

**„Versuch der Beteiligung und Verbrechensbegriff – Besondere persönliche Merkmale“**  
*BGH, Urteil vom 04.02.2009 – 2 StR 165/08 (LG Frankfurt a.M.) in NJW 2009, 1221*

**1. Sachverhalt**

Der bereits gesondert verurteilte L verabredete mit ihm persönlich unbekanntem Hintermannern in Asien deutsche Fußballspiele durch Herantreten an Spieler zu manipulieren und auf diese Spiele gewinnbringend zu wetten. Hierdurch sollte eine dauerhaft lukrative Einnahmequelle begründet werden. Dazu bediente es sich des gesondert verfolgten A und des gesondert verurteilten G, die Spiele/r mit Geld „manipulieren“ sollten. Geworben werden sollten Ga und Ak, beide Spieler eines Vereines. Dies wollte G selbst vornehmen, nur für den Fall, dass Ga und Ak nicht auf das Angebot eingehen würden, sollte es der Angekl. bei ihnen noch einmal versuchen, da sie sich als Berufsspieler – der Angekl. war ein solcher – gut kennen würden. Die Bemühungen des L gegenüber Ga blieben am 23.02.2006 erfolglos, er lehnte die 3.000 € „Provision“ ab. L stellte darauf hin sogleich eine Telefonverbindung zu Ga her. Während des Telefonats übergab er den Hörer an den Angekl., der um das Vertrauen des Ga werben sollte. Der Angekl. vereinbarte mit Ga sich zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal mit ihm in Verbindung setzen zu wollen. Ga willigte ein, doch nahm den Hörer später – da er wusste was der Angekl. wollte – nicht mehr ab und reagierte auch nicht auf dessen SMS. Der Angekl. berichtete diese Umstände telefonisch dem L und versicherte es bei Ga in drei Wochen noch einmal persönlich bei einem Spiel, an dem er teilnehmen werde, zu versuchen. Dazu kam es nicht mehr, nachdem L und G festgenommen wurden. Der Angekl. wusste um die Macheschaften und Absichten, sowie das spätere Wetten auf die Spiele durch L, G und die Hintermänner. Ob er selbst beabsichtigte auf diese Spiele zu wetten blieb unaufgeklärt.

Das LG verurteilte den Angekl. wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug. Die Revision des Angekl. wurde mit der Maßgabe verworfen, dass der Angekl. schuldig ist sich zur Anstiftung zum gewerbsmäßigen Betrug bereit erklärt zu haben.

**2. Begründung**

- a.) Das LG verurteilte nach § 30 II Var. 3 i.V.m. § 263 I, V StGB. Die Strafbarkeit nach dieser Variante setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus an einem bestimmten Verbrechen als Mittäter (!) zusammen zu wirken. Die Feststellungen des Sachverhalts durch das LG reichen hierfür nicht aus.
- b.) Der BGH prüft die Voraussetzungen des § 30 I Var. 1 i.V.m. § 263 I, V StGB. Ein unmittelbares Ansetzen zur Bestimmung des Ga ist demnach noch nicht beim Telefonat am 23.02.2006 zu sehen. Es wurde vom BGH offen gelassen, ob die späteren „Anbahnungsversuche“ das unmittelbare Ansetzen begründen, sofern eine Strafbarkeit nach § 30 II Var. 1 i.V.m. § 263 I, V StGB nach den Tatsachenfeststellungen des LG in Betracht kommt.
- c.) Der BGH prüft § 30 II Var. 1 i.V.m. § 263 I, V StGB (bereit erklären zu einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug anzustiften).
  - Es müsste eine Bandenabrede zwischen L und G und den Hintermännern bestehen, die der Angekl. kannte. Auch sollte nach der Vorstellung des Angekl. der Ga als Bandenmitglied mitwirken (+)
  - Die Gewerbsmäßigkeit wurde vom LG nicht gesondert geprüft, doch vom BGH unproblematisch aufgrund der Angaben des LG festgestellt.
  - Die beabsichtigte Tat muss ein Verbrechen (§ 12 I StGB) sein. Hierbei kommt es aber – wie bei der vollendeten Tat – nicht auf die Sicht der Person des Anstifters an, sondern auf die des Anzustifteten. Fehlt dem Anstiftenden selbst das strafscharfende besondere persönliche Merkmal, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, dann führt dies nicht zum Entfallen eines Verbrechens in der rechtlichen Wertung. Die Rechtsfolge wäre die Bestrafung des sich zur Anstiftung bereiterklärenden aus dem Grund- und nicht dem Qualifikationstatbe-

stand (vgl. § 28 II StGB). Für diese Auffassung spricht der Strafgrund des § 30 StGB, der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Straftaten erfassen soll.

- d.) Senat änderte Schuldspruch ab, § 265 StPO steht dem nicht entgegen.
- e.) Der Strafrahmen wurde trotz Verurteilung des LG aus dem falschen Tatbestand nicht rechtsfehlerhaft gebildet. Das LG nahm ohne Anwendung des vertypen Strafmilderungsgrundes des § 30 I 2 StGB einen minder schweren Fall nach § 263 I, V StGB an und milderte diesen nochmals nach § 30 I 2 StGB. Bei zutreffender Anwendung des Strafrahmens des § 263 I StGB hätte das LG diesen nach § 30 I 2 StGB zu mildern gehabt und käme auf denselben Strafrahmen. Der Rechtsfehler wirkte sich daher auf die Strafzumessung nicht aus.

### **3. Problemstandort**

Das Problem ist im Rahmen des § 30 I StGB bezogen auf das Merkmal des Verbrechens zu verorten. Dort stellt sich die Frage, ob es für den sich zur Anstiftung bereit erklärenden oder den Anzustiftenden selbst Verbrechenscharakter haben muss.

### **4. Weiterführende Literatur**

- Jahn, JuS 2006, 89.
- Fischer, StGB, § 30, Rn. 5f.