
OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN



Aktenzeichen: 5 OLG 15 Ss 396/18

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Der 5. Strafsenat des Oberlandesgerichts München hat in dem Strafverfahren

gegen

Dirk Jessen

wegen

Erschleichens von Leistungen

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 12.04.2019
an der teilgenommen haben:

1. als Richter die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Wiringer-Seiler sowie der Richter am Oberlandesgericht Dr. Werner und die Richterin am Oberlandesgericht Thalheim,
2. als Beamter der Staatsanwaltschaft
Oberstaatsanwältin Greim
3. als Verteidiger, zugelassen gemäß § 138 Abs. 2 StPO durch Beschluss des Landgerichts München II vom 31. Mai 2016,
Jörg Bergstedt aus Reiskirchen
4. als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Justizangestellte Yazgin,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts München II vom 26. April 2018 mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben.
- II. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Strafkammer des Landgerichts München II zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten am 2. November 2016 wegen Erschleichens von Leistungen in zwei tatmehrheitlichen Fällen zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 19 €. Hiergegen legte die Staatsanwaltschaft eine auf die Rechtsfolgen beschränkte Berufung, der Angeklagten eine unbeschränkte Berufung ein.

Auf die Berufung des Angeklagten hob das Landgericht am 26. April 2018 das Urteil des Amtsgerichts vom 2. November 2016 auf und sprach den Angeklagten frei. Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, mit der sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.

II.

Die zulässige Revision hat bereits mit der Sachrüge Erfolg, da die Feststellungen den Freispruch vom Vorwurf des Erschleichens von Leistungen nicht tragen.

1. Nach § 265a Abs. 1 StGB macht sich wegen Erschleichens von Leistungen strafbar, 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.

Ausgehend von seinem allgemeinen Wortsinn beinhaltet der Begriff des „Erschleichens“ die Herbeiführung eines Erfolgs auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Weg (BGH NStZ 2009, 211, 212). Es enthält ein täuschungsähnliches Moment dergestalt, dass die erstrebte Leistung durch unauffälliges Vorgehen erlangt wird. Nicht erforderlich ist, dass der Täter etwa eine Schutzvorrichtung überwinden oder eine Kontrolle umgehen muss (BGH a.a.O.).

Diese weite Auslegung verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot nach § 103 Abs. 2 GG. Aus Verfassungsgründen ist zwar eine Auslegung untersagt, bei der einzelne Tatbestandsmerkmale bereits vollständig in anderen zwangsläufig mitverwirklicht sind und ihnen kein eigenständiger Gehalt verbleibt, sog. Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen (BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; vgl. dazu auch Mosbacher Sitzen fürs Schwarzfahren NJW 2018, 1069, 1070).

Dies ist jedoch im Hinblick darauf, dass das Tatbestandsmerkmal schon unter Berücksichtigung seiner Funktion der Lückenausfüllung eine weite Auslegung zulässt, nicht der Fall, soweit die 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 (BVerfG NJW 1998, 1135, 1136). Letzteres bedeutet, dass sich der Täter so benehmen muss, als habe er das Entgelt entrichtet, das er für die von ihm in Anspruch genommene Leistung schuldet (BayObLG NJW 1969, 1042, 1043). Dafür genügt auch ein „untätiges Verhalten“, dass ein anderer getäuscht wurde, wird nicht verlangt (BayObLG a.a.O.). Von einem Erschleichen kann allerdings dann nicht mehr gesprochen werden, wenn ein Fahrgast eine unentgeltliche Beförderung durch ein Verkehrsmittel deren Fahrpersonal gegenüber ganz offen in Anspruch nimmt. Es kommt dann aber eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs in Betracht (BayObLG a.a.O.).

2. Gemessen an diesen Voraussetzungen tragen die Feststellungen des Landgerichts einen Freispruch vom Vorwurf des Erschleichens von Leistungen gemäß § 265a Abs. 1 StGB nicht.

a) Nach den Urteilsfeststellungen des Landgerichts stieg der Angeklagte zusammen mit weiteren Personen am 2. März 2015 in München in den ICE 526 Richtung Nürnberg. Unmittelbar nach Fahrtantritt habe die Gruppe begonnen, sich Schilder umzuhängen und Anstecker offen zu tragen, auf denen stand: „Ich fahre umsonst“, „Ich fahre schwarz“ u.a. Zudem habe sich auf der Umhängetasche des Angeklagten ein knapp DIN A 4 großes Pappschild mit der Aufschrift: „Ich fahre schwarz“ befunden. Anschließend hätten die Mitglieder der Gruppe einschließlich des Angeklagten begonnen, an Fahrgäste Flyer zu verteilen, auf denen die Forderung nach einem kostenlosen Nahverkehr erhoben worden sei, wofür keine Erlaubnis seitens der Bahn erteilt worden sei. Das Angebot der hinzukommenden Zugbegleiter, auf der Basis der „Beförderungsbedingungen Personenverkehr“ eine Fahrkarte nachzulösen, hätten der Angeklagte sowie die weiteren Mitglieder der Gruppe ebenso abgelehnt wie die Angabe ihrer Personalien. Sie seien bei Ankunft des Zuges in Nürnberg um 18.57 Uhr Beamten der Bundespolizei zum Zwecke der Identitätsfeststellung übergeben worden. Um 19.28 Uhr seien der Angeklagte und die weiteren Begleiter in den ICE 22 Richtung Würzburg eingestiegen. Unmittelbar nach Schließen der Türen und Anfahren des Zuges sei die Gruppe erneut mit ihren Schildern vom Zugpersonal entdeckt und in Würzburg erneut der Bundespolizei übergeben worden. Der Angeklagte habe bereits bei Fahrtantritt in beiden Fällen nicht vorgehabt, den Fahrpreis zu entrichten. Der Bahn sei ein Gesamtschaden von 84 € (55 € bzw. 29 €) entstanden. Die Aktion sei als „Aktionsschwarzfahrt“ geplant und entsprechend im Internet angekündigt worden. Zugangskontrollen vor Besteigen eines ICE gebe es ebensowenig wie Hinweise, dass ein Betreten des ICE nur mit einem gültigen Fahrausweis zulässig sei.

b) Ein Reisender, der nicht im Besitz eines gültigen Fahrausweises ist, auch nicht vorhat, den Fahrpreis zu entrichten und gleichwohl die Leistung des Beförderungsunternehmers in Anspruch nimmt, verhält sich nicht der Ordnung entsprechend (BayObLG, Beschluss vom 4. Juli 2001, Az: 5St RR 169/01, zitiert über juris, Rdn. 4; OLG Celle Urteil vom 27. Januar 2009, Az: 32 Ss 159/08, zitiert über BeckRS 2009, 05373, OLG

Stuttgart NJW 1990, 924, OLG Hamburg NSTZ 1991, 587. 588). Das Nichtlösen eines Fahrscheins für die Benutzung eines Beförderungsmittels erfüllt zwar für sich allein nicht schlechthin und unter allen Umständen den Tatbestand des § 265a StGB. In der Regel geht es allerdings mit einem unauffälligen Verhalten einher, das die Fahrgeldhinterziehung nicht aufscheinen lassen soll (BayObLG a.a.O. Rdn. 5). Durch dieses unauffällige Verhalten erweckt der Reisende den Anschein der Ordnungsmäßigkeit, da er wie jeder andere – ehrliche – Benutzer auftretend das abfahrtsbereite Beförderungsmittel betritt und die Leistung des Betreibers in Anspruch nimmt. Er verhält sich dadurch gerade nicht sozialadäquat (BayObLG a.a.O.). So liegt der Fall auch hier.

(a) Der Angeklagte ist, ebenso wie seine Mitreisenden, nach den Feststellungen zum ersten Fall völlig unauffällig in den abfahrtsbereiten Zug eingestiegen. Dass sie dies zudem taten, um ihre Absicht, den Fahrpreis nicht entrichten zu wollen, zu verbergen, zeigt sich bereits an der Einlassung des Angeklagten, wonach er und die anderen die Transparente, Schilder und Buttons vor Abfahrt des Zuges bewusst nicht offen getragen hätten, da sie befürchteten, ansonsten nicht in den ICE eingelassen zu werden. Der Angeklagte hat sich somit beim Besteigen des abfahrtsbereiten Zuges mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgeben.

(b) Dem steht auch nicht entgegen, dass es in der Praxis unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, noch nach dem Einsteigen in einen ICE ein Ticket zum Normalpreis zu lösen.

Nach § 9 Abs. 1 der Neufassung der Eisenbahnverkehrsordnung (EVO) vom 20. April 1999 (BGBl. I, 782) muss der Reisende bei Antritt der Reise mit einem Fahrausweis versehen sein, soweit der Tarif nichts anderes bestimmt. Gemäß § 3.9.2. Satz 1 der zum Tatzeitpunkt geltenden Beförderungsbedingungen für Personen durch die Unternehmen der Deutschen Bahn AG (BB Personenverkehr), gültig vom 15. Dezember 2013 an, in der Neuausgabe mit Nachtrag 4 vom 1. Oktober 2014, kann der Reisende in Zügen, in denen ein Verkauf von Fahrkarten stattfindet, den regulären Fahrpreis bezahlen, wenn er dem Zugpersonal bei Prüfung der Fahrkarte unaufgefordert mitteilt, dass er keine gültige Fahrkarte besitzt und sofort eine Fahrkarte erwirbt. Diese Regelung gilt nach § 3.9.2. Satz 2 BB Personenverkehr nicht, wenn der Reisende seiner

Verpflichtung zum Kauf einer Fahrkarte beim Triebwagenführer vor Abfahrt des Zuges bzw. nach Betreten des Fahrzeugs an den Automaten bestimmter Nahverkehrszüge und Ähnlichem nicht nachgekommen ist. Eine Ausgabe von Tickets durch die Fahrer der Züge findet nach Aussage der Bahnmitarbeiter jedoch tatsächlich nicht statt, vielmehr könnten Tickets in ICEs bei den Zugbegleitern noch zum regulären Fahrpreis erworben werden.

§ 9 Abs. 1 EVO stellt somit den Grundsatz auf, dass ein Fahrgast vor Antritt der Reise mit einem Ticket ausgestattet sein muss. Die Bahn lässt nach ihren Beförderungsbedingungen in Zügen, in denen ein Verkauf von Fahrkarten stattfindet – wie es auch in ICE-Zügen der Fall ist – in Abweichung von diesem Grundsatz zu, dass der Reisende ein Ticket erst im Zug löst, ohne einen Aufpreis zahlen zu müssen. Dies setzt voraus, dass derjenige dem Zugpersonal unaufgefordert mitteilt, keine Fahrkarte zu besitzen und zudem sofort ein Ticket erwirbt, was die – beim Angeklagten fehlende – Bereitschaft hierzu impliziert. Aus dem Zusammenspiel der Regelungen wird deutlich, dass die in § 9 Abs. 1 EVO statuierte Pflicht des Bahnreisenden, ein Ticket vor Antritt der Reise zu lösen, grundsätzlich immer gilt, die Bahn aber bei einem Verstoß gegen diese Pflicht in einigen durch die Beförderungsbedingungen gesondert geregelten Fällen unter den dort genannten Voraussetzungen daraus keine Konsequenzen, wie die einer Vertragsstrafe bzw. des Verlangens eines erhöhten Fahrpreises, zieht.

Die Voraussetzungen für ein zulässiges Nachlösen eines Tickets im Zug hat der Angeklagte zumindest mangels Bereitschaft zum (sofortigen) Erwerb eines Tickets beim Zugbegleiter in beiden Fällen zu keinem Zeitpunkt erfüllt, so dass es für ihn bei der Grundverpflichtung aus § 9 Abs. 1 EVO verblieb. Diese Ausgangssituation war auch bei der Bewertung des Verhaltens des Angeklagten zu Grunde zu legen. Durch sein unauffälliges Verhalten beim Einsteigen, ohne vorher, wie von § 9 Abs. 1 EVO vorgesehen, ein Ticket gelöst gehabt zu haben, hat sich der Angeklagte mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgeben, er habe wie jeder andere redliche Fahrgast, bei dem die Voraussetzungen des § 3.9.2. Satz 1 BB nicht vorliegen, vor Antritt der Reise ein Ticket gelöst.

(c) Das nach den Urteilsfeststellungen vorgenommene „Offenbaren“ der Zahlungsunwilligkeit unmittelbar nach Fahrtantritt im ersten Fall hindert die Verwirklichung des Tatbestands nicht. Das Vergehen der Beförderungerschleichung ist bereits mit dem Beginn der Leistung vollendet (BayObLG a.a.O. Rdn. 6; OLG Köln, Beschluss vom 2. September 2015, Az: III-1 RVs 118/15, zitiert über juris, Rdn. 11). Eine „offene“ Inanspruchnahme der Unentgeltlichkeit der Leistung gegenüber dem Fahrpersonal (BayObLG NJW 1969, 1042, 1043, OLG Köln a.a.O.) liegt nicht vor. Entsprechendes gilt auch für den zweiten Fall, zumal das Fahrpersonal davon jedenfalls erst zu einem Zeitpunkt Kenntnis erlangte, als keine Möglichkeit mehr bestand, den Angeklagten und seine Mitreisenden von der Weiterfahrt gemäß § 9 Abs. 4 EVO auszuschließen.

(d) Auf den weiteren Umstand des Verteilens der Flugblätter im Zug kommt es daher in beiden Fällen nicht mehr an. Auch der Umstand, ob und wenn ja, wie die Aktion im Internet angekündigt worden war, ändert daran nichts. Für die Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten bzw. den hierdurch gesetzten Anschein kommt es allein auf sein Verhalten am Bahnsteig beim Besteigen des abfahrbereiten Zuges an. Die Ankündigung einer Schwarzfahrt im Internet steht dagegen in keinem unmittelbaren zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem Verhalten des Angeklagten bei Antritt der Fahrt und kann daher auch zur Beurteilung der Frage, welchen Anschein er durch sein Verhalten bei Antritt der Fahrt setzt, grundsätzlich nicht mit heran gezogen werden.

3. Wegen des aufgezeigten Mangels war das Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen.

Dr. Wiringer-Seiler

Dr. Werner

Thalheim



Für den Gleichlaut der Abschrift mit der Urschrift
Oberlandesgericht München, den 15.04.2019

Yazgin, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle