



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Marc Thommen

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht
unter Einschluss des Wirtschafts- und
Verwaltungsstrafrechts

Musterlösung Fallbearbeitung im Strafrecht II

FS 2023

Es handelt sich dabei um ein Beispiel einer möglichen Lösung.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	II
Materialienverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	V
Falllösung	1
I. Die Fernsehdebatte, Strafbarkeit von Ella	1
1. <i>Üble Nachrede gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB zu Lasten des Max</i>	1
1.1. Objektiver Tatbestand	1
1.2. Subjektiver Tatbestand	4
1.3. Rechtswidrigkeit.....	5
1.4. Schuld.....	5
1.5. Strafantrag	5
1.6. Immunität	5
1.7. Fazit.....	6
2. <i>Beschimpfung des Max gemäss Art. 177 Abs. 1 StGB</i>	6
3. <i>Üble Nachrede zu Lasten der ganzen Partei von Max</i>	6
3.1. Objektiver Tatbestand	7
3.2. Fazit.....	7
II. Die Ladendiebin	8
1. <i>Polizeirapport</i>	8
2. <i>Zeugenaussage</i>	10

Literaturverzeichnis

Die Musterlösung beschränkt sich auf eine Auswahl an möglicher Literatur. Von den Studierenden wurde insbesondere auch die Berücksichtigung von Monografien und Zeitschriftenartikel zur Thematik erwartet und nicht bloss die Verwendung von Standardliteratur zum Strafrecht.

Die hier aufgeführten Werke werden, falls nichts anderes angegeben, mit Namen und Seitenzahl zitiert.

BUSCHBECK CELINE/KUHR MARTJE, »immer haben Typen wie du, was auf die Fresse verdient«, Satirische Schreibweisen im Werk von Bela B, in: Jürgensen Christoph (Hrsg.), Pop goes literature – Musiker:innen und Autorschaft, Bielefeld 2022, S. 139 ff.

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Auflage, Zürich 2018

GRAF DAMIAN K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020 (zit.: AK StGB-BEARBEITER:INNEN, Art. ... N ...)

GRAF MARTIN/THELER CORNELIA/VON WYSS MORITZ (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), Basel 2014 (zit.: Kommentar ParlG-BEARBEITER:INNEN, Art. ... N ...)

MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/MOREILLON LAURENT/ROTH ROBERT (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Basel 2017 (zit.: CR CP II- BEARBEITER:INNEN, Art. ... N ...)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Auflage, Basel 2019 (zit.: BSK StGB- BEARBEITER:INNEN, Art. ... N ...)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (zit.: BSK StPO-BEARBEITER:INNEN, Art. ... N ...)

RIEDO CHRISTOF, Richter in eigener Sache: Über die relative Immunität von Parlamentariern, recht 2018, S. 255 ff.

RIKLIN FRANZ, StPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit.: StPO Kommentar-RIKLIN, Art. ... N ...)

SALZMANN EVELINE/MUTTI GABRIELA/FRITZ NATALIE, Verwertbarkeit von Spontanäusserungen und informellen Befragungen, *forumpoenale* 3/2022, S. 199 ff.

SCHMID NIKLAUS, «Anwalt der ersten Stunde», Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 745 ff.

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit.: PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. ... N ...)

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 8. Auflage, Bern 2022 (zit.: STRATENWERTH/BOMMER, BT I, § ... N ...)

ZURKINDEN NADINE/BUSER DENISE, *Ehrverletzung oder Gesellschaftskritik?*, *sui generis* 2019, S. 74 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006, S. 1085 ff.).

Frankfurter Allgemeine Zeitung, „Aktion Arschloch“: „Schrei nach Liebe“ führt Charts an, 11. September 2015, online verfügbar: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/aktion-arschloch-schrei-nach-liebe-fuehrt-charts-an-13797400.html> (abgerufen im Februar 2023).

Westdeutsche Zeitung: Gegen rechts: Bela B liefert den Soundtrack gegen den Hass. 15. Februar 2017, online verfügbar: https://www.wz.de/kultur/musik/bela-b-liefert-den-soundtrack-gegen-den-hass_aid-26475907 (abgerufen im Februar 2023).

Zentrum für Populäre Kultur und Musik der Universität Freiburg in Kooperation mit Schott Music und der HS Düsseldorf, Songlexikon: <https://songlexikon.de/songs/schrei-nach-liebe/> (abgerufen im Februar 2023).

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AK	Annotierter Kommentar
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	amtliche Sammlung der Leitentscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
CP	Code Pénal (=StGB)
CR	Commentaire Romand
Dr. iur.	Doktor:in der Rechtswissenschaften
E.	Erwägung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f.	folgende (Seite/Randnote)
ff.	folgende (Seiten/Randnoten)
forumpoenale	Forumpoenale, Die Zeitschrift für den Praktiker im Bereich Strafrecht / La revue pour les praticiens du droit pénal (Bern)
FS	Frühjahrssemester
Hrsg.	Herausgeber:innen
i.V.m.	in Verbindung mit
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnote

ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
PK	Praxiskommentar
Prof.	Professor:in
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
sui generis	sui generis (Zürich)
SV	Sachverhalt
Variante	Variante
WZ	Westdeutsche Zeitung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Falllösung

I. Die Fernsehdebatte, Strafbarkeit von Ella

1. Üble Nachrede gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB zu Lasten des Max

Ella könnte sich der üblen Nachrede nach Art. 173 Ziff. 1 StGB gegenüber Max strafbar gemacht haben, indem sie ihm sagte, der Inhalt des Lieds "Stummer Schrei nach Liebe" der Rockband "Die Ärzte" treffe auf ihn zu.

1.1. Objektiver Tatbestand

Tatsachenbehauptung gegenüber Dritten

Um den Tatbestand von Art. 173 StGB zu erfüllen, muss der Täter eine Tatsachenbehauptung gegenüber einem Dritten aufstellen (beschuldigen, verdächtigen) oder verbreiten.

Täter kann jeder sein, also auch Ella. Max ist dabei als natürliche Person Träger des Rechtsgutes.

Ella verweist während einer Fernsehdebatte und somit auch gegenüber Dritten (einerseits gegenüber den im Fernsehstudio anwesenden Personen; andererseits gegenüber den Zuschauenden vor den Fernsehbildschirmen) auf das Lied "Schrei nach Liebe" der Rockband "Die Ärzte". Der Liedinhalt stammt nicht von Ella. Doch auch die Weiterverbreitung einer fremden rufschädigenden Äusserung als Zitat ist grundsätzlich von der üblen Nachrede erfasst.¹ Der Liedtext bezieht sich ursprünglich nicht auf Max und seine Parteikolleg:innen, Ella sagt aber, der Inhalt treffe auf Max zu.

Zu prüfen ist, ob es sich bei dem Verweis auf das fragliche Lied und der Behauptung, sein Inhalt treffe auf Max zu, um eine Tatsachenbehauptung handelt.

Tatsachen sind "Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Zukunft"², die "dem Beweis zugänglich"³ sind.

Ob der Text des Lieds auf Max zutrifft, lässt sich überprüfen. Ella stellt somit eine Behauptung auf, die dem Beweis zugänglich ist.

¹ BGE 118 IV 153, E. 4a.

² BGE 118 IV 41, E. 3.

³ BGE 118 IV 41, E. 3.

Ehrenrührigkeit der Tatsachenbehauptung

Die Tatsachenbehauptung muss dazu geeignet sein, Max in seiner Ehre zu verletzen.

In der Lehre unterscheidet man zwischen dem faktischen und dem normativen Ehrbegriff. Nach dem faktischen Ehrbegriff wird der Ruf einer Person als ehrbarer Mensch geschützt.⁴ Gemäss dem normativen Ehrbegriff wird bereits der Anspruch eines Menschen auf Achtung geschützt.⁵ Der normative Ehrbegriff greift damit bereits, wenn eine Handlung bloss geeignet ist, zu einer Rufschädigung zu führen.⁶ In der Lehre und teilweise in der Rechtsprechung wird heute der normative Ehrbegriff vertreten.⁷

Sinn der Äusserung: Für die Beurteilung, ob eine Äusserung ehrverletzend ist, kommt es nicht auf den Sinn an, den ihr die betroffene Person gibt, sondern vielmehr auf den Sinn, "welchen ihr der unbefangene durchschnittliche Dritte unter den gesamten konkreten Umständen beilegt."⁸ Gleiche Äusserungen können deswegen je nach Kontext unterschiedliche Bedeutungen haben. Die Ermittlung des Sinns ist eine Rechtsfrage.⁹ Texte sind dabei nicht nur anhand der verwendeten Ausdrücke, sondern auch nach dem allgemeinen Sinn, der sich aus dem Text als Ganzes ergibt, zu beurteilen.¹⁰

In casu verweist Ella auf einen satirischen und politischen Liedtext. Das Lied zieht die stereotypen Eigenheiten eines Neonazis ins Lächerliche und bezeichnet ihn als Arschloch.¹¹

Ella erwähnt das Lied im Rahmen einer politischen Diskussion im Fernsehen. Abzustellen ist somit auf den Sinn, den die durchschnittlichen Studiogäste und Fernsehzuschauer dieser Sendung, Ellas Äusserung beilegen.

Durchschnittliche unter-40-jährige Zuschauende politischer Diskussionssendungen kennen das Lied möglicherweise nicht. Aus dem sozialen Kontext ist aber auch ihnen klar, dass die Aussage nicht nett gemeint ist. Sie werden das Lied im Internet recherchieren und sofort den Text finden. Spätestens dann wird ihnen klar sein, dass Ella mit dem Verweis auf den Liedtext ausdrückt, dass Max aufgrund seiner politischen Einstellung gegenüber Ausländern und den Kampagnen, die seine Partei durchführt, fremdenfeindlich sei und dass sie ihn ausserdem in die Nähe von

⁴ STRATENWERTH/BOMMER, BT I § 11 N 3. So BGE 137 IV 313, E. 2.1.1; 131 IV 154, E. 1.2.

⁵ STRATENWERTH/BOMMER, BT I § 11 N 4.

⁶ BGE 103 IV 22, E. 7.

⁷ STRATENWERTH/BOMMER, BT I § 11 N 4 m.w.Nw.

⁸ BGE 133 IV 108, E. 8.5.1 (ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGE 145 IV 23, E. 3.2).

⁹ Urteil des BGer 6B_1046/2021 vom 2. August 2022, E. 3.3.2.

¹⁰ AK StGB-ABO YOUSSEF, Vorbemerkungen zu Art. 173 ff. N 11 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹¹ BUSCHBECK/KUHR, S. 148.

Neonazis bzw. Rechtsextremisten rückt. Auch sie werden die Ehrenrührigkeit der Äusserung erkennen; denn, ob Max fremdenfeindlich ist oder mit rechtsextremistischen Ideologien sympathisiert, ist dem Beweis zugänglich und somit eine Tatsachenbehauptung.

Fraglich ist, ob das Wort "Arschloch" im Refrain aus Sicht der jüngeren durchschnittlichen Zuschauenden einen erkennbaren Bezug zu einer Tatsache hat, die im restlichen Teil des Lieds geäußert wird und ob das Lied und Ellas Bezug darauf, bzw. ihr Kommentar, der Inhalt treffe auf Max zu, somit aufgrund des Gesamtzusammenhangs¹² als gemischtes Werturteil gelten kann. Das ist zu bejahen, denn im Liedtext wird der Protagonist deswegen als "Arschloch" betitelt, weil er ein Neonazi ist. Das Werturteil bezieht sich somit auf die Tatsachenbehauptung und es handelt sich um ein gemischtes Werturteil.

Fraglich ist, ob unter-40-jährige Zuschauende den Sinn von Ellas Äusserung bereits vor der Recherche verstehen müssen. Das kann hier aber offen bleiben. Denn durchschnittliche politisch interessierte über-40-jährige Zuschauende kennen einerseits das Lied und seinen Text, denn es ist 1993 erschienen und war in den Top Ten der Charts. Andererseits erkennen sie aus dem historischen Kontext in Ellas Äusserung auch ohne weiteres die Bedeutung von "Du Nazi-Arschloch". Zumal das Lied zur Hymne gegen Rechtsradikalismus¹³ wurde und bekannterweise von einigen Radiostationen aufgrund des Begriffs "Arschloch" im Refrain zunächst nicht gespielt wurde.¹⁴ Schliesslich war der Song 2015 aufgrund der sogenannten "Aktion Arschloch" – die zum Ziel hatte, sich in der Flüchtlingskrise gegen Fremdenfeindlichkeit zu positionieren – wieder in den Charts.¹⁵

Satire: Ella verweist darauf, dass es sich bei dem Lied um "Kultur, Kunst und Satire" handle. Um zu beurteilen, ob die Äusserung als Satire straflos bleibt, ist auf den Aussagenkern abzustellen, der gemäss der deutschen Lehre aus dem Satiremantel herauszuschälen ist (Entkleidungsmethode). Dazu muss man wiederum den Kreis der adressierten Personen bestimmen.¹⁶

¹² AK StGB-ABO YOUSSEF, Vorbemerkungen zu Art. 173 ff. N 11 m.w.Nw.

¹³ BUSCHBECK/KUHR, S. 148.

¹⁴ Zentrum für Populäre Kultur und Musik der Universität Freiburg in Kooperation mit Schott Music und der HS Düsseldorf, Songlexikon: <https://songlexikon.de/songs/schrei-nach-liebe/> (abgerufen im Februar 2023).

¹⁵ FAZ, 11. September 2015, online verfügbar: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/aktion-arschloch-schrei-nach-liebe-fuehrt-charts-an-13797400.html> (abgerufen im Februar 2023); WZ, 15. Februar 2017, online verfügbar: https://www.wz.de/kultur/musik/bela-b-liefert-den-soundtrack-gegen-den-hass_aid-26475907 (abgerufen im Februar 2023). In der Schweiz erreichte der Song im September 2015 Platz 6 der Hitparade (<https://hitparade.ch/song/Die-Aerzte/Schrei-nach-Liebe-6600>, abgerufen im Februar 2023).

¹⁶ BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 36 m.w.Nw.

Der Adressatenkreis von Ellas Aussage sind hier nicht Gäste einer Satire-Sendung, sondern andere Politiker und Gäste in einer politischen Wahlkampfsendung sowie deren Fernsehzuschauer. Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch diese das Konzept der Satire verstehen, hat Ella die Äusserung nicht in einem satirischen, sondern in einem politischen Kontext gemacht und Max damit als Nazi-Arschloch diffamiert.

Politische Auseinandersetzung: Fraglich ist auch, wie weit der Ehrschutz in der politischen Auseinandersetzung geht.

Äusserungen, die sich lediglich eignen, jemanden in anderer Hinsicht, z.B. als Geschäfts- oder Berufsleute, als Politiker oder Künstler in der gesellschaftlichen Geltung herabzusetzen, sind nicht von Art. 173 StGB geschützt, sofern die Äusserung nicht den Verdacht erweckt, dass dem betroffenen Politiker Charaktereigenschaften fehlen, "die nach allgemeiner Anschauung ein ehrbarer Mensch haben muss."¹⁷ Das führt dazu, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in der politischen Auseinandersetzung eine strafrechtlich relevante Ehrverletzung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden darf. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass kein Angriff auf die persönliche Ehre vorliegt.¹⁸ Laut Bundesgericht ist aber etwa der Vorwurf, Sympathien für das Naziregime zu haben, ehrenrührig.¹⁹

Mit der Aussage, der Liedtext treffe auf Max zu, unterstellt Ella Max, dass er mit rechtsradikalen Ideologien und Gewaltanwendung sympathisiere und diffamiert ihn im Ergebnis als Nazi-Arschloch. Diese Aussagen richten sich eindeutig gegen die sittliche Ehre von Max als Menschen und nicht mehr gegen seine gesellschaftliche Geltung als Politiker. Ihre Äusserung ist somit trotz dem politischen Kontext ehrenrührig.

Fazit: Ella hat somit eine ehrverletzende Tatsachenbehauptung bzw. ein ehrverletzendes gemischtes Werturteil gegen Max in Anwesenheit der anderen Personen im Fernsehstudio und den Zuschauern vor den Fernsehbildschirmen geäussert, weswegen trotz des politischen Kontextes der objektive Tatbestand der üblen Nachrede erfüllt ist.

1.2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB Wissen und Wollen bezüglich aller objektiven Tatbestandselemente voraus. Eventualvorsatz (für möglich halten und in Kauf nehmen der Tatverwirklichung) reicht bereits aus. Ella richtet diese Aussage wissentlich und

¹⁷ BGE 80 IV 159, E. 2. Seither ständige Rechtsprechung (etwa BGE 119 IV 44, E. 2a; 105 IV 111, E.1; 103 IV 157, E. 1).

¹⁸ BGE 137 IV 313, E. 2.1.4; 116 IV 146, E. 3c).

¹⁹ BGE 121 IV 76, E. 2a)bb).

willentlich in der Fernsehdebatte gegen Max. Nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung musste sich Ella mindestens der Möglichkeit der Rufschädigung bewusst sein und sie auch in Kauf nehmen, zumal der Liedtext auch Verbalinjurien enthält. Sie erfüllt somit den subjektiven Tatbestand der üblen Nachrede.

1.3. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigung aufgrund Wahrheitsbeweises (Art. 173 Ziff. 2 Var. 1 StGB)

Beim Wahrheitsbeweis handelt es sich um einen speziellen Rechtfertigungsgrund, bei dem es zudem zur Beweislastumkehr kommt und der Grundsatz *in dubio pro reo* deswegen nicht anwendbar ist.²⁰ Er ist erbracht, wenn die Tatsachenbehauptung in ihren wesentlichen Zügen der Wahrheit entspricht.²¹

In casu führen Max und seine Partei zwar "drastische Kampagnen für eine Beschränkung der Einwanderung von Ausländern in die Schweiz" durch. Das beweist zwar, dass Max deutlich ausländerfeindliche und möglicherweise rassistische Ansichten vertritt, es beweist aber noch nicht, dass er rechtsextremistischen Ideologien nahesteht.

Rechtfertigung aufgrund Gutglaubensbeweises (Art. 173 Ziff. 2 Var. 2 StGB)

Der SV enthält keine Anhaltspunkte, dass Ella ihre Äusserungen in gutem Glauben für wahr hielt.

1.4. Schuld

Es sind keine Schuldausschlussgründe ersichtlich.

Auch eine Strafbefreiung wegen Retorsion kommt nicht in Frage, da man Max kein ungebührliches Verhalten vorwerfen kann, wenn er in der Fernsehdebatte seine politische Meinung vertritt.

1.5. Strafantrag

Art. 173 Ziff. 1 ist ein Antragsdelikt. Laut SV wurde Strafantrag gestellt.

1.6. Immunität

Gemäss Art. 17 Abs. 1 ParlG unterstehen Ratsmitglieder der relativen Immunität, sofern strafbares Verhalten in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer amtlichen Stellung oder Tätigkeit steht. Ein Strafverfahren kann dann nur auf Gesuch an die zuständige Kommission eingeleitet werden.

²⁰ CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Art. 173 N 26 m.w.Nw.

²¹ AK StGB-ABO YOUSSEF, Vorbemerkungen zu Art. 173 ff. N 15 m.w.Nw.

Ella tritt im Fernsehen in ihrer Funktion als Nationalrätin auf. Fraglich ist, ob der Wahlkampf zu ihren Funktionen als Nationalrätin gehört. Argumentiert man, dass die Anbahnung der Wiederwahl einen grossen Teil parlamentarischer Tätigkeit ausmacht,²² dann gehören auch Fernsehauftritte in Wahlkampfsendungen zum privilegierten Bereich der relativen Immunität.

Der Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit ist jedoch restriktiv auszulegen.²³ Deswegen wurde Art. 17 Abs. 1 ParlG im Jahr 2011 um das Wort "unmittelbarem" ergänzt.²⁴ Ob Wahlkampfdebatten darunterfallen, ist fraglich. Dagegen lässt sich argumentieren, dass damit amtierende Ratsmitglieder gegenüber Kandidierenden, die nicht bereits Ratsmitglieder sind, privilegiert würden.²⁵ Auch amtierende Ratsmitglieder zielen auf eine Wiederwahl, sodass sie den Wahlkampf nicht in ihrer Funktion als Ratsmitglieder führen.²⁶

Laut SV wurde ein Gesuch gestellt, sodass die Frage offenbleiben kann.

1.7. Fazit

Ella hat sich der üblen Nachrede nach Art. 173 Ziff. 1 StGB gegenüber Max strafbar gemacht.

2. Beschimpfung des Max gemäss Art. 177 Abs. 1 StGB

Ella könnte sich der Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB gegenüber Max strafbar gemacht haben, indem sie ihm sagte, der Inhalt des Lieds "Stummer Schrei nach Liebe" der Rockband "Die Ärzte" treffe auf ihn zu.

Art. 177 ist subsidiär. Macht der Täter die Äusserung dem Verletzten gegenüber und nimmt er in Kauf, dass anwesende Dritte sie vernehmen, kommt Art. 173 bzw. 174 zum Zug.²⁷

3. Üble Nachrede zu Lasten der ganzen Partei von Max

Ella könnte sich der üblen Nachrede nach Art. 173 StGB gegenüber den Parteikolleginnen und Parteikollegen von Max strafbar gemacht haben, indem sie sagte, dass der Inhalt des Lieds "Stummer Schrei nach Liebe" der Rockband "Die Ärzte" auch auf sie zutreffe.

²² So RIEDO, S. 257.

²³ Kommentar ParlG-NUSSBAUMER Art. 17 N 15.

²⁴ Kommentar ParlG-NUSSBAUMER Art. 17 N 17.

²⁵ Kommentar ParlG-NUSSBAUMER Art. 17 N 19.

²⁶ In dieser Richtung in anderem Zusammenhang mindestens die Argumentation des Bundesgerichts im Fall Maudet. Das Bundesgericht schloss eine Strafbarkeit gemäss Art. 322^{quinquies} und Art. 322^{sexies} StGB im Zusammenhang mit einer finanzierten Umfrage aus, da diese Umfragefinanzierung Maudet als Kandidat und nicht als Amtsträger gewährt wurde (Urteil des BGer 6B_220/2022 vom 31. Oktober 2022, E. 4.5 f.).

²⁷ BSK StGB-RIKLIN, Art. 177 N 35.

3.1. Objektiver Tatbestand

Ehrverletzungsdelikte schützen die individuelle Ehre, nicht den öffentlichen Frieden.²⁸ Kollektivgesamtheiten können deswegen grundsätzlich nicht beleidigt werden.²⁹

Ehrverletzungen, die gegen ganze Gruppen gerichtet sind, sind deswegen nur strafbar, wenn die Gruppe vom Täter so bestimmt wird, dass sich jedes Mitglied persönlich betroffen fühlen kann.³⁰ Dasselbe gilt, wenn sich der Angriff auf jede, der Gruppe angehörende Person mit hinreichender Deutlichkeit beziehen lässt.³¹ Dabei ist Zurückhaltung geboten. So ist etwa ein Angriff gegen alle operierenden Ärzte in der Schweiz³² oder alle Jäger³³ zu allgemein und erfüllt kein Ehrverletzungsdelikt. Allerdings hat das Bundesgericht die Strafbarkeit einer Ehrverletzung bejaht, die 73 Nationalräte betraf, die in einer Sache gleich abstimmten und dadurch identifizierbar waren und sich persönlich betroffen fühlen konnten.³⁴

In casu sagt Ella, der Liedtext treffe auf Max und alle seine Parteikolleginnen und -kollegen zu. Aus dem SV geht nicht hervor, wie viele Mitglieder diese Partei hat. Indes liessen sich die Personen identifizieren, die Mitglied dieser Partei sind.

In casu geht es aber nicht um eine konkrete Abstimmung, und die Ehrverletzung von Personen die in einer bestimmten Weise in einem bestimmten Kontext (z.B. im Nationalrat) abgestimmt haben. Der Angriff ist viel breiter und an eine ganze Partei mit Mitgliedern in der ganzen Schweiz gerichtet, ohne Bezug auf ein konkretes Verhalten. Nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung werden sich die Parteimitglieder trotz Parteizugehörigkeit in Ausländerfragen nicht immer einig sein. Damit können sich nicht alle vom Verweis auf den Liedtext angesprochen fühlen.

Der objektive Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

3.2. Fazit

Ella hat sich nicht der üblen Nachrede nach Art. 173 Ziff. 1 StGB gegenüber Max' Parteikolleginnen und -kollegen strafbar gemacht.

²⁸ ZURKINDEN/BUSER, S. 87 f. m.w.Nw.

²⁹ DONATSCH, S. 395; BGE 124 IV 262, E. 2b. Kritisch dazu AK StGB-ABO YOUSSEF, Vorbemerkungen zu Art. 173 ff. N 3 m.w.Nw.

³⁰ CR CP II-RIEBEN/MAZOU, Art. 173 N 9 m.w.Nw.

³¹ DONATSCH, S. 395.

³² BGE 69 IV 81, E. 3.

³³ BGE 100 IV 43, E. 3: "l'attaque générale dirigée contre une vaste collectivité de personnes prise dans son ensemble ou son universalité n'est pas propre à porter atteinte à l'honneur de chacun des individus qui lui appartiennent, si aucune délimitation ne permet d'identifier un groupe plus restreint se distinguant de l'ensemble."

³⁴ BGE 80 IV 166, E. 4.

II. Die Ladendiebin

1. Polizeirapport

Fraglich ist, ob es sich bei den Aussagen von Kerstin um rechtlich zulässige Beweismittel handelt. Das Beweisverfahren wird durch Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote beschränkt.³⁵

Die Beweiserhebungsverbote ergeben sich aus Art. 139 und Art. 140 StPO. In casu hat sich die Polizistin keiner verbotenen Beweiserhebungsmethode nach Art. 140 StPO bedient (Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können).

Ein Verwertungsverbot könnte sich aber aus Art. 158 Abs. 2 StPO ergeben, der regelt, dass Einvernahmen von beschuldigten Personen nicht verwertbar sind, wenn sie nicht auf ihre Rechte gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO hingewiesen worden sind.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob Kerstin überhaupt eine beschuldigte Person ist. Gemäss Art. 111 Abs. 1 StPO gilt als beschuldigte Person, wer in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird. Laut SV wird Kerstin des Ladendiebstahls verdächtigt. Sie ist somit eine beschuldigte Person.

Weiter stellt sich die Frage, ob es sich um eine erste Einvernahme handelt.

Unter der ersten Einvernahme wird generell nur die *erste protokollarische Befragung zur Sache* verstanden, insbesondere sollen informelle Befragungen nicht darunterfallen. Letztere dürfen allerdings nicht zu einer Umgehung der Rechte nach Art. 158 StPO führen.³⁶

Gemäss SV warten alle auf die Anwältin von Kerstin, um mit der Einvernahme beginnen zu können. Die Polizistin Petra hat Kerstin während dieser Zeit auch keine Fragen gestellt. Vielmehr hat Kerstin von sich aus begonnen zu erzählen. Zudem wurden die Aussagen von Kerstin nicht in einem Protokoll festgehalten, sondern nur in Petras Polizeirapport. Es kann deswegen nicht von einer formellen Einvernahme gesprochen werden, sondern nur von einem informellen Gespräch zwischen Kerstin und der Polizistin bzw. einem Spontangeständnis von Kerstin.

³⁵ BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 17 ff.

³⁶ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. 12. 2005, BBl 2006, S. 1085 ff., 1192; PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 158 N 6.

Fraglich bleibt, ob die Verwertbarkeit dieser Aussagen zu einer Umgehung der Rechte nach Art. 158 StPO führen würde. Für die Verwertbarkeit solcher Aussagen muss gemäss RUCKSTUHL entscheidend sein, "ob die beschuldigte Person Angaben macht, die in irgendeiner Form Eingang in die Strafakte finden, sei es nun als Protokolle, Aktennotizen, Rapporte, Berichte oder in anderer Form."³⁷ In diesem Fall seien sie "nur verwertbar, wenn vorgängig die Rechtsbelehrung nach Art. 158 stattgefunden hat, wofür die Untersuchungsbehörde beweispflichtig ist."³⁸ In casu hat die Polizistin Kerstins Aussagen im Rapport festgehalten.

Gemäss SALZMANN, MUTTI und FRITZ sind Spontanaussagen nicht verwertbar, wenn die Rollenverteilung bereits klar war und die beschuldigte Person dennoch nicht belehrt wurde.³⁹ In casu wird Kerstin des Diebstahls verdächtigt. Es ist bereits klar, dass sie Beschuldigte sein wird.

SCHMID und JOSITSCH sind hier zurückhaltender und gehen davon aus, dass "spontane Äusserungen einer beschuldigten Person auch vor den Hinweisen nach 158" verwertbar seien.⁴⁰ In casu hat sich Kerstin spontan geäußert, ohne dass ihr von der Polizistin eine Frage gestellt wurde.

Gegen die Verwertbarkeit spontaner Äusserungen spricht, dass die beschuldigte Person ihre Rechte noch gar nicht kannte. Nach Treu und Glauben hat die Polizei die Beschuldigte zu unterbrechen und zu belehren.⁴¹ Zumindest, wenn die Beschuldigte in der förmlichen Einvernahme nach der Rechtsbelehrung die Aussage verweigert oder widersprechende Aussagen macht, dürfen auch die informellen Aussagen nicht verwertet werden, weil sonst gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens verstossen wird.⁴²

Gemäss SV wurde Kerstin durch die Polizistin nicht über ihre Rechte gemäss Art. 158 StPO belehrt. Ihre Verfahrensrechte wurden somit nicht gewahrt. Zudem verweigert Kerstin im nachfolgenden Strafverfahren gemäss SV jegliche Aussage, weswegen ihre im Polizeirapport festgehaltenen Aussagen nicht verwertet werden dürfen. Der Polizeirapport reicht somit nicht für einen Strafbefehl aus. (*A.A. bei sehr guter Argumentation vertretbar.*)

³⁷ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 7 m.w.Nw.

³⁸ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 7.

³⁹ SALZMANN/MUTTI/FRITZ, S. 199.

⁴⁰ PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 158 N 6. Ebenso StPO Kommentar-RIKLIN, Art. 158 N 2.

⁴¹ StPO Kommentar-RIKLIN, Art. 158 N 2.

⁴² In diese Richtung auch BSK StPO-HÄRING, Art. 142 N 6; SCHMID, S. 762 f.

2. Zeugenaussage

Zeugin oder Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist (Art. 162 StPO). Es ist nicht ersichtlich, dass eine der Voraussetzungen für die Einvernahme als Auskunftsperson gemäss Art. 178 StPO erfüllt wäre, sodass die Ladendetektivin als Zeugin einvernommen werden kann.

Fraglich ist, ob solche, in einem informellen Gespräch gemachte Äusserungen, dem Beweis durch Zeugenaussagen der befragenden Beamten oder anderer Zeugen – allenfalls durch die Einlage entsprechender Berichte – überhaupt zugänglich sind. Wie oben dargelegt wurde, sind die im Polizeirapport festgehaltenen Aussagen von Kerstin wegen unterlassener Rechtsbelehrung nicht verwertbar. Bei Art. 158 Abs. 2 handelt es sich um ein absolutes Beweisverwertungsverbot (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 2).⁴³ Es entfaltet Fernwirkung. Diese kann bei absoluten Beweisverwertungsverboten nicht gemäss Art. 141 Abs. 4 relativiert werden und gilt somit absolut (*argumentum a fortiori*).⁴⁴

Die Ladendetektivin konnte ihre Zeugenaussage nur machen, weil sie dabei war, als Kerstin die nicht-verwertbare Aussage machte. Da die Zeugenaussage ohne die unverwertbaren Aussagen von Kerstin unmöglich gewesen wäre, kann die Zeugenaussage der Ladendetektivin nicht verwertet werden. (*Falls oben für Verwertbarkeit der Spontanäusserung argumentiert wurde, ist hier auch von Verwertbarkeit auszugehen.*)

Fazit:

Weder der Polizeirapport noch die Zeugenaussage reichen für einen Strafbefehl. Die Staatsanwältin hat deswegen nicht Recht. (*A.A. bei sehr guter Argumentation vertretbar.*)

⁴³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 33.

⁴⁴ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 StPO N 34.

Eigenständigkeitserklärung

„Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen, angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht bereits anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden.“