

### **Aufgabe 3 / Strafrecht BT II**

Prof. Dr. M. Thommen  
35% der Gesamtprüfung

#### **Sachverhalt**

Kim führt erfolgreich einen kleinen Reitstall auf ihrem Anwesen nahe Zürich. Bei ihrer Arbeit wird sie unterstützt von ihrer treuen und langjährigen Angestellten Tina, die einerseits als Reitlehrerin arbeitet, andererseits sonstige kleinere Arbeiten für sie erledigt, wobei sie einmal im Monat die Bargeldbeträge der Kundinnen und Kunden des Reitstalls auf die Postbank im nahegelegenen Dorf bringt. Das Bargeld wird in einem Safe auf dem Anwesen selbst aufbewahrt; nur Kim und Tina haben einen Schlüssel zum Safe. Kim kümmert sich persönlich um die Buchhaltung, wobei Tina nur als Geldbotin tätig ist. Tina steckt wegen Wettschulden aus Pferderennen in Geldnöten. Mit ihrem Schlüssel öffnet Tina deshalb spät abends den Safe, entnimmt CHF 1000.-, steckt diese in die eigene Tasche und geht nach Hause.

*Prüfen Sie die Strafbarkeit von Tina nach Schweizerischem Strafgesetzbuch (StGB).*

## Musterlösung Strafrecht II & III, Besonderer Teil II (FS 2017, 23. Juni 2017)

### Punkte

Für den Prüfungsteil BT II konnten maximal 30 reguläre Punkte und 5 Zusatzpunkte erreicht werden. Die regulären Punkte setzen sich wie folgt zusammen: Maximal 22.5 Punkte wurden für die richtige Lösung vergeben und maximal 7.5 Punkte wurden vergeben für die Bewertung von Logik, Struktur, Kohärenz sowie der orthografischen und grammatikalischen Korrektheit der Ausführungen.

**Wichtiger Hinweis zur Punktevergabe:** Da im Prüfungsteil BT II regulär maximal 30 Punkte erreicht werden konnten, der Teil aber 35 % der Gesamtprüfung entspricht, wurden die erreichten Punkte immer verhältnismässig auf 35 Punkte hochgerechnet. Auf den korrigierten Prüfungen sind die nicht hochgerechneten Werte ausgewiesen.

### Sachverhalt

Kim führt erfolgreich einen kleinen Reitstall auf ihrem Anwesen nahe Zürich. Bei ihrer Arbeit wird sie unterstützt von ihrer treuen und langjährigen Angestellten Tina, die einerseits als Reitlehrerin arbeitet, andererseits sonstige kleinere Arbeiten für sie erledigt, wobei sie einmal im Monat die Bargeldbeträge der Kundinnen und Kunden des Reitstalls auf die Postbank im nahegelegenen Dorf bringt. Das Bargeld wird in einem Safe auf dem Anwesen selbst aufbewahrt; nur Kim und Tina haben einen Schlüssel zum Safe. Kim kümmert sich persönlich um die Buchhaltung, wobei Tina nur als Geldbotin tätig ist. Tina steckt wegen Wettschulden aus Pferderennen in Geldnöten. Mit ihrem Schlüssel öffnet Tina deshalb spät abends den Safe, entnimmt CHF 1000.-, steckt diese in die eigene Tasche und geht nach Hause.

### Aufgabenstellung

*Prüfen Sie die Strafbarkeit von Tina nach Schweizerischem Strafgesetzbuch (StGB).*

	Maximale Punktzahl
<b>1. Veruntreuung</b>	
Tina könnte sich der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie dem Safe CHF 1'000.- entnimmt.	<b>0 Punkte</b>
<b>Objektiver Tatbestand</b>	
Als Täter kommt infrage, wem eine fremde bewegliche Sache anvertraut wurde. Es handelt sich um ein unechtes Sonderdelikt. Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache. Sachen sind körperliche Gegenstände. Bargeld ist eine körperliche Sache. Eine Sache ist fremd, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Das Bargeld steht im Eigentum der Reitstallinhaberin Kim und ist daher für Tina fremd. Beweglich sind alle Gegenstände, die fest mit der Erdoberfläche verbunden sind. Bargeld ist eine bewegliche Sache im Sinne von Art. 138 Abs. 1 Ziff. 1 StGB.	<b>3.5 Punkte</b>
Sodann ist zu prüfen, ob das Bargeld Tina anvertraut ist. Anvertraut ist eine Sache, wenn der Treugeber den Gewahrsam an ihr (zumindest teilweise)	<b>7 Punkte 5 Zusatzpunkte</b>

<p>aufgibt und der Treuhänder sie mit der besonderen Verpflichtung empfängt, das an ihr bestehende Eigentum zu erhalten.</p> <p>Das Anvertrauen setzt im Übrigen voraus, dass die Sache dem Täter übergeben oder überlassen worden ist. Diese Voraussetzung ist nicht schon erfüllt, wenn der Täter zu der Sache Zutritt hat, weil sich zum Beispiel der Schlüssel zu ihrem Aufbewahrungsort in seinen Händen befindet (BGE 80 IV 153). Kim hat Tina nicht nur den Schlüssel überlassen, sondern ihr auch den Auftrag erteilt, das Bargeld einmal im Monat zur Bank zu bringen.</p> <p>Sodann ist es umstritten, ob der Täter an der Sache Alleingewahrsam haben muss, wenn sie ihm anvertraut sein soll, oder ob blosses Mitgewahrsam ausreichend ist. Gewahrsam ist tatsächliche Sachherrschaft und erfordert Herrschaftsmacht/-möglichkeit und Herrschaftswillen. Wer unter welchen Umständen tatsächliche Sachherrschaft hat, bestimmt sich nach den Regeln des sozialen Lebens.</p> <p>Kim hat einen Schlüssel zum Safe und hat die Möglichkeit, jederzeit auf das Geld im Safe zuzugreifen (Herrschaftsmacht). Sie hat Kenntnis vom Geld im Safe, der Herrschaftswille ist ebenfalls zu bejahen. Vorliegend hat Tina ebenfalls Herrschaftsmacht und Herrschaftswillen über das Bargeld im Safe: Sie hat einen Schlüssel zum Safe und kann damit jederzeit auf das Geld zugreifen. Sie hat ausserdem Kenntnis vom Geld. Es liegt daher kein Alleingewahrsam am Bargeld vor. Es ist davon auszugehen, dass ein Mitgewahrsam vorliegt.</p> <p>Da Tina also keinen alleinigen Gewahrsam am Bargeld hat, stellt sich die Frage, ob das Merkmal des Anvertraut-Seins bejaht werden kann. Die herrschende Lehre verneint das Vorliegen des Anvertraut-Seins bei Mitgewahrsam. Das Bundesgericht bejaht das Anvertraut-Sein auch im Fall eines Mitgewahrsams (BGE 71 IV 8 f.). Demgegenüber nimmt die herrschende Lehre das Anvertraut-Sein bei Mitgewahrsam nur an, wenn die Sache mehreren gemeinsam anvertraut wird. Sie verneint das Anvertraut-Sein hingegen, wenn der Mitgewahrsamsinhaber gleichzeitig Treugeber der Sache ist. Die Begründung hierfür lautet, dass wenn der Treugeber den Allein- oder Mitgewahrsam an der Sache behält, es an der für die Veruntreuung charakteristischen Situation der wirklichen Überlassung der Sache fehlt. Für die Meinung der h.L. spricht, dass sich die Tatbestände des Diebstahls und der Veruntreuung auf diese Weise auf der Ebene des Tatbestandes nicht überschneiden.</p> <p>Folgt man der h.L., ist das Anvertraut-Sein zu verneinen, weil Kim als Treugeberin Gewahrsam am Bargeld behält. Ebenso zu verneinen ist das Anvertraut-Sein, wenn man davon ausgeht, dass Tina durch den Besitz des Schlüssels lediglich Zutritt zum Bargeld hat, ihr dieses aber nicht überlassen wurde.</p> <p>Bejaht man hingegen das Vorliegen von Mitgewahrsam und folgt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ist das Anvertraut-Sein zu bejahen.</p>	
<p><b>Anmerkung:</b> Wenn der Lehrmeinung gefolgt wird, kann die Prüfung der Veruntreuung abgebrochen werden und Diebstahl geprüft werden. Wenn der Meinung des Bundesgerichtes gefolgt wird, ist die Veruntreuung zu Ende zu prüfen. Da die Prüfung von Veruntreuung und Diebstahl in Sachen subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld identisch ist, wurden die Punkte dafür nur einmal vergeben. Aus demselben Grund wird in der Musterlösung von der vollständigen Prüfung der Veruntreuung abgesehen und im Folgenden zu Diebstahl übergegangen. Die Punkte wurden so verteilt, dass man für beide Varianten gleich viele Punkte erreichen konnte.</p>	

<b>Subjektiver Tatbestand</b>	
Tina muss mit Vorsatz und mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handeln (siehe dazu die Ausführungen beim subjektiven Tatbestand des Diebstahls).	<b>0 Punkte</b>
<b>Rechtswidrigkeit/Schuld</b>	
Es sind keine Rechtfertigungs-/Schuldausschlussgründe ersichtlich.	<b>0 Punkte</b>
<b>Zwischenergebnis</b>	
Offen: Nach BGer hat sich Tina nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Nach Meinung der h.L. muss dies verneint werden.	<b>0 Punkte</b>
<b>2. Diebstahl</b>	
Tina könnte sich dem Diebstahl nach Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie dem Safe CHF 1'000.- entnimmt.	<b>0 Punkte</b>
<b>Objektiver Tatbestand</b>	
<p>Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache (siehe dazu oben beim objektiven Tatbestand der Veruntreuung).</p> <p>Tathandlung ist die Wegnahme. Die Wegnahme meint den Bruch von fremdem Gewahrsam und die Begründung von eigenem Gewahrsam (zum Begriff des Gewahrsams und zur Subsumtion siehe oben beim objektiven Tatbestand der Veruntreuung). Im Unterschied zur Veruntreuung ist beim Diebstahl unstreitig, dass Mitgewahrsam ausreichend ist.</p> <p>Kim hat Mitgewahrsam. Tina hat mit der Entnahme des Geldes aus dem Safe den Mitgewahrsam von Kim gebrochen (Gewahrsamsbruch). Dadurch, dass sie das Geld nicht vereinbarungsgemäss zur Postbank bringt, sondern in die eigene Tasche steckt, begründet sie neu Alleingewahrsam am Bargeld. Des Weiteren muss sich Tina das Bargeld angeeignet haben. Aneignung ist die dauerhafte Enteignung, mindestens vorübergehende Zueignung sowie die äusserliche Manifestation des Aneignungswillens.</p> <p>Die Betätigung des Aneignungswillens kann bereits bejaht werden im Moment, in dem Tina das Bargeld in die eigene Tasche steckt, anstatt dass sie es vereinbarungsgemäss auf die Postbank bringt, spätestens aber wenn sie nach Hause geht. Eine dauernde Enteignung liegt vor, weil Tina das Geld nicht mehr zurückgeben, sondern damit ihre Wettschulden tilgen will. Sie eignet sich das Geld zu, um die Wettschulden zu tilgen. Sie nimmt es nicht weg, um es zu entsorgen, daher eignet sie es sich vorübergehend an.</p>	<b>5 Punkte</b>
<b>Subjektiver Tatbestand</b>	
<p>Vorsatz erfordert Wissen und Wollen hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale (Art. 12 Abs. 2 StGB). Tina weiss, dass es sich beim Geld um eine Sache handelt, die nicht in ihrem Eigentum ist.</p> <p>Ferner handelt sie mit Aneignungswillen (siehe dazu oben beim subjektiven Tatbestand).</p> <p>Zusätzlich muss Tina mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handeln. Bereicherung ist jede geldwerte Besserstellung, also eine Vermehrung der Aktiven oder eine Verminderung der Passiven. Die Bereicherung ist unrechtmässig, wenn kein Rechtsanspruch auf sie besteht. Tina hat keinen Rechtsanspruch auf die CHF 1'000.-, deshalb ist der Anspruch unrechtmässig. Die CHF 1'000.- bedeuten eine Besserstellung und durch die Schuldentilgung eine Verminderung ihrer Passiven; Tina strebt diese an, sie handelt daher mit Bereicherungsabsicht.</p>	<b>6 Punkte</b>
<b>Rechtswidrigkeit/Schuld</b>	
Es sind keine Rechtfertigungsgründe oder Schuldausschlussgründe ersichtlich.	<b>0 Punkte</b>

<b>Zwischenergebnis</b>	
Tina hat sich nach Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht.	<b>0 Punkte</b>
<b>III. Ungetreue Geschäftsbesorgung</b>	
Tina könnte sich nach Art.158 StGB Ziff. 1 strafbar gemacht haben, indem sie dem Safe CHF 1'000.- entnimmt.	<b>0 Punkte</b>
<b>Objektiver Tatbestand</b>	
Hinsichtlich des Treubruchtatbestands (Art. 158 Ziff. 1 StGB) fehlt es Tina an der Eigenschaft einer Geschäftsführerin, zumal sie schon nicht mit der Vermögensverwaltung bzw. der Beaufsichtigung einer solchen beauftragt ist. Laut Sachverhalt erledigt Kim die Buchhaltung persönlich. Tina ist lediglich Geldbotin und in dieser Funktion unselbständig.	<b>1 Punkt</b>
<b>Zwischenergebnis</b>	
Tina hat sich nicht nach Art. 158 StGB strafbar gemacht.	<b>0 Punkte</b>
<b>4. Endergebnis</b>	
Tina hat sich nach Art. 139 StGB strafbar gemacht. Die Konkurrenz zwischen Art. 139 und 138 StGB ist nur zu thematisieren, wenn bei der Prüfung der Veruntreuung der Meinung des BGers gefolgt wird. Nach Meinung der Lehre ist eine Konkurrenz nicht möglich, weil bei einem (Mit-)gewahrsamsbruch Diebstahl angenommen werden muss. In jüngeren Entscheiden hält das Bundesgericht fest, dass fallweise entschieden werden soll, ob eher ein Anvertraut-Sein vorliegt und deshalb eine Veruntreuung anzunehmen ist oder ob aufgrund der Schwere des Gewahrsamsbruchs ein Diebstahl zu bejahen ist.	<b>0 Punkte</b>
<b>Punktetotal</b>	22.5 Punkte + 7.5 Punkte für Logik/ Struktur/ Kohärenz/ orthografische und grammatikalische Korrektheit <b>= 30 Punkte</b> <b>+ 5 Zusatzpunkte</b>