

Praxis- und klausurrelevante Fragen des „Schwarzfahrens“ – Teil 1

Von Mehrfachfahrtscheinen, Überzeugungstätern und Monatskarten-Schlepperei

Von Dipl. iur. **Tamina Preuß**, Würzburg*

„Schwarzfahren“ ist ein in der Praxis häufig vorkommendes Verhalten. Im Jahre 2011 machte Beförderungser schleich den größten Teil des Anwendungsbereichs des in § 265a StGB mit Strafe bedrohten Erschleichens von Leistungen sowie vier Prozent aller insgesamt erfassten Straftaten aus.¹ Allein dem Hamburger Verkehrsverbund (HVV) entstand 2012 durch „Schwarzfahren“ ein Schaden von 24 Millionen Euro.²

Der Begriff „Schwarzfahren“ wird vom Duden als „[um des finanziellen Vorteils willen] ohne Fahrschein, Fahrkarte fahren“³ definiert. Oftmals wird dies mit Beförderungser schleich i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB gleichgesetzt.⁴ Jedoch führt nicht jedes „Schwarzfahren“ im umgangssprachlichen Sinne zu einer Strafbarkeit nach § 265a StGB. Überdies sollte in „Schwarzfahrer“-Konstellationen neben § 265a StGB weiteren Delikten, wie Betrug und Urkundenfälschung, Beachtung geschenkt werden.

„Schwarzfahren“ ist nicht nur praktisch relevant, sondern auch häufig Prüfungsthema juristischer Klausuren oder Hausarbeiten. Gegenstand dieses Beitrags sind sowohl klassische Probleme, wie die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erschleichen“ in § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB, als auch Fragestellungen, welche durch die modernen Beförderungsbedingungen aufkommen, wie die sog. „Monatskarten-Schlepperei“. Im Folgenden werden nicht nur inhaltliche Hinweise gegeben, sondern es wird auch darauf eingegangen, wie die jeweiligen Fragestellungen in der juristischen Fallbearbeitung geprüft werden können.

I. Strafmündigkeit

Da viele „Schwarzfahrer“ Kinder und Jugendliche sind,⁵ kann es angezeigt sein, auf die Strafmündigkeit einzugehen. Nach § 19 StGB ist derjenige schuldunfähig, der bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist. § 19 StGB stellt eine unwiderlegbare Vermutung auf, sodass selbst ein ausgesprochen

* Die Verf. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Schuster, Mag. iur., an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Bundeskriminalamt (BKA), Polizeiliche Kriminalstatistik 2011, Bundesrepublik Deutschland, 59. Ausgabe 2011, S. 43 und Tabelle 01 (Grundtabelle), S. 13.

² Statistik der Statista GmbH, im Internet abrufbar unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/223275/umfrage/einnahmeverluste-durch-schwarzfahrer-bei-nahverkehrsunternehmen/> (19.5.2013). Die Statistik definiert „Schwarzfahren“ als Fahren ohne gültige Fahrerlaubnis.

³ Vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011, S. 1569. Als zweite Wortbedeutung führt der Duden Fahren ohne Fahrerlaubnis an.

⁴ Eine Gleichsetzung findet sich beispielsweise in der PKS, vgl. BKA (Fn. 1), S. 114.

⁵ BKA (Fn. 1), S. 114 und Tabelle 01 (Grundtabelle), S. 31.

reifer Dreizehnjähriger ohne Schuld handelt.⁶ Man spricht insofern von absoluter Strafunmündigkeit.⁷ Für Jugendliche – hierunter versteht man nach § 1 Abs. 2 Hs. 1 JGG Personen, welche zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt sind – bestimmt sich die Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG. Hiernach ist ein Jugendlicher strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. § 3 S. 1 JGG regelt demnach die relative Strafunmündigkeit.⁸ Ausführungen zur sittlichen und geistigen Reife i.S.d. § 3 JGG werden in materiell-rechtlichen Klausuren regelmäßig nicht erwartet. § 19 StGB und § 3 JGG beziehen sich auf die im Rahmen der Schuldprüfung anzusprechende Schuldfähigkeit.⁹ Ist diese nicht gegeben, liegt prozessual ein Strafverfolgungshindernis vor.¹⁰ Heranwachsende – d.h. Personen, die achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt sind, § 1 Abs. 2 Hs. 2 JGG – sind grundsätzlich voll schuldfähig. § 105 JGG ermöglicht lediglich die Anwendung bestimmter Vorschriften aus dem materiellen Jugendstrafrecht.¹¹

II. Betrug bei der Fahrkartenkontrolle, § 263 Abs. 1 StGB

Es empfiehlt sich, den Betrug vorrangig vor dem Erschleichen von Leistungen zu prüfen.¹² Schließlich handelt es sich bei § 265a StGB um einen Auffangtatbestand zu § 263 StGB, der geschaffen wurde, da Betrug, wenn es bei Massenleistungen an einem Menschen als tauglichem Täuschungsadressaten fehlt, nicht anwendbar ist.¹³

⁶ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 19 Rn. 1.

⁷ Altenhain, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, § 3 JGG Rn. 1.

⁸ Altenhain (Fn. 7), § 3 JGG Rn. 1.

⁹ Vgl. Altenhain (Fn. 7), § 3 JGG Rn. 4.

¹⁰ V. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.9.2012, § 19 Rn. 18.

¹¹ Altenhain (Fn. 7), § 105 JGG Rn. 2.

¹² Bei chronologischer Prüfung ist es ebenso vertretbar, mit § 265a StGB zu beginnen, vgl. Herzberg, Jura 1986, 102 (105). Abzuraten ist aber in jedem Fall von einer Inzidentprüfung des § 263 StGB innerhalb des § 265a StGB unter der Überschrift „Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht“.

¹³ BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2012, § 13 Rn. 719; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 265a Rn. 1 ff.

1. Täuschung und Irrtum

§ 263 Abs. 1 StGB setzt eine Täuschung über Tatsachen voraus, die beim Täuschungsadressaten einen Irrtum erregt oder ihn unterhält.¹⁴ Unter einer Täuschung versteht man jedes Verhalten mit Erklärungswert, das durch Einwirken auf das Vorstellungsbild einer natürlichen Person zur Irreführung geeignet ist.¹⁵ Ein Irrtum liegt vor, wenn ein Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit besteht.¹⁶ Wenn der Täter keinem Fahrkartenkontrolleur begegnet, fehlt es bereits an einer Täuschung. Ob eine Täuschung gegenüber dem Fahrer eines Transportmittels vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. So fehlt es an jeglicher Einwirkung auf den Fahrer, wenn der „Schwarzfahrer“ von ihm unbemerkt in das Transportmittel gelangt. Jedenfalls macht sich der Fahrer, wenn er nicht mit der Kontrolle beauftragt wurde, regelmäßig keine Gedanken über die Berechtigung der Fahrgäste,¹⁷ sodass kein Irrtum entsteht. Etwas anderes kann sich aber daraus ergeben, dass die Fahrgäste einiger Beförderungsunternehmen nur durch die Fahrertüren einsteigen dürfen und ihre Fahrausweise dem Fahrer vorzeigen müssen.¹⁸ Hier wird man im Einzelfall prüfen müssen, ob es aufgrund des hohen Fahrgastaufkommens überhaupt möglich und vorgesehen ist, dass der Fahrer jeden Fahrschein kontrolliert oder ob sich seine Rolle darauf beschränkt „Abschreckungswirkung“ für potentielle „Schwarzfahrer“ zu haben. An einer Täuschung fehlt es, wenn der Täter bei der Fahrkartenkontrolle offen zugibt, keinen Fahrschein zu haben. Etwas anderes kann sich aber daraus ergeben, dass der Täter bei der nachfolgenden Aufnahme seiner Personalien falsche Angaben macht (Vgl. V.).

Wenn die Kontrollperson die Situation durchschaut, befindet sie sich nicht im Irrtum, da hier kein Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit gegeben ist. Problematischer ist die Unterscheidung von Irrtum und bloßer Unkenntnis:

Beispiel 1: A steigt in einen gut besetzten Zug, um von Berchtesgaden nach Fulda zu fahren. Da er die Fahrpreise für unangemessen hoch hält, hat er kein Ticket gelöst.

a) Schaffner S geht mit der Vorstellung, alle Passagiere hätten einen gültigen Fahrschein, durch den Zug. A ist währenddessen in einen Roman vertieft.

b) Als der Schaffner S durch den Zug geht und fragt „noch jemand zugestiegen?“ reagiert A nicht, sondern tut so, als wäre er in einen Roman vertieft.

¹⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 263 Rn. 5, 53; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 18.

¹⁵ Fischer (Fn. 14), § 263 Rn. 14.

¹⁶ Vgl. Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 263 Rn. 33.

¹⁷ Ranft, Jura 1993, 84 (87).

¹⁸ Vgl. Hefendehl, NJ 2004, 494. Zur Regelung bei der Hamburger Nahverkehrsgesellschaft HVV s. Tschernoster, Hamburger Abendblatt v. 5.3.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.abendblatt.de/hamburg/kommunales/article2206242/Vorne-einsteigen-bitte-Guter-Start-fuer-neue-HVV-Regel.html> (19.5.2013).

Wenn sich eine Kontrollperson keine Gedanken über die Fahrberechtigung des Fahrgastes macht, liegt bloße Unkenntnis (*ignorantia facti*) vor, welche keinen Irrtum begründet.¹⁹ Selbst wenn man von einer Fehlvorstellung ausgeht, wird diese nicht durch die Täuschungshandlung verursacht.²⁰ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Kontrollperson am anderen Ende des Zuges nichts von dem „Schwarzfahrer“ weiß oder wenn sie nicht durch den Zug geht, um die Fahrkarten zu kontrollieren, sondern um ihrem Kollegen etwas mitzuteilen.

In *Konstellation a*) macht sich Schaffner S zwar Gedanken über die Fahrberechtigungen der Passagiere. Insofern wird es als ausreichend erachtet, dass ein „sachgedankliches Mitbewusstsein“ vorliegt.²¹ Dieses wird bejaht, wenn die getäuschte Person den Aussagegehalt der Täuschung zwar nicht aktiv reflektiert, aber als selbstverständlich ansieht.²² Allerdings scheidet eine Täuschung daran, dass die unspezifische Vorstellung „alles sei in Ordnung“ ohne konkreten Vorstellungsgegenstand für einen Irrtum nicht ausreichend ist. Ferner fehlt es an der erforderlichen kommunikativen Beziehung zwischen Täter und Opfer.²³ Täuschung durch Unterlassen ist mangels Garantenstellung zu verneinen.²⁴ Eine solche ergibt sich weder aus Ingerenz, noch aus einem besonderen Vertrauensverhältnis, aus Gesetz oder aus Treu und Glauben.²⁵

Hinweis: Täuschung durch Unterlassen ist nach h.M. ein unechtes Unterlassungsdelikt und setzt damit nach § 13 Abs. 1 StGB eine Garantenpflicht voraus.²⁶ Die Gegenansicht sieht in § 263 StGB ein echtes Unterlassungsdelikt, da die Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen bei der Einwirkung auf fremdes Bewusstsein bedeutungslos sei.²⁷ Nach beiden Ansichten muss jedoch eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestehen.²⁸

In *Konstellation b*) ist das Nichtmelden des A als ein konkludentes „Nein“ zu verstehen, welches einen Irrtum bei S her-

¹⁹ Vgl. hierzu Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 199; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 35. Aufl. 2012, § 13 Rn. 510.

²⁰ So Cramer/Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 37.

²¹ Cramer/Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 39; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 57; Tiedemann (Fn. 13), § 263 Rn. 83; Wessels/Hillenkamp (Fn. 19), § 13 Rn. 511. Krit. hierzu Frisch, in: Putzke u.a. (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 729 (S. 733).

²² Hefendehl (Fn. 19), § 263 Rn. 201.

²³ Hefendehl (Fn. 19), § 263 Rn. 205 f.

²⁴ Bosch, JA 2009, 469; Jahn, JuS 2011, 1042 (1043).

²⁵ Zu den einzelnen Möglichkeiten der Garantenstellung Cramer/Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 20 ff.

²⁶ Cramer/Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp (Fn. 19), § 13 Rn. 511.

²⁷ Kargl, in: Prittowitz (u.a.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 613 (S. 632).

²⁸ Kargl (Fn. 27), S. 633.

vorrufft.²⁹ Insbesondere hat die Irrtumsvorstellung hier – anders als in Konstellation a) – einen konkreten Bezugspunkt. Dass S tatsächlich einer Fehlvorstellung unterliegt, manifestiert sich darin, dass er seinen Kontrollgang fortsetzt. Eine irrumbegründende Täuschung liegt ebenfalls vor, wenn der Täter bei der Kontrolle einen ungültigen Fahrausweis vorzeigt, welchen die Kontrollperson für gültig hält. Darauf, dass eine Kontrollperson aufgrund ihrer Tätigkeit einen ungültigen Fahrausweis als solchen hätte erkennen müssen, kommt es nicht an, da Vermeidbarkeit am faktischen Vorliegen einer Fehlvorstellung nichts ändert. Eine andere Beurteilung würde zu einer dem Strafrecht fremden Einbeziehung von Mitverschulden führen.³⁰

2. Vermögensverfügung

§ 263 StGB erfordert als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine Vermögensverfügung des Irrenden. Diese stellt das „Binglied“ zwischen Irrtum und Vermögensschaden dar und kennzeichnet den Betrug als Selbstschädigungsdelikt.³¹ Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³² Vorliegend wird das erhöhte Beförderungsentgelt nicht eingefordert.³³ Da der Kontrolleur nicht über sein Privatvermögen verfügt, führt die Vermögensverfügung zu einer unmittelbaren Vermögensminderung beim Beförderungsunternehmen, wenn sie diesem zuzurechnen ist (sog. Dreiecksbetrug). Dies ist sowohl nach der Lagertheorie, welche eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit sowie ein normatives Näheverhältnis fordert,³⁴ als auch nach der Befugnis- oder Ermächtigungstheorie, nach welcher der Getäuschte zu der Verfügung rechtlich befugt sein muss,³⁵ zu bejahen.

Hinweis: Der Dreiecksbetrug ist im Prüfungsaufbau bei der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung zu diskutieren.³⁶ Wichtig ist, dass nicht sofort mit dem Theorienstreit in die Prüfung eingestiegen, sondern zunächst deutlich gemacht wird, warum dieser überhaupt thematisiert wird. Zwar bedarf es beim Forderungsbetrug, anders als beim Sachbetrug, keiner Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft. Das Erfordernis einer zurechenbaren Vermögensverfügung ergibt sich aber aus § 263 StGB und sollte daher auch in diesem Fall angesprochen wer-

den.³⁷ Eine ausführliche Diskussion der unterschiedlichen Ansichten ist, da hier regelmäßig nicht der Schwerpunkt des Falles liegt, nicht erforderlich.

Der Irrtum müsste kausal für die Vermögensverfügung gewesen sein.³⁸ Ob dies der Fall ist, wird nach der *conditio sine qua non*-Formel ermittelt,³⁹ wobei es nicht um „naturwissenschaftliche [...] Kausalvorstellungen“, sondern um „die Feststellung persönlicher Motive“ geht.⁴⁰ Ausreichend ist, dass der Irrtum für die Vermögensverfügung mitursächlich war.⁴¹ Hätte S in *Beispiel 1 b)* gewusst, dass A kein Ticket gelöst hat, hätte er das erhöhte Beförderungsentgelt eingefordert. Indiz hierfür ist, dass S nach seinem Arbeitsvertrag dazu verpflichtet war, derartige Verfügungen über das Vermögen des Beförderungsunternehmens vorzunehmen.⁴²

3. Vermögensschaden

Durch die Vermögensverfügung müsste es zu einem Vermögensschaden gekommen sein. Dies ist ein negativer Saldo zwischen Wert des Vermögens vor und nach der irrumsbedingten Vermögensverfügung.⁴³

a) Grundsätze des Eingehungsbetrugs

Zwischen „Schwarzfahrer“ und Verkehrsunternehmen ist ein Beförderungsvertrag geschlossen worden, da das Bereithalten des Verkehrsmittels als Angebot einzuordnen ist, während die Annahme konkludent durch das Betreten des Fahrzeugs erfolgt, auf deren Zugang nach § 151 S. 1 BGB verzichtet wird. Der innere Vorbehalt, den Fahrpreis nicht zu entrichten, ist dabei nach § 116 S. 1 BGB für den Vertragsschluss unbeachtlich.⁴⁴ Der Verpflichtung zur Beförderungsleistung steht aufgrund der Zahlungsunwilligkeit des „Schwarzfahrers“ ein wirtschaftlich wertloser Gegenanspruch gegenüber. Da der Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung ergibt, dass das Beförderungsunternehmen schlechter gestellt ist, liegt nach den Grundsätzen des Eingehungsbetrugs ein Vermögensschaden vor.⁴⁵ Dass das Beförderungs-

²⁹ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 208; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2013, § 13 Rn. 49.

³⁰ BGH NStZ 2003, 313 (314).

³¹ *Fischer* (Fn. 14), § 263 Rn. 70.

³² BGHSt 14, 170 (171).

³³ *Ranft*, Jura 1993, 84 (88).

³⁴ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 645 m.w.N.

³⁵ *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 286 ff.; *Mitsch* (Fn. 21), § 7 Rn. 74; *Roxin/Schünemann*, JuS 1969, 372 (374 f.). Unter den Vertretern der Befugnistheorie ist umstritten, ob der Verfügende objektiv befugt sein muss oder ob es ausreicht, wenn er subjektiv annimmt, im Rahmen seiner Befugnisse zu handeln.

³⁶ *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 263 Rn. 34.

³⁷ *S. Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 290; *Tiedemann* (Fn. 13), § 263 Rn. 117.

³⁸ BGH NJW 1972, 545 (547); OLG Düsseldorf NJW 1987, 3145.

³⁹ *Tiedemann* (Fn. 13), § 263 Rn. 122; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 522 f.

⁴⁰ *Cramer/Perron* (Fn. 16), § 263 Rn. 77. Ähnlich *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 233, der psychisch vermittelte Kausalität verlangt. Krit. *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1996, § 21 Rn. 129.

⁴¹ Vgl. BGH NJW 1959, 897; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 524.

⁴² Zur Feststellung der Kausalität *Tiedemann* (Fn. 13), § 263 Rn. 125.

⁴³ BVerfG NStZ 1998, 506.

⁴⁴ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269; *Weth*, JuS 1998, 795 f.; *Winkler von Mohrenfels*, JuS 1987, 692 (693).

⁴⁵ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 14. Zur Schadensberechnung beim Eingehungsbetrug *Cramer/Perron* (Fn. 16), § 263

mittel auch ohne den „Schwarzfahrer“ gefahren wäre und keine Fahrgäste anstatt seiner zurückgewiesen wurden, steht einem Vermögensschaden nicht entgegen, denn der Schaden liegt darin, dass bei ordnungsgemäßer Fahrt ein Entgelt gezahlt worden wäre.⁴⁶

b) Minderjähriger „Schwarzfahrer“

Probleme bereitet die Bejahung eines Vermögensschadens bei minderjährigen „Schwarzfahrern“. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff definiert das Vermögen als die Summe aller wirtschaftlichen Güter einer Person.⁴⁷ Diesem Begriff folgend läge auch bei minderjährigen „Schwarzfahrern“ ein Vermögensschaden vor, da eine Beförderungsleistung erbracht wurde, ohne eine Gegenleistung zu erhalten. Wird jedoch dem juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff gefolgt, umfasst das Vermögen lediglich wirtschaftliche Positionen, welche unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen.⁴⁸ Dieser Ansicht folgend kommt es darauf an, ob ein wirksamer Anspruch gegen den Minderjährigen besteht.

Ein Anspruch aus dem Beförderungsvertrag auf das Beförderungsentgelt besteht nur, wenn dieser nach den §§ 106 ff. BGB wirksam zu Stande gekommen ist.⁴⁹ Es könnte eine Generaleinwilligung der Eltern in das Benutzen öffentlicher Verkehrsmittel erteilt worden sein. Nach einer Ansicht erstreckt sich diese auch auf „Schwarzfahrten“.⁵⁰ Die Eltern würden sich keine Gedanken darüber machen, dass der Minderjährige die Fahrkarte beispielsweise vergisst oder verliert. Eine Ausnahme für „Schwarzfahrten“ sei daher lebensfremd. Das Minderjährigenschutzrecht solle dem Minderjährigen die Einführung in das Wirtschaftsleben erleichtern; es wäre verfehlt, wenn man die Einwilligung derart eng auslegen und damit die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einschränken würde. Auch erzieherisch betrachtet sei die Zahlung des erhöhten Beförderungsentgelts sinnvoll.⁵¹ Nach einer Gegenansicht ist eine Einwilligung im Zweifel eng auszulegen, sodass „Schwarzfahrten“ als nicht umfasst gelten.⁵² § 110 BGB zeige den Gedanken, dass in der Überlassung von Geldmitteln keine unbeschränkte Einwilligung liege, zumal hier der Vertrag nur als wirksam gilt, wenn die Leistung bewirkt wurde.⁵³ Bei der Ein-

willigung komme es nicht darauf an, welche Gedanken sich die Eltern bei der Erklärung machen, sondern wie ein objektiver Dritter die Erklärung verstehen würde. Dieser würde nicht davon ausgehen, dass den Eltern das widerrechtliche Verhalten ihrer Kinder gleichgültig sei. Auch sei die elterliche Sorge nach § 1627 S. 1 BGB zum Wohl des Kindes auszuüben.⁵⁴ Der letztgenannten Ansicht wird vorliegend zugestimmt, da die Eltern sich zwar keine Gedanken über eine vergessene Fahrkarte machen, aber davon auszugehen ist, dass sie nicht möchten, dass ihr Kind absichtlich das Beförderungsentgelt nicht zahlt. Die erzieherische Sanktionierung kann durch angemessene elterliche Maßnahmen erreicht werden.

Wenn die Eltern ihre Genehmigung (§§ 108 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB) verweigern, ist der Vertrag endgültig unwirksam. Das Beförderungsunternehmen kann sich nicht auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) berufen.⁵⁵ Zum einen sind die Eltern nicht Schuldner der Leistung. Zum anderen müssen die Verkehrsunternehmen, welche auf Zugangskontrollen verzichten, das Risiko, von Minderjährigen kein erhöhtes Beförderungsentgelt kassieren zu können, aus diesem Grund selbst tragen.⁵⁶ Auch kann nicht über § 162 Abs. 1 BGB fingiert werden, der Minderjährige hätte ein gültiges Ticket erworben, wenn er absichtlich „schwarzfährt“ und damit bestünde ein wirksamer Vertrag.⁵⁷ Der Erwerb des Tickets ist nicht Bedingung dieses Vertrags, denn ein solcher kommt – wie dargelegt – durch Bereitstellung des Beförderungsmittels und Inanspruchnahme der Leistung zu Stande. Überdies hilft § 162 Abs. 1 BGB auch in Fällen, in denen der Eintritt einer wirklichen Bedingung vereitelt wurde, nicht über die beschränkte Geschäftsfähigkeit hinweg.

Selbst wenn die Eltern den Vertragsschluss genehmigen, ist dies für das Strafrecht nicht von Relevanz. Die Genehmigung für die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen heranzuziehen, wäre nicht mit dem strafrechtlichen Simultanitätsprinzip aus §§ 8, 16 StGB zu vereinbaren.

Ein Anspruch auf das Beförderungsentgelt aus dem Beförderungsvertrag besteht daher nicht. Ein Anspruch auf ein erhöhtes Beförderungsentgelt, der sich regelmäßig aus dem Beförderungsvertrag i.V.m. den allgemeinen Beförderungsbedingungen ergibt,⁵⁸ ist ohne wirksamen Beförderungsvertrag nicht entstanden.

Rn. 128. Zum Verhältnis zum nachfolgenden Erfüllungsbetrug vgl. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 382.

⁴⁶ *Stacke*, NJW 1991, 875 (877); A.A. AG Mühlheim a.d. Ruhr NJW-RR 1989, 175; *Harder*, NJW 1990, 857 (862).

⁴⁷ BGHSt 2, 364 (365 ff.); KG NJW 2001, 86; *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 13), § 11 Rn. 613 ff.

⁴⁸ *Cramer/Perron* (Fn. 16), § 263 Rn. 83.

⁴⁹ AG Jena NJW-RR 2001, 1469; AG Wolfsburg NJW-RR 1990, 1142; *Harder*, NJW 1990, 857 (858 ff.).

⁵⁰ AG Köln NJW 1987, 447; *Weth*, JuS 1998, 795 (797 f.).

⁵¹ *Stacke*, NJW 1991, 875 (876 f.).

⁵² AG Jena NJW-RR 2001, 1469; AG Wolfsburg NJW-RR 1990, 1142; *Harder*, NJW 1990, 857 (858 ff.).

⁵³ *Winkler von Mohrenfels*, JuS 1987, 692 (694), welcher eine Einwilligung nur für Ausnahmefälle annimmt, in denen der

Minderjährige kein Fahrgeld bei sich hat und eine wichtige Fahrt antreten muss.

⁵⁴ *Fielenbach*, NZV 2000, 358 (360); *Winkler von Mohrenfels*, JuS 1987, 692 (694).

⁵⁵ AG Jena NJW-RR 2001, 1469; AG Wolfsburg NJW-RR 1990, 1142; *Harder*, NJW 1990, 857 (858 ff.). A.A. OLG Köln NJW 1987, 447, da die Eltern, das Risiko, ob ihre Kinder zahlen, ansonsten auf die Verkehrsbetriebe abwälzen würden und *Stacke*, NJW 1991, 875 (877), mit dem Argument, die Verweigerung der Zustimmung verstoße gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung.

⁵⁶ *Fielenbach*, NZV 2000, 358 (360).

⁵⁷ So *Fielenbach*, NZV 2000, 358 (360 f.).

⁵⁸ Ein Anspruch auf ein erhöhtes Beförderungsentgelt kann sich auch aus Rechtsverordnungen ergeben, vgl. zur Differenzierung zwischen AGB und Rechtsverordnungen *Fielenbach*,

Es liegt jedoch ein Anspruch auf Zahlung des üblichen Beförderungsentgelts aus Bereicherungsrecht vor,⁵⁹ welcher einen Vermögensschaden begründet. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB besteht mangels verletzten Rechtsguts nicht.⁶⁰ Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (oder § 265a StGB) setzt seinerseits einen Schaden voraus und darf nicht erst zur Begründung eines Schadens herangezogen werden. Anderenfalls besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses.⁶¹

Hinweis: In der Regel wird die Problematik i.R.d. § 265a StGB erläutert. Sie ist aber bereits bei § 263 StGB relevant. Zu den Besonderheiten bei § 265a StGB vgl. IV. 1. c) cc).

III. Versuchter Betrug, §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Wenn vollendeter Betrug scheitert, weil beispielsweise keine Kontrollperson zugegen ist, ist an die Prüfung des versuchten Betruges nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB zu denken.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet und der versuchte Betrug ist nach §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

Der „Schwarzfahrer“ müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Dazu ist erforderlich, dass er sich endgültig dazu entschieden hat, den Straftatbestand zu verwirklichen.⁶² Der Tatentschluss entspricht dem Vorsatz und den besonderen subjektiven Absichten beim vollendeten Delikt.⁶³ Bei nur stichprobenartig kontrollierten Verkehrsmitteln wird der Täter regelmäßig nicht mit einer Kontrolle rechnen, sodass es an einem Tatentschluss fehlt. Fraglich ist, ob bei ständig kontrollierten Verkehrsmitteln von einem Tatentschluss ausgegangen werden

darf. Hier liegt es zwar nahe, dass der Täter einkalkulierte, jemanden zu täuschen. Dennoch darf der Tatentschluss nicht unterstellt werden, da es auch Fälle geben kann, in denen dem Täter überhaupt nicht klar ist, wie häufig in einem Verkehrsmittel kontrolliert wird oder er es gerade darauf anlegt, keinem Kontrolleur zu begegnen.

Hinweis: Eine parallel gelagerte Diskussion betrifft den Versuch des Betruges an Selbstbedienungstankstellen.⁶⁴

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Der Täter setzt gem. § 22 StGB unmittelbar zur Tat an wenn sein Tun so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des gesamten Straftatbestandes führen soll oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht und ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandserfüllung übergehen soll.⁶⁵ Unmittelbares Ansetzen bereits beim Einsteigen anzunehmen, würde den Versuch zu weit vorverlagern. Vielmehr liegt es erst vor, wenn ein Kontrolleur mit der Kontrolle der Fahrgäste beginnt⁶⁶ und der Täter dies registriert.

IV. Erschleichen von Leistungen, § 265a StGB

Falls § 263 StGB verneint wurde, ist ausführlich auf § 265a StGB einzugehen.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatgegenstand: Beförderung durch ein Verkehrsmittel

Tatgegenstand des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB ist die Beförderung durch ein Verkehrsmittel. Unter einem Verkehrsmittel versteht man jedes technische Gerät, welches dem Transport von Personen dient.⁶⁷ Hiervon umfasst ist der gesamte öffentliche und private Individual- und Massenverkehr.⁶⁸ Im Individualverkehr wird jedoch regelmäßig ein Betrug gegeben sein.⁶⁹ Auf die Rechtsform des betreibenden Unternehmens

NZV 2000, 358 f.; Harder, NJW 1990, 857 (858 ff.); Weth, JuS 1998, 795 (798 ff.)

⁵⁹ AG Bergheim NJW-RR 2000, 202 (204); AG Mühlheim a.d. Ruhr NJW-RR 1989, 175; AG Wolfsburg NJW-RR 1990, 1142; Winkler von Mohrenfels, JuS 1987, 692 (695). A.A. aufgrund des Minderjährigenschutzes Hartung, NJW 1990, 857 (863 f.).

⁶⁰ AG Bergheim NJW-RR 2000, 202 (204); AG Wolfsburg NJW-RR 1990, 1142 (1143); Stacke, NJW 1991, 875 (877). Teilweise wird ein Anspruch aus § 826 BGB angenommen, Fielenbach, NZV 2000, 358 (362).

⁶¹ S. Tiedemann (Fn. 13), § 265a Rn. 14. Es wird für § 265a StGB angeführt, ein solcher Anspruch würde zu einer Umgehung des Minderjährigenschutzes durch das Strafrecht führen, vgl. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 115. Lfg., Stand: Oktober 2008, § 265a Rn. 29.

⁶² Herzberg/Hoffmann-Holland, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 22 Rn. 35.

⁶³ Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 62), § 22 Rn. 35; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 23.

⁶⁴ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf NStZ 1982, 249; Deutscher, NStZ 1983, 505; Herzberg, JA 1980, 385.

⁶⁵ BGH NStZ 2002, 433 (435); BGH NStZ 2006, 331; Fischer (Fn. 14), § 22 Rn. 10.

⁶⁶ Martin, JuS 2001, 364 (366).

⁶⁷ Ob der Transport von Sachen umfasst ist, wenn beispielsweise der Täter ein Fahrrad ohne Fahrradkarte mitführt, ist umstritten. Dagegen wird angeführt, dass dadurch eine „be-langlose ungerechtfertigte Bereicherung [...]“ sanktioniert werde, Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 19.

⁶⁸ S. Hellmann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 45), § 265a Rn. 32; Lackner/Kühl (Fn. 14), § 265a Rn. 4. A.A. Falkenbach, Die Leistungsererschleichung (§ 265a StGB), 1983, S. 88, und Tiedemann (Fn. 13), § 265a Rn. 30, nach welchen sich § 265a StGB wegen seiner Auffangfunktion und Entstehungsgeschichte auf öffentliche Massenverkehrsmittel beschränkt.

⁶⁹ Hellmann (Fn. 68), § 265a Rn. 32.

sowie auf die Tatsache, ob dieses öffentlich- oder privatrechtlicher Natur ist, kommt es nicht an.⁷⁰

b) Tathandlung: Erschleichen

aa) Auslegung des Tatbestandsmerkmals

Umstritten ist, wann ein Täterverhalten als „Erschleichen“ auszulegen ist. Relevant wird dieser Streit, wenn es beim sog. „einfachen Schwarzfahren“⁷¹ an der Überwindung einer Kontrolle fehlt.

Beispiel 2: B möchte von Hamburg Altona nach Cuxhaven fahren, ohne den Fahrpreis zu entrichten. Auf dem Weg von seinem Stadtteil zum Hamburger Hauptbahnhof übersteigt er in der U-Bahn-Station eine Schranke. Am Hauptbahnhof kann er, ohne eine Sicherung überwinden zu müssen, problemlos in den Zug einsteigen. Die weitere Fahrt läuft wie von B geplant ab.

Teilweise wird die bloße unbefugte Erlangung der Leistung für ausreichend gehalten.⁷² Dies wird damit begründet, dass nach der Einheit der Rechtsordnung jeder zivilrechtliche Vertragsbruch erfasst sein soll.⁷³ Dieser Ansicht folgend hätte B die Leistung in beiden Fällen erschlichen.

Gegen diese Auffassung wird jedoch eingewandt, dass dadurch auch die Anwendung von Gewalt oder Drohung gegenüber einer Kontrollperson sowie ein Verhalten, durch das der Täter demonstrativ zum Ausdruck bringt, dass er den Fahrpreis nicht gezahlt hat, in den Tatbestand miteinbezogen werden.⁷⁴ Zudem ist diese Ansicht nicht mit dem Wortlaut des § 265a StGB vereinbar, der die bloße unentgeltliche Inanspruchnahme der Leistung nicht ausreichen lässt.

Eine andere Ansicht verlangt heimliches Verhalten.⁷⁵ Verstünde man hierunter, dass der Täter sich so verhält, dass nach Möglichkeit keine andere Person bemerkt, dass er „schwarzfährt“, hätte B dies in beiden Fällen erfüllt. Diesem Kriterium wird entgegengehalten, dass § 265a StGB kein heimliches Delikt ist.⁷⁶

Hinweis: Diese Ansicht wird – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten und ist in der Fallbearbeitung nicht zwingend zu erwähnen.

Eine weitere Ansicht lässt es genügen, dass sich der Täter „mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgibt.⁷⁷ Dies sei der Fall, wenn er den Eindruck erwecke, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.⁷⁸ Hiervon wird beispielsweise bei erneutem Entwerten eines bereits verbrauchten Tickets durch den Fahrscheinentwerter ausgegangen.⁷⁹ Zur Begründung wird auf die Schutzbedürftigkeit der Beförderungsunternehmen verwiesen, welche ihren Kunden durch die Gewährung unkontrollierten Zugangs Vertrauen entgegenbringen würden. Der Verzicht auf Zugangskontrollen erleichtere dem Einzelnen die Reise, führe zu günstiger Tarifgestaltung und diene damit dem Umweltschutz,⁸⁰ lasse aber die kriminalpolitischen Bedürfnisse nicht entfallen.⁸¹ Der Täter habe mit Bestrafung zu rechnen⁸² und „Schwarzfahren“ sei nicht sozialadäquat.⁸³ Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Diskussion das Merkmal des „Erschleichens“ unverändert gelassen.⁸⁴

Auch nach dieser Ansicht hat B die Leistung jeweils erschlichen. Insbesondere ist durch das Übersteigen der Schranke der (spätere) „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ nicht durchbrochen.

Gegen diese Ansicht wird eingewandt, dass sie sich letztlich nicht von der strafrechtlichen Sanktionierung einer bloßen unbefugten Inanspruchnahme unterscheide.⁸⁵ Da die unberechtigte Nutzung den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ erzeugt, werde dieses Kriterium umformuliert und „doppelt verwendet“.⁸⁶ Kriminalpolitische Bedürfnisse seien bereits durch das erhöhte Beförderungsentgelt abgegolten.⁸⁷ Auch würde eine solche Auslegung zu Widersprüchen innerhalb von § 265a StGB führen, denn bei den anderen Tatgegenständen reiche das Erwecken eines „Anscheins der Ordnungsmäßigkeit“ nicht aus⁸⁸ und die Tathandlung sei einheitlich auszulegen.⁸⁹ So

⁷⁷ BGH NJW 2009, 1091; BayObLG NJW 1969, 1042 (1043); BayObLG StV 2002, 428; OLG Düsseldorf NSTz 1992, 84; OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2001, 269; OLG Stuttgart NJW 1990, 924.

⁷⁸ OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108).

⁷⁹ *Stiebig*, Jura 2003, 699 (700).

⁸⁰ OLG Hamburg NSTz 1991, 587 (588).

⁸¹ *Rengier* (Fn. 29), § 16 Rn. 6.

⁸² OLG Hamburg NSTz 1991, 587 (588); *Bosch*, JA 2009, 469 (471).

⁸³ BayObLG StV 2002, 428 (429). Für die Unbeachtlichkeit dieses Arguments *Ingelfinger*, StV 2002, 429 (430) mit der Begründung, für die Tatbestandserfüllung komme es auf den Wortlaut der Strafvorschrift an, nicht auf die Sozialadäquanz.

⁸⁴ BGH NJW 2009, 1091.

⁸⁵ *Ellbogen*, JuS 2005, 20; *Fischer* (Fn. 14), § 265a Rn. 5a; *Ingelfinger*, StV 2002, 429 (430); *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 2012, § 33 Rn. 15; *Roggan*, Jura 2012, 299 (302); *Schall*, JR 1992, 1 (2).

⁸⁶ *Gaede*, HRRS 2009, 69 (71).

⁸⁷ *Roggan*, Jura 2012, 299 (300).

⁸⁸ *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21); *Fischer*, NJW 1988, 1828 (1829); *Schall*, JR 1992, 1 (4 f.). Gegen einen Vergleich mit den anderen Tatbestandsvarianten *Stiebig*, Jura 2003, 699 (700).

⁷⁰ *Wohlers*, in: Joecks/Miebach (Fn. 19), § 265a Rn. 22.

⁷¹ *Jahn*, JuS 2011, 1042.

⁷² OLG Stuttgart MDR 1963, 236; *Bilda*, MDR 1969, 434 (440): jedes Erreichen einer kostenlosen Beförderung, bei dem keine Kontrollperson getäuscht wird; *Hauf*, DRiZ 1995, 15 (19).

⁷³ *Hauf*, DRiZ 1995, 15 (19).

⁷⁴ *Hellmann* (Fn. 68), § 265a Rn. 15; *Perron* (Fn. 6), § 265a Rn. 8.

⁷⁵ *Gössel* (Fn. 40) § 22 Rn. 45; *Kolping*, Die Leistungsererschleichung (§ 265a StGB), 1937, S. 24.

⁷⁶ *Wohlers* (Fn. 70) § 265a Rn. 38.

erschleiche sich der Täter nicht die Leistung eines Automaten, wenn er einen vorhandenen Gerätedefekt ausnutzt, da eine „täuschungsähnliche Manipulation“ gefordert wird,⁹⁰ oder ohne Erlaubnis des Telefonanschlusshaber sein Telefon benutzt, da Abrechnungseinrichtungen oder andere Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden müssen.⁹¹

Hinweis: Unterschiedlich beurteilt wird bereits die Frage, ob die Begriffsauslegung für alle Tatgegenständen gleichermaßen erfolgt⁹² oder die Besonderheiten der jeweiligen Tatgegenstände zu berücksichtigen sind.⁹³ Für ersteres spricht der Wortlaut des § 265a StGB. Für letzteres kann angeführt werden, dass z.B. Automatenleistungen erst auf bestimmte Anforderungen hin erbracht werden, während öffentliche Verkehrsmittel permanent betrieben werden.⁹⁴

Das Festhalten am „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ führe zu der strafrechtlichen Sanktionierung schlichter Vertragsbrüche.⁹⁵ Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips sei es nicht Zweck von § 265a StGB hiervon zu schützen.⁹⁶ Der Gesetzgeber habe trotz der Änderungen der Kontrollpraxis den Tatbestand nicht dahingehend reformiert, dass der „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genüge.⁹⁷ Da sich der zahlende Nutzer ebenfalls mit dem (hier zutreffenden) „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgebe, liege in der Tathandlung kein spezifischer Unrechtsgehalt.⁹⁸ Von einem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ könne keine Rede sein, denn das Verhalten des „Schwarzfahrers“ sei nicht nur den redlichen Nutzern angepasst, sondern

auch anderen „Schwarzfahrern“.⁹⁹ Angesichts der hohen „Schwarzfahrerquote“ und der dazu kommenden Dunkelziffer – die „Schwarzfahrerquote“ betrug 2012 bei dem Kölner Nahverkehrsunternehmen KVB beispielsweise 4,7 %¹⁰⁰ – sei ein derartiger Anschein reine Fiktion.¹⁰¹ Sowohl das Vertrauen der Verkehrsbetriebe als auch der Umweltschutz seien keine von § 265a StGB geschützten Belange.¹⁰² Der weitgehende Verzicht auf Kontrollen sei kein „Vertrauensbeweis in die Redlichkeit der Fahrgäste“, sondern diene der Einsparung von Personalkosten. Die Summe der durch „Schwarzfahrten“ entstandenen Einnahmeausfälle sei geringer als die Einsparungen durch Personalreduzierung.¹⁰³ Im Erzeugen eines „Anscheins der Ordnungsmäßigkeit“ sei ein bloßes Unterlassen zu sehen, welches eine vorliegend nicht vorhandene Garantienstellung voraussetzt.¹⁰⁴ Die obige Auffassung führe zu einer bedenklichen Ungleichbehandlung von bekennenden und verdeckten „Schwarzfahrern“.¹⁰⁵ Ferner wird eingewandt, es sei kein Anscheinsempfänger vorhanden. Die Fahrgäste würden sich regelmäßig keine Gedanken über die Fahrberechtigungen von anderen machen. Nicht zur Prüfung ermächtigte Personen, wie ein Fahrer ohne Kontrollfunktion, hätten keine Bedeutung. Kontrolleure würden sich regelmäßig erst nach Fahrtantritt als solche zu erkennen geben und nur anlassbezogen und verdachtsabhängig kontrollieren.¹⁰⁶ Derartige „repressive Zufallsüberwachung“ reiche nicht aus, um einen Anscheinsempfänger anzunehmen, denn man benötige „[p]räventive Wachsamkeit“.¹⁰⁷ Letzterem Einwand wird wiederum entgegnet, dass die Kontrolleure als „[p]otentiell sich bereithaltende Anscheinsempfänger“ ausreichend seien¹⁰⁸ und der allgemeine „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genüge.¹⁰⁹ Auch sei stets § 263 StGB verwirklicht, wenn ein Anscheinsempfänger vor

⁸⁹ AG Hamburg NStZ 1988, 221; *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933).

⁹⁰ Zum Erschleichen von Automatenleistungen *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 40; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 265a Rn. 6a; *Popp*, JuS 2011, 385 (390 f.).

⁹¹ *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21). Zum Erschleichen von Telekommunikationsleistungen *Hellmann/Beckemper*, JuS 2001, 1095 (1097).

⁹² *Fischer* (Fn. 14), § 265a Rn. 3.

⁹³ BGH NJW 2009, 1091 (1092); *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 34; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), § 16 Rn. 673.

⁹⁴ BGH NJW 2009, 1091 (1092).

⁹⁵ *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21); *Exner*, JuS 2009, 990 (993); *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934).

⁹⁶ *Schall*, JR 1992, 1 (5). A.A. *Stiebig*, Jura 2003, 699 (701) mit dem Argument, Vertrauensmissbrauch sei nur regelmäßig straffrei, hier aber nach dem gesetzgeberischen Willen strafwürdiges Unrecht.

⁹⁷ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (935). Dagegen weist *Stiebig*, Jura 2003, 699 (702) darauf hin, dass der Gesetzgeber wegen der einhelligen Spruchpraxis der Obergerichte keinen Handlungsbedarf sah.

⁹⁸ Vgl. *Alwart*, JZ 1986, 536 (568 f.); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), § 16 Rn. 676. A.A. *Stiebig*, Jura 2003, 699 (700), der darauf abstellt, dass das Verhalten je nach subjektiver Gesinnung anders zu beurteilen sei, was beispielsweise auch bei § 281 StGB für das Vorzeigen des Ausweises durch den Berechtigten und eine unberechtigte Person gelte.

⁹⁹ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934).

¹⁰⁰ Statistik der Statista GmbH, im Internet abrufbar unter:

<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/223271/umfrage/schwarzfahrerquote-bei-nahverkehrsunternehmen/>

(19.5.2012). Als „Schwarzfahrer“ wurden hier alle Personen ohne gültigen Fahrausweis verstanden.

¹⁰¹ *Alwart*, NStZ 1991, 588 (589); *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933).

¹⁰² *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21); *Exner*, JuS 2009, 990 (993); *Roggan*, Jura 2012, 299 (301); *Schall*, JR 1992, 1 (5).

¹⁰³ *Albrecht*, NStZ 1988, 222 (223); *Roggan*, Jura 2012, 299 (301).

¹⁰⁴ *Albrecht*, NStZ 1988, 222 (223); *Fischer*, NJW 1988, 1828 (1829); *Ingelfinger*, StV 2002, 429 (430); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 13), § 13 Rn. 721; *Roggan*, Jura 2012, 299 (302). A.A. *Hauf*, DRiZ 1995, 15 (17) mit dem Argument, die Handlungskomponente liege im Betreten des Fahrzeugs.

¹⁰⁵ *Alwart*, JZ 1986, 563 (568); *ders.*, JZ 2009, 478 (479).

¹⁰⁶ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934); *Roggan*, Jura 2012, 299 (302).

¹⁰⁷ *Alwart*, JZ 1986, 563 (569). A.A. *Schall*, JR 1992, 1 (3), der regelmäßige Kontrollen ausreichen lässt, allerdings insgesamt das Kriterium des „Anscheins der Ordnungsmäßigkeit“ ablehnt.

¹⁰⁸ OLG Stuttgart NJW 1990, 924 (925).

¹⁰⁹ BGH NJW 2009, 1091 (1092).

Ort sei¹¹⁰ und aus § 151 S. 1 BGB ergebe sich die Entbehrlichkeit des Anscheinsempfängers.¹¹¹ Letzterem Argument ist entgegen zu halten, dass § 151 BGB den Vertragsschluss, nicht § 265a StGB, betrifft.

Die Auslegung sei mit dem Wortlaut des § 265a StGB nicht vereinbar und verstoße daher gegen das Analogieverbot aus § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG.¹¹² Dem wird entgegengesetzt, der Wortsinn fordere lediglich eine „Herbeiführung des Erfolgs auf einem unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege“.¹¹³ Auch lasse das Tatbestandsmerkmal „schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung für sich genommen eine weite Auslegung zu“ und verliere durch diese Auslegung nicht jegliche Kontur. So blieben Fälle außen vor, in denen eine Sperreinrichtung versagt oder der Täter zur Leistungsveranschaffung Gewalt anwendet.¹¹⁴

Eine weitere Auffassung fordert, dass der Täter Kontrollen oder Sicherungsvorkehrungen ausschaltet oder umgeht.¹¹⁵ Gefordert wird eine „betrugsähnliche Handlung“. Dies wird damit begründet, dass der Begriff „Erschleichen“ nach seinem Wortsinn ein „Element der Täuschung oder der Manipulation“ enthalte und § 265a StGB als Auffangdelikt zu § 263 StGB nur betrugsähnliche Fälle erfassen solle.¹¹⁶ Erst durch ein derartiges Verhalten komme ausreichend kriminelle Energie zum Ausdruck.¹¹⁷ Der Gesetzgeber habe zwar Strafbarkeitslücken schließen wollen, die durch den Verzicht auf persönliche Kontrollen entstehen, nicht aber Fälle erfassen wollen, bei denen auf eine Kontrolleinrichtung komplett verzichtet wird.¹¹⁸

Als Beispiele für Erschleichen werden das Einsteigen durch einen nicht zugelassenen Eingang, Verbergen in dem Verkehrsmittel und Überklettern von Sperreinrichtungen genannt.¹¹⁹ Dieser Ansicht folgend, hätte B lediglich bei der ersten Fahrt, vor der er die Schranke überwand, nicht aber bei der zweiten Fahrt ein „Erschleichen“ verwirklicht.

Der Auffassung wird entgegengehalten, dass der strafrechtliche Schutz nicht nur demjenigen zu Gute kommt, welcher sich vor Angriffen auf seine Rechtsgüter schützt¹²⁰ und dass der Wortlaut ein solches Element nicht verlangt.¹²¹ Allerdings ist der Schutz eigener Rechtsgüter durchaus Voraussetzung des strafrechtlichen Schutzes, wenn ein Straftatbestand ihn fordert. So schützt beispielsweise § 202a StGB nur gegen unberechtigten Zugang besonders gesicherte Daten. Auch verstößt es nicht gegen das strafrechtliche Analogieverbot ein Tatbestandsmerkmal über den Wortlaut hinausgehend restriktiv auszulegen.

Daneben haben sich kombinierte Auffassungen entwickelt. Nach der Alternativformel¹²² muss der Täter sich entweder mit dem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgeben oder Sicherungsvorkehrungen gegen unbefugte Benutzung umgehen oder ausschalten.¹²³ Der Kumulativformel¹²⁴ folgend muss der Täter sich sowohl mit dem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgeben als auch Sicherungsvorkehrungen oder Kontrollen umgehen oder ausschalten.¹²⁵

Hinweis: Ziel dieses Beitrages ist es, den Streitstand umfassend darzustellen. In einer juristischen Klausur ist eine vergleichbar umfangreiche Auseinandersetzung selbstverständlich nicht zu erwarten.

bb) Bekennendes „Schwarzfahren“

Ein Erschleichen wird abgelehnt, wenn der Täter durch sein Verhalten deutlich zu erkennen gibt, dass er das geforderte Entgelt nicht entrichten will.¹²⁶ Hierzu reicht die bei der Fahrscheinkontrolle getätigte Aussage, keinen Fahrschein gelöst zu haben, nicht aus.¹²⁷ Wenn man einen „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ fordert, kann dieser, einmal gesetzt, nicht nachträglich beseitigt werden.

Beispiel 3: C protestiert gegen die Fahrpreiserhöhung bei der S-AG. Zu diesem Zwecke verteilt er mit einer Gruppe

¹¹⁰ Stiebig, Jura 2003, 699 (700). A.A. Hinrichs, NJW 2001, 932 (934), die betont, dass nicht in jedem Fall § 263 StGB vorliegt, da hierfür neben der Täuschung auch ein Irrtum erforderlich ist.

¹¹¹ Stiebig, Jura 2003, 699 (700).

¹¹² Albrecht, NStZ 1988, 222 (224); Alwart, JZ 2009, 478 (480); Gaede, HRRS 2009, 69 (71); Hefendehl, NJ 2004, 494; Hinrichs, NJW 2001, 932 (935).

¹¹³ BGH NJW 2009, 1091.

¹¹⁴ S. BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); OLG Stuttgart NJW 1990, 924.

¹¹⁵ Alwart, JZ 1986, 565 (567 ff.); Ellbogen, JuS 2005, 20 (21); Exner, JuS 2009, 990 (993); Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 3, 5e; Hoyer (Fn. 61), § 265a Rn. 21; s.a. Kindhäuser (Fn. 85), § 33 Rn. 17; Ranft, Jura 1993, 84 (88); Schall, JR 1992, 1.

¹¹⁶ Albrecht, NStZ 1988, 222 (224); Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 4, 6; Hinrichs, NJW 2001, 932 (933); Schall, JR 1992, 1 (2).

¹¹⁷ Ellbogen, JuS 2005, 20 (21).

¹¹⁸ Exner, JuS 2009, 990 (993).

¹¹⁹ Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 20; Perron (Fn. 6), § 265a Rn. 11.

¹²⁰ LG Hannover BeckRS 2009, 10497.

¹²¹ OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84.

¹²² Terminus von Wohlers (Fn. 70) § 265a Rn. 37.

¹²³ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269; Achenbach, Jura 1991, 225 (226 f.); Lackner/Kühl (Fn. 14), § 265a Rn. 6a; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 52 Rn. 19.

¹²⁴ Terminus von Wohlers (Fn. 70), § 265a Rn. 39.

¹²⁵ Roggan, Jura 2012, 299 (303); Wohlers (Fn. 70), § 265a Rn. 39.

¹²⁶ BayObLG NJW 1969, 1042 (1043); Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 21 Rn. 18; Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 10. Aufl. 2012, § 265a Rn. 12; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 211; Otto (Fn. 123), § 52 Rn. 20; Tiedemann (Fn. 13), § 265a Rn. 34, 45. A.A. Hauf, DRiZ 1995, 15 (19 f.), der jede unbefugte Inanspruchnahme unter das Erschleichen subsumiert und Motive nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt.

¹²⁷ BayObLG StV 2002, 428 (429).

Gleichgesinnter Flugblätter. Für diese Aktion nutzt er, um möglichst viele Personen auf sich aufmerksam zu machen, die Straßenbahnen der S-AG.¹²⁸

Beispiel 4: Auch D ist ein vehementer Gegner der Fahrpreiserhöhungen der S-AG. Er nutzt deren Straßenbahnen regelmäßig, ohne einen Fahrschein gelöst zu haben und trägt dabei stets an seiner Kleidung in Brusthöhe ein Schild etwa in Größe einer Scheckkarte mit den Aufdrucken „Für freie Fahrt in Bus und Bahn“ und „Ich zahle nicht“ sowie in der Mitte einem Foto von drei Bussen der S-AG mit dem Querdruck „Streik“.¹²⁹

Wenn man ein Überwinden von Sicherheitskontrollen fordert, liegt in beiden Fällen kein Erschleichen vor. Nach der Rechtsprechung ist zu entscheiden, ob das Verhalten von C und D den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ zerstört. In einem mit *Beispiel 3* vergleichbaren Fall wurde ein Erschleichen verneint, da die fehlende Zahlungsbereitschaft deutlich zu erkennen gewesen sei.¹³⁰ Anders wurde ein *Beispiel 4* ähnlicher Fall entschieden. Das Schild beseitige den Anschein, sich ordnungsgemäß zu verhalten, nicht, denn für den fiktiven Beobachter sei nicht zweifelsfrei zu erkennen, dass der Fahrgast sich in Widerspruch zu den Beförderungsbedingungen setzen wolle. Das Schild sei von hinten nicht sichtbar und man könne es für bloße Provokation oder eine politische Stellungnahme halten.¹³¹ Dieser Differenzierung ist entgegenzuhalten, dass auch in *Beispiel 3* nicht eindeutig ist, dass der Protestierende keinen Fahrschein gelöst hat. Im Übrigen führt dieses Vorgehen zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall, wenn es auf die Sichtbarkeit und Größe derartiger Bekundungen ankommen soll.¹³²

Sofern der Täter schriftlich mitgeteilt hat, er werde Beförderungsleistungen ohne Entgeltentrichtung in Anspruch nehmen, wird der „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ als nicht erschüttert angesehen, da sich der Täter gegenüber der Kontrollperson nicht als „Schwarzfahrer“ zu erkennen gegeben habe, denn ansonsten hätte man ihm die Fahrt verwehrt.¹³³ Dem ist entgegen zu halten, dass dies ebenso für C in *Beispiel 3* gilt.

cc) Kollusives Zusammenwirken von Kontrollperson und „Schwarzfahrer“

Ebenso umstritten ist, ob auch derjenige, der mit einer Kontrollperson kollusiv zusammenwirkt, indem er sie beispielsweise besticht, eine Leistung erschleicht.

Beispiel 5: E fährt ohne gültigen Fahrausweis einige Stationen mit der Straßenbahn. Bei einer Kontrolle fällt dies Kontrolleur K auf, der ihn zur Zahlung des erhöhten Beförderungsentgelts von 40 Euro auffordert. E bietet K an,

ihm stattdessen persönlich 20 Euro zukommen zu lassen. K lässt sich auf den Vorschlag des E ein.

Eine Ansicht bejaht hier ein Erschleichen. Hierfür wird angeführt, dass mit der Bestechung der Kontrollperson, eine Sicherung ausgeräumt werde.¹³⁴ Eine andere Ansicht lehnt dies ab, denn ähnlich wie bei bekennendem „Schwarzfahren“ könne von einem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ keine Rede sein. Es fehle an einem täuschungsähnlichen Verhalten.¹³⁵ Es wird vorgeschlagen, in umgekehrter Weise wie beim Subventionsbetrug nach § 264 StGB darauf abzustellen, ob die Kontrollperson Entscheidungsbefugnisse innehat. Im Rahmen von § 264 StGB soll ein Amtsträger nicht als Täter in Frage kommen, wenn er entscheidungsbefugt ist, da er den Betroffenen repräsentiert.¹³⁶ Wie eine Übertragung der zu § 264 StGB vertretenen Ansicht in umgekehrter Reihenfolge aussehen soll, ist nicht ganz klar. Denkbar wäre folgende Unterscheidung: Der entscheidungsbefugte Kontrolleur repräsentiert das Beförderungsunternehmen. Diesem gegenüber besteht daher kein „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ mehr, sodass kein Erschleichen vorliegt; erschlichen wird, wenn der Kontrolleur nicht entscheidungsbefugt ist. Problematisch ist jedoch, ob Entscheidungsbefugnis die Möglichkeit ist, von der Geltendmachung des (erhöhten) Fahrpreises abzusehen.

Hinweis: In einem solchen Fall ist an die Prüfung der §§ 332 ff. StGB zu denken. Hier ist jedoch zu beachten, dass Angestellte der Deutschen Bahn AG keine Beamten i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind.¹³⁷ Außerdem kommen seitens der Kontrollperson Untreue nach § 266 StGB sowie Betrug nach § 263 StGB und entsprechende Beihilfe- strafbarkeiten des Fahrgastes in Frage.

dd) Vollendungszeitpunkt

Umstritten ist, wann die Beförderungserschleichung vollendet ist. Nach einer Ansicht reicht hierzu aus, dass mit der Beförderungsleistung begonnen wurde.¹³⁸ Diese Auffassung führt zu einem frühen Vollendungszeitpunkt und schränkt damit die Möglichkeiten nach § 24 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückzutreten ein. Gleichwohl lässt sie Raum für den Versuch, wenn der Täter eingestiegen, dass Verkehrsmittel jedoch noch nicht losgefahren ist.¹³⁹ Eine andere Ansicht verneint eine Vollendung der Tat, falls die Fahrt nach kurzer

¹³⁴ *Kindhäuser* (Fn. 85), § 33 Rn. 18; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 265a Rn. 6a; *Tiedemann/Waßmer*, Jura 2000, 533 (535); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), § 16 Rn. 676.

¹³⁵ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 716; *Falkenbach* (Fn. 68), S. 89; *Perron* (Fn. 6), § 265a Rn. 11; *Rengier* (Fn. 29), § 16 Rn. 7.

¹³⁶ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 46, § 264 Rn. 37.

¹³⁷ BGH NSTZ 2004, 677, für einen beurlaubten Beamten, der bei der DB angestellt war.

¹³⁸ BayObLG StV 2002, 428 (429); OLG Hamm NSTZ-RR 2011, 206 (207): die Dauer der Fahrt sei nur für die Höhe des Vermögensschadens und damit für die Strafzumessung relevant; *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 51.

¹³⁹ Vgl. *Hellmann* (Fn. 68), § 265a Rn. 49.

¹²⁸ Vgl. BayObLG NJW 1969, 1042.

¹²⁹ Vgl. KG NJW 2011, 2600.

¹³⁰ BayObLG NJW 1969, 1042 (1043).

¹³¹ KG NJW 2011, 2600 (2600 f.).

¹³² *Jahn*, JuS 2011, 1042 (1043).

¹³³ OLG Hamm NSTZ-RR 2011, 206 (207).

Zeit abgebrochen wird, da hier nach der Verkehrsauffassung keine Beförderung vorliege und „auch ein nicht erschleichender Fahrgast eine entgeltspflichtige Leistung nicht erlangt hätte“. ¹⁴⁰ Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich nur schwer sagen lässt, wann die Transportleistung so unbedeutend ist, dass keine Beförderung vorliegen soll. Es wäre möglich dabei auf die Fahrzeit, die zurückgelegten Kilometer oder gar die Haltestellen abzustellen. Die Schwierigkeit hier ein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung von erheblicher und unerheblicher Transportleistung zu finden, zeigt, dass diese Ansicht mit Rechtsunsicherheit verbunden ist. Sie könnte ferner zu Schutzbehauptungen des Täters, gerade erst in das Beförderungsmittel eingestiegen zu sein, führen.

Beispiel 6: F steigt ohne gültigen Fahrschein in die Straßenbahn ein, um zur Arbeit zu fahren.

- a) Da ihm auffällt, dass er seinen Büroschlüssel zu Hause vergessen hat, steigt er nach einer Haltestelle wieder aus.
- b) Da F Kontrolleur K herannahen sieht und ohnehin noch im Türbereich steht, steigt er nach einer Haltestelle wieder aus der Straßenbahn aus.

Nach der zweiten Ansicht ist die Tat in beiden Konstellationen vollendet. Folgt man der ersten Ansicht, ist unklar, ob eine derart kurze Fahrt nach der Verkehrsauffassung schon eine Beförderung bedeutet. Dafür spricht, dass es durchaus üblich ist, relativ kurze Strecken mit einer Straßenbahn zu fahren und dass die Anzahl der Haltestellen über die gefahrene Strecke nichts aussagt. Dagegen spricht, dass die erste Ansicht die Vollendung gerade verneint, wenn die Tat nach kurzer Zeit abgebrochen wird und ein Abbruch zu einem früheren Zeitpunkt nicht möglich war. In beiden Fällen liegt dem folgend ein Versuch vor. In *Beispiel 6 a)* kommt es zu einem strafbefreienden Rücktritt i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB. Etwas anderes gilt nur, wenn man den Versuch als fehlgeschlagen ansieht, weil Vollendung aus Tätersicht sinnlos geworden ist. ¹⁴¹ In *Beispiel 6 b)* scheitert der Rücktritt mangels Freiwilligkeit der Rücktrittshandlung.

c) Entgeltlichkeit der Leistung

aa) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal wird die Entgeltlichkeit der Leistung verlangt. Dies wird daraus hergeleitet, dass § 265a StGB dem Vermögensschutz dient ¹⁴² sowie die

¹⁴⁰ Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 28, unter Bezugnahme auf OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108), wo die Relevanz der Tatsache, ob der Täter gerade eingestiegen ist oder mit dem Verkehrsmittel bereits einige Haltestellen zurückgelegt hat, betont wird.

¹⁴¹ S. Beckemper, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 24 Rn. 13.

¹⁴² Zum Schutzgut BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 2; Lackner/Kühl (Fn. 14), § 265a Rn. 1. Krit. bzgl. des Vermögensschutzes, da bei Massenleistungen kein messbarer Aufwandsschaden besteht und Gewinnentgang nur vorliege, wenn ein zahlungsfähiger und -williger

Absicht verlangt, das Entgelt nicht zu entrichten. ¹⁴³ Entgelt ist nach der Legaldefinition aus § 11 Nr. 9 StGB jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung. Teilweise wird statt von Entgeltlichkeit von einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens gesprochen, wobei dieser darin zu sehen sein soll, dass die Transportleistung ohne Bezahlung in Anspruch genommen wurde. Darauf, ob die Fahrt auch ohne den Täter stattgefunden hätte, kommt es – wie bei § 263 StGB – nicht an. ¹⁴⁴

bb) Vergessene Monatskarten

Nähere Ausführungen sind in Fällen, in denen das Entgelt bereits entrichtet wurde, zu machen.

Beispiel 7: G bemerkt, dass er seine Monatskarte für die Straßenbahn zu Hause vergessen hat. Da er es eilig hat, steigt er trotzdem in die Straßenbahn der S-AG und fährt die zwei Haltestellen zu seiner Arbeitsstelle. Nach den Beförderungsbedingungen der S-AG hätte G die Monatskarte bei sich tragen und ansonsten ein Kurzstreckenticket lösen müssen.

- a) Das Monatsticket des G ist nicht übertragbar (personen-gebunden).
- b) Das Monatsticket des G, welches sich zu dieser Zeit in seiner Wohnung befindet, ist frei übertragbar.

Wenn jemand seine Monatskarte nicht bei sich führt, hat er das Entgelt für die Fahrt bereits entrichtet. Er nimmt daher die entgeltliche Leistung nicht unentgeltlich in Anspruch. Die Pflicht, das Monatsticket mit sich zu führen, dient der Beweiserleichterung: Nicht der Verkehrsbetrieb hat die Nichtzahlung nachzuweisen, sondern der Fahrgast hat durch Mitführen des Fahrscheins die Zahlung des Entgelts zu beweisen. Die Verletzung dieser vertraglichen Verpflichtung wird allerdings nicht von § 265a StGB sanktioniert. ¹⁴⁵ Dass in *Beispiel 7* möglicherweise Bearbeitungsgebühren anfallen, ändert hieran nichts, denn diese sind kein Entgelt, sondern sollen das fehlende Beisichführen sanktionieren ¹⁴⁶ und den damit verbundenen Beweisaufwand entschädigen. Fraglich ist, ob dies bei einer frei übertragbaren Monatskarte – wie in *Beispiel 7 b)* – anders zu beurteilen ist, da ein Dritter diese zum Zeitpunkt der Fahrt theoretisch ebenfalls nutzen könnte. Eine Ansicht lehnt eine

Passagier abgewiesen werden müsse Tiedemann (Fn. 13), § 265a Rn. 13.

¹⁴³ AG Lübeck NJW 1989, 467; Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 8; Herzberg/Seier, Jura 1985, 49 (52); Mitsch (Fn. 21), § 3 Rn. 167; Wohlers (Fn. 70), § 265a Rn. 26.

¹⁴⁴ OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108); OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87); Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 27. Ähnlich AG Lübeck NJW 1989, 467, welches einen Vermögensschaden darin sieht, dass die Aufwendungen des Verkehrsunternehmens nicht abgegolten wurden.

¹⁴⁵ Vgl. OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87); Fischer (Fn. 14), § 265a Rn. 9.

¹⁴⁶ Mitsch (Fn. 21), § 3 Rn. 152; Tiedemann (Fn. 13), § 265a Rn. 19.

Differenzierung ab.¹⁴⁷ Nach der Gegenansicht ist zu unterscheiden: Bei personengebundenen Monatskarten werde ein Entgelt für die Möglichkeit entrichtet, das Verkehrsmittel jederzeit in dem bezahlten Gültigkeitszeitraum selbst nutzen zu dürfen. Bei nicht personengebundenen Monatskarten bezahle man für die Möglichkeit, dass irgendeine Person, die im Besitz der Karte ist, das Verkehrsmittel nutzt. Hier könne faktisch nicht ausgeschlossen werden, dass im Zeitpunkt der Fahrt des Erwerbers eine weitere Person die Karte nutzt. Hier sei mit dem Beisichführen der Karte nicht nur die Beweiserleichterung, sondern die Nutzungsbefugnis verknüpft. Würde man auf eine Differenzierung verzichten, müsse konsequenterweise auch derjenige straflos sein, der die übertragbare Monatskarte eines Bekannten nutzt, die bei diesem Zuhause liegt, wenn der Bekannte, die Nutzungsbefugnis auf ihn übertragen hat.¹⁴⁸ Eine weitere Ansicht schließt sich dieser Unterscheidung grundsätzlich an, verlangt aber bei übertragbaren Fahrkarten einen Nachweis der parallelen Nutzung.¹⁴⁹ Denkbar wäre es auch, dass es dem Fahrgast jedenfalls möglich ist, nachzuweisen, dass die Fahrkarte nicht anderweitig genutzt wurde. Da dies aber zu einer Umkehrung der Unschuldsvermutung führen würde und z.B. bei verlorenen Fahrkarten unmöglich wäre, ist nach hier vertretener Auffassung auch bei übertragbaren Fahrkarten die Entgeltlichkeit der Leistung zu verneinen, es sei denn, dem Beförderungsunternehmen gelingt der Nachweis paralleler Nutzung.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, das Problem erst im subjektiven Tatbestand bei der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, zu thematisieren.¹⁵⁰

Wenn der Täter das Entgelt entrichtet hat und irrtümlich von Strafbarkeit ausgeht, liegt ein strafloses Wahndelikt vor.¹⁵¹

cc) Minderjähriger „Schwarzfahrer“

Hier gelten die zu § 263 StGB gemachten Ausführungen entsprechend. Allerdings soll ein Anspruch aus Bereicherungsrecht nicht als Entgelt gelten, während er im Rahmen des § 263 StGB schadensbegründend ist. Nach der Einheit der Rechtsordnung könne es nicht sein, dass jemand keine Gegenleistung für die erschlichene Leistung erbringen brauche, sich jedoch strafbar mache.¹⁵² Hierfür spricht, dass sich der nach §§ 812, 818 BGB zu zahlende Wertersatz nicht unter den Terminus „Entgelt“ subsumieren lässt.

d) Sonderprobleme im modernen Massenverkehr

Fraglich ist, ob derjenige, der in der 1. Klasse eines Zuges fährt, obwohl er lediglich ein Ticket für die 2. Klasse gelöst hat, eine Leistung erschleicht. Dies wird mit dem Argument abgelehnt, dass nicht die Beförderung, sondern ein anderer Vorteil, erschlichen werde,¹⁵³ dass die Leistung nicht unentgeltlich in Anspruch genommen wird¹⁵⁴ oder dass ein Unterlassen vorliege, welches mangels Garantenstellung nicht tatbestandsmäßig sei.¹⁵⁵ Die Gegenansicht bejaht den Tatbestand, da der Täter mehr in Anspruch nehme, als ihm zustehe.¹⁵⁶ Hier kann bereits ein Erschleichen verneint werden, wenn man die Umgehung von Kontrollmechanismen fordert. Aus welchem Grund hier keine entgeltliche Beförderung vorliegen soll, erschließt sich jedoch nicht: Die Beförderung auf diesem Platz ist kostenpflichtig; bezahlt wurde weniger als gefordert. Es reicht aus, dass der Täter einen Teil des Entgelts nicht entrichtet hat.

Ebenso wird diskutiert, ob jemand, der in dem Verkehrsmittel nach Erreichen der vom Entgelt zeitlich oder räumlich gedeckten Fahrstrecke verbleibt, die Beförderung erschleicht.

Beispiel 8: H fährt mit einem Bus vom Bremer Hauptbahnhof zu einem Einkaufszentrum in Niedersachsen. Sein Ticket erfasst nur das Gebiet des Bundeslandes Bremen. Auch nachdem die Landesgrenze zu Niedersachsen überquert wurde und die Fahrgäste durch eine Durchsage dazu aufgefordert wurden, ein Zusatzticket zu lösen, bleibt H untätig auf seinem Platz sitzen.

Wenn man eine Umgehung von Kontrollen fordert, ist hier das Erschleichen zu verneinen, es sei denn, der Täter umgeht eine zusätzliche Kontrolle.¹⁵⁷ Ansonsten gilt das Gesagte: Auch hier wurde lediglich ein Teil des geforderten Entgelts bezahlt.¹⁵⁸

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist Vorsatz i.S.d. § 15 StGB bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Hierbei genügt dolus eventualis.¹⁵⁹ Dies betrifft auch den Vorsatz hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Leistung.¹⁶⁰ Darüber hinaus verlangt § 265a StGB die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten.¹⁶¹ Diesbe-

¹⁵³ S. *Falkenbach* (Fn. 68), S. 88 f.; *Fischer* (Fn. 14), § 265a Rn. 20. Jeweils ohne Begründung *Otto* (Fn. 123), § 52 Rn. 25 und *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 45.

¹⁵⁴ *Wohlers* (Fn. 70), § 265a Rn. 31.

¹⁵⁵ *Fischer* (Fn. 14), § 265a Rn. 5d.

¹⁵⁶ *Hoyer* (Fn. 61), § 265a Rn. 31 stellt auf ein „Zuwiderhandeln gegen die Entgeltspflicht“ ab; s.a. *Perron* (Fn. 6), § 265a Rn. 11.

¹⁵⁷ *Hoyer* (Fn. 61), § 265a Rn. 22.

¹⁵⁸ A.A. *Hellmann* (Fn. 68), § 265a Rn. 39.

¹⁵⁹ *Perron* (Fn. 6), § 265a Rn. 12.

¹⁶⁰ *Mitsch* (Fn. 21), § 3 Rn. 166.

¹⁶¹ A.A. *Falkenbach* (Fn. 68), S. 95 f., der annimmt, diese Absicht sei überflüssig, da sich der Vorsatz auf die Entgeltlichkeit der Leistung beziehen müsse.

¹⁴⁷ OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87).

¹⁴⁸ *Kudlich*, NSTZ 2001, 90 (91).

¹⁴⁹ *Hagemann*, Rechtliche Probleme des Schwarzfahrens in öffentlichen Verkehrsmitteln, 2008, S. 124 f.; *Wohlers* (Fn. 70), § 265a Rn. 31.

¹⁵⁰ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 50; *Wohlers* (Fn. 70), § 265a Rn. 62.

¹⁵¹ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 54.

¹⁵² *Hoyer* (Fn. 61), § 265a Rn. 29.

züglich muss *dolus directus* 1. Grades vorliegen, d.h. dem Täter muss es gerade darauf ankommen, das Entgelt nicht zu entrichten.¹⁶² Ob er daneben andere Zwecke verfolgt, ist ohne Bedeutung.¹⁶³ Daher haben auch bekennende „Schwarzfahrer“, die primär politische Zwecke anstreben, diese Absicht. Wenn der Täter beim Einsteigen annimmt, im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein und erst während der Fahrt bemerkt, dass sein Fahrausweis ungültig ist oder er diesen vergessen hat, fehlt es am Vorsatz.¹⁶⁴ Insofern liegt unbeachtlicher *dolus subsequens*¹⁶⁵ vor.

Hinweis: Irrtümer über die Gültigkeit eines Fahrausweises werden in der Praxis – aufgrund der teilweise unübersichtlichen und voneinander abweichenden Beförderungsbedingungen der Beförderungsunternehmen – häufig vorliegen, dagegen in der juristischen Fallbearbeitung selten zu thematisieren sein.

Trotz in der Praxis oftmals vorkommender Behauptung, es vergessen zu haben, einen Fahrschein zu lösen,¹⁶⁶ besteht wie bei anderen Delikten auch bei § 265a StGB keine Vermutung für vorsätzliches Handeln, da eine solche gegen den „in dubio pro reo“-Grundsatz und die Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK verstoßen würde.¹⁶⁷

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Wenn jemand in ein Beförderungsmittel einsteigt, um beispielsweise einen Dieb zu stellen oder zu einer dringend notwendigen ärztlichen Behandlung zu gelangen, ist mitunter bereits der nach der Rechtsprechung erforderliche „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ nicht gegeben. Wenn man einen solchen nicht fordert, fehlt es in diesen Fällen regelmäßig an der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten.

Die bekennenden „Schwarzfahrer“ aus *Beispiel 3* und *4* bringen zwar durch ihr Verhalten ihre Ablehnung gegenüber der Fahrpreiserhöhung und damit eine Meinung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG zum Ausdruck. Eine Rechtfertigung unmittelbar über Art. 5 Abs. 1 GG ist jedoch abzulehnen, da Grundrechte keine eigenständigen Rechtfertigungsgründe sind.¹⁶⁸ Eine an-

dere Beurteilung würde dazu führen, dass zwei sich widersprechende grundrechtlich geschützte Entscheidungen gleichermaßen gerechtfertigt wären und Personen, die gegen grundrechtliche Entscheidungen vorgehen, nicht ihrerseits gerechtfertigt sein können¹⁶⁹. Im Übrigen können Grundrechte im Rahmen der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen sowie der Abwägung bei § 34 StGB¹⁷⁰ ausreichend berücksichtigt werden. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB sowie eine Entschuldigung nach § 35 StGB der bekennenden „Schwarzfahrer“ scheitern daran, dass es an einer Notstandslage fehlt.

Bei bekennenden „Schwarzfahrern“ ist ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB in Erwägung zu ziehen. Ein solcher liegt vor, wenn dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Rechtsfolge ist nach § 17 S. 1 StGB das Entfallen der Schuld, falls der Irrtum unvermeidbar war. Anderenfalls bleibt lediglich die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB. Ein bekennender „Schwarzfahrer“ kann als „Überzeugungstäter“ eingeordnet werden.¹⁷¹ Hierunter versteht man einen Täter, der strafrechtswidrige Handlungen aus einer aus außerrechtlichen Quellen gebildeten Überzeugung von der Richtigkeit seines Vorgehens begeht und sich dabei des Verbotenseins dieser Handlung bewusst ist.¹⁷² Für die Unrechtseinsicht kommt es darauf an, ob der Täter weiß, dass er gegen die Wertordnung der Gemeinschaft verstößt, welche in verbindlichem Recht festgehalten ist.¹⁷³ Irrelevant ist, ob er dieses Recht, beispielsweise aus politischen Gründen, für sich ablehnt.¹⁷⁴ Einem bekennenden „Schwarzfahrer“ ist die abweichende Rechtsordnung bekannt. Regelmäßig will er gerade hiergegen protestieren, sodass von fehlendem Unrechtsbewusstsein keine Rede sein kann.¹⁷⁵

Wenn dennoch ein Irrtum bejaht wird, ist zu prüfen, ob dieser vermeidbar war. Dies ist der Fall, wenn der Täter bei „gehörige[r] Anspannung des Gewissens“ zu der Einsicht ge-

Festschrift für Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 573 (S. 592 f.); *Schmidt*, ZStW 2009, 645 (670), die jeweils eine Rechtfertigung über Grundrechte in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit annehmen.

¹⁶⁹ Jeweils zur Gewissenstat *Kühl* (Fn. 63), § 12 Rn. 114; *Schlehofer*, in: Joecks/Miebach (Fn. 62), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 258.

¹⁷⁰ Vgl. *Schmidt*, ZStW 2009, 645 (649 ff.).

¹⁷¹ KG NJW 2011, 2600.

¹⁷² Anders als der Gewissenstäter glaubt der Überzeugungstäter sich nicht zwingend zum Handeln verpflichtet, sondern meint dazu berechtigt zu sein, *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 17 Rn. 16 f.; *Kühl* (Fn. 63), § 12 Rn. 118.

¹⁷³ BGH NJW 1952, 593 (596); *Fischer* (Fn. 14), § 17 Rn. 3.

¹⁷⁴ BGH NJW 1953, 431 (432); *Momsen*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 17 Rn. 39.

¹⁷⁵ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 49. Etwas anderes kann aber gelten, wenn der Täter annimmt, § 265a StGB sei nichtig, vgl. zum Gültigkeitsirrtum bei Überzeugungstätern *Rudolphi*, in: Wolter (Fn. 61), § 17 Rn. 23; *Vogel*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2012, § 17 Rn. 96.

¹⁶² *Joecks* (Fn. 126), § 265a Rn. 14; *Rengier* (Fn. 29), § 16 Rn. 2a.

¹⁶³ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 50.

¹⁶⁴ *Fischer* (Fn. 14), § 265a Rn. 26. Nach OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87), fehlt die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten.

¹⁶⁵ Vgl. *Joecks* (Fn. 126), § 16 Rn. 15.

¹⁶⁶ S. zur Häufigkeit von Schutzbehauptungen *Falkenbach* (Fn. 68), S. 93.

¹⁶⁷ KG StV 2002, 412.

¹⁶⁸ *Roxin*, GA 2011, 1 (4 ff.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 121. A.A. *Ranft*, in: Evers (Hrsg.), Persönlichkeit in der Demokratie, Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag, 1973, S. 111 (S. 115 f.), mit der Begründung, es könne nicht rechtswidrig sein, die Grundrechte auszuüben sowie *Dreier*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 (64 f.); *ders.*, in: Achterberg (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel,

kommen wäre, Unrecht zu tun.¹⁷⁶ Hierbei kommt es auch darauf an, ob er im Zeitpunkt der Tat hätte Anlass haben müssen, sich nach der möglichen Rechtswidrigkeit seiner Tat zu erkundigen und auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre.¹⁷⁷ Da der „Schwarzfahrer“ sich fremder Rechtsgüter bedient, hätte er Anlass haben müssen, sich zu informieren. Angesichts der einheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung wird ein Irrtum in der Regel vermeidbar sein.¹⁷⁸

4. Strafantragserfordernis

Nach § 265a Abs. 3 StGB gelten die §§ 247, 248a StGB entsprechend. Insbesondere ist der Strafantrag wegen Geringwertigkeit der erschlichenen Leistungen von Bedeutung, denn im Jahre 2011 lag ein Großteil der durch Leistungerschleichung verursachten Schäden unter 15 Euro.¹⁷⁹ Die Geringwertigkeitsgrenze liegt bei 25 Euro.¹⁸⁰ Wenn der Täter mehrere „Schwarzfahrten“ unternimmt, deren Leistungswert nur in der Summe die Geringwertigkeitsgrenze überschreitet, ist in der Regel keine Handlungseinheit gegeben, sodass die einzelnen Werte nicht addiert werden dürfen.¹⁸¹ Da § 248a StGB als relatives Antragsdelikt ausgestaltet ist,¹⁸² ist ein Strafantrag nicht erforderlich, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Ein solches wird bejaht, wenn der Täter durch wiederholte Tatbegehung erhöhte kriminelle Energie zeigt oder wenn Taten der betreffenden Art gehäuft auftreten und zu Preiserhöhungen führen, sodass die Allgemeinheit unter der Straftatbegehung leidet.¹⁸³ Bei Beförderungerschleichung wird angenommen, dass es sich um eine solche Tat „mit Allgemeinbezug“ handele.¹⁸⁴ Dies führt dazu, dass der Verweis in § 265a Abs. 3 StGB für diese Tatmodalität an Bedeutung verliert.

5. Konkurrenzen

Nach der in § 265a Abs. 1 StGB a.E. enthaltenen Subsidiaritätsklausel ist § 265a StGB nur anwendbar, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht

ist. Nach überwiegender Ansicht trifft dies nur auf Delikte zu, die wie § 265a StGB dem Vermögensschutz dienen, da ansonsten die Verletzung anderer Rechtsgüter im Urteilsspruch nicht zum Ausdruck kommen würde.¹⁸⁵

Hinweis: Die h.M. beurteilt dies bei den Subsidiaritätsklauseln aus §§ 246 Abs. 1, 248b Abs. 1 StGB ebenso.¹⁸⁶

Der (versuchte) Betrug geht als schwerere Straftat vor.¹⁸⁷ Mit § 267 StGB kann Tateinheit bestehen.¹⁸⁸

(Der Beitrag wird in ZJS 4/2013 fortgesetzt.)

¹⁷⁶ BGH NJW 1952, 593 (594).

¹⁷⁷ BayObLGSt 1988, 139.

¹⁷⁸ BayObLG NJW 1969, 1042 (1043): „unentschuldigbar“. *Falkenbach* (Fn. 68), S. 96.

¹⁷⁹ BKA (Fn. 1), S. 208. Genau genommen geht es nicht um die Schadenshöhe, sondern um den Wert der erschlichenen Leistung.

¹⁸⁰ BGH BeckRS 2004, 07428. A.A. OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111: 30 Euro; OLG Hamm NJW 2003, 3145 unter Hinweis auf die Preisentwicklung in den letzten Jahren; OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 248a Rn. 3: jeweils 50 Euro.

¹⁸¹ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1987, 1958, wonach ein Gesamtwert gebildet werden darf, wenn der Täter durch eine Handlung mehrere Sachen stiehlt.

¹⁸² *Wohlers* (Fn. 70), § 265a Rn. 71.

¹⁸³ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 248a Rn. 26.

¹⁸⁴ *Wohlers* (Fn. 70), § 265a Rn. 71.

¹⁸⁵ *Perron* (Fn. 6), § 265a Rn. 14; *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 56; A.A. *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 265a Rn. 8, unter Verweis auf den Wortlaut und *Schientle*, Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), 1938, S. 62.

¹⁸⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 14), § 246 Rn. 23a, § 248b Rn. 11.

¹⁸⁷ Vgl. *Bilda*, MDR 1969, 434 (435); *Rengier* (Fn. 29), § 16 Rn. 1.

¹⁸⁸ *Tiedemann* (Fn. 13), § 265a Rn. 56.