Urteilskopf

117 IV 449

78. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. November 1991 i.S. S. gegen Generalprokurator des Kantons Bern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
1. Art. 166 StGB; Unterlassung der Buchführung.

In subjektiver Hinsicht genügt für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 166 StGB dolus eventualis; eine Verschleierungsabsicht ist nicht erforderlich (E. 5).

2. Art. 151 StGB; Erschleichung einer Leistung (Gratisfahren).

In der Ausnutzung der allgemeinen Öffnung von Massenverkehrsmitteln liegt kein Erschleichen einer Leistung, wenn der Passagier dem (Stichproben-)Kontrolleur offen bekanntgibt, keinen gültigen Fahrausweis zu besitzen (E. 6).

Regeste (fr):
1. Art. 166 CP; violation de l'obligation de tenir une comptabilité.

Le dol éventuel suffit, du point de vue subjectif, pour réaliser les éléments constitutifs de l'art. 166 CP; le dessein de rendre le contrôle plus difficile n'est pas nécessaire (consid. 5).

2. Art. 151 CP; obtention frauduleuse d'une prestation (parcours sans billet).

Lors de l'utilisation d'un moyen de transport de masse, ouvert à tous, il n'y a pas obtention frauduleuse d'une prestation, lorsque le passager fait clairement savoir au contrôleur (occasionnel) qu'il ne dispose d'aucun titre de transport (consid. 6).

Regesto (it):
1. Art. 166 CP; omissione della contabilità.

Perché sia adempiuta, sotto il profilo soggettivo, la fattispecie legale dell'art. 166 CP, è sufficiente il dolo eventuale; non occorre il proposito di rendere più difficile il controllo (consid. 5).

2. Art. 151 CP; conseguimento fraudolento di una prestazione (percorso effettuato senza essere munito di biglietto).

Nell'utilizzazione di un mezzo di trasporto di massa aperto a tutti non sussiste conseguimento fraudolento di una prestazione, ove il viaggiatore informi chiaramente il controllore (occasionale) di non disporre di un titolo di trasporto valido (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 449

A.- Das Obergericht des Kantons Bern verurteilte im Appellationsverfahren A. am 14. Mai 1991 wegen Anstiftung zu einfacher Brandstiftung, Betruges, Bertrugsversuches, betrügerischen Konkurses, Urkundenfälschung, Unterlassens der Buchführung und Erschleichens einer Leistung zu 34 Monaten Zuchthaus.

B.- Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt A., das Urteil des Obergerichts aufzuheben und ihn freizusprechen. Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde verzichtet.

BGE 117 IV 449 S. 450

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. a) Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Unterlassung der Buchführung bestritt dieser in objektiver Hinsicht schon vor der Vorinstanz nicht. Der Beschwerdeführer macht lediglich geltend, dass der Tatbestand in subjektiver Hinsicht eine Verschleierungsabsicht verlange. b) Nach der einhelligen Lehre (vgl. SCHUBARTH/ALBRECHT, Kommentar Strafrecht, Band 2, Art. 166 N 18; TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 166 N 4; beide mit Hinweisen) genügt für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 166 StGB dolus eventualis. Soweit in BGE 77 IV 166 von einem engeren Vorsatzbegriff ausgegangen worden sein sollte, kann daran nicht festgehalten werden. Von einer Verletzung von Bundesrecht kann auch in diesem Zusammenhang keine Rede sein.

6. a) Dem Beschwerdeführer wird schliesslich vorgeworfen, am 3. August 1988 mit der Bern-Neuenburg-Bahn von Bern nach Bümpliz-Nord gereist zu sein (Fahrpreis Fr. 2.–), ohne dem kontrollierenden Beamten eine gültige Fahrkarte vorweisen zu können; er habe damit den Tatbestand des Erschleichens einer Leistung (Art. 151 StGB) erfüllt. Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, eine Verletzung von Art. 151 StGB liege mangels Heimlichkeit seines Verhaltens nicht vor; allenfalls habe er gegen Art. 16 des Transportgesetzes verstossen. b) Nach Art. 151 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer eine Leistung, die, wie er weiss, nur gegen Entgelt gemacht wird, ohne zu zahlen erschleicht, namentlich die Fahrt auf einer Eisenbahn, auf einem Schiff, auf der Post. Art. 151 StGB hat nach allgemeiner Auffassung lediglich Auffangfunktion gegenüber dem Tatbestand des Betruges. aa) Der Begriff des Erschleichens wird in der Lehre verschieden interpretiert. Nach der einen Auffassung erfasst Art. 151 StGB jede unberechtigte unentgeltliche Inanspruchnahme einer Dienstleistung, ohne dass dafür noch hinterlistiges Handeln oder besondere Tricks erforderlich wären (NOLL, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil I, S. 216; REHBERG, Strafrecht III, S. 96). Demgegenüber verlangen THORMANN/VON OVERBECK grundsätzlich eine gewisse Heimlichkeit des Vorgehens; als typisches Beispiel wird der blinde Passagier genannt, welcher das Verkehrsmittel benütze, ohne dass sein Einsteigen oder Mitfahren oder der Mangel einer Fahrkarte vom

BGE 117 IV 449 S. 451

Personal bemerkt worden wäre (Das Schweiz. StGB, Art. 151 N 1 ff.). Nach LOGOZ ist die Anwendung von List oder Kniffen (”ruse”) erforderlich; als Beispiel nennt er die Hintergehung oder Vereitelung von Kontrollen (Commentaire du Code pénal suisse, art. 151 N 2). Nach TRECHSEL bedeutet ”Erschleichen” das Erlangen

durch unlauteres Verhalten und impliziere eine gewisse Heimlichkeit (Kurzkommentar StGB, Art. 151 N 3). Auch SCHUBARTH (Kommentar StGB, Art. 151 N 1, 8 und 9) verlangt zusätzlich ein Moment der Heimlichkeit.
bb) Die Auffassung, welche als Erschleichen einer Leistung jede unberechtigte unentgeltliche Inanspruchnahme derselben erfasst, ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren; wie insbesondere die romanischen Texte erkennen lassen (”frauduleusement”, ”fraudolentemente”), setzt das ”Erschleichen” vielmehr zusätzlich ein unlauteres (vgl. BGE 104 Ia 102 E. a), täuschendes Verhalten voraus. Das Erschleichen hat damit auch etwas Verwerfliches an sich (vgl. ALWART, Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265a StGB), JZ 1986, S. 569). Wo wie hier der herbeigeführte Schaden ohnehin gering, der Erfolgsunwert ohnehin klein ist, muss die Begehungsweise, der Handlungsunwert besonders ernst genommen werden; nur dann kann die Rechtsgutverletzung die Schwelle der Strafwürdigkeit erreichen (ALWART, a.a.O., S. 566). An die Verwerflichkeit der Begehungsweise sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen. cc) Diese Überlegungen führen dazu, dass entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners und der kantonalen Instanzen in der Ausnutzung der allgemeinen Öffnung von Massenverkehrsmitteln kein Erschleichen im Sinne von Art. 151 StGB liegt (für das deutsche Recht vgl. ALWART, a.a.O., S. 568); denn insbesondere in öffentlichen Verkehrsmitteln mit Selbstkontrolle - das heisst ohne ständige Fahrzeugbegleiter (von einem solchen Fall sind die Vorinstanzen offenbar ausgegangen) - haben die Verkehrsbetriebe auf sämtliche ständigen Kontroll-Einrichtungen verzichtet und diese durch Stichproben ersetzt. Unter diesen Umständen ist nur dann ein Erschleichen anzunehmen, wenn die unbefugte Inanspruchnahme der Leistung unter Umgehung der von den Verkehrsbetrieben gegen eine unerlaubte Benutzung geschaffenen Sicherungsvorkehren erfolgt (SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Kommentar, 23. Aufl., § 265a N 8) oder wenn sich ein Passagier versteckt oder sich sonstwie durch täuschendes Verhalten der Kontrolle entzieht, nicht aber dann, wenn er dem Kontrolleur offen

bekanntgibt, keinen gültigen Fahrausweis zu besitzen (vgl. SCHUBARTH, a.a.O., Art. 151 N 8). dd) Die Missachtung des Verbotes, die Bahn ohne gültigen Fahrausweis zu benützen, war ursprünglich nach Art. 6 des Bahnpolizeigesetzes (SR 742.147.1) i.V.m. der Transportverordnung (SR 742.401) strafbar, auch bei Fahrlässigkeit (BGE 83 IV 203). Heute ist massgeblich Art. 51 Abs. 1 des Transportgesetzes (TG; SR 742.40) vom 4. Oktober 1985 (in Kraft seit 1. Januar 1987) i.V.m. Art. 1 der Transportverordnung (TV; SR 742.401). Das Verhalten des Beschwerdeführers ist also nicht straflos.