

Lösungshinweise zur Klausur vom 29. März 2014**1. Teil: Strafbarkeit der Beteiligten****1. Sachverhaltsabschnitt: Das Geschehen in der Wohnung****Strafbarkeit des T****I. Strafbarkeit des T gem. § 242 I StGB wegen Entnahme der Münzen**

1. Problematisch im obj. TB ist allein die Frage, ob W Gewahrsam an den Münzen hat.

- Faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff: Nach den Anschauungen des täglichen Lebens hatte W eine willensgetragene tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit, auch wenn diese zum Tatzeitpunkt „gelockert“ war.
- Normativ-sozialer Gewahrsamsbegriff: Münzen sind W unter normativ-sozialen Gesichtspunkten zuzuordnen.

Der Gewahrsam ist W nach beiden Begriffen zuzuordnen, durch Entnahme der Münzen hat T diesen gebrochen und neuen Gewahrsam begründet. Tatbestandsausschließendes Einverständnis mangels Anhaltspunkte im SV (-)

2. Im subj. TB ist die Absicht der rechtswidrigen Zueignung problematisch: Was ist Gegenstand der Zueignung?

- Substanztheorie: Stellt man auf die Sachen (Münzen) selbst ab (+)
- Sachwerttheorie: Stellt man auf den wirtschaftlichen Wert ab (-)
- Vereinigungsformel: Hiernach liegt Zueignung vor, wenn der Täter die Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverleibt; hier: T wollte die Münzen seinem Vermögen einverleiben.

Stellungnahme: Substanztheorie und Vereinigungstheorie werden dem Interesse des Eigentümers gerecht, selbst über sein Bargeld und dessen Stückelung zu bestimmen, also Zueignungsabsicht (+)

Rechtswidrigkeit der Zueignung?

- Kein Ausschluss durch gesetzliches Aneignungsrecht oder fälligen Anspruch auf die Sache.
- Ausschluss durch mutmaßliche Einwilligung (-); eine Rechtfertigung der Zueignung kommt nur in Betracht, wenn dem Berechtigten das Schicksal der Sache offensichtlich gleichgültig ist (vgl. *Fischer* § 242 Rn. 51); hier: Mangels Eigentumserwerb (-): § 929 S. 1 BGB (-), da keine Einigung; §§ 948, 947 BGB (-), da sich in der Dose keine weiteren Scheine befanden, mit denen der 10-Euro-Schein vermischt werden konnte.

T handelte ferner vorsätzlich hinsichtlich der RW der Zueignung. Die allgemeine Vorstellung, W nicht zu schädigen, ist nicht ausreichend, um eine mutmaßliche Einwilligung der W anzunehmen, da der Ausgleich eines Schadens keinen Rechtfertigungsgrund darstellt.

Die Diskussion eines Irrtums (Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung bzw. irrümliche Annahme der Erlaubtheit) erscheint aber gut vertretbar.

3. Besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 I StGB?

§ 243 I 2 Nr. 2 (-), kein verschlossenes Behältnis, da Dose nicht mit einer Vorkehrung gegen Öffnung und Wegnahme versehen war; außerdem Geringwertigkeit der nach § 243 III (Grenze 25 Euro).

4. Ergebnis: § 242 I (+)**II. Strafbarkeit des T gem. § 246 StGB durch Verwenden der Münzen zum Kauf****(P) Wiederholte Zueignung**

- Tatbestandslösung (Rspr.): Hat Täter sich die Sache durch eine strafbare Handlung bereits zugeeignet, sind weitere Zueignungsakte tatbestandslos; Kritik: Strafbarkeitslücken bei Straflosigkeit der Erstzueignung oder im Falle der Tatbeteiligung (vgl. *Sch/Sch/Eser* § 246 Rn. 19).
- Konkurrenzlösung (h.M.): Mehrfache Zueignung möglich, deren Strafbarkeit scheidet aber auf Konkurrenzebene (mitbestrafte Nachtat) aus; Kritik: faktische Aufhebung von Verjährungsfristen der Vortat.

Beide Lösungen gleichermaßen vertretbar, in jedem Fall entfällt die Strafbarkeit.

III. Strafbarkeit des T gem. § 123 I StGB durch Betreten der Küche

Strafbarkeit gem. § 123 I (-); als Untermieter der W war T berechtigt, die Küche zu betreten.

IV. Strafbarkeit des T gem. § 289 I StGB wegen Entnahme des 10-Euro-Scheins

Strafbarkeit gem. § 289 I (-), da W kein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht an dem Geldschein hat. Das rein tatsächliche Zurücklassen des Geldscheins begründet noch kein Gebrauchsrecht der W.

Hinweis: Ein Diebstahl am 10-Euro-Schein kommt mangels Fremdheit nicht in Betracht. Eine etwaige Fehlvorstellung des T würde ein strafloses Wahndelikt begründen.

2. Sachverhaltsabschnitt: Das Geschehen um die Fußballwette

A. Strafbarkeit des Y

I. Strafbarkeit des Y gem. § 263 I, III StGB zum Nachteil des Wettanbieters

1. Obj. TB

a) Täuschung über Tatsachen?

aa) Tatsachen: Spielausgang (-), da zukünftige Ereignisse keine Tatsachen sind; aber: Manipulationsfreiheit des Spiels stellt eine Tatsache dar.

bb) Täuschung? Ausdrücklich (-), möglicherweise aber konkludente Täuschung durch schlüssiges Verhalten?

- e.A. (+): Vertragsangebot könne stillschweigende Erklärung entnommen werden, dass die Geschäftsgrundlage nicht manipuliert sei. Der Erklärungswert eines Verhaltens ergebe sich aus dem, was nach der Verkehrsauffassung durch das Verhalten miterklärt werde → faktische und normative Gesichtspunkte. Entscheidende Kriterien: konkrete Situation, der jeweilige Geschäftstyp und Interessen der Parteien (vgl. MüKo-StGB/Hefendehl § 263 Rn. 102, 132 ff.). Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner erfolge, unverzichtbare Grundlage des Wettvertrages und deshalb zugleich miterklärter Inhalt rechtsgeschäftl. Erklärungen (vgl. BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 - Sportwettenbetrug; BGHSt 29, 165 - Pferdewette; in BGHSt 16, 120 - Spätwette, lehnte er eine konkludente Täuschung aber ab).
- a.A. (-): Nach Verkehrsanschauung sei das Verhalten des Vertragsschließenden dahingehend auszulegen, dass einem Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge regelmäßig keine Erklärung über dessen Nichtmanipulation innewohne (vgl. *Jahn/Maier* JuS 2007, 215, 218). Der Abschluss einer Sportwette erfolge anonym und formalisiert, so dass der Wettanbieter aus dem Verhalten des Vertragsschließenden überhaupt keine Schlüsse ziehen könne (*Schlösser* NStZ 2005, 423, 426).

Stellungnahme: Der ersten Ansicht ist zu folgen, denn der tatsächliche Bedeutungsgehalt einer Kommunikation lässt sich nicht losgelöst vom Empfängerhorizont des Erklärungsempfängers bestimmen, der durch die prägenden Umstände des Geschäftstyps mitgeformt wird (vgl. *Gaede* HRRS 2007, 16 ff.; MüKo-StGB/Hefendehl § 263 Rn. 102); konkludente Täuschung also (+), a.A. mit entspr. Argumentation vertretbar.

b) Vermögensverfügung (+), diese liegt im Vertragsschluss bzw. der Auszahlung des Gewinns.

c) Vermögensschaden? Mit dem BGH könnte ein sog. Quotenschaden mit Abschluss des Wettvertrages angenommen werden. Soweit dieser pauschal angenommen wird, sieht er sich der Kritik ausgesetzt, eine gegen Art. 103 II GG verstoßende Fiktion zu sein. Daher ist auch ein Quotenschaden grds. zu beziffern (BGH NStZ 2013, 234, 237; vgl. auch BVerfGE 126, 170, 211 ff.). Maßgeblich sollte die Art und Weise sein, wie der Wettanbieter die Quote bzw. seine Gewinne berechnet (MüKo-StGB/Hefendehl § 263 Rn. 508 ff.). Bei festgelegten Quoten kann von einem Schaden gemeinhin ausgegangen werden, da die zugrunde gelegten Gewinnwahrscheinlichkeiten nicht mehr zutreffen und der Manipulierende sich einen (hypothetischen) Anspruch auf einen Wettgewinn erkaufte, dem kein gleichwertiger Anspruch des Anbieters auf Behaltendürfen des Einsatzes entspricht, a.A. vertretbar.

Zweifelhaft ist, ob mit der Auszahlung des Gewinns ein vollendeter Erfüllungsbetrug vorliegt. Da die Wettquote nicht allein den kalkulierten Wahrscheinlichkeiten entspricht, sondern auch eine Gewinnspanne für den Wettanbieter enthält, kann dieser durchaus auch bei manipulierten Wetten Gewinn machen. Die bloße Vereitelung einer Vermögensmehrung stellt keinen Vermögensschaden dar. Von einer soweit verdichteten Gewinnaussicht, dass ihr wirtschaftlicher Wert beizumessen ist, wird man angesichts der Ungewissheit des Spielausgangs bei Wetten nicht ausgehen können.

2. Subj. TB : Vorsatz und Bereicherungsabsicht (+)

3. besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+); Y handelt gewerbsmäßig, da er schon mehrere Male eine „manipulierte“ Wette platziert hat.

4. Ergebnis: § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+)

B. Strafbarkeit des X

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. §§ 263 I, III, 25 II StGB als Mittäter

1. unmittelbare Tatverwirklichung durch X (-)

2. Zurechnung gem. § 25 II? Dies setzt voraus, dass X als Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatplans mit Y bewusst und gewollt zusammengewirkt hat.

a) Täterschaft des X

- Tatherrschaftslehre (Lit.): Täter ist, wer die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann, damit Zentralgestalt des Geschehens bei der Tatbestandsverwirklichung ist. Zwar hatte nur Y Kontakt zu dem Wettbüro. X hat dafür aber die Aufgabe übernommen, den Schiedsrichter anzuweisen, das Spiel zu manipulieren und ihm dafür Geld zu geben. X hat daher das „Weniger“ bei der Tatausführung durch ein „Mehr“ bei der Tatplanung/-organisation ausgeglichen; Tatherrschaft und damit Täterschaft (+)
- Subj. Theorie (Rspr.): Täter ist, wer die Tat als eigene, Teilnehmer, wer sie als fremde will. Anhaltspunkte für diese Wertung können das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein. X hat Interesse am Taterfolg, ferner leistete er mit der Bereitstellung des Geldes einen wesentlichen Tatbeitrag. X ist also auch nach dieser Theorie Täter.

b) gemeinsamer Tatplan (+)

also Zurechnung der Tatbeiträge gem. § 25 II (+)

2. besonders schwerer Fall gem. § 263 III StGB (+), s.o.

3. Ergebnis: §§ 263 I, III, 25 II StGB (+)

C. Strafbarkeit des Z

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. §§ 263 I, III, 25 II StGB

(P) Täterschaft

- Tatherrschaftslehre (Lit.): Z nimmt nicht selbst die Täuschungshandlung vor. Dieses „Defizit“ kompensiert er auch nicht durch ein „Mehr“ im Rahmen der Tatorganisation; Täterschaft (-)
- Subj. Theorie (Rspr.): Da Z für seine Leistung schon vor der Tat entlohnt wurde, hat er auch kein unmittelbares Interesse am Taterfolg. Ferner hat er keinen Tatbeherrschungswillen; also auch Täterschaft (-)

§§ 263 I, III, 25 II (-)

II. Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 I, III, 27 StGB

(P) Hilfeleisten: Str., ob Gehilfenbeitrag ursächlich für den Taterfolg sein muss oder ob jedes Fördern der Haupttat genügt. Streit kann offen bleiben, da nach beiden Ansichten (+)

Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II (-); es ist von einem gewerbsmäßigen Handeln seitens Z auszugehen, da er bereits mehrmals gegen Geld Spiele für X und Y manipuliert hat.

§§ 263 I, III, 27 (+)

III. Bestechlichkeit gem. § 299 I StGB

§ 299 I (-), da die spielenden Mannschaften jedenfalls in der Spielsituation nicht in einem Wettbewerbsverhältnis i.S.v. § 299 I stehen.

D. Bandenmäßige Begehung

I. Verwirklichung der Qualifikation gem. § 263 Abs. 5 StGB sowie des Regelbeispiels gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB durch X, Y und Z

1. Grundtatbestand (+)

2. Qualifikationsmerkmale

a) gewerbsmäßig (+) s.o.

b) Bande

aa) erforderliche Mitgliederzahl mit drei Personen → X,Y,Z: (+), str. ist aber, ob alle drei Mitglieder Mittäter sein müssen.

- e.A.: (+), bandenmäßiges Vorgehen als eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte deliktische Zusammenarbeit zu verstehen (vgl. MüKo-StGB/Schmitz § 244 Rn. 40).

- Rspr.: (-), die Mitgliedschaft in einer Bande stelle kein gesteigertes Maß der Mittäterschaft dar, sondern ein aliud. Bandenmitglied könne daher auch sein, wer von vorneherein und stets nur als Gehilfe mitwirken wolle (vgl. BGH 47, 214, 218 f.).

Stellungnahme: Die erhöhte Gefahr der Bandentat ergibt sich aus der Zahl der Mitglieder, hierfür ist unerheblich, ob das Bandenmitglied Täter oder Teilnehmer ist, daher ist der Rechtsprechung zu folgen.

bb) Bandenabrede, Bandentat (+)

cc) fortgesetzte Begehung (+), da schon einige Wetten manipuliert wurden.

3. Ergebnis: § 263 III, V 2 Nr. 1 Alt. 2 (+)

II. Beihilfe zum qualifizierten Betrug gem. §§ 263 I, V, 27 StGB sowie zum Regelbeispiel gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Da Z als Mitglied der Bande gewerbsmäßig seine Gehilfenhandlung vornahm, hat er sowohl die Qualifikation des Betrugtes gem. § 263 V verwirklicht als auch das Regelbeispiel gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2.

E. Strafbarkeit des T

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. § 263 I StGB

(P) konkludente Täuschung

Fraglich ist, ob eine konkl. Täuschung durch schlüssiges Verhalten vorliegt, da T nicht selbst vorsätzlich die Manipulation herbeigeführt hat, sondern sie lediglich zu seinen Gunsten ausgenutzt hat. Teilweise wird nicht zwischen einer vorsätzlichen Manipulation oder zusätzlichem Sonderwissen unterschieden (vgl. *Krack* ZIS 103, 105). Die Wettparteien dürften grundsätzlich davon ausgehen, dass dem Vertragspartner nur solche Informationen zur Verfügung stehen, die rechtmäßig erlangt wurden bzw. sich auf rechtmäßige Vorgänge beziehen (MüKo-StGB/*Hefendehl* § 263 Rn. 135). Kritik: Ob konkludente Täuschung vorliegt oder nicht, hänge von der für die Geschäftsart typische Verteilung der Risikosphären ab. Bei Wettverträgen trage grundsätzlich der Wettanbieter das Risiko für die Faktoren, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs ergebe. Demnach dürfe er auch keine entsprechenden konkludenten Erklärungen von seinen Kunden erwarten.

Je nach Entscheidung § 263 I (+/-)

II. Betrug zum Nachteil der G gem. § 263 I StGB

Täuschung über tatsächlichen Gewinn, Vermögensverfügung durch Unterlassen der Forderung des tatsächl. Gewinns.

Vermögensschaden: Differenz zwischen dem versprochenen Drittel des tatsächlichen Gewinns und des angegebenen Gewinns. **(P)** Genießt dieser Teil strafrechtlichen Vermögensschutz?

- Rspr.: wirtschaftlicher Vermögensbegriff: Vermögen ist die Gesamtheit aller geldwerten Güter einer Person (BGHSt 2, 365). Wirtschaftlich hatte die Gewinnbeteiligung einen Wert, also (+)
- h.M.: juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff: Vermögen umfasst alle wirtschaftlich wertvollen Güter einer Person, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen und nicht rechtlich missbilligt sind. Je nach Entscheidung zur Betrugsstrafbarkeit des T hat er den Gewinn durch eine Straftat erlangt, damit (+/-).

§ 263 I (+/-)

III. Untreue zum Nachteil der G gem. § 266 I Alt. 2 StGB

Treubruchalternative gem. § 266 I Alt. 2

Problematisch ist allein die Vermögensbetreuungspflicht: Bei dieser muss es sich um eine qualifizierte Treupflicht handeln, die ihren Ursprung gerade in der Besorgung fremder Geschäfte hat.

Einfache schuldrechtliche Austauschverträge grds. (-) (vgl. *Sch/Sch/Lenckner/Perron* § 266 Rn. 23). Hier hatten G und T einen Darlehensvertrag mit Gewinnbeteiligung geschlossen. Dem Grunde nach handelt es sich also um einen gewöhnlichen Austauschvertrag. Allerdings hat das BayObLG in NJW 1971, 1664 eine Treuepflicht in einer Tippgemeinschaft bejaht. Vor diesem Hintergrund und der partialischen Struktur des Darlehensvertrages erscheint auch die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht möglich; Vermögensbetreuungspflicht (+), a.A. vertretbar.

§ 266 I Alt. 2 (+)

F. Strafbarkeit der G

I. Beihilfe zum Betrug des T gegenüber dem Wettanbieter gem. §§ 263 I, 27 StGB

Falls eine Strafbarkeit des T wegen Betruges bejaht wird, hat G sich wegen Beihilfe strafbar gemacht. Anderenfalls scheidet eine solche mangels rechtswidriger Haupttat aus.

II. Strafbarkeit wegen Hehlerei gem. § 259 StGB

Bejaht man eine Strafbarkeit des T gem. § 263 I, so hat sich G auch wegen Hehlerei strafbar gemacht. Auch Teilnehmer der Vortat, die im Anschluss hehlerisch handeln, können sich nach § 259 strafbar machen, selbst dann, wenn die Teilnahme von vorneherein auf eine solche abzielte (vgl. GrS BGH 7, 134).

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

T: Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 266 I Alt. 2, 53 und je nach Ergebnis bezüglich einer Täuschung auch gem. § 263 I StGB (ebenfalls in Tatmehrheit). Der Betrug gegenüber G (sofern angenommen) tritt als mitbestrafte Nachtat hinter § 266 I Alt. 2 zurück.

X und Y: Strafbarkeit gem. §§ 263 I, V, 25 II StGB, der besonders schwere Fall des Betruges tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter den qualifizierten Betrug zurück.

Z: Strafbarkeit gem. §§ 263 I, V, 27 StGB, die Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall tritt hinter der Beihilfe zum qualifizierten Betrug zurück.

G: Je nach vertretener Ansicht zum Betrug durch T Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 27, 259, 53 StGB.

2. Teil: Prozessuale Fragen

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Anordnung der TKÜ

I. Formelle Voraussetzungen

- Anordnungszuständigkeit: Grds. Richter (§ 100b I 1 StPO), nur bei Gefahr im Verzug StA (§ 100b I 2 StPO).
- Formvorschriften: § 100b II StPO

II. Materielle Voraussetzungen

- Best. Tatsachen müssen den Verdacht einer Katalogtat gem. § 100a II Nr. 1-11 StPO begründen, § 100a I Nr. 1 StPO.
- Die Tat muss auch im Einzelfall schwer wiegt, § 100a I Nr. 2 StPO.
- Subsidiaritätsgrundsatz gem. § 100a I Nr. 3 StPO, d.h. Erforschung des SV oder Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten müsste auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert sein.
- Betroffener muss Beschuldigter sein, bei Dritten zusätzl. Voraussetzungen gem. § 100a III StPO erforderlich.

Für den Verdacht einer Straftat gem. § 129 StGB (Katalogtat nach § 100a II Nr. 1 d) StPO) lassen sich dem SV keine Tatsachen entnehmen, insb. fehlen tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass eine Vereinigung i.S. von § 129 StGB vorliegt, d.h. ein auf gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Ziele verfolgen.

Der Richter darf die TKÜ mangels Vorliegen einer Katalogtat nicht anordnen.

Frage 2: Anordnungscompetenz des Staatsanwaltes

Voraussetzung: Gefahr im Verzug (§ 100b I 2 StPO), wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. hier (-), da keine Anhaltspunkte im SV, somit auch keine Eilkompetenz des Staatsanwaltes.

Frage 3: Verwertung der Beweise in einem Verfahren gegen H

Auch bei RM der TKÜ (-), da sich die gewonnenen Erkenntnisse nicht auf eine Katalogtat beziehen (vgl. § 477 II 2 i.V.m. § 100a StPO).

(P) Fernwirkung str.: h.M. (-), zulässig daher mittelbare Verwertung in der Weise, dass auf Grund der erlangten Erkenntnisse Ermittlungen geführt werden, durch die andere Beweismittel gewonnen werden.