

## Bachelorklausur im Strafrecht vom 13. Januar 2012

**Hilfsmittel: Amtliche Ausgaben von StGB und StPO**

Zeit: 5 Stunden

### Formelle Hinweise

1. Arbeiten Sie mit den Informationen aus dem Sachverhalt. Stellen Sie jeweils den Bezug her zwischen dem Sachverhalt und den Tatbeständen bzw. den Tatbestandsmerkmalen, die Sie prüfen. Achten Sie darauf, dass Sie nicht bloss behaupten, sondern subsumieren und argumentieren. Stützen Sie sich bei der Begründung Ihrer Lösung wo immer möglich auf das Gesetz und geben Sie die einschlägigen Gesetzesartikel genau an.
2. Formulieren Sie Ihre Überlegungen aus und schreiben Sie nicht bloss stichwortartig.
3. Notieren Sie auf jedem Blatt, das korrigiert werden soll, Ihre Matrikelnummer (keine Namen!). Falls Sie eine andere Muttersprache als Deutsch haben, notieren Sie dies auf dem ersten Blatt.
4. Versehen Sie die Blätter mit Seitenzahlen.
5. Bitte schreiben Sie leserlich und nicht mit Bleistift.
6. Die Bearbeitung des Sachverhalts zum materiellen Strafrecht wird bei der Bewertung mit 80 Prozent gewichtet; die Bearbeitung des Sachverhalts zum Strafprozessrecht mit 20 Prozent.

Viel Erfolg!

## I. Sachverhalt zum materiellen Strafrecht

Der erfolgreiche Schweizer Hotelinhaber und -direktor Mauro (36 jährig) hat die schöne und wortgewandte Viola (34 jährig) geheiratet. Der Erfolg und die Liebe des jungen Paars freut aber nicht alle. Insbesondere Santiago (36 jährig), einst Schulfreund von Mauro und Receptionist in dessen Hotel, ist voller Neid über das erfüllte Leben seines alten Freundes; er hat nie überwunden, dass er während mehreren Jahren vergebens um Viola geworben hat. Die Lage spitzt sich zu, als Santiago erfährt, dass nicht er, sondern der jüngere Mitarbeiter Cassio (28 jährig) von Mauro zum Vizedirektor befördert wurde. Täglich konfrontiert mit dem Glück von Mauro, der Zurückweisung von Viola und der Anerkennung des Senkrechtstarters Cassio, beschliesst Santiago, getrieben von Missgunst, den Dreien Böses anzutun, koste es, was es wolle.

Das Hotel führt eine Geschäftskasse, in der die Bargeldbezahlungen der Hotelgäste aufbewahrt werden; einen Schlüssel zur Geschäftskasse haben nur Santiago und Mauro. Die Bargeldbeträge werden von Mauro, der sich persönlich um die Buchhaltung kümmert, ein Mal wöchentlich überprüft und von Santiago auf die nahegelegene Bank gebracht. Als ihm die Gelegenheit günstig erscheint, entnimmt Santiago spät nachts der Kasse drei Mal CHF 800.- und steckt sie in die eigene Tasche. Nach drei Tagen hat Santiago den stolzen Betrag von CHF 2'400.- beisammen. Damit kauft er am darauffolgenden Tag seiner Freundin Emilia einen schönen Goldring. Emilia ist zwar erstaunt, dass Santiago Geld für solche kostbaren Geschenke hat, denkt sich aber, „das geht mich nichts an“. Santiago erzählt Mauro wahrheitswidrig, dass die Geschäftskasse aufgebrochen und ihr CHF 2'400.- entnommen wurden. Damit seine Behauptung echt wirkt, hat er nach dem Kauf des Goldringes die Geschäftskasse eigenhändig aufgebrochen und damit das Schloss zerstört. Zudem berichtet Santiago Mauro, er habe gehört, dass Cassio Spielschulden habe und fügt hinzu, dass er ihn spät nachts im Büro der Reception gesehen habe. Wie von Santiago beabsichtigt, glaubt Mauro, dass Cassio die CHF 2'400.- aus der Kasse entnommen hat. Mauro stellt Cassio zur Rede. Cassio bestreitet die Vorwürfe, ist jedoch verzweifelt, weil er Mauro nicht von seiner Unschuld überzeugen kann. Santiago rät dem verzweifelten Cassio – der keine Ahnung hat, dass Santiago ihn bei Mauro angeschwärzt hat – bei Viola Vermittlung zu suchen, um die Gunst von Mauro wieder zu erlangen. Cassio ist froh über diesen Rat und ruft Viola an.

Santiago belauscht das Gespräch zwischen Viola und Cassio und hört, wie sie sich im Hotelpark verabreden. Durch das Fenster der Reception beobachtet Santiago wie sich die beiden an einer ansonsten schlecht einsehbaren Stelle auf eine Bank setzen und Cassio auf Viola einredet. Santiago ruft Mauro, unter dem Vorwand etwas Wichtiges mit ihm zu besprechen, auf sein Handy an und bittet ihn, an die Reception zu kommen. Als Mauro kurze Zeit später auftaucht, sagt Santiago vielsagend: „Deine Frau und Cassio mögen sich aber sehr gut“ und zeigt aus dem Fenster. In diesem Moment umarmt Viola Cassio. Mauro, der den Grund des Treffens nicht kennt, weiss nicht, dass es sich um eine freundschaftliche Umarmung handelt und Viola Cassio bloss tröstet und ihm versichert, dass sie wegen dieser leidigen Kassegeschichte mit ihrem Mann sprechen werde. Santiago, der weiss, dass Mauro ein eifersüchtiger Typ ist, hat schon länger auf eine solche Gelegenheit gewartet, um Mauro einzureden, dass Viola ihn mit Cassio betrügen würde. Um für den Fall glaubhaft zu wirken, hat er auch schon weitere Vorkehrungen getroffen. Mit gespielt besorgtem Gesicht überreicht er Mauro einen kleinen Liebesbrief von Viola an Cassio, der – so behauptet

Santiago – versehentlich auf seinem Schreibtisch gelandet sei. In Wirklichkeit wurde er aber nicht von Viola geschrieben, sondern von Santiago verfasst, der die Handschrift von Viola sehr gut beherrscht. Santiago berichtet Mauro, dass er Viola und Cassio schon längere Zeit beobachtet und gesehen hat, wie sie sich heimlich treffen. Und als er sieht, dass Mauro sichtbar erzürnt ist und die Fäuste ballt, meint er mit ernster Miene: „Wenn das meine Frau wäre, ich könnte nicht mit ihr weiterleben. Sie müsste für ihre Taten büssen, notfalls mit dem Tod.“ Santiago hofft insgeheim, dass Mauro das Schreckliche vollbringt und Viola tötet und damit die Rachegefühle, die er selbst gegenüber Viola hegt, befriedigt.

Mauro geht nachts nach Hause zu Viola, mit der er ein schönes, freistehendes Einfamilienhaus zur Miete bewohnt, und stellt seine Frau zur Rede. Die Verwunderung von Viola über die angebliche Affäre deutet er als Lüge und als Viola sodann sprachlos ist über den angeblichen Liebesbrief, ist Mauro endgültig davon überzeugt, dass seine Frau ihn betrügt. Als Mauro kurze Zeit später neben der vor Kummer nicht schlafenden Viola im Bett liegt, quält ihn der Gedanke so sehr, dass seine Frau die Liebhaberin seines engsten Mitarbeiters ist, dass er voller Eifersucht, masslos gekränkt, wütend, zitternd und weinend seine starken Hände um den Hals von Viola schlingt und kräftig während ca. 60 Sekunden die Halsschlagader zudrückt, bis sich Viola nicht mehr wehrt, ihr Gesicht rot angelaufen ist und ihre Augen hervorgequollen sind. Mauro weiss allerdings nicht, dass Viola in Wirklichkeit nicht gestorben, sondern bloss ohnmächtig geworden ist.

Mauro, erschüttert über seine Tat, will nicht mehr weiter leben und beschliesst, das Haus anzuzünden und in den Flammen unterzugehen. Vorerst will er sich aber Mut antrinken. Er eilt in den unteren Stock des Hauses und betrinkt sich mit Whisky; benommen und mit einem Blutalkoholwert von mindestens 3 Promille begiesst er das Wohnzimmer mit Benzin und zündet es an. Obwohl das grosse Bauernhaus der Nachbarn inklusive Stall mit ca. 50 Kühen etwa 150 m entfernt liegt, haben die Hofhunde den Rauch gerochen und die Bauernfamilie und Angestellten geweckt, welche die Feuerwehr alarmierten. Die Feuerwehr löscht den Brand und rettet den bewusstlosen und mit mittelschweren Verbrennungen verletzten Mauro. Viola wird ebenso gerettet. Das Feuer hat das Schlafzimmer im oberen Stock des Hauses knapp nicht erreicht.

Viola wird ins Krankenhaus gebracht; die Ärzte stellen neben dem Schock kleinfleckige Unterblutungen am Hals sowie Stauungsblutungen in den Augenlidern und in der angrenzenden Gesichtshaut fest; sodann klagt Viola über Schluckbeschwerden und Heiserkeit, die allerdings nach ca. einem Monat wieder verschwinden. Laut rechtsmedizinischem Gutachten war Viola während des Würgens aufgrund von Stauungsblutungen kurzzeitig einer Todesgefahr ausgesetzt.

*Prüfen Sie die Strafbarkeit von Mauro und Santiago nach StGB. Allfällig erforderliche Strafanträge sind gestellt worden.*

## II. Sachverhalt zum Strafprozessrecht

Gegen Lorenzo wird ein Strafverfahren wegen des Verdachts der Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 StGB) geführt. In der Folge wird auch gegen Marcus, mit dem Lorenzo in eingetragener Partnerschaft lebt, wegen des Verdachts auf Anstiftung zu dieser Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 i. V. m. Art. 24 Abs. 1 StGB) ermittelt. Marcus führte ein Tagebuch, in welchem er unter anderem über Geldsorgen und Möglichkeiten, sich ihrer zu entledigen, reflektierte. Im Rahmen einer rechtmässigen Hausdurchsuchung der von Lorenzo und Marcus gemeinsam bewohnten Wohnung wird das von Marcus geführte Tagebuch gefunden und beschlagnahmt. Auf Verlangen von Marcus wird das Tagebuch rechtmässig gemäss Art. 248 Abs. 1 und Art. 264 Abs. 3 StPO versiegelt.

Auf Antrag der Strafbehörde (Art. 248 Abs. 2 StPO) befasst sich das Zwangsmassnahmengericht mit der Frage, ob die Beschlagnahme prozessordnungskonform war bzw. ob das versiegelte Tagebuch im Strafverfahren verwertet werden darf.

*Sie sind Richter/in des Zwangsmassnahmengerichts. Wie würden Sie entscheiden? Begründen Sie Ihren Entscheid.*



**Bachelorklausur im Strafrecht**  
**vom 13. Januar 2012**

Lösungsmuster und Erläuterungen

**Materieller Teil**

**I. Problembereich: Entnahme von CHF 2'400.- aus der Kasse und Kauf des Ringes für Emilia**

**A. Strafbarkeit von Santiago**

Problemschwerpunkte: Veruntreuung trotz Mitgewahrsam? Vortäterproblematik bei der Geldwäscherei.

**1. Veruntreuung (Art. 138 StGB)**

*Fraglich ist, ob sich Santiago nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig macht, indem er der Hotelkasse insgesamt CHF 2'400.- entnimmt.*

**Tatbestandsmässigkeit**

**Objektiver Tatbestand**

Bargeld ist eine bewegliche Sache im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Das Bargeld ist für Santiago fremd, weil es im Eigentum des Hotels bzw. dessen Inhaber Mauro steht.

Zu prüfen ist, ob das Bargeld Santiago anvertraut ist. Anvertraut ist eine Sache, wenn der Treugeber den Gewahrsam – d.h. die tatsächliche Sachherrschaft nach den Regeln des sozialen Lebens – an ihr aufgibt und der Treuhänder sie mit der besonderen Verpflichtung empfängt, das an ihr bestehende Eigentum zu erhalten. Vorliegend problematisch ist, dass Santiago als Treuhänder keinen Alleingewahrsam am Bargeld innehat. Vielmehr hat auch der Treugeber Mauro einen Schlüssel zur Kasse; er kann jederzeit die Beträge in der Kasse kontrollieren und tut dies auch einmal wöchentlich. Es ist demnach davon auszugehen, dass ein Mitgewahrsam vorliegt.

Ob für die Bejahung des Anvertrautseins Alleingewahrsam nötig ist oder ob vielmehr Mitgewahrsam ausreichend ist, ist umstritten. Das Bundesgericht bejaht das Anvertrautsein auch im Falle eines Mitgewahrsams und zwar nicht nur dann, „wenn die Sache einem Dritten mitanvertraut war“, sondern auch, wenn – wie vorliegend – „ihre Eigentümer oder ein Dritter neben dem Täter tatsächlich Gewalt über sie gehabt hat.“<sup>1</sup> Gestützt auf die Rechtsprechung könnte das Anvertrautsein des Bargeldes demnach bejaht werden. Demgegenüber nimmt die herrschende Lehre das Anvertrautsein nur bei Alleingewahrsam des Trenehmers an, verneint sie hingegen, wenn der Mitgewahrsamsinhaber gleichzeitig Treugeber der Sache ist: „Hat (...) der Treugeber den Allein- oder Mitgewahrsam, (...) so fehlt es an der für die Veruntreuung charakteristischen Situation der wirklichen Überlassung der Sache.“<sup>2</sup> Weil also Mauro als Treugeber Gewahrsam am Bargeld behält, ist das Anvertrautsein nach h.L. zu verneinen.

<sup>1</sup> BGE 71 IV 8 f.; vgl. auch die weiteren Hinweise bei Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 13 RN 52 FN 98.

<sup>2</sup> Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 13 RN 52 m.w.H.

Hinweis: Sehr gute Arbeiten begründen, weshalb sie der einen oder anderen Meinung folgen. Für die Meinung der h.L. spricht, dass sich die Tatbestände des Diebstahls und der Veruntreuung auf diese Weise auf der Ebene des Tatbestandes nicht überschneiden. Wenn der Lehrmeinung gefolgt wird, kann an dieser Stelle die Prüfung abgebrochen werden und Diebstahl geprüft werden. Wenn der Meinung des Bundesgerichts gefolgt wird, ist zuerst die Veruntreuung zu Ende zu prüfen.

#### Weitere Prüfung des Delikts, falls Anvertrautsein bejaht:

Des Weiteren muss sich Santiago das Bargeld angeeignet haben. „Aneignen“ meint die äusserlich erkennbare Verwirklichung des Aneignungswillens. Die Betätigung des Aneignungswillens kann bejaht werden in dem Moment, in welchem Santiago das Bargeld in die eigene Tasche steckt, anstatt es vereinbarungsgemäss auf die Bank zu bringen.

#### **Subjektiver Tatbestand**

Erstens ist subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Santiago weiss, dass es sich beim Geld um eine Sache handelt, die nicht in seinem Eigentum ist. Ferner muss er mit Aneignungswillen handeln; Santiago will dem Mauro die Eigentümerstellung dauerhaft vorenthalten und sich das Geld dauerhaft aneignen. Zweitens handelt Santiago mit Bereicherungsabsicht: Er hat das Wissen und den Willen, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den er keinen Rechtsanspruch hat, weil das Geld in Mauros Eigentum ist.

#### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

#### **Ergebnis**

Offen. Es ist möglich, gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes die Meinung zu vertreten, dass sich Santiago nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat (vgl. jedoch im Folgenden die Vorbemerkung zum Diebstahl).

## **2. Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB)**

Hinweis: Fraglich ist, ob nach bundesgerichtlicher Praxis neben Art. 138 StGB auch Art. 139 StGB erfüllt sein kann. Das Bundesgericht hat dieses Verhältnis unterschiedlich beurteilt. In älterer Rechtsprechung hat es der Veruntreuung stets den Vorrang gegeben; in jüngeren Entscheiden hält das Bundesgericht fest, dass fallweise entschieden werden soll, ob eher ein Anvertrautsein vorliegt und deshalb eine Veruntreuung anzunehmen ist oder ob aufgrund der Schwere des Gewahrsamsbruchs ein Diebstahl zu bejahen ist.<sup>3</sup> Nach geltendem Recht ist die Kontroverse allerdings nicht mehr von allzu grosser praktischer Bedeutung, weil die Strafrahmen von Art. 138 und Art. 139 StGB, jedenfalls im Grundtatbestand, gleich sind.

*Zu prüfen ist, ob sich Santiago nach Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig macht, indem er der Hotelkasse insgesamt CHF 2'400.- entnimmt.*

#### **Tatbestandsmässigkeit**

##### **Objektiver Tatbestand**

Diebstahl setzt in objektiver Hinsicht eine Wegnahme, d.h. den Bruch von fremdem und die Begründung von neuem, eigenem Gewahrsam voraus. Nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Wegnahme grundsätzlich auch in Fällen möglich, in denen an der Sache kein Alleingewahrsam, sondern wie vorliegend am Bargeld, Mitgewahrsam besteht.<sup>4</sup> Hier ist der Bruch fremden Gewahrsams zu bejahen, weil Mauro keine Herrschaftsmöglichkeit mehr über die von Santiago abgezweigten CHF

<sup>3</sup> Vgl. die Hinweise bei Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 13 RN 94.

<sup>4</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 13 RN 93 m.w.H.

2'400.- hat und dies gegen seinen Willen geschieht. Die Betätigung des Aneignungswillens ist ebenfalls gegeben in dem Moment, in welchem Santiago das Bargeld in die eigene Tasche steckt, anstatt es vereinbarungsgemäss auf die Bank zu bringen.

Für den subjektiven Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld kann auf das bei Art. 138 StGB Gesagte verwiesen werden.

## **Ergebnis**

Offen. Nach Meinung der h.L. hat sich Santiago nach Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht

### **3. Ungetreue Geschäftsführung (Art. 158 StGB)**

*Es stellt sich die Frage, ob sich Santiago nach Art. 158 StGB dadurch schuldig macht, dass er der Hotelkasse insgesamt CHF 2'400.- entnimmt.*

#### **Tatbestandsmässigkeit**

##### **Objektiver Tatbestand**

Hinsichtlich des Treubruchtatbestands (Art. 158 Ziff. 1 StGB) fehlt es Santiago an der Eigenschaft eines Geschäftsführers, zumal er schon nicht mit der Vermögensverwaltung bzw. der Beaufsichtigung einer solchen beauftragt ist. Laut Sachverhalt erledigt Mauro die Buchhaltung persönlich. Santiago ist als Rezeptionist lediglich Geldbote und in dieser Funktion unselbständig. Auch der Missbrauchstatbestand (Art. 158 Ziff. 2 StGB) ist nicht erfüllt, da bei Boten kein Vertretungsverhältnis vorliegt (Art. 102 OR).

### **4. Geldwäscherei (305<sup>bis</sup> StGB)**

*Fraglich ist, ob sich Santiago nach Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig macht, indem er Emilia mit den CHF 2'400.- einen Goldring kauft.*

#### **Tatbestandsmässigkeit**

##### **Objektiver Tatbestand**

Abzuklären ist, ob der Vortäter überhaupt sein eigener Geldwäscher sein kann. Dies wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bejaht. Demgegenüber nimmt die Lehre überwiegend Strafflosigkeit des Vortäters an und begründet dies mit der Analogie zur straflosen Selbstbegünstigung.<sup>5</sup>

Entsprechend ist nach Meinung des Bundesgerichtes eine Bestrafung nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB von Santiago, der die CHF 2'400.- veruntreut bzw. gestohlen hat, grundsätzlich möglich. Demgegenüber ist nach der h.L. bereits die Tatbestandsmässigkeit zu verneinen.

Hinweis: Wird der Lehre gefolgt, kann die Prüfung an dieser Stelle abgebrochen werden. Wenn der Meinung des Bundesgerichtes gefolgt wird, muss das Delikt zu Ende geprüft werden. Welcher Meinung gefolgt wird, soll kurz begründet werden.

#### Weitere Prüfung des Delikts nach BGer:

Die CHF 2'400.- sind ein Vermögenswert. Sie entstammen einem Verbrechen (Art. 138, 139 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB), weshalb das geforderte Tatobjekt bejaht werden kann. Der Täter muss zudem eine Handlung vornehmen, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Eine Vereitelungsgefahr kann mit dem Kauf des Goldringes mit den CHF 2'400.- bejaht werden, weil sich das Geld nicht mehr im Besitz von Santiago befin-

<sup>5</sup> Vgl. Pieth, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 305<sup>bis</sup> RN 54.

det. Da es sich bei Art. 305<sup>bis</sup> StGB um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt, ist der Nachweis einer konkreten Vereitelungsgefahr oder einer gelungenen Vereitelung nicht erforderlich.

### **Subjektiver Tatbestand**

Santiago kauft den Goldring wissentlich und willentlich und weiss, dass die CHF 2'400.- aus einem Verbrechen herrühren.

### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

### **Ergebnis**

Offen. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich Santiago nach Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht; nach Meinung der Lehre ist er straflos.

### **Konkurrenzen**

Zwischen Geldwäscherei und der Vortat, vorliegend Art. 138 StGB bzw. Art. 139 StGB, besteht nach Meinung des Bundesgerichtes echte Konkurrenz.

## **5. Hehlerei (160 StGB)**

*Abzuklären gilt, ob sich Santiago nach Art. 160 Ziff. 1 StGB schuldig macht, indem er Emilia mit den CHF 2'400.- einen Goldring kauft.*

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung kann der Vortäter Santiago nicht sein eigener Hehler sein, weshalb eine Bestrafung wegen Hehlerei hier ausscheidet.

## **6. Sachbeschädigung (Art. 144 StGB)**

*Zu prüfen ist, ob sich Santiago wegen Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB schuldig macht, indem er die Hotelkasse aufbricht.*

### **Tatbestandsmässigkeit**

#### **Objektiver Tatbestand**

Santiago beschädigt die Kasse, welche eine Sache ist und im Eigentum von Mauro bzw. dem Hotel steht, indem er diese aufbricht.

#### **Subjektiver Tatbestand**

Santiago weiss, dass es sich bei der Kasse um fremdes Eigentum handelt, dass mit dem Aufbrechen das Schloss beschädigt wird und er will dies auch.

#### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

#### **Ergebnis**

Santiago hat sich nach Art. 144 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Hinweis: Es könnte sodann ein geringfügiges Vermögensdelikt gemäss Art. 172<sup>ter</sup> StGB angenommen werden. Es sind Beträge bis zu CHF 300.- erfasst. Für die maximale Punktezahl ist diese Auseinandersetzung allerdings nicht erforderlich, da der SV sich nicht dazu äussert.

## II. Problembereich: Anschwärzen von Cassio und Viola

### A. Strafbarkeit von Santiago

Problemschwerpunkte: Ehrverletzungsdelikte, Abgrenzung zwischen Verleumdung und übler Nachrede; Urkundenqualität des Liebesbriefes i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB.

Hinweis: Es ist auch möglich, anstelle der direkten Prüfung von Art. 174 StGB, eine zweistufige Prüfung vorzunehmen und zuerst Art. 173 und anschliessend Art. 174 StGB zu prüfen.

#### 1. Verleumdung gegenüber Cassio (Art. 174 StGB)

*Es stellt sich die Frage, ob sich Santiago nach Art. 174 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig macht, weil er gegenüber Mauro behauptet, Cassio habe die Kasse aufgebrochen und die CHF 2'400.- gestohlen.*

##### Tatbestandsmässigkeit

###### Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand verlangt, dass eine Äusserung gegenüber einem Dritten vorliegt, die sich auf unehrenhaftes Verhalten oder andere ehrwürdige Tatsachen bezieht und geeignet ist, den Ruf eines Menschen zu schädigen. Von Art. 174 StGB erfasst werden sowohl blosser Tatsachenbehauptungen als auch gemischte Werturteile.

In casu lenkt Santiago den Verdacht (Tathandlung des Verdächtigen), CHF 2'400.- aus der Hotelkasse entnommen zu haben, auf Cassio, indem er Mauro (wahrheitswidrig) erzählt, Cassio habe Spielschulden und er habe ihn nachts im Büro der Rezeption gesehen. Beim Vorwurf, eine strafbare Handlung begangen zu haben, handelt es sich nach der Praxis um eine ehrwürdige Tatsache.<sup>6</sup> Der objektive Tatbestand von Art. 174 StGB verlangt zudem, dass der Täter objektiv die Unwahrheit sagt, was hier unproblematisch bejaht werden kann, weil nicht Cassio, sondern Santiago die CHF 2'400.- der Hotelkasse entnommen hat. Dass Santiago direkt sagt, „es war Cassio“, ist nicht erforderlich, da aus den Umständen die Bedeutung seiner Äusserung klar ist.

###### Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz. Santiago weiss, dass seine Äusserungen geeignet sind, den Ruf von Cassio zu schädigen, und er erzählt die erfundene Geschichte dem Mauro wissentlich und willentlich. Weiter zeichnet sich die Verleumdung dadurch aus, dass der Täter wider besseres Wissen die Unwahrheit erzählt haben muss, wobei Eventualvorsatz nicht genügt. Dies kann in casu bejaht werden: Santiago weiss, dass Cassio die CHF 2'400.- nicht der Hotelkasse entnommen hat, weil er selbst es war.

###### Rechtswidrigkeit / Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

###### Ergebnis

Santiago hat sich nach Art. 174 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

#### 2. Planmässiges Vorgehen nach Art. 174 Ziff. 2 StGB?

*Zu prüfen ist, ob Santiago die Qualifikation des planmässigen Vorgehens nach Art. 174 Ziff. 2 StGB vorgeworfen werden kann.*

<sup>6</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 11 RN 20 m.w.H.

Planmässiges Vorgehen gilt als Qualifikation mit schwer fassbaren Merkmalen.<sup>7</sup> Mögliche Kriterien können der Zeitraum der Vorbereitung, die Mehrzahl der Adressaten sowie die Strategie der Verbreitung sein. Hier diskutierbar, wobei beide Meinungen vertreten werden können.

### 3. Verleumdung gegenüber Viola (Art. 174 StGB)

*Fraglich ist, ob sich Santiago nach Art. 174 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dadurch schuldig macht, dass er gegenüber Mauro behauptet, Viola würde Mauro mit Cassio betrügen.*

#### Tatbestandsmässigkeit

##### Objektiver Tatbestand

Für die objektiven Tatbestandsmerkmale kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Das Bundesgericht hat den Vorwurf des Ehebruchs als ehrwürdige Tatsachenbehauptung angesehen (vgl. BGE 98 IV 88). Auch die weiteren Erfordernisse der Kundgabe gegenüber einem Dritten und der objektiven Unwahrheit sind hier gegeben: Santiago erfindet eine Affäre zwischen Cassio und Viola, um Mauro gegen seine Ehefrau aufzubringen.

##### Subjektiver Tatbestand

Santiago weiss, dass seine Äusserungen geeignet sind, den Ruf von Viola zu schädigen, und er konstruiert die Intrige wissentlich und willentlich. Sodann sagt er wider besseren Wissens die Unwahrheit: Santiago weiss, dass Viola und Cassio keine Affäre haben.

##### Rechtswidrigkeit / Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

##### Ergebnis

Santiago hat sich nach Art. 174 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

### 4. Planmässiges Vorgehen nach Art. 174 Ziff. 2?

*Zu prüfen gilt, ob Santiago die Qualifikation des planmässigen Vorgehens nach Art. 174 Ziff. 2 StGB vorgeworfen werden kann.*

Vgl. oben. Ergebnis offen. Insbesondere das Verfassen eines Liebesbriefes könnte als planmässiges Vorgehen angesehen werden.

### 5. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)

*Hier stellt sich die Frage, ob sich Santiago nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1-3 StGB schuldig macht, indem er im Namen der Viola einen fiktiven Liebesbrief an Cassio geschrieben hat und diesen dem Mauro zuspiziert.*

#### Tatbestandsmässigkeit

##### Objektiver Tatbestand

Abzuklären gilt, ob es sich beim Liebesbrief um eine Schrifturkunde nach Art. 110 Abs. 4 StGB handelt. Ein Liebesbrief enthält Gedanken, welche dauerhaft auf einem festen Träger angebracht sind und nach aussen kundgetan werden, weshalb die Verkörperung einer menschlichen Gedankenerklärung gegeben ist. Weiter ist ein Aussteller, nämlich Viola, daraus ersichtlich (Garantiefunktion). Fraglich ist

---

<sup>7</sup> Vgl. Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, S. 362.

indessen, ob es sich hierbei um eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung handelt, die zum Beweis bestimmt und geeignet ist (Beweisfunktion).

Beim gefälschten Liebesbrief handelt es sich zunächst insofern um eine rechtlich erhebliche Tatsache, als dieser einen ehrwürdigen Inhalt verkörpert (vgl. oben, Verleumdung bejaht). Sodann (und alternativ) könnte argumentiert werden, dass das Schriftstück, um unter den Urkundenbegriff zu fallen, in irgendeiner Weise rechtlich bedeutsam werden könnte.<sup>8</sup> Erfasst werden nämlich auch bloss Indizien, die den Schluss auf rechtlich relevante Tatsachen zulassen.<sup>9</sup> Beim Liebesbrief handelt es sich um ein Indiz für eine angebliche Affäre zwischen Cassio und Viola. Die Affäre ist wiederum insofern rechtlich relevant, als sie zu einer Scheidungsklage führen könnte, ausserdem will Santiago bei Mauro einen Tatentschluss zur Tötung von Viola hervorrufen.

Ob ein bestimmtes Schriftstück zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt ist, beurteilt sich danach, ob ein Wille des Ausstellers oder einer anderen Person vorhanden ist, ein Beweismittel zu schaffen oder das Schriftstück als Beweismittel im Rechtsverkehr zu benutzen. Zudem erfordert die Urkundenqualität eines Schriftstückes, dass dieses geeignet ist, eine rechtlich erhebliche Tatsache zu beweisen. Hier liegt der Sinn des Liebesbriefes darin, ein Beweismittel für die Liebesbeziehung von Viola und Cassio zu schaffen und (u.a.) dafür zu sorgen, dass erstens der Ruf der beiden geschädigt wird und zweitens Mauro zu einem Verbrechen (Tötung von Viola) bestimmt wird. Folglich ist in casu der Wille von Santiago darauf gerichtet, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen: Es geht Santiago von Anfang an nicht um den Beweis der Liebe als Phänomen in einem rein gesellschaftlichen Kontext, sondern er will, dass das Schriftstück rechtliche Konsequenzen tätigt. Es handelt sich auch nicht um einen gewöhnlichen Liebesbrief (der später rechtlich relevant wird, sog. Zufallsurkunde), vielmehr will Santiago eine Delikturkunde schaffen,<sup>10</sup> die ehrwürdige Tatsachen beweist und Mauro dazu veranlasst, Viola zu töten. Gestützt auf diese Überlegungen ist die Urkundenqualität nach Art. 110 Abs. 4 StGB zu bejahen.

*Hinweis: Andere Meinung, die gut begründet wird, ist vertretbar und wird ebenfalls mit max. 2 Punkten bewertet.*

**Andere, gut vertretbare Ansicht zur Verneinung der Urkundenqualität:** Beim Rechtsgut der Urkundendelikte geht es um den Schutz des Rechtsverkehrs. Vorliegend handelt sich um einen bloss gefälschten Liebesbrief, dem zusammen mit weiteren Umständen des Falles eine Indizwirkung für eine rechtserhebliche Tatsache zukommt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die eine solche Indizwirkung genügen lässt, führt dazu, dass der Kreis der möglicherweise rechtserheblichen Tatsachen unbeschränkt wird.<sup>11</sup> Richtigerweise sollte es bei der Beweisfunktion insbesondere auch darum gehen, aus einer Fülle von Schriftstücken, die irgendwie von rechtlicher Bedeutung sein könnten, diejenigen herauszufiltern, welche strafrechtlichen Schutz verdienen. Im Sinne eines einschränkenden Kriteriums muss gefordert werden, dass sich die objektive Beweiseignung unmittelbar aus der Urkunde ergeben muss, was hier nicht der Fall ist.

*Hinweis: Wer die Urkundenqualität verneint, muss dies, um die volle Punktzahl zu erhalten, gut begründen (vgl. oben). Dafür wäre erforderlich, die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche einen sehr weiten Urkundenbegriff vertritt, zu kritisieren.*

#### Falls Urkundenqualität bejaht, weitere Prüfung des Deliktes:

Was die Tathandlung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB angeht, liegt eine Urkundenfälschung i.e.S. vor. Santiago stellt eine unechte Urkunde her, der wirkliche Aussteller (Santiago) stimmt nicht mit dem erkennbaren Aussteller (Viola) überein.

<sup>8</sup> Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, § 35 RN 10.

<sup>9</sup> Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, § 35 RN 10.

<sup>10</sup> Vgl. auch Boog, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 110 Abs. 4 RN 34.

<sup>11</sup> Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, § 35 RN 10.

## Subjektiver Tatbestand

Santiago weiss, dass er eine unechte Urkunde herstellt und will dies auch, weshalb der Vorsatz bejaht werden kann. Fraglich ist, ob eine Schädigungs- oder Vorteilsabsicht bejaht werden kann.<sup>12</sup> Santiago will Viola und Cassio schädigen, insofern er ihnen ehrwürdiges Verhalten unterstellt. Viola will er zudem an ihrem grundlegendsten Recht (Recht auf Leben) schädigen, weil er laut Sachverhalt ihren Tod will. Überdies beabsichtigt Santiago, den Mauro zu schädigen, da er diesen zu einem deliktischen Verhalten bestimmen will – entsprechend muss er auch die Konsequenzen wollen (etwa dessen Freiheitsentzug). Nach der Lehre genügt für eine Schädigungsabsicht sogar (mit Verweis auf kt. Rechtsprechung),<sup>13</sup> dass ideelle Werte wie Liebe und Freundschaft beeinträchtigt werden (sollen), was in casu zweifellos gegeben ist: Die Absicht von Santiago besteht darin, dass sowohl die Freundschaft von Mauro und Cassio als auch die Liebe zwischen Mauro und Viola durch den gefälschten Liebesbrief erschüttert bzw. vernichtet wird.

## Gebrauchmachen der Urkunde (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB)

Ferner hat Santiago den Liebesbrief tatsächlich Mauro zugespielt, weshalb auch das Gebrauchmachen von der gefälschten Urkunde gemäss Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 bejaht werden kann. Diese Tatbestandsvariante gilt jedoch als mitbestrafte Nachtat, wenn derjenige von der Urkunde Gebrauch macht, der sie bereits gefälscht hat, was hier einschlägig ist.

## Ergebnis

Santiago hat sich nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1-3 StGB schuldig gemacht.

## Konkurrenzen

Der Gebrauch des gefälschten Liebesbriefes (Art. 251 Abs. 3 StGB) ist mitbestrafte Nachtat.

## III. Problembereich: Würgen der Viola

### A. Strafbarkeit von Mauro

Problemschwerpunkte: Voraussetzungen des Totschlages? Verhältnis der Privilegierung von Art. 113 und Art. 19 Abs. 2 StGB (verminderte Schuldfähigkeit). Verhältnis des Tötungsvorsatzes und des Gefährdungsvorsatzes nach Art. 129 StGB.

Hinweis: Sinnvollerweise prüft man in solchen Fällen zuerst Art. 111 StGB und anschliessend die Privilegierung von Art. 113 StGB. Möglich wäre aber direkt mit Art. 113 StGB zu beginnen; Art. 111 StGB würde nur dann geprüft und bejaht, wenn die Privilegierung verneint würde. Beide Vorgehensweisen sind korrekt.

### 1. Versuchte Tötung (Art. 111 i.V.m. 22 StGB)

*Abzuklären gilt, ob sich Mauro der versuchten vorsätzlichen Tötung nach Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig macht, indem er Viola würgt, bis sie reglos liegen bleibt.*

## Vorprüfung

Es liegt keine Vollendung der Tat vor; Viola ist nicht tot. Bei der Tötung handelt es sich nach Art. 111 StGB i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB um ein Verbrechen, deren versuchte Begehung nach Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar ist.

<sup>12</sup> Vgl. Stratenwerth/Bommer, BT II § 36 RN 21 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Trechsel/Erni, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 251 RN 14.

## **Tatbestandsmässigkeit**

### **Subjektiver Tatbestand (= Tatentschluss)**

Fraglich ist, ob Mauro mit Wissen und Wollen handelte. Naheliegender ist, direkten Vorsatz anzunehmen, weil Mauro mit dem Akt des Würgens der Viola nicht drohen will oder dergl., sondern diese ganz einfach töten will. Wenn nicht direkter Vorsatz, dann ist Mauro mindestens Eventualvorsatz zu unterstellen: Wer einen anderen Menschen während einer Minute kräftig würgt, dem muss sich der Erfolg seines Verhaltens, d.h. die Tötung eines Menschen (Viola) als so wahrscheinlich aufdrängen, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann.<sup>14</sup> Weiter hört Mauro erst mit dem Würgen auf, als Viola reglos liegen bleibt, was ebenfalls darauf hindeutet, dass er sie töten will.

### **Beginn der Ausführungshandlung: Abgrenzung zur blossen Vorbereitung**

Mit dem Würgen während ca. einer Minute hat Mauro mit der Ausführung der Tötungshandlung begonnen. Das medizinische Gutachten ergab, dass das Würgen Stauungsblutungen verursachte, welche geeignet sind, den Tod herbeizuführen.

### **Rechtswidrigkeit**

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

### **Schuld**

Fraglich ist, ob sich Mauro in einem Erregungszustand befindet, der ihn daran hindert, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (vgl. Art. 19 Abs. 1 StGB). Ein solcher Zustand ist jedoch nur äusserst restriktiv und allenfalls dann anzunehmen, wenn abnorme Veränderungen oder Ausfälle der Persönlichkeit einen Grad erreichen, der jeglichen Spielraum für ein selbstbestimmtes Handeln ausschliesst. Mauro ist gewiss äusserst erregt, allerdings darf nicht von der Schwere der Tat auf die Erregungsintensität geschlossen werden, da sich ansonsten die Exkulpation für entsprechende Taten quasi von selbst vollziehen würde. Der SV bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass Mauro nicht zumindest noch einen Rest an Reflektiertheit aufweist; Art. 19 Abs. 1 StGB ist deshalb zu verneinen. Diskutierbar ist, ob Mauro eine schuld mindernde Wirkung aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung nach Art. 113 StGB zugute kommt.

## **2. Versuchter Totschlag (Art. 113 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB)**

*Zu prüfen ist, ob Mauro aufgrund der aufwühlenden Umstände einen versuchten Totschlag nach Art. 113 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 begeht.*

### **Vorprüfung**

Es liegt keine Vollendung der Tat vor; Viola ist nicht tot. Beim Totschlag handelt es sich nach Art. 113 StGB i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB um ein Verbrechen, dessen versuchte Begehung nach Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar ist.

### **Tatbestandsmässigkeit**

Für den Tatentschluss, den Beginn der Ausführungshandlung und die Rechtswidrigkeit kann auf das bei Art. 111 StGB Gesagte verwiesen werden.

### **Schuld**

Fraglich ist, dem Mauro eine schuld mindernde Wirkung aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung zugute kommen zu lassen. Erfasst sind neben asthenischen Affekten (Verzweiflung, Angst, Bestürzung) nach h.L. auch sthenische Affekte (Jähzorn, Wut, Eifersucht).<sup>15</sup> In casu ist sowohl von sthenischen Affekten (Eifersucht, Wut) als auch asthenischen Affekten (Verzweiflung) die Rede. Indikato-

<sup>14</sup> Vgl. insbesondere BGE 130 IV 58. E.8.4.

<sup>15</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 1 RN 29; BGer 6S.180/2004.

ren für die heftige Gemütsbewegung können sein: Fehlen einer eventuellen Tatbereitschaft, Fehlen von Vorbereitungshandlungen, nicht lang hingezogenes, sondern sehr plötzliches Tatgeschehen, kein etappierter Handlungsablauf, nachträgliches Begreifen der Tat.<sup>16</sup> Laut SV liegt Mauro im Bett neben Viola als er plötzlich von Wut, Verzweiflung, Eifersucht getrieben ist. Er geht nicht planmässig vor, wägt nicht Vor- und Nachteile ab, vielmehr handelt er sehr plötzlich. Wesentlich ist indes hier, dass Mauro in diesem intimen Moment des gemeinsamen Zu-Bett-Gehens in einer Aufwallung von Eifersucht und Wut spontan handelt, wie dies bei einem Affektdelikt typisch ist.

In jedem Fall muss die Erregung unmittelbar vor und während der Tat bestanden haben.<sup>17</sup> Mauro ist erregt und weint vor und während der Tat; zudem ist er im Anschluss daran so verzweifelt, dass er sich selbst töten will.

Hinweis: Die grosse seelische Belastung ist nicht einschlägig, da dies voraussetzen würde, dass ein chronisch belastender seelischer Zustand besteht, der während eines langen Zeitraums kontinuierlich herangewachsen ist.<sup>18</sup>

Die heftige Gemütsbewegung – nicht die Tat – muss nach den Umständen entschuldbar sein. Als Massstab gilt, dass einer Durchschnittsperson das Entstehen der heftigen Gemütsbewegung verständlich erscheinen muss.<sup>19</sup> Damit entfällt die Entschuldbarkeit, wenn der Affekt durch krankhafte Veranlagungen oder Persönlichkeitsstörungen des Täters entsteht.<sup>20</sup> Dies könnte fraglich sein, weil Mauro laut SV „ein eifersüchtiger Typ“ ist, was ein individuelles Persönlichkeitsmerkmal darstellt.<sup>21</sup> Derweil sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass Mauros Eifersucht ein Mass erreicht, dass im klinischen Sinne von einer Persönlichkeitsstörung ausgegangen werden kann („krankhafte Eifersucht“). Naheliegender ist zu argumentieren, dass ein Durchschnittsmensch in dieser Situation wütend, eifersüchtig, verzweifelt wäre, also in diesen Affekt geraten wäre. Dass Mauro in diesem Gemütszustand Viola *tötet*, muss sich nicht mit dem Verhalten eines Durchschnittsmenschen decken. Schliesslich darf der Täter die heftige Gemütsbewegung nicht verschuldet haben, was hier erfüllt ist. Mauro ist Opfer einer Intrige von Santiago. Insgesamt bestehen somit gute Gründe zur Annahme, dass Mauro von einem emotionalen Erregungszustand überwältigt ist. Die Privilegierung von Art. 113 StGB ist ihm deshalb zu Gute zu halten.

Fraglich ist, ob sich Mauro in einem Erregungszustand befindet, welcher über das von Art. 113 StGB erfasste Mass hinausgeht. Dabei ist als Massstab wiederum die Entschuldbarkeit der Gemütsbewegung anzulegen. Demnach müsste der Erregungszustand des Mauro also den Grad einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung erreicht haben. In casu ist jedoch nur schwer einzusehen, warum dem Erregungszustand des Mauro ein hohes Mass zugeschrieben werden soll, zumal „auch eine Verminderung der Schuldfähigkeit nur in krassen Fällen anzuerkennen“<sup>22</sup> ist. Angesichts der bereits in Art. 113 StGB vorgezeichneten Berücksichtigung entsprechender Erregungszustände einerseits und der restriktiv zu handhabenden Beurteilung der Schuld(un)fähigkeit andererseits, ist *nicht* davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 2 StGB gegeben sind.

## Ergebnis

Mauro hat sich nach Art. 113 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Hinweis zur Prüfung des Mordes: Zwar könnte Eifersucht womöglich als besonders verwerflicher Beweggrund geprüft werden, müsste dann jedoch verneint werden, weil die Eifersucht selbst auf nachvollziehbaren Gründen – eben der heftigen Gemütsbewegung – basiert.

<sup>16</sup> Vgl. Schwarzenegger, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 113 RN 6.

<sup>17</sup> Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 1 RN 29.

<sup>18</sup> Vgl. Schwarzenegger, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 113 RN 14.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 107 IV 106; BGer 6S.180/2004.

<sup>20</sup> Vgl. Schwarzenegger, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 113 RN 11.

<sup>21</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 1 RN 30; BGer 6S.180/2004.

<sup>22</sup> Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, Bern 2011, § 11 RN 27.

### 3. Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB

*Es stellt sich die Frage, ob sich Mauro nach Art. 129 StGB schuldig macht, indem er Viola würgt, bis sie reglos liegen bleibt.*

Hinweis: „Würge-Fälle“, ohne dass schwere Körperverletzungen resultieren, sind grundsätzlich klassische Fälle der Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB. Allerdings werden versuchte Tötungen dort mangels Vorsatz nicht bejaht, vgl. etwa BGE 124 IV 53 ff. oder 6B\_352/201. Da in casu ein Tötungsvorsatz bejaht wird, ist das Verhältnis von Art. 111 (bzw. Art. 113 StGB) und Art. 129 StGB bereits auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit fraglich. Möglich ist, vorfrageweise das Verhältnis von Gefährdungsdelikt und Verletzungsdelikt (versuchter Totschlag) bei Vorliegen desselben Rechtsgutes (Leben) zu diskutieren und von einer eingehenden Prüfung des Gefährdungsdelikt abzusehen. Wenn Art. 129 StGB geprüft und bejaht wird, dann besteht unechte Konkurrenz zwischen Art. 111 StGB und Art. 129 StGB.

#### Tatbestandsmässigkeit

##### Objektiver Tatbestand

Zur Bejahung des objektiven Tatbestandes ist erforderlich, dass eine unmittelbare Lebensgefahr für das Opfer besteht, d.h., dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die ernstliche Wahrscheinlichkeit des Todeseintritts besteht.<sup>23</sup> Dies kann bejaht werden, weil das rechtsmedizinische Gutachten ergab, dass Viola einer Todesgefahr ausgesetzt war. Des Weiteren muss eine Konnexität zwischen Täterverhalten und Gefahrenlage bestehen, was hier unproblematisch ist, weil das Würgen die Lebensgefährdung der Viola hervorgerufen hat.

##### Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist *direkter Vorsatz* auf die unmittelbare Lebensgefahr nötig.<sup>24</sup> Mauro ist sich bewusst, dass er durch sein Verhalten die unmittelbare Lebensgefahr direkt herbeiführt: Wer jemanden während einer Minute würgt, weiss um die Lebensgefahr und will sie auch.

Hinweis: Typischerweise vertraut der Täter bei Art. 129 StGB darauf, dass der Tod des Opfers nicht eintritt. Art. 129 StGB wurde deshalb als Auffangtatbestand konzipiert, falls sich kein Tötungsvorsatz nachweisen lässt. Rechnet der Täter darüber hinaus mit dem Todeseintritt und billigt diesen, so ist Tötungsvorsatz zu bejahen. Dann kommen die Art. 111 ff. StGB zur Anwendung, Art. 129 StGB tritt zurück, vgl. zum Ganzen Aebersold BSK II Art. 129 RN 27 ff. Nicht geklärt ist, ob ein Tötungsvorsatz einen Gefährdungsvorsatz bereits auf der Ebene des Tatbestandes ausschliesst oder ob dies eine Frage der Konkurrenzen ist. Beides ist vertretbar; sehr gute Arbeiten erkennen diese Problematik.

Des Weiteren ist Skrupellosigkeit erforderlich, wobei eine besondere Hemmungs- und Rücksichtslosigkeit des Täters gefordert wird.<sup>25</sup> Zu berücksichtigen sind die Tatmittel und die Tatsituation.

Problematisch ist, dass Mauro in einer heftigen Gemütsbewegung handelt und deshalb der privilegierende Tatbestand von Art. 113 StGB bejaht wurde. Selbst diejenigen Lehrstimmen, die grundsätzlich nicht sehr hohe Anforderungen an die Skrupellosigkeit stellen,<sup>26</sup> verneinen die Skrupellosigkeit „wenn bei einem Verletzungsdelikt ein auf subjektiven Umständen beruhender Strafmilderungsgrund oder privilegierter Tatbestand anwendbar wäre.“<sup>27</sup> Entsprechend nicht skrupellos handelt ein Täter, welcher

<sup>23</sup> Vgl. Urteil vom 20.12.2005, 6S.164/2005 E.2; Urteil vom 6.10.2009, 6B 445/2009 E.7.3; Urteil vom 29.10.2009 6B 662/2009 E.4.5; vgl. auch Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 9.

<sup>24</sup> Vgl. Trechsel/Fingerhuth, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 129 RN 4.

<sup>25</sup> Vgl. Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 33.

<sup>26</sup> Vgl. Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 34 mit Verweis auf die Kasuistik.

<sup>27</sup> Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 34.

die Tat unter grosser seelischer Belastung (2. Tatbestandsvariante von Art. 113 StGB) begangen hat.<sup>28</sup> Dies muss sinnvollerweise auch bei der Tatbestandsvariante der heftigen Gemütsbewegung gelten, weshalb die Skrupellosigkeit in diesem Fall zu verneinen ist.

Hinweis: Insbesondere Studierende, die oben die Privilegierung verneint haben, können hier die Skrupellosigkeit bejahen, zumal grundsätzlich eine einfache Skrupellosigkeit genügt und keine besondere Skrupellosigkeit wie bei Art. 112 StGB erforderlich ist. So lässt das Bundesgericht es genügen, wenn die Handlung des Täters unter Berücksichtigung des Tatmittels und der Tatsituation allgemein anerkannten Grundsätzen von Sitte und Moral zuwiderläuft,<sup>29</sup> was eigentlich immer dann zu bejahen ist, wenn nicht mit dem betreffenden Handeln ein positiv zu bewertender Zweck verfolgt wird.<sup>30</sup>

### Rechtswidrigkeit / Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

### Ergebnis

Offen. Auf konzise Begründungen achten. Falls Art. 129 StGB bejaht wird, tritt dieser hinter Art. 113 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB zurück.

## 4. Einfache Körperverletzung (123 Ziff. 1 StGB)

*Mauro könnte sich nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er Viola würgt und ihr Verletzungen zufügt sowie akute Schluckbeschwerden verursacht.*

### Tatbestandsmässigkeit

#### Objektiver Tatbestand

Es ist abzuklären, ob das Würgen der Viola eine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit hervorgerufen hat, wobei keine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB gegeben sein darf. Laut medizinischem Gutachten hat Viola infolge des Würgens kleinfleckige Unterblutungen am Hals sowie Stauungsblutungen in den Augenlidern sowie in der angrenzenden Gesichtshaut. Ferner klagt sie über akute Schluckbeschwerden. Eine schwere Körperverletzung kann mangels lebensgefährlicher Verletzung oder einer sonstigen schweren Verletzung ausgeschlossen werden.

*Hinweis:* Dass eine Lebensgefährdung bestand, bedeutet nicht, dass Viola lebensgefährlich *verletzt* wurde!<sup>31</sup>

Das Bundesgericht bejahte eine einfache Körperverletzung etwa bei Schlägen auf den Kopf eines 2½ jährigen Kindes, welche noch am nächsten Tag feststellbare Spuren am linken Kiefer und beim rechten Ohr hinterlassen hatten (vgl. BGE 119 IV 25) oder bei einem Faustschlag ins Gesicht, wenn dieser einen Bluterguss in der Augenhöhle verursachte und Schmerzen beim Berühren des Wangenknochens zur Folge hat; allerdings erkannte es auf einen leichten Fall gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (BGE 119 IV 25).

Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der objektive Tatbestand einer einfachen Körperverletzung hier zu bejahen. Die Verletzungen, welche Mauro der Viola zugefügt hat, sind mehr

<sup>28</sup> Vgl. die Hinweise bei Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 34.

<sup>29</sup> Vgl. BGer vom 20.12.2005 und 6 S.164/2005.

<sup>30</sup> Vgl. Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, S. 64; kritisch dazu: Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 33 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010 § 4 RN 13.

<sup>31</sup> Zur Praxis des Bundesgerichtes zum Würgen vgl. Aebersold, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 129 RN 14c m.w.H.

als geringfügig und folgenlos. Dies insbesondere auch deshalb, weil neben den Blutergüssen vorübergehende Schluckbeschwerden herbeigeführt wurden.

Hinweis: Es ist möglich, hier analog BGE 119 IV 25 einen leichten Fall nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anzunehmen. Es werden keine vertieften Überlegungen erwartet, da diese Entscheidung auch in der Praxis viel Ermessen zulässt.

### **Subjektiver Tatbestand**

Mauro handelt mit Wissen und Wollen. Wer jemanden würgt, dem muss sich die Schädigung des Körpers oder der Gesundheit als so wahrscheinlich aufdrängen, dass zumindest Eventualvorsatz bejaht werden kann. Naheliegender wäre, auf direkten Vorsatz zu erkennen.

### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

### **Ergebnis**

Mauro hat sich wegen einfacher Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Da es sich bei Mauro um den Ehegatten von Viola handelt, ist er gemäss Ziff. 2 Abs. 4 StGB strafbar.

### **Konkurrenzen**

Der Versuch des Totschlages nach Art. 113 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB konkurriert nach h.L. echt mit vollendeter einfacher Körperverletzung nach Art. 123 StGB, weil mit der Versuchsstrafe kein Erfolg abgegolten wird.<sup>32</sup> Unechte Konkurrenz ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

## **B. Strafbarkeit von Santiago**

Problemschwerpunkte: Täterschaft / Teilnahme der versuchten Tötung von Viola. Mittelbare Täterschaft? Anstiftung zu Mord, persönliche Merkmale (Art. 27 StGB).

### **Vorbemerkungen**

Vorab gilt es zu klären, inwiefern Santiago in die versuchte Tötung von Viola involviert ist, d.h. ob ein Fall von Täterschaft oder Teilnahme vorliegt. Die Mittäterschaft kann ausgeschlossen werden, da weder ein gemeinsamer Tatentschluss noch eine gemeinschaftliche Tatbegehung vorliegt, sondern Mauro den Entschluss zur Tat vielmehr alleine fasst, diese plant und ausführt.

Allerdings stellt sich die Frage, ob allenfalls eine mittelbare Täterschaft gegeben sein könnte. Dafür müsste Mauro einen Defekt aufweisen, der von Santiago ausgenutzt wird. Zwar steht im Sachverhalt, dass Santiago weiss, dass Mauro ein eifersüchtiger Typ ist, sodann rechnet er in irgendeiner Form mit einer gewaltsamen Reaktion von Mauro. Ferner ist Mauro die Privilegierung von Art. 113 StGB zugesprochen worden. Damit aber von einem Defekt im Sinne der mittelbaren Täterschaft gesprochen werden könnte, müsste Mauro schuldunfähig sein. Dies ist hier nicht der Fall (vgl. oben, nur Schuldmin-derung nach Art. 113 StGB bejaht). Selbst wenn auf eine verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) erkannt wurde, reicht dies zur Bejahung eines schuldunfähigen Tatmittlers nicht aus.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Vgl. Trechsel/Fingerhuth, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 122 RN 12; Roth/Berkemeier, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 122 RN 25, Schwarzenegger, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 111 RN 13.

<sup>33</sup> Vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, Bern 2011, § 13 RN 32: „Mittelbarer Täter ist also, wer einen mangels Bestimmungsfähigkeit Schuldunfähigen als Tatmittler benutzt, während die blosser Herabsetzung solcher Fähigkeit (vgl. 19 Abs. 2) beim Vordermann nicht genügt.“

Gehilfenschaft ist nicht gegeben, weil Mauro ohne die Intrige des Santiago gar keinen Tatentschluss gehabt hätte. Möglicherweise liegt aber eine Anstiftung vor.

Hinweis: Sehr gute Arbeiten zeichnen sich dadurch aus, dass sie das Problem der mittelbaren Täter diskutieren. Ausführungen zu Mittäterschaft und Gehilfenschaft können mit Blick auf einen problemorientierten Aufbau auch weggelassen werden.

## 1. Anstiftung zur Tötung (Art. 111 / 112 i.V.m. Art. 24 StGB)

*Es ist zu prüfen, ob sich Santiago nach Art. 111 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB schuldig macht, weil er Mauro in den falschen Glauben versetzte, zwischen Viola und Cassio bestünde eine Liebesgeschichte und die Bemerkung fallen liess, dass Viola seiner Ansicht nach notfalls sterben müsste.*

Hinweis: Hinsichtlich der Wahl des Tatbestandes ist es möglich, Art. 111 StGB oder Art. 112 StGB zu prüfen. Wichtig ist, dass auf Art. 27 StGB (persönliche Verhältnisse) Bezug genommen wird. Die Prüfung des Grundtatbestandes von Art. 111 StGB und anschliessend der Qualifikation zum Mord scheint hier am naheliegendsten.

### Tatbestandsmässigkeit

#### **Vorliegen einer (versuchten oder vollendeten) tatbestandsmässigen, rechtswidrigen Haupttat**

Wie oben dargelegt, hat sich Mauro wegen versuchten Totschlags nach Art. 113 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB (ebenso vertretbar: Art. 111 StGB) schuldig gemacht; es liegt demnach eine tatbestandsmässige, rechtswidrige Haupttat vor, welche das Versuchsstadium erreicht hat.

#### **Bestimmen des Haupttäters zur Tat in objektiver Hinsicht**

Santiago müsste sodann, um als Anstifter zu haften, Mauro zu dieser Tat bestimmt haben. Santiago hat mittels gefälschten Liebesbriefs und der kommunikativen Einwirkung den Tatentschluss in Mauro geweckt. Lediglich aufgrund der Intrige des Santiago ist Mauro überhaupt auf die Idee gekommen, seine Frau töten zu wollen. Insofern wurde der Tatentschluss durch das Verhalten des Santiago kausal hervorgerufen.

#### **Doppelter Anstiftervorsatz**

Santiago muss ferner vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz des Anstifters muss sich auf die Begehung der Haupttat durch den Haupttäter beziehen. Laut Sachverhalt hofft Santiago, dass Mauro Viola tötet und damit seine Rachegefühle befriedigt. Santiago hat die Absicht, Mauro zur Tötung zu bestimmen; er hofft, dass Mauro Viola tötet. Wie die Tat von Mauro schliesslich begangen wird, muss Santiago nicht in allen Einzelheiten voraussehen, die Ausführung kann vielmehr dem Angestifteten überlassen werden.

#### **Tatbestandsverschiebung wegen Art. 27 StGB**

Von Relevanz ist hier, inwiefern es zu Tatbestandsverschiebungen aufgrund von Art. 27 StGB kommt. Mauro wurde aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung die Privilegierung von Art. 113 StGB zugesprochen. Dabei handelt es sich um einen strafmildernden Umstand, der nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät nur bei demjenigen Teilnehmer berücksichtigt wird, bei dem er vorliegt (vgl. Art. 27 StGB).<sup>34</sup> Santiago handelt offensichtlich nicht in einer heftigen Gemütsbewegung, vielmehr ist sein Handeln berechnend, er geht umsichtig und planmässig vor, indem er einerseits den Liebesbrief verfasst und andererseits auf den Mauro einredet.

<sup>34</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 1 RN 35.

Fraglich ist, ob Santiago die Qualifikation von Art. 112 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB erfüllt, sich also wegen Anstiftung zum Mord schuldig macht. Bei der besonderen Skrupellosigkeit nach Art. 112 StGB handelt es sich um ein persönliches Merkmal i.S.v. Art. 27 StGB.<sup>35</sup>

Die besondere Skrupellosigkeit könnte sich vorliegend aufgrund eines verwerflichen Beweggrundes ergeben. Laut Sachverhalt wollte Santiago, dass Viola von Mauro getötet wird, um seine eigenen Rachegeleüste zu befriedigen. Rache wird gemeinhin als verwerflicher Beweggrund angesehen.<sup>36</sup> Die Annahme von Mord liegt in casu auch deshalb nahe, weil zwischen dem verfolgten Zweck (Rache, Eifersucht) und der Auslöschung des Lebens der Viola ein krasses Missverhältnis besteht. Des Weiteren kann dafür argumentiert werden, dass Santiago heimtückisch vorgeht, weil er das vordergründig freundschaftliche Verhältnis zu Mauro ausnützt und den Ahnungslosen zum Opfer einer Intrige macht. Zu Lasten von Santiago fällt ausserdem ins Gewicht, dass er wie erwähnt umsichtig und planmässig vorgeht und ausgerechnet Mauro, den Ehemann von Viola, benutzt, um Viola zu töten.

### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

### **Ergebnis**

Santiago hat sich der Anstiftung zum Mord nach Art. 112 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 schuldig gemacht. Ist nur eine versuchte Haupttat gegeben, untersteht der Anstifter höchstens der Strafandrohung der versuchten Tat (vgl. Art. 24 Abs. 1 StGB), d.h. in diesem Fall des versuchten Mordes.

## **2. Anstiftung zur einfachen Körperverletzung (Art. 123 Ziff.1 i.V.m. Art. 24 StGB)**

*Fraglich ist, ob sich Santiago wegen Anstiftung zur einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB schuldig macht, indem er den Mauro in den falschen Glauben versetzt, zwischen Viola und Casio bestünde eine Liebesgeschichte und die Bemerkung fallen lässt, dass Viola seiner Ansicht nach notfalls sterben müsste.*

### **Tatbestandsmässigkeit**

Gegeben ist eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Körperverletzung (vgl. oben). Sodann hat Santiago Mauro zu einer Tötungshandlung bestimmt, was objektiv auch die Bestimmung zu einer einfachen Körperverletzung mit einschliesst. Ebenso entspricht es der h.L., dass wer einen Menschen töten will, auch Vorsatz auf eine einfache Körperverletzung hat, weil eine Tötung ohne eine Körperverletzung gar nicht denkbar ist.<sup>37</sup>

### **Rechtswidrigkeit / Schuld**

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

### **Ergebnis**

Santiago hat sich wegen Anstiftung zur einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 i.V.m. Art. 24 StGB schuldig gemacht. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 4 StGB ist hier nicht einschlägig, weil es sich bei Santiago nicht um einen Familienangehörigen handelt. Laut Sachverhalt ist ein nach Art. 123 Ziff. 1 StGB erforderlicher Strafantrag gestellt. Zu den Konkurrenzen vgl. oben, Strafbarkeit von Mauro.

---

<sup>35</sup> BGE 120 IV 265, 275.

<sup>36</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 1 RN 23.

<sup>37</sup> Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 2010, § 3 RN 12.

## IV. Problembereich: Anzünden des Hauses

### A. Strafbarkeit von Mauro

Problemschwerpunkte: Actio libera in causa; versuchte Brandstiftung, fahrlässige Gefährdung des Lebens der Viola; Tatbestandsirrtum.

#### 1. Brandstiftung (Art. 221 StGB)

*Fraglich ist, ob sich Mauro wegen Brandstiftung nach Art. 221 Abs. 1 StGB dadurch schuldig macht, dass er im Wohnzimmer Feuer legt.*

#### Tatbestandsmässigkeit

##### Objektiver Tatbestand

Erstens verlangt der objektive Tatbestand der Brandstiftung die Verursachung einer Feuersbrunst. Dabei muss das Feuer von einer solchen Stärke oder Ausdehnung sein, dass es vom Verursacher unter den konkreten Umständen ohne fremde Hilfe nicht mehr gelöscht werden kann.<sup>38</sup> Dies wird grundsätzlich dann angenommen, wenn die Feuerwehr alarmiert wird, was vorliegend gegeben ist. In diesem Fall brennt zwar nur der untere Stock des Hauses, die Schlafzimmer im oberen Stock werden knapp nicht erreicht. Aufgrund der Alkoholisierung von Mauro ist aber davon auszugehen, dass er das Feuer ohne fremde Hilfe nicht mehr hätte löschen können.

Zweitens ist erforderlich, dass entweder ein Anderer geschädigt oder eine Gemeingefahr herbeigeführt wurde. Laut Sachverhalt bewohnen Mauro und Viola das Einfamilienhaus zur Miete. Zündet Mauro das Haus an, wird der Vermieter an seinem Eigentum geschädigt, weshalb die erste Tatbestandsvariante zu bejahen ist.

Hinweis: Auf das Kriterium der Gemeingefahr muss nicht eingegangen werden, weil die erste Tatbestandsvariante problemlos erfüllt ist. Wenn die Gemeingefahr dennoch thematisiert wird, dann ist keine entstanden, weil laut Sachverhalt nur ein einziges benachbartes Gebäude in Frage kommt, welches aber 150 m entfernt liegt; eine *konkrete* Gefährdung ist jedenfalls nicht entstanden und eine abstrakte Gefährdung reicht nicht aus (vgl. BGE 83 IV 30).

##### Subjektiver Tatbestand

Die Trunkenheit ändert nichts am Vorsatz. Mauro muss für den Vorsatz nur die objektiven Tatbestandsmerkmale in ihrer sozialen Bedeutung erfasst haben; daran besteht keinen Zweifel. Mauro weiss, dass er fremdes Eigentum zerstört und will dies. Zwar ist die Zerstörung des Hauses nicht sein Hauptziel, für einen Vorsatz zweiten Grades reicht diese jedoch aus, sofern der Erfolg eine unvermeidbare Nebenfolge darstellt; der Brand und die Sachzerstörung stellen eine unvermeidbare Nebenfolge des Selbsttötungsversuchs dar.

##### Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

##### Schuld

Ein schwerer Alkoholrausch kann zu einem Ausschluss der Einsichtsfähigkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 1 StGB, also der Schuldunfähigkeit, führen. Nach der Lehre und Rechtsprechung ist man ab einem Blutalkoholwert von 3 Promille nicht mehr schuldfähig.<sup>39</sup> Fraglich ist, ob die Trunkenheit bewirkt, dass dem Mauro die Brandstiftung nicht vorgeworfen werden kann. Etwas anderes würde dann gelten, wenn eine sog. Actio libera in causa (alic) erfüllt wäre (vgl. Art. 19 Abs. 4 StGB).

<sup>38</sup> Vgl. BGE 117 IV 285 f.

<sup>39</sup> Vgl. Seelmann Strafrecht AT, Basel 2009, S. 77 m.w.H.

Mit „*alic*“ ist gemeint, dass ein schuldfähiger Täter die Schuldfähigkeit „fahrlässig“ oder „vorsätzlich“ herbeigeführt hat, wobei es für ihn zumindest voraussehbar war, dass er im schuldunfähigen Zustand delinquirieren wird. Es liegt also ein verschuldeter Ausschluss der Schuldunfähigkeit vor. Mauro will sich im Zustand der Schuldunfähigkeit selbst töten; er trinkt sich Mut an. Er führt also die Schuldunfähigkeit vorsätzlich herbei und will bereits zum Zeitpunkt des Trinkbeginns die spätere Deliktsbegehung.

In diesen Fällen, in denen sich der Täter Mut antrinkt, um später ein bestimmtes Delikt zu begehen, wird die Tat nicht im Zeitpunkt der Begehung zugerechnet, sondern es wird am Zeitpunkt angeknüpft, zu welchem der Täter nüchtern war und zu trinken begann. Der Ausschluss der Schuldfähigkeit wird verneint und eine volle Haftung bejaht (vgl. Art. 19 Abs. 4 StGB).

## Ergebnis

Mauro hat sich nach Art. 221 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

## 2. Lebensgefährdung infolge Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2 StGB)

*Zu prüfen ist, ob sich Mauro durch das Anzünden des Hauses nach Art. 221 Abs. 2 StGB schuldig macht, weil Viola, welche bewusstlos im oberen Stock liegt, an Leib und Leben gefährdet ist.*

### Tatbestandsmässigkeit

#### Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob ein Gefährdungserfolg nach Art. 221 Abs. 2 StGB gegeben ist. Mauro hat durch das Anzünden des Wohnzimmers die Viola in eine konkrete Lebensgefahr gebracht. Viola befindet sich in demselben Haus, weshalb eine nahe Möglichkeit einer Tötung (auch durch Rauchvergiftung) bejaht werden muss.

Umstritten ist indessen, ob eine Individualgefahr ausreicht oder ob vielmehr das Erfordernis der Gemeingefahr (2. Tatbestandsvariante des Grundtatbestandes) auch für die Bejahung von Art. 221 Abs. 2 StGB erfüllt sein muss. Das Bundesgericht (und ein Teil der Lehre) möchten Art. 221 Abs. 2 StGB (und Art. 222 Abs. 2 StGB) als selbstständige dritte Tatbestandsvariante verstanden wissen.<sup>40</sup> Die überwiegende Lehre ist demgegenüber der Meinung, dass zusätzlich zur Individualgefährdung eine Gemeingefahr insofern gegeben sein muss, als der gefährdete Einzelne die Allgemeinheit repräsentieren muss.<sup>41</sup> Dies ist dann der Fall, wenn durch die Verursachung der Feuersbrunst *ex ante* betrachtet, eine Mehrzahl vom Zufall ausgewählte Rechtsgüter konkret gefährdet werden.<sup>42</sup> Die Begründung lautet dahingehend, dass bei Verzicht auf das zusätzliche Kriterium der Gemeingefahr eine zu grosse Diskrepanz hinsichtlich der Strafandrohung zu Art. 129 StGB entstünde.

Nach der Meinung des Bundesgerichts wäre demnach der Gefährdungserfolg von Art. 221 Abs. 2 StGB gegeben. Die Handlung besteht im Feuerlegen. Demgegenüber würde die Lehre den Gefährdungserfolg verneinen, weil Viola nicht die Allgemeinheit repräsentiert, d.h. kein zufälliges Opfer darstellt.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> BGE 123 IV 128, 130.

<sup>41</sup> Vgl. Roelli/Fleischhändler, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 221 RN 16 und Art. 222 RN 10; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, § 28 RN 19 m.w.H.

<sup>42</sup> Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, 4. Kapitel RN 4, Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, Zürich 2004, S. 35.

<sup>43</sup> Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, Bern 2008, 4. Kapitel RN 4, Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, Zürich 2004, S. 35; Roelli/Fleischhändler, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 221 RN 16.

Hinweis: Beide Meinungen sind vertretbar. Wenn der Meinung der Lehre gefolgt wird, kann an dieser Stelle die Prüfung abgebrochen werden, ansonsten muss das Delikt zu Ende geprüft werden, wobei insbesondere Ausführungen zum Tatbestandsirrtum und „alic“ gemacht werden müssen.

Weitere Prüfung des Deliktes nach Bundesgericht:

### **Subjektiver Tatbestand**

Hier stellt sich das Wissen als problematisch heraus. Mauro weiss nicht, dass Viola noch lebt. Für die Bejahung der Qualifikation wäre ein direkter Vorsatz notwendig; Eventualvorsatz genügt nicht.

Mauro befindet sich in einem Tatbestandsirrtum (Art. 13 StGB); er irrt sich über den Sachverhalt, da er nicht weiss, dass er Viola am Leben gefährden könnte. Nach Art. 13 Abs. 1 StGB wird der Täter so beurteilt, wie er sich den Sachverhalt vorgestellt hat. Wäre Viola tot, könnte Mauro sie nicht mehr am Leben gefährden und würde demnach den Tatbestand nicht erfüllen. Fraglich ist indessen, ob er sich wegen fahrlässiger Deliktsbegehung strafbar macht (vgl. Art. 13 Abs. 2 StGB). Dies ist grundsätzlich möglich, weil die fahrlässige Lebensgefährdung infolge Verursachens einer Feuerbrunst mit Strafe bedroht ist (Art. 222 Abs. 2 StGB). Voraussetzung wäre jedoch, dass der Irrtum über den Tod von Viola bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermieden werden können (vgl. Art. 13 Abs. 2 StGB). Dies ist in casu zu verneinen. Es ist für medizinische Laien nämlich sehr schwierig, den sicheren Tod einer Person festzustellen, etwa bei schwachem Puls.

**Andere, gut vertretbare Ansicht:** Zwischen dem Feuerlegen und dem Würgen ist einige Zeit vergangen (Mauro betrinkt sich zuerst) und Mauro hätte zumindest nochmals ins Schlafzimmer zurückkehren können, was er laut SV jedoch nicht tut. Der Irrtum war deshalb vermeidbar.

Hinweis: Beide Meinungen vertretbar, auf Argumentation achten.

Wer die Vermeidbarkeit des Irrtums bejaht, muss weiterprüfen:

### **Rechtswidrigkeit**

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

### **Schuld**

Auch hier stellt sich das Problem der Rauschtat (vgl. oben). Im Unterschied zur Verursachung einer Feuerbrunst nach Art. 221 Abs. 1 StGB hat sich Mauro zwar vorsätzlich schuldunfähig gemacht, allerdings die spätere Deliktsbegehung der Lebensgefährdung von Viola nicht in Rechnung gestellt. Allerdings wäre eine Lebensgefährdung der Viola für Mauro voraussehbar gewesen; er hätte sich über den Zustand bzw. den vermeintlichen Tod der Viola vergewissern können (vgl. oben).

Dieser Fall, in welchem die Schuldunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt wurde und eine spätere Tat für den Täter zumindest voraussehbar war, wird als fahrlässige Tat behandelt.<sup>44</sup>

### **Ergebnis**

Offen. Je nach Argumentation hat sich Mauro nach der Meinung des Bundesgerichtes nach Art. 222 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

### **Konkurrenzen**

Tritt zur vorsätzlichen Brandstiftung nur eine fahrlässige Gefährdung von Menschen hinzu, ist Art. 221 Abs. 1 anzuwenden, wobei der Menschengefährdung bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen ist.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, Bern 2011, § 11 RN 32 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Roelli/Fleischanderl, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht II, Basel 2007, Art. 222 RN 13.

Hinweis: Art. 129 StGB scheidet mangels Vorsatz aus.

## V. Endergebnisse

### Endergebnis Santiago

Santiago hat sich wegen Diebstahls nach Art. 139 Ziff. 1 StGB (nach h.L.) oder Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (gemäss Bundesgericht je nach Bestimmung der Konkurrenzen) strafbar gemacht. Wird der Meinung des Bundesgerichtes gefolgt, so ist Santiago zudem wegen Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB zu bestrafen. Des Weiteren hat sich Santiago wegen mehrfacher Verleumdung nach Art. 174 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1, 2 strafbar gemacht. Schliesslich ist Santiago strafbar wegen Anstiftung zum Mord nach Art. 112 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB (wobei sich die Strafandrohung entsprechend dem Haupttäter nur auf die versuchte Begehung bezieht) und wegen Anstiftung zur vorsätzlichen einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB. Zwischen den einzelnen Straftatbeständen ist echte Konkurrenz anzunehmen.

### Endergebnis Mauro

Mauro macht sich strafbar wegen versuchten Totschlags nach Art. 113 StGB i.V.m. Art. 22 StGB sowie einfacher Körperverletzung der Viola nach Art. 123 Ziff. 2 Abs. 4 StGB (evtl. leichter Fall nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) in echter Konkurrenz, ferner wegen Brandstiftung nach Art. 221 Abs. 1 StGB.

## **Strafprozessualer Teil**

### **I. Erhebungsproblematik**

#### **1. Sachbezogene Tauglichkeit**

Die Beschlagnahme könnte gegen ein Beweiserhebungsverbot verstossen. Dies wäre u.a. dann der Fall, wenn das Tagebuch nicht (potenziell) als Beweismittel für das in Frage stehende Delikt gegen das Vermögen (und gegen die freie Willensbildung und -betätigung) tauglich wäre (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO). Das ist indes nicht der Fall. Zumindest eine potentielle Beweisbedeutung, welche für die Beschlagnahme genügt, ist nicht von der Hand zu weisen. Das Tagebuch bzw. sein Inhalt ist damit gerade für die Ergründung des in Frage stehenden Delikts von Bedeutung.

#### **2. Zeugnisverweigerungsrecht aus Selbstbelastungsverbot**

Möglicherweise liegt eine Missachtung eines Zeugnisverweigerungsrechts vor. Dabei stellt sich die Frage, ob ein Verstoss gegen das Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung, Art. 169 Abs. 1 lit. a StPO vorliegt. Die beschuldigte Person hat weder eine Pflicht nachzuweisen, dass sie die Tat nicht begangen hat, noch darf sie verpflichtet werden, sich aktiv an ihrer Überführung zu beteiligen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Hinweis: Wird ein Verstoss gegen den *nemo-tenetur*-Grundsatz an anderer Stelle geprüft, ist das selbstverständlich auch ok.

Durch die Tagebuchaufzeichnungen würde Marcus schriftlich Inhalte preisgeben, die ihn als Mitangeschuldigten unmittelbar belasten könnten. Entsprechend könnte man der Auffassung sein: „Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben“.<sup>46</sup> Jedoch ist dagegen (mit herrschender Lehre und Praxis) einzuwenden, dass zwar Marcus als Mitangeschuldigter nicht zur aktiven Förderung der Untersuchung verpflichtet ist, er aber Eingriffe zur Sicherstellung von Beweisen grundsätzlich dulden muss. Insofern ist das Tagebuch als ein in der Welt befindlicher objektiver Beitrag zur Ergründung der Wahrheit anzusehen.<sup>47</sup>

#### **3. Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutz nahestehender Personen (Art. 169 Abs. 2 StPO, Beweismittelverbot)**

Entsprechend kann auch ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht in Bezug auf den an den Straftaten beteiligten Lebenspartner Lorenzo nichts anderes ergeben. Zwar könnte das Tagebuch auch als Beweismittel gegen Lorenzo, den Lebenspartner des Marcus, dienen. In Bezug auf Lorenzo steht Marcus grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 169 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 168 Abs. 3 StPO zu. Doch muss hier das oben Gesagte entsprechend gelten, wonach in der Beschlagnahme keine aktive Beteiligung eines Zeugnisverweigerungsberechtigten, sondern lediglich ein Dulden eines Mitangeschuldigten zu sehen ist. Ein Verstoss gegen ein Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze nahestehender Personen liegt mithin nicht vor.<sup>48</sup>

#### **4. Erhebungsverbot aufgrund Verstosses gegen Persönlichkeitsschutz**

Ein Beweiserhebungsverbot könnte sich jedoch daraus ergeben, dass Marcus durch die Beschlagnahme in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt wurde. Eine solche Verletzung könnte sich aus dem in

<sup>46</sup> So Gfeller in Niggli/Heer/Wiprächtiger, Schweizerische Strafprozessordnung – Kommentar, Vor Art. 241-254, N. 39; s.a. Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel u.a. 2005, S. 341 [N. 5].

<sup>47</sup> Vgl. Lieber: EMRK/Strafverfahren, Nr. 113, Bundesgericht, Urteil vom 19. Dezember 2006, in: Die Praxis 10/2007, S. 760.

<sup>48</sup> Vgl. Lieber: EMRK/Strafverfahren, Nr. 113, Bundesgericht, Urteil vom 19. Dezember 2006, in: Die Praxis 10/2007, S. 760.

Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben. Zu dessen Schutzbereich gehört ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung, welcher der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist.

Die Beschlagnahme des Tagebuchs wäre dann unzulässig gewesen, wenn die Entscheidungsbefugnis über den Umgang mit Tagebuchaufzeichnungen zum *Kernbereich privater Lebensgestaltung* gehören würde.

Fraglich ist, ob die Belange des Strafverfahrens einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten legitimieren können. Man könnte zunächst der Auffassung sein, durch den strafrechtlich relevanten Inhalt seien Belange der Allgemeinheit so nachhaltig berührt, dass sie grundsätzlich nicht (mehr) dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeschlagen werden können. Demgegenüber liesse sich vertreten, die Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich gehöre zum innersten Bereich der Persönlichkeit; dieser Kernbereich werde nicht deshalb verlassen, weil die Selbstreflexion in einem Tagebuch schriftlich niedergelegt sei. Auch der später hergestellte Bezug zu einer Straftat könne an dem höchstpersönlichen Charakter der Aufzeichnungen nichts ändern.

Differenzierend ist danach zu unterscheiden, ob das Interesse des Staates an der Strafverfolgung gegenüber dem persönlichen Interesse am Schutz des eigenen Geheimbereichs überwiegt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Tagebuchinhalte nur Beschreibungen bloss äusserer Umstände beträfen. Die Aufzeichnungen des Marcus beziehen sich jedoch auf persönliche Reflektionen, nicht nur auf äussere Umstände. Auch ist nicht davon auszugehen, dass Marcus entsprechende höchstpersönliche Inhalte bereits von sich aus Dritten offenbart hat.

Eine Beschlagnahme muss jedoch auch dann nicht schlechthin ausgeschlossen sein, wenn es beim Beschreiben persönlichster Bereiche ohne deren Offenbarung gegenüber Dritten bleibt; die Rechtmässigkeit muss sich grundsätzlich am Massstab des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (vgl. Art. 36 BV) beurteilen. Neben der Geeignetheit des Tagebuchs für die Wahrheitsfindung muss auch dessen Inanspruchnahme für selbige erforderlich sein, d.h. es dürfte kein milderes Mittel zur Wahrheitsermittlung zur Verfügung stehen (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO). Die Geeignetheit ergibt sich daraus, dass sich die Inhalte des Tagebuchs auf die geplante Straftat beziehen und mutmasslich zu deren Aufklärung beitragen. Fraglich ist, ob die Massnahme auch erforderlich war. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn es gegenüber der Beschlagnahme eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme geben würde. Eine weniger eingreifende Massnahme ist nicht ersichtlich.

Hinweis: In Betracht könnte kommen, auf die Möglichkeit abzustellen, das Tagebuch gemäss Art. 192 Abs. 2 StPO zu kopieren und gleich anschliessend Marcus wieder auszuhändigen. Doch gibt der Sachverhalt zum einen keinen Hinweis darauf, dass ein Kopierapparat ohne weiteres zur Verfügung steht, zum anderen können über Kopien möglicherweise Informationen verloren gehen, die sich aus der Beschaffenheit des Tagebuchs und der darin enthaltenen Aufzeichnungen ergeben. Eine weniger eingreifende Massnahme ist mithin nicht ersichtlich.

Schliesslich müsste das Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten überwiegen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Der bedeutende Beitrag, den die Verwertung der Tagebücher in einem Verfahren zur Aufklärung eines Delikts wie im vorliegenden Fall erbringen könnte, könnte danach die Beschlagnahme rechtfertigen. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses an einer funktionsfähigen und wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung sowie in Bezug auf den Schutz von Grundrechten Dritter bei der Schwere der im Raume stehenden Anstiftung zur Erpressung in casu gegeben sind. Bei der Anstiftung zur Erpressung handelt es sich um eine gravierende, gegen die Rechtsgüter des Vermögens und der Handlungsfreiheit gerichteten Straftat (vgl. auch Art. 156 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 10 Ziff. 2 StGB), welche einen hohen Grad an öffentlichem Interesse an der Verbrechensaufklärung entstehen lässt.

Auch stehen die Aufzeichnungen in einem unmittelbaren Bezug zu den konkreten Straftaten.

Bei der Abwägung muss auch der Gesichtspunkt der Entlastung von Angeschuldigten oder Dritten eine Rolle spielen; vorliegend ist nicht auszuschliessen, dass der Beitrag des Marcus zumindest im Rahmen der Strafzumessung zur Entlastung des Mitangeschuldigten Lorenzo beitragen könnte.

Daher wird im Ergebnis die Abwägung dergestalt ausfallen, dass die Beschlagnahme des Tagebuchs unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Widerstreit der Interessen zwischen den Persönlichkeitsinteressen von Marcus einerseits und dem Interesse der Öffentlichkeit an der Verbrechensaufklärung andererseits keinem Beweisverbot unterliegt.

Hinweis: Andere Ansicht bei entsprechender Argumentation mindestens ebenso gut vertretbar.

## II. Verwertungsproblematik

Soweit in der Auswertung von Aufzeichnungen eines Tagebuchs ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot (uneinheitliche Deklaration, daher beides vertretbar) gesehen wird, lässt sich mit den gleichen wie den unter I. 4. ausgeführten Gründen ein Verstoß gegen ein solches bejahen / verneinen.

### Ergebnis:

Das Zwangsmassnahmengericht sollte die Beschlagnahme und eine allfällige Verwertung des Tagebuchs als rechtmässig werten.

Hinweis: Andere Ansicht bei entsprechender Argumentation mindestens ebenso gut vertretbar.

*Allgemeiner Hinweis zur Korrektur: Bei der vorliegenden Falllösung handelt es sich um eine detaillierte Musterlösung, u.a. mit alternativen Lösungsvarianten. Für eine sehr gute Leistung ist nicht erforderlich, dass auf sämtliche Probleme in dieser Ausführlichkeit eingegangen wird.*