

Musterlösung Bachelor StPO FS21, Lst. Summers

| | |
|--|------------------------------------|
| <p>Insgesamt</p> | <p>30 Punkte (+1ZP)</p> |
| <p>Aufgabe 1</p> <p>Pirmin ist 28-jährig und arbeitet seit acht Jahren als Flight Attendant bei der Swiss. Er wird am 7. Juni um 19:00 Uhr aufgrund von Hinweisen aus geheimen Überwachungsmaßnahmen nach einer Verfolgungsjagd mit der Polizei festgenommen. Gleichzeitig mit Pirmin wird der vermutliche Mittäter Alois festgenommen. In den folgenden Befragungen schweigen Pirmin und Alois. Die Staatsanwaltschaft wirft Ihnen qualifizierten Raub i.S.v. Art. 140 Ziff. 2 StGB in einer Bank am Paradeplatz vor und beantragt am 10. Juni um 8:00 Uhr Untersuchungshaft bei der zuständigen Behörde. Diese entscheidet am 11. Juni um 10:00 Uhr.</p> | <p>14</p> |
| <p>1) Welche Behörde ist vorliegend für die Anordnung der Untersuchungshaft von Pirmin zuständig?</p> | <p>2</p> |
| <p>Nach Art. 18 Abs. 1 StPO ist das Zwangsmassnahmengericht zuständig für die Anordnung der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft und, soweit im Gesetz vorgesehen, für die Anordnung oder Genehmigung weiterer Zwangsmassnahmen.</p> <p>Die Zuständigkeiten sind im Kanton Zürich im Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) (vom 10. Mai 2010) geregelt. Nach § 29 lit. a GOG ist das Einzelgericht eines Bezirksgerichts im örtlichen Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft [...] Zwangsmassnahmengericht gemäss StPO in Haftverfahren.</p> <p><i>I.c. wurde der Raub in einer Bank am Paradeplatz begangen. Zuständig sind damit Staatsanwaltschaften im Raum Zürich Stadt, womit die Zuständigkeit des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürichs als Zwangsmassnahmengericht begründet wird.</i></p> | |
| <p>2) Wie wird diese vorliegend in Bezug auf Pirmin entscheiden? Begründen Sie den Entscheid.</p> | <p>6</p> |
| <p>Materielles</p> <p>Für die Anordnung von Untersuchungshaft müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO und Art. 221 StPO erfüllt sein. Untersuchungshaft ist nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und Haftgründe vorliegen (vgl. Art. 221 StPO).</p> <p>- Dringender Tatverdacht (Art. 221 Abs. 1, Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO): Dringender Tatverdacht liegt vor, wenn die Beweislage derart belastend ist, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Verurteilung ausgegangen werden kann.</p> <p><i>I.c. wird Pirmin eines qualifizierten Raubes in einer Bank verdächtig. Die Staatsanwaltschaft kann sich zur Begründung des Tatverdachts auf Hinweise aus den geheimen Überwachungsmaßnahmen berufen. Zudem ist auch die Tatsache, dass sich Pirmin mit der Polizei eine Verfolgungsjagd geliefert hat, in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. Es kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass Pirmin wegen Raubes verurteilt wird. Der dringende Tatverdacht ist zu bejahen.</i></p> <p>- Haftgründe ernsthaft zu befürchten (Art. 221 Abs. 1 und 2 StPO):</p> | |

Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO): Für die Annahme von Fluchtgefahr braucht es eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich die beschuldigte Person, wenn sie in Freiheit wäre, der Strafverfolgung und dem Vollzug der Strafe durch Flucht entziehen würde. Die Schwere der drohenden Sanktionen darf als ein Indiz für Fluchtgefahr gewertet werden. Sie genügt jedoch für sich allein nicht, um den Haftgrund zu bejahen. Vielmehr müssen die konkreten Umstände des betreffenden Falles, insb. die gesamten Lebensverhältnisse des Angeschuldigten, in Betracht gezogen werden. (BSK StPO-Forster, Art. 221 StPO N 5).

Pirmin hat bis zu seiner Festnahme acht Jahre lang als Flight Attendant bei der Swiss gearbeitet. Er ist es sich somit gewohnt, sich in Flughäfen und im Ausland zu bewegen. Die Verfolgungsjagd mit der Polizei zeugt auch von seinem Willen, sich der Strafverfolgung entziehen zu wollen. Hinzu kommt die drohende Freiheitsstrafe von mindestens einem und maximal zehn Jahren (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB) im Falle einer Verurteilung. Nach einer Gesamtwürdigung hat Pirmin damit ein starkes Incentive zur Flucht ins Ausland.

Kollusionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO): Kollusionsgefahr liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr besteht, dass die beschuldigte Person in Freiheit Beweismittel bzw. Spuren manipuliert oder beseitigt und dadurch die Wahrheitsfindung beeinträchtigt. Es müssen konkrete Indizien für die Annahme von Kollusionsgefahr sprechen. (BSK StPO-Forster, Art. 221 StPO N 6)

Pirmin's vermuteter Komplize Alois wurde ebenfalls festgenommen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass auch für ihn Untersuchungshaft beantragt wurde. Solange die beiden noch nicht einvernommen wurden, besteht die Gefahr, dass sie sich untereinander absprechen könnten. Untersuchungshaft liesse sich zumindest kurzzeitig auch zur Verhinderung der Absprache zwischen den vermuteten Mittätern anordnen. Auch hier liegt es jedoch an den Strafbehörden, die nötigen Einvernahmen rasch durchzuführen (vgl. Art. 5 StPO, Beschleunigungsgebot), wodurch dieser Haftgrund entfallen würde.

Die Tatsache, dass für Alois ebenfalls Untersuchungshaft beantragt wurde und Pirmin daher nur schwer mit ihm in Kontakt treten könnte, spielt gemäss der Rechtsprechung keine Rolle: «[...] [D]ie Argumentation [...], wonach die Kollusionsmöglichkeit mit dem mutmasslichen Mittäter wegfallt, weil dieser nach Einreichung des Haftantrages in Untersuchungshaft gesetzt worden sei, [ist] nicht stichhaltig [...]. Grundsätzlich ist es zulässig, sämtliche Mittäter bis zur Beseitigung der Kollusionsgefahr zwischen ihnen in Untersuchungshaft zu versetzen. Ansonsten würde sich die wohl nicht gerechtfertigte Frage stellen, welcher Mittäter zu inhaftieren bzw. in Freiheit zu belassen wäre. In diesem Sinne kann gegenüber sämtlichen kollusionsbereiten Mittätern die Untersuchungshaft angeordnet werden.» (Kantonsgesetz St. Gallen, Anklagekammer, 16. Januar 2007, AK.2006.329)

- Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO): Es ist zu prüfen, ob statt Untersuchungshaft auch eine Ersatzmassnahme nach Art. 237 StPO in Frage käme, welche einen milderen Eingriff in die Grundrechte der beschuldigten Person darstellt. Es können auch mehrere Ersatzmassnahmen kombiniert werden.

Der Fluchtgefahr könnte durch Ersatzmassnahmen begegnet werden: I.c. wäre es denkbar, Pirmin mit einer Ausweis- und Schriftensperre zu belegen, was ihm die Ausreise erschweren würde. Auflagen, sich nur an bestimmten Orten aufzuhalten bzw. sich von bestimmten Orten wie Flughäfen fernzuhalten, sind ebenfalls denkbar. Hierzu könnten auch technische Geräte zur Überwachung eingesetzt werden (electronic monitoring). Allerdings würde dies bedeuten, dass Pirmin seiner Arbeit als Flight Attendant nicht mehr nachgehen kann. Dies könnte er aber

zwangsläufig auch nicht während einer Untersuchungshaft, weshalb seine Arbeitsstelle nicht gegen die Anordnung von Ersatzmassnahmen spricht. Soweit die Kollusionsgefahr betroffen ist, erscheinen Ersatzmassnahmen nicht zielführend. Allerdings haben die Strafbehörden rasch die nötigen Verfahrenshandlungen vorzunehmen, womit dieser Haftgrund entfallen würde (-).

Zwischenfazit: Die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungshaft wären erfüllt. Der Fluchtgefahr kann mittels Ersatzmassnahmen begegnet werden. Ersatzmassnahmen gegen die Kollusionsgefahr bieten sich keine an. Sobald der Haftgrund der Kollusionsgefahr wegfällt, wäre die Untersuchungshaft jedoch durch geeignete Ersatzmassnahmen zu ersetzen.

Formelles

Vorliegend könnten die Fristen, die bei der Festnahme einer Person zu beachten sind, überschritten worden sein. In diesem Fall ist zu klären, welche Rechtsfolgen die Nichteinhaltung der Fristen mit sich bringt.

Die Polizei hat die beschuldigte Person unverzüglich, spätestens aber 24 Stunden nach der Festnahme der Staatsanwaltschaft zuzuführen (Art. 219 Abs. 3, Abs. 4 StPO). Bestätigen sich der Tatverdacht und die Haftgründe, so beantragt die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht unverzüglich, spätestens aber innert 48 Stunden seit der Festnahme, die Anordnung der Untersuchungshaft oder einer Ersatzmassnahme (Art. 224 Abs. 2 Satz 1 StPO). Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet unverzüglich, spätestens aber innert 48 Stunden nach Eingang des Antrags (Art. 226 Abs. 1 StPO). Maximal dürfen damit zwischen Festnahme durch die Polizei und Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts 96 Stunden liegen.

Bei der 48 Stunden-Frist handelt es sich um eine rein interne Frist, deren Verletzung nicht zur Haftentlassung führt. Massgebend ist gemäss Bundesgericht die Gesamtfrist von 96 Stunden (BGE 137 IV 92, 97 E. 3.2.1; 137 IV 118, 120 E. 2.1).

*I.c. wurde Pirmin am 7. Juni um 19.00 Uhr durch die Polizei festgenommen. Die Staatsanwaltschaft hat den Antrag auf Anordnung der Untersuchungshaft am 10. Juni um 8.00 Uhr gestellt, d.h. 61 Stunden nach der Festnahme. Die 48 Stunden-Frist ist damit überschritten. Das Zwangsmassnahmengericht hat indessen am 11. Juni um 10.00 Uhr entschieden, d.h. 26 Stunden nach Eingang des Antrags und insgesamt 87 Stunden nach der Pirmins Festnahme. **Die Maximalfrist von 96 Stunden ist damit gewahrt.***

Die Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die Staatsanwaltschaft ist dennoch im Dispositiv festzuhalten und bei der Kostenregelung beachtlich.

Der Entwurf des Bundesrates für eine Revision der Strafprozessordnung sieht ein ausdrückliches Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts vor.

6

3) Wie beurteilen Sie den Vorschlag des Bundesrates? Argumentieren Sie!

Ausgangslage:

Gemäss Wortlaut von Art 222 StPO kann nur die verhaftete Person Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts im Zusammenhang mit der U-Haft anfechten. In BGE 137 IV 22 hat das Bundesgericht bereits kurz nach Inkrafttreten der StPO in einem Grundsatzentscheid entschieden, dass auch die Staatsanwaltschaft Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über die Untersuchungshaft mit Beschwerde anfechten können müsse.

Argumente für den Vorschlag des Bundesrats (Bsp.) Grundsatz der Einheit des Verfahrens (Art. 111 BGG): Da die Staatsanwaltschaft eine Beschwerdeberechtigung ans Bundesgericht hat (Art. 81 Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 3 BGG), muss sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren zur Beschwerde legitimiert sein (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 BGG) (BGE 137 IV 22 E. 1).

Der Vorschlag des Bundesrats überführt die bundesgerichtliche Rechtsprechung in die StPO. Dadurch würde die Rechtssicherheit gestärkt und die Rechtslage endgültig geklärt, da Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV für die Gerichte massgebend sind.

Wie das Bundesgericht ausführt, führt die momentane gesetzliche Regelung auch zu Widersprüchen, da die verhaftete Person den Haftentscheid bei der Beschwerdeinstanz anfechten müsste, die Staatsanwaltschaft aber direkt ans Bundesgericht gelangen könnte. Falls beide Parteien Beschwerde ergreifen, könnte dies zu widersprüchlichen Entscheiden führen (BGE 137 IV 22 E. 1.3).

«Waffengleichheit» (vgl. Votum Nidegger, AB 2021 N 609)

«Je nach Konstellation wird die Strafuntersuchung ansonsten verunmöglicht. [...] Der Staatsanwalt stellt dem Zwangsmassnahmengericht nach Ablauf der bewilligten Haftdauer deshalb ein Gesuch um Verlängerung der Untersuchungshaft um weitere drei Monate, da er gestützt auf seine Verfahrensplanung weiss, dass diese wichtigen Beweismassnahmen und die Einbindung in die Untersuchung objektiv nicht vorher realisierbar sind. Wider Erwarten beschränkt nun das Zwangsmassnahmengericht die Dauer der Untersuchungshaft auf nur einen Monat. Bis dahin müsse der dringende Tatverdacht gefestigt sein. Könnte der Staatsanwalt jetzt nicht Beschwerde gegen diesen Fehlentscheid einlegen, wäre die Folge die, dass der Beschuldigte unverzüglich in Freiheit zu entlassen wäre, er sich sofort durch Flucht dem Strafverfahren entziehen könnte und der Raubmord ungesühnt bliebe. Dieser Fall zeigt auf - es ist übrigens einer aus der Realität -, dass eine zu Unrecht erfolgte Nichtanordnung von Haft je nach Konstellation eine Fortsetzung der Strafuntersuchung illusorisch macht.» (Votum Markwalder, AB 2021 N 610)

Argumente gegen den Vorschlag des Bundesrats (Bsp.):

Die Beschwerdeberechtigung der Staatsanwaltschaft führt im Ergebnis zu einer Verlängerung des Haftverfahrens für die beschuldigte Person. Die Frist von 96 Stunden, innert der ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vorliegen muss, wird dadurch ihres Sinnes entleert, denn die betroffene Person müsste im Falle einer Beschwerde trotz eines die Haft ablehnenden Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts und dem gesetzlichen Anspruch auf Freilassung (Art. 226 Abs. 5 StPO) weiterhin in Haft bleiben (vgl. BGE 138 IV 148 E. 3.2). Eine klare Ablehnung der Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen der StPO-Revision durch die Räte hätte Signalwirkung.

Aufgrund des klaren Willen des Gesetzgebers, der Staatsanwaltschaft keine Beschwerdebefugnis gegen Haftentscheide einzuräumen, ist das Bundesgericht gehalten, seine Rechtsprechung zu überdenken.

«Das Zwangsmassnahmengericht wurde im Sinne eines Gegengewichts zur Staatsanwaltschaft geschaffen, die im Vorverfahren eine sehr starke Rolle hat. Ein Beschwerderecht, wie es hier eingeführt werden soll, wäre klar systemwidrig.» (Votum Arslan, AB 2021 N 608)

| | |
|---|------------------|
| <p>Prozessökonomie, da die Staatsanwaltschaft jeden ablehnenden Haftentscheid anfechten würde (Votum Bregy, AB 2021 N 609)</p> | |
| <p>Aufgabe 2</p> <p>Der 21-jährige Giulio wird bei einem Diebstahl einer teuren Brillanthalskette in einem noblen Schmuckgeschäft in der Bahnhofstrasse auf frischer Tat ertappt. Bei seiner Festnahme wird er für ihn verständlich über seine Rechte aufgeklärt. Giulio ist aus Lugano und spricht hauptsächlich italienisch, versteht aber auch deutsch. Momentan hat Giulio eine Lehrstelle als Maler und ist im dritten Lehrjahr. Er hat einen Monatslohn von CHF 800.-. Vermögen hat er keines.</p> | <p>14</p> |
| <p>1) Prüfen Sie, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt.</p> | <p>4</p> |
| <p>Die Fälle notwendiger Verteidigung sind in Art. 130 StPO abschliessend aufgezählt. Zu Art. 130 lit. b StPO: Es ist auf die konkret zu erwartender Strafe abzustellen; diese ist nach objektiver und ausgewogener Beurteilung zu bestimmen, wobei eine relativ entfernte Möglichkeit bereits genügt.</p> <p><i>Giulio wird des Diebstahls verdächtigt. Für eine Qualifikation sind dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte zu entnehmen. Abstrakt droht daher eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe (Art. 139 Ziff. 1 StGB). Es ist keine Mindeststrafe vorgesehen.</i></p> <p><i>Hinweise im Sachverhalt, die für die Bestimmung der konkret zu erwartender Strafe herangezogen werden können: Diebstahl fand in Schmuckgeschäft in der Bahnhofstrasse statt (stark bewacht und viele Kameras; extra aus dem Tessin angereist: hohe kriminelle Energie?); Giulio stahl eine teure Brillanthalskette (Wert der Beute); relativ junges Alter von Giulio?</i></p> <p><i>Bei guter Argumentation sind beide Lösungsvarianten akzeptabel.</i></p> <p>Zu Art. 130 lit. c StPO: Hierunter fallen dauerhafte oder vorübergehende körperliche Gebrechen, welche zu einer Verhandlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 114 Abs. 1 StPO führen, jegliche Formen von geistiger Behinderung oder andere Gründe, welche die Wahrung der Verfahrensinteressen beeinträchtigen können. Unter letztere Fallgruppe kann auch die Fremdsprachigkeit fallen, sofern eine Übersetzung zur effektiven Wahrnehmung der Interessen der beschuldigten Person nicht ausreicht (vgl. BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 130 StPO N 32 m.w.H.).</p> <p><i>Giulio weist keine Anzeichen für körperliche Gebrechen auf. Ebenfalls diskutabel sind sein relativ junges Alter und seine Sprachfähigkeiten. Beides kann hier verneint werden. Für die Fallgruppe von Art. 130 lit. c StPO wird eine Unfähigkeit, die eigenen Verfahrensinteressen zu wahren, gefordert. Dies ist nicht der Fall, wenn die körperlichen und geistigen Fähigkeiten bestehen, der Verhandlung zu folgen, anwesend zu sein und die Teilnahmerechte auszuüben. Giulios Alter steht dem nicht entgegen. Was seine Sprachfähigkeiten angeht, so spricht Giulio eine Landessprache und versteht auch deutsch. Allenfalls ist ein*e Übersetzer*in beizuziehen (vgl. Art. 68 StPO).</i></p> <p>Fazit: Es liegt (k)ein Fall von notwendiger Verteidigung (gestützt auf Art. 130 lit. b resp. Art. 130 lit. d StPO) vor.</p> | |
| <p>2) Unabhängig von Ihrer Antwort auf Frage 1: Prüfen Sie, ob die Voraussetzungen für eine amtliche Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO erfüllt sind.</p> | <p>5</p> |

Die Verfahrensleitung ordnet eine amtliche Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist.

Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre (Art. 132 Abs. 2 StPO). Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen zu erwarten ist (Art. 132 Abs. 3 StPO).

Fehlende Mittel: Giulio hat einen Monatslohn von 800.- Fr.- im 3. Lehrjahr. Früher war der Lohn demnach noch tiefer. Er hat auch kein Vermögen. Es wird nicht erwartet, dass eine Person das verfügbare Geld unter ihrem Existenzminimum für ihre Verteidigung aufwendet. Die Mittel, um eine Verteidigung selbst zu bezahlen, fehlen Giulio offensichtlich.

Verteidigung zur Interessenwahrung geboten:

Erstens soll es sich nicht um einen Bagatellfall handeln. Die Definition des Bagatellfalls in Art. 132 Abs. 3 StPO ist jedoch nicht absolut. Ein Bagatellfall kann auch bei tieferen Strafen verneint werden (vgl. BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 132 StPO N 42).

I.c. wird Giulio des Diebstahls einer wertvollen Brillanthalskette verdächtigt. Eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten ist möglich und wahrscheinlich.

Zweitens müssen sich Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht stellen. Die beschuldigte Person muss Schwierigkeiten haben, sich im Strafverfahren zurecht zu finden. Dies kann auch aufgrund persönlicher Eigenschaften der Fall sein, bspw. aufgrund von Herkunft, Bildung oder Sprache, wobei in letzterem Fall zu beurteilen ist, ob der Beizug eines/einer Übersetzers/Übersetzerin nach Art. 68 StPO das Problem entschärft oder nicht.

Einerseits ist Giulio zwar bereits 21. Allerdings befindet er sich noch in der Ausbildung. Es ist auch beachtlich, dass die Selbstverteidigung mehr Ressourcen seitens der beschuldigten Person in Anspruch nimmt. Möglicherweise würde Giulio durch die Selbstverteidigung seine Ausbildung gefährden.

Andererseits spricht Giulio hauptsächlich italienisch. Er versteht zwar deutsch, könnte aber dadurch ebenfalls in seiner Verteidigung beeinträchtigt sein. Der Sprachhürde kann zwar durch den Beizug eines Übersetzers oder einer Übersetzerin begegnet werden. Dadurch ist aber noch nicht garantiert, dass Giulio seine Interessen effektiv wahren kann. Beachtlich ist auch, dass die beschuldigte Person zwar Anspruch auf Übersetzung der wichtigsten Verfahrenshandlungen hat, aber keinen Anspruch auf vollständige Übersetzung aller Verfahrenshandlungen und der Akten (vgl. Art. 68 Abs. 2 StPO). Dies kann für eine effektive Interessenwahrung aber entscheidend sein. Dasselbe ist zwar auch der Fall, wenn die beschuldigte Person verteidigt ist. Allerdings nimmt dann die Verteidigung die Verfahrensrechte der beschuldigten Person effektiv wahr, womit die Interessenwahrung gewährleistet ist bzw. werden soll. Zudem können sich komplexe Rechtsfragen hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Diebstahls ergeben: War der Diebstahl bereits vollendet? War er beendet? Blieb es bei einem Versuch? (auf frischer Tat ertappt)

Gesamthaft betrachtet ist eine Verteidigung zur Wahrung seiner Interessen daher geboten.

| | |
|---|-----------------|
| <p>Fazit: Giulio fehlen die nötigen Mittel für eine Verteidigung; die Bestellung einer Verteidigung ist zur Wahrung seiner Interessen aber geboten, weshalb die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung zu bestellen hat.</p> | |
| <p>Nehmen Sie an, die Staatsanwaltschaft habe eine amtliche Verteidigung angeordnet und bestellt. Giulio ist mit seiner Verteidigung aber nicht zufrieden. Diese weigere sich, seine Strategie auszuführen. Zudem glaubt er, seine Verteidigung halte ihn für schuldig und würde sich daher nicht genügend für ihn einsetzen. Schliesslich habe ihm seine Verteidigung auch geraten, ein Geständnis im Hinblick auf ein abgekürztes Verfahren abzulegen, sofern er die Tat tatsächlich begangen habe. Giulio stellt einen Antrag auf Wechsel der Verteidigung an die Staatsanwaltschaft.</p> <p>3) Wie wird die Oberstaatsanwaltschaft, Büro für amtliche Mandate über Giulios Antrag entscheiden? Begründen Sie den Entscheid.</p> | <p>5</p> |
| <p>Ein Wechsel der amtlichen Verteidigung ist nur unter strengen Voraussetzungen durch die Verfahrensleitung möglich. Für einen Wechsel wird vorausgesetzt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen der beschuldigten Person und ihrer amtlichen Verteidigung erheblich gestört ist oder eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet ist (Art. 134 Abs. 2 StPO).</p> <p>Weigerung der Verteidigung, Giulios Strategie umzusetzen: <i>Vgl. BGer 1B_238/2013 E. 5.1: «Der blosser Wunsch der beschuldigten Person, nicht mehr durch den ihm beigegebenen Verteidiger vertreten zu werden, reicht für einen Wechsel nicht aus. Zudem ist der amtliche Verteidiger nicht bloss das unkritische Sprachrohr seines Mandanten. Für einen Verteidigerwechsel genügt deshalb nicht, wenn die Verteidigung eine problematische, aber von der beschuldigten Person gewünschte Verteidigungsstrategie nicht übernimmt oder wenn sie nicht bedingungslos glaubt, was die beschuldigte Person zum Delikt sagt, und das nicht ungefiltert gegenüber den Behörden vertritt. Gleiches gilt betreffend die Weigerung, aussichtslose Prozesshandlungen vorzunehmen. Im Zweifelsfall liegt es nämlich im pflichtgemässen Ermessen des Verteidigers, zu entscheiden, welche Beweisanträge und juristischen Argumentationen er als sachgerecht und geboten erachtet.»</i></p> <p>Giulio «glaubt», dass ihn seine Verteidigung für schuldig halte: <i>Aufgrund der Anhaltspunkte im Sachverhalt handelt es sich hierbei um eine bloss subjektive Vermutung, die für sich allein noch nicht ausreicht, einen Wechsel der Verteidigung zu begründen. Vgl. hierzu BGer 1B_127/2015 E. 2.3: «Danach hätte das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und Rechtsanwalt [...] <u>nur dann als erheblich gestört betrachtet werden können, wenn Letzterer den Strafbehörden gegenüber angedeutet hätte, er halte den Beschwerdeführer für schuldig.</u> Dies trifft nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht zu. Falls Rechtsanwalt [...] dem Beschwerdeführer gesagt haben sollte, er erachte ein Geständnis als vorteilhaft, führte das nicht zur Annahme der erheblichen Störung des Vertrauensverhältnisses.»</i></p> <p>Der Rat der Verteidigung, ein Geständnis abzulegen, sofern er die Tat begangen habe: <i>Vgl. BGer 1B_10/2018 E. 2.2: «Im vorinstanzlichen Verfahren machte der Beschwerdeführer einzig geltend, das Vertrauensverhältnis sei aufgrund einiger Äusserungen seines Verteidigers gestört. Was diese Äusserungen konkret beinhalteten, legte er nicht dar. Der amtliche Verteidiger vermutete, dass er vom Beschwerdeführer abgelehnt werde, weil er ihm geraten habe, ein Geständnis abzulegen, sofern er die ihm vorgeworfenen Taten tatsächlich begangen habe. Zu Recht hält die Vorinstanz fest, dass dieser Umstand nicht gegen eine wirksame</i></p> | |

Verteidigung spricht. Ein Geständnis kann je nach den Umständen im Interesse des Beschuldigten liegen.»

Vgl. auch BGer 1B_127/2015 E. 2.1: «Der Beschwerdeführer macht geltend, der angefochtene Entscheid verletze Art. 134 Abs. 2 StPO. Er habe stets auf seiner Unschuld beharrt. Als er sich noch in Untersuchungshaft befunden habe, habe ihm der Staatsanwalt angeboten, ihn gegen ein Geständnis aus der Haft zu entlassen. Rechtsanwalt [...] habe ihm – dem Beschwerdeführer – empfohlen, das Angebot anzunehmen. Damit sei das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen erheblich gestört worden.» und E. 2.3: «Danach hätte das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und Rechtsanwalt [...] nur dann als erheblich gestört betrachtet werden können, wenn Letzterer den Strafbehörden gegenüber angedeutet hätte, er halte den Beschwerdeführer für schuldig. Dies trifft nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht zu. Falls Rechtsanwalt [...] dem Beschwerdeführer gesagt haben sollte, er erachte ein Geständnis als vorteilhaft, führte das nicht zur Annahme der erheblichen Störung des Vertrauensverhältnisses.»

Fazit: Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeht, dass die Hürden für einen Wechsel der amtlichen Verteidigung hoch sind. Bloss subjektive Unzufriedenheit reicht nicht. Objektive Anhaltspunkte, die auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis schliessen lassen, welches sich negativ auf die Ausübung von Giulios Verteidigungsrechten auswirkt, oder andere objektive Gründe, die gegen eine wirksame Verteidigung sprechen, liegen nicht vor. Der Antrag auf Wechsel der amtlichen Verteidigung ist daher abzuweisen.

Punkte für Aufbau: 2 (sehr gut) / 1 (gut)

Musterlösung

WPP Strafrecht

Prüfungsteil: Strafrecht BT II

Prof. Dr. Meyer, LL.M.

Die vorliegende Musterlösung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. **Umgekehrt ist es für die Erzielung der vollständigen Punktzahl nicht erforderlich, dass die Probleme des Falles in der hier aus didaktischen und korrekturtechnischen Gründen gewählten Tiefe erörtert werden!** Bei der Vergabe der Punkte ist zu beachten, dass Transferpunkte vergeben werden, wenn materiell relevante Aspekte an anderen Stellen geprüft werden, als in der Skizze vorgesehen ist. Es kann eine andere Prüfungsreihenfolge gewählt werden, soweit dies im Einzelfall sachlich und strukturell vertretbar ist.

Übersicht

| | |
|--|-----------|
| A. Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 Var. 4 StGB)..... | 2 |
| I. Tatbestand | 2 |
| 1. Objektiver Tatbestand | 2 |
| 2. Zwischenergebnis..... | 3 |
| II. Ergebnis..... | 3 |
| B. Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB)..... | 4 |
| I. Tatbestand | 4 |
| 1. Objektiver Tatbestand | 4 |
| 2. Subjektiver Tatbestand | 9 |
| II. Rechtswidrigkeit..... | 9 |
| III. Schuld..... | 9 |
| IV. Ergebnis..... | 9 |
| C. Urkundenunterdrückung (Art. 254 Abs. 1 Var. 2 StGB) | 9 |
| I. Tatbestand | 10 |
| 1. Objektiver Tatbestand | 10 |
| 2. Subjektiver Tatbestand | 11 |
| II. Rechtswidrigkeit..... | 11 |
| III. Schuld..... | 11 |
| IV. Ergebnis..... | 11 |
| Konkurrenzen..... | 11 |

Strafbarkeit der L

A. Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 Var. 4 StGB)

L könnte sich der Urkundenfälschung nach Art. 251 Ziff. 1, Abs. 2 Var. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den «Anwaltsvertrag» anfertigte und der Z vorlegte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Urkunde

Dabei müsste es sich bei dem Vertrag um eine Urkunde i.S.v. Art. 251 Abs. 1 StGB gehandelt haben.

Nach der Legaldefinition aus Art. 110 Abs. 4 StGB sind Urkunden «Schriften oder Zeichen, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.» Diese Legaldefinition muss allerdings noch um einige, von der Rechtsprechung entwickelte, ungeschriebene Merkmale ergänzt werden. Zusammenfassend ist eine Urkunde jede menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die den/die Aussteller/in erkennen lässt (Ausstellerfunktion) und zum Beweis von rechtserheblichen Tatsachen geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) (vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 141 ff.). Der Vertrag ist eine von L verfasste Gedankenerklärung, aus der sie als Ausstellerin hervorgeht. Inhaltlich soll sie die vertraglichen Verpflichtungen zwischen L und Z beweisen.

Der Vertrag ist daher eine Urkunde i.S.v. Art. 251 Abs. 1, 110 Abs. 4 StGB.

Hinweis: In der Prüfung könnte hier auch der Urteilsstil verwendet werden. Ausführlichere Darlegungen sind nicht angezeigt.

b) Tathandlung: Falschbeurkundung als qualifizierte schriftliche Lüge

Bei dem Vertrag handelt es sich vorliegend um eine echte Urkunde, da die tatsächliche mit der erkennbaren Ausstellerin identisch ist (Geistigkeitstheorie). Als Tathandlung kommt vorliegend einzig eine Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 Ziff. 1, Abs. 2 Var. 4 StGB in Betracht. Diese ist dann anzunehmen, wenn L mit dem «Anwaltsvertrag» eine qualifizierte schriftliche Lüge hergestellt hat.

Zunächst muss der/die Täter/in eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet haben. Dafür müsste L eine echte, aber unwahre Urkunde errichtet haben (ständige Rechtsprechung, etwa BGE 142 IV 119, 121 E. 2.1). Eine Urkunde ist dann unwahr, wenn der in der Urkunde dargelegte Sachverhalt überhaupt nicht vorliegt oder sich in einer qualitativ anderen Weise ereignet hat. Vorliegend hat L eine Urkunde hergestellt, aus der sie fälschlicherweise als Rechtsanwältin hervorgeht. Der in der Urkunde dargelegte Sachverhalt (Eigenschaft der L als Rechtsanwältin) weicht damit qualitativ wesentlich von der Wahrheit ab. L hat eine unwahre Urkunde errichtet.

Die Falschbeurkundung ist weiter abzugrenzen von der einfachen schriftlichen Lüge, die nicht tatbestandsmässig ist. Hierfür müsste der Vertrag als qualifizierte schriftliche Lüge einzustufen sein.

Das setzt voraus, dass ihm gegenüber einer einfachen schriftlichen Lüge ein höheres Mass an Glaubwürdigkeit, Vertrauen und Überzeugungskraft zukommt. Die konkreten Anforderungen für ein erhöhtes Mass an Glaubwürdigkeit können pauschal nicht festgelegt werden, sondern ergeben sich vielmehr aus den Umständen des Einzelfalls (BSK II-BOOG, Art. 251 StGB, N. 69). Nach BGR Rechtsprechung ist von einer erhöhten Glaubwürdigkeit auszugehen, wenn allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten, wie sie unter anderem in der Prüfungspflicht einer Urkundsperson oder in gesetzlichen Vorschriften liegen. Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftlicher Äusserungen genügen dagegen nicht (BGE 125 IV 17, 23). Entscheidend sind letztlich die konkreten Umstände des Einzelfalls (BGE 129 IV 130, 134; 126 IV 65, 68; 125 IV 17, 23). Alles in allem ist das Merkmal der erhöhten Glaubwürdigkeit nach neuerer Rechtsprechung restriktiv auszulegen (BGE 117 IV 35, 39; 117 IV 165, 167).

Z ist anfangs von dem Auftreten der L überrumpelt, aber letztlich von dem «professionell aussehenden Vertrag überzeugt», was zunächst für ein gesteigertes Mass an Glaubwürdigkeit spricht. Der Zweck des Dokuments liegt allein darin, L möglichst professionell und kompetent auftreten zu lassen. Der Umfang und Detailgrad des Vertrages tragen massgeblich zu diesem Auftreten bei.

Allerdings erschöpft sich der im Vertrag beurkundete unwahre Gehalt allein in einer falschen Darlegung der beruflichen Qualifikation der L als Rechtsanwältin. Die versprochenen Leistungen stehen und fallen mit ihrer anwaltlichen Zulassung. Bis auf das von L selbst angefertigte und vorgelegte Dokument bestehen keinerlei weitere Anhaltspunkte, aus denen sich ein erhöhtes Vertrauen über ihre berufliche Eignung zur rechtsanwaltlichen Vertretung ergeben könnten. Zwar enthält das Schreiben einen mehrseitigen detaillierten Pflichtenkatalog sowie Einzelheiten zu Zahlungsmodalitäten und zur Prozessvertretung. Dieser hohe Grad an inhaltlicher, wie formaler Ausarbeitung vermag allerdings für sich genommen nicht im Sinne einer objektiven Garantie die eigentlich durch den Vertrag beurkundete Unwahrheit über die berufliche Qualifikation zu untermauern. Es braucht vielmehr weitere, qualitative Elemente, welche die Erklärung von einer bloss schriftlichen Lüge abgrenzen. Allgemein gültige objektive Garantien finden sich nicht. L nimmt auch keine garantenähnliche Stellung für ihre eigene vermeintliche Qualifikation und Leistungsfähigkeit ein und genießt auch kein besonderes Vertrauen bei Z.

Insoweit hat L mit dem «Anwaltsvertrag» keine qualifizierte schriftliche Lüge angefertigt. Eine Falschbeurkundung scheidet demnach aus.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

L hat sich nicht gem. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 Var. 4, Abs. 3 StGB der Falschbeurkundung strafbar gemacht.

B. Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB)

L könnte sich des Betrugs gemäss Art 146 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie gegenüber Z als Rechtsanwältin vorstellte und sie damit zu einer Überweisung i.H.v. 5'000 CHF veranlasste.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorspiegelung von Tatsachen

aa) Tatsachen

L müsste sich zu Tatsachen, also zu objektiv feststehenden, vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnissen oder Zuständen (BGE 143 IV 302, 304), geäußert haben. L gibt vorliegend vor, «Fachanwältin für Insolvenz- und Vollstreckungsrecht» zu sein. Der Inhalt dieser Äusserung liegt in der beruflichen Befähigung der L, welche als Zustand der Gegenwart objektiv feststellbar und mithin als Tatsache zu qualifizieren ist

L äussert sich demnach zu Tatsachen.

bb) Täuschung über Tatsachen

L müsste darüber hinaus über Tatsachen getäuscht haben.

Eine Täuschung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei jemand anderem eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Dazu müsste die Tatsache ausdrücklich oder zumindest implizit erklärt werden, die im Zentrum der Betrugshandlung steht. Vorliegend stellt sich L ausdrücklich bei Z als Rechtsanwältin vor, obwohl sie in Wirklichkeit Musikerin ist. L täuscht insofern Z aktiv über ihren Berufsstand und damit über ihre Eignung zur Erbringung der versprochenen Leistung.

b) Arglist

L müsste die Täuschung in arglistiger Weise vorgenommen haben. Arglist liegt dann vor, wenn der/die Täter/in ein ganzes Lügengebäude errichtet, besondere Machenschaften oder Kniffe eingesetzt, oder sich qualifizierter Lügen bedient hat.

aa) Lügengebäude

L könnte durch die Vorstellung als Anwältin und das Vorlegen des Anwaltsvertrags ein Lügengebäude errichtet haben.

Ein Lügengebäude liegt dann vor, wenn mehrere Lügen derart raffiniert abgestimmt sind und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich selbst ein kritisches Opfer täuschen lässt (BGE 135 IV 76, 81). Umgekehrt muss das Vorliegen eines Lügengebäudes verneint werden, wenn sowohl das vom/von der Täter/in gezeichnete Bild insgesamt als auch die falschen Angaben für sich alleine in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (vgl. BGE 119 IV 28, 36).

Vorliegend ist L bei Z als Rechtsanwältin vorstellig geworden und einen Anwaltsvertrag vorgelegt, der ihre Professionalität weiter untermauern soll. Allerdings hat sie sonst keinerlei Vorkehrungen getroffen, um ihr Erscheinungsbild weiter zu festigen. Insbesondere besteht für Z die Möglichkeit die Identität der L, etwa durch eine kurze Internetrecherche, zu überprüfen.

Ob ein Lügengebäude im Ergebnis vorliegt, könnte aber im Ergebnis offenbleiben, sofern ein anderes Merkmal der Arglist einschlägig ist.

Hinweis: Hier sprechen die besseren Gründe dafür, ein Lügengebäude im Ergebnis abzulehnen. Eine andere Ansicht wäre nur mit sehr guter Begründung vertretbar.

bb) Besondere Machenschaften

L könnte besondere Machenschaften oder Kniffe eingesetzt haben.

Besondere Machenschaften liegen dann vor, wenn der/die Täter/in Erfindungen und Vorkehrungen bzw. Begebenheiten ausnützt, die allein oder auf Lügen und Kniffe gestützt dazu geeignet sind, das Opfer irrezuführen. Nach Ansicht der Rechtsprechung sind Machenschaften «eigentliche Inszenierungen, die durch intensive, planmässige und systematische Vorkehrungen, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität gekennzeichnet sind» (BGE 135 IV 76, 81).

Die Machenschaften können vorliegend in dem Aufsetzen und Vorstellen des Anwaltsvertrags liegen. Nach der Rechtsprechung können in Dokumenten, insbesondere in Urkunden i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB, die zur Untermauerung einer Täuschung dienen, täuschende Machenschaften liegen, da der geschäftliche Verkehr gerade auf die Echtheit und inhaltliche Richtigkeit solcher Dokumente vertraut (BGE 106 IV 358, 361). Durch das Aufsetzen des Vertrages hat L eine Vorkehrung getroffen, die ihren unwahren Berufsstand weiter untermauern. Zudem ist sein Inhalt vergleichsweise ausführlich, da er einen umfassenden Pflichtenkatalog sowie Einzelheiten zur Prozessvertretung und zu den Zahlungsmodalitäten enthält. Darüber hinaus sieht der Vertrag in den Augen der Z «sehr professionell» aus. Sie vertraut insofern auf die Echtheit und die inhaltliche Richtigkeit des die Täuschung untermauernden Dokumentes.

Mit dem Anwaltsvertrag hat L täuschende Machenschaften eingesetzt. Die Arglist ist somit zu bejahen.

cc) Qualifizierte Lügen

L hat täuschende Machenschaften eingesetzt. Weitere einfache Lügen, denen ein selbständiger Täuschungsgehalt entnommen werden kann, sind nicht ersichtlich, sodass auf dieses Tatbestandsmerkmal nicht weiter eingegangen werden muss.

Hinweis: Wer hingegen die Arglistvarianten des Lügengebäudes und der täuschenden Machenschaften ablehnt, der muss konsequenterweise darauf eingehen, inwiefern die Täuschungen der L als betrugsrelevante Lügen zu qualifizieren sind. Dies wäre dann der Fall, wenn die Lügen der L nicht oder nur mit besonderer Mühe überprüfbar wären, wenn L die Z von einer Überprüfung abhält oder wenn L

den Umständen nach voraussieht, dass Z die Überprüfung der Angaben wegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wird.

dd) Zwischenergebnis

L hat besondere Machenschaften eingesetzt und damit grundsätzlich arglistig getäuscht.

ee) Ausschluss der Arglist wegen Opfermitverantwortung

Die Arglist der L könnte allerdings aufgrund einer möglichen Opfermitverantwortung der Z ausgeschlossen sein.

Eine Opfermitverantwortung ist nach der Formel des BGer anzunehmen, wenn die Leichtfertigkeit des Opfers ein Ausmass annehmen muss, «welches die Betrugsmachenschaften (...) völlig in den Hintergrund» treten lassen (BGer 6S.167/2006 vom 1.2.2007, E.3.4). Dabei ist die jeweilige Lage und die Schutzbedürftigkeit im Einzelfall ausschlaggebend (BGE 142 IV 153). Vorliegend ist von einer gewissen Leichtgläubigkeit bzw. von einer gewissen Naivität der Z auszugehen. Dies wird zum einen durch die vorangehenden Zahlungen der Z an B belegt. Zum anderen entspricht es nicht der Regel, dass Rechtsanwältinnen zur Anwerbung von Mandantinnen diese ohne einen Termin an ihrem Wohnort antreffen und zu einer Vertragsunterzeichnung überreden. Auch ein «Anwaltsvertrag» mit vereinbarter sofortiger Anzahlung nach der erstmaligen Beratung ist nicht der Regelfall. Besonders schwer wiegt, dass Z den Anwaltsvertrag sofort unterschreibt und die Überweisung tätigt, ohne vorher die L kurz zu recherchieren bzw. ohne ihre Referenzen gegen zu prüfen. Darüber hinaus kann in der Schweiz kein Fachanwaltstitel für «Konkurs- und Vollstreckungsrecht» erworben werden (<https://www.sav-fsa.ch/de/anwaltssuche/fachanwalt-fachanwaeltin-sav.html>). All diese Umstände deuten auf eine Opfermitverantwortung der Z hin.

Auf der anderen Seite will der Gesetzgeber durch das Merkmal der Opfermitverantwortung leichtgläubige, naive und unerfahrene Opfer nicht vom Schutzbereich des Art. 146 StGB entziehen. Gerade auf besonders schwache, unerfahrene Opfer soll dabei besonders Rücksicht genommen werden (BGE 142 IV 153, 155); insb. wenn Täter/innen diesen Umstand gezielt auszunutzen versuchen. Darüber hinaus ist die Beziehung zwischen Täter/in und Opfer und das sich hieraus ergebende Informationsgefälle relevant. Vorliegend war sich L der Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit von Z bewusst und wollte gerade diese planvoll zur Täuschung ausnutzen. Gerade solche Täterinnen, die «leichte Beute» mit der Unerfahrenheit ihrer Opfer machen wollen, sollen nicht durch das Merkmal der Opfermitverantwortung privilegiert werden.

Überdies wurde Z von L an ihrer Haustür überrumpelt. In der Parallele zur zivilrechtlichen Wertung der Art. 40a ff. OR zu sog. Haustürgeschäften ist bei solchen Konstellationen von einer besonderen Schutzwürdigkeit der Z auszugehen, da sie sich nicht auf etwaige Geschäftsverhandlungen oder Geschäfts- und Identitätsüberprüfungen vorbereiten konnte. Anderes würde gelten, wenn L bei der Z vorher einen Termin vereinbart hätte und damit die Möglichkeit für Z bestünde, sich in aller Ruhe auf

eine im Raum stehende Mandatserteilung vorzubereiten. Die besseren Gesichtspunkte sprechen vorliegend für eine Ablehnung der Opfermitverantwortung.

L hat täuschende Machenschaften eingesetzt. Eine Opfermitverantwortung seitens Z liegt nicht vor. L täuschte demnach arglistig.

Hinweis: Hier lag ein Schwerpunkt in der Prüfung, wo es wichtig war, die Angaben im Sachverhalt möglichst vollständig zu verarbeiten. Ein Ablehnen der Arglist aufgrund von Opfermitverantwortung wäre aufgrund der zahlreichen Hinweise im Sachverhalt nur schwer vertretbar.

c) Irrtum und Motivationszusammenhang

L müsste durch die Täuschung einen Irrtum bei Z bewirkt haben.

Als Irrtum wird die falsche Vorstellung über Tatsachen bezeichnet. Z ist vorliegend der Auffassung, bei L handele es sich um eine Rechtsanwältin. In Wirklichkeit ist L allerdings Musikerin. Insofern stimmt die Wirklichkeit nicht mit dem Vorstellungsbild der Z überein. Ein Irrtum liegt vor.

Für den Tatbestand in Art. 146 StGB ist ferner nur jener Irrtum relevant, den der/die Täter/in durch die Täuschung in der Vorstellungswelt des Irrenden bewirkt hat. Zwischen Täuschung und Irrtum muss also ein Motivationszusammenhang bestehen (BGE 122 IV 197, 203; DONATSCH, Strafrecht III, 241). Vorliegend beruht die Fehlvorstellung der Z über den Berufstand der L auf der fälschlichen Vorstellung der L als Rechtsanwältin.

Ein auf die Täuschung beruhender Irrtum liegt somit vor.

d) Irrtumsbedingte Vermögensdisposition

L müsste aufgrund des Irrtums eine Vermögensdisposition vorgenommen haben.

Als Vermögensdisposition ist jede Handlung, Duldung oder Unterlassung des Irrenden zu verstehen, die zu einer unmittelbaren Vermögensminderung führt. Unmittelbarkeit bedeutet nach Ansicht der Rechtsprechung, dass «das irrtumsbedingte Verhalten des Getäuschten zu der Vermögensminderung führt, ohne dass dafür noch zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters erforderlich ist» (BGE 126 IV 113).

Die Überweisung des Geldes ist als Handlung seitens Z zu qualifizieren. Diese Handlung resultiert in einer Vermögensminderung bei Z, welche auch unmittelbar auf die Handlung der Z zurückzuführen ist, da die tatsächliche Vornahme der Überweisung durch die Bank nach allgemeiner Ansicht keinen wesentlichen Zwischenschritt mehr darstellt. Die Vermögensdisposition beruhte zudem auf der Fehlvorstellung, dass L eine Rechtsanwältin ist und das Mandat der Z übernimmt.

Eine irrtumsbedingte Vermögensdisposition ist somit anzunehmen.

Hinweis: Da die Überweisung vorgenommen wurde, kann die Frage offenbleiben, inwiefern schon im Vertragsschluss eine vermögensschädigende Disposition lag.

e) Vermögensschaden

Z müsste ausserdem einen Vermögensschaden erlitten haben.

Ein Schaden ist bei jeder negativen Beeinträchtigung des Vermögens der Z anzunehmen, auch wenn sie bloss vorübergehend ist (BGE 102 IV 88; 175, 105, IV 104; 120 IV 135; 122 II 430). Das Vermögen ist mit der h.M nach dem juristisch-ökonomischen Begriff auszulegen, wonach es die Summe aller rechtlich geschützten wirtschaftlichen Güter, die einer Person von Rechts wegen zustehen, bzw. die rechtlich nicht missbilligt werden, umfasst. Der Schaden wird nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung berechnet, wonach der Wert des Vermögens nach dem möglicherweise schädigenden Ereignis mit einem hypothetischen Saldo, der ohne das fragliche Ereignis resultieren würde, verglichen.

Mit der Erteilung des Überweisungsauftrags verpflichtet Z die Bank, die ihr Konto führt, den Überweisungsbetrag der Bank, die das Konto der L führt, zur Verfügung zu stellen. Da die Überweisung vorliegend schon ausgeführt wurde, kann die Frage offenbleiben, ob schon in der Erteilung des Überweisungsauftrags einen eigenständigen Vermögensschaden begründet. Durch die Überweisung verringert sich der Kontosaldo der Z und somit der damit korrespondierende Auszahlungsanspruch. Insoweit werden die ihr zustehenden Rechtsgüter mit der Überweisung negativ beeinträchtigt.

Im Gegenzug fliesst Z ein Anspruch aus dem vermeintlichen Anwaltsvertrag zu. Dieser entspricht aber nicht dem geleisteten Entgelt, da L keine Anwältin ist und den Anspruch auf Rechtsberatung lege artis nicht erfüllen kann, ist der Anspruch wirtschaftlich wertlos. Bei Gesamtsaldierung ergibt sich ein entsprechender Vermögensschaden.

Zu klären bleibt, ob eine Rückzahlung seitens L den Vermögensschaden wieder entfallen lässt, da L die anfängliche Vermögenseinbusse der Z am Ende vollständig kompensiert. Zum Zeitpunkt der Wiedergutmachung beträgt der Schaden nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung null.

Zum Teil wird angenommen, dass eine vollständige Wiedergutmachung (sog. reparatio damni) einen Vermögensschaden ausschliesst, da das Opfer keine reelle Einbusse, sondern vielmehr eine Beeinträchtigung in ihrer – nicht durch Art. 146 StGB geschützten – wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit erlebt (SCHWANDER, StGB, N 563; LK-TIEDEMANN, § 263 StGB, Rn. 197 ff.). Dem ist mit der ganz herrschenden Meinung und mit Blick auf den Rechtsgüterschutz nicht zu folgen, da andernfalls das Opfer (Z) bis zu einer Rückzahlung der Täterin (L) das vollständige Konkursrisiko trägt. Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen die Aufnahme einer tätigen Reue innerhalb des Betrugstatbestandes entschieden. Diese Entscheidung würde konterkariert, wenn man die Vollendungsstrafbarkeit bei einer Rückzahlung ablehnt.

Auch aus kriminalpolitischer Sicht wäre ein Ausschluss von der Vollendungsstrafbarkeit unbillig, da der/die Täter/in dieser durch eine Rückzahlung entgehen könnte, sobald er/sie merkt, dass die Polizei ein Ermittlungsverfahren anstrebt.

Z ist somit nicht nur in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit betroffen; es besteht vielmehr eine reelle Vermögenseinbusse (vgl. BGE 72 IV 126, 131).

Z hat somit einen Vermögensschaden erlitten.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis wäre hier nur schwer vertretbar. Wer einen Vermögensschaden dennoch ablehnt, muss zwingend die Prüfung an dieser Stelle abbrechen und im Versuch weiterprüfen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

L müsste i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StGB vorsätzlich gehandelt, die Tat also wissentlich und willentlich ausgeführt haben. Vorliegend handelt L in dem Wissen, dass sie mit ihrer Vorstellung als Fachanwältin eine Fehlvorstellung aufseiten der Z hervorruft. Zudem handelte sie mit dem Willen, Z «auszuquetschen».

Insofern handelt L mit Vorsatz in der Vorsatzform des *dolus directus* 1. Grades (Absicht).

b) Absicht stoffgleicher Bereicherung

L müsste ferner mit der Absicht unrechtmässiger, stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben.

Als Bereicherung gilt jeder Vermögensvorteil (wirtschaftliche Besserstellung), auch ein bloss vorübergehender. Unrechtmässig ist die Bereicherung immer dann, wenn der/die Täter/in keinen Rechtsanspruch auf den Vermögensvorteil hat. Hinsichtlich des Vorsatzelementes ist ein zielgerichtetes Handeln des/der Täters/Täterin erforderlich. Vorliegend will sich L durch das Hervorrufen einer Fehlvorstellung der Z um die Anzahlung i.H.v. 5'000 CHF bereichern. Der «Anwaltsvertrag», aus dem sich ein entsprechender Anspruch ergeben könnte, ist nach Art. 28 Abs. 1 OR *ex tunc* nichtig. Weitere Rechtsansprüche der L sind nicht ersichtlich. Die von L angestrebte Überweisung stellt zudem die Kehrseite des Vermögensabflusses seitens Z dar.

L handelte somit in der Absicht stoffgleicher Bereicherung.

II. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. L handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Es sind keine Schuldausschlussgründe ersichtlich. L handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

L hat sich gem. Art. 146 Abs. 1 StGB des Betruges strafbar gemacht.

Hinweis: Für die Prüfung eines Rücktritts von der Tat durch Rückzahlung bleibt wegen der festgestellten Vollendung der Tat von vornherein kein Raum.

C. Urkundenunterdrückung (Art. 254 Abs. 1 Var. 2 StGB)

L könnte sich der Urkundenunterdrückung nach Art. 254 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie «den Anwaltsvertrag im Shredder verschwinden» liess.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Echte Urkunde

Der Anwaltsvertrag ist eine Urkunde i.S.v. Art. 254 Abs. 1, 110 Abs. 4 StGB. Nach allgemeiner Ansicht muss die Urkunde ferner inhaltlich nicht wahr sein; Ihre Echtheit genügt für den Schutz des mit ihr verbundenen Beweiswertes durch Art. 254 Abs. 1 StGB.

Die Urkunde ist echt (s.o.) und ist somit ein taugliches Tatobjekt i.S.v. Art. 251 Abs. 1 StGB.

b) Beweisführungsrecht

L müsste über den Anwaltsvertrag nicht alleine verfügen dürfen.

Aufgrund der Schutzrichtung ist «verfügen» nicht im Sinne eines dinglichen Rechtsgeschäftes (bzw. im Sinne dinglicher Verfügungsmacht) zu verstehen. Denn der Tatbestand der Urkundenunterdrückung dient dem Bestandschutz und somit vor allem das Interesse der Allgemeinheit an dem Beweiswert der Urkunde (BSK II-BOOG, Art. 254 StGB, N. 1, a.A. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 176). Daher meint «Verfügungsbefugnis» im Kontext der Urkundenunterdrückung, dass dem/der Täter/in nicht das alleinige Beweisführungsrecht an der Urkunde zukommt, er/sie mit einer Unterdrückung also das Beweisführungsrecht einer anderen Person verletzt (BSK II-BOOG, Art. 254 StGB, N. 2). Entscheidend hierfür ist, wem der Beweiswert der Urkunde zusteht.

Zwar ist L als Eigentümerin des Dokuments grundsätzlich ein Beweisführungsrecht an dem Vertrag zuzusprechen. Z könnte jedoch mit Blick auf die im Vertrag statuierten Pflichten, die auch sie direkt betreffen, ebenso ein Beweisführungsrecht zukommen, das L durch eine Tathandlung von Art. 251 Abs. 1 StGB verletzt haben könnte. Darüber hinaus ist in dem Anwaltsvertrag das Leistungsprogramm der L geregelt, auf das Z grundsätzlich aus dem Vertrag einen Anspruch hat. Eine Beeinträchtigung der Beweisführungsmöglichkeit mit dem Vertrag würde die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Ansprüche von Z hindern. Hierfür spricht insbesondere auch, dass es sich bei dem Vertrag um die einzige Kopie über die Verbindlichkeiten von L und Z handelt.

Z steht insofern ein Beweisführungsrecht an dem Anwaltsvertrag zu.

| |
|--|
| Hinweis: Eine Ablehnung des Beweisführungsrecht wäre kaum vertretbar. |
|--|

c) Tathandlung: Vernichten einer Urkunde, Art. 254 Abs. 1 Var. 2 StGB

L könnte durch das Einführen des Dokuments in den Shredder eine Urkunde i.S.v. Art. 251 Abs. 1 Var. 2 StGB vernichten haben. Vernichten meint die vollständige Beseitigung der beweisheblichen Substanz durch Zerstören oder Unleserlichmachen der Urkunde, sodass deren gedanklicher Inhalt nicht mehr zu erkennen ist und deshalb aufhört, als Beweismittel zu existieren (BSK II-BOOG, Art. 254 StGB, N. 8). Durch das Shreddern wird der Anwaltsvertrag und damit zugleich der aus ihm hervorgehende Gedankeninhalt und somit auch seine Beweiskraft zerstört. Eine physische Rekonstruktion desselben ist technisch nur schwer möglich.

L hat eine Urkunde i.S.v. Art. 251 Abs. 1 Var. 2 StGB vernichtet.

Hinweis: Eine Ablehnung des «Vernichtens» unter gleichzeitiger Annahme eines «Beschädigens» wäre vertretbar, wenn argumentiert werden würde, dass aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervorgeht, inwiefern das Dokument noch rekonstruierbar wäre.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

L müsste vorsätzlich gem. Art. 12 Abs. 2 StGB gehandelt haben. Durch die Vernichtung des Vertrags wollte Z die Beweisführung in möglichen (straf- und zivilrechtlichen) Prozessen erschweren. Sie war sich insofern eines Beweisführungsrechtes bewusst und zerstörte das Dokument willentlich

Insofern handelt L mit Vorsatz in der Vorsatzform des dolus directus 1. Grades (Absicht).

b) Vorteils- oder Schädigungsabsicht

L müsste ferner mit Vorteils- oder Schädigungsabsicht gehandelt haben. Dabei muss der widerrechtliche Vorteil Folge des Umstandes sein, dass die Urkunde bzw. deren Beweiswert dem/der Berechtigten entzogen wurde (BGE 87 IV 16, 19 f.). Vorliegend handelte L in der Absicht, die Beweislage gegen sie zu verschlechtern. Ein Verschwinden des Beweises würden etwaige Rückzahlungsansprüche der Z erschweren. Auch der Umstand, dass L die Summe als Wiedergutmachung zurückgezahlt hat, ändert an der Absicht zum Tatzeitpunkt nichts.

L handelte mithin mit einer entsprechenden Vorteils- und Schädigungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. L handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Es sind keine Schuldausschlussgründe ersichtlich. L handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

L hat sich gem. Art. 254 Abs. 1 Var. 2 StGB der Urkundenunterdrückung strafbar gemacht.

Konkurrenzen

L hat die Urkundenunterdrückung und den Betrug in mehreren natürlichen Handlungen vorgenommen. Es besteht mithin Handlungsmehrheit i.S.v. Art. 49 Ziff. 1 Var. 2 StGB. Zwischen der Urkundenunterdrückung und dem Betrug besteht wegen der Verschiedenheit ihrer Rechtsgüter Realkonkurrenz (BGE 129 IV 53, 56 E. 3, 60 f.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 165).

L ist somit nach Art. 146 Abs. 1, 254 Abs. 1 Var. 2 StGB zu bestrafen.



Musterlösung Aufgabe BT III (FS 2021)

Punkte

Die Gesamtpunktzahl für den Prüfungsteil BT III (Aufgabe 3) beträgt **36,5 Punkte**. Davon konnten 29 Punkte mit inhaltlichen Ausführungen zu den drei Teilaufgaben erreicht werden. 7,5 Punkte wurden für den Gesamteindruck vergeben, unter Beachtung von Verständnis, widerspruchsfreier Argumentation, logischem Aufbau bzw. Darstellung sowie Sprache.

Fall BT III

Kurz nachdem die Clubs nach dem Lockdown wieder geöffnet haben, wollen Lara und ihr Freund Moritz im Club Paradise feiern gehen. Als sie vor Türsteher Axel ankommen, ihre Ausweise vorweisen und Axel die CHF 15 Eintritt entgegenstrecken, sagt dieser zu ihnen: «Ihr kommt hier nicht rein. Heute sind keine Heterosexuellen zugelassen.» Moritz und Lara sind darüber sichtlich enttäuscht und Moritz sagt zu Lara: «Ach schade, wir haben uns so lange darauf gefreut.» Als Axel die beiden so niedergeschlagen sieht, erbarmt er sich und bietet ihnen an: «Für ein Trinkgeld von CHF 100 lass' ich euch ausnahmsweise rein.» Die beiden lehnen ab und gehen nach Hause.

Strafbarkeit von Axel? Allfällige Strafanträge sind gestellt.

Wortlimite: 15'000 Zeichen (inkl. Leerzeichen).



| 1. Strafbarkeit wegen Diskriminierung und Aufruf zu Hass, Leistungsverweigerung (Art. 261 ^{bis} Abs. 5 StGB) | Maximale Punktzahl |
|--|--------------------|
| <p>Obersatz: Axel könnte sich der Diskriminierung i.S.v. Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er Moritz und Lara mit der Begründung nicht in den Club Paradise liess, sie seien nicht homosexuell.</p> | |
| <p>I. Objektiver Tatbestand</p> | |
| <p>Als Täter kommt in Betracht, wer eine Leistung, die an die Allgemeinheit gerichtet ist, anbietet. Dabei gilt als Leistungsanbieter nicht nur der obligationenrechtliche Vertragspartner (das dürfte häufig eine juristische Person sein), sondern alle Personen, die eine Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, tatsächlich (nicht rechtlich) anbieten oder die einer natürlichen oder juristischen Person bei der Tätigkeit des Anbietens Unterstützung oder Hilfe gewähren.</p> <p><u>Türsteher Axel unterstützt den Club Paradise zumindest faktisch dabei, eine Leistung (den Zutritt zum Club) anzubieten.</u> Ob er rechtlich vom Club angestellt ist oder bezahlt wird, spielt für die Strafbarkeit keine Rolle. Axel ist damit möglicher Täter von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB.</p> <p>Tathandlung von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ist die <u>Verweigerung einer Leistung an eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung.</u></p> <p>Als Leistung gilt jedes Angebot einer zweiseitigen Vertragsbeziehung. Die angebotene Leistung liegt <u>vorliegend im Gewähren des Eintritts in den Club Paradise.</u> Dabei handelt es sich um eine <u>Dienstleistung, die gegen ein Eintrittsentgelt</u> erbracht wird und damit um eine Leistung i.S.v. Art. Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB.</p> <p>Die Leistung muss zu den Bedingungen verweigert werden, wie sie allen anderen gewährt wird.</p> <p>Axel verweigert Moritz und Lara <u>den Zutritt zum Club Paradise vollständig,</u> was den Tatbestand an sich schon erfüllt. Auch der Einlass zu CHF 100 wäre unter anderen Bedingungen als für Nicht-Heterosexuelle, die einen Eintritt von CHF 15 zahlen; auch so verweigert Axel Moritz und Lara den Zutritt zum Club Paradise zu den gleichen Bedingungen wie allen anderen.</p> | <p>3 Punkte</p> |
| <p>Die Leistung, die der Täter anbietet, muss für die Allgemeinheit bestimmt sein. Ausgeschlossen sind Leistungen im Privatbereich. Kriterien für diese Abgrenzung sind die Anonymität der Leistungsempfänger und die Standardisierung der Leistung, dass die Leistung vielfach angeboten wird und das Vertragsverhältnis nicht auf Dauer angelegt ist.</p> <p>Vorliegend geht es um den Eintritt in einen Club. Dabei handelt es sich ist eine <u>standardisierte Leistung</u> (Clubeintritt gegen Eintrittsgeld), die einem <u>offenen und anonymen Kreis</u> von Menschen für einen Abend angeboten wird. Dass die Leistung Heterosexuellen verweigert wird, ändert daran zunächst nichts, da der Club Paradise <u>seine Leistung einem grundsätzlich anonymen und offenen Kreis Nicht-Heterosexueller</u> anbietet. Es liegt gerade im Wesen einer negativen Diskriminierung – wenn also eine</p> | <p>2 Punkte</p> |



| | |
|---|-----------------|
| <p>bestimmte Gruppe von Personen von einer Leistung ausgeschlossen wird («keine Heterosexuellen», «Schwarze unerwünscht») –, dass die Leistung allen Personen ausser der ausgeschlossenen Gruppe angeboten wird. <u>Die Leistung des Club Paradise ist für die Allgemeinheit bestimmt.</u> <i>(Zur Zulässigkeit dieser Diskriminierung sogleich)</i></p> | |
| <p>Fraglich ist, ob es zulässig ist, den Bestimmungskreis einer Leistung auf eine <u>bestimmte Gruppe einzuschränken</u>. Vorliegend wird der die Party im Club Paradise durch den Ausschluss der Heterosexuellen <u>faktisch zu einem Anlass für Homo- und Bisexuelle</u>.</p> <p>Für die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung spricht, dass es (so Niggli, Rassendiskriminierung, 2. Aufl., N 1618) in unserer Gesellschaft etwas grundsätzlich anderes ist, ob ein Club ausschliesslich Männer oder weisshäutige Menschen zulässt oder ob er nur Frauen und Schwarzen offensteht. Steht also die <u>Besserstellung einer bestimmten Gruppe und nicht die Abwertung einer anderen im Vordergrund (positive Diskriminierung)</u>, erfüllt dies den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 5 StGB <u>nicht</u>.</p> <p>Dagegen spricht, dass vorliegend <u>heterosexuelle Personen nur aufgrund ihrer sexuellen Orientierung</u> vom Club Paradise ausgeschlossen werden. Die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Diskriminierung überzeugt gerade bei Merkmalen mit nur zwei oder drei unterschiedlichen Gruppen nicht. Es handelt sich um eine <u>negative Diskriminierung</u>, die – ausser beim Vorliegen sachlicher Gründe – unzulässig ist.</p> <p>Als sachlicher Grund kann die <u>Besserstellung der Homo- und Bisexuellen</u> angeführt werden. Hierbei handelt es sich um Gruppen, die historisch (bis heute) Ziel von Diskriminierung sind. Es wäre sachlich <u>gerechtfertigt, ihnen Rückzugsorte oder private Partys</u> zu erlauben. Dafür spricht vorliegend zusätzlich, dass der Club Paradise gemäss Aussagen von Axel <u>nur an diesem einen Abend keine Heterosexuellen</u> zulässt. Sonst ist er auch für sie geöffnet. Somit würde es sich zwar um eine Ungleichbehandlung der Heterosexuellen handeln, die aber sachlich gerechtfertigt ist.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Beide Ansichten sind vertretbar. Bepunktet wurden gute Argumentation und eine überzeugende Schlussfolgerung. Ob die Diskriminierung Heterosexueller zulässig ist, konnte auch unter dem Titel "verpöntes Merkmal" diskutiert werden.(+/-)</i></p> | <p>4 Punkte</p> |
| <p>Die Leistung muss aufgrund eines verpönten Merkmals verweigert werden (Rasse, Ethnie, Religion oder sexuelle Orientierung).</p> <p>Axel verweigert Moritz und Lara den Zutritt <u>aufgrund ihrer Heterosexualität</u>, also aufgrund der sexuellen Orientierung.</p> <p>Fraglich ist, ob es sich dabei um ein <u>verpöntes Merkmal</u> handelt, weil die Heterosexuellen den überwiegenden Teil der Bevölkerung ausmachen und <u>historisch nie das Ziel von Diskriminierung</u> waren. Um diese Frage zu beantworten, muss die Norm ausgelegt werden. Um diese Frage zu beantworten, muss die Norm ausgelegt werden.</p> | |



| | |
|---|---------------------------|
| <p>Der <u>Gesetzestext</u> trifft <u>keine Unterscheidung</u> und knüpft allgemein an die sexuelle Orientierung an. Im <u>Abstimmungsbüchlein</u> war etwa die Rede davon, dass auch Heterosexuelle vor Diskriminierung geschützt würden. <u>Sinn und Zweck</u> der Norm dürfte es allerdings in erster Linie sein, Homo- und Bisexuelle zu schützen. Auch verfassungsrechtlich könnte argumentiert werden, dass die <u>faktisch vorherrschende</u> (obwohl nicht notwendigerweise zahlenmässig überlegene) Gruppe vor Diskriminierung nicht geschützt wird und geschützt werden kann (so auch Niggli, 1618 ff.).</p> <p>Korrekturhinweis: <i>Beide Ansichten sind vertretbar. Bepunktet wurden gute Argumentation und eine überzeugende Schlussfolgerung. Ob die Diskriminierung Heterosexueller zulässig ist, konnte auch unter dem Titel "an die Allgemeinheit gerichtete Leistung" diskutiert werden. (+/-)</i></p> | <p>4 Punkte</p> |
| <p>Die Leistungsverweigerung muss – wie alle Varianten von Art. 261^{bis} StGB – die Menschenwürde der betroffenen Gruppe verletzen.</p> <p>Geht man davon aus, dass Heterosexuelle eine geschützte Gruppe i.S.v. Art. 261^{bis} StGB sind, ist bei einer direkten Diskriminierung durch eine Leistungsverweigerung die Menschenwürde <u>immer tangiert und verletzt</u>. Wird eine bestimmte Gruppe aufgrund eines verpönten Merkmals von einer Leistung ausgeschlossen, spricht man ihr direkt die Gleichwertigkeit als Menschen ab.</p> | <p>1 Punkt</p> |
| II. Subjektiver Tatbestand | |
| <p>Vorsätzlich handelt i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StGB, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Es genügt, wenn der Täter den Taterfolg in Kauf nimmt (Eventualvorsatz). Der Vorsatz muss im Zeitpunkt der Tat vorhanden sein und sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen.</p> <p>Axel weiss, dass er eine Leistung an die Allgemeinheit anbietet und sich damit an die Öffentlichkeit richtet. Er lässt bei der Eingangskontrolle Heterosexuelle aufgrund ihrer sexuellen Orientierung bewusst nicht zur Party zu. Axel ging im Sachverhalt zumindest davon aus, dass Moritz und Lara ein heterosexuelles Paar sind – sicher gewusst hat er das wohl nicht. Die Zuschreibung des verpönten Merkmals genügt bereits. Axel handelte damit vorsätzlich.</p> <p>Korrekturhinweis: <i>Wer mit guter Begründung verneint, dass der objektive Tatbestand erfüllt ist, erhält die Punkte für den subjektiven Tatbestand als Zusatzpunkte.</i></p> | <p>1 Punkt</p> |
| III. Rechtswidrigkeit & Schuld | |
| <p>Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich. Axel könnte allenfalls einem Rechtsirrtum (Art. 21 StGB) unterliegen, weil Art. 261^{bis} StGB erst kürzlich um das verpönte Merkmal der sexuellen Orientierung ergänzt wurde (in Kraft seit 1. Juli 2020). Gleichzeitig fand im Rahmen des eidgenössischen Abstimmungskampfs vor der Abstimmung über das Referendum eine ausführliche öffentliche Debatte statt, sodass Axel um die Strafbarkeit wissen musste.</p> | <p>max. 1 Zusatzpunkt</p> |



| IV. Fazit | |
|---|------------------|
| Axel hat sich (nicht) der Rassendiskriminierung gem. Art. 261bis StGB strafbar gemacht, indem er Moritz und Lara den Eintritt zum Club Paradise verwehrte, weil diese heterosexuell sind. (+/-) | |
| Total Strafbarkeit Aufruf zu Hass und Diskriminierung | 15 Punkte |



| 2. Strafbarkeit wegen Privatbestechung, sich bestechen lassen (Art. 322 ^{novies} StGB) | Maximale Punktzahl |
|--|--------------------|
| <p>Obersatz: Axel könnte sich der passiven Privatbestechung gem. Art. 322^{novies} StGB strafbar gemacht haben, indem er anbot, Moritz und Lara für ein Trinkgeld von CHF 100 doch in den Club zu lassen.</p> | |
| <p>I. Objektiver Tatbestand</p> | |
| <p>Täter: Als Täter nach Art. 322^{novies} StGB kommen <u>Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragte oder Hilfspersonen eines Dritten im privaten Sektor</u> in Frage.</p> <p>Mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt wird davon ausgegangen, dass es sich beim Club Paradise um einen privaten Club handelt. Als <u>Türsteher</u> ist Axel entweder Arbeitnehmer oder Beauftragter des Geschäftsinhabers und damit eines Dritten im privaten Sektor. Entsprechend ist er tauglicher Täter nach Art. 322^{novies} StGB.</p> <p>Tatobjekt: Art. 322^{novies} StGB stellt keine Anforderungen an den Extraneeus. Es spielt deshalb keine Rolle, von wem sich der Täter «bestechen lässt». Moritz und Lara sind taugliche Tatobjekte.</p> <p>Tathandlung: Als Tathandlung <u>fordert</u> der Täter einen <u>nicht gebührenden Vorteil (für sich oder einen Dritten)</u>, lässt sich einen solchen <u>versprechen</u> oder <u>nimmt einen solchen an</u>.</p> <p>Das Fordern ist als «Verlangen» und damit als einseitige Willenserklärung zu verstehen. Nicht notwendig ist, dass der Adressat die Forderung erfüllt bzw. darauf eingeht. Als Vorteile sind sowohl klassische materielle aber auch immaterielle Vorteile erfasst. Der Vorteil muss dem Täter oder einem Dritten zukommen.</p> <p>Laut Sachverhalt «bietet» Axel dem Paar an, sie für ein «Trinkgeld» von Fr. 100 doch hineinzulassen. Damit fordert er klarerweise einen Vorteil. Als «Trinkgeld» würde der Vorteil Axel selbst zukommen. Nicht darauf ankommen kann es, ob der Täter seine Forderung subtil als Angebot formuliert.</p> | <p>5 Punkte</p> |
| <p>Die Tathandlung muss im <u>Zusammenhang mit der dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit</u> des Täters stehen.</p> <p>Axel fordert das Trinkgeld, während er als Türsteher für den Club Paradise arbeitet. Er verlangt es für eine Leistung, die mit seiner geschäftlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht, nämlich dem Zutritt zum Club.</p> <p>Nicht gebührend ist der Vorteil dann, wenn darauf rechtlich kein Anspruch besteht und er auch nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 322^{decies} Art. 1 StGB fällt. Von der Strafbarkeit ausgenommen sind also «vertraglich vom Dritten genehmigte Vorteile» (der Dritte ist hierbei der vom Tatbestand geschützte Arbeit- bzw. Auftraggeber, lit. a) und «geringfügige, sozial übliche Vorteile» (lit. b).</p> <p>Aus der Verwendung des Wortes «Trinkgeld» wird klar, dass es um eine ansonsten nicht geschuldete Zahlung geht, die zusätzlich zum zu zahlenden</p> | |



| | |
|---|-----------------|
| <p>Eintritt von CHF 15 zu leisten wäre. Auf diesen Vorteil hat Axel <u>keinen Anspruch</u>.</p> <p>Ob ein solcher Vorteil vom Arbeitgeber bzw. Auftraggeber von Axel, also dem Clubbesitzer, genehmigt wurden, ist aus dem Sachverhalt nicht zu erkennen. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, soll Axel <u>doch gerade keine heterosexuellen Personen</u> in den Club hereinlassen. 100 Franken erscheinen auch <u>nicht mehr «geringfügig»</u>, es ist mehr als eine Verdreifachung des Eintrittspreises. Auch ist es <u>nicht sozial üblich</u>, ein «Bestechungsgeld» für den Clubeintritt zu bezahlen. Axel fordert also für sich selbst einen ungebührlichen Vorteil im Sinne von Art. 322^{novies} i.V.m. Art. 322^{decies} Abs. 1 StGB.</p> | <p>4 Punkte</p> |
| <p>Der Tatbestand verlangt weiter, dass der Vorteil «für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung» gefordert wird.</p> <p>Axel fordert das Geld für die Handlung, die beiden in den Club zu lassen. Ob dieser Entscheid in seinem Ermessen steht, weil bspw. der Geschäftsherr <u>Ausnahmen aus gewissen Gründen</u> zulässt, oder ob Axel die Weisung hat, <u>ausschliesslich homo- und bisexuelle Personen</u> hereinzulassen und er deshalb pflichtwidrig handeln würde, lässt sich mangels Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend beurteilen. Dies ist jedoch nicht weiter relevant, da er mindestens eine der Varianten erfüllt. Der Zusammenhang zwischen geforderter Bestechung (CHF 100 «Trinkgeld») und angebotener Gegenleistung (Eintritt in den Club), das <u>quid pro quo</u>, ist hier offenkundig gegeben.</p> <p>Dass Moritz und Lara auf das «Angebot» nicht eingehen, spielt unter diesem Tatbestand <u>keine Rolle</u>. Der objektive Tatbestand von Art. 322^{novies} ist erfüllt - <u>es liegt kein Versuch vor</u>.</p> | <p>3 Punkte</p> |
| II. Subjektiver Tatbestand | |
| <p>Der Täter muss wissentlich und willentlich gehandelt haben, wobei ein Eventualvorsatz, also das «Für-möglich-halten» und die Inkaufnahme der Verwirklichung der Tat, genügt (Art. 12 Abs. 1 und 2 StGB). Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen.</p> <p>Es ist davon auszugehen, dass Axel einen schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag oder Auftrag hatte, und darum weiss, zumal er seine Arbeit ja nur gegen Entlohnung leisten wird. Aufgrund der Umstände, insb. seiner Aussage, dass heute nur Homosexuelle erwünscht seien, muss ihm klar gewesen sein, dass er grundsätzlich kein heterosexuelles Paar reinlassen darf. Entweder war ihm klar, dass dies vom Geschäftsherrn kategorisch untersagt war, er also pflichtwidrig handeln würde, wenn er sie dennoch reinliesse, oder aber, er wusste, dass er einen Ermessensspielraum hat. Ihm war sodann klar, dass er diese Frage entscheiden kann (unabhängig davon, ob er dies durfte) und er sich gerade für diesen Entscheid einen Vorteil versprechen lässt, der ihm nicht gebührt. Axel handelte vorsätzlich.</p> | <p>2 Punkte</p> |



| | |
|--|------------------|
| III. Rechtswidrigkeit & Schuld | |
| Es sind keine Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. | |
| IV. Fazit | |
| Axel hat sich der passiven Privatbestechung gem. Art. 322 ^{novies} StGB strafbar gemacht, indem er Moritz und Lara anbot, sie für ein Trinkgeld von Fr. 100 doch in den Club zu lassen. | |
| Total Strafbarkeit Privatbestechung | 14 Punkte |

Gesamteindruck (ca. 20 %)

| | |
|--|-------------------|
| Inhalt (Widerspruchsfreiheit, Logik, kohärente Argumentation [keine unnötigen Ausführungen und Obersätze]) | max. 2.5 Punkte |
| Struktur (Überschriften, korrekte Obersätze, Zwischenergebnisse, Fazit, vollständiger Prüfungsaufbau [z.B. RW und Schuld, korrekte und vollständige Artikel]) | max. 2.5 Punkte |
| Sprache (Rechtschreibung und Grammatik, juristische Sprache) | max. 2.5 Punkte |
| Total Gesamteindruck | 7.5 Punkte |

Übersicht Punkteverteilung

| | Maximale Punktzahl |
|---|---------------------------|
| Strafbarkeit Aufruf zu Hass und Diskriminierung | 15 Punkte |
| Total Strafbarkeit Privatbestechung | 14 Punkte |
| Gesamteindruck | 7.5 Punkte |
| Total | 36.5 Punkte |