

## F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

**Oktober 2001**

### Schwarzfahrer - Fall

*Schwarzfahren / Erschleichen der Beförderungsleistung / betrugsähnliches Verhalten*

§ 265 a StGB

#### **Leitsatz des Gerichts:**

**Der Tatbestand des Erschleichens von Leistungen i. S. des § 265 a StGB setzt voraus, dass der Täter sich bei der Inanspruchnahme der Beförderungsleistung mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt, beispielsweise durch unauffälligen Aufenthalt in der Bahn. Nicht erforderlich ist es, dass die hierin liegende konkludente Erklärung, der Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise nachgekommen zu sein, gegenüber einem zu ihrer Entgegennahme bereiten Empfänger erfolgt und dass regelmäßige Kontrollen oder vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden.**

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 16. 1. 2001 (2 Ss 365/00), abgedruckt in NStZ-RR 2001, 269

#### **1. Sachverhalt**

A fährt im Rhein-Main-Verkehrsverbund mehrfach ohne Fahrschein mit der S-Bahn. Er weiß, dass er keinen Fahrschein besitzt und dass er deswegen nicht berechtigt ist, die Beförderungsleistung in Anspruch zu nehmen. Im Bereich des Verkehrsverbundes können die S-Bahnen von jedermann betreten und benutzt werden, ohne dass irgendwelche Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden müssen.

#### **2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Der Fall widerlegt, was in einem führenden Lehrbuch der Kriminologie zu lesen ist: „Faktisch wird heute das Schwarzfahren, nach einer in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht eine Straftat nach § 265 a StGB, nicht mehr strafrechtlich verfolgt, sondern durch eine Vertragsstrafe, also zivilrechtlich geahndet (erhöhtes Beförderungsgeld).“<sup>1</sup> A ist angeklagt worden. Seinen Freispruch durch das Amtsgericht hebt das OLG Frankfurt/M. mit dieser Entscheidung auf. Es wird zu einer Verurteilung des A kommen. Damit liegt nicht etwa ein zu vernachlässigender Ausnahmefall vor. 1998 wurden 159.463 Fälle gem. § 265 a StGB polizeilich registriert.<sup>2</sup> Den weitaus größten

<sup>1</sup> Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl. 1997, S. 620.

<sup>2</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 21 Rn. 8.

Anteil daran haben Fälle des Schwarzfahrens. Von etwa 25.000 Verurteilungen pro Jahr kann ausgegangen werden. Zu Strafverfahren kommt es dann, wenn die Verkehrsbetriebe eine Anzeige erstatten, was regelmäßig geschieht, falls sich der Schwarzfahrer – wie A – auf Grund interner Registrierung als Wiederholungstäter erweist. Mit der strafrechtlichen Sanktion trifft den Täter ein Übel von ganz anderer Qualität als im Falle der Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts. Eine Geldstrafe kann bei entsprechendem Einkommen sehr hart ausfallen.<sup>3</sup> Ist sie uneinbringlich, so kann es zur Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe kommen.<sup>4</sup> Die Verhängung einer Freiheitsstrafe ist auch von vornherein möglich.<sup>5</sup> In jedem Fall ist der Täter vorbestraft. Die Verurteilung führt zudem häufig zum Widerruf einer Straf- oder Strafrestaussetzung.<sup>6</sup> – Es besteht also keinerlei Grund, dem Massenphänomen des Schwarzfahrens die **strafrechtlich-praktische Relevanz** abzuspochen.

Die damit verbundene **rechtliche Problematik** lässt sich, wie so häufig, am besten sichtbar machen durch schlichte Konfrontation des regelmäßigen Sachverhalts mit den gesetzlichen Tatmerkmalen. Hier betritt jemand zwar weniger fromm, dafür aber frisch, fröhlich und frei eine S-Bahn ohne Fahrschein. Dort hält das Gesetz als Tatbild das **Erschleichen der Beförderungsleistung** bereit. Die Diskrepanz ist mit den Händen zu greifen.

Die Rechtsprechung meint, sie mit folgender Argumentation überwinden zu können.<sup>7</sup> Das Erschleichen setze voraus, dass sich der Täter mit dem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgebe. Dafür sei bereits ausreichend, dass er unauffällig das Verkehrsmittel betrete und dadurch den Eindruck erwecke, er sei im Besitz eines Fahrausweises. Eine Umgehung oder ein Ausschalten von Kontrollmaßnahmen sei nicht erforderlich.<sup>8</sup>

Gegen diese Lösung sperrt sich das Sprachempfinden. Ein äußerlich völlig sozialadäquates Verhalten soll ein Erschleichen sein? Vielfach wird in der Literatur darin ein **Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip** (Art. 103 Abs. 2 GG) gesehen.<sup>9</sup> Nach allgemeinem Sprachgebrauch erschleiche nur derjenige etwas, der Sicherungsvorkehrungen überwinde.

Die Literatur belässt es nicht bei der Rüge der Verfassungswidrigkeit. Gegen die justizielle Praxis der Bestrafung von Schwarzfahrern schießt sie seit Jahren<sup>10</sup> aus allen Rohren juristischer Argumentation.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Verhängt werden können bis zu 360 Tagessätze, deren Höhe bis zu 10.000 DM betragen kann (§ 40 Abs. 1 und 2 StGB).

<sup>4</sup> Gem. § 43 Satz 2 StGB ist für einen Tagessatz ein Tag Freiheitsstrafe zu verbüßen.

<sup>5</sup> § 265 a StGB droht neben Geldstrafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr an.

<sup>6</sup> Rechtsgrundlagen: §§ 56 f., 57 Abs. 3 Satz 1 StGB.

<sup>7</sup> Z. B. OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84; NJW 2000, 2120; HansOLG Hamburg NStZ 1988, 221; NStZ 1991, 587; OLG Stuttgart NJW 1990, 924. Bisher haben sich zu dieser Frage nur Oberlandesgerichte geäußert; vgl. S. 5.

<sup>8</sup> Das Merkmal des Erschleichens grenzt danach nur diejenigen Fälle aus, in denen der Täter sich offen und demonstrativ, z. B. durch ein Schild, dazu bekennt, ohne Fahrschein zu fahren, vgl. BayObLG NJW 1969, 1042. Hier greift aber eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB ein.

<sup>9</sup> Etwa Alwart, NStZ 1991, 588, 589; Fischer, NStZ 1991, 41, 42; Hinrichs, NJW 2001, 932, 933, 935; Schall, JR 1992, 1, 7. Das BVerfG hat diesen Einwand entsprechend seiner sehr großzügigen Entscheidungspraxis zurückgewiesen: NJW 1998, 1135.

<sup>10</sup> Um im Bild zu bleiben: Den Startschuss hat Alwart 1986 mit seinem Aufsatz „Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265 a StGB)“ gegeben (JZ 1986, 563).

<sup>11</sup> Zusammenfassende Darstellung der im Folgenden wiedergegebenen Kritik bei Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 47; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 265 a Rn. 3; ausführlich: Schall, JR 1992, 1 ff.

Mit der **Entstehungsgeschichte** sei diese Praxis nicht zu vereinbaren, weil es zur Zeit der Einführung der Vorschrift im Jahre 1935 noch regelmäßig Zugangskontrollen gegeben habe, die seinerzeit hätten überwunden werden müssen. Auch mit Überlegungen zum **Schutzzweck** sei die Ausdehnung der Strafbarkeit nicht zu rechtfertigen, weil die Verkehrsbetriebe selbst aus rein ökonomischen Gründen durch den Abbau von Kontrollen die unauffällige Nutzung der Verkehrsmittel ohne Entgelt ermöglicht hätten. Auch würden die Einnahmen durch das erhöhte Beförderungsentgelt den Schaden ausgleichen, der von unentdeckten Schwarzfahrern verursacht werde.

Das weitaus größte Gewicht in der Kritik der Literatur haben jedoch **systematische Überlegungen**.

Sie bestehen zunächst in einem **Vergleich der verschiedenen Begehungsweisen des § 265 a Abs. 1 StGB**. Bei allen anderen Tatvarianten sei anerkannt, dass die Manipulation oder Umgehung von Kontrollen oder Sicherungsmechanismen notwendig sei, um das Erschleichen einer Leistung bejahen zu können. So liege nicht schon dann ein Automatenmissbrauch vor, wenn jemand einen bereits vorhandenen technischen Defekt des Automaten zu einer ansonsten unauffälligen Inanspruchnahme der Leistung ausnutze. Dementsprechend dürfe auch für die Beförderungerschleichung die bloße unberechtigte Inanspruchnahme der Leistung nicht ausreichen.

Insgesamt, so eine weitere systematische Überlegung, muss das **Erfordernis der Betrugsähnlichkeit** bei allen Tatvarianten des § 265 a Abs. 1 StGB und somit auch bei der Beförderungerschleichung berücksichtigt werden. Die Vorschrift sei geschaffen worden, um bei automatisierten Vorgängen einer Vermögensverschiebung die Unanwendbarkeit der Betrugsstrafbarkeit zu kompensieren, welche die Täuschung einer Person voraussetze. Das Äquivalent bestehe in einer manipulativen, täuschungsähnlichen Einwirkung auf Vorgänge, die den Zugang zur Leistung ermöglichen. Dafür sei eine Überwindung von Kontrollen und Sicherungen unverzichtbar. Ein Fahrgast, der sich äußerlich in nichts von den anderen Fahrgästen unterscheide, verhalte sich nicht betrugsähnlich.

Den Schlussstein der Argumentation bildet die ganz allgemeine systematische Überlegung, dass für Vermögensstraftaten jedweder Art die bloße Herbeiführung eines Vermögensschadens nicht genüge. Entsprechend seinem **fragmentarischen Charakter** gewährleiste das Strafrecht keinen umfassenden Schutz des Vermögens. Zum **Erfolgsunrecht des Vermögensschadens** müsse das Unrecht einer Schädigungshandlung hinzutreten. Nicht die Gratis-Fahrt allein könne daher eine Strafbarkeit nach § 265 a StGB begründen; zusätzlich müsse als **spezifisches Handlungsunrecht** ein Verhalten gegeben sein, das mit einer Täuschung vergleichbar sei.

Bemerkenswert an der Literaturkritik ist noch, dass sie sich von einer Solostimme<sup>12</sup> zu einem Chor mit anschwellender Lautstärke<sup>13</sup> entwickelt hat. Das erzeugt für die Rechtsprechung einen wachsenden Legitimationsdruck. So erklärt es sich, dass die vorliegende Entscheidung es nicht bei der Wiederholung altbekannter Formeln belässt, sondern bemüht ist, auf die Literatur-Kritik einzugehen.

<sup>12</sup> Alwart, JZ 1986, 563.

<sup>13</sup> Um das zu demonstrieren, werden wir ausnahmsweise unserem Motto „Lieber kleckern statt klotzen“ untreu: Albrecht, NStZ 1988, 222; Fischer, NStZ 1991, 41; ders., NJW 1988, 1828; Hinrichs, NJW 2001, 932; Schall, JR 1992, 1; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, § 265 a Rn. 6 f.; Tröndle/Fischer, a.a.O. § 265 a Rn. 3; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, 26. Aufl. 2001, § 265 a Rn. 1, 11; SK-Günther, § 265 a Rn. 18; Mitsch, Strafrecht BT 2, 2001, § 3 Rn. 162; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 672.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Gericht schenkt zwei Aspekten besondere Beachtung. Zum einen erörtert es ausführlich, wie das Verhalten des A zivilrechtlich zu werten ist. Zum anderen befasst es sich näher mit dem Vergleich der verschiedenen Varianten des § 265 a Abs. 1 StGB.

Die zivilrechtlichen Ausführungen sollen nachweisen, dass A nicht nur etwas unterlassen hat, nämlich einen Fahrschein zu lösen, sondern **konkludent eine wahrheitswidrige positive Erklärung abgegeben** hat, nämlich seiner Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise vor Betreten der Bahn nachgekommen zu sein. Diese Ausführungen betreffen Schuldverhältnissen über Massenleistungen. Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass die zur Vertragsannahme führenden Erklärungen nicht gegenüber dem Anbieter abgegeben werden und ihm auch nicht zugehen müssen. Damit soll letztlich der Kritik, die der Rechtsprechung den Verzicht auf jedes Handlungselement und das Abstellen auf das bloße Unterlassen der Fahrpreiszahlung vorhält,<sup>14</sup> der Wind aus den Segeln genommen werden. Schwarzfahrer, so lautet die Botschaft, lassen sich nicht nur kostenlos fahren, sondern tun auch etwas, wie uns das Zivilrecht lehrt: Sie erklären konkludent, gezahlt zu haben.

Beim Vergleich der Tatvarianten von § 265 a StGB räumt das Gericht ein, dass bei der Beförderungerschleichung der Begriff des Erschleichens anders gebraucht wird als sonst. Diesen Unterschied hält es aber für gerechtfertigt. Da Automaten- und Telekommunikationsleistungen nur auf eine positive Anforderung hin erbracht würden, setze das Erschleichen dieser Leistungen in der Regel eine aktive Manipulation oder Umgehung von Sicherungsmechanismen voraus. Eine vergleichbare aktive Umgehung von Kontrollmaßnahmen sei dagegen bei der Erlangung einer Beförderungsleistung durch öffentliche Verkehrsmittel nicht erforderlich. Diesem Unterschied in der Sachlage entspreche ein Unterschied in der Schutzbedürftigkeit. Durch den Verzicht auf Kontrollen seien die **Verkehrsbetriebe in erhöhtem Maße schutzbedürftig**. Daher dürfe man auch keine allzu strengen Anforderungen an die Begehungsform stellen. Das besondere **Handlungsunrecht** liege bei der Beförderungerschleichung nicht in der Überwindung von Sicherungsmaßnahmen, sondern im **Missbrauch des Vertrauens**, das der Betreiber den Nutzern entgegenbringe.

### 4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Dieser Fall enthält sicherlich kein Schwerpunktproblem der juristischen Prüfungspraxis. Es handelt sich eher um das sprichwörtliche Kleinvieh, welches bekanntlich aber auch Mist zu machen versteht. Daher sollte man sich schon darauf einrichten, dass ein Fall wie der vorliegende als Nebenproblem in der strafrechtlichen Klausur oder als Gegenstand der mündlichen Prüfung auftauchen kann. Zwei weitere Gründe sprechen für seine **Examensrelevanz**. Er eignet sich auf geradezu ideale Weise für turnerische Übungen im Bereich der Auslegungsmethodik. Auch ist der zentrale Gesichtspunkt des betrugsähnlichen Handlungsunrechts weit über § 265 a StGB hinaus von Bedeutung: Mit ihm wird bei fast allen Delikten gearbeitet, die im Strafgesetzbuch § 263 StGB folgen.<sup>15</sup>

Eine Veränderung der gegenwärtigen Rechtslage hat die Entscheidung nicht bewirkt. Vielmehr hat sich das OLG Frankfurt in die **Phalanx der Oberlandesgerichte**

<sup>14</sup> Z. B. *Albrecht*, NStZ 1988, 222, 223.

<sup>15</sup> Vgl. etwa den Aufbau der Lehrdarstellung von *Mitsch*, a.a.O., § 3: Für alle betrugsähnlichen Delikte wird jeweils in einem gesonderten Abschnitt die Betrugsähnlichkeit als Leitkriterium der Auslegung erarbeitet.

eingereicht. Doch ist am Begründungsaufwand die Begründungsnot ablesbar. Das Anwachsen der Kritik in der Literatur – man lese nur die deutlichen Worte im neuen Tröndle/Fischer<sup>16</sup> – zeigt Wirkung. Sollte sich ein OLG der Kritik anschließen, müsste es die Sache gem. § 121 Abs. 2 GVG dem BGH zur Entscheidung vorlegen. Ein Rechtsprechungswandel erscheint nicht mehr ausgeschlossen.

## 5. Kritik

Für die eben geäußerte Prognose spricht, dass der Versuch des OLG Frankfurt fehlschlägt, die Rechtsprechung durch neue Argumente abzusichern.

Die rein **zivilrechtliche Konstruktion** rechtsgeschäftlicher Einigung bei Massenleistungen ist **ungeeignet, strafbegründend** in der Weise **zu wirken**, dass aus ihr ein Handlungsunrecht abgeleitet wird, welches im Täterverhalten gerade nicht aufzufinden ist. Und die Ausführungen zu den Besonderheiten des Erschleichens bei Beförderungsleistungen enthalten eine geradezu klassische **petitio principii**, nämlich die Verwendung eines erst noch zu beweisenden Satzes als Beweisgrund. Es ist Sache des Gesetzgebers, zu bestimmen, welche Rechtsgüter unter welchen Bedingungen geschützt werden sollen. Ordnet er eine Strafbarkeit der unberechtigten Inanspruchnahme von Beförderungsleistungen nur unter der Bedingung an, dass Kontrollmaßnahmen überwunden werden, so sagt er damit zugleich, dass Verkehrsunternehmen nur dann schutzbedürftig sind, wenn solche Maßnahmen getroffen werden. Falls die Betriebe darauf verzichten, so können die Leistungen zwar leichter missbräuchlich in Anspruch genommen werden; dass sie aber auch unter diesen Bedingungen strafrechtlichen Schutz genießen, bleibt eine bloße Behauptung.<sup>17</sup> Das Gericht lässt zudem außer acht, dass die Herbeiführung einer Rechtsgutsverletzung im Bereich des strafrechtlichen Vermögensschutzes allein nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit zu begründen. Erforderlich ist vielmehr ein hinreichend gewichtiges Handlungsunrecht, wie z. B. ein Verhalten, das sich eindeutig als Erschleichen qualifizieren lässt.

Ein anderes Thema ist angesprochen, wenn es um die Frage geht, ob eine Bestrafung von Schwarzfahrern **kriminalpolitisch** wünschenswert ist oder eine Sanktionierung ausreicht, die sich auf die Erhebung des erhöhten Beförderungsentgelts oder eines (zusätzlichen) Bußgeldes beschränkt.<sup>18</sup> Das hat der Gesetzgeber zu entscheiden. Derzeit sollte jedoch gelten, dass nur derjenige bestraft werden darf, der die Beförderung tatsächlich erschleicht.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Anna Bartels zugrunde.)*

<sup>16</sup> Tröndle/Fischer, aaO., § 265 a Rn. 3.

<sup>17</sup> So auch Fischer, NStZ 1991, 41, 42.

<sup>18</sup> Vgl. zur kriminalpolitischen Bewertung: Arzt/Weber, aaO., § 21 Rn. 21; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, aaO., § 265 a Rn. 1, 11.