

Lösungshinweise zur Klausur vom 19. Januar 2008

1. Teil: Strafbarkeit der Beteiligten

1. Sachverhaltsabschnitt: Das Geschehen in der Wohnung

Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit des T gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Entnahme der Münzen

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

- o Faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff: Nach den Anschauungen des täglichen Lebens hatte W eine willensgetragene tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit, auch wenn diese zum Tatzeitpunkt „gelockert“ war.
- o Normativ-sozialer Gewahrsamsbegriff: Die Münzen sind W auch 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 rech tswidrigen Zueignung problematisch: Was ist Gegenstand der Zueignung?

- o Substanztheorie: Stellt man auf die Sachen (Münzen) selbst ab, wollte T diese der W dauerhaft entziehen und sie für sich wirtschaftlich sinnvoll nutzen.
- o Sachwerttheorie: Stellt man auf den wirtschaftlichen Wert ab, so wollte T der W den Wert des weggenommenen Geldes erhalten.
- o 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?

- o Kein Ausschluss durch gesetzliches Aneignungsrecht oder fälligen Anspruch auf die Sache.
- o 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 Satz 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. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass T von einer mutmaßlichen Einwilligung der W ausgeht. Die allgemeine Vorstellung, W nicht zu schädigen, ist nicht ausreichend, da der Ausgleich eines Schadens keinen Rechtfertigungsgrund darstellt.

3. Besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 StGB?

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 (-), kein verschlossenes Behältnis, da Dose nicht mit einer Vorkehrung gegen Öffnung und Wegnahme versehen war; außerdem Geringwertigkeit der nach § 243 Abs. 2 (Grenze 25 Euro).

4. Ergebnis: § 242 Abs. 1 (+)

II. Strafbarkeit des T gem. § 246 StGB durch Verwenden der Münzen zum Kauf

(P) Wiederholte Zueignung

- o Tatbestandslösung (Rspr): Hat Täter sich die Sache durch eine strafbare Handlung bereits zugeeignet, sind weitere Zueignungsakte tatbestandslos; Kritik: Tatbestandslösung kann bei Straflosigkeit der Erstzueignung oder im Falle der Tatbeteiligung zu Lücken führen (vgl. Sch/Sch/Eser § 246 Rn. 19).
- o Konkurrenzlösung (h.M.): Mehrfache Zueignung möglich, deren Strafbarkeit scheidet aber auf Konkurrenzebene (mitbestrafte Nachtat) aus; Kritik: Gegen die Konkurrenzlösung spricht insbesondere, dass durch sie die für Vortaten bestehenden Verjährungsfristen faktisch aufgehoben würden.

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

III. Strafbarkeit des T gem. § 123 Abs. 1 StGB durch Betreten der Küche

Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 (-); als Untermieter der W war T berechtigt die Küche zu betreten.

IV. Strafbarkeit des T gem. § 289 Abs. 1 StGB wegen Entnahme des 10-Euro-Scheins

Strafbarkeit gem. § 289 Abs. 1 (-), da W kein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht an dem Geldschein hat. Das rein tatsächliche Zurücklassen des Geldscheins begründet noch kein Gebrauchsrecht der W.

2. Sachverhaltsabschnitt: Das Geschehen um die Fußballwette

A. Strafbarkeit des Y

I. Strafbarkeit des Y gem. § 263 Abs. 1, 3 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?

- o e.A. (+): Dem Vertragsangebot zum Abschluss eines Wettvertrages könne die stillschweigende Erklärung entnommen werden, dass die Geschäftsgrundlage nicht manipuliert sei. Der Erklärungswert eines Verhaltens ergebe sich nicht nur aus dem ausdrücklichen Gegenstand der Kommunikation, sondern auch aus dem, was nach der Verkehrsauffassung durch das Verhalten miterklärt werde. Dieser Inhalt bestimme sich nach faktischen und normativen Gesichtspunkten. Entscheidende Kriterien für die Ermittlung des Erklärungsinhaltes seien neben der konkreten Situation der jeweilige Geschäftstyp und die Interessen der Parteien (vgl. MüKoStGB/Hefendehl § 263 Rn. 113). Bei einem Wettvertrag sei die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner erfolge, unverzichtbare Grundlage des Vertrages und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen (vgl. BGH NJW 2007, 782 - Sportwettenbetrug; vgl. ebenso BGHSt 29, 165 - Pferdewette; in BGHSt 16, 120 - Spätwette, lehnte der BGH eine konkludente Täuschung hingegen ab).
- o a.A. (-): Nach der 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.; MüKoStGB/Hefendehl § 263 Rn. 113); konkludente Täuschung also (+), a.A. mit entspr. Argumentation vertretbar.

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

c) Vermögensschaden (+), mit Gewinnauszahlung ist es zu einem Vermögensverlust gekommen.

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

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

4. Ergebnis: § 263 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 (+)

B. Strafbarkeit des X

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. §§ 263 Abs. 1, 3, 25 Abs. 2 StGB als Mittäter

1. unmittelbare Tatverwirklichung durch X (-)

2. Zurechnung gem. § 25 Abs. 2? 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 beherrscht, sie nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann und damit als Zentralgestalt des Geschehens bei der Tatbestandsverwirklichung fungiert. 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 wolle. 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 Abs. 2 (+)

2. besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 StGB (+), s.o.

3. Ergebnis: §§ 263 Abs. 1, 3, 25 Abs. 2 StGB (+)

C. Strafbarkeit des Z

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. §§ 263 Abs. 1, 3, 25 Abs. 2 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 (-)
- subjektive 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 Abs. 1, 3, 25 Abs. 2 (-)

II. Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, 3, 27 StGB

Problematisch ist allein das Merkmal 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 Abs. 2 (-); es ist von einem gewerbsmäßigen Handeln seitens Z auszugehen, da er bereits mehrmals gegen Geld Spiele für X und Y manipuliert hat.

§§ 263 Abs. 1, 3, 27 (+)

III. Bestechlichkeit gem. § 299 Abs. 1 StGB

§ 299 Abs. 1 (-), da die spielenden Mannschaften jedenfalls in der Spielsituation nicht in einem Wettbewerbsverhältnis i.S.v. § 299 Abs. 1 stehen.

D. Bandenmäßige Begehung

I. Verwirklichung der Qualifikation gem. § 263 Abs. 5 StGB sowie des Regelbeispiels gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB durch X und Y

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).

- o 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 Abs. 3, 5 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 (+)

II. Beihilfe zum qualifizierten Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 5, 27 StGB sowie zum Regelbeispiel gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB

Da Z als Mitglied der Bande gewerbsmäßig seine Gehilfenhandlung vornahm, hat er sowohl die Qualifikation des Betrug gem. § 263 Abs. 5 verwirklicht als auch das Regelbeispiel gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 2.

E. Strafbarkeit des T

I. Betrug zum Nachteil des Wettanbieters gem. § 263 Abs. 1 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). Hiergegen spricht aber, dass die Frage, ob eine konkludente Täuschung vorliegt oder nicht, von der für die Geschäftart typische Verteilung der Risikosphären abhängt. Bei Wettverträgen trägt grundsätzlich der Wettanbieter das Risiko für die Faktoren, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs ergibt. Demnach darf er auch keine entsprechenden konkludenten Erklärungen von seinen Kunden erwarten (a.A. vertretbar).

§ 263 Abs. 1 (-)

II. Betrug zum Nachteil der G gem. § 263 Abs. 1 StGB

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

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

- o Rspr.: wirtschaftlicher Vermögensbegriff: Vermögen ist die Gesamtheit aller geldwerten Güter einer Person (BGHSt 2, 365). Wirtschaftlich hatte die Gewinnbeteiligung einen Wert, also (+)
- o 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. Da T den Wettgewinn nicht durch eine Straftat erlangt hat, ebenso (+)

§ 263 Abs. 1 (+)

III. Untreue zum Nachteil der G gem. § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB

Treubruchalternative gem. § 266 Abs. 1 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 Abs. 1 Alt. 2 (+)

F. Strafbarkeit der G

I. Beihilfe zum Betrug des T gegenüber dem Wettanbieter gem. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB

Mangels rechtswidriger Haupttat §§ 263 Abs. 1, 27 (-)

II. Strafbarkeit wegen Hehlerei gem. § 259 StGB

Mangels rechtswidriger Vortat § 259 StGB (-)

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

T: Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1, 266 Abs. 1, Alt. 2, 53. Der Betrug tritt als mitbestrafte Nachtat hinter § 266 Abs. 1, 2. Alt zurück.

X und Y: Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 5, 25 Abs. 2, der besonders schwere Fall des Betruges tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter den qualifizierten Betrug zurück.

Z: Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 5, 27 StGB, die Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall tritt hinter der Beihilfe zum qualifizierten Betrug zurück.

G ist straflos.

2. Teil: Prozessuale Fragen

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Anordnung der TKÜ

I. Formelle Voraussetzungen

→ Anordnungszuständigkeit.: Grds. Richter gem. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO, nur bei Gefahr im Verzug StA gem. § 100b Abs. 1 S. 2 StPO.

→ Formvorschriften: § 100b Abs. 2 StPO

II. Materielle Voraussetzungen

→ Best. Tatsachen müssen den Verdacht einer Katalogtat gem. § 100a S.1 Nr. 1-5 StPO begründen.

→ Subsidiaritätsgrundsatz gem. § 100a S. 1 a.E. StPO, d.h. Erforschung des SV oder Ermittlung des Aufenthalts des Besch. müsste auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert sein.

→ Betroffener muss Besch. sein, bei Dritten zusätzl. Voraussetzungen gem. § 100a S. 2 StPO erforderlich.

Für den Verdacht einer Straftat gem. § 129 StGB (Katalogtat nach § 100a Satz 1 Nr. 1 c) StPO) lassen sich dem SV keine Tatsachen entnehmen, insbesondere 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 Abs. 1 S. 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. § 100b Abs. 5 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.