

Übungen im Strafrecht II, FS 2013

Fall 1: Online-Konten (Prof. Dr. W. Wohlers)

Lösungshinweise

Sachverhalt (1. Teil)

A will Zugang zu Online-Konten des Finanzinstituts XY erlangen, indem er E-Mail-Adressen und dazugehörige Passwörter von Konteninhabern ausfindig machen und sich durch ihren Einsatz Zugang zu den fremden Konten verschaffen und zu deren Lasten Transaktionen vornehmen will. Um Kenntnis von E-Mail-Adressen von Kontoinhabern des Finanzinstituts XY zu erlangen, erwirbt A von einem Händler im Internet eine Liste mit 100 E-Mail-Adressen von schweizerischen Kunden des Finanzinstituts XY. Die E-Mail-Adressen wurden von einem Händler, welcher sich auf das systematische Sammeln von im Internet frei zugänglichen spezifischer Kundendaten von Dienstleistungsanbietern spezialisiert hat, gesammelt und danach in einem Dokument gespeichert und in elektronischer Form an A übermittelt. Dieser Händler hat in einem öffentlichen Internetforum Kunden des Finanzinstituts XY dazu aufgerufen, zu einem dieses Institut betreffenden Finanzskandal Stellung zu nehmen. Durch jede Äusserung wurden jeweils auch die E-Mail-Adressen dieser Benutzer für A einsehbar.

Um an die zu den E-Mail-Adressen zugehörigen Passwörter zum Zugang zu den Online-Konten des Finanzinstituts XY zu gelangen, versendet A in der Folge E-Mail-Nachrichten an die E-Mail-Adressen der Konteninhaber aus der erworbenen Liste, mit der Aufforderung, umgehend einen Hyperlink darin anzuklicken und im nachfolgenden Online-Formular, zwecks Überprüfung der Berechtigung am Online-Konto des Finanzinstituts XY, das Passwort zu dessen Zugang zu bestätigen. Die Dringlichkeit einer sofortigen Bestätigung des Passworts, wird im E-Mail damit begründet, dass das Finanzinstitut XY gegenwärtig daran arbeite, sein Online-Bezahlsystem auf Sicherheitslücken zu überprüfen und dessen Datenbestände zu aktualisieren. Als Absender der E-Mail-Nachricht wird der Name eines (angeblichen) Mitarbeiters des Finanzinstituts XY angegeben. Um das E-Mail und das Online-Formular zur angeblichen Verifizierung der Berechtigung am Konto glaubwürdig erscheinen zu lassen, verwendet A das Original-Layout des Finanzinstituts XY. Die E-Mail-Nachricht erweckt den Eindruck, als ob sie von einem Mitarbeiter des Finanzinstituts XY stammen würde.

Von den angeschriebenen 100 E-Mail-Adressaten, misstraut eine überwiegende Mehrheit der Nachricht bereits deshalb, weil eine Kontaktaufnahme des Finanzinstituts XY per E-Mail, unüblich und deshalb als verdächtig empfunden wird. Nur 6 von 100 angeschriebenen Empfängern folgen sodann dem Link im E-Mail, wobei lediglich deren 5, ihre Zugangsdaten zu Konten des Onlineportals des Finanzinstituts XY tatsächlich preisgeben. Bei diesen Konten gelingt es ihm, sich Zugang zu den Online-Konten der Kunden des Finanzinstituts XY zu verschaffen, indem er sich durch die Eingabe der passenden E-Mail-Adressen, in Verbindung mit den jeweils zugehörigen Passwörtern, beim Online-Portal des Finanzinstituts XY, verifiziert. Er überweist von den Konten gesamthaft CHF 10'000.- auf sein eigenes Konto beim Finanzinstitut XY.

Aufgabe 1: Prüfen Sie die Strafbarkeit von A

Erster Sachverhaltsabschnitt: Erwerb der E-Mail-Adress-Datenbank

1. Unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 Abs. 1 StGB)

A könnte sich gemäss Art. 143 Abs. 1 StGB der unbefugten Datenbeschaffung strafbar gemacht haben, indem er im Internet von einem Händler eine Liste mit E-Mail-Adressen von Kunden des Finanzinstituts XY erworben hat.

Tatobjekt von Art. 143 Abs. 1 StGB sind Daten, die elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeichert sind oder übermittelt werden. A hat die E-Mail-Adressen laut Sachverhalt in elektronischer Form erhalten (wahrscheinlich als Anhang zu einer E-Mail). Die E-Mail-Adressen stellen damit elektronisch gespeicherte Informationen dar. Ein weiteres Erfordernis ist, dass die entsprechenden Daten nicht für den Täter bestimmt sein dürfen, d.h. dass er über sie keine Zugriffsberechtigung hat (DONATSCH, StrafR III, S. 174). Die Zugriffsbefugnis kann von einem Berechtigten auf andere Personen übertragen werden (STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT/I, § 14 N 28). Öffentlich im Internet auffindbare und von ihren Berechtigten dort publizierte E-Mail-Adressen sind allerdings für jedermann einsehbar. Räumt der Berechtigte der Öffentlichkeit Zugang zu Daten ein, sind diese für jedermann bestimmt. Die E-Mail-Adressen stellen kein taugliches Tatobjekt der unbefugten Datenbeschaffung (Art. 143 Abs. 1 StGB) dar, weil es sich um frei zugängliche Daten handelt, die für jedermann – und damit auch für A – bestimmt sind.

Zweiter Sachverhaltsabschnitt: Erstellen einer täuschenden Website mit einem Onlineformular zur Eingabe von Zugangsdaten und Versand von täuschenden E-Mails an Kontoinhaber des Finanzinstituts XY.

1. Urkundenfälschung i.e.S. (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)

Mit dem Erstellen der Website (Online-Formular) und dem Zugänglichmachen dieser Website im Internet könnte sich A der Urkundenfälschung i.e.S. (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht haben.

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass es sich bei der Website um eine Urkunde handelt. Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern stehen der Schriftform gleich, sofern sie demselben Zweck dienen (Art. 110 Abs. 4 StGB). Eine Computerurkunde setzt kumulativ eine Aufzeichnung auf einem Bild- oder Datenträger voraus, durch welchen eine menschliche Gedankenerklärung verkörpert wird und diese maschinell ohne weiteres wieder in eine visuell erkenn- und lesbare Form zurückgeführt werden kann, sie zudem beständig und zum Beweis rechtlich erheblicher Tatsachen bestimmt und aus ihr ein Aussteller erkennbar ist (BSK-StGB/BOOG, Art. 110 Abs. 4 N 67 ff.; DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 143). Die von A erstellte Website enthält menschliche Gedankenäusserungen, da in Form von Schrift, Logos, Bildern etc. der Eindruck vermittelt wird, das Finanzinstitut XY (bzw. dessen Mitarbeiter), das als angeblicher Aussteller erkenntlich ist, mache seinen Kunden eine Mitteilung. Die Beweisbestimmung einer elektronischen Aufzeichnung kann sich zum einen unmittelbar aus dem Gesetz, zum anderen aber auch aus dessen Sinn oder Natur ergeben (BGE 132 IV 57, E. 5.1. = Pra 2006 Nr. 135; DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 147). Die rechtliche Erheblichkeit der gefälschten Website folgt daraus, dass das Einfordern von Erklärungen und/oder Daten über ein Online-Formular den heutigen Gepflogenheiten im Rechtsverkehr entspricht.

Die vorliegend zu prüfende Tathandlung des Fälschens (Ziff. 1 Abs. 2), besteht in der Herstellung einer «unechten» Urkunde, d.h. einer Urkunde, die über den wirklichen Urheber täuscht (DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 154). Im vorliegenden Fall gibt A durch das Fälschen seiner Website wahrheitswidrig vor, diese sei eine Webseite des Finanzinstituts XY. Da die Webseite tatsächlich nicht vom Finanzinstitut XY, sondern von A stammt, fallen der angebliche und der wirkliche Aussteller auseinander und es handelt sich um eine unechte Urkunde. Dadurch, dass er diese Webseite programmiert hat, hat A diese unechte (Computer-)Urkunde hergestellt.

Dadurch, dass A Kunden des Finanzinstituts XY auf die von ihm programmierte Webseite hingeleitet hat, hat er diesen die Webseite zur Kenntnis gebracht und die unechte Computerurkunde damit auch gebraucht. Da A, der die Website zur Täuschung gebraucht, aber gleichzeitig der Ersteller (Fälscher) dieser Urkunde ist, bleibt ihr Gebrauch (Ziff. 3 Abs. 2) für ihn nur eine mitbestrafte Nachtat und geht im erfüllten Haupttatbestand auf (BSK-StGB/BOOG, Art. 251 N 74).

In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 251 Ziff. 1 StGB zunächst Vorsatz bzgl. aller objektiver Tatbestandsmerkmale, was im Ergebnis gegeben ist. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Täter die Urkunde mit dem Willen, diese als echt gelten zu lassen, im Rechtsverkehr verwenden will; es wird insofern also auch eine Täuschungsabsicht vorausgesetzt, die vorliegend indes ebenfalls problemlos zu bejahen ist.

Schliesslich verlangt der Tatbestand in subjektiver Hinsicht auch noch das Vorliegen von Vorteils- oder Schädigungsabsicht. Als unrechtmässiger Vorteil gilt dabei gemäss Rechtsprechung jede Besserstellung, wobei diese sowohl vermögensmässiger, als auch sonstiger Natur sein kann (BGE 118 IV 254, E. 3; DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 164). Unrechtmässig ist der erstrebte Vorteil dann, wenn er rechtswidrig ist oder wenn der Täter auf ihn keinen Anspruch hat (DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 164). Das Ziel des A ist es Empfänger dazu zu verleiten, ihm die Zugangsdaten zu Konten des Finanzinstituts XY bekannt zu geben. Dies stellt einen unrechtmässigen Vorteil dar, weil er sich durch Täuschung Zugang zu den Konten der Benutzer verschaffen will, er darauf aber keinen Anspruch hat. Aus der Sicht von A ist es vorteilhaft, sich mit den Zugangsdaten der Kunden besserzustellen, denn er kann so von deren (finanziellen) Möglichkeiten im Rahmen des Online-Finanzportals Gebrauch machen.

Da weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich sind, macht sich A mit dem Erstellen seiner Website der Urkundenfälschung i.e.S nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Urkundenfälschung i.e.S. (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)

Mit dem Erstellen und dem Versand des E-Mails an die Kunden, deren E-Mail-Adressen er erworben hat, könnte sich A der Urkundenfälschung i.e.S. (Art. 251 Ziff. 1 StGB) strafbar gemacht haben.

Die von A erstellten E-Mails enthalten menschliche Äusserungen in Form von Schrift, Logos, Bildern etc. und stellen somit menschliche Aufzeichnungen auf Datenträgern dar (vgl. BGer 6B_130/2012 vom 22. Oktober 2012, E. 5.4). E-Mails darf Beweiseignung zugesprochen werden, weil sie den jeweiligen Empfängern auf ihren E-Mail-Account zugestellt und gespeichert werden, auf welchen nur mittels Passwort zugegriffen werden kann, und weil sie als übliche Kommunikationsmittel sowohl im privaten als auch im Geschäftsverkehr sehr ausgiebig genutzt werden (vgl. BGer 6B_130/2012 vom 22. Oktober 2012, E. 5.4). Als angeblicher Aussteller ist das Finanzinstitut XY bzw. ein Mitarbeiter des Finanzinstituts aus der E-Mail ersichtlich. Die täuschenden E-Mails sind damit als Computerurkunden

i.S.v Art. 110 Abs. 4 StGB und somit als taugliches Tatobjekt i.S. von Art. 251 Ziff. 1 StGB zu qualifizieren.

A gibt in der E-Mail wahrheitswidrig vor, ein Mitarbeiter des Finanzinstituts XY zu sein. Durch deren Aufmachung wird bei ihren Empfängern der Eindruck erweckt, es handle sich um Informationen des Finanzinstituts XY. Somit stimmt der aus den Urkunden ersichtliche nicht mit dem wirklichen Aussteller überein und es handelt sich um eine unechte Urkunde. A hat die E-Mail verfasst und damit diese unechte Computerurkunde hergestellt. Mit dem Versand der E-Mail hat er diese den Kunden zur Kenntnis gebracht und damit die unechte Urkunde auch gebraucht. Weil A die E-Mails mit dem Versand gleichzeitig als Urkunde erstellt (bzw. fälscht) und zur Täuschung gebraucht, bleibt der Gebrauch für ihn lediglich eine mitbestrafte Nachtat und geht im erfüllten Haupttatbestand auf.

In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 251 Ziff. 1 StGB neben dem – vorliegend problemlos gegebenen – Vorsatz ein Handeln in Schädigungs- oder Vorteilsabsicht. A versendet E-Mails, um mit ihrer Hilfe eine fremde Identität vorzutäuschen und damit deren Empfänger dazu zu verleiten, auf den in der E-Mail beigefügten Internetlink zu klicken. Die von ihm angestrebte Preisgabe von Zugangsdaten erfolgt aber erst in einem weiteren Schritt, denn der (mittelbare) Vorteil der E-Mails besteht nur darin, zu täuschen und die Adressaten dieser Täuschung auf eine Website zu locken, auf welche im E-Mail verwiesen wird. Dazu muss allerdings eine täuschende Website tatsächlich bestehen, d.h. es bedarf als Voraussetzung einer weiteren Urkundenfälschung. Es fehlt also an einem (unmittelbaren) Vorteil des Versands von täuschenden E-Mails, da die Täuschung der Adressaten noch zu keiner unmittelbaren Besserstellung des Versenders der E-Mails führt und der beabsichtigte Vorteil des Erhalts der Zugangsdaten zu diesem Zeitpunkt noch aussteht. Wird der Empfänger einer E-Mail mittels eines Internetlinks auf eine Internetseite gelockt und dort nochmals mittels falschen Angaben getäuscht und zur Eingabe der Zugangsdaten verleitet, kann man den Standpunkt einnehmen, dass eine Urkundenfälschung nur in Bezug auf die Internetseite vorliegt, da erst die vom Täter gefälschte Internetseite, verbunden mit der daraus folgenden Offenlegung der Zugangsdaten, zu einem unrechtmässigen Vorteil führt (vgl. GISIN, Kriminalistik 2008, 197 [199]). Folgt man diesem Ansatz,¹ hat sich A bezogen auf die E-Mail nicht der Urkundenfälschung strafbar gemacht.

3. Unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 Abs. 1 StGB)

A könnte sich gemäss Art. 143 Abs. 1 StGB der unbefugten Datenbeschaffung strafbar gemacht haben, indem er täuschende E-Mails im Namen des Finanzinstituts XY, an deren Konteninhaber versendet, in welchen er diese auffordert, einem Hyperlink zu folgen und in einem Webformular Zugangsdaten zum Onlineportal des Finanzinstituts XY preiszugeben, was dann auch von fünf Konteninhabern getan wird.

Tatobjekt von Art. 143 Abs. 1 StGB sind Daten, die elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeichert sind oder übermittelt werden. Passwörter zu Konten von Kunden des Finanzinstituts XY, die A zu erlangen versucht, werden vom Finanzinstitut XY jeweils elektronisch im System gespeichert und stellen damit dann taugliche Tatobjekte für eine Straftat nach Art. 143 StGB dar. Allerdings wird von A nicht auf die bei der Bank gespeicherten Daten zugegriffen, sondern lediglich die Preisgabe einer menschlichen Erinnerung erwirkt. Dies erfüllt den Tatbestand des Art. 143 StGB nicht (AMMANN, Sind

¹ An dieser Stelle ist die Annahme von Vorteilsabsicht mit entsprechender Begründung (= es reicht ein nur mittelbar erstrebter Vorteil aus) ebenfalls vertretbar.

Phishing-Mails strafbar?, AJP 2006, 195 [197]; PIETH, Fall 12 Phishing, in: Fallsammlung Strafrecht BT: Übungsfälle zum Besonderen Teil mit Lösungsvorschlägen, Basel 2010, S. 151 ff., S. 152 f.).

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

A könnte sich des Betrugs strafbar gemacht haben, indem er seinen Opfern E-Mails schickt, in welchen im Namen des Finanzinstituts XY von ihnen gefordert wird, zur Überprüfung von Sicherheitslücken ihre Zugangsdaten ihres Kontos auf einer bestimmten Website preiszugeben. Vorliegend kann dahinstehen, ob die Tatbestandsmerkmale der (arglistigen) Täuschung und des Irrtums erfüllt sind. Es fehlt jedenfalls an einer Vermögensverfügung. Art. 146 StGB setzt voraus, dass das Opfer eine Vermögensverfügung tätigt, welche unmittelbar vermögensmindernde Wirkung hat. Die Auslieferung der Zugangsdaten hat keine unmittelbare Vermögensminderung zur Folge (AMMANN, AJP 2006, 195 [199]; PIETH, a.a.O., S. 155).

Dritter Handlungsabschnitt (Einloggen in die fremden Online-Konten und Tätigen von Transaktionen durch A)

1. Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143^{bis} Abs. 1 StGB)

A könnte sich des Tatbestands des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem strafbar gemacht haben, indem er sich mit den erhaltenen Zugangsdaten seiner Opfer Zugang zu Konten beim Finanzinstitut XY verschafft. Beim E-Banking-System handelt es sich um ein für A fremdes und gegen seinen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem. A ist in dieses Datenverarbeitungssystem auf dem Wege von Datenübertragungseinrichtungen eingedrungen. Fraglich ist, ob dieses Eindringen unbefugt erfolgt ist. A überwindet die Zugangsschranken des Online-Portals des Finanzinstituts XY, indem er die erschlichenen Zugangsdaten verwendet. Da die Kunden durch eine Täuschung zur Offenlegung ihrer Zugangsdaten veranlasst worden sind, fehlt es bei A an einer Zugangsberechtigung, womit sein Eindringen als unbefugt einzustufen ist.

A handelt vorsätzlich. Da Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe nicht ersichtlich sind, hat er sich nach Art. 143^{bis} Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Die Tat kann allerdings nur dann verfolgt werden, wenn ein wirksamer Strafantrag gestellt wird.

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

A könnte sich des Betrugs gegenüber dem Finanzinstitut XY strafbar gemacht haben, indem er sich mit den Zugangsdaten der Opfer bei diesem einloggt und Überweisungen auf eigene Konten tätigt. Die Strafbarkeit nach Art. 146 StGB setzt allerdings voraus, dass sich das Opfer, motiviert durch die Täuschung irrt und aufgrund dieses Irrtums dann eine Vermögensverfügung vornimmt. Irren können sich aber nur Menschen. Da A vorliegend mit keinem menschlichen Mitarbeiter des Finanzinstituts XY kommuniziert, scheidet Art. 146 StGB von vornherein aus.

3. Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 1 StGB)

A könnte sich des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage strafbar gemacht haben, indem er sich mit den entlockten Zugangsdaten verifiziert und danach eine Überweisung des Kontos auf ein anderes vornimmt.

Die Verwirklichung des vorliegenden Tatbestands setzt zunächst voraus, dass ein Täter auf einen laufenden elektronischen oder vergleichbaren Datenverarbeitungsvorgang einwirkt. Auch eine blossе Dateneingabe, die den Vorgang auslöst, ist eine Form von Einwirkung im Sinne des Art. 147 Abs. 1 StGB. Durch die Eingabe der entlockten Zugangsdaten und dem Auslösen der Überweisung wirkt A zweifellos auf jenen programmierten Vorgang ein, der zu einer Minderung des betreffenden Kontos führt. Über die Tatvariante «unbefugte Verwendung von Daten» will das Gesetz den Fall erfassen, wo Daten zwar «richtig», also unverfälscht, aber von einem «Unberechtigten», einer Person, welche nicht über die Daten verfügen darf, verwendet werden (TRECHSEL/CRAMERI, Art. 147 N 6). Die Eingabe von Zugangsdaten und die Transaktionen beim Online-Portal des Finanzinstituts XY durch A stellen eine unbefugte Datenverwendung des A dar, weil dieser zur Einleitung dieser Vorgänge nicht berechtigt ist. Auch wenn vorliegend der Datenverarbeitungsvorgang programmgemäss verlaufen ist, war das Ergebnis trotzdem «unrichtig», da es aufgrund einer Täuschung zustande kam, indem A sich gegenüber dem Finanzinstitut XY unberechtigterweise als Kontoinhaber ausgab und Überweisungen vom Opferkonto aus tätigte, was nicht dem Willen des berechtigten Kontoinhabers entsprach.

Taterfolg ist das Herbeiführen einer Vermögensverschiebung und -schadens. In der einen von zwei Tatvarianten setzt Art. 147 Abs. 1 StGB eine Vermögensverschiebung voraus, die – anders als bei Art. 146 StGB – durchaus vom Täter ausgehen kann. Schliesslich muss die Vermögensverschiebung zum Schaden eines anderen führen. Durch das Abdisponieren der Vermögenswerte durch A wird Vermögen auf andere Konten transferiert, wodurch die Opfer wiederum zu Schaden kommen, da durch die Überweisung der Kontostand und somit die Geldforderung des Opfers gegenüber der Bank reduziert wird. Durch diese Vermögensverschiebung wird die Geldforderung des Kontoinhabers gegenüber dem Finanzinstitut XY um CHF 10'000.- reduziert. Der Kontoinhaber erleidet also in diesem Umfang einen Vermögensschaden.

Art. 147 Abs. 1 StGB setzt im subjektiven Tatbestand Vorsatz und Bereicherungsabsicht voraus. A weiss, dass er nicht befugt ist, die durch Täuschung erlangten Zugangsdaten für den Zugriff auf die Konten seiner Opfer zu verwenden. Indem er sich trotz dem Bewusstsein, das Vermögen der Opfer zu mindern, die Vermögensdispositionen ausführt, indiziert er auch einen entsprechenden Willen. Die Bereicherungsabsicht kann ebenfalls bejaht werden, weil A unrechtmässig CHF 10'000.- von Opferkonten abgezogen und auf sein Konto transferiert hat.

Da weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich sind, hat sich A des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs von Datenverarbeitungsanlagen i.S. von Art. 147 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen

A verwirklicht die Tatbestände der Urkundenfälschung i.e.S. (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) und des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 1 StGB). Weil die beiden Tatbestände unterschiedliche Rechtsgüter schützen, ist echte Konkurrenz gegeben. Art. 143^{bis} Abs. 1 StGB tritt als Gefährdungs- und Vorfelddelikt hinter das Verletzungsdelikt (i.c. Art. 147 Abs. 1 StGB) zurück (DONATSCH, StrafR III, S. 179).

Sachverhalt (2. Teil)

K, einer der Kunden, der seine Zugangsdaten offengelegt hatte, wendet sich an die Staatsanwaltschaft. K zeigt den Sachverhalt an und stellt Strafantrag wegen aller in Betracht kommender Delikte. Der zuständige Staatsanwalt S kann in Erfahrung bringen, dass die IP-Adresse, unter der die E-Mail an den Kunden K abgeschickt worden ist, dem A zugeordnet ist. S ordnet daraufhin eine Hausdurchsuchung bei A sowie die Beschlagnahme etwaiger dort zu findender Computer an. Weiterhin ordnet er an, dass A vorläufig festgenommen und ihm zur Einvernahme vorgeführt wird.

Aufgabe 2a: Nehmen Sie an, die von der Staatsanwaltschaft mit der Auswertung betrauten Polizeibeamten finden auf dem Computer unter anderem auch kinderpornografische Darstellungen, wovon sie den A in Kenntnis setzen. Was hat Staatsanwalt S zu unternehmen?

Da keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass sich der Durchsuchungsbefehl vorliegend auch auf strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität erstreckt, handelt es sich bei den aufgefundenen kinderpornografischen Darstellungen um sog. Zufallsfunde i.S. von Art. 243 StPO. Zufallsfunde sind (soweit möglich/erforderlich) sicherzustellen und mit einem Bericht der Verfahrensleitung, vorliegend dem Staatsanwalt S, zu übermitteln; dieser hat über das weitere Vorgehen zu entscheiden (Art. 243 StPO).

Gemäss Art. 7 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihr Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Vorliegend ist demzufolge entweder eine weitere Strafuntersuchung einzuleiten oder es ist die bereits laufenden Untersuchung auf den Vorwurf des Besitzes von Kinderpornografie auszuweiten (Art. 311 Abs. 2 StPO) und die Eröffnungsverfügung entsprechend zu ergänzen (vgl. Art. 309 Abs. 3 StPO; vgl. auch BSK-StPO/GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 49).

Aufgabe 2b: Nehmen Sie an, A wird dem S zur Einvernahme vorgeführt. A wird von S mit der Anschuldigung konfrontiert und darüber belehrt, dass er das Recht habe, einen Anwalt beizuziehen. A erklärt daraufhin, er wolle einen Anwalt beiziehen. Auf Nachfrage von S erklärt er, er kenne keinen Anwalt. Wie muss S sich verhalten?

Zu beachten ist, dass zum einen eine beschuldigte Person nach Art. 129 Abs. 1 StPO berechtigt ist, in jedem Strafverfahren und *auf jeder Verfahrensstufe* einen Anwalt mit ihrer Verteidigung zu betrauen, und zum anderen der jeweilige Rechtsbeistand das Recht hat, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft anwesend zu sein. Da A vorläufig festgenommen ist, ist er in seinen Möglichkeiten eingeschränkt, sich einen Verteidiger seines Vertrauens zu beschaffen. Um diese Defizite auszugleichen, sind die Strafbehörden verpflichtet, dem vorläufig festgenommenen Beschuldigten Hilfe bei der Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger zu leisten. Staatsanwalt S ist verpflichtet, dem A ein Telefonbuch/Anwaltsverzeichnis zur Verfügung zu stellen und auf einen bestehenden Pikettdienst hinzuweisen und ihm die Kontaktaufnahme mit einem Anwalt zu ermöglichen (vgl. SCHLEGEL, plädoyer 1/2011, 36 [39 f.]; SCHLEGEL/WOHLERS, StV 2012, 307 [312]).

Aufgabe 2c: Nehmen Sie an, A benennt Rechtsanwalt R als seinen Verteidiger. Es stellt sich dann aber heraus, dass dieser sich gerade im Ausland aufhält und erst in einigen Tagen wieder zurückkehren wird. Wie muss sich S verhalten?

Aus den Art. 147 Abs. 2 und Art. 159 Abs. 3 StPO ergibt sich, dass die Nichtverfügbarkeit des von der beschuldigten Person gewünschten Verteidigers keinen Anspruch darauf eröffnet, dass die Einvernahme verschoben wird. Diese Regelung macht im Lichte der kurzen Fristen im Festnahme- bzw. Haftverfahren von Art. 219 Abs. 4 bzw. Art. 224 Abs. 2 StPO durchaus Sinn. Bei strikter Umsetzung dieser Vorgaben würden aber andererseits das der beschuldigten Person durch die EMRK gewährleistete Recht auf Anwesenheit eines Verteidigers weitgehend ausgehöhlt werden. Eine EMRK-konforme Anwendung kann nur darin liegen, eine Verschiebung zu verweigern, wenn die Höchstdauer für Fristen zu verstreichen droht (SCHLEGEL, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 270). In der Praxis hat sich eine Wartefrist von einem halben Tag als vorherrschender Kompromiss etabliert.

Da RA R aber erst in einigen Tagen zur Verfügung steht, muss auf seine Rückkehr nicht gewartet werden. Dies bedeutet aber nicht, dass S nunmehr einfach mit der Einvernahme fortfahren kann. Vielmehr muss er A darüber unterrichten, dass kein Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme bis zur erwarteten Rückkehr von R besteht. Weiterhin muss S den A dahingehend belehren, dass das Recht auf einen Verteidiger fortbesteht und er – wenn er dies wünscht – einen anderen Verteidiger benennen kann.

Aufgabe 2d: Nehmen Sie an, S reagiert auf die Nachricht, dass Rechtsanwalt R erst in einigen Tagen zur Verfügung stehen wird, so, dass er dem A erklärt, er habe zwei Möglichkeiten: Er könne nun entweder aussagen oder er werde eben in Haft genommen, bis sein Anwalt anwesend sei. Aus Angst vor dem Gefängnis legt A daraufhin ein Geständnis ab. Ist dieses Geständnis verwertbar?

Vorliegend kann die Unverwertbarkeit des Geständnisses auf drei Wegen begründet werden:² Stuft man die Erklärung des S als unzulässige Drohung ein, ergibt sich die Unverwertbarkeit aus Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO. Geht man davon aus, dass S den A nicht darüber belehrt hat, dass er in einer Vernehmung von seinem Schweigerecht Gebrauch machen und/oder einen anderen Verteidiger seines Vertrauens benennen kann, ergibt sich die Unverwertbarkeit aus Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. Und schliesslich kann man noch darauf abstellen, dass die Einvernahme unter Verletzung des Rechts auf den von A gewünschten Beizug einer Verteidigung zustande gekommen ist. Angaben, die unter Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1, 3 lit. c EMRK zustande gekommen sind, unterliegen auch aus diesem Grunde einem Verwertungsverbot, weil gerade die Beratung mit der Verteidigung sicherstellen soll, dass die Entscheidung über Reden oder Schweigen sinnvoll ausgeübt werden kann. (vgl. EGMR vom 24.9.2009, Pishchalnikov c. Russland, Nr. 7025/04 Ziff. 79, FP 2010, 86 m. Anm. SCHLEGEL).

Aufgabe 2e: Nehmen Sie an, A habe neben dem Geständnis (vgl. oben 2d) auch noch angegeben, welche Kunden des Finanzinstituts XY er neben K noch angeschrieben hatte. Die Staatsanwaltschaft wendet sich daraufhin an diese Kunden, die den Sachverhalt bestätigen. Sind die Angaben dieser

² Es müssen nicht zwingend alle drei Wege erörtert werden.

Kunden in einem Verfahren gegen A verwertbar? Ist es hierbei von Relevanz, dass die Liste der Kunden auf dem beschlagnahmten Computer des A abgespeichert war und die an diese Kunden gerichteten E-Mails über einen Zugriff auf das E-Mail-Programm des A hätten gefunden werden können?

Vorliegend geht es um die Frage, ob die Erkenntnisse, die aus den Angaben der Kunden gewonnen worden sind, einem Verwertungsverbot unterliegen, weil sie aufgrund von Angaben des A erlangt worden sind, die ihrerseits unverwertbar sind. Es geht also um die Fernwirkung von Beweisverboten.

Art. 141 Abs. 4 StPO regelt die (beschränkte) Fernwirkung relativer Beweisverwertungsverbote i.S. von Art. 141 Abs. 2 StPO. Zur Fernwirkung absoluter Beweisverwertungsverbote i.S.v. Art. 141 Abs. 1 StPO enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Die Frage, ob die Regelung der Fernwirkung relativer Beweisverwertungsverbote entgegen ihrem Wortlaut auch für absolute Beweisverwertungsverbote gelten muss, ist noch nicht abschliessend geklärt (vgl. BGE 138 IV 169, E. 3.2). Denkbar sind drei Lösungswege: Man kann die Regelung des Art. 141 Abs. 4 StPO auf die Fälle des Art. 141 Abs. 1 StPO analog anwenden (was dann vorliegend zur Folge hätte, dass die Angaben der Kunden verwertbar sind, weil man auf diese auch über die – bereits laufende – Auswertung des Computers des A gestossen wäre). Lehnt man eine analoge Anwendung des Art. 141 Abs. 4 StPO ab, weil der Gesetzgeber offenbar bewusst eine Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Norm auf die Fälle des Art. 141 Abs. 2 StPO vorgenommen hat, stellt sich die Frage, wie man dann mit der Fernwirkung in Fällen des Art. 141 Abs. 1 StPO umgeht. Die theoretisch denkbare Lösung hier keinerlei Fernwirkung anzunehmen, scheidet aus, weil es widersprüchlich wäre, gerade bei den von Abs. 1 erfassten, besonders schwerwiegenden prozessualen Fehlern von einer gegenüber Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 minderen Fernwirkung auszugehen. Tatsächlich wird man – wenn man eine analoge Anwendung des Abs. 4 ablehnt – mit der in der Literatur vorherrschend vertretenen Meinung von einer absoluten (= einschränkungslosen) Fernwirkung auszugehen haben (CR-CPP/BÉNÉDICT/TRECCANI, Art. 141 N 39; BSK-StPO/GLESS, Art. 141 N 39; HÄRING, ZStrR 2009, 225 [250 f.]; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 565 f.; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 141 N 12; WOHLERS, ZK StPO, Art. 141 N 15; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, N 1068; VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zürich/Basel/Genf 2010, 333 ff.).³

Aufgabe 2f: Nehmen Sie an, das Untersuchungsverfahren zieht sich längere Zeit hin (die Gründe hierfür sind für die weitere Betrachtung irrelevant). Dann stellt sich heraus, dass fünf der Kunden, die A angeschrieben hatte, in Deutschland wohnhaft sind. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden haben das Strafverfahren gegen A wegen dieser fünf Kunden, die sämtlich auf die Kontaktaufnahme des A nicht reagiert hatten, bereits gemäss § 153a Abs. 1 StPO/DE gegen eine Zahlung von 5000 Euro an eine karitative Institution eingestellt. Der Verteidiger des A stellt sich auf den Standpunkt, dass damit auch eine Strafverfolgung des A in der Schweiz nicht mehr möglich sei: Niemand dürfe wegen derselben Tat zweimal verfolgt werden. Staatsanwalt S müsse die von ihm geführte Strafuntersuchung einstellen. Staatsanwalt S möchte von Ihnen wissen, wie er sich zu verhalten hat.⁴

³ Hinweis: Es wird nicht erwartet, dass die Studierenden den Meinungsstand kennen. Es ist ausreichend – aber auch erforderlich –, dass Sie das Auslegungsproblem erkennen und dieses einer Lösung zuführen.

⁴ Diese Frage geht weit über das hinaus, was in einer Klausur erwartet werden kann. Sie ist hier nur gestellt worden, weil im Rahmen einer Fallbearbeitung Kommentare und Lehrbücher nicht nur verwendet werden dürfen, sondern verwendet werden sollen.

Hier stellt sich die Frage, ob eine Sperrwirkung der abgeurteilten Tat vorliegt (ne bis in idem). Der Grundsatz ne bis in idem verbietet nicht nur eine Doppelbestrafung, sondern verbietet zudem auch, dass dieselbe Person wegen der gleichen Sache noch einmal in ein Strafverfahren verwickelt wird. Ist dementsprechend eine Tat bereits abgeurteilt worden, muss ein etwaiges zweites Verfahren eingestellt werden.

Art. 11 StPO regelt den nationalen Grundsatz des ne bis in idem und Art. 4 des 7. ZP EMRK gewährleistet alleine diesen (vgl. WOHLERS, ZK StPO, Art. 11 N 4 f.), weshalb beide in casu nicht zur Anwendung kommen. Zu beachten sind aber einerseits die Einschränkungen, die sich aus Art. 3-7 StGB ergeben, und andererseits der für die Schweiz mit Inkrafttreten der bilateralen Abkommen mit der EU geltende Art. 54 SDÜ (vgl. WOHLERS, ZK StPO, Art. 11 N 4 und N 6; BGer 1B_148/2012, E. 4.2).

Art. 54 SDÜ besagt: «Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.» Sowohl Deutschland als auch die Schweiz sind Vertragsparteien. Die Schweiz hat Vorbehalte erklärt, die indes vorliegend nicht zum Tragen kommen würden, weil die Ausnahmekonstellation gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ gegeben ist (vgl. SCHOMBURG, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., München 2012, Art. 55 SDÜ N 3): Vorliegend hat A zwar stets in der Schweiz bzw. von der Schweiz aus gehandelt. Andererseits hat er sich aber von der Schweiz aus an potenzielle Opfer in Deutschland gewandt. Damit sollte der Erfolg der in Aussicht genommenen Taten in diesen Fällen in Deutschland eintreten. Nach dem sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz geltenden Ubiquitätsprinzip ist die Tat damit – jedenfalls in diesen Fällen – auch in Deutschland begangen worden. Angesichts der Geltung des Ubiquitätsprinzips in der Schweiz muss man den von der Schweiz erklärten Vorbehalt wohl so verstehen, dass auch der Erfolgseintritt (bzw. der beabsichtigte Erfolgseintritt) im Ausland ausreicht, um eine Tat anzunehmen, die teilweise im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei begangen wurde. Demnach wäre der von der Schweiz angebrachte Vorbehalt vorliegend nicht einschlägig.

Der Strafklageverbrauch gemäss Art. 54 SDÜ hat zwei Voraussetzungen: Verfahrensgegenstand beider Verfahren muss «dieselbe Tat» sein und das erste Verfahren muss «rechtskräftig abgeurteilt» sein. Die Verfahrenseinstellung nach § 153a Abs. 1 StPO/D ist eine rechtskräftige Einstellung i.S.v. Art. 54 SDÜ (Entscheid des EuGH vom 11.2.2003 Gözütok und Brügge, §§ 26 ff. = EuGRZ 30 [2003] 244). Staatsanwalt S müsste deshalb aufgrund von Art. 54 SDÜ das Verfahren gegen A einstellen, wenn das von ihm geführte Verfahren den gleichen Verfahrensgegenstand (=dieselbe Tat) hat, wie das Verfahren in Deutschland.

Der autonome, europarechtliche Begriff «dieselbe Tat» wird so ausgelegt, «(...) dass er nur auf die tatsächliche Handlung abstellt, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung oder dem geschützten rechtlichen Interesse, und einen Komplex konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände umfasst» (EUGH NStZ 2011, 466, Rn. 39 m.w.H.). Insbesondere dann, wenn alle Kunden mit ein und derselben (Sammel-)E-Mail angeschrieben worden sind, liegen zumindest teilidentische Verfahrensgegenstände vor, womit dann nicht auszuschliessen ist, dass das im Sachverhalt dargestellte Geschehen als eine einheitliche Tat betrachtet werden muss, bei der auch die Taten zum Nachteil der in der Schweiz befindlichen Kunden vom Strafklageverbrauch miterfasst sind, mit der Folge, dass selbst bei einer nur teilweisen Aburteilung in Deutschland das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 54 SDÜ für das gesamte im Sachverhalt dargestellte Geschehen erfasst.

Sachverhalt (3. Teil)

Kontoinhaber C, von dessen Konto A Geld überwiesen hatte, macht in einem gegen A angehobenen Zivilprozess eine Forderung im Umfang von Fr. 2'000.- zuzüglich Zins geltend, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. A beantragt Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge und wendet ein, er habe sich anlässlich eines Gesprächs mit Kontoinhaber C geeinigt und die dabei vereinbarte Zahlung in der Höhe von Fr. 2'000.- zur Erledigung der Sache bereits persönlich an Kontoinhaber C in bar geleistet. Eine Quittung sei nicht ausgestellt worden. Kontoinhaber C bestreitet die Darstellung von A und hält an seiner Forderung fest. Das Gericht heisst in der Folge die Zivilklage von Kontoinhaber C gut. Tatsächlich hatten sich A und Kontoinhaber C – wie von A vorgetragen – im Vorfeld geeinigt und A hatte bereits eine Zahlung in Höhe von Fr. 2'000.- geleistet.

Aufgabe 2: Prüfen Sie die Strafbarkeit des Kontoinhabers C

1. Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 StGB)

Kontoinhaber C könnte sich der Urkundenfälschung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB (in der Form der Falschbeurkundung) strafbar gemacht haben, indem er entweder eine Klageschrift verfasst und dem Gericht einreicht hat (Art. 244 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 ZPO), die sich über die Zahlung von A ausschweigt, oder er die Klage mündlich bei Gericht zu Protokoll gibt (Art. 244 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) und dabei die Zahlung von A verschweigt.

Tatobjekt der Falschbeurkundung sind Urkunden. Nach Art. 110 Abs. 4 StGB sind Urkunden u.a. Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. «Nach der Praxis kann sich die Beweisbestimmung eines Schriftstücks einerseits unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und andererseits aus dessen Sinn oder Natur abgeleitet werden. Ebenfalls nach Gesetz oder aber nach der Verkehrsübung bestimmt sich, ob und inwieweit einer Schrift Beweiseignung zukommt» (BGE 123 IV 61, E. 5a m.w.H.).

In der ersten Alternative könnte eine Falschbeurkundung nur insoweit vorliegen, als Klageschriften bestimmt und geeignet sind, Tatsachen zu beweisen. In Bezug auf den in ihnen dargelegten Sachverhalt sind sie weder das eine noch das andere. Ihr Sinn und ihre Natur liegt im Wesentlichen darin, Tatsachen darzulegen und Beweismittel anzugeben (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO), und gerade nicht darin, zu beweisen. Die Klageschrift ist denn auch nicht eines der grundsätzlich zugelassenen Mittel zum Beweis des in ihr dargelegten Sachverhalts (vgl. Art. 168 Abs. 1 ZPO). Es fehlt also an einem tauglichen Tatobjekt. Die Prüfung ist abubrechen.

In der zweiten Alternative wird die Klage mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben. Das Protokoll enthält dem wesentlichen Inhalt nach protokollierte Ausführungen (vgl. Art. 235 Abs. 2 ZPO). Entscheidend ist, dass sich das Protokoll nur über die Ausführungen als solche äussert, nicht aber über den Sachverhalt, den sie betreffen; es gibt lediglich fremde Erklärungen wieder (sog. Protokollurkunde; vgl. BGE 106 IV 372, E. 2a; BSK-StGB/Boog, , Art. 251 N 46). Solange die mündlich bei Gericht zu Protokoll gegebene Klage getreu protokolliert wird, kann daher keine Falschbeurkundung vorliegen. Anhaltspunkte, dass falsch protokolliert worden wäre, sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Die Prüfung der Falschbeurkundung ist auch in der zweiten Alternative abubrechen.

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

Kontoinhaber C könnte sich des Betrugs nach Art. 146 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen A eine Forderung geltend macht und die zutreffende Darstellung von A, er habe die eingeklagte Forderung bereits beglichen, bestreitet.

Art. 146 Abs. 1 StGB umschreibt die Tathandlung als Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen. Tatsachen sind objektiv feststehende Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die sich an sich beweisen lassen (BGE 135 IV 76, E. 5.1; DONATSCH, StrafR III, S. 197; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT/I, § 15 N 7). Unter Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen zu verstehen (BGE 135 IV 76, E. 5.1).

Vorliegend behauptet C mit der Klageschrift, er habe gegen A einen Zahlungsanspruch erworben, weil dieser unter Verwendung von seinen Kontozugangsdaten von seinem Konto CHF 2'000.- abdisponiert habe. Die vorgetragenen Tatsachen entsprechen aber für sich gesehen der Wahrheit und können damit nicht Gegenstand einer Täuschung sein. Anders läge es nur dann, wenn man in die Klagschrift noch die konkludente Erklärung hinein interpretiert, dass A den in Frage stehenden Betrag nicht bereits an C gezahlt habe. Diesen Erklärungsgehalt wird man aber in die Klagschrift nicht hinein interpretieren können.

Des Weiteren gibt C im Prozess die Erklärung ab, er bestreite den Vortrag des A, wonach dieser sich mit C anlässlich eines Gesprächs geeinigt und die dabei vereinbarte Zahlung in der Höhe von CHF 2'000.- zur Erledigung der Sache bereits persönlich in bar geleistet habe. Fraglich ist, ob das «Bestreiten» der Darstellung als Täuschung i.S.v. Art. 146 StGB einzustufen ist. Es wird die Meinung vertreten, dass «Bestreiten» lediglich als Antrag aufzufassen sei, die Gegenpartei solle ihre Behauptung beweisen (HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011, N 3207; vgl. NAEGELI, Darf man im Prozess lügen?, AwR 2010, 292 [295]). Folgt man dieser Auffassung läge bereits keine Täuschung vor. Demgegenüber wird von BRÖNNIMANN die Auffassung vertreten, dass «(...) [d]as Verneinen der von der Gegenpartei angeführten Sachumstände (...) seinerseits ein Behaupten [ist], nämlich das Behaupten des kontradiktorischen Gegenteils, allenfalls in der Form einer abweichenden Sachdarstellung (...)» (BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, 21). Ebenso sieht es KRELL:«(...) Bestreiten ist nicht etwa die bloße Aufforderung an den Gegner, er möge Beweis antreten, sondern die Erklärung, der behauptete Vorgang habe sich so nicht abgespielt.» (KRELL, Probleme des Prozessbetrugs, JR 2012, 102 [104]). Folgt man dieser Auffassung, hat Kontoinhaber C, indem er die zutreffende Darstellung von A bestreitet, eine *unzutreffende Erklärung über Tatsachen* abgegeben. Die letztgenannte Ansicht verdient Zustimmung. Der Grund für eine Beweisabnahme liegt nicht im beliebigen Antrag einer Partei, sondern in der fehlenden Überzeugung, der Ungewissheit, ob eine Erklärung über Tatsachen zutrifft oder nicht. Die Ungewissheit rührt daher, dass die erklärte Tatsache verneint wird. Damit liegt im Ergebnis eine Täuschung vor.

Art. 146 Abs. 1 StGB verlangt eine arglistige Irreführung. Da ein Lügengebäude und auch betrügerische Machenschaften nicht gegeben sind (vgl. RÜETSCHI, Der Prozessbetrug in der Schweiz, Gedanken zur strafrechtlichen Relevanz unwahrer Behauptungen im Zivilprozess, in: Cottier/Rüetschi/Sahlfeld (Hrsg.), Information & Recht, Ein Projekt von Assistentinnen und Assistenten der Juristischen Fakultät Basel, Basel/Genf/München 2002, 225 ff. [234 f.]), stellt sich die Frage, ob vorliegend eine qualifizierte einfache Lüge gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Überprüfung des Wahrheitsgehalts der Lüge nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich ist, Kontoinhaber C das Gericht von der Überprü-

fung abhält oder er nach den Umständen voraussieht, dass das Gericht die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (zum Ganzen BGE 135 IV 76, E. 5.2; DONATSCH, StrafR III, S. 201 ff.).

Vorliegend gibt es zunächst keine Anhaltspunkte, dass Kontoinhaber C das Gericht von der Überprüfung abgehalten oder vorausgesehen hätte, dass das Gericht die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Tatsächlich ist gerade im Gegenteil zu erwarten, dass das Bestreiten eine Beweisaufnahme zur Folge haben wird, womit dann klar ist, dass dem Gericht die Überprüfung zumutbar ist. Denkbar ist damit einzig noch, dass die einfach falsche Angabe nicht oder nur mit besonderer Mühe auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden kann (vgl. RÜETSCHI, S. 233). Vorliegend führt das Bestreiten dazu, dass die zutreffende Erklärung von A überprüft werden muss und A die Behauptung, aus der er Rechte – Untergang der Forderung von CHF 2'000.- – ableitet, beweisen muss. Das mag im konkreten Fall nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich sein, wobei allerdings – im Rahmen der Opfermitverantwortung – zu berücksichtigen ist, dass A seine Beweisnot selbst dadurch verschuldet hat, dass er es versäumt hat, sich die Zahlung quittieren zu lassen. Bei entsprechender Begründung kann das Vorliegen von Arglist vertretbarerweise bejaht oder verneint werden.

Lehnt man Arglist ab, scheidet ein strafbarer Prozessbetrug aus. Gleiches gilt allerdings auch im Ergebnis auch dann, wenn man Arglist bejaht, weil dann jedenfalls ein täuschungsbedingter Irrtum zu verneinen ist: Vorliegend wird sich das Gericht gerade nicht vorstellen, A habe bereits CHF 2'000.- geleistet, solange es im Beweisverfahren nicht die Überzeugung gewinnt, dass es so gewesen ist. Genauso wenig wird es sich bis dahin vorstellen, A habe die CHF 2'000.- nicht geleistet. Das Gericht wird ohne Überzeugung schlicht keine der Varianten für wahr halten, sich mithin bewusst keine Vorstellung von dieser streitigen Tatsache machen, und folglich einen Beweislastentscheid fällen. Dann aber kann auch kein täuschungsbedingter Irrtum vorliegen (vgl. BSK-StGB/ARZT, Art. 146 N 72; KRELL, JR 2012, 102 [105 f.]; SCHUBARTH/ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137-172, Bern 1990, Art. 148 N 56 ff.).

3. Falsche Beweisaussage (Art. 306 StGB)

Art. 306 StGB müsste nur dann geprüft werden, wenn C eine Aussage als Partei im Rahmen einer Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO gemacht hätte (DONATSCH/WOHLERS, StrafR IV, S. 502). Dafür gibt der Sachverhalt allerdings keine Anhaltspunkte.