

HRRS 2009 Nr. 322

**BGH 2 StR 165/08 - 4. Februar 2009 (LG Frankfurt am Main)**

**BGHSt; Verbrechensverabredung (Einordnung einer Tat als Verbrechen oder Vergehen beim Sich-Bereiterklären zur Anstiftung nach der Person des Anzustiftenden; versuchte Anstiftung; Verbrechensverabredung: ungenügende Beihilfe); gewerbs- und bandenmäßig begangener Betrug.**

**§ 30 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB**

Leitsätze

**1. Für die Einordnung der gemäß § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gemäß § 30 Abs. 2 StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an (im Anschluss an BGHSt 6, 308). (BGHSt)**

**2. Die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NStZ 1988, 406; 1993, 137, 138; NStZ-RR 2002, 74, 75). (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 31. August 2007 wird mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte schuldig ist, sich zur Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug bereit erklärt zu haben.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 70 € verurteilt.

Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Sein Rechtsmittel führt zu einer Schuldspruchänderung; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

Der gesondert Verurteilte L. verfolgte gemeinsam mit unbekannt gebliebenen Hintermännern in Asien den Plan, Spiele deutscher Fußballvereine gezielt zu manipulieren, um seine Erfolgchancen beim Abschluss

von Wetten auf diese Spiele bei Buchmachern in Asien zu verbessern und sich hierdurch eine Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu erschließen. Zur Anwerbung von Spielern dieser Vereine, denen für ihre Beteiligung jeweils vierbis fünfstellige Geldbeträge pro Spiel angeboten wurden, bediente sich L. neben dem gesondert Verfolgten A. auch des gesondert Verurteilten G., den er für diese Tätigkeit bezahlte (UA S. 47).

Im Auftrag L. s versuchte G. am 23. Februar 2006, die beiden Spieler Ga. und Ak. des damaligen Regionalligisten S. K. für eine Beteiligung am Tatplan zu gewinnen, die mit der Manipulation eines bevorstehenden Spiels ihres Vereins gegen den V. A. beginnen sollte. Für den Fall, dass die Spieler auf dieses Ansinnen nicht eingehen sollten, sollte der Angeklagte, der selbst Berufsfußballspieler ist und Ga. aus einer früheren gemeinsamen Zeit bei einem anderen Fußballverein kannte, mit diesem sprechen. L., G. und der Angeklagte versprachen sich davon, so das Vertrauen Ga. s , der G. zuvor nicht kannte, eher gewinnen und ihn zu einer Beteiligung am Tatplan bewegen zu können.

Als G. s Bemühungen trotz des Angebots einer Zahlung von je 3.000 € an jeden der beiden Spieler tatsächlich erfolglos blieben, führte er einen Kontakt zwischen Ga. und dem Angeklagten über sein Mobiltelefon herbei. Nach einem kurzen Gespräch, bei dem der Angeklagte nicht bereits auf den Tatplan einging, verabredete er mit Ga. ein weiteres, längeres Telefonat am gleichen Abend. Als der Angeklagte Ga. am Abend anrief, nahm dieser jedoch den Anruf nicht an, weil ihm der Zusammenhang mit dem unlauteren Angebot G. s klar war. Auch weitere Kontaktversuche des Angeklagten in den nächsten Tagen über Telefon oder SMS blieben erfolglos, weil Ga. sich nicht bei ihm zurückmeldete. Der Angeklagte berichtete dies am 27. Februar telefonisch L. und stellte diesem in Aussicht, Ga. bei einem für 3 Wochen darauf angesetzten Spiel seines eigenen Vereins gegen die S. K. persönlich anzusprechen. Dazu kam es aber in der Folge nicht mehr, nachdem L. und G. am 6. März 2006 festgenommen worden waren.

Der Angeklagte wusste um die Absicht L. s, die Spielweise der beiden Spieler manipulativ zu beeinflussen und auf derart beeinflusste Spiele der S. K. zu wetten. Nicht feststellen konnte das Landgericht, dass der Angeklagte beabsichtigte, selbst ebenfalls auf ein solches Spiel zu wetten.

## II.

1. Die Feststellungen des Landgerichts tragen den Schuldspruch wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug gemäß § 30 Abs. 2 Alt. 3 i. V. m. § 263 Abs. 5 StGB nicht. Denn eine Strafbarkeit nach dieser Tatbestandsalternative des § 30 Abs. 2 StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NStZ 1988, 406; 1993, 137, 138; NStZ-RR 2002, 74, 75; Fischer StGB 56. Aufl. § 30 Rn. 12 m. w. Nachw.). Die rechtliche Bewertung des Landgerichts, nach der Vorstellung des Angeklagten habe die beabsichtigte Betrugstat "unter seiner maßgeblichen Mitwirkung" begangen werden sollen (UA S. 164), ist aber durch die Feststellungen nicht belegt, die konkrete Anhaltspunkte für eine eigene Tatherrschaft des Angeklagten oder ein eigenes Interesse an der Tatausführung nicht aufzeigen.

2. Der Angeklagte hatte bei dem Telefonat am 23. Februar 2006, das erst zur Anbahnung eines späteren längeren Gesprächs mit Ga. dienen sollte, nicht bereits zu dem Versuch einer Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug im Sinne des § 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB unmittelbar angesetzt. Ob dies für seine späteren Versuche einer Kontaktaufnahme mit Ga. anders zu beurteilen ist, kann offenbleiben, weil die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts jedenfalls die rechtliche Bewertung tragen, dass der Angeklagte sich gegenüber L. bereit erklärt hatte, Ga. zu einem solchen Verbrechen anzustiften (§ 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB).

a) Entgegen der Auffassung der Revision sind die vom Landgericht in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen zur Frage einer vorherigen persönlichen Bekanntschaft des Angeklagten mit G. und zur Übergabe eines Zettels mit einer Mobiltelefonnummer des Angeklagten von L. an G. nicht widersprüchlich. Denn G. konnte den Angeklagten durchaus bereits persönlich kennen gelernt haben, ohne dabei dessen Telefonnummer erfahren zu haben; ohnehin kam es für das Bestehen einer Bandenabrede und die Kenntnis des Angeklagten hiervon nicht darauf an, ob der Angeklagte neben L. auch G. persönlich kannte oder - was nach den Feststellungen jedenfalls der Fall war - nur von dessen Tatbeteiligung wusste, ohne ihn zu kennen (vgl. BGHSt 50, 160, 164 f.).

b) Zwar hat das Landgericht, wie der Generalbundesanwalt zu Recht aufgezeigt hat, keine Feststellungen zum Vorliegen des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmäßigkeit des beabsichtigten Bandenbetrugs gemäß § 263 Abs. 5 StGB beim Angeklagten selbst getroffen. Jedoch stellt das Fehlen solcher Feststellungen den Schuldspruch wegen Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug nicht in Frage. Denn dass Ga. nach der Vorstellung des Angeklagten an der Ausführung des Tatplans als Bandenmitglied in gewerbsmäßiger Weise hätte mitwirken sollen, wird durch die Feststellungen des Landgerichts belegt. Für die rechtliche Einordnung der beabsichtigten Tat als Vergehen oder Verbrechen kommt es aber nicht nur für die vollendete, sondern auch für die im Sinne des § 30 StGB in Aussicht genommene Anstiftung nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf diejenige des Anzustiftenden an. Fehlt dem Anstifter selbst das strafscharfende besondere persönliche Merkmal, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, so führt dies nicht zum Entfallen der rechtlichen Bewertung der Tat als Verbrechen. Rechtsfolge ist vielmehr die Bestrafung dessen, der sich zur Anstiftung bereit erklärt hat, aus dem Strafrahmen des Grund- an Stelle desjenigen des Qualifikationstatbestandes.

Von diesen durch BGHSt 6, 308, 309 ff. zu § 49a StGB a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. auch BGHSt 4, 17, 18; 14, 353, 355 f.) abzurücken, besteht auch für die Nachfolgeregelung des § 30 StGB in der Fassung des Art. 1 Nr. 1 des 2. StrRG vom 4. Juli 1969 (BGBl. I 313) keine Veranlassung. Für sie spricht vor allem auch der Wortlaut und der Strafgrund des § 30 StGB, der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll (so auch Hoyer in SK-StGB § 30 Rn. 21; Frister Strafrecht AT 3. Aufl. S. 414 f.; Jescheck/ Weigend Lehrbuch des Strafrechts 5. Aufl. § 65 I 4; Stratenwerth/Kuhlen Strafrecht AT I 5. Aufl. § 12 Rn. 173; i. E. ähnlich mit differenzierender Begründung Roxin in LK 11. Aufl. § 30 Rn. 40 ff.; ders. Strafrecht AT II § 28 Rn. 26 ff.; zur Gegenauffassung vgl. u.a. Fischer aaO Rn. 5 f.; Cramer/Heine in Schönke/ Schröder StGB 27. Aufl. § 30 Rn. 14; Lackner/Kühl StGB 26. Aufl. § 30 Rn. 2, Joecks in MünchKomm-StGB § 30 Rn. 18, Zaczyk in NK-StGB 2. Aufl. § 30 Rn. 29; Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht AT Bd. 2, 7. Aufl. § 53 Rn. 29; Jakobs Strafrecht AT 2. Aufl. 27. Abschn. Rn. 6 jew. m. w. Nachw.).

c) Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte sich anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können.

3. Auf dem Rechtsfehler beruht der Strafausspruch jedoch nicht. Denn das Landgericht ist bereits ohne Heranziehung des vertypten Strafmilderungsgrundes aus § 30 Abs. 1 S. 2 StGB zur Anwendung des Strafrahmens für den minder schweren Fall des § 263 Abs. 5 StGB gelangt und hat diesen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 StGB nochmals gemildert, so dass sich ein Strafrahmen ergab, der Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu 3 Jahren und 9 Monaten vorsah. Bei zutreffender Anwendung des Strafrahmens des § 263 Abs. 1 StGB hätte das Landgericht stattdessen diesen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gehabt und wäre so ebenfalls zu einem Strafrahmen gelangt, der Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu 3 Jahren und 9 Monaten, daneben aber auch Geldstrafe vorgesehen hätte. Da das Landgericht aber ohnehin unter Anwendung des § 47 Abs. 2 StGB eine Geldstrafe gegen den Angeklagten

verhängt hat, hat sich der Rechtsfehler auf seine Strafzumessung nicht ausgewirkt.