einem Dolmetscher in Anspruch genommen. Der "Kumpel" des Angeklagten, den besagter Rechtsanwalt in weiser Voraussicht bereits zur Verhandlung mitgebracht hatte, durfte seine Kenntnisse der kurdischen Sprache jedoch nicht zur Anwendung bringen. Das Gericht setzte lieber auf einen Berufs-Übersetzer. Nach dessen Erscheinen wurde die Verhandlung aber bald schon wieder unterbrochen und verfragt, da zwei der drei Zeugen ihrer Vorladung nicht gefolgt waren - und die andere Zeugin hatte eigentlich nichts vom Diebstahl gesehen, wie sich herausstellte. So endete der Vormittag bei Gericht mit der ungeklärten Frage: Warum kommt ein Kaufhausdetektiv nicht seiner Vorladung nach, sondern trägt lieber die für zwei Dolmetscher anfallenden Kosten zuzüglich 100 Euro Ordnungsgeld oder zwei Tagen Ersatzhaft? Auch die rechtliche Frage, wie der Strafverteidiger für seinen Mandanten aus dem zunächst unerkannten Verständigungsproblem Honig saugen könnte, konnte so leider nur noch theoretisch (und hypothetisch) auf dem Heimweg diskutiert werden.



**Verhandlungstermin**

vor der Strafkammer des Akademiegerichts Braunschweig,  
in Braunschweig

am **Freitag, den 9. Juli 2010, 9.00 Uhr**

Gerichtsraum Kurs 1.4 (AX 1.3),  
CJD Jugenddorf-Christophorusschule Braunschweig

Vorsitzender: VorsRi.a.LG Philipp Rauffmann  
Beisitzer: Ri.a.LG Thomas Dziwis (Berichterstatter),  
Ri'in Anna Goriupp  
Schöffen: Laura Scholl, Jonas Siegl

Az.: 1 KLS 14/2010  
(411 Js 277/2010)

Strafsache gegen

**A d a m** (= Frederic Kahrl), wohnhaft in Huisum

Verteidiger: RA Janis Beckedorf, RA Christian Kukuczka

Staatsanwälte: OStA'in Julia Graf, StA Hady Daboul

Zeugen:  
1. Herr Licht (= Lukas Dörner)  
2. Frau Eve (= Nina Beck)  
3. Herr Ruprecht (= Kai Kortus)

Sachverständige: Prof. Dr. Patricia Elstermann, Dr. Eileen Einig  
Fachärzte für Venerologie und Psychiatrie,  
Landeskrankenhaus Braunschweig

Protokollführerin: JAng. Yiskah Zöllner  
Wachtmeisterin: JHW'in Doro Klockner  
in weiteren Rollen: Jens Wilhelm

Literarische Vorlagen: *Heinrich von Kleist*, Der zerbrochne Krug; *Schürmann/Hähnel*, Sexuelle Nötigung, Freiheitsberaubung, Rechtsbeugung. Der Prozess gegen Adam u.a. vor dem Landgericht Osnabrück, in: *Heinrich-Kleist-Blätter* 17, S. 88 ff