

Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens

Von Wiss. Mit. Henning Lorenz, M.mel.
und Sascha Sebastian, M.mel.*

Abstract

Der Umgang mit wiederholt auffällig werdenden Bagateltätern ist kein Ruhmesblatt für die Justiz.¹ Von den jährlich ca. 50.000 Personen, welche eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen, kann vielen nicht mehr zur Last gelegt werden, als die unbefugte Inanspruchnahme eines öffentlichen Verkehrsmittels. Die Kosten für die Staatskasse sind beachtlich. Der Beitrag untersucht die Hintergründe dieses unbefriedigenden Zustandes und zeigt mögliche Auswege auf.

I. Einleitung

Peter Biesenbach (CDU), der Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen, brachte kürzlich in einem Interview mit der Rheinischen Post die Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“ – verstanden als Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs ohne gültige Fahrkarte – ins Gespräch.² Sein Motiv war indes nicht die (späte) Einsicht, dass die Rechtsprechung mit ihrer Interpretation des Merkmales „Erschleichen“ strafwürdige Handlungen zu strafbarem Unrecht erhoben hat, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Vollstreckung der bundesweit jeden Monat ca. 5.000 Ersatzfreiheitsstrafen den Steuerzahler etwa 650.000 Euro am Tag kostet.³

Um also Polizei, Staatsanwaltschaft, Gerichte und Gefängnisse dauerhaft zu entlasten,⁴ plädiert Biesenbach für die Ahnung als Ordnungswidrigkeit, soweit es sich bei den Delinquenten nicht um „hartnäckige Wiederholungstäter“ handle. Diese Auffassung soll mit den übrigen Justizministerien der Länder abgestimmt und möglicherweise über den Bundesrat als Gesetzesentwurf eingebracht werden. Da ein solcher Entwurf indes kaum allein auf Grundlage von Fiskalinteressen legitimiert werden

kann, sind vielmehr drei grundlegende Überlegungen anzustellen:

1. Ist das „einfache Schwarzfahren“, also die unbefugte Inanspruchnahme einer Beförderungsleistung, für sich genommen bereits strafbares Unrecht?
2. Kann die Forderung der Kriminalisierung (nur) von „Wiederholungstätern“ sinnvoll umgesetzt werden und bedarf es daneben eines Ordnungswidrigkeitstatbestands für das „einfache Schwarzfahren“?
3. Richtet sich Biesenbachs Kritik letzten Endes gar nicht gegen die Strafbarkeit des Schwarzfahrens selbst, sondern gegen das Instrument der Ersatzfreiheitsstrafe bzw. dessen Vollstreckungskosten und kann eine solche Kritik in der Sache überzeugen?

II. Zum Unrecht des „einfachen Schwarzfahrens“

Es gibt keinen Straftatbestand des „Schwarzfahrens“, wohl aber die sog. „Beförderungserschleichung“ in § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB. Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach dieser Spielart des Erschleichens von Leistungen (§ 265a StGB) ist, dass sich der Täter die „Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] erschleicht“. Das soll nach ständiger Rechtsprechung (auch) des BGH bereits dann der Fall sein, wenn der Täter zur Benutzung des Verkehrsmittels nicht berechtigt ist, sich bei der Benutzung jedoch allgemein „mit dem Anschein umgibt“, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.⁵ Dass hierdurch die Begriffe „Erschleichen“ und „unbefugtes Benutzen“ effektiv gleichgesetzt werden, soll dabei – so das BVerfG – keinen Verstoß gegen das strenge strafrechtliche Bestimmtheitsgebot

* Henning Lorenz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Henning Rosenau). Sascha Sebastian ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht (GRUR-Stiftungsprofessur), Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Malte Stieper).

¹ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (440).

² Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/nrw-justizminister-peter-biesenbach-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straftat-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

³ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (444) weist zudem darauf hin, dass diese Schätzung durchaus optimistisch ist, weil sie allein die Haftkosten in den Blick nimmt und die Behandlung von Erkrankungen (insbesondere Alkoholfolgeerkrankungen) nicht berücksichtigt.

⁴ Zu dieser Intention der Streichung von Vorschriften der „Bagatellkriminalität“, vgl. Hoven, ZStW 129 (2017), 334 (346 f.).

⁵ BGHSt 53, 122. Es existiert insoweit zwar eine frühere Entscheidung des 4. Strafsenats zu dieser Thematik, vgl. Urt. v. 8.8.1974 – 4 StR 264/74. Im Urteil aus dem Jahr 2009 meinte der 4. Strafsenat auch, dass das vorliegende, OLG Naumburg von seiner darin geäußerten Rechtsauffassung abweichen würde, wenn es entgegen bisheriger Rspr. entscheiden wollte. Klar scheinen die Vorgaben in 4 StR 264/74 jedoch nicht zu sein, wenn das OLG Hamburg in einer danach ergangenen Entscheidung meinte, die bisherige Rspr. werde „wohl“ auch darin vertreten, vgl. NJW 1987, 2688 (2689). Schließlich ist die Entscheidung auch in keiner Sammlung oder Zeitschrift veröffentlicht und wird in Rspr. und Lit. nicht als maßgebliche höchstrichterliche Entscheidung angesehen. Aus der obergerichtlichen Rspr. zu dieser Sichtweise vgl. bereits BayObLG, NJW 1969, 1042 ff.

(Art. 103 Abs. 2 GG) begründen.⁶ In der Sache erfüllt damit jeder, der ein Verkehrsmittel ohne gültigen Fahrausweis benutzt und sich dabei unauffällig verhält – vorausgesetzt auch die subjektiven Merkmale liegen vor – den Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var 3 StGB.⁷

In der Literatur und bei den Strafverfolgungsbehörden stieß diese Auslegung auf wenig Gegenliebe.⁸ Soll nämlich der Täter bereits dann bestraft werden können, wenn er „unauffällig wie jeder andere – ‚ehrliche‘ – Benutzer auftretend, die Leistung des Betreibers – bspw. durch Betreten des abfahrbereiten Beförderungsmittels – in Anspruch nimmt“, hängt die Strafbarkeit von einem adressatenlosen Rechtsschein ab.⁹ Das hat eine vergleichsweise einfache Beweisbarkeit zur Folge, führt jedoch zu enormen Fallzahlen.¹⁰ Es ist zudem mit dem Wortlaut des Merkmals „Erschleichen“ nur schwer zu vereinbaren. Näher liegt es, wie bei den anderen Tathandlungen des § 265a StGB auch, ein auf Heimlichkeit, List oder Täuschung angelegtes Verhalten zu fordern, welches durch die Umgehung oder Überwindung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen gekennzeichnet ist.¹¹ Mit anderen Worten: Eine Leistung, die aufgrund fehlender Kontrollen faktisch ohnehin von jedermann – befugt, wie unbefugt – in Anspruch genommen werden kann, kann schon begriffsgemäß nicht „erschlichen“ werden.¹²

Gerne wird dem ein vermeintlich dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis entgegengehalten. Schließlich seien die Nahverkehrsgesellschaften durch den Abbau von Zugangskontrollen gewissermaßen in Vorleistung gegenüber ihren Kunden gegangen, sodass sie nun in besonderem Maße (strafrechtlich) schutzwürdig seien.¹³ Da es sich bei § 265a StGB nahezu unstreitig¹⁴ um eine individual(vermögens)schützende Norm handelt, erscheint der Einwurf eines Gemeinwohlbelangs systematisch fragwürdig,¹⁵ wie insbesondere die Parallele zum Bankautomatenmissbrauch zeigt:

Auch vor der Einführung des § 263a StGB wurde damit argumentiert, dass die Banken zum Zwecke der Kundentreue auf die Identitätskontrolle durch einen Schalterangestellten verzichten (Vorleistung). Aus der nun erhöhten Missbrauchsfahrer sollte sodann ein ent-

sprechendes (strafrechtliches) Schutzbedürfnis resultieren.¹⁶ Als der Gesetzgeber den in der Tat unbefriedigenden Rechtszustand abstellte, folgte er dieser Argumentation jedoch mit Recht nicht. Dass durch die elektronische – im Gegensatz zur persönlichen – Identitätskontrolle ein erhöhtes Missbrauchsrisiko entsteht, ist allein Sache der Banken. Allerdings mache es für den Bankkunden keinen Unterschied, ob sein Vermögen durch einen „Identitätsdiebstahl“ am Schalter (Betrug) oder Automaten (Computerbetrug) geschädigt wird. Vor Einführung des § 263a StGB hing es insofern, trotz wesentlich gleichen Unrechts vom Zufall ab, ob der Täter eines „Identitätsdiebstahls“ wegen Betruges, Unterschlagung oder ggf. auch gar nicht verurteilt werden konnte.¹⁷

Bei den Verkehrsbetrieben ist die Lage hingegen anders. Sie werden im Hinblick auf den „Kunden“ vor täuschungsbedingten (§ 263 StGB) und erschlichenen (§ 265a) Vermögensdispositionen geschützt. In der Sache geht es also – ganz ähnlich wie bei § 263a StGB – darum, dass bei der Inanspruchnahme der Leistung entweder ein Mensch (Kontrollleur oder Fahrer) getäuscht oder eine Vorrichtung (Drehkreuz, Schranke etc.), die eben diesen ersetzen soll, umgangen wird. Der § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt insoweit eine sinnvolle Funktion, wäre es doch im Hinblick auf die Strafbarkeit willkürlich, danach zu differenzieren, *welcher* Sicherungsmethode sich die Nahverkehrsgesellschaft bedient. Verzichtet sie indes *gänzlich* auf Zugangskontrollen, gibt sie ihr Rechtsgut, das Vermögen in Gestalt der – befugten wie unbefugten – Beförderung, gewissermaßen preis. Da es jedoch einen generellen strafrechtlichen Vermögensschutz nicht gibt, ist dieser Zustand so lange zu akzeptieren, bis er ggf. vom Gesetzgeber abgestellt wird.¹⁸ Allerdings bedarf auch dieser irgendeines (legitimen) Zweckes, um ein entsprechendes Tätigwerden rechtfertigen zu können.

Doch das vermeintliche kriminalpolitische Bedürfnis beruht auf der zweifelhaften Annahme, dass die Beförderungsleistungen der Verkehrsbetriebe durch den Abbau von Zugangskontrollen zum Vorteil des ehrlichen Fahrgasts effektiver und kostengünstiger werden¹⁹ und es sich nicht lediglich – was näher liegt – um betriebswirtschaftliches Kalkül der Betreibergesellschaften handelt.²⁰ Eine

⁶ BVerfG, NJW 1998, 1135 ff.

⁷ Valerius, in: BeckOK-StGB, 35. Edition (Stand: 1.8.2017), § 265a Rn. 20 f.

⁸ Hervorzuheben besonders Alwart, JZ 1986, 563 ff.; ders., JZ 2009, 478 ff.

⁹ Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 265a Rn. 9 m. w. N.

¹⁰ So machten Taten nach § 265a StGB im Jahr 2015 in Berlin immerhin 6 % der gesamten statistisch erfassten Kriminalität aus (Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015, S. 17). Bundesweit waren es im selben Jahr 4,4 % (Polizeiliche Kriminalstatistik 2016, Bd. 1, S. 13).

¹¹ Zu dieser „Kumulativformel“ und der Kritik an anderen Definitionen Wohlers/Mühlbauer, MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 265a Rn. 45 m. w. N.

¹² Sebastian/Lorenz, ZJS 2017, 84 (91) m. w. N. Für eine Wortlautanpassung des „methodisch bedenkliche[n]“ Ergebnisses der Rspr. im Übrigen unkritisch Bock, JA 2017, 357.

¹³ Hinrichs, NJW 2001, 932 (934).

¹⁴ Anders auf das entgegengebrachte „Vertrauen“ abstellend nur OLG Hamburg, NSStZ 1991, 587 (588); OLG Stuttgart, NJW 1990, 924 (925); zutr. hiergegen Hellmann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 265a Rn. 7 m. w. N.

¹⁵ Exner, JuS 2009, 990 (993).

¹⁶ Damals im Hinblick auf § 246 StGB, vgl. BayObLG, NJW 1987, 663 f. m. w. N.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 10/318, S. 17 und die Nachweise bei Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 39. Aufl. (2016), Rn. 182.

¹⁸ Vgl. Sebastian/Lorenz, JZ 2017, 876 (878 f.) und Sebastian, ZBB 2014, 382 (383).

¹⁹ Dies zeigen gerade Vergleiche mit anderen europäischen Großstädten (z. B. Amsterdam) in denen Zugangskontrollen in den öffentlichen Verkehrsmitteln, wie etwa Straßenbahnen, existieren.

²⁰ Angesichts des zuletzt von 40 € auf 60 € gestiegenen „erhöhten Beförderungsentgelts“ und den Einsparungen mangels Personal und Vorrichtung erscheint es jedenfalls sehr gut vorstellbar, dass die Summe entgangener Entgeltpreise durch Schwarzfahren dadurch überstiegen wird, vgl. Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7; auch Mitsch, NZV 2014, 545, der die Investition in Fahrkartenkontrolle als einen „recht einträgliche[n] Aufwand“ bezeichnet.

solche Argumentation überlässt zudem den sorglos mit ihren Rechtsgütern umgehenden Nahverkehrsgesellschaften die Entscheidung über ihre eigene strafrechtliche Schutzwürdigkeit.²¹ In der Sache ist daher dem Bundesgeschäftsführer des Deutschen Richterbundes *Sven Rebehn* beizupflichten, wenn er fordert, dass "[i]m Bereich des Schwarzfahrens [...] nicht in erster Linie [der] Gesetzgeber, sondern die Verkehrsbetriebe in der Pflicht [stünden]. [...] Es brauch[e] [insofern] effektive Zugangskontrollen der Unternehmen für Bahnen und Busse [...]." ²² Und auch *Biesenbach* kann somit zugestimmt werden, wenn er im Bereich des „einfachen Schwarzfahrens“ für eine Entkriminalisierung eintritt. Allerdings nicht, weil die Vollstreckung der entsprechenden Strafen den Steuerzahler zu sehr belastet, sondern weil das sanktionierte Verhalten kein Unrecht ist.

Doch ist es ohne die berühmten „drei berichtende[n] Worte des Gesetzgebers“²³ überaus unwahrscheinlich, dass sich dieses Verständnis der Rechtslage in der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung durchsetzen wird. Schließlich wird das Schweigen des Parlaments zur Frage der Strafbarkeit des „einfachen Schwarzfahrens“ gern als Zustimmung zur vorherrschenden Auslegung gedeutet – als „erkennbarer Wille des heutigen Gesetzgebers“.²⁴

III. Zur gesetzestechnischen Umsetzung einer Entkriminalisierung

Das bedeute nicht, dass man über die praktische Umsetzung einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens nicht dennoch nachdenken kann. Hierbei sollte jedoch Einigkeit bestehen, dass eine ersatzlose Streichung von § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB verfehlt wäre. Schließlich würden so auch „Beförderungerschleichungen“ entkriminalisiert, deren Unrecht niemand ernsthaft in Frage stellt.²⁵ Man denke nur an die Erschleichung einer Flugreise, bei der jedes zusätzliche Kilogramm die Fluggesellschaft Geld kostet oder das im Gedränge unbemerkte Passieren des mit einem anderen Fahrgast beschäftigten Busfahrers. Die Überwindung oder Umgehung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen, muss deshalb und aus den oben genannten systematischen Erwägungen als Grenze zur strafbaren „Beförderungerschleichung“ bestehen bleiben.²⁶

Betrachtet man mithin den Schutz der Nahverkehrsbetriebe im – freilich fragmentarischen – System des strafrechtlichen Vermögensschutzes, so ist fraglich, ob neben dem Schutz vor *täuschungsbedingter* und *erschlichener* Vermögensminderung Raum für eine weitere Tathandlung ist und wodurch sich die durch sie beschriebene Angriffsrichtung auszeichnet. Im Hinblick auf den geringen

Schaden, welchen der Täter einer Beförderungerschleichung in der Regel anrichten wird, sei insofern an ein Zitat *Dreher*s erinnert:

„Das Problem der Bagatelldelikte und ihrer Behandlung ist alles andere als eine Bagatelle. Denn was im Einzelfall als solche erscheint, wird in der großen Masse zum Problem.“²⁷

Diesem Gedanken – jedenfalls im Ansatz – folgend, besteht im Bereich der Bagatellkriminalität schon seit langem die Forderung nach einer Beschränkung der Strafbarkeit auf Wiederholungstäter.²⁸ Auch für den Bereich des „einfachen Schwarzfahrens“ gab es im Jahre 1993 einen entsprechenden Vorschlag. Die Beförderungerschleichung im ersten Absatz sollte gestrichen und § 265a StGB um einen zweiten Absatz folgenden Inhalts ergänzt werden:

„(2) Ebenso wird bestraft, wer wiederholt oder unter Umgehung von Kontrollmaßnahmen die Beförderung durch ein Verkehrsmittel in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten.“

Zentrales Merkmal wäre mithin die *wiederholte* Begehung der Tat gewesen, welche im – ebenfalls neuen – Abs. 3 dergestalt definiert wurde, dass der Täter in den drei Jahren vor Tatbegehung nicht schon einmal wegen § 265a Abs. 2 StGB-E verurteilt oder in einem Zeitraum von sechs Monaten vor der Tat wegen des ebenfalls neuen § 118a OWiG (Beförderungerschleichung) geahndet wurde.²⁹

Der Vorschlag löst freilich nicht das Problem, dass die Tatbestandsverwirklichung noch immer vom Merkmal des „Erschleichens“ abhängt, auch wenn eine gespaltene Auslegung des Begriffes durch die Verwendung in zwei verschiedenen Absätzen nun jedenfalls denkbar wäre. Will man es hingegen vermeiden, den Tatbestand unnötig komplex zu gestalten, wird verständlich, warum sich der Gesetzesentwurf im Bundestag nicht durchzusetzen vermochte. Nichtsdestotrotz scheint die ihm zugrundeliegende Idee – der offenbar auch *Biesenbach* anhängt – aus heutiger Sicht durchaus praktikabel. Denn der Gedanke, dass eine für sich genommen nicht strafbare Handlung erst bei wiederholter Vornahme die Schwelle zur Strafbarkeit überschreitet, ist dem StGB keineswegs fremd. Er ist auch im Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) umgesetzt – einer Norm, die mit immerhin 18.739 Fällen im Jahr keineswegs unter zu geringer praktischer Beachtung

²¹ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934). Nicht der § 265a StGB als solcher, aber dessen Auslegung durch die st. Rspr. ließe sich wohl auch als Durchsetzung wirtschaftlicher Partikularinteressen und in dieser Lesart als „Lobby-Tatbestand“ begreifen. Insofern ist *Hoven* zuzustimmen, wenn Sie den § 265a StGB als solchen nennt, obgleich § 265 StGB gemeint sein dürfte, ZStW 129 (2017), 334 (347 f.).

²² Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/nrw-justizminister-peter-biesenbach-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straftat-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

²³ *V. Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 25.

²⁴ Vgl. nur *BGH*, NJW 2009, 1091 (1092); *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 2120 (2121).

²⁵ Vgl. *Meier*, ZStW 129 (2017), 433: „Schwarzfahren muss nicht zwingend ein Bagatelldelikt sein“.

²⁶ Vgl. auch *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 34 m. w. N.

²⁷ *Dreher*, in: FS Welzel, 1974, S. 917.

²⁸ Kritisch zu diesem Gedanken *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (445) m. w. N.

²⁹ BT-Drs. 12/6484, S. 4.

leidet.³⁰ Knüpft man mithin an die dortige Formulierung an, so ergäbe sich ein neuer § 265a Abs. 2 StGB, der etwa folgendermaßen lauten könnte:

(2) Ebenso wird bestraft, wer beharrlich unberechtigt Beförderungsleistungen in der Absicht in Anspruch nimmt, das Entgelt nicht zu entrichten.

Beharrlich wird heute definiert als wiederholte Begehung, welche die Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers aus gesteigerter Gleichgültigkeit zum Ausdruck bringt und daher zukünftige Belästigungen naheliegender erscheinen lässt.³¹ Der Gesetzgeber ging in den Materialien zu § 238 StGB davon aus, dass dies regelmäßig bei fünf Handlungen bzw. Handlungsbündeln der Fall sein wird.³²

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und einer einheitlichen Verfolgungs- und Verurteilungspraxis, wäre mit dieser Formulierung wohl eine sachgerechte Lösung gefunden. Sie führt gleichsam dazu, dass einmalige Verstöße nicht länger sanktioniert sind. Auch ist durch das Auslassen des Merkmals „Erschleichen“ im neuen Abs. 2 klar, dass der bisherigen Auslegung der Rechtsprechung (nun) der Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Die Beförderungserschleichung in Abs. 1 kann daher nicht mehr in diesem Sinne verstanden werden und erfasst nur noch die Überwindung oder Umgehung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen. Ob es darüber hinaus eines zusätzlichen Ordnungswidrigkeitstatbestandes bedarf, oder die Nahverkehrsgesellschaften auf die Zwangsvollstreckung des „erhöhten Beförderungsentgeltes“ verwiesen werden, ist eine separate Frage. Im Hinblick auf die obigen kriminalpolitischen Erwägungen zur wirtschaftlichen Seite des Schwarzfahrens und der Schutzwürdigkeit der Verkehrsbetriebe soll hier aber für die zuletzt genannte Möglichkeit plädiert werden.³³

Allerdings erscheint es auch diskutabel, bei Bagatell-Fällen die Verhängung von primären Freiheitsstrafen durch die Gerichte zu untersagen. Jüngste kriminalpolitische Überlegungen von *Meier* schüren berechtigte Zweifel an der aktuellen Rechtspraxis.³⁴ Wenn *Biesenbach* auf der einen Seite (zu Recht) kritisiert, dass jemandem für eine Fahrt ohne Ticket im Wert von 1,50 € Gefängnis drohe, muss auf der anderen Seite auch kritisch hinterfragt werden, ob dies, bspw. nach dem hiesigen Vorschlag, bei 5 Fahrten zu diesem Preis der Fall sein darf. Vieles spricht

dafür, hier nur die Verhängung einer Geldstrafe durch das Gericht zuzulassen. Das wäre mit einer Gesetzesänderung verbunden. *Meier* schlägt insoweit eine Änderung des § 248a StGB vor, wonach Freiheitsstrafe in Fällen der geringwertigkeit nicht mehr verhängt werden dürfte. Für die (reformierte) „Beförderungserschleichung“ würde dies über die Verweisung in § 265a Abs. 3 StGB Anwendung finden.

IV. Zum Sinn und Unsinn des Instrumentes der Ersatzfreiheitsstrafe

An den Problemen der Ersatzfreiheitsstrafe ändern beide Vorschläge freilich nichts. Und auch wenn *Biesenbach* mit seinen Äußerungen primär eine Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“ zu fordern scheint, geht es ihm in der Sache wohl um die Folgen des Vollzuges eben jener Freiheitsentziehungen für die Staatskasse. Wie er nämlich vollkommen zutreffend feststellt, handele es sich bei den Inhaftierten um Menschen, „die das Gericht überhaupt nicht inhaftieren wollte. [...] Sie sollten [vielmehr] eine Geldstrafe zahlen.“³⁵

Durch den Entzug finanzieller Mittel hat die Verurteilung zu einer Geldstrafe dabei den Vorteil, dass sie dem Täter gleichzeitig Warnung und Abschreckung ist, ohne ihn – wie es im Falle einer (kurzen) Freiheitsstrafe wäre – aus seinen sozialen Bezügen herauszureißen.³⁶ Mit der Geldstrafe ist jedoch stets die Gefahr ihrer „Uneinbringlichkeit“³⁷ verbunden, was eine anderweitige Absicherung der repressiven und präventiven Wirkung notwendig macht.³⁸ Diesen Zweck soll die in § 43 StGB geregelte Ersatzfreiheitsstrafe erfüllen. Sie kann insofern als Eingeständnis des Gesetzgebers verstanden werden, dass Geldstrafen nicht in jedem Falle durchgesetzt werden können und das Sanktionensystem hierfür ein Surrogat zur Verfügung stellen muss.³⁹ Wie im Gesetzeswortlaut vorgesehen tritt dann an Stelle der uneinbringlichen Geldstrafe eine Freiheitsstrafe, wobei ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe entspricht.⁴⁰

An der Notwendigkeit eines Surrogates für eine uneinbringliche Geldstrafe werden dabei keine Zweifel bestehen können.⁴¹ Doch ist der automatische Rückfall auf die Freiheitsstrafe keineswegs zwingend, oder gar „leidvolle

³⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2016, Bd. 1, S. 10. Die Aufklärungsquote für die entsprechende Gruppe von Delikten (Zwangsheirat, Nachstellung/Stalking, Freiheitsberaubung, Nötigung, Bedrohung) liegt bei 88,7% (Ibid., Bd. 4, S. 43).

³¹ *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 238 Rn. 10 f.

³² Vgl. BR-Drs. 551/04, S. 9, allerdings noch zum Merkmal „fortgesetzt“.

³³ Siehe auch *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (445), der den Verweis auf Selbstschutzmöglichkeiten im Hinblick auf die die Gefahr einer Besserstellung wirtschaftlich starker Rechtsgutsträger kritisch sieht. Da die Geschädigten im Falle des Schwarzfahrens jedoch in aller Regel Nahverkehrsgesellschaften sein werden, besteht diese Gefahr hier eher nicht.

³⁴ *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 ff.

³⁵ Online abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/peter-biesenbach-cdu-will-schwarzfahren-nicht-mehr-als-straf-tat-werten-aid-1.7098542> (zuletzt abgerufen am 20.10.2017).

³⁶ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 40 Rn. 10 f.; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 40 Rn. 1.

³⁷ „Uneinbringlich“ in diesem Sinne bedeutet nach § 459e Abs. 1 und 2 StPO, dass die Geldstrafe nicht bezahlt wird und auch nicht im Wege der Strafvollstreckung beigetrieben werden kann, *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 3.

³⁸ Vgl. *Radtke*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 43 Rn. 2.

³⁹ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 43 Rn. 1; *Rostalski*, NSZ 2017, 121 (122).

⁴⁰ Kritisch zum Umrechnungsmaßstab bspw. *Tröndle*, ZStW 86 (1974), 545 (575 f.), dagegen allerdings mit Recht *Fischer*, StGB, 64. Auflage (2017), § 43 Rn. 4b: „[...] keine Frage des Maßstabs, sondern des Prinzips [...]“.

⁴¹ *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (447): „[...] notwendig, um der Geldstrafe die Glaubwürdigkeit als Strafsanktion zu erhalten.“

Notwendigkeit⁴². Dementsprechend hat es der Gesetzgeber den – für den Strafvollzug zuständigen – Ländern freigestellt, dem von einer Ersatzfreiheitsstrafe bedrohten Täter gemeinnützige Arbeit als Alternative zur Inhaftierung anzubieten (§ 293 EGStGB).⁴³ Voraussetzung bleibt allerdings die uneinbringliche Geldstrafe (§ 459e StPO), deren Vollzug für den Betroffenen keine unbillige Härte sein würde (§ 459e StPO).⁴⁴ Von der eröffneten Möglichkeit haben sämtliche Bundesländer – allerdings mit unterschiedlichen Umrechnungsmaßstäben⁴⁵ – Gebrauch gemacht.⁴⁶

Die mit der Ersatzfreiheitsstrafe verbundenen Probleme sind vielfältig. Zu vielfältig, um sie hier alle darzustellen. Im Mittelpunkt der Argumentation steht jedoch stets die soziale Ungerechtigkeit der Sanktion. Denn auch wenn die Geldstrafe abhängig vom Einkommen verhängt wird, trifft sie Täter, die in sozialer wie wirtschaftlicher Hinsicht schlechter gestellt sind, zweifellos härter als gut situierte Täter.⁴⁷ Grund hierfür ist zunächst die Verschuldensunabhängigkeit der Ersatzfreiheitsstrafe, also die Tatsache, dass es grundsätzlich⁴⁸ unerheblich ist, wer dafür verantwortlich ist, dass die Geldstrafe uneinbringlich ist.⁴⁹ Dass dementsprechend die Gefahr vergleichsweise hoch ist, dass vermögenslose Täter mit geringem Einkommen – die immerhin ein Drittel aller Geldstrafen ausmachen – (auch) in Anbetracht der Geldstrafe zahlungsunfähig werden, leuchtet unmittelbar ein. Alternativen, wie bspw. kurzfristige Kredite werden ihnen in der Regel nicht zu bezahlbaren Konditionen zur Verfügung stehen. So überrascht es denn auch nicht, dass beinahe alle der jährlich ca. 50.000 Ersatzfreiheitsstrafen – regelmäßig von ca. einem Monat Dauer – an wirtschaftlich und sozial benachteiligten Tätern vollstreckt werden, die zudem bereits ein beachtliches Vorstrafenregister und eine hohe Rückfallquote aufweisen.⁵⁰

Die Folgen gerade für diese Personengruppe können dramatisch sein: Für Bezieher von Leistungen nach dem SGB II („Hartz IV“) bedeutet eine Ersatzfreiheitsstrafe, dass sie für den Zeitraum der Vollstreckung – unabhängig von gewährten Vollzugslockerungen – von der Leistungsgewährung ausgeschlossen sind.⁵¹ Da hierunter auch die Kosten für die Unterkunft fallen, müsste der Inhaftierte – der bereits die Geldstrafe nicht zahlen konnte – die Miete für eine Wohnung „aus der eigenen Tasche“ zahlen – geling ihm das nicht, droht der Verlust der Wohnung.⁵²

Doch auch generell kann niemand ernsthaft behaupten, dass sich die Ersatzfreiheitsstrafe auf Grundlage spezialpräventiver Strafzweckerwägungen rechtfertigen ließe. Schließlich war es gerade die Idee hinter der Einführung der Geldstrafe, die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen, da das Ziel einer Resozialisierung des Täters binnen weniger Wochen nicht zu erreichen sei.⁵³ Im Gegenteil ist im Hinblick auf die von der Regelung häufig Betroffenen eher eine (weitere) Entsozialisierung zu besorgen, da entsprechende Hilfsangebote aufgrund der kurzen Haftdauer nicht wahrgenommen werden können.⁵⁴

Um indes nicht vollständig auf konstruktive Kritik zu verzichten, soll die Überlegung zum Sinn und Unsinn der Ersatzfreiheitsstrafe mit vier rechtspolitischen Forderungen enden, deren Umsetzung geeignet erscheinen, gegenwärtige Missstände – auch die von *Biesenbach* gerügten – zu beseitigen:

1. Auch wenn die finanziellen Verhältnisse des Täters bereits jetzt schon bei der Bemessung der Tagessätze zu beachten sind, werden offensichtlich zu oft (in ca. 10% der Fälle) Geldstrafen verhängt, die vom Betroffenen nicht zu leisten sind.⁵⁵ Hier gilt es, bereits beim Verhängen der Geldstrafe darauf zu achten, dass diese vom Täter auch geleistet werden kann und, dass ggf. eine Strafaussetzung mit Auflagen in Betracht zu ziehen ist.⁵⁶
2. Aber auch die Bedeutung einer nachdrücklichen Strafvollstreckung kann nicht genug betont werden.⁵⁷ Es ist zu vermeiden, dass vorschnell von einer Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ausgegangen wird. Auch sind dem Täter sämtliche Alternativen, wie insbesondere die Möglichkeit der Ratenzahlung und – im Falle der Uneinbringlichkeit – der freien Arbeit zu eröffnen und er ist entsprechend zu beraten.
3. Ist eine Geldstrafe deshalb uneinbringlich, weil die Lebensführung des Täters zu einem Therapie- oder Beratungsbedarf geführt hat, so soll die Strafe auch durch das Durchlaufen eines entsprechenden Beratungs- oder Therapieangebotes abgegolten werden können. Als Beispiele seien eine Entgiftungskur samt Suchttherapie oder die Schuldnerberatung genannt. Auch hier ist der Täter entsprechend zu beraten und zu unterstützen. Praktisch kann dies durch einen Vorrang der Strafaussetzung zur Bewährung in Verbindung mit entsprechenden Auflagen erreicht werden, die dann

⁴² *Von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 1 unter Bezugnahme auf *Tröndle*, MDR 1972, 427.

⁴³ Vgl. *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (447). Eine Verpflichtung wäre wohl aufgrund von Art. 12 Abs. 3 GG ausgeschlossen, der statuiert, dass „Zwangsarbeit [...] nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig“ ist. Unstrittig ist das freilich nicht, vgl. *Radtko*, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 5 m. w. N.

⁴⁴ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 9.

⁴⁵ Hierzu *Wolters*, ZStW 114 (2002), 63 (84).

⁴⁶ S. nur die Darstellung bei *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 9 f.

⁴⁷ Geldstrafen machen etwa 80% aller in der BRD ausgesprochenen Strafen aus, wobei etwa ein Drittel der Verurteilten Tagessätze zwischen einem und neun Euro zahlen müssen, also ein Niedriges Einkommen haben, *Hartmann*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, § 40 Rn. 1.

⁴⁸ Zu den Ausnahmen, in denen ein Härtefall nach § 459 f. StPO angenommen wurde vgl. *Radtko*, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 16 ff. m. w. N.

⁴⁹ BGHSt 27, 90 (93); *OLG Düsseldorf*, MDR 1983, 341; 1985, 76; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 43 Rn. 3; *Dölling*, NSTZ 1981, 86 (89); a. A.: *Köhler*, GA 1987, 145 (161); v. *Selle*, NSTZ 1990, 118.

⁵⁰ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 43 Rn. 2 m. w. N. Eindrücklich auch die Fälle in *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (435 f.).

⁵¹ BSG, Urt. v. 24.02.2011 – B 14 AS 81/09 R.

⁵² *Wawzyniak*, in: Fraktion DIE LINKE im Bundestag, Strafvollzug und Resozialisierung – ein Paradoxon?!, 2016, S. 14 (17).

⁵³ BGH, NJW 1971, 439; 1971, 151 jeweils m. w. N.

⁵⁴ Vgl. nur *Radtko*, in: MüKo-StGB, § 38 Rn. 81 m. w. N. Weiterführend auch *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (440 f.).

⁵⁵ *Albrecht*, in: NK-StGB, § 40 Rn. 43: „Am schärfsten stellt sich das Problem der Zumessung der Tagessatzhöhe im Falle v. Sozialleistungsempfängern [...]“.

⁵⁶ Ähnlich *Meier*, ZStW 129 (2017), 433 (440).

⁵⁷ *Fischer*, StGB, § 43 Rn. 3; *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 43 Rn. 6.

ggf. auch bei der Ersatzfreiheitsstrafe⁵⁸ oder der Geldstrafe selbst⁵⁹ zugelassen werden sollte.

4. Wenn der Täter sowohl die Zahlung der Strafe, als auch sämtliche Erleichterungen oder Alternativen verweigert, bestehen keine Einwände gegen den Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe. Sie ist dann gleichsam ultima ratio zur Erreichung eines Strafzweckes und insofern nicht zu beanstanden.

V. Fazit

Es ist erfreulich, dass ein erneuter und mit Blick auf die anstehende Legislaturperiode vielversprechender Vorstoß bei der Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“ stattfindet. Damit kann die längst überfällige Kurskorrektur einer verfehlten Rechtsprechung betrieben werden. Nach einer Legislaturperiode des „strafrechtlichen Wachstums“ kann sich die Politik bei diesem und anderen Vorhaben der Unterstützung aus der Wissenschaft gewiss sein, hat diese doch jüngst erneut das ultima-ratio-Prinzip⁶⁰ und die Entbehrlichkeit von Tatbeständen⁶¹ in ihren Fokus gerückt, ja sogar für eine „Entrümpelung des StGB“⁶² plädiert. Bedauerlich ist hingegen, dass wohl vor allem der Aspekt der finanziellen Belastung der Staatskasse durch Ersatzfreiheitsstrafen und Auslastung von Kapazitäten der Strafverfolgungsorgane für die Politik eine entscheidende Rolle für diesen Schritt spielen dürfte. Dabei sollte eine gute Kriminalpolitik sich nicht zu sehr von praktischen Zwängen leiten lassen⁶³ – der Rechtsstaat ist teuer. Eine differenzierte Betrachtung hat die aufgeworfenen Fragen eines Vorhabens getrennt zu beantworten.

Ganz in diesem Sinne ist insoweit zunächst festzuhalten, dass das „einfache Schwarzfahren“ kein strafbares Unrecht und eine Entkriminalisierung daher zu befürworten ist. Man wird, mangels absehbaren Wandels in der Rechtsprechung, überlegen müssen wie man diese Einsicht umzusetzen hat. Anhand früherer Gesetzesentwürfe können alte Fehler bereits in der Phase der Entwurfsplanung erkannt und damit ein überzeugender § 265a StGB n. F. geschaffen werden. Insbesondere sollten die kriminalpolitischen Schutzbedürftigkeitserwägungen zum Unrecht „einfachen Schwarzfahrens“ auch bei der Frage Berücksichtigung finden, ob es fortan eines entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestandes bedarf. Erst nach diesen grundsätzlichen Überlegungen de lege ferenda ist es angezeigt, auch praktische Aspekte in den Blick zu nehmen. Jedenfalls für das „einfache Schwarzfahren“ käme die Ersatzfreiheitsstrafe damit nicht mehr in Betracht. Für die übrigen Fälle ist sie zwar ebenfalls kritisch zu sehen, in Verbindung mit einer besseren Verhängungspraxis im Bereich der Geldstrafen und verstanden als ultima ratio jedoch nicht grundsätzlich zu beanstanden.

Abschließend sei zudem darauf hingewiesen, dass die Idee der Verschiebungen des „einfachen Schwarzfahrens“ in den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts eines außer Acht lässt: Eine, ebenfalls kostspielige Inhaftierung sieht auch dieses unter bestimmten Voraussetzungen in Form der Erzwingungshaft nach §§ 96 ff. OWiG vor.

⁵⁸ Ob die Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe bereits nach geltendem Recht möglich ist, ist umstritten. Vgl. insofern die Nachweise bei Radtke, in: MüKo-StGB, § 43 Rn. 23.

⁵⁹ Meier, ZStW 129 (2017), 433 (447).

⁶⁰ Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349 ff.; Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 ff.; Kindhäuser, ZStW 129 (2017), 382 ff.; Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 ff.; Bittmann, NStZ 2016, 249 ff.; Frisch, NStZ 2016, 16 ff.

⁶¹ Kaspar, ZStW 129 (2017), 401 ff.; Kinzig, ZStW 129 (2017), 415; Heinrich, ZStW 129 (2017), 425 ff.; Duttge, ZStW 129 (2017), 448; Nestler, ZStW 129 (2017), 467; Kubiciel, ZStW 129 (2017), 473 ff.

⁶² Hoven, ZStW 129 (2017), 334 ff.

⁶³ Vgl. Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. (1980), S. 117.