



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 117/08

vom  
8. Januar 2009  
in der Strafsache  
gegen

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 265 a Abs. 1

Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.

BGH, Beschluss vom 8. Januar 2009 – 4 StR 117/08 – OLG Naumburg

- 1.
- 2.
- 3.

wegen Erschleichens von Leistungen

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Tepperwien, die Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Kuckein und Athing, die Richterin am Bundesgerichtshof Solin-Stojanović und den Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann am 8. Januar 2009 beschlossen:

Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.

Gründe:

I.

- 1            1. Das Amtsgericht hat den Angeklagten            B.    am 6. Juni 2007 und die Angeklagten            G.    und            Ba.    am 26. September 2007 jeweils von dem Vorwurf des Erschleichens geringwertiger Leistungen in mehreren Fällen freigesprochen. Nach den Urteilsfeststellungen hatten der Angeklagte            B.    in der Zeit vom 29. September 2006 bis zum 20. Dezember 2006 in sieben Fällen, der Angeklagte            G.    in der Zeit vom 20. November 2006 bis zum 9. Januar 2007 in sechs Fällen und die Angeklagte            Ba.    in der Zeit vom 10. März 2007 bis zum 5. Juni 2007 in 14 Fällen öffentliche Verkehrsmittel (Straßenbahnen) der H.            V.            AG (H.            ) benutzt, ohne - wie bei Fahrausweiskontrollen festgestellt wurde - im Besitz eines gültigen Fahrscheins zu sein. Die Angeklagten hatten sich jeweils bemüht, durch ihr

Verhalten keine Aufmerksamkeit zu erregen, um den Eindruck zu erwecken, als nutzten sie die Straßenbahn mit einem gültigen Fahrausweis.

2 Das Amtsgericht hat in dem festgestellten Verhalten der Angeklagten keine Straftaten zu erblicken vermocht. Es hat die Auffassung vertreten, ein unauffälliges oder unbefangenes Benutzen eines öffentlichen Verkehrsmittels ohne Entgelt reiche nicht aus, um das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB zu erfüllen.

3 Gegen diese Urteile wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren Revisionen, mit denen sie die Rechtsauffassung des Amtsgerichts beanstandet. Die Generalstaatsanwaltschaft Naumburg hält die Revisionen der Staatsanwaltschaft für begründet und hat jeweils beantragt, Termin zur Hauptverhandlung zu bestimmen.

4 2. Das zur Entscheidung über die Revisionen berufene Oberlandesgericht Naumburg beabsichtigt, die Revisionen der Staatsanwaltschaft als unbegründet zu verwerfen.

5 Es ist - in Übereinstimmung mit der im Schrifttum inzwischen herrschenden Meinung (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 265 a Rdn. 11; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 265 a Rdn. 34 ff.; Wohlers in Münch-Komm § 265 a Rdn. 53 ff.; Fischer StGB 56. Aufl. § 265 a Rdn. 6, 21; Lackner/Kühl StGB 26. Aufl. § 265 a Rdn. 6 a, jeweils m.w.N.) - der Ansicht, dass ein Erschleichen einer Beförderung durch ein Verkehrsmittel im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB voraussetze, dass der Täter sich mit einem täuschungsähnlichen oder manipulativen Verhalten in den Genuss der Leistung bringe; allein die Entgegennahme einer Beförderungsleistung ohne gültigen Fahraus-

weis, die nicht mit der Umgehung von Kontroll- oder Zugangssperren oder sonstigen Sicherheitsvorkehrungen verbunden sei, reiche nicht aus. Dies folge zum einen aus dem Wortsinn des Begriffs "Erschleichen", zum anderen aus der systematischen Stellung der Vorschrift im Rahmen der §§ 263 bis 265 b StGB.

6 An der beabsichtigten Entscheidung sieht sich das Oberlandesgericht Naumburg durch die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 10. März 1989 - 1 Ss 635/88 (NJW 1990, 924, 925), des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 18. Dezember 1990 - 2a Ss 119/90 (NStZ 1991, 587, 588) sowie der Oberlandesgerichte Düsseldorf vom 30. März 2000 - 2b Ss 54/00 - 31/00 I (NJW 2000, 2120, 2121) und Frankfurt a.M. vom 16. Januar 2001 - 2 Ss 365/00 (NStZ-RR 2001, 269, 270) gehindert. Diese Oberlandesgerichte vertreten die Auffassung, dass unter dem Erschleichen einer Beförderung im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB jedes der Ordnung widersprechende Verhalten zu verstehen sei, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt. Eines heimlichen Vorgehens des Täters, einer List, einer Täuschung oder einer Umgehung von Sicherungen oder Kontrollen bedürfe es nicht; das Erschleichen einer Beförderung entfalle auch nicht deshalb, weil der Zugang zum Verkehrsmittel nicht kontrolliert werde.

7 Das Oberlandesgericht Naumburg hat deshalb die Sache gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung über folgende Rechtsfrage vorgelegt:

"Erschleicht der Täter eine Beförderungsleistung im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB, wenn er ein Verkehrsmittel benutzt, ohne im Besitz eines nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers des Verkehrsmittels erforderlichen Fahrausweises zu sein, und - ohne sich den Genuss der Beförderungsleistung durch weitere Handlungen oder Unterlassungen zu ermöglichen oder zu erhalten - lediglich hofft, nicht aufzufallen?"

8                    3. Der Generalbundesanwalt hat beantragt, die Vorlegungsfrage zu bejahen und wie folgt zu beschließen:

"Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und dabei den Anschein erweckt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen".

## II.

9                    Die Vorlegungsvoraussetzungen des § 121 Abs. 2 GVG sind gegeben.

10                   Die Vorlegungsfrage ist entscheidungserheblich. Das Oberlandesgericht Naumburg kann die Revisionen der Staatsanwaltschaft nicht wie beabsichtigt verwerfen, ohne von der Rechtsansicht des Senats (Urteil vom 8. August 1974 - 4 StR 264/74) sowie zahlreicher Oberlandesgerichte abzuweichen. Neben den vom vorlegenden Oberlandesgericht bereits genannten Judikaten stehen auch die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 21. Februar 1969 - RReg 3 a St 16/69 (NJW 1969, 1042, 1043) und vom 4. Juli 2001 - 5 St RR 169/01 (wistra 2002, 36) sowie des Oberlandesgerichts Koblenz vom

22. November 1994 - 2 Ss 332/94 (NStE Nr. 6 zu § 265 a StGB) der beabsichtigten Verwerfung entgegen.

III.

11                 Der Senat beantwortet die Vorlegungsfrage - im Wesentlichen - in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt und der herrschenden Rechtsprechung wie aus der Beschlussformel ersichtlich.

12                 1. Der Wortlaut der Norm setzt weder das Umgehen noch das Ausschalten vorhandener Sicherungsvorkehrungen oder regelmäßiger Kontrollen voraus. Nach seinem allgemeinen Wortsinn beinhaltet der Begriff der "Erschleichung" lediglich die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlaute-rem oder unmoralischem Wege (vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 8. Bd. [1999], Sp. 2136; Brockhaus, 10. Aufl. Bd. 2 S. 1217). Er enthält allenfalls ein "täuschungsähnliches" Moment dergestalt, dass die erstrebte Leistung durch unauffälliges Vorgehen erlangt wird; nicht erforderlich ist, dass der Täter etwa eine konkrete Schutzvorrichtung überwinden oder eine Kontrolle umgehen muss.

13                 2. Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Erschleichen" verstößt auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Da das Tatbestandsmerkmal schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung eine weitere Auslegung zulässt, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten zu verstehen, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt (BVerfG Beschluss vom 9. Februar 1998 - 2 BvR 1907/97 =

NJW 1998, 1135, 1136; vgl. auch BVerfG Beschluss vom 7. April 1999 - 2 BvR 480/99).

14                    3. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für die Auslegung des Begriffs des Erschleichens im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung.

15                    Die Vorschrift des § 265 a StGB geht, soweit sie das "Schwarzfahren" unter Strafe stellt, auf Art. 8 der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 zurück (RGBl. I 839, 842). Sie sollte vor allem die Lücke schließen, die sich bei der Erschleichung von Massenleistungen bezüglich der Anwendung des § 263 StGB ergaben (vgl. Lenckner/Perron aaO § 265 a Rdn. 1; Tiedemann aaO § 265 a Rdn. 1-3; Falkenbach, Die Leistungerschleichung, 1983, S. 70, 75-77).

16                    Das Reichsgericht hatte bereits im Jahre 1908 in einem "Schwarzfahrerfall" entschieden, dass der Tatbestand des § 263 StGB keine Anwendung finden könne, da nicht festgestellt war, in welcher Weise sich der Täter die Möglichkeit zur Benutzung der Eisenbahn verschafft und ob er einen Bahnmitarbeiter getäuscht hatte (RGSt 42, 40, 41); es hatte angeregt, die bestehende Strafbarkeitslücke für sogenannte blinde Passagiere durch eine neue Strafvorschrift zu schließen.

17                    Die im Jahre 1935 eingeführte Vorschrift des § 265 a StGB entsprach fast wörtlich dem § 347 (Erschleichen freien Zutritts) des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927, in dessen Begründung es unter anderem heißt: "Erschleichen ist nicht gleichbedeutend mit Einschleichen. Auch wer offen durch die Sperre geht, sich dabei aber so benimmt, als habe er das Eintrittsgeld entrichtet, erschleicht den Eintritt. Auch ein bloß passives Verhalten kann den Tatbestand des Erschleichens erfüllen; so fällt auch der Fahrgast ei-

ner Straßenbahn unter die Strafdrohung, der sich entgegen einer bestehenden Verpflichtung nicht um die Erlangung eines Fahrscheins kümmert" (Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Band, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 mit Begründung und 2 Anlagen [Reichstagsvorlage], Bonn 1954 [Nachdruck], S. 178/179; Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen, Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz Nr. 10, S. 41).

18 Die Vorschrift sollte also gerade diejenigen Fälle erfassen, in denen es unklar bleibt, ob der Täter durch täuschungsähnliches oder manipulatives Verhalten Kontrollen umgeht. Der gesetzgeberische Wille ist nicht etwa deswegen unbeachtlich, weil sich die bei Schaffung des Gesetzes bestehenden Verhältnisse insoweit geändert haben, als heute, auch zu Gunsten einer kostengünstigeren Tarifgestaltung, auf Fahrscheinkontrollen weitgehend verzichtet wird (vgl. hierzu Rengier Strafrecht BT I 6. Aufl. § 16 Rdn. 6; Schmidt/Priebe Strafrecht BT II 4. Auflage Rdn. 512). Der Gesetzgeber hat die Bestimmung so weit gefasst, dass sie auch auf neue Fallgestaltungen angewendet werden kann (vgl. Senatsurteil vom 8. August 1974 - 4 StR 264/74).

19 4. Der erkennbare Wille des heutigen Gesetzgebers spricht ebenfalls für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Erschleichens im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung. Er wird daraus deutlich, dass § 265 a Abs. 1 StGB trotz der Angriffe von Teilen des Schrifttums gegen diese Rechtsprechung und trotz verschiedener Reformvorhaben unverändert gelassen wurde.

20           Zwei Gesetzesentwürfe scheiterten. Der Gesetzesentwurf des Bundesrates (BTDrucks. 12/6484; BTDrucks. 13/374), der für eine Beförderungserschleichung eine Beschränkung des § 265 a StGB auf wiederholtes Handeln oder solches unter Umgehung von Kontrollmechanismen und die Einführung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes für erstmaliges Schwarzfahren vorsah, ist nach einer ersten Beratung im Bundestag nicht weiter behandelt worden. Der Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der unter anderem die Streichung der Alternative "Beförderung durch ein Verkehrsmittel" in § 265 a StGB und die Ersetzung durch einen Bußgeldtatbestand vorsah (BTDrucks. 13/2005), wurde während der Beratungen zum 6. StrRÄndG abgelehnt (BTDrucks. 13/9064 S. 2, 7). Auch die Vorschläge der niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts, die eine ersatzlose Streichung des § 265 a StGB gefordert hatte, und der hessischen Kommission "Kriminalpolitik", die eine Ergänzung der dritten Alternative des § 265 a Abs. 1 StGB um das Merkmal der Täuschung einer Kontrollperson vorgeschlagen hatte, gaben dem Gesetzgeber keine Veranlassung zu einer Änderung bezüglich der Beförderungserschleichung.

21           5. Schließlich führt auch der Vergleich mit den anderen Tatbestandsalternativen des § 265 a Abs. 1 StGB zu keiner anderen Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Erschleichen". Zwar erfordert die unberechtigte Inanspruchnahme von Automatenleistungen oder von Leistungen eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationssystems in der Regel eine aktive Manipulation oder Umgehung von Sicherungsmaßnahmen. Dies folgt aber daraus, dass diese Leistungen nur auf eine spezielle Anforderung hin erbracht werden. Im Unterschied dazu wird die Beförderungsleistung dadurch für eine bestimmte Person erbracht, dass diese in das ohnehin in Betrieb befindliche Verkehrsmittel einsteigt und sich befördern lässt; eine vergleichbare aktive Umgehung von

Kontrolleinrichtungen beim Zugang zu einem Verkehrsmittel ist daher schon der Sache nach nicht erforderlich (vgl. auch OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269, 270). Notwendig ist deshalb auch nicht, dass der Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen gerade gegenüber dem Beförderungsbetreiber oder seinen Bediensteten erregt wird; es genügt vielmehr, dass sich der Täter lediglich allgemein mit einem entsprechenden Anschein umgibt.

22           6. Soweit in der Literatur Gesichtspunkte der Entkriminalisierung des "Schwarzfahrens" angeführt werden (vgl. nur Albrecht NStZ 1988, 222 f., 224; Alwart JZ 1986, 563 f.; Wohlers aaO § 265 a Rdn. 4 ff. m.w.N.), ist dies für die Auslegung des § 265 a StGB unbeachtlich. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, dem Gesetzgeber vorbehaltene rechtspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen.

Tepperwien

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann