



Lösungsvorschlag Wahlpflichtpool Strafrecht / Strafrecht II & Strafrecht III

FS 2018, 21. Juni 2018

Hinweis

Wir möchten Sie darauf aufmerksam machen, dass die untenstehenden, stichwortartig formulierten Ausführungen nicht abschliessend sind. Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Bei guter Begründung sind auch andere Lösungswege denkbar, welche entsprechend berücksichtigt wurden.

Prüfungsteil Strafprozessrecht

Aufgabe 1 / Strafprozessrecht

Prof. Dr. D. Jositsch / ca. 20% der Gesamtprüfung

Fall A (max. 12 Punkte)

	Maximale Punktzahl
Frage 1	12 Punkte
<p>Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen. Darunter fallen Entscheide über die Anordnung, Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft (Art. 222 StPO).</p> <p>Die Untersuchungshaft ist eine Zwangsmassnahme. Erforderlich für die Anordnung einer Zwangsmassnahme sind nach Art. 36 BV und Art. 197 Abs. 1 StPO eine gesetzliche Grundlage, das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts, dass die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und dass die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt.</p> <p>Die gesetzliche Grundlage für die Untersuchungshaft ist in Art. 221 StPO statuiert.</p> <p>Ein hinreichender Tatverdacht besteht, wenn aufgrund der konkreten Tatsachen angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist, welche unter einen bestimmten Straftatbestand subsumiert werden kann. I.c. belastet die Aussage der Ehefrau den Beschuldigten. Ihre Anschuldigungen werden durch das Arztzeugnis zudem noch untermauert. Wie im Sachverhalt erwähnt, handelt es sich bei den Tatbeständen um Körperverletzung (Art. 122 bzw. 123 StGB) und Drohung (Art. 180 StGB). Ein hinreichender Tatverdacht liegt somit vor.</p> <p>Des Weiteren muss die Zwangsmassnahme erforderlich sein. Untersuchungshaft darf folglich nur angewendet werden, wenn der Zweck der Haft nicht durch eine oder mehrere mildere Massnahmen erreicht werden kann. Vorliegend kommen in erster Linie Art. 237 Abs. 2 lit. b, c und g in Frage.</p>	



Schliesslich muss die Zwangsmassnahme verhältnismässig bzw. zumutbar sein. Das öffentliche Interesse der Strafverfolgung steht in Konkurrenz mit der Beeinträchtigung der individuellen Grundrechte des Beschuldigten.

Gemäss Art. 221 Abs. 1 StPO ist Untersuchungshaft nur zulässig, wenn ein dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens vorliegt und zudem ein besonderer Haftgrund nach Art. 221 Abs. 1 lit. a, b oder c vorliegt.

Ein dringender Tatverdacht liegt vor, wenn mit erheblicher Wahrscheinlichkeit ein späterer Schuldspruch zu erwarten ist. Im Sachverhalt sind keine Angaben zu finden, die an der Aussage der Ehefrau zweifeln lassen. Zudem sind ihre Verletzungen durch ein Arztzeugnis belegt. Ein dringender Tatverdacht liegt somit vor.

Die laufende Untersuchung bezieht sich auf die Tatbestände von Körperverletzung und Drohung. Der Strafraum der Körperverletzung beträgt FS von 6 Monaten bis 10 Jahren (Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 StGB). Für die einfache Körperverletzung und die Drohung wird jeweils FS bis drei Jahre oder GS gefordert (Art. 123 bzw. 180 i.V.m. Art. 10 StGB). Bei den untersuchten Tatbeständen handelt es sich somit um Verbrechen bzw. Vergehen.

Als besonderer Haftgrund könnte Fluchtgefahr bestehen. Für die Annahme der Fluchtgefahr ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich die beschuldigte Person der Strafverfolgung und dem Vollzug der Strafe durch Flucht entziehen könnte notwendig. Als Indiz für die Fluchtgefahr können die Schwere der drohenden Sanktion sowie die gesamten Lebensverhältnisse des Beschuldigten gewertet werden.

I.c. lassen die ausländische Staatsbürgerschaft sowie die Arbeitslosigkeit des Beschuldigten die Vermutung zu, dass er sich ins Ausland absetzen könnte. Allerdings hat H. 2 kleine Kinder hier und ist in der Schweiz aufgewachsen. Ausserdem ist die angedrohte Strafe bei den vorliegenden Delikten eher gering.

Kollusions- bzw. Verdunkelungsgefahr besteht, wenn angenommen werden muss, dass der Beschuldigte die wahrheitsgetreue Abklärung des Sachverhalts vereiteln könnte. Dazu sind konkrete Hinweise notwendig. I.c. ist nicht auszuschliessen, dass H. im Hinblick auf die ausstehende Befragung vor Gericht seine Frau beeinflussen könnte. Zudem muss eine allfällige besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers berücksichtigt werden. Dieser Schutz kann jedoch womöglich auch mit einem Verweis aus der ehelichen Wohnung nach Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO gewährleistet werden. Allerdings hat die Ehefrau bereits eine Aussage bei der Staatsanwaltschaft gemacht. In Anbetracht der möglichen Strafe scheint es zudem unverhältnismässig die Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten, wenn als mildere Massnahme ein Kontaktverbot zur Ehefrau und zu allfälligen Zeugen im Sinne von Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO angewendet werden kann.

Fazit: Mit entsprechender Begründung sind sowohl Gutheissung als auch Ablehnung der Beschwerde vertretbar.



Fall B (max. 8 Punkte)

	Maximale Punktzahl
Frage 2	3 Punkte
<p>Ob ein Strafbefehl erlassen wird, hängt davon ab, ob verschiedene kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen erfüllt sind. Ist dies der Fall, ist der Erlass eines Strafbefehls zwingend. Gemäss Art. 352 Abs. 1 StPO ist erforderlich, dass entweder der Beschuldigte im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden hat oder aber dieser anderweitig ausreichend abgeklärt wurde. Nach Art. 352 Abs. 1 lit. a bis d StPO kann mit Strafbefehl neben Busse in unbeschränkter Höhe eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen sowie eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten Dauer verhängt werden.</p> <p>Gemäss Sachverhalt ist G. geständig und die Staatsanwaltschaft fordert eine Freiheitsstrafe von lediglich 4 Monaten, womit die Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls gegeben sind. Die Staatsanwaltschaft muss den Fall zwingend in einem Strafbefehlsverfahren erledigen.</p>	
Frage 3	3 Punkte
<p>Gemäss Art. 352 Abs. 2 StPO können in einem Strafbefehlsverfahren die Strafen von Art. 352 Abs. 1 lit. a bis d StPO mit einer Massnahme nach den Artikeln 66 und 67e-73 StGB verbunden werden. Stationäre Massnahmen sind hingegen in den Artikeln 59 ff. StGB geregelt und gehören somit nicht zum abschliessenden Katalog von Art. 352 Abs. 2 StPO. Folglich hat die Staatsanwaltschaft nicht die Möglichkeit eine stationäre Massnahme in einem Strafbefehlsverfahren anzuordnen.</p>	
Frage 4	2 Punkte
<p>Gemäss Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO kann die beschuldigte Person gegen den Strafbefehl innert 10 Tagen schriftlich Einsprache erheben. Da G. vorliegend die beschuldigte Person ist, muss er die Einsprache nicht begründen (Art. 354 Abs. 2 StPO).</p> <p>Erfolgt eine Einsprache, so nimmt die Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab, soweit diese zur Beurteilung der Einsprache notwendig sind (Art. 355 Abs. 1 StPO).</p> <p>Anschliessend kann die Staatsanwaltschaft entscheiden, ob sie am Strafbefehl festhält, das Verfahren einstellt, einen neuen Strafbefehl erlässt oder Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt (Art. 355 Abs. 3 StPO).</p> <p>I.c. hält die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl fest. Gemäss Art. 356 Abs. 1 StPO muss sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens überweisen. Der Strafbefehl gilt dabei als Anklageschrift.</p>	



Strafprozessrecht – Teil Multiple Choice

Prof. Dr. D. Jositsch / ca. 15% der Gesamtprüfung

Bei jeder der zehn Multiple-Choice-Aufgaben folgen auf die jeweilige Frage oder unvollständige Aussage jeweils 5 Antworten oder Ergänzungen. Beurteilen Sie bei jeder Antwort/Ergänzung, ob sie richtig oder falsch ist.

Die korrekte Beurteilung aller fünf Antworten oder Ergänzungen innerhalb jeder Frage wird mit 1.5 Punkten honoriert, vier richtige Beurteilungen mit einem Punkt.

1. Nach dem Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht führt die Verfahrensleitung eine Vorprüfung durch. Darin wird unter anderem geprüft...

A)	ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. (richtig)
B)	ob Prozesshindernisse bestehen. (richtig)
C)	ob die sachliche Zuständigkeit besteht. (richtig)
D)	ob die Anklageschrift ordnungsgemäss erstellt ist. (richtig)
E)	ob ein für die Verurteilung hinreichender Tatverdacht besteht. (falsch)

2. Durchsuchungen können...

A)	Räumlichkeiten betreffen. (richtig)
B)	einsehbare Körperöffnungen betreffen. (richtig)
C)	Bekleidung betreffen. (richtig)
D)	tote Personen betreffen. (falsch)
E)	Aufzeichnungen betreffen. (richtig)

3. Eine verdeckte Ermittlung nach StPO Art. 285a ff.

A)	kann durch die Polizei angeordnet werden. (falsch)
B)	ist nur bei Bestehen eines dringenden Tatverdachtes rechtmässig. (falsch)
C)	ist rechtmässig bei Vorfeldermittlungen zur Verhinderung zukünftiger Delikte. (falsch)
D)	muss der überwachten Person im Nachhinein mitgeteilt werden, wenn Erkenntnisse aus der verdeckten Ermittlung beweismässig verwendet werden. (richtig)
E)	muss durch das Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden. (richtig)



4. Verfahrenskosten...

A)	benötigen zur Auferlegung eine gesetzliche Grundlage. (richtig)
B)	welche ein Verfahrensbeteiligter durch fehlerhafte Verfahrenshandlungen verursachte, können ihm unabhängig vom Verfahrensausgang nicht auferlegt werden. (falsch)
C)	werden bei mehreren kostenpflichtigen Personen grundsätzlich nach Massgabe der Verursachung auferlegt. (richtig)
D)	werden anteilmässig unter den Kostenpflichtigen aufgeteilt, sofern sie nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden können. (richtig)
E)	können schuldunfähigen Personen auferlegt werden. (richtig)

5. Der strafprozessuale Freiheitsentzug...

A)	muss aufgehoben werden, wenn Ersatzmassnahmen das Ziel des Freiheitsentzugs ebenso gut sicherstellen können. (richtig)
B)	ist keine Zwangsmassnahme. (falsch)
C)	muss aufgehoben werden, wenn die gesetzliche bzw. vom Gericht bewilligte Dauer abgelaufen ist. (richtig)
D)	umfasst Untersuchungs- und Sicherheitshaft. (richtig)
E)	wird während eines Strafverfahrens grundsätzlich immer angeordnet. (falsch)

6. Einvernahmen...

A)	sind parteiöffentlich. (richtig)
B)	von Zeugen durch die Polizei sind gestattet, sofern sie durch die Staatsanwaltschaft an die Polizei delegiert worden sind. (richtig)
C)	können per Videokonferenz durchgeführt werden, wenn das persönliche Erscheinen der einzuvernehmenden Person nicht möglich ist. (richtig)
D)	beinhalten zwingend die Konfrontation des Opfers mit dem Täter. (falsch)
E)	müssen wiederholt werden, wenn weder die Partei noch der Rechtsbeistand an der Beweisabnahme teilnehmen konnten und die betroffene Partei eine Wiederholung explizit verlangt. (richtig)

7. Die Revision...

A)	ist ein subsidiäres Rechtsmittel. (richtig)
B)	ist immer möglich. (falsch)
C)	ist zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens geeignet, wenn nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft neue Tatsachen und Beweismittel entdeckt werden. (richtig)
D)	kommt nur in Frage, wenn kein anderes Rechtsmittel oder kein anderer prozessualer Behelf mehr erhoben werden kann. (richtig)
E)	ist nicht zur Anfechtung von Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft geeignet. (falsch)



8. Die Berufung...

A)	ist ein devolutes Rechtsmittel. (richtig)
B)	ist zur Anfechtung erstinstanzlicher Urteile im Sinn von StPO 80 I geeignet. (richtig)
C)	kann beim erstinstanzlichen Gericht innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Urteils mündlich angemeldet werden. (richtig)
D)	eignet sich nicht zur Anfechtung von Nebenpunkten wie Kosten- und Entschädigungsfolgen. (falsch)
E)	ist zur uneingeschränkten Anfechtung von Verfahren, welche lediglich Übertretungen als Gegenstand haben, geeignet. (falsch)

9. Beurteilen Sie folgende Aussagen als richtig oder falsch:

A)	Aussichtslose Strafanzeigen werden von der Staatsanwaltschaft durch eine Nichtanhandnahmeverfügung erledigt. (richtig)
B)	Zur Beurteilung der Zivilansprüche der Privatkläger müssen Beweiserhebungen zwingend während dem Strafverfahren erfolgen. (falsch)
C)	Bei Antragsdelikten kann die Staatsanwaltschaft zu einer Verhandlung vorladen, mit dem Ziel einen Vergleich abzuschliessen. (richtig)
D)	Die Observation beinhaltet die systematische Überwachung von Vorgängen in privaten Räumen. (falsch)
E)	Strafanzeigen können anonym bei der Staatsanwaltschaft eingereicht werden. (richtig)

10. Beurteilen Sie folgende Aussagen als richtig oder falsch:

A)	Die Überwachung von Fahrzeugen Dritter ist zulässig, wenn anzunehmen ist, dass die beschuldigte Person das Fahrzeug des Dritten benützt. (richtig)
B)	Werden die Ausstandsvorschriften verletzt, so ist die entsprechende Amtshandlung nichtig und muss zwingend wiederholt werden. (falsch)
C)	Grundsätzlich sind strafprozessuale Überwachungsmaßnahmen nur während eines laufenden Strafverfahrens zulässig. (richtig)
D)	Wangenschleimhautabstriche zur Erstellung eines DNA-Profiles können durch die Polizei angeordnet werden. (richtig)
E)	Untersuchungs- und Sicherheitshaft sollten in speziell dafür vorgesehenen Haftanstalten vollzogen werden. (richtig)



Prüfungsteil: Strafrecht BT II

Prof. Dr. S. Summers / ca. 35 % der Gesamtprüfung

Strafbarkeit des Y

		Punkte
Veruntreuung gegenüber der Leasinggesellschaft		5 +1 ZP
	Y könnte sich der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Leasingauto verkaufte.	
Objektiver Tatbestand		3
Täterkreis	Täter kann nur sein, wem eine Sache anvertraut wurde. <i>Y wurde eine Sache (Tesla Model X P100D) anvertraut, er kommt daher als Täter in Frage.</i>	
Tatobjekt	Taugliches Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache. Sachen sind körperliche Gegenstände von fester, flüssiger oder gasförmiger Form. Massgeblich dafür, ob eine Sache beweglich ist, ist das Zivilrecht. Das Tatbestandsmerkmal „fremd“ ist nach zivilrechtlichen Kriterien zu beurteilen. Das Bundesgericht geht bei einem Leasingvertrag davon aus, dass die Leasinggeberin die Eigentümerin der geleasteten Sache bleibt und diese dem Leasingnehmer als fremde Sache anvertraut. <i>Der Tesla ist eine bewegliche Sache i.S. des Zivilrechts. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Tesla als Leasingobjekt zudem als fremd zu betrachten. Entsprechend liegt eine fremde bewegliche Sache vor.</i>	
Anvertrauen	Das Tatobjekt muss dem Täter anvertraut sein: Anvertraut ist, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insb. es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern. <i>Y wurde das Auto unter der Bedingung übergeben, es nicht zu verkaufen und nur gemäss Leasingvertrag zu verwenden. Es wurde Y entsprechend anvertraut (beachte auch die Hinweise oben).</i>	
Tathandlung	Der Täter muss sich die fremde Sache aneignen. Dies erfordert einen Willen zur dauernden Enteignung des Berechtigten und zur zumindest vorübergehenden Zueignung der Sache, wobei vorausgesetzt ist, dass dieser Wille äusserlich erkennbar betätigt wird. Eine Manifestation des Aneignungswillens liegt dann vor, wenn der Täter nach aussen erkennbar seinen Willen bekundet, wie ein	



	Eigentümer über die Sache zu verfügen. <i>Y verkaufte den Tesla Model X P100D, entsprechend verfügte er wie ein Eigentümer über den Wagen und manifestierte seinen Willen hierzu äusserlich.</i>	
Subjektiver Tatbestand		2
Vorsatz	Subjektiv ist Vorsatz i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StGB verlangt. Dieser muss sich insbesondere auf die Fremdheit der Sache, die dauernde Enteignung und die zumindest vorübergehende Aneignung beziehen. <i>Y handelt mit Wissen und Willen bezüglich aller objektiver Tatbestandsmerkmale.</i>	
Absicht unrechtm. Bereicherung	Zusätzlich muss der Täter mit Absicht unrechtmässiger Bereicherung handeln. Es handelt sich dabei um eine Absicht im technischen Sinn. Bereicherung bezeichnet eine dauernde oder bloss vorübergehende wirtschaftliche Besserstellung im Sinne des Vermögensbegriffs. Unrechtmässigkeit fordert einen Widerspruch zu einer oder mehreren Rechtsnormen. <i>Y will das Auto verkaufen, um den Erlös seinem Vermögen einzuverleiben, um sich damit zu bereichern, obwohl er weiss, dass er das Auto nicht verkaufen darf, da es nicht in seinem Eigentum steht.</i>	
Rechtswidrigkeit und Schuld		
	<i>Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.</i>	
Zwischenfazit		
	<i>Y hat sich der Veruntreuung gegenüber der Leasinggesellschaft i.S.v. Art 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.</i>	
Abgrenzung zum Betrug gegenüber der Leasinggesellschaft		1 ZP
Betrug gegenüber A		3 +1 ZP
	<i>Y könnte sich des Betruges i.S.v. Art. 146 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem A entgegen dem Leasingvertrag das Auto verkauft hat.</i>	
Objektiver Tatbestand		3 +1 ZP
Täterkreis	Jedermann kann Täter sein. <i>Y kommt als Täter infrage.</i>	
Tathandlung	Arglistige Täuschung über Tatsachen Die Täuschung erfolgt durch Vorspiegeln oder Unterdrücken	



	<p>von Tatsachen, d.h. objektiv feststehenden Umständen.</p> <p><i>Y verheimlicht dem A, dass der Tesla im Eigentum der Leasinggesellschaft steht und täuscht daher über Tatsachen.</i></p> <p>Die Arglistigkeit der Täuschung wird bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet, besondere Machenschaften anwendet oder sich einer einfachen Lüge bedient bzw. etwas verschweigt, wobei die Überprüfung seiner Angaben alternativ nicht bzw. nur mit besonderer Mühe vorgenommen werden kann; vom Täter vorsätzlich verhindert wird; dem Getäuschten nicht zumutbar ist oder vom Getäuschten für den Täter voraussehbar unterlassen wird.</p> <p><i>Y verheimlicht dem A, dass der Tesla im Eigentum der Leasinggesellschaft steht. Dabei errichtet er weder ein Lügengebäude, noch wendet er besondere Machenschaften an. Vielmehr handelt es sich um eine einfache Lüge. Die Eigentumsverhältnisse sind für A mittels des Fahrzeugausweises jedoch einfach zu ermitteln (andere Meinung vertretbar, da Kaufvorgang nicht explizit im SV beschrieben und antizipiert werden muss).</i></p> <p><i>Allerdings scheitert die Arglist spätestens an der Opfermitverantwortung: A ist ein erfahrener Autohändler, der abzuschätzen vermag, dass ein Auto nicht innert weniger Tage, ohne dass es wesentlich bewegt wurde, CHF 60'000.- an Wert verliert. Zudem hätte er sich nach der Provenienz des Fahrzeugs erkundigen müssen. Nach der Rechtsprechung des BGer sind die Sorgfaltspflichten beim Ankauf von Occasionsfahrzeugen (besonders in der Luxusklasse) durch Autohändler erhöht. A hat seinen Verhältnissen entsprechend die grundlegendsten Vorsichtsregeln missachtet.</i></p>	
Zwischenfazit		
	<p><i>Y hat sich nicht des Betruges i.S.v. Art. 146 StGB strafbar gemacht.</i></p>	



Irreführung der Rechtspflege		3
	Y könnte sich der Irreführung der Rechtspflege i.S.v. Art. 304 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Tesla Model X P100D bei der Stadtpolizei Zürich als in Mailand gestohlen meldete.	
Objektiver Tatbestand		2
Täterkreis	Jedermann kann Täter sein. <i>Y kommt als Täter infrage.</i>	
Tathandlung	Erforderlich ist, dass der Täter einen – als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung – strafbaren Sachverhalt bei einer Behörde anzeigt. <i>Y meldet das Auto bei der Stadtpolizei ZH als gestohlen, wodurch er einen strafbaren Sachverhalt bei einer Behörde angezeigt.</i> Das behauptete Delikt darf sich nicht ereignet haben. <i>Y hat das Auto verkauft. Beim geschilderten Sachverhalt handelt es sich nicht um eine effektiv geschehene Tat.</i>	
Subjektiver Tatbestand		1
Vorsatz	Es wird Vorsatz in Bezug auf die Anzeige des Delikts verlangt, wozu auch gehört, dass der Täter um die Strafbarkeit der von ihm gemeldeten Handlung weiss oder diese in Kauf nimmt. Die Anzeige muss wider besseres Wissen erstattet werden, also im sicheren Bewusstsein ihrer Unwahrheit. Dies setzt voraus, dass der Täter weiss, dass die Tat so nicht begangen wurde. <i>Y handelt mit Wissen und Willen und weiss, dass seine Anzeige ein strafbares Verhalten betrifft. Zudem weiss er, dass das Auto nicht gestohlen wurde.</i>	
Rechtswidrigkeit und Schuld		
	<i>Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.</i>	
Zwischenfazit		
	<i>Y hat sich der Irreführung der Rechtspflege i.S.v. Art. 304 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.</i>	
Versuchter Betrug gegen über der X-Versicherung		10
	Y könnte sich des versuchten Betruges im Sinne von Art. 146 i.V.m. 22. Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er gegenüber der Versicherung eine Schadensmeldung unter Hinweis auf die vorgängig bei der Polizei erstattete Diebstahlanzeige erstattete.	



Fehlen von objektiven Tatbestandsmerkmale		2
Täterkreis	Jedermann kommt als Täter infrage. <i>Y. kann Täter sein.</i>	
Tathandlung	<p>Arglistige Täuschung über Tatsachen Die Täuschung erfolgt durch Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen, d.h. objektiv feststehenden Umständen. Die Arglistigkeit der Täuschung wird bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet, besondere Machenschaften anwendet oder sich einer einfachen Lüge bedient bzw. etwas verschweigt, wobei die Überprüfung seiner Angaben alternativ nicht bzw. nur mit besonderer Mühe vorgenommen werden kann; vom Täter vorsätzlich verhindert wird; dem Getäuschten nicht zumutbar ist oder vom Getäuschten für den Täter voraussehbar unterlassen wird.</p> <p><i>Y täuschte die Versicherung, indem er eine Schadensmeldung erstattete, obwohl das Fahrzeug nicht gestohlen wurde und es entsprechend auch zu keiner Schädigung kam. Er täuschte damit über Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind. Arglist ist in casu zu bejahen, weil Y seine Angaben mit einer unzutreffenderweise erwirkten Diebstahlsanzeige untermauert.</i></p> <p>Irrtum Der Irrtum besteht in der Differenz zwischen dem erweckten Anschein und der Wirklichkeit. Das irreführende Verhalten muss bei derjenigen Person, die getäuscht werden soll tatsächlich einen Irrtum hervorrufen.</p> <p><i>Die Versicherung zweifelt Ys Aussagen an, weswegen kein Irrtum vorliegt.</i></p>	
Zwischenfazit		
	<i>Es sind nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt, weswegen im Folgenden der Versuch zu prüfen ist.</i>	
Vorprüfung		1
Strafbarkeit des Versuchs	Gem. Art. 22 Abs. 1 StGB sind nur Verbrechen und Vergehen der Versuchsstrafbarkeit zugänglich. Zudem darf die Tat nicht vollendet worden sein. <i>Beim Betrug handelt es sich um ein Verbrechen. I.c. wurde er nicht vollendet, da kein Vermögensschaden eingetreten ist.</i>	
Subjektiver Tatbestand (Tatentschluss)		6
Vorsatz	Es ist Vorsatz bezgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich.	



	<p>Arglistige Täuschung (s.o.)</p> <p><i>Y setzt wissentlich und willentlich eine Diebstahlsanzeige, die er aufgrund falscher Angaben erwirkt hat, zur Täuschung über den Diebstahl seines Autos ein.</i></p> <p>Irrtum (s.o.)</p> <p><i>Y weiss, dass sein Verhalten zur Irreführung tauglich ist und er will bei der Versicherung einen Irrtum erwirken.</i></p> <p>Vermögensdisposition</p> <p>Eine Vermögensdisposition ist jede Handlung, Duldung oder Unterlassung des Irrenden, die geeignet ist, eine Vermögensverminderung herbeizuführen. Diese muss auf den Irrtum des Getäuschten zurückzuführen sein. Neben dem Kausalzusammenhang muss zwischen der Täuschung, dem Irrtum und der Vermögensdisposition ein Motivationszusammenhang bestehen.</p> <p><i>Das Verhalten von Y zielt auf die Auszahlung einer Schadenssumme an die Leasinggesellschaft. Der Vorsatz umfasst auch den verbindenden Kausal- und Motivationszusammenhang.</i></p> <p>Vermögensschaden</p> <p>Ein Vermögensschaden kann in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder entgangenem Gewinn bestehen. Dabei genügt jede Beeinträchtigung des Vermögens.</p> <p><i>Y will bei der Versicherung eine Verminderung der Aktiven herbeiführen.</i></p>	
Absicht unrechtm. Bereicherung	<p>Bei der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handelt es sich um eine Absicht im technischen Sinn. Bereicherung bezeichnet eine dauernde oder bloss vorübergehende wirtschaftliche Besserstellung im Sinne des Vermögensbegriffs. Unrechtmässigkeit fordert einen Widerspruch zu einer oder mehreren Rechtsnormen.</p> <p><i>Y will seine eigene wirtschaftliche Besserstellung erreichen.</i></p> <p>Nach dem Grundsatz der Stoffgleichheit muss der Täter sich gerade aus demjenigen Vermögensbestandteil bereichern wollen, um welchen der Getäuschte geschädigt werden soll.</p>	



	<i>Im vorliegenden Fall wird die Versicherung in die Irre geführt und geschädigt. Y bereichert sich aber aus dem Vermögen des Autohändlers. Dieser wiederum erwirbt ein mit einem fremden Eigentumsrecht belastetes Auto. Tauglicher Gegenstand einer unrechtmässigen Bereicherung ist nicht nur der Vorteil, den der Täter als Endziel seines Handelns anstrebt, sondern darüber hinaus alle Bereicherungen, die keine unerwünschte Nebenfolge, sondern ein notwendiges Zwischenziel darstellen, das zwingend erreicht werden muss, damit die vom Täter als Endziel angestrebte Bereicherung realisiert werden kann. Die Bereicherung der Leasinggesellschaft durch die Auszahlung der Versicherung war für Y ein notwendiges Zwischenziel auf dem Weg zu seiner persönlichen Bereicherung (Entbindung von der Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten). Es kann also vom Vorliegen der Stoffgleichheit ausgegangen werden (a.M. denkbar).</i>	
Objektiver Tatbestand		1
Beginn der Ausführung	Gemäss der Schwellentheorie gilt jede Tätigkeit, die nach dem Plan des Täters auf dem Weg zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, als strafbare Versuchshandlung. <i>Y hat das Formular unterschrieben und zusammen mit der Diebstahlsanzeige bei der Versicherung eingereicht. Er hat alles nach seiner Vorstellung nötige Unternommen, um die Vermögensdisposition zu erwirken.</i>	
Rechtswidrigkeit und Schuld		
	<i>Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.</i>	
Fakultative Strafmilderung		
	<i>Es sind keine Hinweise auf Rücktritt oder tätige Reue ersichtlich.</i>	
Zwischenfazit		
	<i>Y hat sich des versuchten Betrugs i.S.v. Art. 146 i.V.m. 22. Abs. 1 StGB strafbar gemacht.</i>	
Urkundenfälschung gegenüber der Versicherung		5 +1 ZP
	Y könnte sich der Urkundenfälschung i.S.v. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Variante Falschbeurkundung) schuldig gemacht haben, indem er gegenüber der Versicherung unterschriftlich bekräftigte, dass das Auto gestohlen worden sei.	
Objektiver Tatbestand		5
Täterkreis	Jedermann kommt als Täter infrage.	



	<i>Y. kann Täter sein.</i>	
Tatobjekt	<p>Urkunde i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB Damit eine Urkundenfälschung vorliegen kann, muss dem fraglichen Dokument Urkundenqualität im strafrechtlichen Sinn zukommen.</p> <p>Menschliche Gedankenerklärung an Drittperson gerichtet Das fragliche Dokument muss eine Aufzeichnung menschlicher Gedanken sein, welche sich an Drittpersonen richtet.</p> <p><i>Das Formular, das Y gegenüber der Versicherung ausfüllt beinhaltet die Gedankenäußerung von Y, dass sein Auto gestohlen wurde und richtet sich an die Versicherung.</i></p> <p>Aufzeichnung als Schrift, Zeichen oder auf einem Datenträger Eine Schrift ist jedes zumindest für einen bestimmten Kreis von Personen unmittelbar lesbare System von Symbolen.</p> <p><i>Das Formular stellt zweifelsohne eine Schrift dar.</i></p> <p>Erkennbarkeit des Ausstellers Die Erkennbarkeit des Ausstellers wird von der Lehre bejaht, obwohl es sich dabei um ein ungeschriebenes Merkmal handelt. Das BGer anerkennt die Voraussetzung mindestens implizit. Massgebend ist nach der Geistigkeitstheorie auf wessen Willen die Urkunde nach Existenz und Willen zurückgeht.</p> <p><i>Aus dem Formular geht der Aussteller zweifelsohne hervor.</i></p> <p>Beweisbestimmung und Beweiseignung rechtserheblicher Tatsachen Die Beweisbestimmung ergibt sich entweder unmittelbar aus dem Gesetz oder aus dessen Sinn und Natur. Dabei kommt es auch auf die objektive Erkennbarkeit der Beweisbestimmung an. Das Schriftstück muss zudem geeignet sein, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.</p> <p><i>Die Schadensmeldung ist dazu bestimmt und geeignet den Versicherungsanspruch zu untermauern.</i></p> <p><i>Da alle Voraussetzungen von Art. 110 Abs. 4 StGB erfüllt sind, liegt eine Urkunde und damit ein mögliches Tatobjekt vor.</i></p>	
Tathandlung	Der Täter muss eine echte, aber unwahre Urkunde errichten (Falschbeurkundung). Bei der Tatvariante der	



	<p>Falschbeurkundung ist erforderlich, dass der Urkunde bezogen auf die in Frage stehende Tatsache eine qualifizierte Glaubwürdigkeit zukommt (Abgrenzung zur strafrechtlich irrelevanten einfachen schriftlichen Lüge): Erforderlich ist, dass der Urkunde besonderes Vertrauen entgegengebracht wird. Es muss sich um eine qualifizierte schriftliche Lüge handeln; d.h. die Schrift muss dazu bestimmt und geeignet sein, gerade die erlogene Tatsache zu beweisen. Dies kann sich aus gesetzlichen Bestimmungen, aus der garantenähnlichen Stellung des Ausstellers oder aus berechtigter Verkehrsauffassung ergeben.</p> <p><i>Dem vorliegend in Frage stehenden Formular kommt keine erhöhte Glaubwürdigkeit zu. Allgemein gültige objektive Garantien, die die Wahrheit der Erklärung gewährleisten (wie bspw. bei der kaufmännischen Buchführung und ihre Bestandteile) sind keine ersichtlich. Es handelt sich um eine einfache schriftliche Lüge und entsprechend liegt keine Falschbeurkundung vor.</i></p>	
Zwischenfazit		
	<i>Y hat sich nicht der Urkundenfälschung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.</i>	
Abgrenzung Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB)		1 ZP
Endergebnis und Konkurrenzen		1
	<i>Y hat sich der Veruntreuung i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, des versuchten Betrugs nach Art. 146 i.V.m. 22 Abs. 1 StGB, der Irreführung der Rechtspflege i.S.v. Art. 304 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Zwischen diesen Delikten besteht echte Konkurrenz.</i>	
Total Punkte Y		27 +3 ZP

Strafbarkeit des B

Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem		5
	B könnte sich des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem i.S.v. Art. 143 ^{bis} Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit seiner Software zur Bedienung der Zentralverriegelung den Tesla entriegelte.	
Objektiver Tatbestand		5
Angriffsobjekt	Als Angriffsobjekt ist ein Datenverarbeitungssystem erforderlich. Dieser Begriff ist identisch mit demjenigen der Datenverarbeitungsanlage. Darunter versteht man technische Einrichtungen, über welche Informationen in nicht direkt lesbarer, üblicherweise kodierter Form	



	<p>entgegengenommen, automatisiert bearbeitet und wieder abgegeben werden. Klassischerweise ist darunter ein Computer zu verstehen.</p> <p><i>Die Schliessanlage des Tesla wird über die Betriebssoftware des Fahrzeugs gesteuert, womit es sich um ein Datenverarbeitungssystem handelt.</i></p> <p>Das Datenverarbeitungssystem muss für den Täter fremd sein. Dabei ist auf die Zugangsberechtigung abzustellen.</p> <p><i>B hat keine Berechtigung auf die Betriebssoftware des Tesla zuzugreifen.</i></p> <p>Weiter muss die Datenverarbeitungsanlage gegen den Zugriff des Täters besonders gesichert sein. Eine besondere Sicherung kann physisch oder elektronisch vorliegen. Für den potenziellen Täter muss klar ersichtlich sein, dass sein Zugang zu den Daten unerwünscht ist.</p> <p><i>Für B ist offensichtlich erkennbar, dass sein Zugriff auf die Betriebssoftware des Tesla unerwünscht ist. Zudem wird diese durch entsprechende technische Vorkehrungen gesichert sein.</i></p>	
Tathandlung	<p>Der Täter muss auf dem Wege von Datenübertragungseinrichtungen in eine fremde Datenverarbeitungsanlage eindringen. Das Eindringen ist vollendet, wenn er unter Verwendung solcher Übertragungseinrichtungen die ersten Zugangsschranken zur Datenverarbeitung überwunden hat ihm der Zutritt zu Daten bzw. weiteren Schritten der Datenverarbeitung offensteht.</p> <p><i>B gelingt es, über eine Funkverbindung auf die Betriebssoftware des Tesla zuzugreifen. Indem er die Schliessanlage betätigt und die Türen entriegelt, ist die Tathandlung des Eindringens vollendet.</i></p> <p>Das Eindringen muss zudem unbefugt erfolgen, d.h. es darf keine Einwilligung des Berechtigten vorliegen.</p> <p><i>Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass B befugt wäre, in die Betriebssoftware des Tesla einzudringen.</i></p>	
Subjektiver Tatbestand		
Vorsatz	<p>Nur das vorsätzliche unbefugte Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem ist strafbar.</p> <p><i>B handelt mit Wissen und Willen bezüglich aller objektiven</i></p>	



	<i>Tatbestandsmerkmale.</i>	
Rechtswidrigkeit und Schuld		
	<i>Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.</i>	
Zwischenfazit		
	<i>B hat sich des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem gem. Art. 143^{bis} Abs. 1 StGB strafbar gemacht.</i>	
Total Punkte B		
		5

Prüfungsaufbau und Struktur

Formeller Prüfungsaufbau	
	3

Punkte Gesamt	
	35 +3 ZP



Prüfungsteil: Strafrecht BT III

Prof. Dr. F. Meyer / ca. 30% der Gesamtprüfung

Die Lösungsskizze enthält Hinweise zur Lösung und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Umgekehrt ist es für die Erzielung der vollständigen Punktzahl nicht erforderlich, dass die Probleme des Falles in der hier gewählten Tiefe erörtert werden. Bei der Vergabe der Punkte ist darauf zu achten, dass Transferpunkte vergeben werden, wenn Aspekte an anderen Stellen geprüft werden, als in der Skizze vorgesehen.

Erster Sachverhaltsabschnitt: Phase, bis der Demonstrationszug gestoppt wird

Strafbarkeit des E

A. Landfriedensbruch (Art. 260 Abs. 1 StGB)

E könnte sich des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er am Demonstrationszug teilnimmt.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand (Tot. 3.5 Punkte)

Tatbestandsmässig verhält sich, wer an einer *öffentlichen Zusammenrottung* teilnimmt, bei der mit *vereinten Kräften* gegen Menschen oder Sachen *Gewalttätigkeiten* begangen werden.

a) Öffentliche Zusammenrottung

Es müsste eine öffentliche Zusammenrottung vorgelegen haben.

aa) Zusammenrottung

Um als *Zusammenrottung* zu gelten, muss die Menschenansammlung nach aussen als vereinigte Macht erscheinen und von einer für die Friedensordnung bedrohlichen Grundstimmung getragen werden (BGE 124 IV 269, 270 f.). Um von einer friedensbedrohenden Grundstimmung auszugehen, genügt es, wenn die Stimmung einer anfänglich friedlichen Versammlung „derart umschlägt, dass sie leichthin zu den die öffentliche Ordnung störenden Handlungen führen kann“ (BGE 108 IV 33, 34; BGE 124 IV 269, 271).



In casu liegt eine Menschenansammlung von etwa zwei Dutzend Personen vor, die zudem geschlossen in Richtung Kongresszentrum marschiert.

Weiter stellte das Zünden von zwei Rauchpetarden, aufgrund der extremen Hitze, die sie produzieren, eine sehr gefährliche Handlung dar. Diese ist als Gefährdung für Leib und Leben der unmittelbar beteiligten Personen sowie auch für unbeteiligte Dritte zu qualifizieren. Zwar werden die Rauchpetarden nicht auf die Polizisten oder andere unbeteiligte Passanten geworfen, sondern „nur“ hochgehalten. Aufgrund der immanenten Gefahr der Rauchpetarden kann gleichwohl von einem für die Friedensordnung bedrohlichen Akt der Teilnehmer ausgegangen werden. Zudem konnten die umherstehenden Polizisten nicht darauf vertrauen, dass die gezündeten Petarden nicht als Wurfgeschosse verwendet würden oder weitere Rauchpetarden (vor dem Kongresszentrum) gezündet werden sollten. Es handelte sich lediglich um zwei Rauchpetarden, dennoch muss festgehalten werden, dass ein Glasflaschenwurf hinzukam, der je nach Aufprall zu Schädigungen am Körper oder an Sachen führen kann. Auch die Glassplitter sind geeignet, Beeinträchtigungen pathologischer Art hervorzurufen. Hinzu kommen die schrillen Pfiffe sowie das laute Skandieren, welche in einer aggregierten Gesamtschau zu einer friedensbedrohenden Grundstimmung führten; im Sachverhalt ist denn auch von einer „zunehmend aufgeheizten Stimmung“ die Rede.

Dies ist als für den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung bedrohliches Gehabe zu qualifizieren. Es liegt mithin eine friedensbedrohende Grundstimmung vor.

Anmerkung: Die Gegenansicht ist bei guter Argumentation vertretbar. Argumentieren könnte man dahingehend, dass es nicht genügt, wenn der eine oder andere aus einer an sich friedlichen Menge heraus gewalttätig wird bzw. zu fordern ist, dass eine grössere Menge von Teilnehmern gewalttätig wird. So könnte argumentiert werden, dass trotz der sich aufheizenden Stimmung, angesichts der *einen* Glasflasche und der *zwei* Rauchpetarden noch nicht von einer „öffentlichen Zusammenrottung“ gesprochen werden kann, da lediglich 3 Personen sich in einer die Friedensordnung bedrohenden Weise verhalten. Ansonsten würde eine friedliche Demonstration zu schnell durch wenige Personen „kontaminiert“ und zur Zusammenrottung qualifiziert, was auch im Lichte der Versammlungsfreiheit problematisch erscheint (diesen letzten Punkt sollte man aber zumindest im Rahmen der RW ansprechen). Es bestünde die Gefahr, dass jede friedliche Versammlung ex post zur Zusammenrottung würde (BSK/StGB II-FIOLKA, Art. 260 N 14).



bb) *öffentlich*

Um als *öffentliche* Zusammenrottung zu gelten, muss der Eindruck einer grossen, zahlenmässig nicht ohne weiteres bestimmbarer Menge von Menschen entstehen, wobei das BGer bereits eine Gruppe von neun Personen als Zusammenrottung qualifiziert hat. (BGE 70 IV 213, 220). Ferner muss eine unbestimmte Anzahl Personen daran teilnehmen können bzw. es muss sich ein beliebiger Passant daran anschliessen können (vgl. BGE 124 IV 269).

Die vorliegend in Frage stehende Demonstration vom 24. Januar 2018 umfasste insgesamt „etwa zwei Dutzend Personen“, die „geschlossen“ in Richtung Kongresszentrum marschierten. Da die Menschengruppe über die Dorfstrasse marschierte, ist der Teilnehmerkreis nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung potenziell offen. Es handelte sich mithin um eine *öffentliche* Menschenansammlung.

b) Teilnahme an einer öffentlichen Zusammenrottung

E müsste tatsächlich an dieser öffentlichen Zusammenrottung *teilgenommen* haben.

An einer Zusammenrottung nimmt bereits objektiv teil, wer kraft seines Gehabens derart im Zusammenhang mit der Menge steht, dass er sich nicht als bloss passiver, von der Ansammlung distanzierter Zuschauer gebärdet (BGE 108 IV 33, 36). Nicht erforderlich ist mithin für eine Teilnahme i.S.v. Art. 260 Abs. 1 StGB, dass jemand effektiv an Gewalttätigkeiten teilgenommen hätte. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Täter den Gewalthandlungen zustimmt oder sie billigt (BGE 108 IV 33 E. 3a). Entscheidend für die Beurteilung der Teilnahme ist die Perspektive eines unbeteiligten Beobachters; für diesen muss jemand als Bestandteil der Zusammenrottung erscheinen. Es macht dabei zudem keinen Unterschied, ob er sich einer Menschenmenge, die sich in einer für den öffentlichen Frieden bedrohlichen Grundstimmung befindet, anschliesst oder in einer solchen verbleibt.

E läuft bei der bewilligten Demonstration zunächst nur mit. Als aus der friedlichen Menschenmenge heraus eine Glasflasche geworfen wird und Rauchpetarden gezündet werden – und so die friedliche in eine unfriedliche Grundstimmung kippt – verbleibt E bei der Menschenmenge. Bei lebensnaher Auslegung lässt sich daraus schliessen, dass E nicht daran denkt, die Menschenmenge zu verlassen, sondern weiter demonstrieren möchte. Er hält sich auch nicht bewusst abseits oder am Rand. Daher kann nicht von einer passiven distanzierteren Zuschauerrolle die Rede sein. Vielmehr steht E kraft



seines Gehabens mit der Menge derart im Zusammenhang, dass von einer Teilnahme i.S. von Art. 260 Abs. 1 auszugehen ist.

c) Zwischenfazit

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand (1.5 Punkte)

E müsste ausserdem vorsätzlich hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen oder Vergehen mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz reicht aus.

E sah, wie sich die Situation entwickelte und zunehmend aufheizte. Er beobachtete wie zwei Rauchpetarden gezündet wurden und eine Glasflasche als Wurfgeschoss verwendet wurde. Auch die Aufforderung der Polizei, die Demonstration aufzulösen, vernahm er. E musste daher zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre das Vorliegen einer Zusammenrottung und einer friedensbedrohlichen Grundstimmung, welche die Gruppe durchzog, für möglich halten. E wollte dennoch in der Menge bleiben, um weiter zu demonstrieren. Dies war sein Hauptziel. Um dieses zu erreichen, nahm er zumindest in Kauf, durch sein Gebaren Teil einer Menschenansammlung zu sein, die von einer für die Friedensordnung bedrohlichen Grundstimmung getragen wird.

E handelte mit *dolus eventualis* hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

3. Objektive Strafbarkeitsbedingung: Mit vereinten Kräften gegen Menschen oder Sachen begangene Gewalttätigkeiten (1.5 Punkte)

a) Erforderlich ist, dass *Gewalttätigkeiten* gegen Menschen oder Sachen begangen wurden.

Gewalt setzt eine angreifende Handlung gegen Menschen oder Sachen voraus, nicht aber zwingenderweise den Gebrauch von besonderer physischer Kraft (BGE 108 IV 175 E. 4). Massgeblich ist das aggressive Erscheinungsbild einer konkreten Handlung, wobei auch minder schwere Verletzungen sowie Eingriffe in die körperliche Integrität ausreichen können, um als Gewalttätigkeit i.S.v. Art. 260 StGB qualifiziert zu werden. Auch Tätlichkeiten können ausreichen, sofern dem Opfer zumindest vorübergehend physische Schmerzen zugefügt werden. Erfasst wird bereits der



vollendete Versuch von Gewaltdelikten, weshalb für die Bejahung der objektiven Strafbarkeitsbedingung unschädlich ist, wenn ein konkreter Schaden ausbleibt.

Das Zünden der Rauchpetarden hat keine Schäden angerichtet.

Der Wurf einer Glasflasche ist ohne weiteres dazu geeignet, einen Schaden sowie Schmerzen hervorzurufen und als vollendeter Versuch von Gewaltdelikten im oben genannten Sinne zu gelten. Eine Flasche ist ein gefährliches Wurfgeschoss, das zu erheblichen Verletzungen und Schnittwunden führen kann. Es liegt eine aggressive, aktive (versuchte) Einwirkung auf Personen (in casu Polizeibeamte) vor, die durch den Flaschenwurf manifestiert wurde. Es liegt zumindest ein Versuch von Gewalttätigkeiten vor, was für die Bejahung der objektiven Strafbarkeitsbedingung ausreicht.

Anmerkung: Gegenansicht vertretbar, insb. wenn argumentiert wird, dass sich die „Gewalttätigkeiten“ auf Fälle erheblicher physischer Einwirkung, welche man als eigentliche Ausschreitung (und mithin als Bedrohung des öffentlichen Friedens) qualifiziert, beschränken sollten (STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 38 N 23). Weiter kann argumentiert werden, dass der Flaschenwurf zu keinen Schäden (auch zu keinen leichten) an Sachen oder Personen geführt hat. Zudem wurden die Petarden nicht irgendwohin geworfen (vgl. Fall „Wipe out WEF“; krit. Besprechung bei Wohlers, fp 6/2013, 333 ff.).

b) Weiter müssen Gewalttätigkeiten mit *vereinten Kräften* begangen worden sein.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann es bereits ausreichen, dass ein einzelner Teilnehmer solche Handlungen vornimmt, sofern diese als „Tat der Menge“ erscheinen, d.h. die Gewalttätigkeit muss vom die Menge beherrschenden Willen zur Friedensstörung (der bedrohlichen Grundstimmung) getragen sein (BGE 108 IV 33, 35). Dies bedeutet, dass die Gewalttaten symptomatisch für die Grundhaltung, welche die Menge antreibt, sein müssen.

Das Zünden der Rauchpetarden sowie der Flaschenwurf werden durch die schrillen Pfiffe und das Skandierenden antikapitalistischer Parolen begleitet. Insoweit erscheinen sie als Taten der Menge.

Anmerkung: Gegenansicht ist bei guter Argumentation vertretbar; s.o. Es kann argumentiert werden, dass Gewalttaten nicht als „Tat der Menge“ erscheinen, da zu fordern ist, dass mind. *eine grössere Anzahl* von Teilnehmern gewalttätig wird (vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, 195).



c) Die objektive Strafbarkeitsbedingung ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit (2 Punkte)

Fraglich ist, ob das Verbleiben des E beim Demonstrationszug gerechtfertigt war, da er zur *Wahrung berechtigter Interessen* gehandelt hat. Daran wäre zu denken, wenn E so gehandelt hat, wie es ihm das Gesetz (konkret: BV, EMRK) erlaubt (Art. 14 StGB; BSK/StGB I-SEELMANN, Art. 14 N 25 m.w.N. der die Ausübung eines Grundrechts unter „Wahrung berechtigter Interessen“ subsumiert, wobei er an Art. 14 anknüpft). „Wer handelt wie es das Gesetz erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach dem StGB mit Strafe bedroht ist“ (Art. 14 StGB). Daher ist zu prüfen ist, ob E's Tat als Ausübung eines verfassungsmässig garantierten *Freiheitsrechts* zu qualifizieren und daher gerechtfertigt ist.

Demonstrationen sind eine besondere Form der Versammlung und bezeichnen Kundgebungen mit dezidiertem Appellfunktion. Sie sind durch Art. 22 BV, Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützt und gewährleisten dem Einzelnen das Recht, sich in unterschiedlichster Form und im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsäussernden Zweck zusammenzufinden. Geschützt werden nur friedliche Versammlungen. Auch eine ursprünglich friedliche Versammlung, in deren Verlauf es zu einzelnen Auseinandersetzungen zwischen Personen kommt, bleibt eine grundrechtsgeschützte Versammlung; ansonsten hätten wenige Teilnehmer oder Dritte es in der Hand, eine Versammlung rechtswidrig werden zu lassen (SG Kommentar/BV-ERRASS, Art. 22 N 23 m.w.N.).

Vorliegend handelte es sich um eine bewilligte Demonstration zur Meinungsbildung und Meinungskundgebung, namentlich eine Kundgebung gegen das WEF in Davos. Sie genoss verfassungsrechtlichen Schutz (vgl. BGE 132 I 256 E. 3). Fraglich ist, ob Gewaltakte, die von einzelnen Teilnehmern begangen werden, die ganze Demonstration unfriedlich werden lassen. Unfriedlichkeit ist indes nur anzunehmen, wenn sie der *Versammlung als Ganzes* zugerechnet werden kann und der kommunikative Zweck der Veranstaltung völlig in den Hintergrund tritt. Ob die konkrete Versammlung in der Art und Weise durch Gewaltakte durchgezogen war, dass sie *in toto* als unfriedlich zu qualifizieren und hernach nicht mehr vom verfassungsrechtlichen Schutz gedeckt wird, ist eine schwierige Einzelfallfrage.

Entscheidend ist aber, dass vorliegend während der Demonstration Gewaltakte begangen wurden (s.o.), woraufhin die Polizei Massnahmen zum Schutz des öffentlichen Friedens, der Ordnung und



Sicherheit durchführte. Diese können das Recht auf Versammlungsfreiheit einschränken (Art. 36 BV). Vorliegend kollidierten das Interesse nach öffentlichem Frieden, Ruhe und Ordnung mit dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Versammlungsfreiheit. Entscheidend ist hier, dass die Polizei aus Effektivitätsgründen bei der Bewertung der Lage und der Abwägung der verfassungsrechtlichen Interessen eine Einschätzungsprärogative hat; üben die allgemein zuständigen Kräfte ihre Befugnisse bei einer ex ante-Betrachtung ohne Nichtigkeitsbegründende Mängel aus, dann sind die Anordnungen und Bewertungen und mithin die Grundrechtseinschränkung zu dulden. Daher war es den Polizeibeamten, nach einer *ad hoc* durchgeführten Verhältnismässigkeitsprüfung erlaubt, die bewilligte Demonstration aufzulösen. Insoweit war der Polizeieinsatz formell rechtmässig.

Das Verhalten von Emil war im Umkehrschluss nicht gerechtfertigt.

Anmerkung: Ebenfalls erlaubt ist es, wenn argumentiert wird, dass die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit dort ihre Grenzen findet, wo es um die Einhaltung des Strafrechts (in casu Art. 260 StGB) geht (BGE 108 IV 33, 38; BGE 101 Ia 172, 181 E. 6).

Dort wo der Gesetzgeber einem Rechtsgut, namentlich der öffentlichen Friedensordnung, einen besonderen strafrechtlichen Schutz hat angeeignet lassen, kann die Ratio der Strafnorm nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung konterkariert werden (vgl. BGE 108 IV 33, 38). Diese Argumentation ist letztlich zirkulär, wird aber erlaubt.

III. Schuld (1.5 Punkte)

Fraglich ist, ob E schuldhaft gehandelt hat. Dies wäre nicht der Fall, wenn er sich bei der Teilnahme an der Demonstration in einem unvermeidbaren indirekten Verbotsirrtum (Erlaubnisirrtum) befunden hätte. Zu prüfen ist daher, ob E einem indirekten Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) unterlag.

Ein indirekter Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter einen Rechtfertigungsgrund als gegeben ansieht, obwohl dieser gar nicht anerkannt ist; oder wenn der Täter einen anerkannten Rechtfertigungsgrund zu seinen Gunsten zu weit auslegt.

Laut Sachverhalt ärgert sich E heftig darüber, dass sein verfassungsmässiges Recht auf Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit (aus seiner Sicht) verletzt wird. Insoweit geht er davon aus, dass sein Verhalten verfassungsrechtlich gedeckt ist. Die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens war ihm nicht bewusst. Er hatte nicht einmal ein bloss unbestimmtes Empfinden, etwas



Unrechtes zu tun. Im vorliegenden Fall denkt E vielmehr, dass die Polizei sein Recht verletzt hat. Deshalb denkt er nicht daran, mit dem Demonstrieren aufzuhören. Er verlässt deshalb die Menschenmenge nicht.

Bei der Frage, ob ein Erlaubnisirrtum die Schuld ausschliesst, stellt das BGer darauf ab, ob auch ein gewissenhafter Mensch, sich hätte in die Irre führen lassen“ (BGE 104 IV 217, 220 f.).

Zwar geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, dass E am (vermeintlichen) Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes zweifelte. E hätte aber an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zumindest zweifeln müssen, da er den amtlichen Anordnungen zuwiderhandelte und sich gegen die expliziten Anordnungen der Polizei stellte, indem er bei der Menschenansammlung stehen blieb. Zudem bestanden nach objektiver Betrachtung sachliche Gründe, welche die Polizeihandlung zumindest als nicht offensichtlich rechtswidrig erscheinen liessen. E hätte angesichts der Rauchpetarden, der Glasflasche als Wurfgeschoss sowie an der „aufgeheizten Stimmung“ Zweifel am Bestehen eines Erlaubnisgrundes haben müssen. Insoweit kann er sich nicht auf einen unvermeidbaren Irrtum berufen.

E befand sich in einem *vermeidbaren Verbotsirrtum* i.S.v. Art. 21 StGB

IV. Ergebnis

E hat sich des Landfriedensbruchs i.S.v. Art. 260 Abs. 1 StGB strafbar gemacht; aufgrund eines vermeidbaren Verbotsirrtums hat das Gericht die Strafe gemäss Art. 21 StGB zu mildern.



2. Sachverhaltsabschnitt: Phase, in der die Menschenmenge die „Polizei-Blockade“ frontal zu „durchbrechen“ versucht, indem sie weiterlaufen und sich mit dem Körper durch die Polizeikette drängen wollen

C. Gewalt und Drohung gegen Behörden oder Beamte (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB)

E könnte sich der Gewalt oder Drohung gegen Beamte i.S.v. Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er der Auflösungsverfügung nicht Folge leistet, sondern die Menschenmenge von hinten anschiebt und anstösst.

Tatbestandsmassigkeit (Tot.: 5 Punkte)

I. Objektiver Tatbestand

Tatbestandsmässig verhält sich, wer einen *Beamten* durch *Gewalt* oder Drohung an einer *Handlung*, die *innerhalb seiner Amtsbefugnisse* liegt, *hindert* oder während einer Amtshandlung tätlich angreift.

a) Tatobjekt: Beamte oder Behörde

Als „Beamte“ gelten sämtliche Personen, die kraft staatlicher Anstellung eine amtliche Funktion ausüben. Die Legaldefinition von Art. 110 Abs. 3 StGB umfasst Beamte sowohl im institutionellen als auch funktionalen Sinn. Der Beamte agiert typischerweise nicht unabhängig, sondern ist *weisungsgebunden*.

Unter dem Begriff der „Behörde“ fallen sämtliche öffentlich-rechtlichen Organe der Legislative, Exekutive und Judikative, wobei auch einzelne *Behördenmitglieder* darunter fallen. Sie führen *unabhängig* eine öffentliche Aufgabe aus. Die Polizeibeamten sind der Exekutive angegliedert. Sie stehen in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis. Ihre Tätigkeit erfolgt nicht in Unabhängigkeit vom Staat, sondern im Rahmen und zur Durchsetzung von dessen konkreten Vorgaben. Die Polizeibeamten sind *Beamte im institutionellen wie im funktionalen Sinn*.

b) Amtshandlung

Als Amtshandlung gilt jede Tätigkeit eines Amtsträgers in seiner öffentlich-rechtlichen Funktion, die innerhalb der Amtsbefugnisse liegt (BSK/StGB II-HEIMGARTNER, vor Art. 285 N 9). Zudem muss die Amtshandlung hinreichend konkret sein.

aa) ...innerhalb der Amtsbefugnisse

Fraglich ist, ob die Handlung der Polizei innerhalb ihrer Befugnis gelegen hat.



Die Polizei hat die Kompetenz, die vom Strafrecht gesetzten Grenzen zu wahren sowie Polizeigüter vor gegenwärtigen oder künftigen Gefahren zu schützen. Sie ist befugt, Personen oder Menschenansammlungen zur Erreichung dieses Ziels anzuhalten oder wegzuweisen.

Vorliegend haben die Polizeibeamten, aufgrund der sich zunehmend aufheizenden Stimmung und der gezündeten Rauchpetarden sowie dem Glasflaschenwurf, den Demonstrationszug gestoppt und die Demonstranten aufgefordert, die Demonstration aufzulösen. Durch die Ansage, die Demonstration sei aufzulösen und durch das konkludente Verbot des Weitermarschierens (durch die Errichtung einer Polizei-Blockade) ist dies auch hinreichend konkret kommuniziert worden.

Es lag mithin eine Handlung innerhalb der Amtsbefugnisse vor.

bb) Rechtmässigkeit der Amtshandlung

Fraglich ist, ob die Amtshandlung strafrechtlichen Schutz i.S.v. Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB geniesst. Grundsätzlich ist auch eine materiell und/oder formell rechtswidrige Amtshandlung als Amtshandlung vom Schutz von Art. 285 Ziff. 2 StGB umfasst (BSK/StGB II-HEIMGARTNER, vor Art. 285 N 16 f.). Gemäss der „Evidenztheorie“ des öff. Rechts verliert eine Amtshandlung den strafrechtlichen Schutz nur, wenn sie nichtig ist, d.h. wenn sie an einem *schweren* und *offensichtlich erkennbaren* materiellen oder formellen Rechtsmangel leidet (vgl. BGE 6 B_393/2008, v. 8.11.2008; BGE 104 Ia 176, 115). Für das BGer ist die Nichtigkeit der Amtshandlung noch nicht hinreichend; weiter wird gefordert, dass die *Rechtssicherheit* durch Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 6B_393/2008, v. 08.11.2008). Zudem dürfen Rechtsmittel keinen wirksamen Schutz garantieren und der Widerstand muss der Bewahrung oder Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dienen (BGE 98 IV 41, 45).

Vorliegend erscheint die Aufforderung zur Auflösung der Demonstration, aufgrund der Gewalttätigkeiten (s.o.) als eine Amtshandlung, die nicht an einem offensichtlich schwerwiegenden Mangel leidet. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist anzunehmen, dass Polizeihandeln praktisch verunmöglicht würde, wenn man die Rechtmässigkeits- bzw. Nichtigkeitsprüfung einer strittigen Massnahme in die Hände der jeweils von der Massnahme betroffenen Personen legt. Daher ist nur die offensichtlich rechtswidrige Polizeihandlung keine Amtshandlung i.S. von Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. An dieser Offensichtlichkeit fehlt es aber vorliegend.

Es liegt eine Amtshandlung i.S.v. Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB vor.



Anmerkung: Die Gegenansicht ist wegen der harten Linie des BGer nur schwer begründbar. Es liegt danach eine implizierte Duldungspflicht der Bürger bei rechtswidrigen Amtshandlungen vor. Selbst wenn man eine solche Rechtswidrigkeit aufgrund eines schweren Eingriffs in Grundrechte und Rechtsgüter der Demonstranten bejahen wollte (BSK/StGB I-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N19), müsste die

Polizeimassnahme *offensichtlich* nichtig sein, was hier kaum zu bejahen ist.

Eine Gegenposition müsste die Rspr. grundsätzlich kritisieren, weil sie verfassungsrechtlich falsche Schwerpunkte setzt und den Bürger bei der Ausübung seiner Freiheiten unzulässig hemmt. Es müsste dann aber auch erklärt werden, wie man mit den Effektivitätseinbussen umgehen will und wo die Grenzen liegen.

c) Hinderung einer Amtshandlung

E müsste diese Amtshandlung auch gehindert haben.

Die Hinderung einer Amtshandlung liegt bereits dann vor, wenn die Art und Weise der Beeinträchtigung dazu führt, dass die Amtshandlung nicht reibungslos durchgeführt werden kann (BGE 103 IV 186 f.). Eine eigentliche Verhinderung ist nicht erforderlich; eine Behinderung reicht aus, wobei eine gewisse Erheblichkeit erforderlich ist.

Vorliegend versucht E, gemeinsam mit den anderen Demonstranten, die Polizei-Blockade zu durchbrechen, indem er die vor ihm stehenden Demonstranten anschiebt und anstösst. E widersetzt sich damit der Polizei-Blockade und möchte sich nicht am Weiterlaufen hindern lassen. Es liegt ein aktives Störverhalten vor, welches das reibungslose Stoppen und Auflösen der Demonstration in erheblichem Masse erschwert und verzögert. Dadurch wird die Amtshandlung, den Demonstrationszug zu stoppen und aufzulösen, gehindert.

d) Durch Gewalt

Die Hinderung durch E müsste durch Gewalteininsatz erfolgt sein.

Gewalt setzt eine physische Einwirkung auf den Amtsträger voraus, wobei ein Mindestmass an Eingriffsintensität vonnöten ist. Die Gewalt kann in Form der mittelbaren oder unmittelbaren Einwirkung auf den Körper erfolgen. Massgebend sind relative Kriterien zur Bestimmung der vorausgesetzten Intensität. In Fällen, in welchen Handlungen von Polizeibeamten gehindert werden, ist aufgrund ihrer Konstitution und Ausrüstung eine physische Einwirkung von einiger Intensität erforderlich.



In casu hat E sich entschieden, die vor ihm stehenden Demonstranten anzuschieben und kräftig anzustossen, um den „physischen Druck an der vorderen Front“ der Gruppe zu erhöhen und so letztlich die Polizei-Blockade zu durchbrechen.

Die Handlung des E wendet sich gegen die Polizeibeamten und ist von einer aggressiven Kraftentfaltung gegen die Beamten begleitet. Durch das Schieben und Stossen trägt Emil dazu bei, dass sich in der ersten Reihe, der Druck auf die Polizeikette erhöht, um den Durchbruch zu realisieren. Diese physische vermittelte Einwirkung wird aus der Menge heraus getätigt und ist hinreichend.

Die Amtshandlung wird durch Gewalt gehindert.

e) Qualifikation 1 (Ziff. 2 Abs. 1): Teilnahme an Zusammenrottung

Bzgl. „Zusammenrottung“ und „Teilnahme“ an Zusammenrottung s. oben; hinzutreten die Handgreiflichkeiten und Schubereien gegen die Polizisten, mit dem Ziel die Polizei-Blockade zu durchbrechen, was eindeutig für die friedensbedrohende Grundstimmung der beteiligten Menschenmenge insgesamt spricht.

Die begangene „Tat“ gem. Ziff. 1 ist **objektive Strafbarkeitsbedingung**. Die Teilnahme an der Zusammenrottung wird als solche bestraft; Ereignisse (Hinderung durch Gewalt) im Kontext der Zusammenrottung müssen nicht vom Vorsatz des E erfasst sein.

Vorliegend wurden bereits Gewalttätigkeiten (Flaschenwurf, Rauch-Petarden) in einem zusammengerotteten Haufen begangen (s. oben); allerdings ändert sich danach der Bezugspunkt: Die Handgreiflichkeiten und Schubereien an der Front der Menschenmenge richten sich explizit *gegen die Beamten und die von ihnen errichtete Blockade bzw. ihre intendierte Amtshandlung*. Der aufgebaute Druck zur Durchbrechung der Blockade ist als Gewalttätigkeit i.S.v. Art. 285 StGB zu qualifizieren. Diese Tathandlung wird aus der Zusammenrottung heraus vorgenommen, weshalb Ziff. 2 Abs. 1 erfüllt ist.

f) Qualifikation 2 (Ziff. 2 Abs. 2): Teilnehmer verübt Gewalt an Personen und Sachen (aktive Beteiligung)

Die Hinderung *durch E* müsste durch *Gewalteinsatz* erfolgt sein. Vorliegend ist von einer aktiven Beteiligung des E an der Zusammenrottung auszugehen, da er vermittelt Gewalt *aus der Menge* heraus gegen die Polizeibeamten bzw. ihre Blockade anwendete (s. bereits oben).



Dadurch wurde die Amtshandlung gehindert, weshalb Ziff. 2 Abs. 2 erfüllt ist.

g) Fazit

Der objektive Tatbestand ist in seiner qualifizierten Form gemäss Ziff. 2 Abs. 2 erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand (1.5 Punkte)

E müsste zudem vorsätzlich hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen oder Vergehen mit Wissen und Willen ausführt, wobei i.d.R. Eventualvorsatz ausreicht (Art. 12 Abs. 2 StGB).

E musste wissen, dass es sich bei den Polizisten um Beamte handelte und er musste zumindest in der Laiensphäre wissen, dass ihre Aufforderungen, die Demonstration zu stoppen und aufzulösen, als Amtshandlung zu qualifizieren waren.

Diese Amtshandlung wollte E hindern, da er mit der Menschenmenge weiter marschieren wollte.

Als Emil sah, wie sich die Menschenmenge durch die Polizeikette drängen wollte und wie sich die Situation am vorderen Teil der Gruppe entwickelte und in Handgreiflichkeiten mündete, entschied er sich, Gewalt anzuwenden. Das durch E verfolgte Ziel, die Polizei-Barrikade durch physische Kraft zu überwinden, konnte nur durch massiven Kraftaufwand und einer erheblichen Eingriffsintensität erreicht werden. Er wusste, dass er mit körperlicher Kraft vermittelt auf die Amtsträger einwirkte und wollte diese Gewalteinwirkung auch hervorrufen. Sein primäres Ziel war es zwar, durch das Schieben und Stossen sein Recht auf Versammlung- und Meinungsäusserungsfreiheit vor dem Kongresszentrum wahrzunehmen. Dazu war das Durchbrechen der Kette aber ein notwendiges Zwischenziel. Es lag mithin auf der Willenseite bzgl. der hindernden Gewalteinwirkung *dolus directus ersten Grades* vor.

E konnte zudem überblicken, wie sich die Situation insgesamt entwickelte. Daher musste sich E zumindest in einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst sein, dass er an einer öffentlichen Zusammenrottung teilnahm. Er nahm dies zur Erreichung seines eigentlichen Handlungsziels auch billigend i.S.d. Eventualvorsatzes in Kauf.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

III. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Begehung einer „Tat“ gemäss Ziff. 1: S.o; die objektive Strafbarkeitsbedingung ist gegeben.



IV. Rechtswidrigkeit (1.5 Punkte; hier aber anderer Bezugspunkt)

Fraglich ist, ob das Verbleiben des E beim Demonstrationszug gerechtfertigt war, da er zur *Wahrung berechtigter Interessen* gehandelt hat; zu den Definitionen s.o.

Daher ist zu prüfen ist, ob E's Tat als Ausübung eines verfassungsmässig garantierten *Freiheitsrechts* zu qualifizieren und daher gerechtfertigt ist. Demonstrationen sind eine besondere Form der Versammlung und bezeichnen Kundgebungen mit dezidierter Appellfunktion. Sie sind durch Art. 22 BV, Art. 11 Abs. 1 EMRK (bzw. Art. 10 EMRK) geschützt und gewährleisten dem Einzelnen das Recht, sich in unterschiedlichster Form und im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsaussernden Zweck zusammenzufinden. Geschützt werden nur friedliche Versammlungen (s.o.).

Die vorliegend bewilligte Demonstration vom 24. Januar 2018 war zur Meinungsbildung und – kundgebung gegen das WEF in Davos gedacht, weshalb sie grundsätzlich verfassungsrechtlich geschützt ist (BGE 132 I 256 E. 3). Geschützt werden nach h.L. aber nur friedliche Versammlungen, was vorliegend äusserst fragwürdig erscheint, da sich die Versammlungen derart aufgeheizt hat, dass sie sich *gegen die Polizeikette* und die Auflösungsanordnung richtet, indem sie die Absperrung zu durchbrechen versucht. Gemäss dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass sich die Demonstration in eine friedliche und eine aggressive Gruppe o.Ä. gespalten hätte. Der kommunikative Charakter ist zum Zeitpunkt als die Menschenmenge versucht, die Barrikade gewaltsam zu durchbrechen, in den Hintergrund getreten. Die Handlungen von E (schieben, stossen, schubsen) wären danach nicht gerechtfertigt. Zu hinterfragen ist aber, ob dies auch dann gilt, wenn die Unfriedlichkeit durch unzulässig grundrechtsbeschränkendes Verhalten der Ordnungskräfte provoziert wurde. Hier stellen sich dieselben Fragen wie bei der ersten Versammlungsphase. Ein Bürger muss sich zum Schutz seiner Rechte grundsätzlich wehren dürfen. Fraglich ist allein der Umfang der Duldungspflichten, der wiederum mit der Bewertungshoheit über Friedlichkeit der Versammlung und Notwendigkeit der Auflösung zusammenhängt. Diese Prärogative weist das geltende Recht über den formellen Rechtmässigkeitsbegriff (s.o.) im Wesentlichen der Exekutive zu. Da es vorliegend an einer Nichtigkeit fehlt, wäre auch der Grundrechtsschutz, den E beanspruchen kann, von vornherein entsprechend reduziert.

Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.



Anmerkung: Ebenfalls erlaubt ist es, wenn man wie das BGer argumentiert, nämlich dass die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit dort ihre Grenzen findet, wo es um die Einhaltung des Strafrechts (in casu Art. 260 StGB) geht (BGE 108 IV 33, 38; BGE 101 Ia 172, 181 E. 6).

Dort wo der Gesetzgeber einem Rechtsgut, namentlich der öffentlichen Friedensordnung, einen besonderen strafrechtlichen Schutz hat angeeignet lassen, kann die Ratio der Strafnorm nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung konterkariert werden (vgl. BGE 108 IV 33, 38). Diese Argumentation ist letztlich zirkulär, wird aber erlaubt.

Entscheidend ist, dass erkannt wird, welche Interessen hier kollidieren und dass die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit nach der Rechtsprechung des BGer ihre Schranke dort findet, wo es um die Einhaltung strafrechtlicher Grenzen geht.

Auch zulässig ist die Argumentation, wonach eine verfassungskonforme Auslegung zu einer restriktiven Auslegung von Art. 260 StGB führen sollte.

V. Schuld (+1.5 Punkte; Anpassung an die neue Situation)

Fraglich ist, ob E schuldhaft gehandelt hat. Dies wäre nicht der Fall, wenn er sich bei der Teilnahme an der Demonstration in einem unvermeidbaren indirekten Verbotsirrtum befunden hätte. Zu prüfen ist daher, ob E einem indirekten Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) unterlegen ist; Definitionen: S.o. Laut Sachverhalt ärgert sich E heftig darüber, dass sein verfassungsmässiges Recht auf Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit (aus seiner Sicht) verletzt wird. Er geht auch nach der Auflösungsanordnung davon aus, dass sein Verhalten verfassungsrechtlich gedeckt ist.

Damit dieser Erlaubnisirrtum die Schuld ausschliesst, stellt das BGer darauf ab, ob auch ein gewissenhafter Mensch, sich hätte in die Irre führen lassen“ (BGE 104 IV 217, 220 f.).

Zu prüfen ist, ob E einem Verbotsirrtum unterlegen ist, da er weiterhin entschlossen ist, sein Recht auszuüben, entscheidet beim Demonstrationszug zu bleiben und anfängt, die vor ihm stehenden Demonstranten kräftig anzuschieben und anzustossen, um den physischen Druck am vorderen Teil der Gruppe zu erhöhen und letztlich so die Polizei-Blockade zu „durchbrechen“.

Zwar geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, dass E am (vermeintlichen) Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes zweifelte. Nach objektiver Betrachtung hätte E, angesichts der polizeilichen Anordnung, der durch ihn beobachteten Schubereien und Handgreiflichkeiten, sowie dem Versuch, die Polizeikette zu durchbrechen, genügend Anlass gehabt, an der Rechtmässigkeit seines eigenen Handelns zu zweifeln. Er handelte amtlichen Anordnungen durch Gewalt (s.o.) zuwider, was



zumindest ein Nachdenken über die Bewertungshoheit und die Richtigkeit seiner eigenen Bewertungen hätte aufkommen lassen sollen; auch wenn ihm in der konkreten Situation kein Anwalt zur Seite stand und Rechtsrat unmittelbar nicht zugänglich war. Er hätte möglicherweise vor Ort das Gespräch suchen sollen. Sein Irrtum war daher vermeidbar, womit seine Schuld nicht entfällt. Das Gericht hat die Strafe aber zu mildern (Art. 21 StGB).

VI. Ergebnis

E hat sich der Gewalt gegen Beamte, ausgeführt in einem zusammengerotteten Haufen, strafbar gemacht (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Das Gericht hat die Strafe zu mildern (Art. 21 StGB).

C. Konkurrenz (1.5 Punkte)

Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB steht mit Art. 260 Abs. 1 StGB in *echter Konkurrenz*, da beide TB verschiedene Rechtsgüter schützen (öffentlicher Friede und Funktionieren staatlicher Organe u. staatliche Autorität) und sich die Gewalt im Kontext von Art. 260 Abs. 1 StGB nicht ausschliesslich gegen Beamte bzw. ihre Amtshandlungen richtet.

In casu aktualisiert sich der deliktische Handlungswille von E zum Zeitpunkt der Polizei-Blockade neu; diesmal mit dem Willen zur vermittelten Gewalteinwirkung zur Erreichung seiner spezifischen Ziele.

Anmerkung: Eine gegenteilige Bewertung ist möglich: Zwischen Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB und Art. 260 Abs. 1 StGB besteht unechte Konkurrenz, da der Landfriedensbruch wertungsmässig von Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB umfasst wird, noch weitere Unrechtselemente enthält (vgl. Mindeststrafe) und zudem eine natürliche Handlungseinheit vorliegt.

Anmerkung 2: Falls Art. 286 StGB und Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 geprüft wurden: Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 verdrängt Art. 286 StGB im Sinne der Spezialität, da er Letzteren vollumfänglich einschliesst und weitere Tatbestandsvoraussetzungen enthält, die die Tat näher charakterisieren (Gewalt, öffentliche Zusammenrottung). Insofern besteht unechte Konkurrenz.



Dritter Sachverhaltsabschnitt: Gewähren der WM-Tickets

A. Bestechung von Amtsträgern (Art. 322^{ter} StGB)

Indem V dem Björn zwei Tickets für das WM-Finale zukommen liess, könnte er sich gemäss Art. 322^{ter} StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand (Tot. 6 Punkte)

Tatbestandsmassig verhält sich, wer einem *Mitglied einer Behörde*, im *Zusammenhang* mit dessen *amtlicher Tätigkeit* für eine *pflichtwidrige* oder eine *im Ermessen stehende Handlung* oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen *nicht gebührenden Vorteil* anbietet, verspricht oder gewährt.

a) Adressat: Beamte oder Mitglied einer Behörde

Als Mitglied einer Behörde gelten „Organe der Gemeinwesen aller drei Gewalten“: Legislative, Exekutive und Judikative, wobei auch einzelne Behördenmitglieder darunter fallen (BSK/StGB II-PIETH, Art. 322^{ter} N 15 m.w.N.). Im Gegensatz zu Beamten sind Behörden in ihrer Aufgabenwahrnehmung weitgehend unabhängig.

Als Beamte gelten „die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie die Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind, oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben“ (Art. 110 Abs. 3 StGB). Gemeint sind Beamte im institutionellen als auch funktionalen Sinn (BSK/StGB II-PIETH, Art. 322^{ter} N 6), wobei sie typischerweise weisungsgebunden sind.

Björn ist als Staatsanwalt Mitglied der Strafverfolgungsbehörde und übt in seiner Funktion die hoheitliche Aufgabe der Strafverfolgung aus. Zudem agiert Björn nach Massgabe der StPO unabhängig, weshalb er als *Behördenmitglied* zu qualifizieren ist.



b) Tathandlung: Gewähren eines nicht gebührenden Vorteils

„Gewähren“ bedeutet das Zukommenlassen eines Vorteils, wobei durch die Annahme des Angebots durch den Adressaten die Vollendung eintritt. Als Vorteile gelten gem. h.L. sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen sowohl materieller als auch immaterieller Natur, wenn der Amtsträger/Dritte zur Annahme nicht berechtigt ist. (BSK II-PIETH, Art. 322^{ter} N 24). Der Amtsträger darf keinen Anspruch auf den Vorteil haben.

Der Vorteil ist materieller Art. Björn nimmt die Tickets an, indem er sie einsteckt. Er hat ausweislich des Sachverhalts keinen rechtlichen Anspruch auf die Tickets.

Ferner ist eine Zuwendung in diesem Ausmass auch dienstrechtlich nicht erlaubt (Art. 322^{decies} StGB). Ein geringfügiger, sozial üblicher Vorteil liegt hier nicht vor. Es handelt sich nicht um ein Höflichkeitsgeschenk von geringem Wert. Die zwei WM-Tickets für das Finalspiel dürften einen Wert von mind. mehreren hundert Franken haben. Damit liegen sie wertmässig klarerweise oberhalb dessen, was im Rahmen eines sozialadäquaten Austausches von Höflichkeiten, die typischerweise eine Höhe von 100 Franken nicht übersteigen sollten, zulässig wäre. Zumal ist hier der eindeutige Bezug zu einer bestimmten Amtshandlung zu bedenken, der für einen gänzlichen Ausschluss jeglicher Vorteilszuwendung sprechen könnte, wie es die Richtlinien im Kanton Zürich auch vorsehen.

c) Zusammenhang mit Amtstätigkeit

Die intendierte Handlung muss *im Zusammenhang* mit Björns *amtlicher Tätigkeit* als Pikett-Staatsanwalt stehen.

Als zuständiger Staatsanwalt hat Björn über den weiteren Verlauf des Verfahrens zu entscheiden. Er kann das Verfahren einstellen, ein Vorverfahren einleiten, E befragen und/oder E in Untersuchungshaft versetzen lassen, oder aber aus Opportunitätsgründen kein (Vor-)Verfahren einleiten bzw. eine Nichtanhandnahme verfügen.

Vorliegend fällt die intendierte Handlung der Freilassung bzw. der Nicht-Verfolgung der Tat in den Zuständigkeitsbereich von Björn.

Es besteht ein Zusammenhang mit seiner Amtstätigkeit



c) Tatzweck: Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung

Ferner muss die Gewährung des Vorteils „für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung“ des Amtsträgers erbracht werden, und diese muss „im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit“ stehen.

Pflichtwidrigkeit ist anzunehmen, wenn die Handlung auf sachfremden Motiven oder fehlerhaftem Verfahren beruht (BSK/StGB II-PIETH, Art. 322^{ter} N 43 ff.); wenn also der Amtsträger gegen eine öffentlich-rechtliche Norm verstösst, die sein Verhalten umschreibt. Darunter fallen auch Fälle der Ermessensüberschreitung und -unterschreitung sowie die fehlerhafte Ermessensausübung; erfasst sind weiter Entscheide, die gegen das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Willkürverbot verstossen.

Ermessensentscheide werden pflichtwidrigen Entscheiden gesetzlich gleichgestellt. Dabei ist es unbeachtlich, ob sie sachlich zu beanstanden sind (STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 62 N 12).

V bietet Björn die Tickets an, da er ein (medienwirksames) Strafverfahren gegen seinen Sohn verhindern und ihn freibekommen möchte. Dadurch intendiert er, dass die grundsätzliche Pflicht der Strafbehörden, Widerhandlungen allgemein zu verfolgen und zu sanktionieren (Art. 7 Abs. 1 StPO), verletzt wird. Im Ergebnis wünscht sich V, dass kein Strafverfahren eingeleitet wird und sein Sohn frei kommt. Björn solle seine „Milde“ walten lassen, was angesichts des Kontexts (Verhaftung des Sohnes, WEF in Davos und Freundschaft zwischen V und Björn) nur dahingehend interpretiert werden kann, dass Björn seine Möglichkeiten, die er als Staatsanwalt hat, voll im Sinne von E ausschöpfen soll. Dies impliziert, dass Björn E aus *Opportunitätsgründen nicht strafrechtlich verfolgen* soll (vgl. Art. 8 StPO i.V.m. Art. 52 ff. StGB). Damit intendiert V, Einfluss auf eine (begrenzt) im Ermessen des B liegende Entscheidung zu nehmen, selbst wenn das künftige Verhalten von Björn im Ergebnis vertretbar erscheinen mag (ein konkreter *Bestechungserfolg* ist nicht erforderlich; vielmehr ist das Delikt mit dem „Gewähren“ vollendet).

Anmerkung: Bei entsprechender Argumentation kann auch vertreten werden, dass V die Freilassung bzw. die Nicht-Einleitung des Strafverfahrens unabhängig davon erwirken möchte, ob es im Rahmen des gebundenen Ermessens des Björn geschieht oder in pflichtwidriger Verletzung objektiven Rechts, namentlich der Strafverfolgungspflicht (Art. 7 StPO) geschieht. Ebenso wäre bei entsprechender Begründung vertretbar, explizit von einer Pflichtverletzung auszugehen.



d) Äquivalenzzusammenhang

Der Vorteil muss gerade *für* das betreffende Verhalten des Amtsträgers angeboten, versprochen oder gewährt werden (*quid pro quo*).

Erforderlich ist, dass die Handlung des Beamten mindestens ihrer Art nach bestimmbar war (BGE 118 IV 316). Nach der gesetzlichen Bestimmung muss der in Aussicht gestellte Vorteil gerade *für* die intendierte Amtshandlung angeboten, resp. gewährt werden. Ein real eingetretener Bestechungserfolg ist ebenso wenig erforderlich wie der Abschluss einer zweiseitigen Unrechtsvereinbarung. Es genügt die einseitige „Unrechtswidmung“.

Vorliegend signierte V das Geschenk mit den Worten „Für deine Milde und unsere gute alte Freundschaft – dein V.“ Angesichts der zeitlichen Nähe zur Verhaftung von E, der Zuständigkeit von Björn und der Freundschaft zwischen Björn und V ist die intendierte Handlung in ihrem sachlichen Gehalt in groben Zügen erkennbar. Aus dem Wesen der Tätigkeit eines Staatsanwalts folgt, dass er im Anfangsstadium entscheidet, ob eine Vorermittlung eingeleitet wird oder nicht bzw. gar Untersuchungshaft angeordnet werden soll oder nicht. Der Äquivalenzzusammenhang zwischen Vorteil und Freilassung bzw. Nicht-Einleitung der Strafverfolgung wird wegen dieses Tätigkeitsbezugs aus Sicht des V klar hergestellt. Dabei spielt es keine Rolle was danach Björn effektiv tut bzw. was seine Intentionen sind. Entscheidend ist lediglich die von V intendierte Handlung, welche sich anhand des Kontextes auf eine *Freilassung* des E sowie ein *Absehen von der Einleitung einer Strafuntersuchung* verengt.

e) Fazit

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

Anmerkung: Andere Ansicht schwer vertretbar, bei guter Argumentation dennoch möglich. Insb. wenn gut dargelegt wird, dass der Bezug zu einer Handlung nicht konkret genug ist. Dann müsste aber in jedem Fall Art. 322^{quinquies} StGB bzw. die versuchte Deliktsbegehung geprüft werden. Bei ersterem muss der Vorteil zumindest abstrakt geeignet sein, um auf die zukünftige Amtsführung des Empfängers i.S. einer Klimapflege einzuwirken bzw. günstig zu stimmen.

II. Subjektiver Tatbestand (2 Punkte)

Gefordert wird, dass V mit Vorsatz gehandelt hätte, wobei *dolus eventualis* genügt (Art. 12 Abs. 2 StGB).



V wusste um die Tatsache, dass sein Sohn E verhaftet wurde; er wusste auch dass Björn der zuständige Staatsanwalt war und als solcher als Behördenmitglied einzustufen war. V musste ferner um die Unvereinbarkeit seiner intendierten Handlung mit der Unabhängigkeit und Objektivität der Strafverfolgungsbehörden wissen. Zumindest war es ihm in einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst, dass die WM-Tickets einen nicht gebührenden Vorteil zu Gunsten des Björn darstellten, der das sozialübliche Mass sprengte. Auch wusste er, dass es gerade im Zuständigkeitsbereich des Pikett-Staatsanwalts lag, über eine allfällige Freilassung oder Nicht-Einleitung eines Strafverfahrens zu entscheiden. Es ging V gerade um die intendierte Ermessensentscheidung. V wollte sein Ziel erreichen, indem er durch die WM-Tickets den eingefleischten Fussballfan Björn milde stimmt und zu einer für V und E günstigen Ermessensentscheidung verleitet; er handelte insofern mit Absicht.

III. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

IV. Schuld

Es sind keine Schuldausschlussgründe ersichtlich.

V. Ergebnis bzgl. V

V hat sich der Bestechung von Amtsträgern i.S.v. Art. 322^{ter} strafbar gemacht.

Für einen sehr guten **Aufbau**, einwandfreie **Struktur** und Gliederung über die gesamte Prüfung hinweg kann **1 weiterer Punkt** vergeben werden.