

Kempton, den 01.09.2015

Abs: Strafverteidiger S [REDACTED], c/o react!OR, Frühlingsstr. 17, 87439 Kempton

An das
Landgericht Dresden
Lothringer Straße 1
01069 Dresden

11 Ns 162 Js 60817/14

In der Strafsache gegen D [REDACTED] wegen Erschleichung von Leistungen

wird unter Bezug auf den am 16.7.2015 bei dem Landgericht Dresden schriftlich
eingelegten Antrag auf Revision nochmals beantragt,

das Urteil, mit Begründung zugestellt am 07.08 mit Aktenzeichen 11 Ns 162 Js 60817/14
der 11. Kleinen Strafkammer des Landgerichts Dresden aufzuheben.

Revisionsbegründung:

Gerügt wird die Verletzung materiellen und formellen Rechts, unter anderem:

- 1. Rüge: Verstoß gegen Artikel 103 Absatz 2 GG (Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde) und § 1 StGB (Keine Strafe ohne Gesetz).**
- 2. Rüge: Die Tatbestandsmerkmale des § 265a StGB wurden durch den Angeklagten in dem zur Last gelegten Handeln nicht erfüllt. Eine Verurteilung erfolgte trotzdem.**
- 3. Rüge: Das Zutreffen eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB wurde nicht berücksichtigt.**
- 4. Rüge: Das Urteil trifft Feststellungen, die der Beweiswürdigung widersprechen.**

Die Begründung der Rügen im Einzelnen:

1. Rüge: Verstoß gegen Artikel 103 Absatz 2 GG (Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde) und § 1 StGB (Keine Strafe ohne Gesetz).

Das Urteil vom 14.7.2015 (Ausfertigung: 5.8.2015) besitzt keine strafrechtliche Grundlage, da die dem Angeklagten vorgeworfene Handlung erkennbar nicht von § 265a StGB - Erschleichung von Leistungen - erfasst wird. Die höchstrichterliche, wie auch obergerichtliche Rechtsprechung unterstützt die Auslegung des § 265a StGB, in Bezug auf die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung, dahingehend, dass eine strafbare Handlung nicht vorlag. Somit weist der Schuldspruch des Gerichtes einen Fehler auf da es schon im Grundgesetz unter § 103 Absatz 2 heißt: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“, sowie auch gegen den 1. Paragraphen des Strafgesetzbuches, in welchem es heißt: „Keine Strafe ohne Gesetz.“

Damit beruht das angefochtene Urteil auf einem Rechtsfehler.

Der § 265a - Erschleichen von Leistungen - beinhaltet folgenden 1. Absatz: "Wer die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist", was sich im vorliegenden Fall einer Beförderungsleistung auf folgendes kürzen lässt: "Wer ... die Beförderung durch ein Verkehrsmittel ... in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist". Die Voraussetzung des Erschleichens der Beförderungsleistung wurde nicht nur vom Angeklagten nicht erfüllt, sondern das Handeln des Angeklagten wirkte aktiv und erkennbar wirkungsvoll gegen die Bedingungen eines Erschleichens, sich mit einem Anschein der Ordnungsmäßigkeit zu umgeben. Diese Bedingung ist nach der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung in Verbindung mit der Bedingung, dass überhaupt ein Verkehrsmittel unberechtigt – also nicht den Vertragsbedingungen der Betreibergesellschaft gemäß -- benutzt wurde, zwingend.

Dies ergibt sich aus dem Urteil der 11. Kleinen Strafkammer des LG Dresden zu Az 11 Ns 162 Js 60817/14 vom 5.8.2015 (zur HV am 2.7. und 14.7.2015):

„Zu den nachstehend genannten Zeitpunkten fuhr der Angeklagte mit öffentlichen Verkehrsmitteln der Deutschen Bahn AG, ohne jeweils im Besitz eines gültigen

Fahrausweises zu sein. Der Angeklagte hatte in sämtlichen Fällen bereits bei Fahrtantritt vor, den Fahrpreis nicht zu entrichten. Zu seinen Gunsten ist davon auszugehen, dass er sowohl bei Betreten des Zuges als auch gegenüber den Kontrolleuren einen Zettel mit den Ausmaßen 10 x 15 cm vor sich hielt mit der Aufschrift „Rechtlicher Hinweis: Ich fahre umsonst.“

Hier nimmt das verhandelnde Gericht Bezug auf Blatt 78 der Akte aus der 1. Instanz auf welcher das Besagte Schild zu sehen ist.

Auch ein entsprechender Beweisantrag des Beschuldigten beschäftigte sich mit dem Vorhandensein und der Auffälligkeit des Schildes:

„Zu beweisende Tatsache: Ich betrete Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs regelmäßig mit einer deutlich sichtbaren, eindeutigen und nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung, auf der unmissverständlich geschrieben steht, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Beweismittel: Inaugenscheinnahme der Aufzeichnung der Überwachungskamera aus den jeweiligen Fahrzeugen der Deutschen Bahn AG

Begründung/ Relevanz: Die Inaugenscheinnahme der Aufzeichnungen wird ergeben das der Beschuldigte während der Fahrten deutlich sichtbar ein Schild bei sich getragen hat welches eine nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung trug , welche auf unmissverständliche Art und Weise verständliche machte, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Der § 265a StGB spricht von einer erschlichenen Leistung wenn der Täter sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt oder zum Erlangen einer Leistung Kontrollmaßnahmen umgeht.(siehe Kommentierung auf Seite 1889ff Rn 20 und 21 § 265a C.H. Beck Verlag 57. Auflage StGB) Da der Beschuldigte sich offensichtlich nicht mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgab ist das Verfahren einzustellen und der Beschuldigte freizusprechen.“

Der Antrag wurde gestellt und beschieden, wie das Protokoll der HV vom 14.7.2015 nachweist:

„Der Angeklagte stellte einen weitere Antrag (Anlage VIII).“ (Seite 5 des Protokolls vom 14.07.2015)

„Der Vorsitzende verkündete nacheinander die dem Protokoll als Anlagen XIII bis XV beiliegenden Beschlüsse.“ (Seite 6 des Protokolls vom 14.07.2015)

Das Gericht bezweifelte nicht die Existenz und die im Antrag aufgezeigte Auffälligkeit des Schildes, sondern wies den Beweisantrag als unbedeutend zurück, wie aus dem entsprechenden Beschluss (Anlage XV) hervor geht:

„B.v. 14.07.2015

(...)

Der Beweisantrag auf Inaugenscheinnahme der Überwachungskameras der Züge, sollten diese überhaupt noch existieren, ist für die Erfüllung des

Straftatbestandes ohne Bedeutung.(...)“

Die Folgerung, dass sich aus der im Urteil der 11. Kleinen Strafkammer des LG Dresden zu Az 11 Ns 162 Js 60817/14 vom 5.8.2015 (zur HV am 2.7. und 14.7.2015) festgestellten Handlung der Straftatbestand des § 265a StGB gerade nicht ergibt, ist durch die Rechtsprechung unter anderem des Bundesverfassungsgerichts bereits geklärt. Beispielhaft angeführt seien folgende Urteile:

a) Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 1907/97 -

Absatz 7: "Dieses Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt nach der Rechtsprechung eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aus. Dabei ist "Analogie" nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; vielmehr ist jede Rechtsanwendung ausgeschlossen, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Art. 103 Abs. 2 GG zieht insoweit auch bei der Auslegung von Strafvorschriften eine verfassungsrechtliche Grenze (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>). Mit diesem Grundgedanken des Art. 103 Abs. 2 GG setzt sich auch eine Verurteilung in Widerspruch, der eine objektiv unhaltbare und deshalb willkürliche Auslegung des materiellen Strafrechts zugrunde liegt. Davon kann im vorliegenden Fall jedoch keine Rede sein."

Absatz 8: "Die Vorschrift des § 265a StGB enthält vier Auffangtatbestände zum Betrug (§ 263 StGB) und wurde 1935 geschaffen, um den Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, die bei der Feststellung der Betrugsmerkmale Täuschung, Irrtumserregung und Vermögensschädigung bei Inanspruchnahme von Massenleistungen ohne Entrichtung des geforderten Entgelts auftraten (vgl. dazu im einzelnen LK-Lackner, StGB, 10. Aufl., Vorbem. Zu § 265a). Geschütztes Rechtsgut ist das Vermögen. Dieses soll nach dem Zweck des Gesetzes nicht durch den Mißbrauch des Vertrauens, das der Betreiber durch das uneingeschränkte Anbieten seiner Leistung an das gesamte Publikum vorgeleistet hat, straflos beeinträchtigt werden können (Lackner, a.a.O.; Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 265a Rn. 1 m.w.N.). Da das Tatbestandsmerkmal "Erschleichen" schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung für sich genommen eine weite Auslegung zuläßt, **ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn die herrschende Auffassung im Schrifttum sowie die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten versteht, durch das sich der Täter in den Genuß der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt** (so OLG Hamburg, NStZ 1988, S. 221, 222; OLG Stuttgart, NJW 1990, S. 924; OLG Hamburg, NStZ 1991, S. 587, 588; OLG Düsseldorf, NStZ 1992, S. 84; Lackner, a.a.O., Rn. 8; für die gegenteilige Auffassung vgl. AG Hamburg, NStZ 1988, S. 221; Alwart, JZ 1986, S. 563; Albrecht, NStZ 1988, S. 222). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers verliert der Tatbestand des § 265a StGB in der Tatmodalität des Erschleichens dadurch auch nicht jegliche Konturen. **Es ist von Verfassungs wegen insbesondere nicht**

geboten, über das bloße Erwecken eines Anscheins hinaus etwa die Überlistung einer Kontrollmöglichkeit oder eine täuschungsähnliche Manipulation zu verlangen. Wäre beispielsweise ein "Anscheinsempfänger" vorhanden, läge eine Täuschung vor; damit wäre der Tatbestand des Betruges im Sinne des § 263 StGB in Betracht zu ziehen. Auch in der vom Beschwerdeführer beanstandeten Auslegung erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens seine rechtsstaatliche Garantiefunktion. **So wird nicht jede unbefugte Entgegennahme einer Leistung als Erschleichen bezeichnet werden können**, etwa dann, wenn die Sperreinrichtung eines Automaten versagt oder wenn vom Täter Gewalt angewendet wird. Daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 265a StGB vergleichbare Fallgestaltungen im Auge hatte, ergibt sich ungeachtet der Unterschiede im einzelnen auch aus der Aufnahme der Tatmodalität der Zutrittserschleichung in die Vorschrift. "

b) Bundesgerichtshof, Beschluss vom 8. 1. 2009 - 4 StR 117/08

Absatz 2: "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."

In Absatz 24 des BGH-Urteils 4 StR 117/08 formuliert der Senat als notwendiges Tatbestandsmerkmal, für das Erschleichen einer Beförderungsleistung nach § 265a StGB, daß sich der Angeklagte allgemein mit einem entsprechenden Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen umgeben mußte: "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."

c) HansOLG Hamburg, Urteil vom 03.06.1987 - 1 Ss 67/87

Aus den Gründen: „In diesem Fall kann es auf Heimlichkeit und List, Schmeicheleien oder Täuschung nicht ankommen, sondern es genügt jede unredliche Machenschaft. Demgemäß ist in der Literatur bisher überwiegend dargelegt worden, es genüge zwar für die Erschleichung von Beförderungsleistungen die bloße unentgeltliche Benutzung des Verkehrsmittels einerseits nicht, reiche andererseits aber jedes der Ordnung widersprechende Verhalten aus, durch das der Täter sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt (vgl. Lackner, 17. Aufl., Anm. 3; ders. in: LK, 10. Aufl., Rn 8; S/S-Lenckner, 22. Aufl., Rn 8, 11; SKStGB-Samson, Rn 9; Schäfer, in: Dalcke/Fuhrmann/Schäfer,

StrafR und Strafverfahren, 37. Aufl., Anm. 2 - je zu § 265a; enger Schmidhäuser, StrafR BT, S. 109; und Alwart, aaO; ebenso wohl auch Blei, StrafR BT, 12. Aufl., S. 246). Dieser überwiegend vertretenen Auffassung ist die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - bisher gefolgt. Auch der erkennende Senat hat sie früher ständig vertreten und hält daran weiterhin fest.“

d) OLG Stuttgart, Urteil vom 10-03-1989 - 1 Ss 635/88

Aus den Gründen: „Die unter Berücksichtigung dieser Grenzen entwickelte herrschende Meinung versteht unter dem “Erschleichen” einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten, durch das sich der Täter in den Genuß der Leistung bringt und bei welchem er sich entweder mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt oder, was hier nicht in Betracht kommt, Kontrollmaßnahmen umgeht oder ausschaltet. Dieses mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit verknüpfte Verhalten setzt weder ein Einschleichen noch das Täuschen oder den Irrtum eines anderen - dann käme Betrug in Betracht - voraus. Vielmehr soll unauffälliges oder unbefangenes Auftreten und sogar untätiges Verhalten genügen, um diesen Anschein der Ordnungsmäßigkeit erzeugen zu können.“

Das OLG Stuttgart präzisiert in seinen Urteilsgründen die Handlungskomponente des Tatbestandes Erschleichen von Leistungen:

„Die insbesondere von Albrecht, NStZ 1988, NSTZ Jahr 1988 Seite 221 vermißte Handlungskomponente des Tatbestandes betätigt der “Schwarzfahrer” dadurch, daß er, unauffällig wie jeder andere - ehrliche - Benutzer auftretend, das abfahrbereite Verkehrsmittel entgegen den Beförderungsbedingungen betritt und die Leistung des Betreibers in Anspruch nimmt.“ Gerade diese Unauffälligkeit war durch das Verhalten des Angeklagten nicht gegeben.

e) OLG Naumburg, 06.04.2009 - 2 Ss 313/07

„Tatbestandsverwirklichung der Erschleichung von Beförderungsleistungen

1. a) Eine Beförderungsleistung wird dann i.S. des § 265a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter sich unter Überwindung oder Umgehung physischer Schranken durch täuschungsähnliches oder durch anderweitig manipulatives Verhalten in den Genuss der Beförderungsleistung bringt.

Daneben genügt es allerdings auch, dass er ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt **und** sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen. b) Nicht notwendig ist, dass der Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen gerade gegenüber dem Beförderungsbetreiber oder seinen Bediensteten erregt wird. Es genügt vielmehr, dass der Täter lediglich allgemein einen entsprechenden Anschein erweckt.“

In den Gründen des Urteils OLG Naumburg, 06.04.2009 - 2 Ss 313/07 wird dazu präzisierend ausgeführt:

„Nach diesen Grundsätzen ist der objektive Tatbestand der Leistungerschleichung nicht bereits dann erfüllt, wenn der Angeklagte das Verkehrsmittel unberechtigt nutzte. Er muss darüber hinaus für einen objektiven Beobachter den Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen erregt haben. Daher ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Täter gemessen an den jeweils geltenden Geschäftsbedingungen ein äußerlich erkennbares Verhalten zeigte, das einem objektiven Beobachter erlaubte, durch Subsumtion unter die Voraussetzungen der Geschäftsbedingungen den Schluss zu ziehen, der Täter sei zur Benutzung des Verkehrsmittels berechtigt. Hierfür kann es schon genügen, wenn er das Verkehrsmittel betritt und mitfährt, ohne sich um die Erlangung eines Fahrausweises zu kümmern oder einen Fahrausweis vorzuzeigen oder zu entwerten. **Dies gilt jedoch nur dann, wenn dieses Verhalten nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers keinen Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Benutzung des Verkehrsmittels bietet, etwa weil ein objektiver Beobachter davon ausgehen kann, dass der Täter im Besitz eines Dauerfahr Scheines ist und er diesem Anschein auch nicht entgegen getreten ist. Letzteres ist etwa anzunehmen, wenn er bereits beim Betreten des Beförderungsmittels deutlich zum Ausdruck gebracht hat, er wolle den geschuldeten Fahrpreis nicht entrichten.** Ebenso ist der objektive Tatbestand zum Beispiel dann nicht erfüllt, wenn der Fahrgast verpflichtet ist, beim Betreten des Beförderungsmittels einen Fahrausweis zu erwerben, zu entwerten oder dem Personal unaufgefordert vorzuzeigen und der Täter das Verkehrsmittel benutzt ohne eine dieser Handlungen vorzunehmen. Um feststellen zu können, ob der Täter den Anschein der nach den Geschäftsbedingungen berechtigten Benutzung des Verkehrsmittels erweckt hat, müssen deshalb die nach den Geschäftsbedingungen dafür aufgestellten Voraussetzungen sowie das äußerlich erkennbare Verhalten des Täters, das den Schluss zulässt, er erfülle diese Voraussetzungen, ermittelt werden. Beides ist in dem Urteil mitzuteilen.“

Das Urteil des Landgerichts Dresden enthält genau diese Feststellungen, nämlich dass schon beim Betreten des Beförderungsmittels deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, der Angeklagte wolle den geschuldeten Fahrpreis nicht entrichten. Der Angeklagte hatte dazu im vorliegenden Verfahren 11 Ns 162 Js 60817/14 auch einen entsprechenden Beweisantrag gestellt, der vom Gericht laut Urteil als wahr unterstellt wurde:

„Der Angeklagte stellte einen weiteren Antrag (Anlage VIII).“ (Protokoll HV 14.07.2015, Seite 5)

Wortlaut des Beweisantrages, der in der Hauptverhandlung am 14.7.2015 gestellt und als Anlage VIII (Bl. 140 d. A.) zu Protokoll genommen wurde:

„Zu beweisende Tatsache: Ich betrete Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs regelmäßig mit einer deutlich sichtbaren, eindeutigen und nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung, auf der unmissverständlich geschrieben steht, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Beweismittel: Inaugenscheinnahme der Aufzeichnung der Überwachungskamera aus den jeweiligen Fahrzeugen der Deutschen Bahn AG

Begründung/ Relevanz: Die Inaugenscheinnahme der Aufzeichnungen wird ergeben das der Beschuldigte während der Fahrten deutlich sichtbar ein Schild bei

sich getragen hat welches eine nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung trug , welche auf unmissverständliche Art und Weise verständliche machte, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Der § 265a StGB spricht von einer erschlichenen Leistung wenn der Täter sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt oder zum Erlangen einer Leistung Kontrollmaßnahmen umgeht.(siehe Kommentierung auf Seite 1889ff Rn 20 und 21 § 265a C.H. Beck Verlag 57. Auflage StGB) Da der Beschuldigte sich offensichtlich nicht mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgab ist das Verfahren einzustellen und der Beschuldigte freizusprechen.“

Im Urteil unterstellte das Gericht die zuvor formal als bedeutungslos behandelte Tatsache nun doch als relevant und unterstellte sie als wahr::

„Zu den nachstehend genannten Zeitpunkten fuhr der Angeklagte mit öffentlichen Verkehrsmitteln der Deutschen Bahn AG, ohne jeweils im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein. Der Angeklagte hatte in sämtlichen Fällen bereits bei Fahrtantritt vor, den Fahrpreis nicht zu entrichten. Zu seinen Gunsten ist davon auszugehen, dass er sowohl bei Betreten des Zuges als auch gegenüber den Kontrolleuren einen Zettel mit den Ausmaßen 10 x 15 cm vor sich hielt mit der Aufschrift „Rechtlicher Hinweis: Ich fahre umsonst.““ (Gründe, II.)

Damit ist festgestellt, dass der Angeklagte seinen Willen und sein tatsächliches Verhalten, ohne Fahrschein den Zug zu nutzen, „unmissverständlich“ zum Ausdruck brachte. Von einem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ kann daher keine Rede mehr sein.

f) BayObLG 5 St RR 169/01, Beschluss vom 04.07.2001

„Das Nichtlösen eines Fahrscheins für die Benutzung des Beförderungsmittels erfüllt zwar für sich allein noch nicht den Tatbestand des § 265 a StGB; in der Regel geht es allerdings mit einem unauffälligen Verhalten einher, das die Fahrgeldhinterziehung nicht aufscheinen lassen soll. ... Durch dieses unauffällige Verhalten erweckt der Reisende den Anschein der Ordnungsmäßigkeit, da er wie jeder andere - ehrliche - Benutzer auftretend das abfahrbereite Beförderungsmittel betritt und die Leistung des Betreibers in Anspruch nimmt“.

g) 5 RVs 1/11 OLG Hamm

Aus den Gründen:

„Wer einen Fahrausweis weder vor Fahrtantritt noch unmittelbar nach Betreten des Beförderungsmittels löst, obwohl er dazu verpflichtet ist, dokumentiert nach außen das Verhalten eines ehrlichen Benutzers und erweckt den Eindruck, er nehme die Beförderungsleistung ordnungsgemäß in Anspruch (vgl. OLG Hamburg NJW 1987, 2688 f.). Wer ein Beförderungsmittel ohne gültigen Fahrausweis betritt, verschweigt nicht nur das Unterlassen der Zahlung des Fahrpreises, sondern gibt mit dem Benutzen des Beförderungsmittels konkludent die wahrheitswidrige Erklärung ab, seiner Zahlungspflicht - in welcher Form auch immer - nachgekommen zu sein (vgl. OLG Hamburg, NSTZ 1991, S. 587, 588).“

Das Verhalten des Angeklagten dokumentierte durch den offen erkennbaren Zettel mit der Aufschrift „Ich fahre umsonst“ gerade, dass die Beförderungsleistung durch den Angeklagten nicht bezahlt wurde und daher in nicht-ordnungsgemäßer Weise in Anspruch genommen wurde.

Hätte das Gericht diesen Sachverhalt angemessen gewürdigt, hätte es einsehen müssen, dass die Tat wie sie vorgeworfen wurde von keinem gültigen Gesetz unter Strafe gestellt ist. Somit steht das Urteil im Widerspruch zu Artikel 103 Absatz 2 GG („Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“) und § 1 StGB („Keine Strafe ohne Gesetz“) und ist damit rechtsfehlerhaft. Der Freispruch hätte statt der Verurteilung erfolgen müssen.

2. Rüge: Die Tatbestandsmerkmale des § 265a StGB wurden durch den Angeklagten in dem zur Last gelegten Handeln nicht erfüllt. Eine Verurteilung erfolgte trotzdem.

Der § 265a - Erschleichen von Leistungen - beinhaltet folgenden 1. Absatz: "Wer die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist", was sich im vorliegenden Fall einer Beförderungsleistung auf folgendes kürzen lässt: "Wer ... die Beförderung durch ein Verkehrsmittel ... in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist"

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung „wird nicht jede unbefugte Entgegennahme einer Leistung als Erschleichen bezeichnet werden können“ (Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 1907/97).

Von der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde dies aufgegriffen und weiter ausgeführt. So begründet das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in seinem Urteil vom 03.06.1987 (HansOLG Hamburg - 1 Ss 67/87):

„Demgemäß ist in der Literatur bisher überwiegend dargelegt worden, es genüge zwar für die Erschleichen von Beförderungsleistungen die bloße unentgeltliche Benutzung des Verkehrsmittels einerseits nicht, reiche andererseits aber jedes der Ordnung widersprechende Verhalten aus, durch das der Täter sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt“.

Und unmittelbar anschließend weiter:

„Dieser überwiegend vertretenen Auffassung ist die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - bisher gefolgt. Auch der erkennende Senat hat sie früher ständig vertreten und hält daran weiterhin fest.“

Neben weiteren Oberlandesgerichten folgt dieser Rechtsprechung auch das OLG Naumburg (OLG Naumburg - 2 Ss 313/07):

„Der objektive Tatbestand der Leistungerschleichen ist deshalb nicht schon dann erfüllt, wenn jemand ein Verkehrsmittel unberechtigt nutzt. Er muss darüber hinaus für einen objektiven Beobachter den Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung

der Geschäftsbedingungen erregt haben, weshalb im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob der Täter gemessen an den jeweils geltenden Geschäftsbedingungen ein äußerlich erkennbares Verhalten zeigte, das einem objektiven Beobachter erlaubte, durch Subsumtion unter die Voraussetzungen der Geschäftsbedingungen den Schluss zu ziehen, der Täter sei zur Benutzung des Verkehrsmittels berechtigt.“

Für eine Tatbestandsverwirklichung der Erschleichung von Beförderungsleistung nach § 265a StGB muss sich der Beschuldigte also durch sein Handeln mit einem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgeben mit welchem er oder sie die wahrheitswidrige Erklärung abgibt, der Zahlungspflicht - in welcher Form auch immer - nachgekommen zu sein. Das OLG Hamm begründet sein Urteil (OLG Hamm - 5 RVs 1/11) derart:

„Wer ein Beförderungsmittel ohne gültigen Fahrausweis betritt, verschweigt nicht nur das Unterlassen der Zahlung des Fahrpreises, sondern gibt mit dem Benutzen des Beförderungsmittels konkludent die wahrheitswidrige Erklärung ab, seiner Zahlungspflicht - in welcher Form auch immer - nachgekommen zu sein“.

Dass der Empfänger dieses Anscheins, der von dem die Beförderungsleistung Inanspruchnehmenden auszugehen hat, nicht voraussetzungsgemäß ein Vertreter des Beförderungsunternehmens sein muss, ist dem Beschluss des Bundesgerichtshof vom 8. 1. 2009 (BGH - 4 StR 117/08) zu entnehmen:

"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."

Das OLG Stuttgart verneint in seinem Urteil vom 10-03-1989 (OLG Stuttgart - 1 Ss 635/88), dass zur Erfüllung des Straftatbestandes nötige physische Vorhandensein eines menschlichen Anscheinsempfänger grundsätzlich:

„Zu dem so erreichten „Anscheinerwecken“ gehört gerade nicht ein präsen- ter adäquater Anscheinsempfänger. Wäre ein solcher vorhanden, so würde er zwangsläufig von dem unehrlichen Benutzer getäuscht; dann aber läge Betrug bzw. Betrugsversuch vor und der Auffangtatbestand des § STGB § 265a StGB käme gerade nicht in Betracht.“

Das Urteil, gegen welches sich hiesige Revision wendet, geht in Teil IV des Urteils vom Gegenteil aus (Seite 4 der Ausführlichen Urteilsbegründung):

„Der Angeklagte war von vornherein entschlossen, die Dienste der Deutschen Bundesbahn unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Er machte selbst nicht geltend, vor Antritt der Fahrt das Ansinnen der kostenlosen Beförderung gegenüber dem Zugpersonal gestellt zu haben.“

Zunächst ist unklar, auf welches „Zugpersonal“ sich diese Aussage des Gerichtes bezieht, es ist aber zu unterstellen, dass es um jenes mit der Kontrolle der Fahrscheine Beauftragte geht. Den Triebfahrzeugführer anzusprechen ist jedenfalls den Fahrgästen nicht erlaubt. Diese oben zitierte

Anforderung aus dem Urteil des LG Dresden würde dann bedeuten, dass in einem öffentlichen Verkehrsmittel, in dem sich keine solche Person des Verkehrsunternehmens befindet, einerseits ein fahrscheinloses Fahren ohne Anschein der Ordnungsmäßigkeit grundsätzlich nicht möglich wäre, was alle ober- und höchstrichterlichen Urteile, die sich genau darauf beziehen ad absurdum führen würde. Andererseits aber würden Personen ohne Fahrschein, die sich ansonsten unauffällig verhalten, trotzdem den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ erfüllen, obwohl für sie kein Zieladressat dieses Anscheins vorhanden ist. Obendrein würden sich dieser Logik nach ausnahmslos alle Fahrgäste einer Leistungerschleichung schuldig machen, solange nicht ihre Fahrschein kontrolliert wurden. Denn: in der Logik des Urteils entsteht eine (rechtliche) Wirkung erst dann, wenn sie von einer berechtigten Person wahrgenommen wird. Demnach wäre der Fahrschein auch erst ein gültiger Fahrschein, wenn eine Zielperson diesen als solchen sieht bzw. akzeptiert. Das ist bereits nicht schlüssig. Es ist aber auch nicht zulässig, weil es die Frage, ob ein Erschleichen möglich ist oder nicht, vollständig davon abhängig macht, ob eine Person den Anschein wahrnimmt. Es käme also gar nicht mehr darauf an, wie sich die Person verhält, von der die Handlung ausgeht, sondern nur noch darauf, wie sich andere verhalten. Das ist mit dem Grundsatz positiven Rechts nicht mehr vereinbar. Schrödingers Katze beißt sich selbst in den Schwanz. Zu alledem würde die Rechtsunsicherheit noch erweitert, in dem nämlich die Frage sogar noch davon abhängen würde, ob sich ein z.B. zivil gekleideter Kontrolleur zu erkennen gibt oder nicht. Eine solche Sichtweise, die die Frage des Bestehens einer Straftat vollständig vom Verhalten des möglichen Straftäters löst, ist mit den geltenden Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar.

Das hiermit angefochtene Urteil des Landgerichts Dresden steht damit im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH und weiterer Gerichte, z.B. des OLG Stuttgart in der Frage, ob es eines physisch vorhandenen, menschlichen Anscheinempfängers bedürfe und ob dieser notwendigerweise ein Vertreter des Beförderungsunternehmens sein muss. Damit wird durch den Angeklagten gerade das erfüllt, was mit Urteil vom 06.04.2009 durch das OLG Naumburg (OLG Naumburg- 2 Ss 313/07) als Bedingung für eine Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 265a StGB genannt wird:

„Daher ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Täter gemessen an den jeweils geltenden Geschäftsbedingungen ein äußerlich erkennbares Verhalten zeigte, das einem objektiven Beobachter erlaubte, durch Subsumtion unter die Voraussetzungen der Geschäftsbedingungen den Schluss zu ziehen, der Täter sei zur Benutzung des Verkehrsmittels berechtigt.“

Das Verhalten des Angeklagten führte dazu, dass objektive Beobachter den Schluss ziehen konnten, der Angeklagte sei zur Benutzung des Verkehrsmittels nicht berechtigt:

„Der Angeklagte hatte in sämtlichen Fällen bereits bei Fahrtantritt vor, den Fahrpreis nicht zu entrichten. Zu seinen Gunsten ist davon auszugehen, dass er sowohl bei Betreten des Zuges als auch gegenüber den Kontrolleuren einen Zettel mit den Ausmaßen 10 x 15 cm vor sich hielt mit der Aufschrift „Rechtlicher Hinweis: Ich fahre umsonst.““ (Urteil)

Hätte das Gericht diesen wie dargelegt selbst in der Urteilsbegründung eingesehenen Sachverhalt den Straftatbestandsmerkmalen des § 265a StGB entsprechend gewürdigt, hätte sich eine Verurteilung jedenfalls nach dieser Norm erübrigt. Verurteilt wurde aber trotzdem und damit rechtsfehlerhaft nach § 265a.

3. Rüge: Das Zutreffen eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB wurde nicht berücksichtigt.

Das Gericht wurde auf das Zutreffen eines Verbotsirrtums spätestens mit der Verlesung des Schlussvortrages der Verteidigung in Kenntnis gesetzt, wie aus dem Protokoll der HV vom 14.7.2015, Seite 6, hervor geht:

„D. Verteidiger Sebastian Lipp hielt den schlussvortrag und beantragte, den Angeklagten freizusprechen.

Der Rechtsvertreter des Angeklagten reichte seinen Schlussvortrag zu den Akten (Anlage XVIII).“

Der relevante Auszug aus dem Schlussvortrag wird wiedergegeben:

„3. Verbotsirrtum

Der Gesetzestext ist eindeutig, die Kommentare gehen alle in die gleiche Richtung und fast alle Beschlüsse und Urteile höherer Gerichte auch. Es gibt passende Freisprüche ... woher soll mensch auf die Ideen kommen, da die_ der Richter_in am Amtsgericht Pillefitz ausgerechnet meint, alles bisher geltende über Bord zu werfen und neues Recht zu kreieren? So etwas ist unmöglich - und daher der Verbotsirrtum gegeben. Er war auch nicht vermeidbar, denn je intensiver mensch sich einliest, desto eindeutiger ist die Sache: Gekennzeichneten "Schwarzfahren" ist KEINE Straftat.“

In § 17 StGB ist der Verbotsirrtum definiert wie folgt.

„Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.“

Der durch das angefochtene Urteil für schuldig Befundene ist der Ansicht, dass durch die zwar unentgeltliche und damit unbefugte aber ausdrücklich und offene Inanspruchnahme der Beförderung der Straftatbestand des § 265 a gerade nicht erfüllbar ist. Dies belegt der Umstand, dass er sich explizit entsprechend verhielt, um die Begehung der Straftat zu vermeiden. Der Angeklagte trug nämlich ein Schild, das seine rechtliche Auffassung der Rechtslage durch die Aufschrift „Rechtlicher Hinweis: Ich fahre umsonst.“ zum Ausdruck brachte. Dies ergibt sich aus dem Urteil der 11. Kleinen Strafkammer des LG Dresden zu Az 11 Ns 162 Js 60817/14 vom 5.8.2015 (zur HV am 2.7. und 14.7.2015):

„Zu den nachstehend genannten Zeitpunkten fuhr der Angeklagte mit öffentlichen Verkehrsmitteln der Deutschen Bahn AG, ohne jeweils im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein. Der Angeklagte hatte in sämtlichen Fällen bereits bei Fahrtantritt vor, den Fahrpreis nicht zu entrichten. Zu seinen Gunsten ist davon auszugehen, dass er sowohl bei Betreten des Zuges als auch gegenüber den Kontrolleuren einen Zettel mit den Ausmaßen 10 x 15 cm vor sich hielt mit der Aufschrift „Rechtlicher Hinweis: Ich fahre umsonst.“

Hier nimmt das verhandelnde Gericht Bezug auf Blatt 78 der Akte aus der 1. Instanz auf welcher das Besagte Schild zu sehen ist.

Verschiedene Entscheidungen, die dem Angeklagten bekannt waren und ihn erst zu seiner

Auffassung gelangen ließen, stützen dies eindeutig.

BayObLG RReg 3a St 16/69, Beschluss vom 21.02.1969

„Das Merkmal des Erschleichens wird nicht schon durch das bloße unbefugte unentgeltliche Sichverschaffen erfüllt. Auf die Errichtung eines gewissen Scheins kann dafür nicht völlig verzichtet werden. Wer die Unentgeltlichkeit der Leistung dem Berechtigten oder dessen Beauftragten gegenüber ausdrücklich und offen in Anspruch nimmt, erschleicht nicht.“

Ein Angeklagter ist etwa auch bei vergleichbarer Sachlage vom Amtsgericht Eschwege im Verfahren 71 Cs – 9621 Js 14035/13 freigesprochen worden. Auszug aus dem Urteil:

„Der Angeklagte hat zwar eingeräumt, jeweils den Zug der Cantus Verkehrsgesellschaft benutzt zu haben, ohne im Besitz des erforderlichen Fahrscheins gewesen zu sein. Seine Einlassung, dass er jedoch in allen 3 Fällen vor Fahrtantritt deutlich sichtbar einen Zettel an seine Kleidung geheftet hatte mit der Aufschrift „Ich fahre umsonst“ war nicht zu widerlegen. Damit hat er allerdings gerade offenbart, kein zahlungswilliger Fahrgast zu sein, weshalb bereits der objektive Tatbestand des § 265 a Abs. 1 StGB nicht erfüllt ist.“

Das Urteil des Amtsgericht Eschwege entspricht – anders als die Rechtsprechung des Amtsgerichts Meißen und des Landgerichts Dresden – der Rechtslage. Die Kenntnis der Rechtslage seitens des Angeklagten wurde durch die Kenntnis dieses Freispruchs durch das Amtsgericht Eschwege bestärkt. Auch ist der Gesetzestext eindeutig („Wer die [...] Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] in der Absicht **erschleicht**, das Entgelt nicht zu entrichten, wird [...] bestraft.“).

Kommentare, weitere Beschlüsse und Urteile höherer Gerichte weisen wie gezeigt ebenfalls die Richtigkeit dieser Auffassung aus. Es bestand kein Anlass, an der Richtigkeit seiner (sich mit der höherer Gerichte deckenden) Auffassung zu zweifeln. Sollte diese Auffassung dennoch ein Irrtum sein – wofür nichts spricht -, dann wäre sie genau aus diesem Grund unvermeidlich gewesen: Je mehr mensch sich mit der Rechtslage auseinandersetzt, desto mehr drängt sich die dargelegte Auffassung auf.

Damit war dem Gericht bewusst, dass eine Verurteilung selbst unter Missachtung der zuvor aufgezeigten Rechtsfehler nicht hätte in Frage kommen können, weil dann ein unvermeidlicher Verbotsirrtum vorgelegen hätte. Auch an diesem Punkt ist das Urteil rechtsfehlerhaft und es wäre ein Freispruch zwingend gewesen.

4. Rüge: Das Urteil trifft Feststellungen, die der Beweiswürdigung widersprechen.

Während der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zum hier angefochtenen Urteil vom 14.7.2015 wurde vom Angeklagten ein weiterer Antrag eingebracht, hierzu heißt es auf Seite 5 des Protokolls:

„Der Angeklagte stellte einen weiteren Antrag (Anlage VIII).“

Der Antrag , welcher im Folgenden im Wortlaut wiedergegeben ist, wurde nach Verlesung selbigen als Anlage VIII (Bl 140 d. A.) zum Protokoll genommen:

„Zu beweisende Tatsache: Ich betrete Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs regelmäßig mit einer deutlich sichtbaren, eindeutigen und nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung, auf der unmissverständlich geschrieben steht, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Beweismittel: Inaugenscheinnahme der Aufzeichnung der Überwachungskamera aus den jeweiligen Fahrzeugen der Deutschen Bahn AG

Begründung/ Relevanz: Die Inaugenscheinnahme der Aufzeichnungen wird ergeben das der Beschuldigte während der Fahrten deutlich sichtbar ein Schild bei sich getragen hat welches eine nicht außerhalb von Nahverkehrsmitteln üblichen Kennzeichnung trug , welche auf unmissverständliche Art und Weise verständliche machte, dass ich ohne Fahrkarte eingestiegen bin und mitfahre.

Der § 265a StGB spricht von einer erschlichenen Leistung wenn der Täter sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt oder zum Erlangen einer Leistung Kontrollmaßnahmen umgeht.(siehe Kommentierung auf Seite 1889ff Rn 20 und 21 § 265a C.H. Beck Verlag 57. Auflage StGB) Da der Beschuldigte sich offensichtlich nicht mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgab ist das Verfahren einzustellen und der Beschuldigte freizusprechen.“

Die Entscheidung über den Beweisantrag wurde wie alle anderen bisherigen Anträge durch den Vorsitzenden Richter zurückgestellt

„Der Angeklagte beabsichtigte weitere Anträge zu stellen.

Verfügung des Vorsitzenden:

Die Entgegennahme der Anträge wird bis zum Ende des Sitzungstages zurückgestellt.“

(Seite 3 des Protokolls vom 14.07.2015)

Zum Beschluss heißt es auf Seite 6 des Protokolls:

„Der Vorsitzende verkündete nacheinander die dem Protokoll als Anlagen XIII bis XV beiliegenden Beschlüsse.“

In diesem Beschluss , welcher als Anlage XV (Blatt 152) dem Protokoll angefügt ist, wird ausgeführt:

„B.v. 14.07.2015

(...)

Der Beweisantrag auf Inaugenscheinnahme der Überwachungskameras der Züge, sollten diese überhaupt noch existieren, ist für die Erfüllung des Straftatbestandes ohne Bedeutung.

Es ist nicht anzunehmen, daß das kleine Schild überhaupt zur Kenntnis genommen wurde, wenn dies erst überhaupt bei der Kontrolle durch den (unleserlich) Schaffner der Fall gewesen sein.

Dann war der Straftatbestand schon erfüllt.“

Abgesehen davon, dass sich, wenn die Beschaffenheit „einer deutlich sichtbaren,

eindeutigen“ Kennzeichnung der unberechtigten Benutzung als für die Erfüllung des Straftatbestandes unbedeutend abgetan wird, auch die weiteren Ausführungen des Richters in seinem Beschluss als irrelevant erweisen, kann sich das Urteil nicht strafbegründend auf die damit verworfenen Tatsachen beziehen. Trotzdem wird dort unter Ziffer IV das Schild als zu klein und unauffällig abgetan:

„Das Schild selbst ist so klein und in unauffälliger Schrift abgefasst, dass der Angeklagte weder davon ausgehen konnte, dass es bei Einsteigen in den Zuge von dem Zugpersonal noch von anderen einsteigenden Personen wahrgenommen werden musste.

Im Ergebnis erweckte der Angeklagte bei Betreten des Zuges den Anschein, berechtigt mitfahren zu dürfen.“

Dadurch erst konnte das Gericht – rechtsfehlerhaft – den für die Verurteilung notwendigen Anschein der Ordnungsmäßigkeit konstruieren. Ohne diesen offensichtlichen Fehler wäre eine Verurteilung nicht zu machen gewesen.

Mit freundlichen Grüßen



Sebastian Lipp