

ebensolche Verletzungen hervorbringen wie Tritte eines „beturnschuhten“ Fußes. Die Gefahrerhöhung darf sich nicht allein aus dem Fußtritt ergeben, sondern sie muss aus der Verwendung des Schuh-Werkzeugs resultieren,²² was bei einem gewöhnlichen Turnschuh jedoch kaum möglich ist. Somit muss die Definition des gefährlichen Werkzeugs ernst genommen werden: Zwischen der objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art der Verwendung steht ein „und“, was dazu führt, dass beide Komponenten nebeneinander erfüllt sein müssen und nicht alternativ zu verstehen sind. Wenn aber Fußtritt-

²² Christian Reuther, Anmerkung zu BGH vom 24.09.2009, FD-StrafR 2009, 294263.

te gegen den Kopf mit Turnschuhen oder bloßen Füßen nicht die Anwendung des § 224 I Nr. 2 StGB eröffnen, so ist eine solche Handlung doch als eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne der Nr. 5 zu betrachten. Denn wie Heinke²³ richtigerweise feststellt, ist es beim Tritt nicht möglich, die Verletzungsfolge zu dosieren, was die Handlung besonders gefährlich macht. Schuhwerk, das jedenfalls objektiv völlig ungefährlich ist wie der Turnschuh, aus § 224 I Nr. 2 StGB auszuklammern, würde also auch nicht zu der gefürchteten Strafbarkeitslücke führen.

²³ Daniel H. Heinke, Tritte in den Bauch als das Leben gefährdende Behandlung, HRRS 2010, S. 428–430.

Stefanie Kemme*

Feststellungen zum Erschleichen einer Beförderungsleistung

StGB § 265a Beförderungerschleichung durch schlichtes Schwarzfahren.

Der Täter erschleicht sich eine Beförderungsleistung im Sinne des § 265a I StGB, wenn er sich bei der Benutzung eines Verkehrsmittels mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen. Es müssen daher die durch die Geschäftsbedingungen festgelegten Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Benutzung des Verkehrsmittels sowie das äußerlich erkennbare Verhalten des Täters, das den Schluss zulässt, er erfülle diese Voraussetzungen, im Urteil festgestellt werden.

OLG Koblenz, Beschluss vom 17.05.2011 – 2 Ss 12/11, NStZ-RR 2011, 246

Sachverhalt

Die Angeklagte fuhr mit öffentlichen Verkehrsmitteln, ohne jeweils im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, und hatte in allen Fällen bei Fahrtantritt die Absicht, den Fahrpreis nicht zu entrichten. Im Einzelnen handelte es sich um folgende Fahrten:

1. Am 14. 7. 2009 gegen 13.07 Uhr die Regionalbahn 18042 von Mannheim nach Worms. Der Wert des Fahrscheins betrug 4,90 €. 2. Am 15. 7. 2009 mit dem Zug 13523 von Gensingen-Horweiler nach Alzey. Der Wert des Fahrscheins betrug 7,10 €. 3. Am 1. 9. 2009 gegen 18.54 Uhr mit dem Zug 592 von Mannheim nach Frankfurt. Der Wert der Fahrkarte betrug 25,50 €. 4. Am 6. 9. 2009 der Zug Nr. 724 von Nürnberg nach Idar-Oberstein. Der

Wert des Fahrscheins betrug 79,90 €. 5. Am 22. 11. 2009 der Zug Nr. 34714 von Schweinfurt nach Würzburg. Der Wert des Fahrscheins betrug 8,40 €.

Das Amtsgericht verurteilte die Angeklagte wegen Erschleichens von Leistungen in 5 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Monaten ohne Bewährung. Ihre Berufung verwarf das Landgericht als unbegründet. Die dagegen gerichtete Revision beim OLG Koblenz hatte – zumindest vorläufig – Erfolg.

Die Entscheidung

Das OLG Koblenz entschied im vorliegenden Fall, dass die Urteilsgründe des Landgerichts den Schuldspruch wegen Erschleichens von Leistungen nicht tragen. Die bloße Feststellung der Mitfahrt ohne gültigen Fahrausweis soll nicht genügen. Dass das OLG höhere Anforderungen an die Urteilsfeststellungen stellen möchte, liegt an der von der Rechtsprechung seit jeher zugrunde gelegten sehr weiten Definition des Merkmals „Erschleichen“, die sehr stark umstritten ist. In ständiger Rechtsprechung ist bereits das schlichte Schwarzfahren ein tatbestandliches Erschleichen. Es genügt also, wenn Täter/innen ein Verkehrsmittel unberechtigt nutzen und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgeben, sie erfüllten die nach den Geschäftsbedingungen der Betreiberin oder des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.¹

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

¹ BGH vom 08.01.2009, NStZ 2009, 211–212; OLG Frankfurt vom 20.07.2010, NJW 2010, 3107–3109; OLG Hamm vom 10.03.2011, NStZ-RR

Nicht notwendig soll sein, dass der Anschein der ordnungsgemäßen Erfüllung der Geschäftsbedingungen gerade gegenüber der/dem Beförderungsbetreiber/in oder ihren bzw. seinen Bediensteten erregt wird.²

Die wohl mittlerweile herrschende Meinung im Schrifttum lehnt diese Ansicht der Rechtsprechung ab.³ Weder der Gesetzeswortlaut, der Wortsinn des „Erschleichens“, noch die Nähe der Vorschrift zum Betrug ließen es zu, ein Verhalten als „Erschleichen“ zu bezeichnen, das darauf angelegt ist, die Beförderungserschleichung „ohne“ Kontrolle zu erlangen.⁴ Begründet wird dies damit, dass der allgemeine Wortsinn ein Element der Täuschung oder Manipulation beinhalte. Deswegen sei das Erschleichen in dem unberechtigten Erlangen der Leistung durch unbefugtes und ordnungswidriges Verhalten unter manipulativer Umgehung von Kontroll- oder Zugangssperren, Sicherheitsvorkehrungen etc. zu sehen.⁵ Mit diesen Anforderungen wäre allerdings der wohl häufigste Fall des schlichten Schwarzfahrens im Sinne einer unentgeltlichen Inanspruchnahme eines Beförderungsmittels straflos.⁶

Das Bundesverfassungsgericht entschied 1998,⁷ für die Auslegung des Begriffs „Erschleichen“ reiche das „Sich-Umgeben mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ aus. Damit wurde die Auslegung der Rechtsprechung und der ihr zustimmenden Literatur bestätigt. Unter „Erschleichen“ könne auch schlicht die unrechtmäßige Erlangung einer Leistung verstanden werden. Dies sei nicht nur mit Art. 103 II GG vereinbar, sondern erfülle auch ein kriminalpolitisches Bedürfnis. Früher seien Kontrollmaßnahmen selbstverständlich gewesen, so dass ihr Abbau zugunsten eines preisgünstigen und schnellen Massenverkehrs nicht das Strafbedürfnis entfallen lasse.⁸ Damit wird deutlich, dass es der herrschenden Lehre vor allem darum geht, Strafbarkeitslücken zu vermeiden.

Kritik

Dass die Ansicht der Rechtsprechung nicht überzeugen kann, verdeutlicht das vorliegende Urteil. Da es auf die Umgehung von Zugangssperren und Kontrollen nicht ankommt und der „Anschein“ auch keine Adressat/in-

nen braucht, hat die Rechtsprechung Schwierigkeiten, die Anforderungen an die strafbewehrte Handlungsbeschreibung festzulegen. So fordert das OLG Koblenz der Antragschrift des GenStAs folgend⁹: „Voraussetzung ist daher, ob der Täter, gemessen an den jeweils geltenden Geschäftsbedingungen, ein äußerlich erkennbares Verhalten zeigte, das einem objektiven Beobachter den Schluss erlaubte, der Täter sei zur Benutzung des Verkehrsmittels berechtigt.“

Die bloße Feststellung der Mitfahrt ohne gültigen Fahrausweis genüge nicht. Damit folgt das OLG Koblenz dem OLG Naumburg¹⁰ und dem OLG Frankfurt¹¹. Allerdings bleibt offen, wie ein Verhalten aussehen könnte, das objektiven Beobachter/innen den Schluss erlaubt, eine Person sei zur Benutzung des Verkehrsmittels nicht befugt. So schreibt das OLG Naumburg, das Verhalten dürfe keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit bieten, etwa weil der/die Täter/in im Besitz eines Dauerfahrscheins ist. Wie signalisiert ein Fahrgast, er wolle den geschuldeten Fahrpreis nicht entrichten? So ist das OLG Hamm¹² entgegen den drei zuvor genannten Oberlandesgerichten der Ansicht, dass es gerade keiner weiteren Feststellungen bedarf: „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.“

Ein Begriffsverständnis des Erschleichens als „Sich-Umgeben mit dem Anschein“ muss zu widersprüchlichen Ansichten bezüglich der Anforderungen an den „Anschein“ und die Urteilsfeststellungen und damit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Zutreffend stellen Kritiker/innen fest, dass der „Anschein der Ordnungsgemäßheit“ eine bloße Fiktion ist und keine objektive Bedeutung haben könne, welche über die Unbefugtheit hinausgeht.¹³ „Denn wer sich genauso verhält wie alle anderen auch, der tut nichts, was sich auf der Handlungsebene als ‚Erschleichen‘ erkennen ließe.“¹⁴ Daher müsse dem Merkmal „Erschleichen“ ein eigenes Handlungsunrecht zugemessen werden, das über die bloße unbefugte Inanspruchnahme hinausgeht.¹⁵

Mit der Reduzierung des Merkmals „Erschleichen“ auf eine „Unbefugtheit“ sei überdies die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, im Falle eines „Anscheinsempfängers“ läge auch eine Täuschung vor, sehr zwei-

2011, 206–207; OLG Koblenz vom 17.05.2011, NStZ-RR 2011, 246–247.

2 BGH vom 08.01.2009, NStZ 2009, 211 (212); OLG Frankfurt vom 20.07.2010, NJW 2010, 3107 (3109); OLG Hamm vom 10.03.2011, NStZ-RR 2011, 206 (207).

3 Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 3 ff.; Walter Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 265a Rn. 11; Uwe Hellmann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 265a Rn. 16.

4 Walter Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 265a Rn. 11.

5 Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 3.

6 Uwe Hellmann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 265a Rn. 35.

7 BVerfG vom 09.02.1998, NJW 1998, 1135–1136.

8 Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 13. Aufl. 2011, § 16 Rn. 6.

9 OLG Koblenz vom 17.05.2011, NStZ-RR 2011, 246 (247).

10 OLG Naumburg vom 06.04.2009, BeckRS 2010, 20570.

11 OLG Frankfurt vom 20.07.2010, NJW 2010, 3107 (3108).

12 OLG Hamm vom 10.03.2011, NStZ-RR 2011, 206 (207).

13 Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 5; Ulrike Hinrichs, NJW 2001, 932 (933).

14 Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 5.

15 Ulrike Hinrichs, NJW 2001, 932 (933).

felhaft. Nicht jede unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung führt zwangsläufig zu einer konkludenten Täuschung und einem Betrug, wenn ahnungslose Empfänger/innen danebenstehen. Zudem ist der herbeigeführte Schaden einzelner Täter/innen und der Erfolgsunwert in der Regel ohnehin gering, so dass der Handlungsunwert eine größere Bedeutung erhalten muss.¹⁶ Der BGH führt aus, dass der Begriff des „Erschleichens“ lediglich die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege meint.¹⁷ Wie Fischer¹⁸ richtig feststellt, geht der BGH also selbst davon aus, dass auf die Handlung des Erschleichens abzustellen sei, und eben nicht auf den Erfolg. Die Feststellung der Benutzung von oder der Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln, ohne je-

¹⁶ Ulrike Hinrichs, NJW 2001, 932, 933.

¹⁷ BGH vom 08.01.2009, NStZ 2009, 211 (212).

¹⁸ Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 5.

weils im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, beschreibt gerade nicht die Handlung des Erschleichens.

So sind die restriktiven Anforderungen des OLG Koblenz an die im Urteil zu treffenden Feststellungen zum Erschleichen einer Beförderungsleistung zu begrüßen. Es müssen zumindest die durch die Geschäftsbedingungen festgelegten Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Benutzung und ein äußerlich erkennbares Verhalten der Täterin oder des Täters festgestellt werden, das den unzweifelhaften Schluss einer unrechtmäßigen Benutzung zulässt. Da mit der Annahme eines „Anscheins der Ordnungsgemäßheit“ ein solches Verhalten äußerlich aber gerade nicht erkennbar sein kann, heißt dies nichts anderes, als dass auch die Rechtsprechung zunehmend eine Handlung fordert, in der sich die Zahlungswilligkeit nach außen manifestiert.

Ulrike Lembke*

Unterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung in einem Heim gegen ihren Willen

Art. 5 EMRK Zur Heimunterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung gegen ihren Willen.

Die Unterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung in einer Pflegeeinrichtung gegen ihren Willen ist als Freiheitsentziehung nur dann gerechtfertigt, wenn sie angesichts aller Umstände des Einzelfalles zwingend erforderlich ist und die Erforderlichkeit bei Fortdauer der Unterbringung regelmäßig überprüft wird. Den Wünschen der untergebrachten Person kommt auch dann wesentliche Bedeutung zu, wenn sie in ihrer Geschäftsfähigkeit eingeschränkt ist.

EGMR, Urteil vom 17.01.2012 – Nr. 36760/68 – *Stanev v. Bulgaria*.

Der Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war bis 2002 in Ruse (Bulgarien) wohnhaft, wo er 1956 geboren worden war und wo auch seine nahen Angehörigen lebten. 1975 wurde bei ihm Schizophrenie diagnostiziert, 1990 wurde er deshalb für arbeitsunfähig erklärt. Auf Grund seiner anerkannten 90%igen Behinderung erhielt er eine Invalidenrente. Um das Jahr 2000 kam der Beschwerdeführer nicht mehr mit seinem Geld aus, bettelte und konsumierte erhebliche

Mengen Alkohol. Auf Anregung seiner Verwandten wurde ein Verfahren eingeleitet und der Beschwerdeführer vom zuständigen Gericht für teilweise geschäftsunfähig erklärt. Das Gericht forderte die Stadtverwaltung von Ruse auf, eine Betreuung für den Beschwerdeführer zu bestellen.

Da die Verwandten des Beschwerdeführers nicht bereit waren, die Betreuung zu übernehmen, wurde eine Beamtin der Stadtverwaltung 2002 als Betreuerin bestellt. Sie beauftragte unverzüglich die Sozialbehörde, den Beschwerdeführer in eine Pflegeeinrichtung für Personen mit geistigen Behinderungen einzuweisen. Im Dezember 2002 unterzeichnete die Betreuerin des Beschwerdeführers eine Pflegevereinbarung mit einer Einrichtung in der Nähe des Ortes Pastra, mehr als 400 Kilometer von Ruse entfernt. Der Beschwerdeführer wurde über diese Vereinbarung nicht informiert. Eine Ambulanz brachte ihn in die Pflegeeinrichtung; seine Fragen nach Grund und Dauer des Aufenthalts wurden nicht beantwortet. Die Meldeadresse des Beschwerdeführers wurde geändert und die Pflegeeinrichtung als Anschrift eingetragen. Seit 2004 versuchte der Beschwerdeführer erfolglos, seine volle Geschäftsfähigkeit wieder zu erlangen und die Betreuung aufheben zu lassen. Im Februar 2005 wurde der Direktor der Pflegeeinrichtung in Pastra zum Betreuer des Beschwerdeführers bestellt.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.