

Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Andreas Mosbacher

Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen BT-Drs. 19/1690 und BT-Drs. 19/1115
(Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“)

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des
Deutschen Bundestages am 7. November 2018

Die besseren Argumente sprechen für die Entkriminalisierung des „einfachen Schwarzfahrens“. Eine Einstufung solcher Handlungen als Ordnungswidrigkeit (jedenfalls bei öffentlichen Verkehrsmitteln) erscheint gegenüber der völligen Sanktionslosigkeit vorzugswürdig.¹

I. Grundlagen der Diskussion

a) Umstritten: derzeitige Praxis der Bestrafung einfachen „Schwarzfahrens“

Nach dem Gesetzestext des § 265a Abs. 1 StGB ist u.a. strafbar, wer die Beförderung durch ein Verkehrsmittel in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Umstritten ist, ob hierfür jede vorsätzliche Nutzung eines kontrollfrei zugänglichen Verkehrsmittels ohne Fahrausweis ausreicht. In der Praxis beschränken sich Anklage und Urteilsfeststellungen in entsprechenden Fällen vielfach auf folgenden Satz: „Der Angeschuldigte/Angeklagte fuhr am ... um ... Uhr mit der S-Bahn ... Richtung ..., ohne – wie er wusste – im Besitz des hierfür erforderlichen Fahrausweises zu sein.“²

Schon der Begriff des „Erschleichens“ legt indes nahe, dass ein tatbestandsmäßiges Verhalten erforderlich ist, das über die bloße Nutzung des Beförderungsmittels hinausgeht.³ Anerkannt ist in der Rechtsprechung deshalb, dass bei den anderen Varianten des § 265a Abs. 1 StGB die unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung zu Lasten Dritter nicht ausreicht,⁴ sondern vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden müssen.⁵ Bei der Beförderungserschleichung soll nach Auffassung des *BGH* für das Erschleichen indes ausreichen, dass der Täter das Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen. durch sein Verhalten.⁶

Eine *Kammer* des *BVerfG* hat 1998 eine gegen die auf dieser Auslegung beruhende Verurteilung wegen einfachen „Schwarzfahrens“ eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Da das Tatbestandsmerkmal „Erschleichen“ schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung für sich genommen eine weite Auslegung zulasse, sei es

¹ Vgl. zum Folgenden *Mosbacher*, Sitzen fürs Schwarzfahren - Gerechte Strafe für strafwürdiges Unrecht oder sozial kontraproduktiver Freiheitsentzug für Bagatellen?, NJW 2018, 1069 ff. mwN.

² Vgl. etwa *OLG Hamm*, NStZ-RR 2011, 206, und demgegenüber *OLG Frankfurt/Main*, NJW 2010, 3107.

³ Vgl. zu dieser Diskussion nur *Alwart*, JZ 1986, 563 und 2009, 478; *Fischer*, NJW 1988, 1828; *Schall*, JR 1992, 1; *Hinrichs*, NJW 2001, 932; *Ellbogen*, JuS 2005, 20; *Exner*, JuS 2009, 990; *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500; *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352; *Bock*, JA 2017, 357

⁴ *BGH*, NStZ 2005, 213 (Telefonkarten).

⁵ *OLG Karlsruhe*, NJW 2009, 1287 (Automatenmissbrauch).

⁶ *BGHSt* 53, 122 = NJW 2009, 1091.

von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, wenn die Rechtsprechung unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten verstehe, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringe und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgebe.⁷

Nach Auffassung der *Oberlandesgerichte* wird der Anschein ordnungsgemäßer Benutzung – im Einklang mit den historischen Vorstellungen des Gesetzgebers⁸ – schon bei jeder unauffälligen Nutzung des Beförderungsmittels erweckt. Kein Erschleichen soll danach nur vorliegen, wenn der Fahrgast in offener und unmissverständlicher Weise nach außen zum Ausdruck bringe, die Beförderungsbedingungen nicht erfüllen und den Fahrpreis nicht entrichten zu wollen⁹. Findige Fahrgäste haben in Folge dieser Rechtsprechung mehr oder weniger große Hinweise auf Kleidungsstücken angebracht, wonach sie den Fahrpreis nicht entrichten wollen. Die Rechtsprechung hat dies unter Verweis auf die mangelnde Sichtbarkeit oder Eindeutigkeit der entsprechenden Hinweise zur Erschütterung des Anscheins ordnungsgemäßer Benutzung indes nicht ausreichen lassen.¹⁰ Im Ergebnis wird also jede vorsätzliche Nutzung eines Verkehrsmittels ohne gültigen Fahrausweis unter den Begriff der Beförderungserschleichung subsumiert.

Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint diese Auslegung des § 265a Abs. 1 StGB indes vor dem Hintergrund des vom 2. *Senat des BVerfG* seit 2010 besonders herausgehobenen verfassungsrechtlichen „Verschleifungsverbots“. Dieses aus dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ entwickelte Verbot bezieht sich auf Tatbestandsmerkmale, die kumulativ vorliegen müssen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Aus Verfassungsgründen ist insoweit eine Auslegung untersagt, bei der einzelne Merkmale bereits in anderen zwangsläufig mitverwirklicht sind und ihnen kein eigenständiger Gehalt verbleibt.¹¹ Genau dies kann allerdings passieren, wenn die aktuelle Auslegung von § 265a Abs. 1 StGB durch die Rechtsprechung dazu führt, dass die bloße Benutzung eines Beförderungsmittels (bereits im tatbestandlichen Begriff „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ enthalten) in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, für eine Strafbarkeit ausreicht. Dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal des „Erschleichens“ verbliebe bei dieser Auslegung kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr. Dies erscheint unzulässig, weil der Gesetzgeber die Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit bestimmen muss, nicht der Richter.

b) Praktische Bedeutung

Für die Justizpraxis hat das einfache „Schwarzfahren“ erhebliche Bedeutung. Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik für 2017 wurden knapp 250.000 Fälle des Erschleichens von Leistungen erfasst (nahezu ausschließlich Fälle des „Schwarzfahrens“)¹², nach der Strafverfolgungsstatistik 2016 gab es deshalb über 61.000 Verurteilte. In Berlin sollen nach Auskunft des Justizsenators *Behrendt* derzeit ca. 37 % der verbüßten Ersatzfreiheitsstrafen Verurteilungen wegen Beförderungserschleichung betreffen.

⁷ *BVerfG*, NJW 1998, 1135 (1136).

⁸ Ausführlich hierzu *OLG Hamburg*, Urt. v. 18.12.1990 – 2a Ss 119/90 (insoweit in *NStZ* 1991, 587 nicht abgedruckt); vgl. zur Entstehungsgeschichte auch *Schwenke*, Zur Strafbarkeit der Beförderungserschleichung § 256a StGB, Dissertation 2008, S. 51 ff.

⁹ Vgl. *OLG Frankfurt/Main*, Beschl. v. 23.12.2016 – 1 Ss 253/16; *OLG Köln*, *NStZ-RR* 2016, 92 (LS); *OLG Naumburg*, Beschl. v. 6.4.2009 – 2 Ss 313/07; *KG*, NJW 2011, 2600.

¹⁰ Vgl. *OLG Frankfurt/Main*, Beschl. v. 23.12.2016 – 1 Ss 253/16; *OLG Köln*, *NStZ-RR* 2016, 92 (LS); *KG*, NJW 2011, 2600.

¹¹ Ausführlich hierzu *BVerfGE* 126, 170 Rn. 78 = NJW 2010, 3209; vgl. zuletzt *BVerfG*, NJW 2015, 2949.

¹² Vgl. *PKS Jahrbuch* 2017, Band 4, S. 106 f.

II. Kriminalpolitische Argumente

1. Zur Strafwürdigkeit des „Schwarzfahrens“

Wer bewusst ohne Bezahlung eine Beförderungsleistung in Anspruch nimmt, die ein anderer nur gegen Entrichtung eines Entgelts bereitstellt, handelt ohne Zweifel rechtswidrig, denn er verstößt gegen die zivilrechtlichen, zumeist durch allgemeine Beförderungsbedingungen festgelegten Regeln des von ihm durch Benutzung eingegangenen Beförderungsvertrages. Ein solcher Nutzer kann deshalb von der weiteren Beförderung ausgeschlossen und ihm kann ein erhöhtes Beförderungsentgelt in Form einer Vertragsstrafe oder nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften¹³ auferlegt werden. Zu recht sind die übrigen Nutzer des Verkehrsmittels, die das erforderliche Entgelt entrichten und damit für die Finanzierung des für alle wichtigen Angebots im öffentlichen Personennahverkehr sorgen, über solche „Trittbrettfahrer“ empört.

Damit ist über die Strafwürdigkeit des einfachen Schwarzfahrens noch nicht entschieden. Wie schon *Immanuel Kant* überzeugend herausgearbeitet hat, ist es nicht Aufgabe staatlichen Strafs, absolute Gerechtigkeit auf Erden herzustellen und alle moralisch verwerflichen Handlungen mit Strafe zu ahnden.¹⁴ Staatliches Strafen lässt sich nur aus seinem positiven Zweckbezug rechtfertigen: dem Schutz identifizierbarer Rechtsgüter im Interesse der Bürger in Anknüpfung an eine zuvor öffentlich als strafbar bestimmte rechtswidrige Tat. Nun kann man nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, dass es der Strafnorm des § 265a StGB um ein grundsätzlich strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut geht, nämlich das Vermögen der hiervon erfassten Leistungsanbieter. Dies unterscheidet das „Schwarzfahren“ im Kontext der Liberalisierungsdebatte etwa vom Umgang mit „weichen“ Betäubungsmitteln wie Cannabis durch kompetente Erwachsene, bei dem mangels konkreter Rechtsgutsverletzung schon die Strafwürdigkeit durchgreifenden Zweifeln unterliegt.¹⁵ Beim „Schwarzfahren“ erscheint der Gesetzgeber ohne Weiteres befugt, die Benutzung eines Beförderungsmittels ohne Zahlung des hierfür erforderlichen Entgelts unter Strafe stellen; er verfolgt damit einen legitimen Zweck. Ob er das auch tun sollte, ist eine andere Frage.

2. Zur Strafbedürftigkeit: Sollte einfaches „Schwarzfahren“ bestraft werden?

Nicht jedes Verhalten, das man prinzipiell bestrafen könnte, sollte auch bestraft werden. Nur wenn das Strafrecht in seiner Zusammenschau von Strafandrohung (Strafgesetz), Strafverhängung (Urteil) und Strafvollzug unter dem Strich einen positiven Nutzen für die Gesellschaft bringt, ist staatliche Strafe legitim.¹⁶ Hierbei kann eine Strafnorm nicht isoliert in den Blick genommen werden, vielmehr ist ihre Einbettung in den Gesamtkontext wichtig. Zu bedenken ist dabei zudem, ob Strafe wirklich sein muss oder ähnlich geeignete, mildere Mittel zur Erreichung des erstrebten Zwecks zur Verfügung stehen (Strafrecht als „ultima ratio“).

a) Erhebliche Kosten der Verfolgung von Bagatellunrecht

¹³ Vgl. hierzu näher Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 309 Rn. 35 mwN.

¹⁴ Vgl. hierzu näher *Mosbacher*, Kants präventive Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff.

¹⁵ Hierzu näher *Mosbacher*, Strafrecht und Selbstschädigung. Die Strafbarkeit „opferloser“ Delikte im Lichte der Rechtsphilosophie Kants, 2001.

¹⁶ Vgl. näher *Mosbacher*, Kant und der Kannibale. Die liberale Funktion des Vergeltungsgedankens bei der Abgrenzung von Strafunrecht und Moralwidrigkeit, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14 (2006), S. 479 ff.

Auf dieser Stufe der Diskussion können die Befürworter einer Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“ am ehesten überzeugen: Gesellschaftliche Kosten und gesellschaftlicher Nutzen scheinen bei der Kriminalisierung des Schwarzfahrens nicht im Einklang zu stehen. Die Bestrafung betrifft in aller Regel nur solche „Schwarzfahrer“, die das erhöhte Beförderungsentgelt nicht alsbald entrichten. Das Unrecht, um das es geht, liegt vielfach im unteren Bagatellbereich (Schäden zwischen 1 und 3 Euro). Zwar hat die Rechtsprechung bei Wiederholungstätern auch in Fällen geringfügiger Schäden sogar die Verhängung von Freiheitsstrafen gefordert¹⁷ oder hingenommen.¹⁸ Indes spricht viel dafür, dass etwa die Verhängung einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe bei einer Beförderungerschleichung mit einem Schaden um 1 Euro nicht mehr als gerechter Schuldausgleich angesehen werden kann.¹⁹

Die Verfolgung dieses Bagatellunrechts verursacht erhebliche Kosten, die auf jährlich 15 Millionen Euro geschätzt werden.²⁰ Die Ressourcen der Strafjustiz werden hierdurch in weitem Umfang gebunden, obwohl sie für die Bekämpfung weit schwerer Formen der Kriminalität wie im Wirtschaftsstrafrecht dringend gebraucht werden.²¹ Durch die Inhaftierung bei Verbüßung von Ersatzfreiheitsstrafen kommt es häufig zu Entsozialisierungsfolgen, die weitere erhebliche gesellschaftliche Kosten verursachen.²²

b) Verkehrsbetriebe verfügen über ausreichende Möglichkeiten zum Selbstschutz

Den Verkehrsbetrieben steht durch die Möglichkeit, ein erhöhtes Beförderungsentgelt zu erheben, eine eigene Sanktionsmöglichkeit zur Verfügung. Treffen Kontrolleure einen Fahrgast ohne gültigen Fahrausweis an, können sie ihn – auch ohne Strafbarkeit der Beförderungerschleichung – nach § 229 BGB zur Identitätskontrolle festhalten. Nach § 229 BGB handelt u.a. derjenige, der zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Einschreiten die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Wie der *BGH* bereits entscheiden hat,²³ kann derjenige, dem ein Schaden zugefügt worden ist, grundsätzlich von einem unbekanntem Schadensverursacher verlangen, zur eventuellen gerichtlichen Klärung des Schadensersatzanspruches die Personalien bekannt zu geben. Zur Sicherung dieses Anspruchs steht ihm unter den Voraussetzungen des § 229 BGB ein Festnahmerecht zu, wenn die Gefahr besteht, dass sich dieser der Feststellung seiner Personalien durch Flucht entziehen will. Gegen Personen, die immer wieder ohne Fahrschein ein Verkehrsmittel unberechtigt nutzen, wird auch die Erteilung eines strafrechtlich sanktionierten Hausverbots für S- und U-Bahnhöfe und die entsprechenden Verkehrsmittel²⁴ in Frage kommen, sofern dieses die Nutzung im Einklang mit den Beförderungsbedingungen nach § 22 PBefG bzw. § 10 Allgemeines Eisenbahngesetz (also mit gültigem Fahrausweis) ausnimmt.²⁵

c) Sanktionierung trifft fast ausnahmslos sozial Schwache

¹⁷ Vgl. *OLG Köln*, Urt. v. 3.11.2015 – III-1 RVs 166/15.

¹⁸ Vgl. *BGHSt* 52, 84 = *NJW* 2008, 672.

¹⁹ Vgl. *OLG Hamm*, *NStZ-RR* 2009, 73 und demgegenüber *OLG Hamm*, Urt. v. 10.2.2015 – 5 RVs 76/14.

²⁰ Vgl. *Fiebig*, *LTO* v. 6.2.2018.

²¹ Vgl. nur *Mosbacher*, *LTO* v. 8.11.2017.

²² Vgl. *Lorenz/Sebastian*, *KriPoZ* 2017, 352 (356); *Meier*, *ZStW* 129 (2017), 433 (444).

²³ Vgl. *BGH*, *NStZ* 2012, 144 mAnm *Grabow*; enger *Mitsch NZV* 2014, 545 (547).

²⁴ Vgl. zu deren Schutz nach § 123 StGB *MüKo-StGB/Schäfer*, 3. Aufl. 2017, § 123 Rn. 23 mwN.

²⁵ Vgl. zu Hausverboten für Betreiber öffentlicher Verkehrsmittel näher *OLG Hamburg*, *NStZ* 2005, 276 (LS); *OLG Frankfurt/Main*, *NJW* 2006, 1746; *BayObLG*, *NJW* 1977, 261; zum Problem auch *Preuß*, *ZJS* 2013, 355, 358 ff.

Faktisch scheint die flächendeckende strafrechtliche Ahndung des „Schwarzfahrens“ ganz überwiegend zu einer Bestrafung sozial Schwacher zu führen, die sich das S-Bahn-, Straßenbahn- oder Bus-Fahren vielfach nicht leisten können, während Personen mit höheren Einkommen von der Strafverfolgung durch Zahlung des erhöhten Beförderungsentgelts praktisch ausgenommen sind. Gerade in der heutigen Zeit hat die Teilhabe am öffentlichen Personennahverkehr eine grundlegende soziale Dimension. Allen Bürgern, auch solchen mit niedrigen Einkommen, muss die regelmäßige Nutzung öffentlicher Nahverkehrsmittel ohne weiteres möglich sein, etwa durch besonders kostengünstige „Sozialtickets“. Nur wenn dies flächendeckend gewährleistet ist, erscheint die Bestrafung des einfachen „Schwarzfahrens“ überhaupt legitim.

d) Keine nachteiligen Folgen der Entkriminalisierung zu befürchten

Bei einer behutsamen Entkriminalisierung ist auch nicht zu befürchten, dass das Normvertrauen der Bevölkerung Schaden leidet. Wie das Beispiel europäischer Nachbarn (etwa Österreich)²⁶ zeigt, kann eine Gesellschaft es ohne weiteres aushalten, wenn einfaches „Schwarzfahren“ ohne Täuschung einer Kontrollperson nur als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird.²⁷ Dies unterscheidet die Entkriminalisierung der Beförderungerschleichung von derjenigen etwa des Ladendiebstahls. Der Vermögensschutz ist strafrechtlich nicht lückenlos gewährleistet, sondern das Vermögen wird nur vor bestimmten Arten von Angriffen von außen geschützt, etwa vor irrtumsbedingten Vermögensverfügungen (§ 263 StGB) oder pflichtwidrigen Minderungen besonders zum Vermögensschutz aufgestellter Dritter (§ 266 StGB). Anders verhält es sich beim Schutz des von Art. 14 GG in den Grenzen der Sozialpflichtigkeit garantierten Eigentums, der umfassend strafrechtlich garantiert wird. Die Entkriminalisierung einfacher Fälle des Diebstahls²⁸ erschiene vor diesem Hintergrund, anders als die Entkriminalisierung der Beförderungerschleichung, aus generalpräventiven Gründen als bedenklich.

III. Folgerung: Vollständige Entkriminalisierung, Teilentkriminalisierung oder Ordnungswidrigkeit?

Für die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens werden verschiedene Modelle diskutiert. Vorgeschlagen wird etwa die Beschränkung der Strafbarkeit auf die Umgehung von Zugangskontrollen oder beharrliche Wiederholungen²⁹, die Einführung einer Wertgrenze, die Herabstufung des einfachen „Schwarzfahrens“ zur Ordnungswidrigkeit oder die vollständige Ahnungslosigkeit des Schwarzfahrens.

1. Vorgeschlagene Einschränkungen der Strafbarkeit problematisch

Mir scheint am ehesten eine Verschiebung der Beförderungerschleichung in das Ordnungswidrigkeitenrecht in Anlehnung an das Österreichische Vorbild geeignet, den verschiedenen Aspekten gerecht zu werden. Weniger überzeugend scheint es, den Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit an einer Wertgrenze festzumachen (etwa 50 Euro). Hierfür gibt es im deutschen Recht kein Vorbild; eine solche Regelung wäre zudem systemfremd, weil die

²⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 des Österreichischen Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsgesetzen in der ab 1.9.2018 geltenden Fassung (EGVG); bei Zahlung des erhöhten Beförderungsentgelts binnen 2 Wochen entfällt die Ahndung.

²⁷ Der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit hindert bei der Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit – anders als bei der Ersatzfreiheitsstrafe – die Vollstreckung von Erzwingungshaft, vgl. § 96 OWiG und hierzu etwa *Lemke/Mosbacher*, OWiG, 2. Aufl. 2005, § 96 Rn. 1 ff.

²⁸ Vgl. hierzu etwa *Niewisch-Lennartz*, ZRP 2014, 187; *Kuder*, ZRP 2014, 187.

²⁹ Vgl. BT-Drucks. 12/6484 und 13/374.

besonderen Tatbestände des OWiG nicht dem Schutz der Rechtsgüter Einzelner, sondern dem Schutz der Allgemeinheit dienen.

Die „beharrliche Wiederholung“ einer Beförderungsererschleichung als Kriterium für den Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit einzuführen, könnte sich zwar auf verschiedene Vorbilder berufen (vgl. nur § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG und § 184f StGB; § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III bzw. § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG und § 11 Abs. 1 Nr. 2 b und d SchwarzArbG; sog. „unechte Mischtatbestände“).³⁰ Angesichts der Möglichkeiten der Betreiber öffentlicher Verkehrsmittel zur Erhebung eines erhöhten Beförderungsentgelts und zum Aussprechen eines Hausverbots erscheint mir für einen solchen Mischtatbestand keine Notwendigkeit zu bestehen. Zudem handelt es sich bei den bisherigen Fällen strafrechtlicher Verfolgung der Beförderungsererschleichung ganz überwiegend um Wiederholungstaten, so dass sich für die Verfolgungspraxis nichts Wesentliches ändern würde.

Für eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die Umgehung von Zugangskontrollen scheint es mir in Deutschland kein praktisches Bedürfnis zu geben. Automatisierte Zugangskontrollen wie in anderen europäischen Ländern gibt es in Deutschland praktisch nicht. Wo der Zugang durch eine Person (etwa Busfahrer) kontrolliert wird, wird in aller Regel eine Strafbarkeit wegen Betruges vorliegen, wenn der Kontrollierende (auch nur konkludent) getäuscht wird.

2. Völlige Ahndungsfreiheit der Beförderungsererschleichung?

Am anderen Ende der Skala stehen die Vorschläge, die Beförderungsererschleichung insgesamt ahnungslos zu stellen. Auch dies erscheint mir kriminalpolitisch nicht unproblematisch. In der Bevölkerung würde dieser Schritt wohl eher als Signal dafür wahrgenommen werden, dass „Schwarzfahren“ rechtlich nun überhaupt nicht mehr missbilligt wird. Plausibler erscheint der Vergleich der einfachen Beförderungsererschleichung mit der Ordnungswidrigkeit des „Falschparkens“, weil auch hier im öffentlichen Verkehr auf Kosten der Allgemeinheit ein unbilliger Sondervorteil erlangt wird. Eine Sanktionierung unterhalb der strafrechtlichen Schwelle erscheint mir deshalb eher richtig.

3. Ausgestaltung und Folgen einer entsprechenden Bußgeldnorm

Weil es im Besonderen Teil des OWiG stets um Allgemeinbelange geht (nicht um Vermögensschutz wie bei § 265a StGB), sollte im Tatbestand einer neuen Vorschrift allerdings eine Beschränkung auf öffentliche Verkehrsmittel vorgenommen werden; das sind solche, die für jeden Nutzer allgemein zugänglich sind und bei denen regelmäßig Beförderungspflicht besteht (damit scheiden etwa private Fahrdienste aus). Gerade die Beförderungspflicht spricht für einen herausgehobenen Schutz dieser Leistungsangebote, wenn auch unterhalb der Schwelle des Strafrechts. Das Erschleichen der Beförderung in einem öffentlichen Verkehrsmittel verletzt Allgemeinbelange von Gewicht, weil die übrigen Nutzer und Steuerzahler letztlich hierfür aufkommen müssen und durch „Trittbrettfahrer“ die für die Allgemeinheit wichtige Leistungserbringung insgesamt gefährdet werden kann.

Die Herabstufung der Beförderungsererschleichung zur Ordnungswidrigkeit betrifft die große Mehrzahl von Strafverfahren nach § 265a StGB, nämlich die Nutzung von Bussen, S- und Straßenbahnen ohne erforderlichen Fahrschein. Die Benutzung von Zügen des Fernverkehrs geht

³⁰ Vgl. hierzu nur *Mosbacher*, in *Ignor/Mosbacher* (Hrsg.), *Handbuch Arbeitsstrafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 172 ff.

zumeist mit Fahrkartenkontrollen einher; insoweit sind keine wesentlichen Strafbarkeitseinschränkungen durch Änderung von § 265a StGB zu erwarten. Wer ohne Fahrschein mit dem Zug fährt und etwa auf die Frage „Noch jemand zugestiegen?“ schweigt, begeht einen gemäß §§ 13, 263 StGB strafbaren Betrug durch Unterlassen. Ein strafbarer Betrug durch aktives Tun liegt beim Vorzeigen eines abgelaufenen, ge- oder verfälschten Fahrscheins vor. Bei beharrlichen Verstößen gegen ihre Beförderungsbedingungen kann die Deutsche Bahn zudem Fahrgästen ein strafbewehrtes Hausverbot erteilen (s.o.). Strafflos würde lediglich die Nutzung eines Zuges ohne Fahrschein bis zur Fahrkartenkontrolle. Dieses Verhalten ist im Fernverkehr aber auch schon bislang strafflos, wenn man in der Lage ist, beim Schaffner einen Fahrschein zu erwerben. Im Nahverkehr verlangt die Bahn von Fahrgästen, die den Zug ohne Fahrschein betreten, ein erhöhtes Beförderungsentgelt. Soweit ein Schaffner eine Fahrscheinkontrolle durchführt, gilt das zum Fernverkehr Ausgeführte entsprechend. Verlässt eine Person, die ohne Fahrschein angetroffen wird, das Verkehrsmittel auf Anforderung nicht, kann sie sich wegen Hausfriedensbruchs strafbar machen. Wird mit einer Beförderungerschleichung zugleich eine Straftat begangen, würde § 118a OWiG-E grundsätzlich verdrängt (§ 21 OWiG).

Ein entsprechender Bußgeldtatbestand könnte nach dem Vorbild von § 118a OWiG-E gemäß BT-Drucks. 19/1690 demnach wie folgt aussehen:

„§ 118a Unbefugte Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels

(1) Wer ein öffentliches Verkehrsmittel benutzt, ohne das hierfür erforderliche Entgelt zu entrichten, handelt ordnungswidrig.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.“

Erfasst werden von dieser Norm nur vorsätzliche Verstöße (§ 10 OWiG). Das Bußgeld beträgt für jede einzelne Beförderungerschleichung zwischen 5 und 1.000 Euro (vgl. § 17 Abs. 1 und § 20 OWiG). Zuständig für die Verfolgung wäre die fachlich zuständige oberste Landesbehörde (§§ 35, 36 Abs. 1 Nr. 2 a OWiG), sofern nicht – was vorzugswürdig erscheint – die Landesregierung die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung auf eine andere Behörde oder Stelle überträgt oder die oberste Landesbehörde zu einer solchen Übertragung ermächtigt (§ 36 Abs. 2 OWiG). Die Neuregelung sollte nach 5 Jahren evaluiert und auf den Prüfstand gestellt werden.

Alternativ wäre auch eine Lösung wie in Österreich denkbar, bei der eine Ahndungsmöglichkeit nur besteht, wenn nicht spätestens binnen zweier Wochen das erhöhte Beförderungsentgelt entrichtet wird (vgl. Anhang).

Leipzig, den 4. November 2018

Prof. Dr. Andreas Mosbacher

Anhang:

Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 des Österreichischen Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsgesetzen (EGVG, Fassung ab 1.9.2018)

Art. 3

(1) Wer...

2. sich die Beförderung durch eine dem öffentlichen Verkehr dienende Einrichtung verschafft, ohne das nach den Tarifbestimmungen und Beförderungsbedingungen dieser Einrichtungen festgesetzte Entgelt ordnungsgemäß zu entrichten, und bei der Betretung im Beförderungsmittel auf Aufforderung den Fahrpreis und einen allfälligen in den Tarifbestimmungen oder Beförderungsbedingungen vorgesehenen Zuschlag entweder nicht unverzüglich oder, wenn seine Identität feststeht, nicht binnen zwei Wochen zahlt...

begeht... eine Verwaltungsübertretung und ist ... in den Fällen der Z 2 ... für das Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, von der Landespolizeidirektion... mit einer Geldstrafe von bis zu 218 Euro... zu bestrafen.