

## § 39: Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB)

### I. Allgemeines

§ 265 a StGB ist ein **Auffang- und Ergänzungstatbestand des Betrugers**. Schutzgut aller Tatbestandsvarianten ist das Vermögen, wobei die Vermögensschädigung erst im subjektiven Tatbestand durch die Absicht der Entgelthinterziehung umschrieben wird. Alle Tatbestandsvarianten setzen voraus, dass die erschlichene Leistung nur gegen Entgelt gewährt wird. Wer sich also Zutritt zu einer unentgeltlichen Veranstaltung erschleicht kann kein Täter des § 265 a StGB sein. Der Tatbestand weist ferner Betrugsähnlichkeit auf, Täuschung und Irrtum werden hierbei durch das Erschleichen ersetzt (vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald* Teilband I § 41 Rn. 207 ff.).

Die **PKS** führt für das Jahr 2007 **207.194** erfasster **Fälle** und damit einen **Anstieg i.H.v. 6,7%** zum Vorjahr. Hierbei ist aber zu sehen, dass die Fallzahlen maßgeblich vom Kontrollverhalten der Verkehrsbetriebe beeinflusst werden. 71,4% der Täter waren männlich und 32% der Täter unter 21. Die **Schadenssumme** wird mit **13,6 Millionen Euro** beziffert.

### II. Tatbestand

#### 1. Leistung eines Automaten

##### a) Automat:

mechanisches oder elektronisches Gerät, das durch Entgeltentrichtung in Betrieb gesetzt wird und selbsttätig eine Leistung erbringt. Nach h.M. sind **nur Leistungsautomaten von § 265 a StGB erfasst**, Automaten die Sachen herausgeben (Waren- und Fahrkartenautomaten) werden lediglich

KK 362

von § 242 StGB erfasst (vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald* Teilband I § 41 Rn. 214). Vgl. daher die folgende Differenzierung:

##### aa) Warenautomat:

nach Entgeltentrichtung wird Ware (sachlich verkörpertes Gut) herausgegeben, z.B. Zigaretten, Fahrkarten, Postwertzeichen.

##### bb) Leistungsautomat:

„Produkt“ ist zeitlich begrenzter Genuss oder Nutzungsmöglichkeit, z.B. Teilnahme an Glücks- oder Geschicklichkeitsspielen (Flipper, Tischfußball).

Nach anderer Auffassung erfasst der Tatbestand des § 265 a StGB zwar auch den Warenautomat, es sei aber aufgrund der Subsidiaritätsklausel lediglich nach § 242 StGB zu bestrafen (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 674).

##### b) Entgeltlichkeit der Leistung

Nicht erfasst werden sollen nach h.M. Fälle, in denen der Notwendigkeit der Zahlung des Entgelts kein wirtschaftliches Motiv, sondern lediglich das Bestreben der Reglementierung des Zugangs, zugrunde liegt (vgl. *Fischer* § 265 a Rn. 8).

Auch soll kein Fall des § 265 a StGB vorliegen, wenn das Entgelt zwar tatsächlich erbracht wurde, das Beweisstück aber verloren wurde oder grad nicht zur Hand ist (Bsp.: Verlieren des Zugtickets vor Antritt der Zugreise; siehe auch OLG Koblenz NJW 2000, 86 und *Fischer* § 265 a Rn. 9). Die Beweisunfähigkeit soll von § 265 a StGB nicht erfasst werden.

KK 363

## 2. Leistung eines zu öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes

Erfasst werden alle Datenübertragungssysteme im Fernmeldebereich (z.B. Telefon- und Internet). Nicht tatbestandsmäßig sind das unbefugte Telefonieren von fremden Automaten oder das private Telefonat von dienstlichen Apparaten (vgl. *Fischer* § 265 a Rn. 18). Für das Erschleichen ist bspw. notwendig, dass bspw. Falschgeld in einen Münzapparat eingeworfen wird.

## 3. Beförderung durch ein Verkehrsmittel („Schwarzfahren“)

**Verkehrsmittel** sind Fahrzeuge aller Art im Massen- oder Individualverkehr, die dem Transport von Personen oder Sachen dienen (z.B. Bus, Zug, Taxi).

Wird z.B. der Schaffner in der Bahn getäuscht, so liegt Betrug vor, § 265 a StGB nur, wenn eine Kontrolle umgangen wird.

## 4. Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung

**Veranstaltungen:** kommerziell organisierte Ereignisse kultureller, sportlicher, wissenschaftlicher oder vergleichbarer Art.

**Einrichtungen:** räumlich abgegrenzte Bereiche, die einem bestimmten kommerziellen Zweck gewidmet sind.

Das Entgelt muss primär Gestattung des Zutritts zum Gegenstand haben, was z.B. bei Parkplätzen mit Parkuhren nicht der Fall ist. Parkuhr erbringt keine Leistung und ermöglicht auch nicht den Zutritt zum Parkplatz. Auch beim Parkhaus ist dies nur der Fall, wenn das Entgelt nicht erst nach der Nutzung zu bezahlen ist.

KK 364

## 5. Erschleichen

Der Tatbegriff Erschleichen beschreibt das Erlangen der Leistung durch unbefugtes Verhalten unter Einsatz manipulativer Umgehung von Kontroll- oder Zugangssperren bzw. Sicherheitsvorkehrungen (vgl. *Fischer* § 265 a Rn. 3). Der Täter oder ein Dritter muss selbst aber nichts erlangt haben. Ferner ist ein **spezifischer (täuschungsähnlicher) Handlungsunwert erforderlich** – die bloße Verursachung der Leistungserbringung oder Inanspruchnahme der Leistung nicht ausreichend. Ferner kann das reine Erlangen gegen Verstoß von vertraglichen Verpflichtungen nicht § 265 a StGB subsumiert werden.

**§ 265 a Var. 1 und 2 StGB:** irreguläre Ingangsetzung oder Bedienung; Manipulation des Vermittlungs-, Steuerungs- oder Übertragungsvorganges.

nicht erfasst: bloße Ausnutzung technischer Defekte an Automaten.

Beim nicht angemeldeten Schwarzfernsehen fehlt es an der Überlistung von Sicherheitsmechanismen.

Störanrufe, bei denen lediglich „angeklingelt“ wird, eine Verbindung aber nicht zustande kommt, fallen nicht hierunter (str.).

**§ 265 a Var. 3 StGB:** Gerierung als redlicher Fahrgast

Streitig ist die Frage, ob das bloße Schwarzfahren tatbestandsmäßig i.S.d. § 265 a Var. 3 StGB ist. Dem widerspricht die h.L. mit der Begründung, dass das Erschleichen einer Beförderung es voraussetze, dass der Täter ein täuschungsähnliches bzw. manipulatives Verhalten an den Tag lege, das über ein bloß unauffälliges Auftreten hinausgeht (Bsp.: „Entwertung“ eines ungültigen Fahraus-

KK 365

weises (MüKo/Wohlers § 265 a Rn. 54). Nicht hinreichend sei es, dass man sich Zutritt zu einem Beförderungsmittel verschafft ohne dass hierbei Kontroll- oder Zugangssperren umgangen würden. Diese Restriktion wird aus dem Wortlaut „Erschleichen“ und aus der systematischen Stellung des § 265 a StGB – vgl. die §§ 263 – 265 b StGB – gewonnen.

Dieser Argumentation haben sich das AG Merseburg (6. Juni 2007, Az: 22 Cs 704 Js 5110/07) und in der nächsten Instanz das OLG Naumburg (6. Februar 2008, Az: 2 Ss 410/07) angeschlossen und im reinen Schwarzfahren keine tatbestandsmäßige Handlung gesehen. Der BGH entschied aber auf die Vorlagefrage des OLG Naumburg, dass eine Beförderungsleistung bereits dann im Sinne des § 265 a I StGB erschlichen wird, 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 (vgl. BGHSt. 53, 122 ff.). Hierzu erklärt der BGH, dass der Wortlaut („Erschleichen“) nicht das Ausschalten vorhandener Sicherungsvorkehrungen oder regelmäßiger Kontrollen voraussetze, vielmehr genüge nach allgemeinem Wortsinn, die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauteren oder unmoralischem Wege. Insoweit verstoße die vorgenommene Wortlautauslegung auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG). Endlich bezieht sich der BGH auf die Entstehungsgeschichte, die die von ihm vorgenommene Auslegung stütze. § 265 a StGB sei ein Auffangtatbestand, der Lücken schließen solle, die sich bei dem Erschleichen von Massenleistungen im Zuge der Anwendung von § 263 StGB ergaben.

**Kritik:** Die bisherige Praxis der Gerichte, das bloße Schwarzfahren als Straftat zu ahnden bleibt kritikwürdig. Zwar erleiden die Verkehrsbetriebe hierdurch nicht unerhebliche Schäden, dies alleine kann die Strafbarkeit aber noch nicht präjudizieren. Vielmehr gründen die Gerichte die Strafbarkeit in der derzeitigen Auslegung auf einem Unterlassen, nämlich dem Unterlassen, einen Fahrschein

KK 366

zu lösen. Das **bloße Unterlassen** als solches ist aber noch **nicht strafwürdig; es fehlt am Handlungsunwert**.

Zur **Protestdemonstration**: § 123 StGB, aber kein Erschleichen.

**§ 265 a Var. 4 StGB**: heimliche Überwindung von Kontrollen oder Schranken (nicht mittels Gewalt).

## 6. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und Entgelthinterziehungsabsicht

## III. Konkurrenzen

§ 265 a StGB beinhaltet am Ende eine **Subsidiaritätsklausel**. Diese erstreckt sich nach der ganz h.L. auf Delikte mit gleicher Schutzrichtung (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 667). Da der BGH in vergleichbaren Fällen, § 246 StGB (BGHSt. 47, 243), § 125 StGB (BGH NJW 1998, 465), die Subsidiarität unter Verweis auf den Wortlaut, der keine Einschränkung zulasse, auf alle schwereren tateinheitlich begangenen Straftaten bezieht, ist davon auszugehen, dass er auch bei § 265 a StGB dieser Ansicht folgt, so wohl auch *Fischer* § 265 a Rn. 30.

KK 367