

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A fährt, ohne über einen gültigen Fahrschein zu verfügen, im ICE. Vor Fahrtantritt hat er sich einen Zettel mit der Aufschrift „Ich fahre schwarz“ in seine umgeklappte Wollmütze gesteckt. Weder beim Einsteigen noch bei der Sitzplatzsuche wird A von Mitarbeitenden der Deutschen Bahn wahrgenommen. Erst bei der routinemäßigen Fahrkartenkontrolle wird Zugbegleiter B auf A und seine fehlende Zahlungsbereitschaft aufmerksam.

Das AG Siegburg verurteilt A wegen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB<sup>2</sup> in Hinblick auf diese Schwarzfahrt. Nach gescheiterter Berufung beim LG Bonn legt A Revision zum OLG Köln ein. A rügt dabei insbesondere, dass sein Verhalten als Erschleichen von Leistungen im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 gewertet wird.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Ausgangspunkt der Problematik ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erschleichen von Leistungen“ i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3 bei der Beförderung durch ein Verkehrsmittel. In die-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> §§ ohne Angabe des Gesetzestextes sind solche des StGB.

## Oktober 2016 Schwarzfahrer-Fall II

*Erschleichen von Beförderungsleistungen / Anschein der Ordnungsgemäßheit*

§ 265a Abs. 1 Var. 3 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Wird beim unentgeltlichen Benutzen eines öffentlichen Verkehrsmittels (Schwarzfahren) der Anschein der Ordnungsgemäßheit erweckt, ist das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt.

2. Das sichtbare Tragen eines Zettels mit dem Hinweis auf die Schwarzfahrt während der Beförderung ist nicht geeignet, den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern.

OLG Köln, Beschluss vom 2. September 2015 – 1 RVs 118/15; veröffentlicht in BeckRS 2015, 16686.

sem Zusammenhang ist zu klären, inwieweit das unentgeltliche Benutzen eines Verkehrsmittels, das schlichte Schwarzfahren, vom Tatbestandsmerkmal erfasst wird. Bejaht man die Möglichkeit, dass reines Schwarzfahren ein Erschleichen darstellt, stellt sich anschließend die Frage, welche Auswirkung es hat, dass A seine Schwarzfahrt nach außen kundgetan hat.

§ 265a wurde als Auffangtatbestand des § 263 im Jahr 1935 eingeführt und sanktioniert das Erschleichen von entgeltlichen Leistungen.<sup>3</sup> Die Norm soll Strafbarkeitslücken für Fälle schließen, in denen die Tathandlung nicht in der Täuschung einer Person liegt.<sup>4</sup> Vielmehr

<sup>3</sup> Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 265a Rn. 1; Wohlers/Mühlbauer, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2014, § 265a Rn. 2

<sup>4</sup> RGSt 68, 65; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 670.

führt der Täter durch unentgeltliche Inanspruchnahme einer wirtschaftlich wertvollen Leistung einen Vermögensschaden herbei.<sup>5</sup> Der Tatbestand kennt vier Varianten, bei denen der Täter durch sein Verhalten den betrugsähnlichen Charakter herbeiführen muss.<sup>6</sup> Der BGH konkretisierte den Begriff des Erschleichens in seiner Leitsatzentscheidung aus dem Jahr 2009, in der er ein Erschleichen als „Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege“ definierte.<sup>7</sup> Variante 1 betrifft den Automatenmissbrauch, etwa durch Einwerfen von Falschgeld in einen Fahrkartenautomaten.<sup>8</sup> Indem der Täter den Mechanismus der Entgeltabgabe täuschungsähnlich manipuliert, erschleicht er sich die Leistung des Automaten. Eine ebensolche Manipulation ist auch bei der Inanspruchnahme eines dem öffentlichen Zweck dienenden Telekommunikationsnetzes (Var. 2) zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig. Die höchste Praxisrelevanz hat die 3. Tatbestandsvariante, das Erschleichen einer Beförderungsleistung durch ein Massenverkehrsmittel. Die Einführung dieser Variante diene der Sanktionierung des vermehrten Schwarzfahrens, das sich durch die Abschaffung von persönlichen Fahrkartenkontrollen im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelte.<sup>9</sup> Heute beträgt die Beförderungsererschleichung ungefähr ein Viertel aller betrugsnahen Delikte.<sup>10</sup>

Welches konkrete Verhalten als Erschleichen, insbesondere i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3, zu verstehen ist, ist umstritten. Ähnliche Probleme ergeben sich auch für die 4. Tatbestandsvariante. In Bezug auf die 3. Variante des § 265a bestätigte der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 die langjährig praktizierte Rechtsprechung der OLG.<sup>11</sup> Der BGH führte aus, dass der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzen und allgemein den **Anschein eines ordnungsgemäßen Verhaltens** erwecken müsse, indem er ohne Aufsehen das Verkehrsmittel betrete und somit signalisiere, im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, um § 265a zu erfüllen.<sup>12</sup> Ausreichend hierfür sei daher das „einfache Schwarzfahren“. Daraus wird teilweise gefolgert, dass ein Täuschungsmoment nicht notwendig ist.<sup>13</sup> Begründet wird dies unter anderem mit der Einheit der Rechtsordnung. Denn mit Betreten des Verkehrsmittels geben Mitfahrende jedenfalls konkludent eine Willenserklärung ab, einen zivilrechtlichen Beförderungsvertrag abschließen zu wollen. Die fehlende Entgeltabgabe sei als zivilrechtliche Vertragsverletzung für die Täuschungsähnlichkeit ausreichend.<sup>14</sup>

Nach Teilen der Literatur genügt das reine Schwarzfahren hingegen nicht, um ein betrugsähnliches Verhalten und damit eine Strafbarkeit zu begründen. Schon der **Wortlaut** „Erschleichen“ verlange dem allgemeinen Sprachgebrauch ein „Erringen durch

<sup>5</sup> *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 265a Rn. 21; *Heger*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 265a Rn. 8; *Hellmann*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 265a Rn. 32; *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 265a Rn. 2;.

<sup>6</sup> *Valerius*, in von Heintschell-Heinegg, StGB, 2. Aufl. 2015, § 265a Rn. 16.

<sup>7</sup> BGHSt 53, 122.

<sup>8</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 674, weitere Beispiele bei *Wohlens/Mühlbauer*, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 11.

<sup>9</sup> *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500, 503.

<sup>10</sup> Bundeskriminalamt (BKA), Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, S. 80 f.

<sup>11</sup> Eine ausführliche Fallanmerkung findet sich dazu bereits bei *Marxen/Bartels*, famos 10/2001.

<sup>12</sup> BGHSt 53, 122, 127.

<sup>13</sup> Vgl. *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500; dem BGH inhaltlich zustimmend *Martin*, JuS 2001, 364, 366; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 223; *Rengier*, Strafrecht BT I, 18. Aufl. 2016, § 16 Rn. 6.

<sup>14</sup> *Exner*, JuS 2009, 990, 993; *Preuß*, ZJS 2013, 257, 262.

List<sup>15</sup>, also ein täuschungsäquivalentes Verhalten.<sup>16</sup> Daher bedürfe es jedenfalls einer täuschungsähnlichen Handlung, die im Falle der Beförderungserschleichung etwa im Überwinden von Kontrollmechanismen zu finden sein könnte.<sup>17</sup> Ebenso in Betracht komme das Hineingelangen in das Verkehrsmittel auf unüblichen Wegen als Täuschungssubstitut, etwa das Klettern durch einen Schacht.<sup>18</sup> Zudem sei es **systematisch** inkonsequent, bei der Tatbestandsvariante der Beförderungserschleichung bereits das ordnungsgemäße Verhalten als ausreichend zu erachten. Jedenfalls bei Var. 1, 2 fordert auch der BGH eine aktive Manipulation. Daher liege es nahe, einen ähnlichen Maßstab auch bei Var. 3 zu verfolgen.<sup>19</sup>

Auch die Betrachtung des Willens des Gesetzgebers im Rahmen der **historischen Auslegung** offenbare die Fehler der höchstrichterlichen Definition.<sup>20</sup> Der BGH erweitere, so die Kritik, durch seine Auslegung den Anwendungsbereich des § 265a übermäßig. Eine Strafbarkeit durch reines Schwarzfahren komme nämlich immer häufiger nur dadurch zustande, dass die Bahnbetriebe selbstverantwortlich ihre Kontrollmechanismen immer weiter abbauen. Dadurch entferne sich das beanstandete Täterverhalten immer mehr von einem täuschungsähnlichen Verhalten.<sup>21</sup>

Folgt man nun aber der Auffassung des BGH, dass der Anschein der Ordnungsgemäßheit genügt, so ergeben

sich weitere Abgrenzungsschwierigkeiten. Ungeklärt bleibt noch immer, welches Verhalten bei unentgeltlichem Benutzen eines Verkehrsmittels tauglich ist, um den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Die Ordnungsgemäßheit ist insbesondere in Fällen fraglich, bei denen der „Schwarzfahrer“ durch Kundgabe seiner fehlenden Zahlungsbereitschaft ein strafbares Verhalten umgehen will.<sup>22</sup>

Zunächst unproblematisch sind die so genannten **Protestfälle**. Ein dafür typischer Sachverhalt lag dem BayObLG bereits im Jahr 1969 vor: S verteilte während einer Zugfahrt Flugblätter, die sich gegen die Erhöhung des Beförderungsentgelts richteten. Dabei besaß er offenkundig keinen gültigen Fahrausweis und war sich dessen auch bewusst. Nach Ansicht des Gerichts erfüllte S den Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var. 3 nicht, da er durch einen besonderen Akt akustisch und visuell wahrnehmbar seine Zahlungsunwilligkeit zum Ausdruck brachte und andere Fahrgäste zum Boykott aktivierte.<sup>23</sup> Dem folgt die h.M.<sup>24</sup> Jedoch ist in solchen Fällen eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 denkbar.<sup>25</sup>

Noch im Grundsatz einig sind sich Rechtsprechung und Literatur, dass der Anschein der Ordnungsgemäßheit nicht bereits entfalle, sofern Zahlungsverweigernde vor Fahrtantritt einen Brief an die Zentrale der Bahn schicken und darin zum Ausdruck bringen, dass sie die Entrichtung des Entgelts verweigern.<sup>26</sup> Der Anschein der Ordnungsgemäßheit werde dabei nicht zum tatbestandsrele-

<sup>15</sup> Duden, [www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen](http://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen)

<sup>16</sup> Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 501.

<sup>17</sup> Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 501; Roggan, JURA 2012, 299, 300; Wohlers/Mühlbauer, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 42.

<sup>18</sup> Mitsch, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, S. 447; Tiedemann, in LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 265a Rn. 45.

<sup>19</sup> BGHSt 53, 122, 123 m.w.N.

<sup>20</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 300 m.w.N.

<sup>21</sup> Exner, JuS 2009, 990, 993; Ranft, JURA 1993, 84, 86.

<sup>22</sup> Jahn, JuS 2011, 1042; Wohlers/Mühlbauer, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 74.

<sup>23</sup> BayObLG NJW 1969, 1042, 1043.

<sup>24</sup> zustimmend KG NJW 2011, 2600, 2601; Hellmann, in NK (Fn. 2), § 265a Rn. 15; Valerius, in von Heintschel-Heinegg (Fn. 5), § 265a Rn. 20 m.w.N.

<sup>25</sup> BayObLG NJW 1969, 1042; Wesels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 677.

<sup>26</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2011, 206, 207; Oglakcioglu, JA 2011, 588, 590.

vanten Zeitpunkt – dem Einsteigen – erschüttert.<sup>27</sup>

Uneinigkeit besteht hingegen bei Fällen, in denen der Täter bei Fahrtantritt, wie hier A, lediglich einen Anstecker, ein T-Shirt oder Ähnliches mit der sinnbildlichen Aufschrift „Ich fahre schwarz“ trägt; also rein visuell seine Zahlungsunwilligkeit darstellt. Für den überwiegenden Teil der Rechtsprechung<sup>28</sup> scheidet ein Erschüttern des Anscheins der Ordnungsgemäßheit in diesen Fällen aus. Nur bei Protestfällen offenbare der Schwarzfahrende seine Zahlungsunwilligkeit hinreichend. Andere Formen des – primär visuellen – Protests könnten hingegen auch als politische Botschaft oder reine Provokation zu verstehen sein.<sup>29</sup> Insbesondere sei gegenüber einem fiktiven Beobachter nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob sich der Schwarzfahrende wirklich entgegen den Geschäftsbedingungen verhalten wolle.<sup>30</sup>

In der Rechtsprechung wird zudem vertreten, dass sich Schwarzfahrende bereits vor Fahrtantritt gegenüber Kontrolleuren als zahlungsunwillig zu erkennen geben müssen.<sup>31</sup> Erschüttert sei der Anschein der Ordnungsgemäßheit lediglich, wenn ein Schwarzfahrer nach Bekundung seiner Zahlungsunwilligkeit gegenüber einer Kontrollperson entgegen deren Willen die Fahrt antritt.<sup>32</sup> Das Bekunden während der routinemäßigen Fahrkartenkontrolle im Verkehrsmittel sei aber nicht dazu geeignet, den einmal gesetzten Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern.<sup>33</sup>

In Anbetracht der strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung kritisiert ein Großteil der Literatur, dass es ohne

einen Kommunikationsakt außerhalb der Protestfälle nahezu unmöglich sei, den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Dies sei insbesondere unangemessen in Fällen, die nach äußerlichem Anschein den Protestfällen sehr nahe stehen.<sup>34</sup> Folgte man der Rechtsprechung konsequent – so die Kritik –, dürfte der Anschein der Ordnungsgemäßheit selbst dann nicht erschüttert sein, wenn jemand ein T-Shirt mit greller Aufschrift „Ich fahre schwarz“ trägt. Dadurch sei aber es kaum möglich, gegenüber einem fiktiven Beobachter umfassend die fehlende Zahlungsbereitschaft zu demonstrieren.<sup>35</sup> Keine Strafbarkeit sei hingegen anzunehmen, wenn jemand durch Rufen und ein nur kleines Hinweisschild auf sich aufmerksam macht.<sup>36</sup>

Stellt man wie die Rechtsprechung darauf ab, dass ein fiktiver Beobachter das Verhalten des Täters wahrnehmen muss, ist weiterhin fraglich, gegenüber wem der Anschein der Ordnungsgemäßheit erweckt werden muss. Die übrigen Fahrgäste scheiden als **„Anscheinsempfänger“** aus. Ihnen fehle nämlich regelmäßig das Interesse, die Zahlungsmoral der Mitreisenden zu hinterfragen.<sup>37</sup> Die Rechtsprechung stellt auf sämtliche Hilfspersonen der Beförderungsunternehmen ab.<sup>38</sup> In der Literatur wird hingegen vertreten, dass Zugführer als Anscheinsempfänger ausscheiden, da sie in der Regel nicht zur Fahrkartenkontrolle eingesetzt werden. Mithin hätten sie auch kein Interesse an einer Überprüfung der Fahrgäste.<sup>39</sup>

Die allgemeinen Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich der Literatur nach insbesondere daraus, dass es das typische Verhalten redlicher Fahrgäste als solches nicht gebe. Denn aufgrund unbegrenzter Zugangsmöglich-

<sup>27</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2011, 206, 207; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 504; a.A. Preuß, ZJS 2013, 257, 263.

<sup>28</sup> BayObLG NJW 1969, 1042; KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>29</sup> KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>30</sup> KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>31</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 1049.

<sup>32</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 1049.

<sup>33</sup> BayObLG StV 2002, 428, 429.

<sup>34</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043 m.w.N.

<sup>35</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043.

<sup>36</sup> Hinrichs, NJW 2001, 932, 935; Jahn, JuS 2011, 1042, 1043.

<sup>37</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 303.

<sup>38</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 10497.

<sup>39</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 303.

keiten zu dem Beförderungsmittel unterscheidet sich das Verhalten zwischen Fahrgästen mit und ohne gültige Fahrkarte äußerlich kaum.<sup>40</sup> Insgesamt stehe es daher infrage, ob es tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspreche, nahezu jedes Schwarzfahren unter Strafe zu stellen. Andernfalls bedürfe es mangels einer plausiblen Abgrenzung in Bezug auf die Demonstrationsintensität einer gesetzgeberischen Tätigkeit.<sup>41</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Köln lehnt die Revision des A ab. Der Beschluss reiht sich damit in zahlreiche Entscheidungen der OLG der letzten Jahre ein. Das Gericht führt aus, dass das LG rechtsfehlerfrei den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit umgesetzt habe. Der an der Mütze des A angebrachte Zettel sei nicht geeignet gewesen, den Anschein der Ordnungsgemäßheit aufzuheben. A habe seine Zahlungsunwilligkeit nicht eindeutig genug demonstriert. Hierzu hätte A offen und unmissverständlich zeigen müssen, die Beförderungsbedingungen nicht erfüllen zu wollen. Sein Verhalten erschien jedenfalls beim Einsteigen nach außen regelkonform, da ein Nachlösen einer Fahrkarte im Zug noch möglich gewesen wäre. Der Senat betont, dass es insbesondere nicht auf die Wahrnehmung anderer Fahrgäste ankomme. Zum einen seien diese regelmäßig nicht an der Zahlungsmoral anderer Fahrgäste interessiert. Zum anderen stehe ihnen die Durchsetzung ausstehender Entgeltforderungen gegen Fahrgäste nicht zu.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Auch wenn diese Vorschrift unter Studierenden wenig bekannt ist und auch

in Prüfungen nur selten auftritt, sollte sie keineswegs unterschätzt werden. Denn zum einen ist sie höchst praxisrelevant. Von ca. 570.000 erfassten Straftaten pro Jahr in Berlin macht das Erschleichen von Beförderungsleistungen mit ca. 34.000 Fällen einen nicht unbeträchtlichen Anteil aus.<sup>42</sup> Nach dem Betrug ist das Erschleichen von Beförderungsleistungen zudem das am zweithäufigsten begangene Vermögensdelikt. Daher erscheint es wahrscheinlich, dass sich die Studierenden im späteren Berufsalltag mit dem Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var. 3 auseinandersetzen müssen. Zum anderen sind parallele Probleme des „Schwarzfahrens“ im Zivilrecht zu finden. Auch dort ist zu problematisieren, inwiefern ein Vertrag zwischen Schwarzfahrer und Beförderungsunternehmen zustande kommt. Mithin sollte die Thematik des Schwarzfahrens auch außerhalb des Strafrechts sicher beherrscht werden. Des Weiteren ist denkbar, dass § 265a als Auffangtatbestand des § 263 innerhalb einer Klausur mit vermögensrechtlichem Schwerpunkt abgeprüft wird. Daher sollten sich Studierende merken: § 265a muss immer dann angedacht werden, wenn keine Person getäuscht wird. Keinesfalls sollte man die betrugsähnlichen Delikte mangels einer Personentäuschung übersehen.

### 5. Kritik

Die Entscheidung des OLG Köln ist grundsätzlich abzulehnen.

Einfaches Schwarzfahren kann nicht ausreichen, um den Tatbestand des § 265a zu erfüllen. Es müssen vielmehr Kontrollvorrichtungen umgangen werden, um diesen zu erfüllen. Auch entfällt die Notwendigkeit dieses Kriteriums nicht durch den eigenverantwortlichen Abbau von Kontrollen der Beförderungsunternehmen. Grundsätzlich sind die öffentlichen Massenbeförderungsun-

<sup>40</sup> Exner, JuS 2009, 990, 991; Mitsch (Fn. 14), S. 450; Roggan, JURA 2012, 299, 303.

<sup>41</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043; Tiedemann, in LK (Fn. 14), § 265a Rn. 47.

<sup>42</sup> Veröffentlichung der Polizeilichen Kriminalstatistik Berlin 2015.

ternehmen gesetzlich<sup>43</sup> dazu verpflichtet, jeden zu befördern, der die Beförderungsbedingungen erfüllt und können sich gerade nicht ihre Kontrahierungspartner aussuchen. Zwar steht ihnen auch gegen Schwarzfahrer ein Anspruch auf Zahlung eines (erhöhten) Beförderungsentgeltes zu. Dieser Anspruch ist jedoch in vielen Fällen nicht durchsetzbar, sodass wirtschaftliche Einbußen auf Seiten der Unternehmen entstehen. Die Beförderungsunternehmen können sich allein durch Wiedereinführung vermehrter Kontrollen dagegen wehren. Ein präventives Einwirken des Strafrechts scheint daher durchaus sinnvoll.

Strafrechtliche Sanktionen müssen allerdings dort ihre Grenze finden, wo ein tatbestandliches Merkmal übermäßig ausgedehnt wird. Aufgrund der Betrugsnähe des § 265a muss ein täuschungsäquivalentes Verhalten vorliegen. So legt die Rechtsprechung das „Erschleichen“ jedenfalls auch bei § 265a Abs. 1 Var. 1 und 2 aus. Gleiches muss für die 3. Variante gelten. Denn wo kein täuschungsähnliches Verhalten gegeben ist, kann ein solches durch einen Anschein der Ordnungsgemäßheit nicht fingiert werden. Das BVerfG erachtet jedoch die Auslegung der Rechtsprechung in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG als bestimmt genug. Insbesondere sei eine weite Auslegung allein aus der Funktion des Tatbestandsmerkmals des Erschleichens zur Füllung von strafrechtlichen Lücken geboten.<sup>44</sup> Dennoch erscheint der Maßstab des Anscheins der Ordnungsgemäßheit aus Gründen des Bestimmtheitsgebots verfehlt. Es scheint insbesondere fraglich, wodurch dieser Anschein bestimmt wird, durch wen er wahrgenommen werden muss und welches Verhalten eben diesen erschüttern kann. Allein aus Rechtssicherheitsgründen scheint es unerlässlich, eine einheitliche und klare Auslegung des Anscheins der Ordnungsgemäßheit zu fordern. In die-

sem Zusammenhang kann jedoch kein Vorwurf gegenüber der Rechtsprechung erfolgen. Es ist vielmehr der Gesetzgeber gefragt, einen auf das „Schwarzfahren“ zugeschnittenen Tatbestand zu schaffen, der eben dieses spezifische, nicht täuschende Verhalten erfasst.

Die Kasuistik lässt zudem offen, welches Verhalten konkret verlangt wird, um den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Letztlich scheint das Erschüttern nur dann von der Rechtsprechung akzeptiert zu werden, sofern der Schwarzfahrer seine Zahlungsunwilligkeit äußert und auch andere Fahrgäste ebenfalls zum Boykott aufruft. Das Aktivieren der Fahrgäste kann als Differenzierungskriterium aber nicht ausreichen. Einerseits erschließt sich nicht, weshalb die Rechtsprechung das Aktivieren als notwendiges Kriterium erachtet, um den Anschein zu erschüttern. Andererseits erscheint unschlüssig, wie das OLG Köln betont, dass der Anschein nicht bereits dadurch erschüttert wird oder werden kann, dass Fahrgäste die Zahlungsunwilligkeit wahrnehmen.

Zudem lohnt sich ein Blick auf die Systematik des § 265a. Dass die Rechtsprechung das täuschungsähnliche Verhalten bereits durch die konkludente Willenserklärung des Schwarzfahrers bejaht, erscheint bei den Tätern, die sich rechtsmissbräuchlich verhalten, noch unbilliger. Denn zeigt jemand offenkundig, dass er kein Entgelt entrichtet, fehlt es doch gerade an der Täuschungsäquivalenz. Ein auch nur täuschungsäquivalentes Verhalten liegt damit nicht vor. Um der ultima ratio-Funktion des Strafrechts gerecht zu werden, bedarf es daher dringend einer Konkretisierung des § 263a Abs. 1 Var. 3.

(Céline Feldmann/Nella Sayatz)

<sup>43</sup> Gem. § 10 Allgemeines Eisenbahngesetz.

<sup>44</sup> BVerfG NJW 1998, 1135 f.