

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Weber (Präsident i.V.), Oberrichter Zihlmann und Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiber Feigenwinter

vom 27. November 2008

in der Strafsache gegen

1. **A.**

amtlich vertreten durch Fürsprecher X

Angeschuldigter / Anschlussappellant

2. **B.**

amtlich vertreten durch Fürsprecher Y

Angeschuldigter / Anschlussappellant

wegen Betrugs, [...]

Generalprokurator des Kantons Bern, [...]

Appellantin

Privatkläger:

1. **C.**

2. **D.**

Regeste:

Die Angeschuldigten haben auf zwei bekannten Internetauktionsplattformen elektronische Geräte zum Verkauf angeboten und entsprechende Vorauszahlungen entgegengenommen,

ohne im Besitz dieser Waren gewesen zu sein und überhaupt beabsichtigt zu haben, diese jemals zu liefern. Das konkrete Vorgehen der Angeschuldigten war nur geeignet, solche Bieter der Internetauktionen zu Vorauszahlungen zu veranlassen, die geradezu leichtsinnig handelten und die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen missachteten, welche bei den Teilnehmern von solchen Plattformen als bekannt vorausgesetzt werden können. Mit Blick auf die überwiegende Opfermitverantwortung fehlt es damit am objektiven Tatbestandsmerkmal der Arglist, weshalb die Kammer die Angeschuldigten vom Vorwurf des Betruges nach Art. 146 StGB freigesprochen hat (E. III). Berücksichtigung des prozessualen Verschuldens im Kostenpunkt (E. VII A und B).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die beiden Angeschuldigten wurden erstinstanzlich wegen mehrfach begangenen Betrugs und Versuchs dazu schuldig gesprochen. Die appellierende Staatsanwaltschaft verlangte einen Schuldspruch wegen gewerbsmässigen Betruges. Die Frage nach der Gewerbsmässigkeit musste aufgrund des Verneinens der Arglist durch die Kammer nicht mehr geprüft werden.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III.

(...)

B. Rechtliche Grundlagen zum Betrug unter besonderer Berücksichtigung der Opfermitverantwortung

Den Tatbestand des Betruges nach Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt. Art. 146 Abs. 2 StGB sieht für gewerbsmässigen Betrug eine erhöhte Strafdrohung vor.

Der objektive Tatbestand des Betrugs setzt demzufolge voraus, dass der Täter beim Opfer durch eine arglistige Täuschung entweder einen Irrtum hervorruft oder das Opfer in einem bereits vorhandenen Irrtum bestärkt. Sodann muss das Opfer irrtumsbedingt eine Vermögensdisposition treffen, die entweder das eigene Vermögen des Irrenden oder aber das Vermögen eines Dritten betreffen kann. Unmittelbare Folge der Vermögensdisposition muss eine Schädigung des Vermögens sein. Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz sowie Bereicherungsabsicht voraus (vgl. STRATENWERTH/JENNY, BT I, 6. Auflage, Bern 2003, § 15 N 4 ff. und 56 ff.; TRECHSEL/CRAMERI, Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 1 und 31 zu Art. 146; STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 2 zu Art. 146; BGE 119 IV 212).

Den Tatbestand erfüllt nur die arglistige Täuschung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Täuschung dann arglistig, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Ein Lügengebäude liegt vor, wenn mehrere Lügen derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt. Ist dies nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt wie auch die falschen Tatsachen für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (BGE 119 IV 28 E. 3c). Als besondere Machenschaften gelten Erfindungen und Vorkehren sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe geeignet sind, das Opfer irrezuführen. Machenschaften sind eigentliche Inszenierungen; sie bestehen aus einem ganzen System von Lügen und setzen damit gegenüber einer blossen Summierung von Lügen höhere Anforderungen an die Vorbereitung, Durchführung und Wirkung der Täuschungshandlung voraus. Sie sind gekennzeichnet durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität (BGE 122 IV 197 E. 3d mit Nachweisen). Arglist ist auch bei einfachen falschen Angaben gegeben, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BGE 125 IV 124 E. 3; BGE 122 IV 246 E. 3a, je mit Hinweisen). Das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses wird von der Praxis bei bloss flüchtigen Geschäftsbeziehungen verneint (BGE 119 IV 28 E. 3 e). Nach der

neueren Rechtsprechung erlangt das Kriterium der Überprüfbarkeit auch bei einem Lügengebäude und bei besonderen betrügerischen Machenschaften Bedeutung. Mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist verleiht das Gesetz dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung wesentliche Bedeutung, welche im Deliktsaufbau von Art. 146 StGB bei der arglistigen Täuschung abgehandelt wird (THOMMEN, Opfermitverantwortung beim Betrug, ZStrR 126/2008, S. 18). Danach ist bei der Prüfung der Arglist nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit der Täter diese kennt und ausnützt. Das gilt insbesondere bei geistesschwachen, unerfahrenen oder aufgrund des Alters oder einer (körperlichen oder geistigen) Krankheit beeinträchtigten Opfern, ferner bei solchen, die sich in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder in einer Notlage befinden und deshalb kaum imstande sind, dem Täter zu misstrauen (BGE 120 IV 186 E. 1a und c). Auf der anderen Seite ist die besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers in Rechnung zu stellen, wie sie etwa im Rahmen von Kreditvergaben Banken beigemessen wird (vgl. BGE 119 IV 28 E. 3 f). Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist für die Erfüllung des Tatbestands indes nicht erforderlich, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen trifft. Entscheidend ist nicht, ob der Betroffene alles vorgekehrt hat, um den Irrtum zu vermeiden. Arglist scheidet lediglich dann aus, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit (vgl. zum Ganzen BGE 126 IV 165 E. 2 a). Die Bejahung der Opfermitverantwortung führt zur Verneinung der Arglist und damit zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden, weil der Getäuschte die zumutbaren elementaren Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen hat. Diese Rechtsfolge soll nach dem Bundesgericht nur in Ausnahmefällen eintreten (unpubl. Urteil des Bundesgerichts 6S.168/2006 vom 6. November 2006, E. 1.2).

C. Ausführungen der Vorinstanz zur Frage Opfermitverantwortung

Die Vorinstanz verneinte eine überwiegende Opfermitverantwortung und führte in diesem Zusammenhang aus, dass ihrer Ansicht nach bei Internetauktionen der Begriff der Opfermitverantwortung nicht allzu streng ausgelegt werden dürfe. Es handle sich dabei um eine relativ neue, rasche Geschäftsart, die auf gegenseitigem Vertrauen basiere. Eine Partei müsse zuerst leisten, sonst würde nie ein Geschäft zustande kommen. Es

sei den Kundinnen und Kunden nicht zuzumuten gewesen, alle möglichen Abklärungen zu treffen und beispielsweise den Mailverkehr zwischen dem Anbieter und Mitbietenden zu lesen, bevor sie den Kaufpreis bezahlt hätten; immerhin sei es in den vorliegenden Fällen jeweils nicht um grössere Summen gegangen. A. und B. hätten sich als "X. AG" präsentiert und sich dadurch einen seriösen Anstrich gegeben. Auch durch Nachforschungen sei es den Gewinnerinnen und Gewinnern der Auktion nicht möglich gewesen, A. als Anbieter zu ermitteln, habe hinter der X. AG doch offiziell C. gesteckt. Da die Auktion vom 21. Juli 2006 die erste unter diesem Namen gewesen sei, hätten zu diesem Zeitpunkt noch keine Bewertungen existiert. Die (negativen) Bewertungen seien erst nach Abschluss der Auktion abgegeben worden; für diejenigen, die rasch bezahlt hatten, sei dies zu spät gewesen. Indem die Angeschuldigten Fragen der Bieterinnen und Bieter beantwortet hätten bzw. beantwortet haben lassen, hätten sie sich zudem nicht passiv verhalten, sondern hätten die späteren Geschädigten in ihrem Irrtum bestärkt. Es seien auch nachweislich falsche Antworten gegeben worden: so sei einer Käuferin mitgeteilt worden, dass man ihr Natel verschickt habe. Auch die positive Bewertung, die B. abgegeben habe, habe diesem Zweck gedient. Insgesamt komme das Gericht deshalb zum Schluss, dass die Opfer keine Mitverantwortung treffe, sondern dass die Angeschuldigten arglistig gehandelt hätten (pag. 1312 f.).

D. Beurteilung durch die Kammer

Indem die Vorinstanz argumentiert, der Begriff der Opfermitverantwortung dürfe im Bereich von Internetauktionen nicht allzu streng ausgelegt werden, da diese relativ neue Geschäftsart auf gegenseitigem Vertrauen basiere, macht sie sinngemäss geltend, die Kontroll- und Vorsichtspflichten der Teilnehmer von Internetauktionen seien aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Anbietern und Bietern herabgesetzt. Die Verteidigung des Angeschuldigten A. wendet hiergegen zu Recht ein, dass solche Geschäftsbeziehungen eben gerade nicht dazu geeignet sind, eine für die Annahme eines Vertrauensverhältnisses notwendige Vertrauensbasis zu schaffen. In der Tat unterscheiden sich solche Kontakte grundlegend von herkömmlichen Geschäftsbeziehungen, in deren Rahmen persönlicher Umgang zwischen den Geschäftspartnern gepflegt wird. Bei den Geschäften, um welche es hier geht, kann sich jedermann, der Zugang zu einem Computer mit Internetanschluss hat, auf den Plattformen ricardo oder eBay registrieren, um entweder selber Waren anzubieten oder bei Angeboten von anderen Mitgliedern mitzubieten. Die Auktionen laufen dabei in vollkommener Anonymität ab, sind doch für die anderen beteiligten Personen von den jeweiligen An-

bietern und Bietern während der Dauer der Auktion lediglich die jeweilige Pseudonyme („Nicknames“) sowie – bei ricardo.ch – der (angebliche) Wohn- oder Geschäftsort bekannt, unter welchen sich diese Personen registriert haben. Im vorliegenden Fall wird auch von keiner Seite geltend gemacht, dass es zwischen den Geschädigten und den Angeschuldigten vor den betreffenden Auktionen bereits zu vorangegangenen Kontakten gekommen wäre, und dafür bestehen auch keine Hinweise. Unter diesen Umständen erscheint die Annahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragspartnern als verfehlt (in diesem Sinne auch Entscheid der Beschwerdekammer des Kantonsgerichts Graubünden BK 06/41 vom 25. Oktober 2006, E. 5 f.).

Gerade weil Internetauktionen in der beschriebenen Anonymität stattfinden, bedürfen solche Geschäfte gewisser Vorsichtsmassnahmen seitens der daran beteiligten Personen. Aus diesem Grund werden denn auch von den Betreibern der entsprechenden Internetplattformen mehrere Sicherheitsvorkehrungen angeboten und empfohlen. So finden sich auf den Internetseiten von ricardo.ch und ebay.ch entsprechende Verweise bzw. „Links“ auf ausführliche Sicherheitshinweise („www.ricardo.ch/pages/sec_security/de.php“ und „pages.ebay.ch/sicherheitsportal“). Dabei wird zunächst auf das beiden Internetplattformen bekannte Bewertungssystem hingewiesen. Da Käufer und Verkäufer keinen persönlichen Kontakt haben und beide Gruppen unüberschaubar gross sind, hätte ein Verkäufer, der defekte Ware liefert, gute Chancen, wiederholt gutgläubige Käufer zu finden. Das gleiche gilt für einen Kunden, der die gekaufte Ware nicht abnimmt. Die Bewertungssysteme ermöglichen es beiden Seiten nach jedem Kauf, den Vorgang zu beurteilen. Dazu können Kommentare und Kennzeichnungen („positiv“, „neutral“ oder „negativ“) abgegeben werden. Die Gesamtpunktzahl (erhaltene positive Bewertungen minus erhaltene negative Bewertungen während der gesamten Dauer der Mitgliedschaft) wird zusammen mit einem Prozentsatz (errechnet aus der Anzahl aller positiven Bewertungen, geteilt durch die Summe aller erhaltenen Bewertungen der letzten zwölf Monate) hinter dem Benutzernamen ausgewiesen (vgl. Wikipedia, Stichwort e-bay). Sodann wird bei beiden Auktionsplattformen im Zusammenhang mit den Sicherheitshinweisen auch auf die Risiken hingewiesen, die mit einer an den Anbieter verbundenen Direktzahlung verbunden sind, wobei beide Auktionsplattformen verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anbieten, um Missbräuche zu verhindern. So bietet ricardo.ch die Dienstleistungen „Moneybookers“ und „ricardoTrans“ an, ebay.ch empfiehlt „PayPal“ und den „Treuhandservice“ als sichere Zahlungsmethoden. Beim Moneybookers-Service von ricardo handelt es sich um eine Treuhand-Dienstleistung, bei welcher der vom Käufer überwiesene Betrag auf einem Zwischenkonto des Dienstleistungsanbieters verbleibt, bis der Käufer die Ware akzeptiert und erhalten hat.

Danach gibt der Käufer die Zahlung frei, worauf der Betrag dem Verkäufer überwiesen wird. Bei RicardoTrans handelt es sich um einen kombinierten Inkasso- und Lieferservice, der sich vor allem für grössere und teurere Produkte anbietet. Das von eBay ausdrücklich als Schutz vor Betrugsversuchen angebotene PayPal-System bietet einen Käuferschutz, der zum Tragen kommt, wenn der Verkäufer den Artikel nicht verschickt hat, oder wenn er erheblich von der Artikelbeschreibung abweicht. Der Treuhandservice von eBay basiert schliesslich auf dem gleichen System wie die von ricardo angebotene Dienstleistung Moneybookers.

Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt, als die Angeschuldigten ihre Auktionen lancierten, noch keine Bewertungen über den Anbieter vorhanden waren. Dies erklärt sich dadurch, dass Bewertungen über den Verkäufer erst nach Abschluss einer Auktion eingegeben werden können und diese Auktionen die ersten waren, welche die Angeschuldigten auf den beiden Auktionsplattformen unter dem Namen der „X. AG“ durchführten. Wie die Verteidigung des Angeschuldigten A. zutreffend ausführt, hätte jedoch bereits dieser Umstand die potentiellen Käufer zur Vorsicht mahnen müssen, erscheint es doch zumindest ungewöhnlich, dass unvermittelt ein scheinbar professioneller Verkäufer in Erscheinung tritt, der gleichzeitig diverse Mobiltelefone zum Verkauf anbietet, jedoch noch über keine einzige Bewertung verfügt. Hinzu kommt, dass die Ware nicht mittels der oben beschriebenen Zahlungssysteme bezahlt werden konnte, sondern die Verkäufer auf Vorauszahlung bestanden und eine Abholung der Ware mit Zug um Zug Leistung ausdrücklich ablehnten. Unter diesen Umständen hätte es sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz für die Bieter geradezu aufgedrängt, noch vor Überweisung der geforderten Geldbeträge die Seriosität des Anbieters näher zu prüfen. Für diesen Zweck sehen die elektronischen Auktionsplattformen ein einfaches Kontrollinstrument vor, indem sie den Bietenden einer Auktion ermöglichen, sich noch während der Auktion mit Fragen an den Verkäufer zu wenden und diese Fragen mitsamt der dazugehörigen Antworten dann sofort auf der jeweiligen Angebotsseite erscheinen, so dass sie für alle Besucher der Seite einsehbar sind. Auch wenn vom gleichen Verkäufer gleichzeitig mehrere Auktionen durchgeführt werden, besteht für die Bieter eines Angebotes die Möglichkeit, sich alle laufenden Angebote des Verkäufers sowie die dazugehörenden Fragen und Antworten anzeigen zu lassen. Es war den (potentiellen) Bietern also ohne weiteres möglich bzw. es wäre ihnen möglich gewesen, sich noch während der Auktion mit Fragen an die Verkäufer zu wenden und somit die Seriosität des Angebotes zu prüfen oder zumindest die von anderen Interessierten gestellten Fragen sowie die Antworten des Anbieters einzusehen. Hätten sie dies getan, was aufgrund der fehlenden Bewertungen und der verlangten Vorauszahlung zu erwarten gewesen wäre, hätten sie

spätestens dann, mithin noch vor Ende der Auktion, erkennen müssen, dass mit den Angeboten der Angeschuldigten etwas nicht stimmen konnte. Wie sich aus einem in den Akten enthaltenen Ausdruck der entsprechenden elektronischen Korrespondenz zwischen dem Verkäufer (d.h. hier dem Angeschuldigten A.) und verschiedenen Interessenten ergibt, waren bei der auf ricardo durchgeführten Auktion denn auch bereits ab dem 21. Juli 2006, mithin drei Tage vor Beendigung der Auktion, im Rahmen der „Fragen an den Verkäufer“ deutliche Hinweise dafür ersichtlich, dass es bei der Auktion nicht mit rechten Dingen zugehen konnte (pag. 133 ff.): So hat sich am 21. Juli 2006 der Interessent „E.“ danach erkundigt, ob die Vorauszahlung „jetzt die neue Masche“ sei (pag. 133). Daraufhin bestätigte „F.“ noch gleichentags die „Masche“ und wies darauf hin, dass das Angebot der Auktion absolut identisch mit einer anderen Auktion sei, wobei er die Frage stellte, ob diese Geschäfte überhaupt „sauber“ seien (pag. 134 oben). Am 22. Juli 2006 erwähnte „G.“, dass die angebotenen Geräte deutlich unter dem Marktpreis liegen würden und fragte, warum bei dieser Auktion niemand biete, der Anbieter null Bewertungen habe und eine Selbstabholung gegen Barzahlung ausschliesse, was ein Risiko darstelle. Der Anbieter erwiderte darauf, er habe schon genug positive Bewertungen, aber auf einem anderem Konto, dieses hier sei neu (pag. 134 mitte). Auf nochmalige Nachfrage erklärte der Anbieter dann, es handle sich bei ihm schliesslich um eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, dort könne man auch sehen, wie viel Eigenkapital die AG habe und der Fragesteller solle sich überlegen, ob es diese Firma nötig hätte, ihn wegen ein paar hundert Franken zu betrügen (pag. 135 mitte). Auch am 22. Juli 2006 erkundigte sich der Benutzer „H.“, ob das angebotene „Nokia N80“ eine Garantie habe, worauf er die Antwort erhielt, das Natel verfüge über eine im Swisscom-Shop ausgestellte Garantie von zwei Jahren. Darauf erwiderte „H.“, das könne nicht sein, da Swisscom dieses Natel nie im Sortiment gehabt habe. Nachdem der Anbieter seine Antwort nochmals bestätigte, schrieb „H.“, der Verkäufer erzähle „ein Märchen“, das könne unmöglich sein, es handle sich wohl um einen „Schwindel“, der nicht der Wahrheit entspreche, und er hoffe, es falle niemand herein (pag. 135). Die oben wiedergegebenen Auszüge aus der elektronischen Korrespondenz zeigen, dass nicht nur die Fragen der Bieter eindeutige Hinweise auf die Missbräuchlichkeit der Auktion enthalten (z.B. „Schwindel“, „Märchen“, „nicht sauber“), sondern auch die Antworten von Verkäuferseite nahe legen, dass etwas nicht stimmen konnte. So behauptete der Angeschuldigte A. auf Frage, warum der Anbieter über keine (positiven) Bewertungen verfüge, dass das Konto, unter welchem die Auktion stattfinde, neu sei, er jedoch bei einem früheren Konto über viele positive Bewertungen verfüge. Dabei gab er weder bekannt, um was für ein früheres Konto es sich dabei gehandelt haben soll, noch warum er überhaupt ein neues Konto eröffnet hat. Dies würde, wie von der Verteidigung des

Angeschuldigten A. zu Recht eingewendet wird, nämlich nur dann Sinn machen, wenn ein früheres Konto durch ricardo gesperrt worden wäre oder wenn der Anbieter auf diesem Konto so viele schlechte Bewertungen erhalten hatte, dass niemand mehr mit ihm Geschäfte machen wollte. Jedenfalls hätte eine Durchsicht dieses Mailverkehrs jeden durchschnittlich besonnenen Menschen davon abhalten müssen, an der Auktion (weiter) mit zu bieten geschweige denn im Falle eines Zuschlags sogar eine Vorauszahlung zu leisten. In diesem Zusammenhang ist schliesslich auch zu beachten, dass die auf der Käuferseite auftretenden Teilnehmer von Internetauktionen auch nicht per se als besonders unterlegene Vertragspartner betrachtet werden können, denen im Rahmen der Opfermitverantwortung eine besondere Schutzwürdigkeit zukäme. Die Teilnahme an derartigen Auktionen setzt immerhin voraus, dass die Mitbietenden über einen Computerzugang verfügen und sich bei der jeweiligen Auktionsplattform ein eigenes Benutzerkonto einrichten, was doch gewisse Grundkenntnisse im EDV-Bereich voraussetzt. Von Personen, die an solchen Auktionen teilnehmen, muss daher auch erwartet werden, dass sie zumindest die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen beachten, die solche Geschäfte erfordern und auf die auf den entsprechenden Internetseiten ausdrücklich hingewiesen wird. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ändert daran nach Auffassung der Kammer auch nichts, dass die Angeschuldigten bei den Auktionen unter dem Namen der X. AG auftraten. Die Verwendung des Namens einer tatsächlich existierenden Firma entbindet die Auktionsteilnehmer nicht davon, ihren bei Internetauktionen bestehenden Sorgfaltspflichten nachzukommen, ansonsten ein Verdacht auf unredliches Handeln von vornherein nur gegenüber Privatpersonen begründet sein könnte. Hinzu kommt, dass die Auktionsteilnehmer auch gar nicht sicher sein konnten, wer sich hinter der ohnehin wenig aussagekräftigen Bezeichnung „X. AG“ verbirgt, da der Name, unter welcher ein Verkäufer bei einer Auktion auftritt, nichts über dessen wahre Identität sagt. Schliesslich kann die Instrumentalisierung der Aktiengesellschaft auch nicht als Machenschaft im Sinne der Rechtsprechung angesehen werden, genauso wenig wie die falschen Antworten auf die Anfragen der Interessenten, welche nicht dazu beitrugen, die wahren Umstände zu verschleiern, sondern – wie bereits an den Beispielen der angeblichen Garantie oder des früheren Kontos bei ricardo ausgeführt – die ganze Angelegenheit noch viel verdächtiger erschienen liessen. In diesem Zusammenhang sei auch noch erwähnt, dass auch der explizite Hinweis des Angeschuldigten A. auf die mit viel Eigenkapital ausgestatte Aktiengesellschaft, die es nicht nötig hätte, jemanden wegen ein paar hundert Franken zu betrügen, dermassen auffällig und verdächtig wirken musste, dass er nicht geeignet war, die von den Kunden geäusserten Bedenken zu zerstreuen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Angeschuldigten zweifellos in betrügerischer Absicht handelten, indem sie auf dem Internet Waren zum Verkauf anboten, ohne überhaupt in deren Besitz gewesen zu sein und jemals beabsichtigt zu haben, diese auch zu liefern. Mit Blick auf die im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist zu berücksichtigende Opfermitverantwortung ist jedoch festzuhalten, dass das konkrete Vorgehen der Angeschuldigten nur geeignet war, solche Bieter der Auktion zu den von den Angeschuldigten verlangten Vorauszahlungen zu veranlassen, die geradezu leichtsinnig handelten und die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen missachteten, welche bei den Teilnehmern von Internetauktionen als bekannt vorausgesetzt werden können. So hätte sich für die Personen, welche an der auf ricardo.ch durchgeführten Auktion teilgenommen haben, aufgrund des Fehlens von Bewertungen und der fehlenden Möglichkeit, die von ricardo angebotenen sicheren Zahlungssysteme zu nutzen, geradezu aufgedrängt, sich über direkte Fragen an den Verkäufer oder zumindest über die Einsichtnahme der entsprechenden Fragen anderer Teilnehmer näher über die Seriosität des Verkäufers bzw. der von ihm gemachten Angebote zu informieren. Spätestens dabei hätten sie aufgrund der höchst auffälligen Antworten bzw. aufgrund der warnenden Mails der anderen Mitbieter, welche bereits drei Tage vor Auktionsende für alle Beteiligten einsehbar waren, definitiv davon abgehalten werden müssen, weiterzubieten oder gar Vorauszahlungen zu leisten. Dass selbst für diejenigen Teilnehmer der Auktion, welche bis zum Schluss mitgeboten haben, die reale Möglichkeit bestand, die Missbräuchlichkeit des Geschäftes zu erkennen, zeigt sich auch darin, dass immerhin 16 der insgesamt 37 Personen, welche bei der Auktion einen Zuschlag erhalten hatten, schlussendlich die verlangte Vorauszahlung nicht geleistet haben. Dem der vorliegenden Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt fehlt es somit am Tatbestandsmerkmal der Arglist.

Das gleiche gilt auch in Bezug auf die Auktion bei eBay. Zu Gunsten des Angeschuldigten A. – eine Beteiligung des Angeschuldigten B. an dieser Auktion konnte bekanntlich nicht nachgewiesen werden – muss jedoch davon ausgegangen werden, dass auch diese Auktion durchgeführt wurde, ohne dass der Verkäufer über Bewertungen verfügte (was auch durch die Aussage des polizeilich befragten F. untermauert wird, pag. 537) und dass diese Auktion auch sonst im gleichen Rahmen wie die erste verlaufen ist. Auch in Bezug auf diese Auktion fehlt es damit an der Arglist.

Damit sind die Angeschuldigten von den Vorwürfen des Betruges bzw. des Versuches dazu freizusprechen.

(...)

VII. Kosten und Entschädigung

A. Verfahrenskosten

In der Regel werden im Falle eines Freispruchs die erstinstanzlichen Verfahrenskosten dem Kanton auferlegt (Art. 390 StrV). Sofern die angeschuldigte Person in rechtlich vorwerfbarer Weise das Verfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat, können die Verfahrenskosten der angeschuldigten Person auferlegt werden (Art. 390 Ziff. 2 StrV). Diese kantonale Regelung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die angeschuldigte Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert haben muss (BGE 120 Ia 147, 119 Ia 332, 116 Ia 162). Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem prozessualen Verschulden. Beim prozessualen Verschulden im weiteren Sinn gibt die angeschuldigte Person durch ihr vorwerfbares Verhalten Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens. Ein prozessuales Verschulden im engeren, eigentlichen Sinn liegt dann vor, wenn die angeschuldigte Person infolge prozesswidriger Handlungen das Verfahren schuldhaft erschwert oder verlängert oder den Strafverfolgungsbehörden auf andere Weise unnötige Mehrarbeit und Kosten verursacht (BGE 116 Ia 172/173; HAU-SER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, § 108 N 21 ff.; MAURER, Das bernische Strafverfahren, Bern 2003, S. 593 ff.). MAURER erwähnt in diesem Zusammenhang das Beispiel eines wegen fehlender Arglist erfolgten Freispruchs vom Vorwurf des Betruges (MAURER S. 595, vgl. zur kantonalen Regelung im Übrigen auch AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern, 1997, M. 2098 ff.). Auch im vorliegenden Fall wurden die beiden Angeschuldigten mangels Bejahung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Arglist vom Vorwurf des Betruges freigesprochen. Ihr Verhalten stellte aber zweifelsohne eine rechtswidrige Täuschung im Sinne von Art. 28 OR dar, welche kausal für die Veranlassung des vorliegenden Strafverfahrens war. Den Angeschuldigten ist somit ein prozessuales Verschulden im weiteren Sinn vorzuwerfen. Dies rechtfertigt es, die erstinstanzlichen Verfahrenskosten den Angeschuldigten aufzuerlegen.

(...)

B. Parteikostentschädigungen

Infolge der Freisprüche sind den Angeschuldigten gestützt auf Art. 399 Abs. 1 i.V.m. Art. 400 Ziff. 1 StrV für ihre Verteidigungskosten im erstinstanzlichen Verfahren Entschädigungen auszurichten. Gemäss Art. 401 Ziff. 2 StrV kann die Entschädigung herabgesetzt werden, wenn die angeschuldigte Person in rechtlich vorwerfbarer Weise das Verfahren veranlasst oder so dessen Durchführung erschwert hat, insbesondere wenn ihr deswegen die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden. Vorliegend wurden den Angeschuldigten aufgrund ihres prozessualen Verschuldens die erstinstanzlichen Verfahrenskosten vollumfänglich auferlegt, weshalb sich auch eine Kürzung der Parteikostenentschädigungen aufdrängt. Die effektiven Verteidigungskosten werden durch die von den Rechtsvertretern der Angeschuldigten im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Kostennoten ausgewiesen, aufgrund derer das Kreisgericht das amtliche Honorar berechnet hat. Die Kammer erachtet es als sachgerecht und angemessen, die Entschädigungen der Angeschuldigten auf jene Beträge zu reduzieren, die den von der ersten Instanz festgesetzten amtlichen Honoraren für die Verteidigung entsprechen.

Für das Rechtsmittelverfahren gilt Art. 404 StrV. Danach erhält, wer mit seinen Anträgen im Rechtsmittelverfahren ganz oder teilweise durchdringt, auf Begehren eine angemessene Entschädigung für die dabei erwachsenen Auslagen und Umtriebe, es sei denn, die Änderung des angefochtenen Entscheides sei unbedeutend oder erfolge nur aufgrund von Voraussetzungen, die sich erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid ergeben haben oder die die Gegenpartei werde zu den entsprechenden Parteikosten verurteilt. Auch hier ist eine (analog Art. 401 Ziff. 2 StrV bzw. Art. 390 Ziff. 2 StrV) Kürzung der Entschädigung nicht vorgesehen. Den Angeschuldigten sind damit antragsgemäss für ihre Verteidigungskosten im Rechtsmittelverfahren Entschädigungen auszurichten. Für deren Bemessung kann auf die von Fürsprecher X. (pag. 1475) und Fürsprecher Y. (pag. 1504) eingereichten Kostennoten abgestellt werden.

(...)