

1. Sachverhalt¹

A weiß von seinem Bekannten B, dass dieser gemeinsam mit anderen in großem Stil und zur Erlangung beträchtlicher und dauerhafter Einnahmen Fußballwetten auf dem asiatischen Wettmarkt abschließt. Auch ist ihm bekannt, dass B die Erfolgchancen der Wetten dadurch erhöht, dass er Fußballspieler beteiligt, denen er für die Manipulation von Spielen vier- bis fünfstelligen Geldbeträge pro Spiel zahlt. A wird von B angesprochen, nachdem dieser erfolglos versucht hat, den Regionalligaspieler C für eine Mitwirkung zu gewinnen. B bittet A, auf C einzuwirken. Er erwartet, dass A eher Erfolg haben wird, weil er früher einmal mit C gemeinsam in einer Mannschaft gespielt hat. Die Beteiligung des C soll mit der Manipulation eines bevorstehenden Spiels beginnen, wofür ihm 3.000 Euro angeboten werden sollen. A erklärt sich bereit, B den erbetenen Gefallen zu tun. Er beabsichtigt nicht, sich selbst an dem Wettsystem zu beteiligen. In einem ersten Telefongespräch mit C geht A noch nicht auf die geplante Spielmanipulation ein, sondern verabredet zunächst nur ein weiteres Gespräch. C erkennt jedoch, dass ein Zusammenhang mit den vorherigen Anwerbungsversuchen des B besteht. Daher reagiert er nicht auf

Juni 2009

Regionalliga-Fall

Versuch der Beteiligung / Verabredung / Anstiftungsversuch zu einem Verbrechen / Sich-Bereiterklären zur Anstiftung zu einem Verbrechen / Akzessorietät / strafschärfende besondere persönliche Merkmale

§§ 30, 263 Abs. 5 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Für die Einordnung der gem. § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in den Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gem. § 30 Abs. 2 StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an.

BGH, Urteil vom 4. Februar 2009 – 2 StR 165/08, veröffentlicht in NStZ 2009, 322.

weitere Anrufe und sonstige Kontaktversuche des A.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Skandal um den Fußballschiedsrichter Hoyzer und die daraufhin ergangenen Strafurteile haben offenbar wenig bewirkt. Der Wettbetrug floriert weiterhin. Das Risiko scheint sich zu lohnen. Von besonderem Interesse sind Fußballspiele auf der Ebene der Zweit- und Drittklassigkeit, weil die geringeren bezahlten Spieler für Bestechungsversuche anfälliger sind.

Gesicherter **Ausgangspunkt einer rechtlichen Bewertung** ist die Einordnung von Wetten auf manipulierte Spiele als Betrug. Die zunächst umstrittene Frage, ob mit der Abgabe des Wettscheins getäuscht wird, hat die Rechtsprechung bejaht. Danach ist dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages in der Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen,

¹ Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung leicht verändert und gekürzt, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

dass der Wettgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert ist.²

Ferner kann die tatbestandliche Einordnung des Geschehens noch folgendermaßen präzisiert werden. Da an dem Wettsystem zahlreiche Personen beteiligt waren, nämlich B, seine Hintermänner und Fußballspieler, und da alle Beteiligten daraus dauerhafte Einnahmen von erheblichem Umfang bezogen und somit gewerbsmäßig handelten,³ wurde mit jeder Wette durch gemeinschaftliches Handeln der **Verbrechenstatbestand des bandenmäßig begangenen gewerbsmäßigen Betruges** gem. § 263 Abs. 5 StGB verwirklicht.

Klärungsbedürftig ist die Tatbeteiligung des A. Allerdings hat A, genau genommen, nur versucht, sich zu beteiligen. Denn seine Bemühungen, C für eine Mitwirkung zu gewinnen, blieben erfolglos. Daher kommt als rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit auch nur die Vorschrift in Betracht, die mit „Versuch der Beteiligung“ überschrieben ist: § 30 StGB. Bei der Anwendung dieser Vorschrift ergeben sich zwei Probleme.

Das **erste Problem** betrifft die Zuordnung des Verhaltens des A zu den **gesetzlichen Handlungsbeschreibungen**. Es bieten sich mehrere für eine Anwendung an.

So könnte A gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 StGB versucht haben, C zur Begehung eines Verbrechens gem. § 263 Abs. 5 StGB anzustiften. Freilich ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass es an einem unmittelbaren Ansetzen gefehlt haben könnte, weil A gar nicht erst die Gelegenheit erhielt, mit C über das konkrete Vorhaben zu sprechen.

Ferner ist denkbar, dass A sich gem. § 30 Abs. 2 StGB zur Begehung eines Verbrechens verabredete, als er B seine Unterstützung zusagte. Doch lässt der geringe Umfang seiner in Aussicht gestellten Mitwirkung daran zweifeln, ob tatsächlich das Merkmal einer Verabredung erfüllt ist. Denn erforderlich ist dafür die Planung eines mittäterschaftlichen Zusammenwirkens.⁴

Schließlich könnte A noch anzulasten sein, dass er sich mit der Zusage gegenüber B, auf C einzuwirken, gem. § 30 Abs. 2 StGB bereit erklärt hat, einen anderen zur Begehung eines Verbrechens anzustiften. Diese Totalalternative scheint noch am besten auf das konkrete Verhalten des A zu passen. Sie soll daher genauer untersucht werden.

Dabei wird das **zweite Problem** sichtbar. Es handelt sich um ein kompliziertes **Akzessorietätsproblem**. Mit dem Begriff der Akzessorietät wird das Verhältnis einer Teilnahmehandlung zur Haupttat bezeichnet. Hier tritt ein Akzessorietätsproblem auf, das nicht ein tatsächliches Geschehen, sondern einen künftigen Vorgang betrifft. A hat versprochen, C anzustiften.

Stellt man sich einmal vor, dass A tatsächlich und erfolgreich sein Vorhaben, C anzustiften, ausgeführt hätte, dann zeigt sich, dass die in § 28 StGB geregelte Lockerung der Akzessorietät zum Zuge kommt. Für eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 5 StGB muss u. a. das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit gegeben sein, das als besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 StGB gilt.⁵ Dieses Merkmal hätte wohl bei C, nicht aber bei A vorgelegen. Da das Merkmal

² BGHSt 51, 165, 167 f.; vgl. auch Famos 10/2006 (Wettskandal-Fall).

³ Vgl. zum Merkmal der Gewerbsmäßigkeit *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, Vor § 52 Rn. 20.

⁴ *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 30 Rn. 6.

⁵ Vgl. zur Einordnung der Gewerbsmäßigkeit als besonderes persönliches Merkmal: BGHSt 6, 260; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 28 Rn. 9.

eine strafschärfende Funktion hat, müsste eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB vorgenommen werden, so dass A nur wegen Anstiftung zum Vergehen des (einfachen) Betruges zu bestrafen wäre.

Soll Gleiches für die nur in Aussicht gestellte, jedoch nicht realisierte Anstiftung gelten? Das hätte zur Folge, dass eine Strafbarkeit für A entfielen, weil von § 30 Abs. 2 StGB nur das Sich-Bereiterklären zur Verbrechensanstiftung erfasst wird.

In einer frühen Entscheidung hat der BGH diesen Standpunkt abgelehnt und für maßgeblich erklärt, ob die Tat für die Person des Anzustiftenden ein Verbrechen darstellen würde.⁶ Eine Literaturmeinung ist ihm darin gefolgt.⁷ Das Hauptargument lautet: Da die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB ihren Grund in der Schwere des intendierten Rechtsgutsangriffs habe, sei auf die beabsichtigte Haupttat, nicht aber auf die Anstiftungshandlung abzustellen.

Die Gegenauffassung⁸ sieht darin einen Systembruch. Es sei inkonsequent, im Falle der Tatausführung die gesetzliche Akzessorietätsregelung in § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden, im Falle nur intendierter Teilnahme davon jedoch abzusehen. Auch wird ein Widerspruch zum Schuldprinzip beanstandet. Der Täter nach § 30 Abs. 2 StGB werde nicht nach dem Maß seiner Schuld bestraft, wenn ein Schuldpruch ergehe, der unberücksichtigt lasse, dass das verbrechensbegründende besondere persönliche Merkmal bei ihm nicht vorgelegen hätte, wenn

es zur Ausführung von Anstiftung und Haupttat gekommen wäre.⁹

Die Diskussion ist nicht bei dem Meinungsgegensatz stehen geblieben. Es werden zwei weitere Auffassungen vertreten.

So wird verlangt, dass auf beiden Seiten, also auf der Seite des Anstifters und auf der Seite des Anzustiftenden das besondere persönliche Merkmal vorhanden sein müsse, das die Tat zum Verbrechen mache.¹⁰ Das Ziel dieser Ansicht ist es, beiden Gesichtspunkten zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, dem Strafzweck der Unterbindung besonders gefährlicher Taten und dem Prinzip individueller Schuldangemessenheit der Strafe. Dass es dadurch zu einer erheblichen Einschränkung der Strafbarkeit kommt, wird begrüßt, weil die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB als problematisch angesehen wird.

Schließlich wird noch eine Lösung angeboten, die danach unterscheidet, ob das besondere persönliche Merkmal einen Unrechtsbezug oder einen Schuldbezug aufweist.¹¹ Im ersten Fall soll es auf die Person des Anzustiftenden, im zweiten Fall auf die Person des Anstifters ankommen. Mit dieser Lösung soll der Gegensatz der Hauptargumente – Prävention gegenüber gefährlichen Taten versus schuldangemessene Bestrafung – durch eine Orientierung am Charakter des jeweiligen Merkmals aufgelöst werden.

Allerdings bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, einzelne Merkmale nach Unrechts- oder Schuldbezug zu sortieren. Das zeigt etwa das Beispiel des besonderen persönlichen Merk-

⁶ BGHSt 6, 308.

⁷ Z. B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 48; *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, S. 414 f.

⁸ Z. B. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 247; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 562.

⁹ Vgl. *Brose*, Die versuchte Verbrechensbeteiligung, 1970, S. 148 ff.

¹⁰ *Zaczyk* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 30 Rn. 29.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 28 Rn. 27 ff.

mals des Tatantriebs, der durch ein Tötungsverlangen gem. § 216 StGB bestimmt ist. Die Zuordnung ist schwierig, weil schon grundsätzlich umstritten ist, ob die Strafmilderung in § 216 StGB durch Unrechts- oder Schuld-minderung begründet ist.¹² Was das hier relevante Merkmal der Gewerbsmäßigkeit betrifft, so dürften ebenfalls beide Möglichkeiten der Einordnung vertretbar sein.

Fazit: Der Fall bot dem BGH eine Gelegenheit, zu einem breit gefächerten Meinungsstreit Stellung zu nehmen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In der Frage, **welche Handlungsalternative** gem. § 30 StGB A verwirklicht hat, widerspricht der BGH dem Tatgericht, das ihn wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug verurteilt hat. Die Verabredung habe für alle daran beteiligten Personen zur Voraussetzung, dass eine mittäterschaftliche Mitwirkung an dem geplanten Verbrechen beabsichtigt sei. Eine Beteiligung in der Form der Beihilfe reiche nicht aus. Im Gespräch mit B habe A eine Beteiligung zugesagt, die weder unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft noch im Hinblick auf ein eigenes Interesse an der Tat den Anforderungen an ein mittäterschaftliches Verhalten genüge.

Auch die Handlungsalternative der versuchten Anstiftung erklärt der BGH für unanwendbar. Mit dem Telefonat habe A noch nicht unmittelbar zur Anstiftungshandlung des Bestimmens angesetzt, weil die Manipulation von Spielen darin noch nicht angesprochen worden sei.

Dagegen ist nach der Meinung des Senats die Alternative des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung zu einem Verbrechen dadurch erfüllt, dass A im Gespräch mit B in Aussicht stellte, auf C einzuwirken.

In der **Akzessorietätsproblematik** verzichtet der BGH darauf, auf den Meinungsstreit einzugehen. Er belässt es vielmehr bei einer Bestätigung der Auffassung, die er schon einmal in einer frühen Entscheidung vertreten hat. Danach kommt es hinsichtlich des verbrechensbegründenden besonderen persönlich Merkmals allein auf den Anzustiftenden an. Die Argumentation fällt äußerst knapp aus. Neben dem Wortlaut der Vorschrift wird ihr „Strafgrund“ genannt, „der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll“.¹³

Das Meinungsspektrum in dieser Frage kommt nicht zur Geltung. Ohne auf Unterschiede einzugehen, werden in einem Klammerzusatz Fundstellen für abweichende Ansichten aneinandergereiht.

Im Ergebnis gelangt der BGH also zu einer Strafbarkeit des A wegen Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung des C zum Verbrechen des gewerbsmäßigen Betruges als Mitglied einer Bande gem. § 263 Abs. 5 StGB. Da das Landgericht auf eine Verabredung abgestellt hatte, bedurfte es einer Schuld-spruchberichtigung.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall sollte genutzt werden, um sich mit § 30 StGB vertraut zu machen. In Vorlesungen findet die Vorschrift zu-meist nur geringe Beachtung. Auch die Lehrbuchliteratur behandelt sie in der Regel stiefmütterlich. Das belegt der geringe Umfang der entsprechenden Abschnitte. Auch werden kaum einmal klare Aufbauvorschläge angeboten.

Es schadet nicht, zu wissen, dass die Vorschrift nachträglich als Duchesne-Paragraph in das StGB eingefügt wurde. Anlass war der Fall des belgischen Kesselschmiedes Duchesne, der dem Erzbischof von Paris brieflich an-

¹² Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 3), § 216 Rn. 1.

¹³ BGH NSTZ 2009, 322, 323.

geboten hatte, ein Attentat auf Bismarck zu verüben.¹⁴

Man sollte auch wissen, dass an der Vorschrift seit jeher kritisiert wird, sie verlagere die Strafbarkeit zu weit in das Vorfeld krimineller Aktivitäten, und dass dieses Bedenken immer wieder die Forderung veranlasst, die Vorschrift restriktiv anzuwenden.¹⁵

Schwierig ist die Vorschrift vor allem deswegen, weil hier zwei ohnehin komplizierte Figuren des Allgemeinen Teils – Versuch und Teilnahme – zusammengefügt worden sind. Es liegt auf der Hand, dass es zu **Aufbauproblemen** kommen muss, weil für beide Figuren spezielle Anwendungsregeln gelten. Mit einigen Hinweisen wollen wir zur Bewältigung dieser Probleme beitragen.

Die gesetzliche Überschrift „Versuch der Beteiligung“ legt es nahe, sich am Versuchsaufbau zu orientieren. Das würde bedeuten, dass für die tatbestandliche Prüfung die subjektive Tatseite Priorität hätte. Dafür spricht, dass das Verbrechen sich noch in einem Vorbereitungsstadium befunden hat und nur über die Vorstellung der Beteiligten zu erfassen ist.

Allerdings trifft diese Überlegung uneingeschränkt nur auf die Handlungsalternativen in § 30 Abs. 1 StGB zu, also auf die versuchte Anstiftung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Anstiftung zu einem Verbrechen. Hier empfiehlt es sich in der Tat, nach dem Muster des Versuchsaufbaus zu prüfen.¹⁶

Die allgemeine Aufbauregel, dass vor der Prüfung einer Teilnahmehandlung die Haupttat untersucht werden sollte, lässt sich hier naturgemäß nicht einhalten, weil es beim Anstiftungsversuch geblieben ist. Die Haupttat kann daher erst im Rahmen der Prüfung der

versuchten Anstiftung zur Sprache kommen.¹⁷

Bei den Handlungsalternativen in Abs. 2 (Sich-Bereiterklären, Annehmen des Erbietens und Verabreden eines Verbrechens oder einer Anstiftung zu einem Verbrechen) verbleibt zwar das intendierte Verbrechen ebenfalls im Vorbereitungsstadium; es wird jedoch in objektiven Erklärungsakten unter den Beteiligten sichtbar. Da zudem die Erklärungshandlungen als solche vollständig verwirklicht sein müssen, ist es hier möglich, die übliche strafsystematische Prüfungsabfolge einzuhalten, indem zunächst der objektive und dann der subjektive Tatbestand geprüft wird.¹⁸

Die **praktische Bedeutung der Akzessorietätsproblematik** ist keineswegs immer noch so gering, wie in der Literatur teilweise zu lesen ist.¹⁹ Zwar wird man einräumen müssen, dass die üblicherweise in diesem Zusammenhang erörterten Fälle wenig praxisrelevant sind. Dabei geht es um das Tatmotiv der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB und die Amtsträgereigenschaft gem. § 343 StGB (Aussageerpressung) als besondere persönliche Merkmale, deren Vorhandensein oder Fehlen über den Verbrechens- oder Vergehenscharakter der intendierten Tat – § 212 StGB bzw. § 240 StGB – entscheidet. Der hier zu besprechende Fall zeigt jedoch, dass ein neues praktisches Anwendungsfeld dadurch ent-

¹⁴ Näher zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Dessecker* JA 2005, 549, 550.

¹⁵ Vgl. *Zaczyk* (Fn. 10), § 30 Rn. 4.

¹⁶ Ein entsprechender Aufbauvorschlag findet sich bei *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 886.

¹⁷ Eine erste Erwähnung wird die (intendierte) Haupttat in der Vorprüfung finden, in der die Nichtvollendung der Anstiftung und der Verbrechenscharakter dieser Tat festzustellen sind; vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 886. Näher mit der Haupttat muss sich dann die Untersuchung des Tatentschlusses befassen.

¹⁸ Beispiel für diesen Aufbau (und auch für den anders gearteten Aufbau einer versuchten Verbrechensanstiftung): *Mitsch*, JuS 2005, 340, 342 f.

¹⁹ Z. B. *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 43 Rn. 7; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 173.

standen ist, dass der Gesetzgeber die Gewerbsmäßigkeit des Handelns als Bandenmitglied zur Heraufstufung eines Vergehens zu einem Verbrechen verwendet hat. Das betrifft nicht allein den Betrug (§ 263 Abs. 5 StGB), sondern z. B. auch den Diebstahl (§ 244 a StGB i. V. m. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB) und die Hehlerei (§ 260 a StGB).

5. Kritik

Es ist enttäuschend, dass der BGH auf einen vor mehr als fünfzig Jahren geäußerten Rechtsstandpunkt²⁰ zurückgreift, ohne die zwischenzeitlich geführte Diskussion in der Literatur inhaltlich zu würdigen. Die Strafrechtswissenschaft genießt offenbar unter den amtierenden Richtern am BGH kein sonderlich großes Ansehen.

Im Übrigen wird dieser Umgang mit dem Problem nicht seiner gewachsenen praktischen Bedeutung gerecht.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Sabine Just)

²⁰ Die Entscheidung BGHSt 6, 308, an die der BGH jetzt anknüpft, stammt aus dem Jahr 1954.