

Bachelorklausur Strafrecht vom 18. Juni 2010

Hilfsmittel: StGB und Schweizerische StPO

Zeit: 5 Stunden

Vorbemerkungen / formelle Hinweise

1. Auf die Begründung kommt es an. Formulieren Sie Ihre Überlegungen aus und schreiben Sie nicht bloss stichwortartig, sondern im Gutachtenstil.
2. Stützen Sie sich bei der Begründung Ihrer Lösung wo immer möglich auf das Gesetz und geben Sie die einschlägigen Gesetzesartikel genau an.
3. Verzichten Sie auf allgemeine Ausführungen ohne Bezug zum Sachverhalt. Konzentrieren Sie sich auf die fallrelevanten Probleme.
4. Notieren Sie auf jedem Blatt, das korrigiert werden soll, Ihre Matrikelnummer (keine Namen!). Falls Sie eine andere Muttersprache als Deutsch haben, notieren Sie dies bitte ebenfalls. Versehen Sie die Seiten 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.

Gutes Gelingen!

1. Teil: Materielles Strafrecht

Sachverhalt: „Die Rivalinnen“

Beatrice und Susi sind wegen einiger „Männergeschichten“ seit langer Zeit verfeindet. Beatrice wundert sich deswegen, als sie in ihrem Briefkasten ein Schreiben ihrer Rivalin Susi vorfindet. Doch ihre Hoffnung auf eine Versöhnung währt nur kurz. Denn in dem Brief bringt Susi vor, dass sie – was zutrifft und Beatrice auch bekannt ist – Kopien von Dokumenten besitzt, welche etliche, noch nicht verjährte Straftaten der Beatrice aus der Vergangenheit belegen. Susi stellt Beatrice in Aussicht, diese Unterlagen an die Staatsanwaltschaft Bern weiterzuleiten, wenn diese ihr nicht binnen einer Woche CHF 25.000.-- bezahlt.

Beatrice will sich dem Druck jedoch nicht beugen und beschliesst, sich zur Wehr zu setzen. Tatsächlich gelingt es ihr, die Adresse des Hotels zu ermitteln, in welches Susi sich für die Tage vor der Geldübergabe einquartiert hat. Als die Luft rein ist, betritt sie Susis Hotelzimmer, welches nicht abgeschlossen ist. Nach kurzer Suche findet Beatrice die fraglichen Dokumente und verstaut diese in ihrer Handtasche, um sie später an einem sicheren Ort aufzubewahren. Um den Verdacht auf eine andere Person zu lenken, hat Beatrice das Feuerzeug ihres gelegentlichen Liebhabers Alex mitgenommen, welches er ihr geschenkt hat und auf dem sein voller Name eingraviert ist. Dieses legt sie auf den Fussboden neben das Bett. Sie durchwühlt noch alle Schränke des Hotelzimmers und nimmt einen auf dem Hotelzimmertisch herumliegenden Geschenkgutschein der Boutique-Kette „Fred Hardy“ im Wert von CHF 150.00.-- an sich. Sodann verlässt sie das Hotel und fährt mit ihrem Auto nach Hause. Währenddessen nimmt die alarmierte Polizei, wie von Beatrice beabsichtigt, Ermittlungen gegen den unschuldigen Alex auf.

Auf der Heimfahrt beschliesst Beatrice den entwendeten Gutschein gleich einzulösen und fährt direkt zur Boutique „Fred Hardy“. Da die Kleider, welche Beatrice gefallen, dort aber ziemlich teuer sind, verändert sie den Geschenkgutschein in der Weise, dass sie hinter den handgeschriebenen Gutscheinsbetrag eine weitere „0“ (null) anfügt und diesen damit zu Unrecht auf CHF 1.500.00.-- erhöht. Anschliessend betritt sie den Laden, sucht sich ein Kleid im Wert von CHF 1.500.00.-- aus und geht damit an die Kasse, um das Kleid mit dem Gutschein zu bezahlen. Dort bedient Verena, die

einzigste angestellte Mitarbeiterin. Sie ist Filialeiterin der Boutique und in dieser Position sowohl für den Warenbestand als auch für den Einkauf und die Kasse alleine und in eigener Verantwortung zuständig. Verena bemerkt sofort, dass der Gutschein von Beatrice manipuliert wurde, da in allen „Fred Hardy“-Boutiquen immer nur Gutscheine bis zu einem Betrag von CHF 500.00.-- ausgestellt werden. Da ihr die Arbeit in der Boutique aber sowieso nicht mehr gefällt und sie Beatrice sympathisch findet, packt Verena das Kleid in eine Tasche, übergibt diese der Beatrice und erhält von ihr im Gegenzug den Gutschein. Hiernach verlässt Beatrice, die nicht bemerkte, dass sie von Verena durchschaut wurde, mitsamt dem Kleid und in bester Laune die Boutique und fährt nach Hause.

Obwohl Verena die Arbeit in der Boutique lästig ist, bekommt sie wegen ihres eigenen Verhaltens ein schlechtes Gewissen. Sie will die Herausgabe des Kleides später vor dem Boutiquenkettens-Eigentümer erklären können. Deshalb ruft sie die Polizei an und behauptet, sie habe den fingierten Gutschein erkannt, sei aber von der ihr unbekannt Person, die diesen Gutschein vorgelegt habe, mit einer Pistole bedroht und gezwungen worden, das Kleid herauszugeben. Aus Angst um ihr Leben sei sie dem nachgekommen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von Susi, Beatrice und Verena nach dem StGB.

Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

2. Teil: Strafprozessrecht

Sachverhalt: „Antrag abgelehnt!“

A werden sexuelle Handlungen mit B (geboren 1999) vorgeworfen; zu diesen soll es zwischen Januar 2005 und Mai 2007 gekommen sein. B wurde aufgrund der Angaben seiner Mutter am 10. Juni 2007 durch eine Beamtin der Kantonspolizei vor laufender Videokamera befragt. Den Antrag des erst später mit den ihm gegenüber erhobenen Vorwürfen konfrontierten Angeschuldigten, seinen Rechtsvertreter als amtlichen Verteidiger einzusetzen, lehnte die zuständige Untersuchungsbeamtin ab. Mit

Urteil des Bezirksgerichts Y vom 20. März 2009 wurde A (teilweise versuchter) sexueller Handlungen mit einem Kind schuldig gesprochen und mit zehn Monaten Gefängnis bestraft, ohne dass B einvernommen worden wäre.

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte gelangten mit Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau. Zum Verfahren verlangte A, der Zeuge B sei in geeigneter Form durch das Gericht einzuvernehmen. Das Obergericht forderte den Angeklagten auf, allfällige Ergänzungsfragen an B schriftlich zu stellen. Nachdem dem Verteidiger Gelegenheit gegeben worden war, sich die Videoaufnahme der Kantonspolizei vom 10. Juni 2007 vorführen zu lassen, reichte er die Ergänzungsfragen ein. Am 27. Mai 2010 wurde die Berufung der Staatsanwaltschaft gutgeheissen und dem Angeklagten die Gewährung des bedingten Strafvollzuges verweigert. Die Berufung des Angeklagten wurde abgewiesen. Das Obergericht erachtete dabei die Beantwortung der von der Verteidigung vorgeschlagenen Ergänzungsfragen als nicht notwendig.

Beurteilen Sie unter Angabe der einschlägigen Bestimmungen, ob dieses Vorgehen zulässig war.

Musterlösung¹

Vorbemerkung: Rechtswidrigkeit und Schuld sind im Fall in den allermeisten Fällen unproblematisch – werden RW und Schuld kurz angeprüft und mangels Vorliegens von Rechtfertigungs- bzw. Schuldausschlussgründen bejaht, so ist hierfür 1 Punkt zu vergeben (und zwar beim ersten Tatkomplex, erstes Delikt) – das gilt auch dann, wenn nur steht RW/Schuld: +

Erster Tatkomplex: Susis Schreiben

Die Strafbarkeit der Susi (S)

I. Art. 156 i.V.m. Art. 22 StGB (versuchte Erpressung) (+)

Susi (S) könnte sich wegen versuchter Erpressung gem. Art. 156 i.V.m. Art. 22 StGB strafbar gemacht haben, indem sie der Beatrice (B) in Aussicht stellte, belastendes Material an die Staatsanwaltschaft Bern weiterzuleiten, falls diese ihr nicht CHF 25.000.-- bezahle.

Vorprüfung: Nichtvollendung und Versuchsstrafbarkeit sind unproblematisch gegeben. S hat von B kein Geld erhalten (ob dies in der Zukunft noch aus anderweitigen Gründen geschieht ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich und sicher lebensfremd, da S aufgrund der Entwendung durch B ja kein Mittel mehr innehat, um die Erpressung durchzusetzen), die Tat ist also nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus den Art. 156, 22 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 StGB.

1. Tatbestand

a. Tatentschluss

Der Tatentschluss der S müsste sich auf die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale, mithin zunächst der Androhung ernstlicher Nachteile (Erpressungshandlung) bezogen haben. Drohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Eintritt vom Willen des Täters abhängt (BGE 120 IV 19; *Trechsel/Fingerhuth*, StGB PK, Art.181 N 4). Im konkreten Fall stellt S die Weitergabe von belastendem Material an die Staatsanwaltschaft in Aussicht. Diesbezüglich ist zweierlei zu bemerken: zum einen ist eine solche Ankündigung – wird sie

¹ Es versteht sich von selbst, dass diese Musterlösung in Punkto Ausführlichkeit und Subsumtion in der Klausurlösung der Studenten nicht annähernd erreicht werden kann.

ohne Forderungen an die Betroffene vorgenommen – erlaubt, zum anderen ist sie aber, wird sie wie hier mit einer Forderung verbunden, grundsätzlich dazu geeignet, einen Menschen in der Lage der B zur Zahlung des Geldes zu bewegen. Wegen Letzterem und der damit einhergehenden Zwangslage kann sich also auch ein grundsätzlich erlaubtes Tun als Drohung darstellen (BGE 71 IV 21; ein Fall der sogenannten Chantage oder Schweigegelderpressung, von Art. 156 Ziff. 1 2. Alt. aStGB sogar ausdrücklich als Unterfall der Erpressung erwähnt, vgl. *Trechsel/Cramer*, StGB PK, Art.156 N 5). Bei der Chantage droht der Täter dem Opfer an, er selbst oder ein Dritter werde eine potenziell nachteilige Tatsache weiterverbreiten. Gleichgültig ist, ob die Tatsache wahr oder falsch ist, ob sie ein strafbares oder strafloses Verhalten betrifft, und ob der Täter seine Drohung wahrzumachen bereit ist oder dazu auch nur in der Lage ist. Entscheidend ist nur, dass die Bekanntgabe der Tatsache für das Opfer ernstliche Nachteile mit sich bringen würde (BSK-*Weissenberger*, Art.156 N 14; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, Strafrecht III, 241; BGE 71 IV 18). Eine Drohung ist damit zu bejahen.

Der Tatentschluss der S bezog sich auch auf eine Vermögensdisposition und damit einhergehend einer Vermögensschädigung durch die und zum Nachteil der B (Erpressungserfolg). Hätte B die geforderten CHF 25.000.-- gezahlt, so hätte diese Handlung ihr Vermögen unmittelbar gemindert (und zwar gleich, welchen Vermögensbegriff man vertritt – nach h.M. ist dies im Rahmen des Art. 156 StGB derselbe wie bei Art. 146 StGB: juristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff, vgl. BSK-*Weissenberger*, Art.156 N 29; *Trechsel/Cramer*, StGB PK, Art.146 N 21).

Neben dem Tatentschluss hatte die S auch eine rechtswidrige Bereicherungsabsicht. Ihr kam es auf eine Vermögensmehrung an, auf die sie keinen Anspruch hat.

b. unmittelbares Ansetzen

Der Versuch einer Erpressung beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Nötigungshandlung. Dies ist dann zu bejahen, wenn der Versuchstäter eine Tätigkeit vorgenommen hat, die nach seinem Plan auf dem Weg zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt (sog. Schwellentheorie, BGE 99 IV 153; *Stratenwerth*, AT I, § 12 N 30). Diese Schwelle hat S hier unproblematisch mit dem Absenden des Briefes und dem darin enthaltenen Zahlungsbegehrens bei gleichzeitiger Androhung von Konsequenzen gegenüber der B überschritten.

c. Tauglichkeit des Versuchs

Unzweifelhaft gegeben.

2. Rechtswidrigkeit

Zwar könnte die rechtfertigende Wirkung der Wahrnehmung berechtigter Interessen (vgl. dazu BSK-*Seelmann*, Art. 14 N 24ff.) kurz diskutiert werden, ist dann aber unzweifelhaft abzulehnen. Denn das erwähnte, grundsätzlich bestehende „Anzeigerecht“ der S stellt keinen (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund dar, sofern es an Forderungen geknüpft wird: die Chantage ist vom BGer als unrechtmässige Drohung eingeschätzt worden und stellt daher sicher kein angemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks dar.²

3. Schuld

S handelte auch schuldhaft.

4. Rücktritt und tätige Reue

Dass die Erpressung nicht zu einem für S erfolgreichen Abschluss kommt, liegt nicht daran, dass diese die Vollendung freiwillig aufgibt, sondern vielmehr daran, dass B das Erpressungsmittel erfolgreich entwendet. Die Drohung der S lässt sich hiernach nicht mehr aufrecht erhalten; der Versuch ist also zumindest objektiv fehlgeschlagen. Für eine tätige Reue der S gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

Fazit: S hat sich wegen versuchter Erpressung gem. Art. 156 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Ein Rücktrittsprivileg kommt ihr nicht zugute.

II. Art. 181 i.V.m. Art. 22 StGB (versuchte Nötigung) (+)³

S könnte sich wegen versuchter Nötigung gem. Art. 181 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie der B in Aussicht stellte, belastendes Material in die Staatsanwaltschaft Bern weiterzuleiten, falls diese ihr nicht CHF 25.000.-- bezahle.

Vorprüfung: Nichtvollendung und Versuchsstrafbarkeit sind unproblematisch gegeben. S hat von B kein Geld erhalten, die Tat ist also nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus den Art. 181, 22 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 3 StGB.

² In der Klausur muss die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ als Rechtfertigungsgrund sicher nicht problematisiert werden, um trotzdem die volle Punktzahl zu erhalten.

³ Man sollte sich hier sehr kurz halten, da die versuchte Nötigung auf Konkurrenzebene in jedem Fall hinter die versuchte Erpressung zurücktritt (konsumiert wird). Wird Art. 181 StGB nur im Rahmen der Konkurrenzen erwähnt, so ist dies ebenfalls ausreichend, um die volle Punktzahl zu erhalten.

1. Tatbestand

a. Tatentschluss

Der Tatentschluss der S müsste sich auf die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale, mithin zunächst der Androhung ernstlicher Nachteile (Nötigungshandlung) bezogen haben. Dies wurde bereits oben (vgl. Ausführungen zur Erpressung) bejaht.

b. unmittelbares Ansetzen

Spätestens durch das Absenden des Briefes an die B hat S unmittelbar zu Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

c. Tauglichkeit des Versuchs

Unzweifelhaft gegeben.

2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit bedarf bei der Nötigung einer besonderen Prüfung (*Trechsel/Fingerhuth*, StGB PK, Art. 181 N 10). Unrechtmässig ist eine Nötigung, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 108 IV 168f.). Im konkreten Fall sind sowohl Mittel als auch Zweck unerlaubt; die Rechtswidrigkeit ist unzweifelhaft zu bejahen.

3. Schuld

S handelte auch schuldhaft.

4. Rücktritt und tätige Reue

Dass die Nötigung nicht zu einem für S erfolgreichen Abschluss kommt, liegt nicht daran, dass diese die Vollendung freiwillig aufgibt, sondern vielmehr daran, dass B das Nötigungsmittel erfolgreich entwendet. Die Drohung der S lässt sich hiernach nicht mehr aufrechterhalten; der Versuch ist also zumindest objektiv fehlgeschlagen. Für eine tätige Reue der S gibt es keine Anhaltspunkte. (siehe Bemerkung oben)

Fazit: S hat sich wegen versuchter Nötigung gem. Art. 181 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Ein Rücktrittsprivileg kommt ihr nicht zugute.

III. Art. 180 StGB (Drohung) (-)

Die Drohung ist wohl schon tatbestandlich nicht erfüllt, da sie nicht als schwer zu qualifizieren ist, müssen hierfür doch Leib und Leben bedroht sein (vgl. *Trechsel/Fingerhuth*, StGB PK, Art.180 N 2 m.w.Hinw.). In jedem Fall tritt sie aber auf Konkurrenzebene hinter Art. 156 StGB zurück.

Korrekturhinweis zum ersten Tatkomplex: Die versuchte Erpressung sollte sauber durchgeprüft werden und es sollte erkannt werden, dass die Weitergabe der belastenden Unterlagen grds. zulässig ist, was aber nicht gilt, wenn sie von Forderungen abhängig gemacht wird (Chantage-Fall – dieser war bereits Thema in der Probeklausur). Aufgrund des eindeutigen Konkurrenzverhältnisses von Art. 156 und Art. 181 StGB muss Letzterer nur kurz angeprüft werden, was auch im „Konkurrenzteil“ erfolgen kann. Art. Art. 180 StGB muss nicht geprüft werden, um die volle Punktzahl für Tatkomplex 1 zu erhalten.

Zweiter Tatkomplex: im Hotel

Die Strafbarkeit der Beatrice (B)

I. Art. 139 StGB (Diebstahl) (-)⁴

B könnte sich wegen Diebstahls gem. Art. 139 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die sie belastenden Dokumente in dem Hotelzimmer der S an sich nahm.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a. Objektiver Tatbestand

Die Dokumente (bzw. die Kopien der Dokumente) sind bewegliche Sachen, die im Eigentum der S stehen, mithin für B fremd sind.

⁴ In Hinblick auf die Wegnahme der Dokumente könnte auch Art. 254 StGB (Urkundenunterdrückung) angedacht werden. Wie zu sehen sein wird, ist allerdings eine Aneignungsabsicht der B in Hinblick auf die Dokumente zu bejahen, Art. 139 StGB tatbestandlich also erfüllt. In diesem Fall tritt Art. 254 StGB hinter Art. 139 StGB zurück und ist deswegen nicht zu prüfen bzw. höchstens anzuprüfen: denn für den besonderen Urkundenschutz besteht kein Bedürfnis mehr, da die Aneignungsdelikte grundsätzlich alle mit der Innehabung der Sache verbundenen Rechte erfassen (BSK-Boog, Art.254 N 18 m.w.Hinw.; Stratenwerth/Bommer, BT II § 37 N 32, 35).

Diese Dokumente müsste B weggenommen haben. Wagnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen Gewahrsams (BGE 104 IV 73; 110 IV 84; 115 IV 106; *Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 13 N 69). Gewahrsam verlangt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache (Herrschaftsmacht), das von einem Herrschaftswillen getragen wird (vgl. *Trechsel/Cramer*, StGB PK, Art.139 N 3 m.w.Hinw.; BGE 115 IV 106), wobei das Vorliegen beider Elemente nach den natürlichen Auffassungen des täglichen Lebens zu beurteilen ist (sog. sozial-normativer Massstab). S hat trotz vorübergehender Abwesenheit weiterhin die Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs auf die Dokumente, es besteht (gelockerter) Gewahrsam der S an ihren im Hotelzimmer eingebrachten Sachen.

Ferner müsste B neuen Gewahrsam begründet haben. Dies ist der Fall, wenn sie die tatsächliche Herrschaft über die Gegenstände derart erlangt hat, dass sie sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben kann bzw. dieser wesentlich erschwerte Zugriffsmöglichkeiten hat. In fremden Gewahrsamssphären begründet der Täter neuen Gewahrsam bereits dann, wenn er den fraglichen Gegenstand in seine Körpersphäre verbringt oder in mitgebrachten Behältnissen verstaut (sog. heute herrschende „Apprensionstheorie“, vgl. BSK-*Niggli/Riedo*, Art.139 N 60 m.w.Hinw.). Diese geschieht vorliegend mit dem Einstecken der Papiere in die Handtasche der B. Eine Wegnahme ist somit zu bejahen.

b. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Weiter muss sie mit Aneignungswille und Zueignungsabsicht gehandelt haben, d.h. der Absicht, sich die Dokumente zumindest vorübergehend anzueignen sowie der S dauerhaft zu entziehen (*Stratenwerth/Jenny*, Strafrecht BT I, § 13 N 91; bzgl. der Enteignung wird nach der deutschen h.M. *dolus eventualis* als ausreichend angesehen; dies ist auch hier vertretbar, vgl. BSK-*Niggli/Riedo*, Art.139 N 66 m.w.Hinw.). Hinsichtlich der Aneignung ist Absicht erforderlich und auch hier unzweifelhaft gegeben. Denn die B handelte gerade, um die Dokumente bei sich aufzubewahren; gerade darauf kam es ihr an. Da die B auch keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Dokumente hat, ist die erstrebte Zueignungshandlung auch unrechtmässig. Sie handelte auch mit Bereicherungsabsicht; bei den Dokumenten handelt es sich um Papiere, die bereits einen – wenn auch geringen – Sachwert aufweisen. Selbst wenn man dies verneinen und den Dokumenten einen blossen Beweiswert zusprechen wollte, so geht doch eine wirtschaftliche Besserstellung der B mit diesen einher. Auf Grundlage der Dokumente könnte ein Strafverfahren gegen B eingeleitet werden, welches (nach allgemeiner Lebenserfahrung) immer mit immensen Kosten verbunden ist. Zudem kann die Erpressung der S nur auf Grund-

lage der Dokumente durchgeführt werden. Dieser Gebrauchswert ist hier als „geldwerter“ Vorteil zu werten (vgl. etwa BGE 111 IV 75f.; 114 IV 137), eine Bereicherungsabsicht der B mithin sicher zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit

B's Tun könnte indes gerechtfertigt sein. In Betracht kommen Notwehr und Notstand.⁵

a. Notwehr (Art. 15 StGB)

Notwehrlage

B müsste den Diebstahl begangen haben, um einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff von sich abzuwenden.

Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen (BSK-*Seelmann*, Art. N 4). In der versuchten Erpressung der S (vgl. oben) liegt ein Angriff auf die Willensentschlussfreiheit der B, mithin auf ein notwehrfähiges Rechtsgut.

Als unmittelbar bezeichnet man den Angriff (Alt. 1), sobald die Rechtsgutverletzung bereits im Gange, also gegenwärtig ist und noch andauert. Die Angriffsdrohung (Alt. 2) ist unmittelbar, wenn sie aktuell und konkret ist (BSK-*Seelmann*, Art.15 N 6). Fraglich ist nun, ob der Angriff auf die Willensentschlussfreiheit der B mittels der Erpressung noch unmittelbar ist. Man kann vorbringen, dass der Angriff mit dem Verfassen des Drohschreibens und dessen Wahrnehmung durch die B bereits beendet ist. Das Vorliegen einer Notwehrlage würde dann ausscheiden. Man kann aber auch sagen, dass der Angriff auf die Willensentschlussfreiheit solange andauert, wie der Erpresser (also die S) den von ihm ausgehenden psychischen Zwang aufrechterhält. Mit dieser Argumentation wäre das Vorliegen einer Notwehrlage zu bejahen. Beide Ansichten führen im konkreten Fall also zu unterschiedlichen Ergebnissen; dies bedarf einer Entscheidung. Dabei vermag die letztgenannte Ansicht zu überzeugen, welche dem Erpressungsopfer mehr Schutz bietet. Denn mit dem Verfassen des Briefes und dessen Wahrnehmung durch das Opfer S war die Drohung in der Welt und schwebte wie ein „Damoklesschwert“ über dieser.⁶

⁵ Korrekturhinweis: hier können mit geeigneter Begründung sowohl Notwehr als auch Notstand bejaht werden. Wer deswegen also die Notwehr bejaht, bekommt die volle Punktzahl und muss den Notstand nicht mehr prüfen. Die Rechtfertigungsprüfung sollte indes mit der Notwehr begonnen werden, ist diese doch das „umfassendere“, originäre Rechtfertigungsmittel, während Notstand nur subsidiär ist (*Trechsel/Jean-Richard*, StGB PK, Art.17 N 7).

⁶ Achtung: folgt man hier – was ebenso vertretbar gewesen wäre - dagegen der ersten Überlegung, nach welcher der Angriff nach Wahrnehmung der Drohung bereits beendet und deswegen nicht mehr unmittelbar ist, also

Weiter muss der unmittelbare Angriff „ohne Recht“, also rechtswidrig gewesen sein. Das ist der Angriff, welcher objektiv die Rechtsordnung verletzt, also nicht seinerseits durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist (BSK-*Seelmann*, Art.15 N 7). Die versuchte Erpressung der S ist rechtswidrig (siehe oben), es liegt somit ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vor.

Man kann im Übrigen auch nicht sagen, dass die Notwehrlage der B selbst verschuldet ist („B hätte die Vortaten nicht begehen müssen“); also eine Art „Notwehrprovokation“ vorliegt.

Notwehrhandlung

B müsste zu einer tauglichen Notwehrhandlung gegriffen haben. Die Notwehrhandlung (hier: die Wegnahme der Dokumente) muss sich gegen Rechtsgüter des Angreifers richten, angemessen sein und subjektiv von einem Verteidigungswillen getragen werden (*Stratenwerth*, AT I, § 10 N 73, 76, 82 m.w.Hinw.).

Die Verteidigungshandlung richtet sich gegen Rechtsgüter des Angreifers, nämlich gegen das Eigentum der S an den Dokumenten.

Angemessenheit im Sinne des Art. 15 StGB bedeutet zweierlei: Subsidiarität (Erforderlichkeit) und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (BSK-*Seelmann*, Art.15 N 11; *Donatsch/Tag*, Strafrecht I, 225f.). Fraglich ist nun zunächst, ob die Diebstahlshandlung der B erforderlich war, d.h. unter mehreren gleich geeigneten Mitteln das mildeste darstellte um die Erpressung durch S sofort zu beenden. Man könnte nun vorbringen, dass das Erpressungsopfer immer zuerst staatliche Hilfe in Anspruch nehmen müsste, also die Polizei kontaktieren und die S anzeigen müssen; die B hätte den Angriff auf ihre Willensentschlussfreiheit dann durch ein milderes Mittel, die Anzeige bei der Polizei, abwenden können. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn durch eine Offenbarung der kompromittierenden Tatsachen verwirklicht sich das von der Erpresserin S angedrohte Übel. Denn mit einer Anzeige gegenüber der Polizei würde sich die B notwendigerweise selbst belasten; dies ist ihr indes nicht zumutbar.⁷ Die Wegnahme der Dokumente ist somit eine erforderliche Notwehrhandlung. Die Notwehrhandlung war zudem verhältnismässig im engeren Sinne. Denn das beeinträchtigte Interesse überwiegt nicht das geschützte Interesse; im Gegenteil schützt der Erpressungstatbe-

keine Notwehrlage vorliegt, muss weiter den rechtfertigenden Notstand (Art. 17 StGB) prüfen. Vgl. dazu nachfolgend.

⁷ Die Problematik der rechtfertigenden Notwehr gegen Erpressungshandlungen ist insbesondere in der deutschen Strafrechtswissenschaft problematisiert worden (etwa: *Arzt*, MDR 1965, 345; *Kross*, Notwehr gegen Schweigegelderpressung (2004), 166; *Amelung*, NSTZ 1998, 70). In der Schweiz ist die Thematik bis anhin noch nicht tiefergehend erörtert worden. Die Ansicht, staatliche Hilfe müsse (primär) in Anspruch genommen werden, muss in der Klausur zur Erreichung der vollen Punktzahl deswegen auch nicht aufgeführt bzw. erörtert werden. Geschieht dies dennoch, so ist ein Bonuspunkt zu vergeben.

stand nicht nur das Vermögen, sondern auch persönliche Freiheit. Die Wegnahme der Dokumente ist damit verhältnismässig.

Subjektives Rechtfertigungselement

Ist hier unzweifelhaft gegeben. B entwendete die Dokumente, um sich gegen den Erpressungsversuch der S „zur Wehr zu setzen“.

Fazit: B hat sich somit nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht.

b. Notstand (Art. 17 StGB) – alternativ, wenn Notwehr mangels eines Angriffs verneint wurde –

Notstandslage

Um das Vorliegen einer Notstandslage bejahen zu können, muss eine unmittelbar drohende Gefahr für ein individuelles Rechtsgut gegeben sein. Dabei ist Gefahr die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung (*Trechsel/Jean-Richard*, StGB PK, Art.17 N 3), welche im konkreten Fall in der Erpressungshandlung durch S zu sehen ist. Durch diese ist B sowohl in ihrem Vermögen als auch in ihrer persönlichen Freiheit/Willensentschlussfreiheit (geschützte Rechtsgüter des Art. 156 StGB, vgl. *Trechsel/Cramer*, Art.156 N 1) bedroht.

Die Gefahr droht dann unmittelbar, wenn ein weiterer Aufschub das Gelingen von Rettungshandlungen in Frage stellen würde (*BSK-Seelmann*, Art.17 N 6). Würde B weiter zuwarten aber auch nicht bezahlen, so würde S – nach eigener Aussage – innerhalb kurzer Zeit die Staatsanwaltschaft Bern kontaktieren. Die Unmittelbarkeit ist deswegen zu bejahen.

Man kann auch nicht sagen, dass die Notstandslage der B selbst verschuldet ist („B hätte die Vortaten nicht begehen müssen“) – denn es war ihr, selbst wenn man eine gewisse Pflichtwidrigkeit durch die Vortatbegehung bejahen wollte, sicher nicht voraussehbar, dass sie auf Grundlage dieser Vortaten Opfer einer Erpressung werden würde.⁸

Notstandshandlung

Die Wegnahme der Dokumente durch B war zur Verhinderung der von S geschaffenen Gefahr (Geldzahlung ansonsten Anzeige bei der Staatsanwaltschaft Bern) sicher geeignet.

⁸ Es ist durchaus umstritten, ob die Frage des Selbstverschuldens im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes zu prüfen ist: *Seelmann*, Strafrecht AT, 59 tut dies, nach *Stratenwerth*, AT I, § 10 N 42 ist diese Frage erst im Rahmen des entschuldigenden Notstandes von Bedeutung.

Fraglich ist aber, ob nicht ein anderes Abwehrmittel in Betracht kommen könnte (strikte Subsidiarität) – dies ist mit der oben zur Notwehr angeführter Argumentation (Gefahr der Selbstbelastung) zu verneinen.

Fraglich ist hier nun aber, ob – wie von Art. 17 StGB vorausgesetzt – das gefährdete Rechtsgut das geschützte Rechtsgut (wesentlich) überwiegt. Dies kann zunächst aufgrund des von beiden Normen (Art. 156 StGB auf den einen, Art.139 StGB auf der anderen) geschützten Rechtsguts „Vermögen“ so eindeutig nicht gesagt werden. Aber auch wenn es nicht auf eine starre Rangliste der Rechtsgüter ankommt (*Trechsel/Jean-Richard*, StGB PK, Art.17 N; a.A. Botschaft BBl 1999, 2005), so muss der Schutz vor Erpressungen doch weitergehen, denn diese greift (neben dem Vermögen) auch in die persönliche Freiheit des Betroffenen ein.⁹

Subjektives Rechtfertigungselement

Rettungswillen der B ist sicher gegeben. Sie handelte ausdrücklich „um sich zur Wehr zu setzen“.

Fazit: B hat sich nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht.

Korrekturhinweis: Im Erkennen und Prüfen eines Rechtfertigungsgrundes lag einer der Hauptschwerpunkte des zweiten Tatkomplexes. Wichtig ist, dass die Prüfung zunächst mit der Notwehr begonnen wird. Wird diese (mit vertretbarer Argumentation) mangels Angriffs verneint, so ist Notstand zu prüfen.

II. Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) (+)

Durch das Betreten des Hotelzimmers könnte sich B wegen Hausfriedensbruchs gem. Art. 186 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver Tatbestand

Eine Hotelzimmer, in welches B „einsteigt“, stellt einen abgeschlossenen Raum eines Hauses dar (BGE 90 IV 77; 118 IV 323f.; BSK-*Delnon/Rüdy*, Art.186 N 11). Abgeschlossen bedeutet dabei nach allgemeiner Meinung und konstanter Rechtsprechung nicht abgeschlossen im Sinne von verschlossen, sondern vielmehr umschlossen (*Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 6 N 4; *Reh-*

⁹ Wer sich – was vertretbar wäre – in Hinblick auf die Interessenabwägung anders entscheidet, muss weiter den entschuldbaren Notstand gem. Art. 18 Ziff. 2 StGB prüfen und bejahen. Es gibt dann keinen Punktabzug.

berg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 394; *Schubarth*, Kommentar, Art.186 N 6; BGE 90 IV 77; BGE 90 IV 77).

B hat das Hotelzimmer ohne den Willen/die Bewilligung der Berechtigten S (für die Dauer ihrer Anmietung) betreten, sie ist mithin eingedrungen. Nicht entscheidend ist – wie gesehen – dass das Zimmer nicht verschlossen war. Ja, es hätte nicht einmal geschadet, wenn die Hotelzimmertüre offen gestanden hätte (*Trechsel/Fingerhuth*, StGB PK, Art.186 N 3). Einem Eindringen im Sinne der Norm steht auch nicht entgegen, dass S nicht Eigentümer des Hotelzimmers ist; es genügt, dass S als Inhaberin des Hausrechts für die Dauer ihres (angemieteten) Aufenthalts die Befugnis zusteht, über Zugang und Aufenthalt in dem fraglichen Raum zu bestimmen (*BSK-Delnon/Rüdy*, Art.186 N 15).

b. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich, das heisst mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

2. Rechtswidrigkeit

B ist jedoch auch hier aus Art. 15 StGB (bzw. Art. 17 StGB) gerechtfertigt. Aufgrund der Schweigegelderpressung der S befand sie sich in einer Notwehrlage¹⁰. Das Eindringen in das Zimmer richtet sich gegen ein Rechtsgut der Angreiferin S¹¹ (das Hausrecht am Hotelzimmer), es ist zur Angriffsabwehr geeignet und erforderlich sowie verhältnismässig im engeren Sinne.

Fazit: B hat sich nicht wegen Hausfriedensbruch strafbar gemacht.

Korrekturhinweis: die Prüfung des Art. 186 StGB ist nicht von besonders grosser Bedeutung – wird hier aber zu Unrecht der bekannte Streit zwischen Rechtsprechung und Literatur bzgl. des „Eindringens in öffentlich zugängliche Räume“ problematisiert, sollte ein Punktabzug erfolgen, da dieser hier keinerlei Bedeutung hat.

III. Diebstahl des Gutscheines (Art. 139 i.V.m. Art. 172^{ter} Ziff. 1 StGB) (+)

¹⁰ Bzw. – folgt man den Ausführungen oben – zumindest in einer Notstandslage.

¹¹ Man könnte überlegen, ob hier nicht auch das Hausrecht des Hotelinhabers betroffen ist. Dessen Aufgabe ist es, die Privatsphäre und das Hausrecht seiner Gäste zu bewachen und zu schützen (BGE 118 IV 169ff.; *BSK-Delnon/Rüdy*, Art.186 N 17 a.E.). Im Ergebnis ist dies wohl aber eher abzulehnen – denn grds. übt der Hotelgast das alleinige Hausrecht über das von ihm angemietete Zimmer aus. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Hotelbetreiber sich gegen den Willen des Hotelgasts keinen Zugang zu dessen Zimmer verschaffen darf. Andernfalls würde er sich wegen Hausfriedensbruches strafbar machen.

B könnte sich durch das Ansichnehmen des Geschenkgutscheines wegen Diebstahls gem. Art. 139 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver und subjektiver Tatbestand

Mit dem Ansichnehmen des Gutscheines und dem darauf folgenden Verlassen des Hotels hat B eine fremde bewegliche Sache weggenommen (vgl. dazu auch die Ausführungen oben). Dabei handelte B mit Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie mit dem erforderlichen Aneignungswillen und Bereicherungsabsicht.¹²

2. Rechtswidrigkeit

Hinsichtlich der Wegnahme des Gutscheines scheidet eine Rechtfertigung (sei es wegen Notwehr oder wegen Notstand) aus. Die Handlung richtet sich zwar ebenfalls gegen ein Rechtsgut der S, sie stellt jedoch – auch wenn man davon ausgeht, dass sie begangen wurde um einen Diebstahl des Alex (A) vorzutäuschen, um so die eigene Tat zu vertuschen – kein geeignetes Mittel dar, um die Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit abzuwenden.

3. Schuld

Entschuldigungs- bzw. Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

4. Geringfügiges Vermögensdelikt

Bei dem Diebstahl des Geschenkgutscheines durch B handelt es sich sicher um einen geringfügigen Diebstahl im Sinne des Art. 172^{ter} Ziff. 1 StGB. Der objektiv und subjektiv (vom Täter als solcher zu erfassende Grenzwert) beträgt nach st. Rechtsprechung des Bundesgerichts CHF 300.-- (BGE 121 IV 268). Dieser ist im konkreten Fall eindeutig unterschritten (CHF 150.--) und wurde B auch in dieser Höhe erfasst (keinesfalls kann man hier davon ausgehen, dass B einen Deliktsbetrag von über CHF 300.-- in Kauf nimmt, denn der Betrag befand sich ja – so die allgemeine Lebenserfahrung – ersichtlich auf dem Gutschein).

Fazit: B hat sich wegen eines geringfügigen Diebstahls strafbar gemacht.

IV. Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Falsche Anschuldigung) (+)

¹² Korrekturhinweis: hier kann sich der jeweilige Verf. ganz kurz halten und einfach nach oben verweisen.

B könnte sich wegen falscher Anschuldigung gemäss Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Feuerzeug mit Alexs' (A) Namen am Tatort platzierte.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver Tatbestand

Hierzu muss B indirekt/mittelbar (die direkte verbale Beschuldigung ist über Ziff. 1 Abs. 1 erfasst, vgl. *Trechsel/Affolter-Eijsten*, StGB PK, Art.303 N6) mittels arglistiger Veranstaltungen einen „Nichtschuldigen“ falsch anschuldigen.

Dabei muss die Bezichtigung nicht „bei der Behörde“ erfolgen, sondern kann so geschehen, dass ein Täter damit rechnen kann, sein Vorgehen werde zum Effekt führen, dass die Behörde informiert wird (*BSK-Delnon/Rüdy*, Art.303 N 22). So lag es im konkreten Fall: B bezweckte mit ihrem Tun, dass das Auffinden des von ihr deponierten Feuerzeugs zur Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen gegen den unschuldigen A führen würden. Dabei war der unschuldige A auch taugliches Angriffsobjekt – aus den von B geschaffenen Umständen (Feuerzeug mit Namen zum einen, fehlende Gegenstände zum anderen) ergibt sich scheinbar eindeutig, welcher Täter welche Tat begangen haben soll. Dieses „Spurenlegen“ der B stellt sich als besondere Machenschaft/Kniff und damit als „arglistige Veranstaltung“ dar (*BGE 132 IV 27*).

b. Subjektiver Tatbestand

Dabei handelte B vorsätzlich und in der Absicht („Eventualabsicht“ ausreichend [*BGE 85 IV 83; Donatsch/Wohlens*, IV, 370]), eine Strafverfolgung gegen A herbeizuführen.

2. und 3. B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Fazit: B hat sich wegen falscher Anschuldigung strafbar gemacht.

V. Art. 174 StGB (Verleumdung) (-)

B könnte sich, indem sie Spuren legt, welche auf A negativ rückwirken, wegen Verleumdung gemäss Art. 174 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob schon das Schaffen einer für den Betroffenen kompromittierenden Sachlage den objektiven Tatbestand erfüllt. Dies ist indes zu verneinen. Denn bei der Verleumdung

handelt es sich eindeutig um ein Äusserungsdelikt mit Drittbezug, muss doch eine Person gegenüber einem anderen beschuldigt oder verdächtigt werden. Im konkreten Fall fehlt es gerade hieran aber.¹³

VI. Art. 304 StGB (Irreführung der Rechtspflege) (-)

B könnte sich, indem sie Spuren legte, welche zu einem Polizeieinsatz gegen A führen, wegen Irreführung der Rechtspflege gem. Art. 304 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver Tatbestand

In objektiver Hinsicht wird dafür eine Anzeige bei einer Behörde vorausgesetzt. Man könnte nun zwar sagen, dass B die Polizeibehörden durch das Spurenlegen auf „die falsche Fährte“ schickte – dies stellt indes noch kein „Anzeigen“ im Sinne der Norm dar; denn die allgemeine Meinung fordert, dass die Anzeige zwingend mündlich oder schriftlich erfolgen muss; eine Anzeige durch Spuren legen gibt es deswegen nicht (BSK-*Delnon/Rüdy*, Art.304 N 8; *Donatsch/Wohlers*, Strafrecht IV, 375; *Cassani*, commentaire, Art.304 N 14).

Darüber hinaus würde Art. 304 StGB ohnehin auf dem Konkurrenzwege hinter Art. 303 StGB zurücktreten. Denn Letzterer ist *lex specialis* (*Trechsel/Affolter-Eijsten*, StGB PK, Art.304 N 8).

VII. Art. 305 StGB (Begünstigung)

Zwar hat die B durch das Legen der falschen Spuren (was als Entziehungshandlung anzusehen ist, vgl. BSK-*Delnon/Rüdy*, Art.305 N 22) die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden zunächst auf A gelenkt und sich der Strafverfolgung damit zumindest vorübergehend selbst entzogen. Die Selbstbegünstigung ist allerdings nach allgemeiner Meinung straflos (BGE 102 IV 29; BSK-*Delnon/Rüdy*, Art.305 N 11f. m.w.Hinw.).

Korrekturhinweis zum zweiten Tatkomplex: Die Art. 303, 304, 174 und 305 StGB waren hier nicht einfach zu sehen. An deren Prüfung sind deswegen keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

¹³ In der Schweiz existiert diesbezüglich keine höchstrichterlichen Entscheidungen und auch keine strafrechtswissenschaftliche Lehrmeinung. Mit guter Argumentation ist hier deswegen beides vertretbar. In Deutschland entspricht die hier vertretene Ansicht der ganz herrschenden Meinung, vgl. BGH NStZ 1984, 216; *Lackner/Kühl*, StGB (26.Aufl. 2007), § 186 Rn.6 m.w.Hinw.

3. Tatkomplex: Einkaufen im „Fred Hardy“

Strafbarkeit der Beatrice

I. Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) (+/-)

B könnte sich, indem sie die Boutique „Fred Hardy“ mit der Intention betrat, deliktisch tätig zu werden, wegen Hausfriedensbruch gem. Art. 186 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Objektiver Tatbestand

Unproblematisch hat B durch das Betreten der Boutique „Fred Hardy“ einen abgeschlossenen Raum betreten. Fraglich ist aber, ob B in diesen auch unrechtmässig eingedrungen ist, ist doch die Boutique „Fred Hardy“ öffentlich, d.h. grundsätzlich jedermann, zugänglich.

In casu betritt B die Boutique „Fred Hardy“ jedoch bereits in der Absicht, ein Kleid mit einer verfälschten Urkunde – dem Geschenkgutschein – zu bezahlen und damit einen Betrug zu begehen. Es stellt sich die Frage, ob mit diesem Verhalten der Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllt wird, d.h. die Frage, ob eine generelles Einverständnis des Berechtigten (in casu des Betreibers der Boutique „Fred Hardy“), dass Personen das Ladenlokal betreten, auch den Täter mit einschliesst, der den Shop in krimineller Absicht betritt?

Das Bundesgericht und die herrschenden Lehre vertreten diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen: nach Ansicht des Bundesgerichts schliesst das generelle Einverständnis des Berechtigten nur Personen ein, die das Ladenlokal rechtmässig nutzen wollen; d.h. jedenfalls keine Personen, die im Ladenlokal deliktisch tätig werden will (BGE 108 IV 39; 128 IV 85). Demfolgend wäre im konkreten Fall ein Eindringen der B zu bejahen.

Eine gegenteilige Ansicht vertritt die nahezu ganz h.L. (Vgl. statt vieler *Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 6 N 9 m.w.Hinw.), nach welcher das generelle Einverständnis des Berechtigten auch Personen einschliesst, die ein Ladenlokal in krimineller Absicht betreten, ausser wenn deren kriminelle Absicht nach aussen erkennbar ist (bspw. durch Tragen einer Strumpfmassage über dem Gesicht). Da Letzteres bei B nicht der Fall war, die B sich vielmehr nach aussen wie eine normale Kundin verhielt, ist ein Eindringen nach diese Ansicht zu verneinen.

Beide Auffassungen kommen im konkreten Fall also zu unterschiedlichen Ergebnissen; dies bedarf einer Entscheidung. Die h.L. überzeugt diesbezüglich zwar mehr (vor allem wegen auftretender Beweisschwierigkeiten und eines zu grossen, potentiellen Täterkreises), allerdings kann in der Klausur auch die Ansicht des Bundesgerichts vertreten werden. In diesem

Fall müsste weiter geprüft werden (Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld – alle unproblematisch zu bejahen).¹⁴

II. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 2. Alt und Abs. 3 StGB (Urkundenfälschung und Gebrauchen einer gefälschten Urkunde) (+)

Beatrice könnte sich, indem sie auf dem Geschenkgutschein eine Zahl („0“) hinzufügte, wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmässigkeit

a.) Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob der Geschenkgutschein die Anforderungen, welche an eine Urkunde i.S.d. Art. 110 Abs. 4 StGB gestellt werden, erfüllt:^{15 16}

- menschliche Gedankenäusserung (Erklärung): Betrag (hier in Höhe von CHF 150.--), mit welchem der Inhaber des Gutscheines in einer Filiale der Boutiquenkette „Fred Hardy“ einkaufen kann.
- Dauerhaft verkörpert: auch dies ist zu bejahen; dass der Betrag (CHF 150.--) nur handschriftlich eingetragen ist (also nicht mittels Vordruck) schadet dem nicht.
- Erkennbarkeit des Ausstellers (die Urkunde muss jemandem zuzuordnen sein): die Boutiquenkette „Fred Hardy“ ist eindeutig Aussteller des Gutscheines.
- rechtserhebliche Tatsache: der Geschenkgutschein und der in ihm eingetragene Betrag ist eine rechtserheblich Tatsache.
- beweisbestimmt (= bestimmt, eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen) und beweisgeeignet (= geeignet, eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen): der Geschenkgutschein ist auch zum Beweis bestimmt – er besagt, dass derjenige, welcher ihn an einer Kasse vorweist, mit ihm zur Bezahlung berechtigt ist. Deswegen ist auch eine Beweiseignung zu bejahen.

Der Geschenkgutschein stellt also eine Urkunde im Sinne des Art. 110 Ziff. 4 StGB.

Diese Urkunde muss S verfälscht haben. Verfälschen im Sinne des Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 2. Alt. StGB ist die nachträgliche unberechtigte Abänderung des Inhalts einer (bis dahin echten) Urkunde, so dass der neue Inhalt fälschlicherweise dem ursprünglichen Aussteller der Urkunde bzw. des Beweiszeichens zugeordnet wird (BSK-Boog, Art.251 Rn.25; Trechsel/Erni,

¹⁴ Hier war beides vertretbar – gleich welcher Ansicht man folgt, erhält man die volle Punktzahl.

¹⁵ Im Sachverhalt sind keine weiteren Angaben bzgl. der Ausgestaltung des Geschenkgutscheines vorhanden – nach allgemeiner Lebenserfahrung sind diese aber klar.

¹⁶ Die Urkundeneigenschaft kann auch – quasi als Vorprüfung – vor dem objektiven Tatbestand des Art. 215 StGB geprüft werden. Das ist nicht falsch und gibt keinen Punktabzug!

StGB PK, Art.251 N 4) und dieser sich den neuen Gedankeninhalt aber eigentlich nicht zurechnen lassen will (i.E. also auch das Herstellen einer unechten Urkunde). Durch das Hinzufügen einer weiteren Zahl auf dem Geschenkgutschein ist dieser verfälscht. Denn es geht nun aus ihm hervor, dass der Inhaber des Gutscheines bei der Boutiquenkette „Fred Hardy“ bis zu einem Warenwert von CHF 1.500.-- gegen Vorlage des Gutscheines einkaufen darf, ohne dafür bezahlen zu müssen. Dies ist mit der ursprünglichen Erklärung aber nicht mehr übereinstimmend

Darüber hinaus hat B die Urkunde auch gebraucht im Sinne des Art. 251 Ziff.1 Abs. 3 StGB. Gebrauchen bedeutet, dass die falsche Urkunde als solche dem Opfer zugänglich gemacht wird (*Trechsel/Erni*, StGB PK, Art.251 N 11). Dies ist hier der Fall, indem B den verfälschten Gutschein an der Kasse des „Fred Hardy“ der V vorlegt. Dass V die Verfälschung sofort durchschaut, schadet nicht. Die Variante des „Gebrauchens“ ist bereits mit Zugänglichmachung verwirklicht; ob tatsächlich Kenntnis genommen wird, ist diesbezüglich unerheblich (*BSK-Boog*, Art.251 N 72).

b. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz in Hinblick auf die Urkunde und die objektiven Tatbestandsmerkmale, Vorteilsabsicht und Täuschungsabsicht sind unzweifelhaft zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründe sind eindeutig nicht gegeben.

Fazit: B hat sich wegen Urkundenfälschung (Verfälschen einer echten Urkunde und Gebrauch einer verfälschten Urkunde) strafbar gemacht.

III. Art. 146 StGB (Betrug) (-)¹⁷

B könnte sich, indem sie das Kleid mit der verfälschten Urkunde bezahlte, wegen Betruges gem. Art. 146 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

¹⁷ Ein Diebstahl (Art. 139 StGB) durch B ist vorliegend ebenfalls nicht gegeben – dieser erfordert den Bruch fremden Gewahrsam gegen den Willen des Berechtigten. Da Verena (V) hier Alleingewahrsam hatte (vgl. dazu unten unter 3. Tatkomplex (Verena) I.) und mit der Mitnahme (und eben nicht Wegnahme) durch B einverstanden war (mindestens tatbestandsausschliessendes Einverständnis), fehlt es zumindest an Letzterem. Eine Wegnahme liegt mithin nicht vor.

a. Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste die B die V arglistig getäuscht haben. Zur Begehung der Täuschung verfälschte B den Geschenkgutschein. Man könnte deswegen nun sagen, dass hier zwar nur eine einfache Täuschung vorliegt, diese aber durch besondere Machenschaften/Kniffe der B – nämlich dem Vorgehen mittels verfälschter Urkunde – als arglistig zu qualifizieren ist (vgl. dazu BSK-*Arzt*, Art. 146 N 55 m.w.Hinw.). Dies gilt aber nach zutreffender bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann nicht, „wenn sich aus den vorgelegten Urkunden selbst ernsthafte Anhaltspunkte für deren Unechtheit ergeben“ (BGer v. 03.07.2006, 6S.74/2006, E.2.4.2). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben – da in der Boutiquenkette „Fred Hardy“ stets nur Gutscheine bis zu einem Warenwert von CHF 500.-- ausgegeben werden (was der V ja auch bekannt ist), ist eindeutig und offensichtlich erkennbar, dass es sich bei dem von B vorgelegten Geschenkgutschein um eine unechte bzw. verfälschte Urkunde handeln muss. Die Arglist ist hier deswegen zu verneinen. Darüber hinaus fehlt es auch (folgerichtig) an einem Irrtum – denn Verena (V) irrte eindeutig nicht. Vielmehr bemerkte sie sofort, dass der Geschenkgutschein von B manipuliert wurde und daher als ausreichendes Zahlungsinstrument nicht in Betracht kommt. B hat sich somit mangels Irrtums nicht wegen Betrug strafbar gemacht.

IV. Art. 146 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 3. Alt. StGB (versuchter untauglicher Betrug) (+)

B könnte sich, indem sie das Kleid mit der verfälschten Urkunde bezahlte, was von V aber erkannt wurde, wegen versuchten Betruges gem. Art. 146 i.V.m. Art. 22 StGB strafbar gemacht haben.

Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet; zwar hat B nun das Kleid, die V, welche über das Kleid verfügte, irrte sich aber nicht. Die Strafbarkeit des Betrugsversuchs ergibt sich aus Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 i.V.m. Art. 146 StGB. Als Besonderheit ist hier gegeben, dass es sich hier – weil die Urkunde offensichtlich nicht zur Täuschung geeignet war, vgl. oben unter III. – um einen untauglichen Versuch handelt (nicht jedoch um ein Wahndelikt), da der Erfolg nicht eintreten konnte. Der untaugliche Versuch ist ebenfalls strafbar.

1. Tatbestandsmässigkeit

a. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluss)

B hätte einen Tatentschluss bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale des Betrugs haben müssen. Dies ist hier unzweifelhaft zu bejahen. Denn sie plante, die Verkäuferin V der Boutique „Fred Hardy“ arglistig (mittels bes. Machenschaften/Kniffe durch Verwendung der verfälschten Urkunde) zu täuschen und hierdurch einen Irrtum bei V zu bewirken. Dass dies aufgrund der offensichtlichen Unechtheit der Urkunde so nicht gelingen konnte, war B nicht bekannt und ändert deswegen auch nichts am Vorliegen eines Tatentschlusses. Dieser sollte wiederum zu einer Vermögensdisposition führen – hier liegt ein Fall des versuchten Dreiecksbetruges vor, da nicht der Inhaber der Boutique(-kette), sondern lediglich dessen geschäftsführende Angestellte V getäuscht werden soll, die aber sicher „im Lager“ desselben steht (Lagertheorie +; zum gleichen Ergebnis führen hier auch die Theorie der rechtlichen bzw. der tatsächlichen Verfügungsmacht)¹⁸ – und wiederum unmittelbar in einem Vermögensschaden münden. Weiter handelte B in der Absicht, sich stoffgleich zu bereichern.

b. Objektiver Tatbestand (Beginn der Ausführungshandlung/unmittelbares Ansetzen zur Tat)

Beginn der Ausführung gemäss Schwellentheorie – diese besagt: Zur Ausführung der Tat zählt bereits jede Tätigkeit, die nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen (BGE 99 IV 153; vgl. dazu auch *Stratenwerth*, AT I, § 12 N 30ff.). Im konkreten Fall war dieser "point of no return" sicher in dem Moment überschritten als B den verfälschten Geschenkgutschein an der Kasse des „Fred Hardy“ zur Bezahlung vorlegte.

c. Tauglichkeit des Versuchs

Es wurde bereits angesprochen – vorliegend ist ein Fall des untauglichen Versuchs gegeben (offensichtlich unechte Urkunde zur Betrugsbegehung als untaugliches Mittel). Dieser ist – gleich wie der taugliche Versuch – gem. Art. 22 Ziff. 1 StGB strafbar (vgl. *Trechsel/JeanRichard*, StGB PK, Art.22 N 16ff.). Eindeutig liegt kein grober Unverstand vor, welcher nicht strafbar wäre. Das Unwissen der B in Hinblick auf den Gutscheinshöchstbetrag ist

¹⁸ Nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung (vgl. BSK-*Arzt* Art.146 N 83f.; *Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 15 N 33f.; BGE 126 IV 113 (117); 133 IV 175) ist ein *faktisches Näheverhältnis* ausreichend, wenn (!) der Verfügende im Lager des Geschädigten steht (sog. Lagertheorie). Nach anderer Ansicht ist gar eine *rechtliche Befugnis* zur Verfügung erforderlich (*Schubarth/Albrecht*, Kommentar, Art.148 N 62). Ein *rein tatsächliches Näheverhältnis* wird in der Schweiz von *Trechsel/Cramer* vertreten (StGB PK, Art.146 N 18).

keine „besondere Dummheit“ (so BGE 70 IV 50 zum Wahndelikt); vielmehr konnte sie – höchstens durch Zufall, wenn sie einmal einen Gutschein zu einem höheren Betrag kaufen wollte – nichts davon wissen, dass Gutscheine nur bis zu einem Betrag von CHF 500.-- ausgestellt werden.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründe sind eindeutig nicht gegeben.

Fazit: B hat sich wegen versuchten Betruges strafbar gemacht.

V. Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei) (- oder +)

B könnte sich, indem sie den zuvor entwendeten Geschenkgutschein in der Boutique „Fred Hardy“ gegen Waren (ein Kleid) eintauscht, wegen Geldwäscherei gem. Art. 305^{bis} StGB strafbar gemacht.

1. Tatbestand

Umstritten ist zunächst, ob der Täter der Vortat – hier also die B – sein eigener Geldwäscher sein kann¹⁹: das BGer bejaht dies (zuletzt: BGE 124 IV 276; 126 IV 255; ebenso: *Schubarth*, FS-Bemann, 440ff.), wofür insb. der Wortlaut der Norm in Abgrenzung zu Art. 160 StGB spreche, die h.L. (*Arzt*, recht 1995, 131; *Trechsel*, Art.305^{bis} N 7, 32; *BSK-Pieth*, Art.305^{bis} N 2 m.w.N.) verneint dies dagegen und beruft sich dabei auf eine analoge (zugunsten des Täters) Anwendung der Selbstbegünstigungsausnahme von Art. 305 StGB. Letztere Ansicht ist nach hier vertretener Auffassung überzeugender; in der Prüfung können indes beide Ansichten vertreten werden – folgt man der h.L. ist die Prüfung hier beendet, folgt man dagegen der Ansicht des BGer, so ist weiter zu prüfen:

a. Objektiver Tatbestand

Bei dem Geschenkgutschein muss es sich um einen Vermögenswert handeln, der aus einem Verbrechen (Art. 10 StGB) herrührt. Der Geschenkgutschein, der einen Vermögenswert darstellt, wurde deliktisch mittels geringfügigen Diebstahl erlangt – Art. 139 StGB stellt zwar grundsätzlich ein Verbrechen i.S.d. Art. 10 Abs. 2 StGB dar, da die Tat mit einer Höchststrafe von bis zu 5 Jahren geahndet werden kann. Da der Diebstahl hier aber nur geringfügig ist,

¹⁹ Man könnte dies auch – was allerdings nicht ratsam wäre – im Rahmen der Konkurrenzen prüfen.

stellt er sich als bloße Übertretung dar (*Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder*, StGB, Art.172^{ter} N 1), welche als Vortat des Art.305^{bis} StGB nicht geeignet ist.

Fazit: B hat sich nicht gem. Art.305^{bis} StGB strafbar gemacht.²⁰

Strafbarkeit der Verena

I. Art. 139 StGB (Diebstahl) (-)

Verena (V) könnte sich, indem sie das Kleid im Gegenzug gegen den verfälschten Gutschein herausgab, wegen Diebstahls zu Lasten des Boutiquebetreibers gem. Art. 139 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Bei dem Kleid handelt es sich unzweifelhaft um eine bewegliche Sache. Sie ist auch fremd, steht sie doch im Alleineigentum des Betreibers der Boutiquekette „Fred Hardy“.

Fraglich ist jedoch, ob eine Wegnahme von Seiten der V vorliegt, indem sie das Kleid an B herausgibt.

Wie gesehen ist Wegnahme der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Fraglich ist nun aber, wer im konkreten Fall welche Art von Gewahrsam hat; je nachdem, was man vorliegend bejaht, kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen. Hätte V nur untergeordneten Mitgewahrsam, so könnte sie den übergeordneten Mitgewahrsam des Boutiqueeigentümers durch die Herausgabe des Kleides brechen; hat sie indes selbst übergeordneten Mitgewahrsam oder gar Alleingewahrsam, so wäre dies nicht möglich. Eben Letzteres ist hier in Bezug zum Geschäftsherren (also dem Betreiber/Eigentümer der „Fred-Hardy“ Filiale[n]) zu bejahen. Denn Gewahrsam ist ein faktisches Verhältnis und eben kein Rechtsverhältnis; Gewahrsam hat, wer verfügen kann, nicht aber der, der verfügen darf (BGer, KassH v. 02.11.2006, E.3.2; BSK-*Niggli/Riedo*, Art.139 N 17). V ist die einzige Mitarbeiterin der „Fred Hardy“-Filiale; nach allgemeiner Lebenserfahrung ist deswegen davon auszugehen, dass sie für Auf- und Abschluss des Geschäftes zuständig ist. Sie ist ausserdem Geschäftsführerin der Filiale und in dieser Funktion sowohl für den Warenbestand als auch für den Einkauf und die Kasse alleine und in eigener Verantwortung zuständig. Es ist aufgrund dessen also auch davon auszugehen, dass nur sie Überblick über den Wa-

²⁰ Für die volle Punktzahl muss der Streit bzgl. der Vortätoreigenschaft nicht geführt werden.

renbestand und den jeweiligen Aufbewahrungsort der Kleider hat. Es ist deswegen Alleingewahrsam (zumindest aber übergeordneter Mitgewahrsam) der V an den in der Filiale befindlichen Gegenständen anzunehmen. Aufgrund dessen kann V durch die Herausgabe des Kleides aber keinen Gewahrsam brechen.

Fazit: V hat sich nicht wegen Diebstahls gem. Art. 139 StGB strafbar gemacht.

II. Art. 138 StGB (Veruntreuung)

V könnte sich, indem sie das Kleid an B gegen einen verfälschten Geschenkgutschein herausgibt, wegen Veruntreuung gem. Art. 138 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Zunächst muss es sich bei dem Kleid um eine fremde bewegliche Sache handeln. Dies ist unzweifelhaft zu bejahen – das Kleid steht eindeutig im Alleineigentum des Inhabers der Boutiquenkette „Fred Hardy“.

Fraglich ist aber, ob die im Laden befindlichen Waren, also auch das hier in Frage stehende Kleid, der V anvertraut war. Dabei ist zunächst problematisch, was unter „Anvertrautsein“ zu verstehen ist. Nach langjähriger Rspr. des Bundesgerichts ist „anvertraut, was jemand mit der Verpflichtung empfangen hat, die Sache in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden“ (BGE 120 IV 117, 119; zustimmend *Rehberg*, ZStrR 98 (1981), 374; SJZ 84 (1988), 30ff.). Nach dieser Ansicht, die auf eine rein faktische Zugriffs- bzw. Verfügungsmöglichkeit genügen lässt, wäre im vorliegenden Fall ein „Anvertrauen“ zu bejahen – die V hat als angestellte Geschäftsführerin und Verkäuferin der Boutique „Fred Hardy“ Gewahrsam über alle sich im Laden befindlichen Gegenstände und soll – davon ist nach allgemeiner Lebenserfahrung auszugehen – die in der Boutique befindlichen Waren gegen das vom Ladeninhaber vorgesehene Entgelt verkaufen. Sie hat also sowohl Zugriffs- als auch Verfügungsmöglichkeit über die sich im Geschäft befindlichen Waren und soll diese im Interesse des Boutiqueinhabers verwenden, sprich verkaufen (nach *Trechsel/Crameri*, StGB PK, Art.138 N 5 und PKG1070 Nr.30 sind Waren dem aufsichtspflichtigen Angestellten anvertraut; anders dagegen die Waren die einer „einfachen“ Kassiererin überlassen wurden: BJM 1973, 187).

Dagegen vertritt die h.L. in Hinblick auf das „Anvertrautsein“ eine restriktivere Sicht der Dinge. Diese (*Stratenwerth/Jenny*, BI I, § 13 N 57; *Jenny*, ZBJV 124 (1988), 393ff.; *Arzt*, recht 13 (1995), 133ff.; *Kunz*, ZBJV 132 (1996), 189ff.) verlangt, dass der Täter die alleinige

Verfügungsmacht über die anvertrauten Werte haben müsse. Fraglich ist nun, ob der V hier eine solche alleinige Verfügungsmacht zukommt. Auch dies ist zu bejahen. Die V ist Filialleiterin der Boutique „Fred Hardy“ und in dieser Position sowohl für den Warenbestand als auch für den Einkauf und die Kasse alleine und in eigener Verantwortung zuständig.

Beide Ansichten kommen hier somit zum gleichen Ergebnis, so dass eine Entscheidung zwischen den beiden unterbleiben kann²¹: die Waren in der Boutique sind der V anvertraut.

Fraglich ist nun weiter, ob in der Herausgabe des Kleides gegen einen verfälschten Gutschein für V eine Aneignung im Sinne des Art. 138 StGB darstellt. Aneignung bedeutet, dass der Täter den Geschädigten enteignet, ihn also ständig von dessen Verfügungsmacht über die Sache ausschliesst und sie sich zumindest vorübergehend selbst zueignet. Dabei ist vorausgesetzt, dass er seinen Will äusserlich erkennbar betätigt (BGE 118 IV 148; BSK-Niggli/Riedo, Art.138 N 96). Dies ist vorliegend zu bejahen – für einen objektiven Aussenstehenden geriert sich V wie die Eigentümerin des Kleides, gibt sie dieses doch gegen einen verfälschten Geschenkgutschein an einen Dritten heraus.

b. Subjektiver Tatbestand

V handelte vorsätzlich und mit – da sie die ihr sympathische B zu deren Vorteil gewähren liess (Kleid gegen Gutschein) – unrechtmässiger Drittbereichungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Fazit: V hat sich gem. Art. 138 StGB strafbar gemacht.

III. Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) (+)²²

V könnte sich, indem sie das CHF 1.500.-- –teure Kleid gegen einen gefälschten Geschenkgutschein herausgibt, wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 StGB strafbar gemacht haben.

²¹ Falls man eine solche doch vornehmen wollte: Die zweite, restriktivere Ansicht (h.L.) ist wohl überzeugender. Hat der Treugeber noch Allein- oder aber Mitgewahrsam an der Sache behalten, so fehlt es an der für die Veruntreuung an für sich charakteristischen Situation. Es kommt daher – handelt es sich um eine Sache Art.139 StGB (Diebstahl) bzw. Art.158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) in Betracht. Diese Lösung hat zugleich den Vorteil, dass sich Art.138 StGB und die genannten Delikte nicht überschneiden und deshalb ihre Charakteristik bewahren.

²² Wer die Veruntreuung gem. Art.138 StGB bejaht hat, muss Art.158 grundsätzlich nicht mehr ausführlich zu prüfen, weil die Veruntreuung diesem Tatbestand nach h.L. (*Stratenwerth/Jenny*, BT I § 19 N 27; vgl. BSK-Niggli/Riedo, Art.138 Rn.195 m.w.N.) und Rspr. (BGE 111 IV 19, 22f.) vorgeht. Spricht man Art. 158 StGB also allein auf Konkurrenzebene kurz an, so ist dies für die volle Punktzahl ausreichend.

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Der Treuebruchtatbestand des Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB hat nach allgemeiner Meinung zur Voraussetzung, dass der Täter als Geschäftsführer unter Verletzung einer damit zusammenhängenden (Treue-)Pflicht einen Vermögensschaden verursacht (*Trechsel/Crameri*, StGB PK, Art.158 N 1). Die Täterschaft des Missbrauchstatbestandes (Art. 158 Ziff. 2 StGB) fordert dagegen keine Geschäftsführereigenschaft und kann grds. jedermann begangen werden, der – durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder durch Rechtsgeschäft – befugt ist, einen anderen zu vertreten.

Die V ist Filialleiterin der Boutique „Fred Hardy“ und in dieser Position sowohl für den Warenbestand als auch für den Einkauf und die Kasse alleine und in eigener Verantwortung zuständig. In dieser Stellung ist eine Geschäftsführerstellung zu bejahen (BGE 105 IV 307; 86 IV 12; vgl. auch BSK-*Niggli*, Art.158 N 28ff.).

Weiter muss V eine Treuepflicht innehaben und diese pflichtwidrig verletzen; dabei ergibt sich der Inhalt der Treuepflicht des Geschäftsbesorgers aus dem jeweiligen Grundverhältnis (*Trechsel/Crameri*, StGB PK, Art.158 N 9; BSK-*Niggli*, Art.158 N 57; BGer, KassH vom 15.03.2001). Zwar ist die Ausgestaltung des Anstellungsvertrages/Geschäftsführervertrages zwischen der Boutiquekette „Fred Hardy“ und V nicht in jeder Nuance aus dem Sachverhalt ersichtlich – fest steht indes, dass der V als Geschäftsführerin sicher die Treuepflicht zukommt, nicht gegen die wohlverstandenen Interessen des Unternehmens zu handeln.

V's Verhalten, nämlich die Herausgabe des Kleides gegen den verfälschten Geschenkgutschein, ist diesbezüglich in jedem Fall als pflichtwidrig zu klassifizieren (BSK-*Niggli*, Art.158 N 59ff. m.w.Hinw.; *Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 19 N 23). Der Inhaber der Boutique würde das Kleid niemals gegen einen offensichtlich verfälschten Geschenkgutschein herausgeben.

Als Folge der vorbeschriebenen pflichtwidrigen Handlung der V muss es zu einem Vermögensschaden kommen. Dies ist hier ebenfalls unproblematisch zu bejahen.

b. Subjektiver Tatbestand

V handelte vorsätzlich und mit – da sie die ihr sympathische B zu deren Vorteil gewähren liess (Kleid gegen Gutschein) – unrechtmässiger Drittbereichungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Fazit: V hat sich gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (Treuebruchstatbestand) strafbar gemacht.

IV. Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei) (-)

Selbst wenn man die Entgegennahme des Geschenkgutscheines als taugliche Ermittlungs- bzw. Einziehungsvereitelungshandlung ansehen wollte, so fehlt es doch in jedem Fall an einem Vorsatz der V – denn diese wusste ausweislich des Sachverhalts nichts davon, dass der Geschenkgutschein verbrecherisch (durch Diebstahl) erlangt war. Dass er von B verfälscht wurde, führt nicht dazu, dass er „aus einem Verbrechen herrührt“ im Sinne des Art. 305^{bis} StGB. V hat sich nicht gem. Art. 305^{bis} StGB strafbar gemacht.

4. Tatkomplex: Der Anruf bei der Polizei

Strafbarkeit der Verena

I. Art. 303 StGB (Falsche Anschuldigung) (-)

V könnte sich, indem sie bei der Polizei vorbringt, sie sei Opfer eines bewaffneten Überfalls geworden, wegen falscher Anschuldigung gemäss Art. 303 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist nicht gegeben, weil schon kein taugliches Angriffsobjekt gegeben ist. Denn die falsche Anschuldigung muss sich, im Fall einer natürlichen Person, gegen eine wenigstens aus den Umständen erkennbare/ermittelbare Person beziehen (BSK-*Delnon/Rüdy*, Art. 303 N 9). Dies ist hier nicht der Fall, weil sich der Tatvorwurf (der sich, würde er zutreffen, als Raub darstellen würde) der V gegen eine völlig anonym bleibende Person richtet.

II. Art. 304 StGB (Irreführung der Rechtspflege) (+)

V könnte sich, indem sie bei der Polizei falsche Angaben machte, wegen Irreführung der Rechtspflege gem. Art. 304 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Strafbar ist, wer bei einer Behörde wider besseren Wissens anzeigt, es sei eine strafbare Handlung begangen worden. Die Polizeibehörde, an die sich die V wendete, ist eine Behörde in diesem Sinne. Für die Anzeige reichen Äusserungen aller Art aus. Fraglich ist allerdings, ob hier eine nicht begangene Straftat zur Anzeige gebracht wird, denn tatsächlich hat ja die Unbekannte (B) Straftaten (versuchter Betrug, Urkundenfälschung, Gebrauchmachen von einer gefälschten Urkunde) begangen. Die strafbare Anzeige eines sog. Nicht-Delikts liegt aber nicht bereits dann vor, wenn das Geschehene lediglich übertrieben dargestellt wird, jedoch dann, wenn – wie hier – bewusst ein ganz anderes oder viel schlimmeres Delikt (hier: Raub) einer anderen Person behauptet wird (BSK-*Delnon/Rüdy*, Art. 304 N 10 f.; BGE 75 IV 179).

Dass sich die V mit ihrer Aussage dabei selbst begünstigt, entschuldigt sie – anders als bei Art. 305 StGB – nicht (*Trechsel/Affolter-Eijsten*, Art.304 N 6; BGE 86 IV 184f.).

b. Subjektiver Tatbestand

Die Anzeige, es sei eine strafbare Handlung begangen worden, muss wider besseres Wissen, also mit qualifiziertem Vorsatz, im Bewusstsein, dass dem nicht so ist, erfolgen (BSK-*Delnon/Rüdy*, Art. 304 N 17). Dies bedeutet, dass *dolus eventualis* als Vorsatzform nicht ausreichend ist. V handelte hier dagegen unzweifelhaft mit direktem Vorsatz – um die Tat von sich abzulenken, erfand sie ein Tatgeschehen. Sie wusste also genau von der Unwahrheit der vorgebrachten Bezeichnung.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Fazit: V hat sich wegen Irreführung der Rechtspflege strafbar gemacht.

III. Art. 305 StGB (Begünstigung) (eher -)

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob V eine Person der Strafverfolgung entzogen hat. Ihre Behauptung bei der Polizei hat zwei Konsequenzen: zum einen lenkt sie einen eventuellen Tatverdacht (der aufgrund des offenkundig falschen Geschenkgutscheines nicht fernliegend ist) von sich ab, die Selbstbegünstigung ist allerdings – wie bereits oben angemerkt – straflos (BGE 102 IV 29; BSK-Delnon/Rüdy, Art.305 N 11f. m.w.Hinw.). Daneben führt die Behauptung aber auch dazu, einen – allerdings noch gar nicht bestehenden – Verdacht von B abzulenken. Fraglich ist nun, ob dies als strafbare Begünstigungshandlung anzusehen ist. Mangels weiterer Hinweise in Rechtsprechung und strafrechtlicher Literatur könnte man wie folgt argumentieren: zum einen könnte man sagen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits ein Verhalten begünstigend sein kann, welches die Eröffnung eines Strafverfahrens verhindern soll (BGE 101 IV 316) – mithin wird durch die falschen Angaben zum Tathergang von der Täterin B abgelenkt (da die informierte Polizei dann anderen Hinweisen folgt, etwa nach einer Pistole sucht). Fraglich ist dann aber, ob die Entziehung, die zwar keinen endgültigen Erfolg, wohl aber erheblichen Einfluss auf die Strafverfolgung haben muss (*Trechsel/Affolter-Eijsten*, StGB PK Art.305 N 6; BGE 103 IV 99), auch wirklich erheblich ist. Dies erscheint zumindest zweifelhaft. Ausserdem bezieht sich der Vorsatz (für welchen *dolus eventualis*) ausreicht, an für sich auch nicht auf eine Vereitelung zugunsten der B, sondern vielmehr auf die straflose Selbstbegünstigung. Deren Privilegierung wäre dann über den „Umweg Drittbegünstigung“ ausgeschlossen. Kurz: wer sich selbst begünstigt und damit automatisch auch einen Dritten mitbegünstigt, macht sich nicht strafbar. Und weiter könnte man auch sagen, dass durch die Angaben der V nicht von der (der V unbekannt) B abgelenkt wird, sondern vielmehr gerade die Ermittlungen aufgenommen werden.

Aufgrund dessen ist eine Entziehung im Sinne des Art. 305 StGB eher abzulehnen (andere Ansicht mit guter Argumentation vertretbar).

Konkurrenzen und Endergebnis

S hat sich wegen versuchter Erpressung gem. Art. 156 StGB i.V.m. Art. 22 StGB strafbar gemacht. Die versuchte Nötigung tritt aber auf Konkurrenzebene hinter der versuchten Erpressung zurück; denn Bestimmungen, welche sich als qualifizierte Nötigungen erweisen (dazu gehört auch Art. 156 StGB) gelten als *lex specialis* zu Art. 181 StGB und gehen diesem folglich vor (BSK-Delnon/Rüdy, Art.181 N 62; *Stratenwerth/Jenny*, BT I, § 5 N 19) bzw. konsumieren diesen (BSK-Weissenberger, Art.156 N 49; BGer v. 23.10.1996, 6S.579/1996).

B hat sich wegen Diebstahls gem. Art. 139 StGB, wegen falscher Anschuldigung gem. Art. 303 StGB, wegen Urkundenfälschung gem. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 2. Alt und Abs. 3 StGB und wegen versuchten Betruges gem. Art. 146 i.V.m. Art. 22 StGB strafbar gemacht. Bzgl. der Urkundsdelikte gilt dabei, dass der Gebrauch des Falsifikats in der Regel als straflose Nachtat anzusehen ist (BGE 120 IV 132; BSK-Boog, Art.251 N 104 m.w.Hinw.; Trechsel/Erni, StGB PK, Art.251 N 11). Zwischen (versuchtem) Betrug und Urkundenfälschung besteht wegen der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter grundsätzlich echte Konkurrenz (Stratenwerth/Jenny, BT II, § 36 N 58; BSK-Boog, Art.251 N 105 m.w.Hinw.).

V hat sich wegen Veruntreuung gem. Art. 138 StGB, ungetreuer Geschäftsbesorgung in Bereicherungsabsicht gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und wegen Irreführung der Rechtspflege gem. Art. 304 StGB strafbar gemacht. Nach allgemeiner Meinung (h.L.: Stratenwerth/Jenny, BT I § 19 N 27; vgl. auch BSK-Niggli/Riedo, Art.138 Rn.155 m.w.N.; und Rspr.: BGE 111 IV 19, 22f.) geht die Veruntreuung aber der ungetreuen Geschäftsbesorgung vor.

Musterlösung strafprozessualer Teil

Der Sachverhalt des strafprozessualen Teils der Klausur ist BGE 129 I 151 entnommen.

In der StPO ist der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 3 Abs. 2 lit. c und 107 Abs. 1 lit. b geregelt. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene ist der Anspruch auf rechtliches Gehör in allgemeiner Form in Art. 29 Abs. 2 BV verankert. Für das Strafverfahren wird er in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV wiederholt und spezifiziert. Die präziseste Fassung befindet sich jedoch in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, wo der angeklagten Person ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen.

Im vorliegenden Fall ist das kindliche Opfer vorerst durch eine Beamtin der Kantonspolizei vor laufender Videokamera befragt worden. Dem Beschuldigten sind die vom Opfer geäußerten Vorwürfe erst später eröffnet worden. Im Appellationsverfahren vor Obergericht verlangte der Verteidiger, der Opferzeuge sei in geeigneter Form durch das Gericht zu befragen. In der Folge gab das Obergericht dem Verteidiger Gelegenheit, sich die Videoaufnahme der Kantonspolizei vom 10.6.2007 vorführen zu lassen und schriftlich Ergänzungsfragen zu stellen. Das Obergericht erachtete die Beantwortung dieser Ergänzungsfragen jedoch als nicht notwendig.

(Es nahm damit eine sogenannte antizipierte Beweiswürdigung vor, die durch die StPO (leider!) nicht ausgeschlossen ist (Art. 107 Abs. 1 lit. e, Art. 318 Abs. 2, Art. 331 Abs. 2 und 3 sowie Art. 345). Nach der bundesgerichtlichen Praxis dürfen Gerichte Beweisanträge ablehnen, wenn sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen können, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht mehr geändert werde. Diese Praxis ist abzulehnen, weil über den Wert eines beantragten Beweises abstrakt nur entschieden werden kann, wenn die Tatsache unerheblich, offenkundig, bereits bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen ist (vgl. Art. 139 Abs. 2 sowie Art. 318 Abs. 2 StPO). In allen anderen Konstellationen kommt es auf den konkreten Beweiswert des beantragten Beweismittels an, über den im vornherein nicht geurteilt werden kann. Deshalb erscheint insoweit eine Beweisabnahme unverzichtbar.)

Zu Beurteilung des vorliegenden Falles ist die im vorangegangenen Abschnitt vorgenommene Argumentation allerdings nicht zwingend erforderlich, weil der Anspruch des Angeklagten

auf Gewährung des rechtlichen Gehörs schon dadurch verletzt worden ist, dass das Obergericht es nicht für nötig befand, die eingereichten schriftlichen Ergänzungsfragen dem kindlichen Opferzeugen vorzulegen. Da es sich hierbei um das einzige bzw. sicherlich um das ausschlaggebende Beweismittel gehandelt hat, war das entsprechende Vorgehen prozessual unzulässig. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör in der Form der Möglichkeit, dem Belastungszeugen Fragen vorlegen zu können, formeller Natur ist, ist die eingereichte Beschwerde ohne weiteres gutzuheissen.

Das Bundesgericht hat die vom Angeklagten eingereichte staatsrechtliche Beschwerde (heute: Beschwerde in Strafsachen) denn auch gutgeheissen. Es hielt fest, dass der in Art. 29 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch, dem Belastungszeugen Fragen stellen zu können, dann absoluter Natur ist, wenn dem Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt (mit guten Gründen weitergehend Schleiminger, AJP 2003 860 ff.: Anwendung der bei Grundrechtseingriffen allgemein erforderlichen Voraussetzungen).

Gerade mit Rücksicht auf minderjährige Opferzeugen kann das Konfrontationsrecht insbesondere bei Sexualdelikten ggf. auch ohne direkte Konfrontation mit dem Angeklagten selbst oder gar ohne direkte Befragung durch den Verteidiger gewährleistet werden. Zu denken ist hier insbesondere auch an die Möglichkeit der Videoübertragung, wonach der Einvernahme durch eine entsprechend geschulte Fachperson Angeklagter und Verteidiger Anschlussfragen stellen können (in casu hat die Verteidigung die Bestimmung der Form sogar dem Gericht überlassen). Art. 154 StPO regelt die entsprechenden besonderen Schutzmassnahmen von kindlichen Opfern. Eine Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person darf insoweit u. a. nur dann angeordnet werden, wenn der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör auf andere Weise nicht gewährleistet werden kann (Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO; vgl. auch Art. 76 Abs. 4 StPO).