

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Melina Bab Alfath

Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, § 265a StGB?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 27.10.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	27
II. Besonderheiten der Strafnorm § 265a StGB und ihre praktische Auswirkung	27
1. Anmerkung zur Begrifflichkeit	28
2. Umstrittene Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB	28
a) Auffassung des BGH	29
b) Auffassung in der Literatur	29
c) Streitentscheid	30
3. Bedeutung des § 265a StGB in der Praxis	31
III. Meinungsstreit bezüglich einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens	32
1. Gründe für eine Entkriminalisierung	33
a) Strafnorm trifft insbesondere sozial Schwache	33
b) Verfassungsrechtliche Bedenken	34
aa) Kriminalisierung des Schwarzfahrens im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als Ultima Ratio	35
bb) Unverhältnismäßigkeit der Entkriminalisierung	36
(1) Strafnorm zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche	36
(2) Tatbestandseinschränkende eigenverantwortliche Selbstgefährdung	37
(3) Doppelbelastung	37
(4) Unangemessene Ersatzfreiheitsstrafe	38
(5) Ungleichbehandlung	38
c) Unverhältnismäßiger Ressourceneinsatz	38
2. Gründe gegen eine Entkriminalisierung	39
a) Gemeinschaftsschädlichkeit des Schwarzfahrens	39
b) Generalpräventive Erwägungen	39
3. Streitentscheid	40
IV. Umsetzung der Entkriminalisierung	41
1. Durch Verschiebung in das Ordnungswidrigkeitenrecht	41
a) Anforderungen	41
aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung	41
bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse	42
cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung	42
b) Bewertung	43
2. Durch ersatzlose Streichung	43
a) Anforderungen	44
aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung	44
bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse	44
cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung	44
b) Bewertung	45
3. Stellungnahme	45
V. Fazit	46

I. Einleitung

Vor etwa 90 Jahren wurde der § 265a StGB zur Schließung von Strafbarkeitslücken eingeführt.¹ Zu jener Zeit war nicht absehbar, wozu dieser Tatbestand heute angewendet wird. Welche Bedeutung dieser Norm für die soziale Dimension zukommt, konnte damals nicht erahnt werden. Über Jahrzehnte hinweg wurde der § 265a StGB immer wieder Gegenstand umfassender kriminalpolitischer Diskurse als Exemplar dessen, was im Strafrecht noch verbesserungsfähig ist.

Wer heute „schwarzfährt“², oder genauer gesagt eine Beförderung erschleicht, wird nach § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB bestraft.

In der Praxis führt die Norm insbesondere bei Menschen mit niedrigem Einkommen zu weitreichenden Problemen. Infolge der Ahndung des Schwarzfahrens werden regelmäßig Geldstrafen ausgesprochen, die für die Betroffenen nicht bezahlbar und ebenso für die Staatsanwaltschaften nicht vollstreckbar sind. Aus diesem Grund kommt es häufiger zur Anwendung von Ersatzsanktionen wie der Ersatzfreiheitsstrafe.³ Aber wie kann es sein, dass die härteste Sanktion des deutschen Strafrechts, die Freiheitsstrafe, regelmäßig gegen das Bagatelldelikt „Fahren ohne Fahrschein“ eingesetzt wird? Diese Frage wurde im Laufe der Jahre wiederholt zur Diskussion gestellt, blieb jedoch von der Gesetzgebung unberücksichtigt. In der Vergangenheit erreichten den Deutschen Bundestag mehrere Gesetzesentwürfe über die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, allerdings wurden diese bislang immer abgelehnt.⁴ Zuletzt wurde am 19. Juni 2023 die Frage nach der Entkriminalisierung erneut in die Gegenwart gerufen. An diesem Tag debattierte der Bundestagsausschuss über den Gesetzesentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs zur Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein auf Antrag der Fraktion Die Linke.⁵

In diesem Zusammenhang drängt sich insbesondere die Frage auf, ob die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens notwendig ist und wie sie am besten umgesetzt werden sollte.

Die Beantwortung dieser Ausgangsfrage erfordert mehrere Schritte: Erstens ist es notwendig, aufzuzeigen, welche Dogmatik bei der Auslegung des Tatbestandes üblicherweise angewandt wird und welche praktischen Folgen sich daraus ergeben. Zweitens ist darzulegen, welche Argumente für und gegen eine Entkriminalisierung sprechen und welche Schlussfolgerungen sich daraus ergeben. Im dritten und letzten Schritt wird anhand lösungsorientierter Kriterien geprüft, welchem Umsetzungsvorschlag zuzustimmen ist.

II. Besonderheiten der Strafnorm § 265a StGB und ihre praktische Auswirkung

Zentral für die Entkriminalisierungsdebatte ist die dogmatisch umstrittene Auslegung des § 265a StGB und die sich daraus ergebenden Folgen.

¹ Vgl. RGBl. I 1935 Nr. 70, S. 839 (842); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. (2022), § 265a Rn. 5.

² Zur vorzugswürdigen Formulierung „Fahren ohne Fahrschein“ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 9 ff.

³ BT-Drs. 20/2081, S. 1, 4.

⁴ Entwurf aus 2019 (BR-Drs. 424/19, "Fahren ohne Fahrschein" als Ordnungswidrigkeit) abgelehnt; Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1115, „Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein“) abgelehnt; Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1690, „Schwarzfahren als Ordnungswidrigkeit“) abgelehnt; Antrag aus 2016 (BT-Drs. 18/7374, „Entkriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein – Polizei und Justiz entlasten“) abgelehnt; Entwurf aus 1993 (BT-Drs. 12/6484, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten“) abgelehnt; Entwurf aus 1995 (BT-Drs. 13/374, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten“) abgelehnt; Antrag aus 1995 (BT-Drs. 13/2005, „Entkriminalisierung des Ladendiebstahls, Schwarzfahrens und der Fahrerflucht bei Sachbeschädigung“) abgelehnt.

⁵ BT-Drs. 20/2081.

1. Anmerkung zur Begrifflichkeit

Vor der eingehenden Betrachtung der zentralen Aspekte der Entkriminalisierungsdebatte, ist eine kurze Betrachtung der Begrifflichkeit des „Schwarzfahrens“ voranzustellen.

Die Beförderungerschleichung wird nicht nur im alltäglichen Sprachgebrauch, sondern auch in Gesetzesmaterialien⁶ und wissenschaftlichen Abhandlung⁷ regelmäßig als „Schwarzfahren“ bezeichnet.⁸ Die umgangssprachliche Verwendung des Begriffs „Schwarzfahrens“ mag wegen einer möglichen Assoziation zur Hautfarbe die Frage aufwerfen, ob er einen rassistischen Hintergrund aufweist.⁹ Tatsächlich scheint das Wort auf den Jiddischen Ausdruck („shvarts“) zurückzugehen, der auch „arm“ bedeuten kann.¹⁰ Selbst wenn der rassistische Ursprung abgelehnt werden kann, ist nicht zu erwarten, dass dieses Hintergrundwissen auch in der Gesellschaft weit verbreitet ist.¹¹ Die rassistische Assoziation unberücksichtigt zu lassen, würde der Macht der Sprache nicht gerecht werden.¹² Darüber hinaus bleibt auch die mögliche Bedeutung „arm“ problematisch.¹³

Der Begriff des Schwarzfahrens kann in aller Regel mit einem Fahren ohne Fahrschein gleichgesetzt werden.¹⁴ Aufgrund einer möglichen Fehldeutung¹⁵ erscheint die Umschreibung des Begriffs vorzugswürdiger.¹⁶ Aus diesem Grund sollte die Verwendung des Begriffs des Schwarzfahrens tunlichst in dem Bewusstsein einer möglichen Fehldeutung gegenüber unaufgeklärten Personen verwendet werden.

2. Umstrittene Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB

Einen Straftatbestand des „Schwarzfahrens“ gibt es nicht, dafür aber die sog. Beförderungerschleichung in § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB.

Die sog. Beförderungerschleichung wurde 1935 eingeführt und stellt einen Auffangtatbestand zum Betrug dar.¹⁷ Der konkrete Anlass für die Einführung dieses Tatbestandes war nicht ein drängendes Problem im Zusammenhang mit der Beförderungerschleichung, sondern vielmehr der damals weit verbreitete Automatenmissbrauch an Telefonzellen.¹⁸

⁶ BT-Drs. 20/2081, S. 1 ff.; BT-Drs. 13/2005, S. 1 ff.; BT-Drs. 19/1690, S. 1 ff.; in BT-Drs. 18/7374, S. 1 ff. sowie BT-Drs. 19/1115, S. 1 ff. wird das Wort in Anführungszeichen gesetzt.

⁷ Siehe hierzu z.B. die 36-malige Verwendung des Begriffs im Schrifttumsverzeichnis Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a.

⁸ Zur Verwendung des Begriffs „schwarz“ im Kontext von § 265a auch Oğlakcioğlu, JA 2011, 588 (588 f.).

⁹ Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 10.

¹³ Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9 ff.

¹⁴ Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 11.

¹⁵ Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 9.

¹⁶ Hefendehl, in: MüKo-StGB, §265a Rn. 11.

¹⁷ Zur Funktion als Auffangtatbestand siehe BVerfG, NJW 1998, 1135 (1136); OLG Düsseldorf, NJW 1983, 2341; OLG Stuttgart, NJW 1990, 924; OLG Hamburg, NStZ 1991, 587 (588); OLG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2001, 269; AG Lübeck, NJW 1989, 467; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 2; Duttge, in: HK-GS, StGB, 5. Aufl. (2022), § 265a Rn. 1; Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl. (2021), § 265a Rn. 3; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 265a Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 265a Rn. 1; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 265a Rn. 1; Mitsch, NZV 2019, 70 (71); Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. (2021), § 45 Rn. 1; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 46. Aufl. (2023), Rn. 670; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen Strafrecht Besonderer Teil 1, 11. Aufl. (2019), § 41 Rn. 214.

¹⁸ Vgl. Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361); Schienle, Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), 1938, S. 5.

§ 265a StGB schützt das Individualvermögen des Leistungserbringers.¹⁹ Die Voraussetzungen der sog. Beförderungerschleichung gemäß § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB sind erfüllt, wenn der Täter die „Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten“.

Umstritten²⁰ ist, was genau unter „Erschleichen“ zu verstehen ist und ob diese spezifische Handlungsbeschreibung²¹ bereits dann vorliegt, wenn eine Person unberechtigt ein Verkehrsmittel nutzt, ohne Sicherungsvorkehrungen umgangen zu haben. Diese Frage stellt sich, weil der gegenwärtige Hauptanwendungsfall dieser Norm derjenige ist, dass eine Person ein öffentliches Verkehrsmittel nutzt, ohne einen Fahrschein zu kaufen, ohne Sicherungsvorkehrungen zu überwinden und ohne eine andere Person zu täuschen.²²

a) Auffassung des BGH

Von den Instanz- und den Obergerichten wird dieser Fall des einfachen Schwarzfahrens als das Erschleichen einer Beförderung in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, ausgelegt.²³ Nach Ansicht des BGH²⁴ genügt es für die Erfüllung des Tatbestandes bereits, wenn der Täter nicht zur Nutzung des Verkehrsmittels berechtigt ist, sich jedoch so verhält und damit den Anschein vermittelt, er würde sich ordnungsgemäß verhalten.²⁵ Dabei sei die Umgehung oder Überwindung von Sicherungsvorkehrungen nicht nötig.²⁶ Für die Annahme der Täuschungsähnlichkeit reiche das unauffällige Vorgehen des Täters aus.²⁷ Die Rechtsprechung nimmt ein Erschleichen selbst dann an, wenn der Fahrgast eine gut sichtbare Aufschrift mit den Worten „ich fahre schwarz“ angebracht hat.²⁸

b) Auffassung in der Literatur

Die überwiegende Auffassung in der Literatur lehnt die Ansicht der Rechtsprechung ab.²⁹ Nach dem Wortsinn erfordere das „Erschleichen“ ein Täuschungs- oder Manipulationselement, das sich in einem heimlichen bzw.

¹⁹ Zum Schutzgut siehe *BVerfG*, NJW 1998, 1135 (1136); *BayObLG*, NJW 1986, 1504; *OLG Stuttgart*, NJW 1990, 924; *OLG Koblenz*, NJW 2000, 86 (87); *VG Augsburg*, BeckRS 2020, 5111; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 1; *Fischer*, NStZ 1991, 41; *Duttge*, in: HK-GS, StGB, § 265a Rn. 1; *Joecks/Jäger*, StGB § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 1; *Hellmann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 265a Rn. 7; *Hoyer*, in: SK-StGB, Band 5, 9. Aufl. (2019), § 265a Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 2; *Bock*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2018, S. 494; *Hohmann/Sander* Strafr BT, § 45 Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* Strafr BT/1, § 41 Rn. 214; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 3. Aufl. (2015), S. 434; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* Strafr BT/2, Rn. 670; *Bock*, JA 2017, 357; *Alwart*, ZIS 2016, 534 (536); *Mosbacher*, NJW 2018, 1069 (1070).

²⁰ *BGH*, NJW 2009, 1091; a.A. *Albrecht*, NStZ 1988, 222 ff.; *Fischer*, NJW 1988, 1828 f.; *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933 ff.); *Oğlakcioğlu*, JA 2011, 588 (589); *Roggan*, Jura 2012, 299 (303).

²¹ *OLG Stuttgart*, NJW 1990, 924; *OLG Düsseldorf*, NStZ 1992, 84; *OLG Karlsruhe*, NStZ 2009, 390; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 265a Rn. 6; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 265a Rn. 8 f.; *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 9, Teil 1, 12. Aufl. (2012), § 265a Rn. 36; *Mitsch* NZW 2019, 70 (72).

²² *Hefendehl*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 2, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/953596/81d31a2e8f081772d2156d3b40a46bc8/Stellungnahme-Hefendehl-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²³ *BGH*, NStZ 2009, 211 ff. zustimmend *Zscheschack/Rau*, JR 2009, 242 (244) und kritisch *Alwart*, JZ 2009, 478; *Exner*, JuS 2009, 990 ff.; *Gaede*, HRRS 2009, 69.

²⁴ *BGH*, NJW 2009, 1091; zustimmend *Zscheschack/Rau*, JR 2009, 242 (244) und kritisch *Alwart*, JZ 2009, 478; *Roggan*, Jura 2012, 299; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 21.

²⁵ *BGH*, NJW 2009, 1091; *Fischer*, StGB, § 265a Rn. 21; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 168.

²⁶ *OLG Hamburg*, NJW 1990, 924; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 121, 168.

²⁷ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 168.

²⁸ *OLG Köln*, NZV 2016, 192.

²⁹ *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 16 f., 35 ff.; *Albrecht*, NStZ 1988, 222 ff.; *Fischer*, NJW 1988, 1828 f.; *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (933 ff.); *Oğlakcioğlu*, JA 2011, 588 (589); *Roggan*, Jura 2012, 299 (303); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 169.

listigen Vorgehen ausdrücke.³⁰ Ein solches Vorgehen könne gerade dann nicht vorliegen, wenn keinerlei Sicherungsvorkehrungen vorhanden sind und der Zutritt und somit die Inanspruchnahme der Leistung unbeschränkt möglich ist.³¹

c) Streitentscheid

Mit Blick auf die Funktion des § 265a StGB als Auffangtatbestand zum Betrug,³² erhält das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens seine eigständige Bedeutung erst durch seine Interpretation als Täuschungssurrogat.³³ Die Leistungerschleichung wird also erst mit dem Merkmal des Erschleichens zu einem betrugsähnlichen Delikt.³⁴ Der *BGH* aber lässt zur Erfüllung des Täuschungselements bereits den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genügen.³⁵ Diese Herangehensweise berücksichtigt jedoch nicht den Umstand, dass sowohl Personen mit als auch ohne Fahrschein sich in gleicher Weise äußerlich unauffällig verhalten.³⁶ Die bloße Inanspruchnahme eines Verkehrsmittels hat keinen Erklärungswert,³⁷ es vermittelt nicht den Anschein der Ordnungsmäßigkeit, es ist schlicht ordnungsgemäß.³⁸ Sollte dieses äußerlich unauffällige Verhalten bereits für den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ genügen, dann würde dies bedeuten, dass es dem Merkmal des „Erschleichens“ an einer trennscharfen Abgrenzungsfunktion fehlt, um tatbestandsmäßiges von legalem Verhalten zu unterscheiden.³⁹ Aus diesem Grund ist die „Anscheinsformel“ des *BGH* als bloße Fiktion anzusehen.⁴⁰

Gegen die Ansicht des *BGH*⁴¹ spricht auch die innere Systematik des § 265a StGB, denn in den anderen Varianten⁴² dieser Norm wird ein Erschleichen nur angenommen, wenn eine Sicherungsvorkehrung besteht und überwunden wird.⁴³

An dieser Stelle sei auch auf den zeitlichen Entstehungskontext des § 265a StGB hingewiesen, da dieser ein tiefgehendes Verständnis der Norm fördert und die besondere Bedeutung ihrer Auslegung verdeutlicht.⁴⁴

³⁰ Zum Täuschungs- und Manipulationselement siehe *BGH*, NJW 2009, 1091; *Fischer*, StGB § 265a Rn. 4; zum Wortsinn siehe <https://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen> (zuletzt abgerufen am: 26.10.2023); zur Kritik am *BGH* auf den Duden verweisend durch *Duttge*, in: HK-GS, StGB, § 265a Rn. 21; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 169.

³¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 265a Rn. 6a; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 11; *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 265a Rn. 47; *Alwart*, JZ 1986, 563 (569); *Ellbogen*, JuS 2005, 20 (21); *Exner*, JuS 2009, 990 (992 f.); *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352 (353 f.); *Putzke/Putzke*, Jus 2012, 500 (504); *Schall*, JR 1992, 1 (7); *Bock*, JA 2017, 357 (360); *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 34.

³² Siehe Fn. 17.

³³ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 118.

³⁴ Ebd.

³⁵ *BGH*, NSTZ 2009, 211 ff.; *BGH*, NJW 2009, 1091.

³⁶ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172; siehe hierzu auch *Alwart*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115 und BT-Drs. 19/1690, S. 2 f., online abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/stellungnahme-alwart.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

³⁷ Vgl. *Alwart*, NSTZ 1991, 588 (589); *Hellmann*, in: NK-StGB, § 265a Rn. 36; *Gaede*, HRRS 2009, 69 (70).

³⁸ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172.

³⁹ Vgl. auch *Alwart*, JZ 2009, 478 ff.; *Exner*, JuS 2009, 990 (992 f.); *Krell*, JuS 2012, 537 (538 f.); *Gaede* HRRS 2009, 69 f.; *Oğlacioğlu*, JA 2011, 588 (589 f.); *Saliger*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 265a Rn. 12; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 265a Rn. 12 ff.

⁴⁰ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 172.

⁴¹ So auch *Gaede*, HRRS 2009, 69 (72); *Krell*, JuS 2012, 537 (538); *Fischer*, StGB § 265a Rn. 5c; *Bock*, StrafR BT/2, S. 505; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴² Vgl. *OLG Karlsruhe*, NJW 2009, 1287 (1288), *Fischer*, StGB § 265a Rn. 5a, 5c; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴³ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 179.

⁴⁴ Zur Bedeutung historischer Argumente für den kriminalpolitischen Diskurs siehe *Vogel*, ZStW 2003, 638 (664 ff.).

Die Norm des § 265a StGB wurde 1935⁴⁵ durch die nationalsozialistische Gesetzgebung eingeführt.⁴⁶ Zu dieser Zeit fand eine Ausweitung des Strafrechts sowie die damit einhergehende Kriminalisierung niederschwelliger Alltagsübertretungen statt, zu der auch § 265a StGB gehört.⁴⁷ In diesem Kontext ist auch von einem „Alltagsstrafrecht“ die Rede.⁴⁸ Die Norm des § 265a StGB repräsentiert die Nachwirkungen der radikalisierten Entwicklungstendenz des Strafrechts.⁴⁹

Wie die gegenwärtige Rechtspraxis verdeutlicht, war die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher nicht bereit, den Tatbestand durch eine restriktive Auslegung des Merkmals „erschleichen“ einzudämmen.⁵⁰ Der Tatbestand des § 265a StGB als fortwirkender Einfluss aus nationalsozialistischer Zeit und die gegenwärtige Auslegungspraxis, welche diesen Einfluss nicht einzudämmen versucht,⁵¹ führen zu kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Konsequenzen.⁵²

3. Bedeutung des § 265a StGB in der Praxis

Es handelt sich bei dem Fahren ohne Fahrschein um ein Massendelikt mit weit über 100.000 Fällen jährlich⁵³ und einem schätzungsweise großen Dunkelfeld.⁵⁴

Dieses Massendelikt wird in der aktuellen Rechtspraxis als Straftat gewertet und entsprechend geahndet, was zur Folge hat, dass im äußersten Fall eine Person aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein inhaftiert wird.⁵⁵ Dieses Schicksal teilten zum Stichtag 31.3.2016 bundesweit immerhin 1.646 Personen.⁵⁶

Doch wie kommt es dazu, dass die schwerwiegendste Sanktion des deutschen Strafrechts, nämlich die Freiheitsstrafe, regelmäßig im Zusammenhang mit dem Fahren ohne Fahrschein angewendet wird? Für gewöhnlich nutzt eine Person ein Verkehrsmittel ohne Fahrschein und wird daraufhin von einem Kontrolleur angetroffen. Als Konsequenz bekommt diese Person vom Verkehrsbetrieb ein erhöhtes Beförderungsgeld in Höhe von 60 Euro auferlegt.⁵⁷ Die Verkehrsbetriebe zeigen ein solches Verhalten aber in der Regel nur dann bei der Polizei an, wenn die Vertragsstrafe nicht bezahlt wird, oder die Tat wiederholt begangen wird.⁵⁸ Im Jahre 2022 wurden bundesweit etwa 130.000 Fälle von Beförderungerschleichung angezeigt bzw. von der Polizeilichen Kriminalstatistik erfasst.⁵⁹ Anschließend erfolgt eine Weiterleitung des Falles an die Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft entscheidet, ob sie den Fall einstellt, einen Antrag auf Strafbefehl stellt oder Anklage erhebt.⁶⁰ Im Jahr 2021 wurden

⁴⁵ Siehe Fn. 1.

⁴⁶ Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Zur Bezeichnung „mildes Alltagsstrafrecht“ siehe Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁴⁹ Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁵⁰ Vgl. Vogel, ZStW 2003, 638 (646, 650, 666); siehe hierzu auch Norouzi, Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zu BT-Drs. 20/208, Protokoll-Nr. 20/60, S. 14.

⁵¹ Ebd.

⁵² Vogel, ZStW 2003, 638 (664).

⁵³ Zu den Zahlen der PKS: Bundeskriminalamt, PKS 2022, Falltabelle T01, Grundtabelle-Fallentwicklung, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211742> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁴ Hefendehl, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 7.

⁵⁵ BT-Drs. 20/2081.

⁵⁶ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 4.1, Strafvollzug, 2016, S. 25, online abrufbar unter: https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DEHeft_mods_00066707 (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁷ Rechtsgrundlage sind die Beförderungsbedingungen der Verkehrsunternehmen oder im Eisenbahnverkehr § 12 Abs. 2 S. 1 EVO bzw. im Straßenbahn- und Busverkehr § 9 Abs. 2 BefBedV.

⁵⁸ Wolff, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme-hilpert-janssen-vdv.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁵⁹ Zu den Zahlen: Bundeskriminalamt, PKS 2022, Falltabelle T01.

⁶⁰ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

insgesamt 36.909 Personen in einem Gerichtsverfahren nach § 265a StGB verurteilt.⁶¹ In den allermeisten Fällen wurde eine Geldstrafe verhängt.⁶² Die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe droht erst, wenn die verurteilte Person der Zahlungsaufforderung trotz Mahnung nicht nachkommt und auch alle weiteren Versuche der Geldeintreibung erfolglos bleiben.⁶³

Es ist anzunehmen, dass jede vierte Ersatzfreiheitsstrafe auf § 265a StGB zurückzuführen ist.⁶⁴ Zum Stichtag 31.3.16 waren bundesweit insgesamt 4.843 Personen aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe inhaftiert, davon 1.464 Personen wegen § 265a StGB.⁶⁵

Es liegt nahe, dass diejenigen, die Schwierigkeiten haben sich einen Fahrschein zu leisten oder eine Bezahlung aus armutsbedingten Gründen ablehnen,⁶⁶ auch Schwierigkeiten bei der Bezahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von mindestens 60 Euro⁶⁷ oder einer Geldstrafe durch das Gericht haben.⁶⁸

Die heute zur Verfügung stehenden empirisch-sozialen Forschungsergebnisse verdeutlichen, dass durch die Anwendung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB besonders sozial schwache Menschen betroffen sind.⁶⁹

Da die Rechtsprechung trotz der starken gegensätzlichen Meinung in der Literatur an ihrer Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB festhält und in der Praxis und Justiz keinerlei Änderungen zur Handhabung der Strafverfolgung zu erwarten ist, kann nur eine Entkriminalisierung sicherstellen, dass Menschen nicht mehr aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen.

III. Meinungsstreit bezüglich einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens

Der fragliche Umgang mit der Beförderungerschleichung sorgt bereits seit einiger Zeit für Aufsehen. Die Debatte über die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens reicht weit zurück.

Nach den umfassenden Strafrechtsreformen der 1960er und 1970er Jahre schien die Diskussion über die Entkriminalisierung endgültig zum Erliegen gekommen zu sein.⁷⁰ Allerdings ist die Entkriminalisierungsdebatte spätestens seit dem 19. Juni 2023 wieder im politischen Diskurs.⁷¹ An diesem Tag debattierte der Rechtsausschuss des Bundestages über den Gesetzesentwurf der Fraktion Die Linke zum Thema Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein.⁷²

⁶¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 3, Strafverfolgung, 2021, S. 110, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁶² Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, S. 232.

⁶³ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

⁶⁴ Siehe Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth, MschrKrim 2019, 282 (290); zu einem sehr ähnlichen Ergebnis gelangt die Untersuchung von Lobitz/Wirth, Forum Strafvollzug, 2018, 57 ff.

⁶⁵ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 4.1, Strafvollzug, 2016, S. 25.

⁶⁶ Motivtyps „Mobilitätsarme und sozial Exkludierte“, die bewusst und teilweise routiniert ohne Fahrschein fahren, siehe dazu Herausarbeitung von Schwerdtfeger, Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 115.

⁶⁷ Der Betrag von 60 Euro kann bereits nach vier Wochen aufgrund von Inkassogebühren auf 90 Euro steigen, siehe hierzu Untersuchungsergebnisse von Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (364).

⁶⁸ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (362).

⁶⁹ BT-Drs. 20/2081; Mosbacher, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 20/2081, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/953378/1b17993e5e86b39122085677be36c250/Stellungnahme-Mosbacher-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁷⁰ Die meisten Stellungnahmen dazu erfolgten in den 1970er und 1980er Jahren, siehe hier nur Dreher, in: FS Welzel, 1974, S. 917 ff.; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; Naucke, Gutachten D zum 51. Deutschen Juristentag, 1976; Vogler, ZStW 1978, 132 ff.

⁷¹ BT-Drs. 20/2081; vgl. auch Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360.

⁷² BT-Drs. 20/2081.

Dieser Gesetzesentwurf ist nicht der erste seiner Art,⁷³ jedoch hatten bisher alle anderen Versuche zur Entkriminalisierung keinen Erfolg.⁷⁴ Aus diesem Grund gilt es darzustellen, welche Gründe für und gegen die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens sprechen.

1. Gründe für eine Entkriminalisierung

Im Kern der Entkriminalisierungsdebatte geht es um die Frage, ob das einfache Schwarzfahren überhaupt als Straftat zu werten ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist die Funktion des Strafrechts entscheidend. Für den Meinungsstreit sind auch die Folgen der aktuellen Rechtspraxis von Bedeutung.

a) Strafnorm trifft insbesondere sozial Schwache

Die Strafnorm des § 265a StGB trifft vor allem sozioökonomisch benachteiligte Personen. Wie bereits erörtert, tragen hauptsächlich sozial benachteiligte das Risiko, anstelle einer Geldstrafe inhaftiert zu werden.⁷⁵

Die Menschen, die von der Ersatzfreiheitsstrafe betroffen sind, haben oft mit psychischen Problemen oder Drogen- und Alkoholsucht zu kämpfen.⁷⁶ Sie befinden sich häufig in prekären Arbeits- und Wohnsituationen. So sind 77 % arbeitslos und jeder fünfte Betroffene gibt an, ohne festen Wohnsitz zu sein.⁷⁷ Die Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe führt nicht selten zu einer Verschlimmerung ihrer Lage und damit verbundenen erheblichen gesellschaftlichen Kosten.⁷⁸ Die Folgen der Ersatzfreiheitsstrafe stehen im Widerspruch zu der eigentlich angestrebten Resozialisierung.⁷⁹

In der Praxis wurde bereits von staatlicher Seite erkannt, dass die Bestrafung von Menschen, die ohne Fahrschein fahren, hauptsächlich sozial benachteiligte Personen betrifft und zu einer Verschlechterung ihrer Situation führt.⁸⁰

Dies zeigt sich insbesondere durch die Tätigkeit der Freiheitsfonds, deren Hauptaufgabe darin besteht, Menschen zu befreien, die aufgrund von Schwarzfahren inhaftiert wurden.⁸¹ Die Mehrheit der Anträge wird nicht von den Betroffenen selbst, sondern von staatlichen Institutionen eingereicht.⁸² Es sollte jedoch nicht die Aufgabe von ehrenamtlichen Initiativen, wie dem Freiheitsfonds sein, zu verhindern, dass Menschen wegen Schwarzfahrens inhaftiert werden.⁸³ Vielmehr obliegt es dem Staat, sicherzustellen, dass ein solcher Ausgang erst gar nicht möglich ist.⁸⁴

Der staatliche Handlungsbedarf wird besonders deutlich, wenn auf kriminologischer Grundlage die folgende Frage gestellt wird: Warum sind gerade sozioökonomisch schwache Gesellschaftsmitglieder vom Straftatbestand des

⁷³ Zum Vergleich siehe wortgleicher Entwurf aus 2018 (BT-Drs. 19/1115).

⁷⁴ Siehe Fn. 4.

⁷⁵ Janssen, Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994, S. 131 ff.; dazu auch: Neubacher/Bögelein, MschrKrim 2021, 107 (119).

⁷⁶ Lobitz/Wirth, KrimD NRW 2018, S. 9.

⁷⁷ Lobitz/Wirth, KrimD NRW 2018, S. 8 f.

⁷⁸ Vgl. Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352 (356); Meier, ZStW 2017, 433 (444).

⁷⁹ BT-Drs. 20/2081; zur vermeidbaren „Entsozialisierung“ infolge einer Ersatzfreiheitsstrafe siehe Albrecht, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 40 Rn. 10.

⁸⁰ Semsrott, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 2, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/953382/90100a5a8bd5a9736d31600bfe53652e/Stellungnahme-Semsrott_Ffonds-data.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁸¹ Ebd.

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

§ 265a StGB und dessen Anwendung betroffen? An dieser Stelle könnte darüber nachgedacht werden, inwiefern Armut Kriminalität verursacht.⁸⁵ Es könnte aber auch danach gefragt werden, wie Arme kriminalisiert werden.⁸⁶

Nach dem etikettierungstheoretischen Paradigma stellt das Strafgesetz gerade die Handlungsstrategien und Mittel unter Strafe, auf die sozial benachteiligte Menschen zurückgreifen.⁸⁷ Menschen mit niedrigem Einkommen sind stärker auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen und messen diesem eine größere Bedeutung bei.⁸⁸ Arme Menschen sind nicht krimineller, eher wird Armut kriminalisiert – genauer gesagt, werden verstärkt die Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, die mit Armut einhergehen.⁸⁹ Zudem besitzen einkommensschwache Menschen eine geringere Beschwerdemacht.⁹⁰ Aufgrund ihrer finanziellen Beschränkungen können sie sich viel weniger durch anwaltlichen Beistand gegen Vorwürfe zu Wehr setzen oder eine Verfahrenserledigung durch Geldzahlung anstreben.⁹¹ Der sozioökonomische Status eines Menschen ist selbst in den Strafverfahren der Alltagskriminalität ein maßgebender Faktor.⁹² Bildungsferne Menschen verzichten häufiger auf Rechtsbeistand, obwohl Verfahren mit anwaltlicher Vertretung häufiger gegen Auflage nach § 153a Abs. 1 StPO eingestellt werden.⁹³ Aus einer Aktenanalyse aus dem Jahr 2013 geht hervor, dass Personen mit niedrigem sozioökonomischen Status häufiger im Strafverfahren benachteiligt sind.⁹⁴ Bei Beschuldigten mit höherem sozioökonomischem Status⁹⁵ wurde das Verfahren häufiger gegen Auflagen nach § 153a Abs. 1 StPO eingestellt.⁹⁶ Im Gegensatz dazu kam es bei Personen mit niedrigem sozioökonomischem Status häufiger zu einer Anklageerhebung.⁹⁷ Daher ist besonders hervorzuheben, dass in diesem Fall durch das Gesetz Armut zumindest mit kriminalisiert wird.⁹⁸

Die Norm des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB nimmt genau diese Verhaltensweisen ins Visier, auf die in erster Linie finanziell schlechter gestellte Personen zurückgreifen. Auch auf jeder weiteren Stufe der Verfolgung des Schwarzfahrens haben die sozioökonomisch schwächeren Gesellschaftsmitglieder die schlechteren Karten. Eine Aufhebung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB würde den Folgen der aktuellen Rechtspraxis Rechnung tragen.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Bei der Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens kommt dem Verfassungsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Deswegen ist den verfassungsrechtlichen Bedenken besondere Beachtung zu schenken.

⁸⁵ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Cremer-Schäfer, NK 1998, 33 (34).

⁸⁸ Schwerdtfeger, Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 110, der Mobilitätsreport 05 vom 16.8.2021 bestätigt dieses Ergebnis, abrufbar unter: <https://www.infas.de/publikationen/mobilitaetsreport-05-ergebnisse-aus-beobachtungen-per-repraesentativer-befragung-und-ergaenzendem-mobilitaetstracking-bis-ende-juli/> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

⁸⁹ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (116).

⁹⁰ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (115).

⁹¹ Ebd.

⁹² Siehe Kolsch, Sozioökonomische Ungleichheit im Strafverfahren, 2020, S.13.

⁹³ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (117).

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Unter dem „sozioökonomischem Status“ werden die klassischen Merkmale sozialer Ungleichheit nämlich Bildungsabschluss, Einkommen und Beruf verstanden, siehe hierzu Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (117) in Bezugnahme auf Kolsch (Fn. 92).

⁹⁶ Kolsch (Fn. 92), S. 15 ff.

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ Neubacher/Bögelein, MschrKrim, 2021, 107 (116).

aa) *Kriminalisierung des Schwarzfahrens im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als Ultima Ratio*

Das Strafrecht kommt als *ultima ratio*, also als das letzte Mittel des Rechtsgüterschutzes, zur Anwendung.⁹⁹ Der Funktion des Strafrechts ist bereits bei der Frage Rechnung zu tragen, ob eine bestimmte Verhaltensweise überhaupt einer unrechts- und schuldausgleichenden Sanktion bedarf.¹⁰⁰ Das Strafrecht ist durch seinen fragmentarischen Charakter¹⁰¹ gezeichnet – es soll ausschließlich bei elementaren Rechtsgutsverletzungen greifen. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* soll das Strafrecht nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das menschliche Zusammenleben so unerträglich ist, dass seine Verhinderung besonders dringlich ist.¹⁰²

Fraglich ist, ob diese Erläuterung des *BVerfG* auf das Schwarzfahren zutrifft. An dieser Stelle ist anzumerken, dass in 70% der Tatverdachtsfälle einer Beförderungerschleichung der Schaden unter 15 Euro liegt und somit als gering einzustufen ist.¹⁰³ Das Schwarzfahren verursacht weder Personen- noch Sachschäden.¹⁰⁴ Für die Begehung der Beförderungerschleichung und somit der Erfüllung des Merkmals „Erschleichen“ reicht bereits eine „äußerst geringe kriminelle Energie“ aus.¹⁰⁵ Das Fahren ohne Fahrschein zählt somit zu den Bagatelldelikten, deren Handlungs- und Erfolgsunrecht insgesamt als gering zu bewerten ist.¹⁰⁶ Das Strafrecht als *ultima ratio* hat nur besonders sozialschädliches Verhalten als Unrechtstatbestand zu sanktionieren, wozu das Schwarzfahren nicht gehört.¹⁰⁷

Des Weiteren sollte eines vor Augen geführt werden: Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist die Voraussetzung der Strafe sozialschädliches Verhalten - was ist aber, wenn die Strafe selbst Sozialschädlichkeit bewirkt? Diskreditiert sie sich damit nicht selbst?¹⁰⁸

Die Kriminalisierung des einfachen Schwarzfahrens verdeutlicht die gesetzgeberische Unfähigkeit,¹⁰⁹ sich auf die Kernaufgaben des Strafrechts zu beschränken.¹¹⁰ Dieses Unvermögen mag für den Gesetzgeber zunächst folgenlos sein.¹¹¹ Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass die Gefahr besteht, dass das Strafrecht als „Bekämpfungsfraßrecht“ wahrgenommen werden könnte.¹¹² Das wäre ein symbolisches Signal, was deutlich gegen seinen notwendigerweise fragmentarischen Charakter spricht und diesen konterkarieren würde.¹¹³ Diese Gefahr wird auch von den Fachkundigen erkannt, die in diesem Zusammenhang Begriffe wie „Inflation der Strafgesetze“¹¹⁴, „Überumpelung“¹¹⁵, „Overcriminalization“¹¹⁶, und „Entbehrliche Straftatbestände“¹¹⁷ verwenden. Sie haben erkannt,

⁹⁹ Brodowski, ZStW 2017, 363 (366).

¹⁰⁰ Weber, ZStW 1980, 313 ff.

¹⁰¹ Dazu näher Hefendehl, JA 2011, 401 ff.

¹⁰² *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138).

¹⁰³ Bundeskriminalamt, PKS 2022 Falltabelle T07, Aufgliederung der Straftaten nach Schadenshöhe, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁰⁴ BT Drs. 20/2081.

¹⁰⁵ Zapf, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT Drs. 20/2081, S. 4, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Zapf_DRB-FoF.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁰⁶ Vgl. Dreher, in: FS Welzel, 1974, S. 917 (917); Hoven/Strobl/Kinzig, KriPoZ 2019, 206; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 38 ff.; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 124 ff.

¹⁰⁷ BT Drs. 20/2081, S. 6.

¹⁰⁸ Hefendehl, Stellungnahme, S. 6.

¹⁰⁹ Scheerer, KJ 2019, 131 (134).

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ Schiemann, ZRP 2022, 61.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Scheerer, KJ 2019, 131 (132).

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ Auf Deutsch: „Überkriminalisierung“; dazu Scheerer, KJ 2019, 131 (132).

¹¹⁷ Vgl. Hoven, ZStW 2017, 334.

dass gute Kriminalpolitik auch bedeuten kann, den *ultima-ratio*-Gedanken ernst zu nehmen und den Abbau von Straftatbeständen anzustreben.¹¹⁸

bb) Unverhältnismäßigkeit der Entkriminalisierung

Es erscheint fraglich, ob die Kriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein auch den weiteren Legitimationsvoraussetzungen eines Straftatbestandes gerecht wird.

(1) Strafnorm zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

Das Strafrecht darf nur dann zur Anwendung kommen, wenn die bestehenden zivilrechtlichen Schutzmechanismen nicht mehr ausreichen.¹¹⁹ Im Umkehrschluss wird überall dort, wo zivilrechtlicher Schutz ausreicht, der Zugang zum Strafrecht versperrt.¹²⁰ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung würde die Pönalisierung des Schwarzfahrens an der Erforderlichkeit scheitern.¹²¹ Das Zivilrecht ist das primäre Instrument, um Personen durch rechtskräftige Strafandrohung zur Einhaltung ihrer Vertragspflichten zu bewegen.¹²² In keinem anderen Bereich wird eine zivilrechtliche Vertragspflichtverletzung ohne weiteres strafrechtlich verfolgt.¹²³ Nicht die staatlichen Strafverfolgungsbehörden, sondern die Verkehrsunternehmen selbst sind dafür verantwortlich, durch bestimmte Maßnahmen dafür zu sorgen, dass sich ihre Verluste in Grenzen halten.¹²⁴ Derzeit verwenden die Verkehrsbetriebe das Strafrecht dazu, ihre zivilrechtlichen Ansprüche¹²⁵ durch Strafandrohung durchzusetzen.¹²⁶ Ein Indiz hierfür ist das Anzeigeverhalten der Verkehrsbetriebe,¹²⁷ da sie in der Regel Strafanzeige erstatten, wenn die Vertragsstrafe nicht bezahlt wurde oder im Wiederholungsfall,¹²⁸ also lediglich aus ökonomischen Beweggründen.¹²⁹ Dadurch wird der Straftatbestand des § 265a StGB zu einem bloßen Druckmittel zur Eintreibung zivilrechtlicher Schulden.¹³⁰

¹¹⁸ Schiemann, ZRP 2022, 61.

¹¹⁹ Kaufmann, in: FS Henkel, 1974, S. 89 (103 f.); Kaufmann, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976, S. 33 ff.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Hefendehl, JA 2011, 401 (406); zur fehlenden Erforderlichkeit auch Harrendorf, NK 2018, 250 (261 ff.); Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 24.

¹²² Schwenke (Fn. 122), S. 115; Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45.

¹²³ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹²⁴ Alwart, ZIS 2016, 534 (536); Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071).

¹²⁵ Zur Rechtsnatur des Beförderungsvertrages vgl. Busche, in: MüKo-BGB Bd. 6, 9. Aufl. (2021), § 631 Rn. 137.

¹²⁶ Albrecht, NSStZ 1988, 222.

¹²⁷ Schwenke (Fn. 122), S. 114.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45 (59); Mey, Kriminalstatistik 1966, 570 ff.; Schwenke (Fn. 122), S. 115.

¹³⁰ Naucke, Gutachten DJT, 1976, S. 99 ff.; Hirsch, ZStW 1980, 218 (239); Brusten/Hoppe, KrimJ 1986, 45 ff.

(2) Tatbestandseinschränkende eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Es unterliegt der Verantwortung der Verkehrsunternehmen, ihr Vermögen durch bestimmte Maßnahmen zu schützen.¹³¹ Die Verkehrsbetriebe definieren ihre Vertragsbedingungen selbst und könnten durch technische und situative Prävention¹³² dafür sorgen, dass die Fahrgäste in Vorkasse gehen. So wäre die Anbringung von Zugangskontrollen, Absperrungen und anderen Sicherungsvorkehrungen, wie sie bereits in anderen europäischen Staaten herkömmlich ist, denkbar.¹³³ Stattdessen ist seit geraumer Zeit ein stetiger Abbau solcher Zugangskontrollen zu beobachten.¹³⁴ Diese werden durch weniger schützende und sporadische Kontrollmaßnahmen ersetzt.¹³⁵

Die Bedenklichkeit dieser Herangehensweise wird deutlich, wenn kriminologische Untersuchungsergebnisse herangezogen werden, die den kontinuierlichen Abbau von Sicherungsvorkehrungen als wichtigsten tausalösenden Faktor identifizieren.¹³⁶ Zudem erfolgt der Verzicht auf Schutz nicht etwa auf Grundlage moralischer¹³⁷ oder kriminologischer Bedenken,¹³⁸ sondern vielmehr aus ökonomischem Kalkül.¹³⁹

Der bewusste Verzicht auf Selbstschutz aus Gründen der Kosteneinsparung könnte aus sog. viktimodogmatischer Sicht tatbestandseinschränkend wirken.¹⁴⁰ Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, die aus Gründen der Gewinnmaximierung entstandenen Schutzlücken¹⁴¹ mit dem Strafrecht zu schließen.¹⁴²

An dieser Stelle könnte sogar davon ausgegangen werden, dass ein bewusster Verzicht den Bereich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung öffnet, die den Zugang zum Strafrecht verschließt.¹⁴³

(3) Doppelbelastung

Mit dem Einwand der Doppelbestrafung wird nicht auf das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG angespielt.¹⁴⁴ Vielmehr bezieht sich dieser Einwand auf die Doppelbelastung durch die Auferlegung eines erhöhten Beförderungsentgelts und einer strafrechtlichen Sanktion.¹⁴⁵ Die zivilrechtliche Vertragspflicht wird weit über das eigentliche Beförderungsentgelt hinaus erhöht und erhält damit bestrafenden Charakter.¹⁴⁶

¹³¹ Alwart, ZIS 2016, 534 (536); Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071); Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 24.

¹³² Vgl. Harrendorf, NK 2018, 250 (256 f.); Alwart, JZ 1986, 563 (568 f.); Fischer, NJW 1988, 1828 (1829); Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7, 36; Albrecht/Hassemer/Voß, Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992, S. 59 f.; Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf, Strafrecht – ultima ratio, 1992, S. 33 f.

¹³³ Vgl. Sasse, NJ 2019, 59 (61); BT-Drs. 20/2081, S. 5.

¹³⁴ Alwart, JZ 1986, 563 (569); Schall, JR 1992, 1 (3); vgl. Eyers 1999, S. 221 ff.; Falkenbach, ArchKrim 1984, 83 (87).

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Falkenbach, die Leistungserschleichung (§ 265a StGB), 1983, S. 187 f.

¹³⁷ Hierzu auch Alwart, ZIS 2016, 534 (536).

¹³⁸ VDV-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115.

¹³⁹ Vgl. Harrendorf, NK 2018, 250 (256 f.); Alwart, JZ 1986, 563 (568 f.); Fischer, NJW 1988, 1828 (1829); Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 7; Albrecht/Hassemer/Voß, Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992, S. 59 f.; Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf, Strafrecht – ultima ratio, 1992, S. 33 f.; Mitsch, NZV 2014, 545.

¹⁴⁰ Schünemann/Tiedemann, Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51, 61 ff.; Arzi, MschrKrim 1984, 105 ff.; siehe auch Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 88, 101 ff.; zur Entwicklung des sog. viktimodogmatischen Prinzips durch Schünemann siehe auch Manuel, in: FS Schünemann, 2014, S. 313 ff.

¹⁴¹ Hillenkamp, ZStW 2017, 596 (622); Kühl, in: FS Tiedemann, 2008, S. 31 (36 f.).

¹⁴² Hillenkamp, ZStW 2017, 596 (622).

¹⁴³ Hefendehl, Stellungnahme, S. 6.

¹⁴⁴ BVerfGE 134, 33 (55 f.).

¹⁴⁵ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹⁴⁶ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8; Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

Die Bezeichnung des erhöhten Beförderungsentgelts als „die Strafe vor der Strafe“¹⁴⁷ ist zutreffend, da die Vertragsstrafe unabhängig von einer strafrechtlichen Verfolgung erfolgt.¹⁴⁸

(4) Unangemessene Ersatzfreiheitsstrafe

Außerdem erscheint die strafrechtliche Verfolgung der Beförderungerschleichung vor dem Hintergrund der häufigen Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe wegen Uneintreibbarkeit von Geldstrafen auch unangemessen und somit unverhältnismäßig.¹⁴⁹ Aus diesem Grund wurde lange Zeit über die Reformierung und Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe diskutiert.¹⁵⁰ Der Bundestag hat am 22. Juni 2023 den Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁵¹ angenommen und beschlossen, dass der Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe in § 43b StGB geändert und die Ersatzfreiheitsstrafe damit halbiert wird.¹⁵² Das Gesetz soll zum 1.4.2024 in Kraft treten.¹⁵³ Doch auch eine Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe würde nichts daran ändern, dass ihre Verhängung wegen Fahrens ohne Fahrschein unangemessen wäre.

(5) Ungleichbehandlung

Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.¹⁵⁴ Laut Gesetzesentwurf liegt kein Unterschied zwischen Schwarzfahren und Falschparken vor.¹⁵⁵ Sowohl bei frei zugänglichen Parkflächen als auch bei Verkehrsmitteln wird eine Infrastruktur entgeltpflichtig zur Verfügung gestellt.¹⁵⁶

Obleich diese Parallelen existieren, ist bislang kein Fall bekannt, in dem jemand aufgrund von Falschparken inhaftiert wurde,¹⁵⁷ zeitgleich gehört es im Falle des Schwarzfahrens zur gängigen Praxis.¹⁵⁸

c) Unverhältnismäßiger Ressourceneinsatz

Der Staat wendet jedes Jahr 114 Millionen Euro auf, um das Schwarzfahren zu verfolgen, zu verurteilen und die Urteile zu vollstrecken.¹⁵⁹ Diese Zahl verdeutlicht, welche Belastung die Ahndung der Beförderungerschleichung darstellt.¹⁶⁰ Dennoch dürfte ein Gesetzesentwurf nicht allein auf Grundlage von Kostenerwägungen legitimiert werden.¹⁶¹ Allein die Funktion des Strafrechts sollte der Ausgangspunkt eines Entkriminalisierungsvorschlages

¹⁴⁷ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ BT-Drs. 20/2081, S. 4.

¹⁵⁰ Zuletzt Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 20/5913 vom 6.3.2023.

¹⁵¹ BT-Drs. 20/5913.

¹⁵² Zur Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses siehe BT-Drs. 20/7026.

¹⁵³ Siehe hierzu Meldung der beck-aktuell-Redaktion vom 28.8.2023, becklink 2028177, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2028177.htm&pos=1&hlwords=on&lasthit=True> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁵⁴ BVerfG, NJW 2012, 2719 (2720); BVerfG, NJW 2010, 2783 (2784).

¹⁵⁵ BT-Drs. 20/2081.

¹⁵⁶ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

¹⁵⁷ Alwart, ZIS 2016, 534 (537).

¹⁵⁸ Zu den Zahlen siehe Fn. 56, 62.

¹⁵⁹ Berechnet wurden auch die Kosten für die Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte und Justizvollzugsanstalten, zur Rechnungsaufstellung siehe Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363).

¹⁶⁰ BT Drs. 20/208; Hauf, MschrKrim 1995, 366.

¹⁶¹ Siehe hierzu insb. Hauf, MschrKrim 1995, 366 f.; Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352.

sein.¹⁶² Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass Staatsausgaben in Höhe von 114 Millionen Euro zur Ahndung eines Bagatelldelikts von einer falschen Schwerpunktsetzung zeugen.¹⁶³ Problematisch ist, dass die Ressourcen, die zur Verfolgung dieses Massendelikts eingesetzt werden, dann bei anderen Delikten fehlen, die einen größeren gesellschaftlichen oder persönlichen Schaden anrichten.¹⁶⁴ Von solchen Bagatelldelikten befreit, könnte sich die Justiz auf die Verfolgung schwerer Kriminalität konzentrieren und sich wichtigen Aufgaben wie Resozialisierungsprogrammen¹⁶⁵ zuwenden.

2. Gründe gegen eine Entkriminalisierung

Der nächste Teilabschnitt wird von den Ansichten derjenigen bestimmt, die gegen die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens sind.

a) Gemeinschaftsschädlichkeit des Schwarzfahrens

Für die Kriminalisierung des Schwarzfahrens wird argumentiert, dass es sich hierbei um ein gemeinschaftsschädliches Verhalten handelt.¹⁶⁶ Der Verband der Verkehrsunternehmen schätzt den durch das Schwarzfahren verursachten Schaden auf 250 bis 300 Millionen Euro jährlich ein.¹⁶⁷ Laut dem Verband muss der entstandene Schaden durch erhöhte Fahrpreise oder Steuergelder kompensiert werden.¹⁶⁸ Dadurch erweise sich das Schwarzfahren zu einem gemeinschaftsschädlichen und sozialschädlichen Verhalten,¹⁶⁹ welches insbesondere im Wiederholungsfall strafrechtlich verfolgt werden müsste.¹⁷⁰

b) Generalpräventive Erwägungen

Argumentiert wird auch, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens von der Bevölkerung als „Freibrief“ und Einladung zu Rechtsbrüchen interpretiert werden könnte.¹⁷¹ Sollte das Schwarzfahren nicht mehr strafrechtlich geahndet werden, käme dies einem Dammbuch gleich, der das Strafrecht in seiner Gesamtheit in seinen Strudel reiße.¹⁷² Darüber hinaus sei eine „Erosion des Rechtsbewusstseins“¹⁷³ und ein schwindendes Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erwarten.¹⁷⁴ Insgesamt sei mit einem deutlichen Anstieg von Fällen des Fahrens ohne Fahrschein zu rechnen, deren Konsequenzen weiterhin rechtstreue Fahrgäste oder die öffentliche Hand tragen müssten.¹⁷⁵

¹⁶² Hauf, MschrKrim 1995, 366.

¹⁶³ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (370).

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Wolff, Stellungnahme, S. 1.

¹⁶⁷ Ebd.

¹⁶⁸ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361); VDV-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/1115), S. 1..

¹⁶⁹ So auch OLG Stuttgart, NJW 1990, 925; Hauf, MschrKrim 1995, 366 (371); Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷⁰ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷¹ Vgl. den Antrag der Fraktionen CDU/CSU und FDP aus dem Jahr 1996, BT-Drs. 13/4064; Hauf, DRiZ 1995, 15 (17, 22); Sasse, NJ 2019, 59 (60); Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 37 ff.

¹⁷² Zur regelmäßig unzulässigen Argumentation über einen sog. Dammbuch siehe Hefendehl, Stellungnahme, S. 5.

¹⁷³ AG Aachen, NJW-RR 1993, 317; OLG Hamburg, JZ 1987, 732; Hauf, DRiZ 1995, 15 (22).

¹⁷⁴ OLG Hamburg, JZ 1987, 732; OLG Koblenz, VRS 1985, 364.

¹⁷⁵ Wolff, Stellungnahme, S. 2 (unter Verwendung des Begriffs „Sozialschädlichkeit“).

3. Streitentscheid

Die gegen eine Entkriminalisierung hervorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Der Verband der Verkehrsbetriebe begründet die Sozialschädlichkeit des Schwarzfahrens auf Grundlage ihrer Schadenseinschätzung. Jedoch versäumt er es, darzulegen, auf Grundlage welcher Kriterien er zu der Summe von 250-300 Millionen Euro gelangt ist.¹⁷⁶ Vor diesem Hintergrund sollten sämtliche auf dieser Schätzung basierenden Schlussfolgerungen hinterfragt werden.¹⁷⁷

Die Dammbuch-Behauptung,¹⁷⁸ eine Entkriminalisierung würde einen Anstieg an Missbrauchsfällen hervorrufen, ist als folgenorientierte Argumentation zu bewerten, die nicht auf empirischer Grundlage beruht.¹⁷⁹ Derartige Argumentationen, auch als sog. „Slippery-Slope-Argumente“¹⁸⁰ bekannt, sind irrational und tendieren dazu, emotional aufgeladen zu sein.¹⁸¹

Eine Enttäuschung des Rechtsbewusstseins ist nicht zu erwarten.¹⁸² Dieser Rückschluss gebietet sich nach der Würdigung von Umfrageergebnissen, denen zufolge die Mehrheit der Bundesbürger einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zugeneigt ist.¹⁸³

Angesichts der erdrückenden verfassungsrechtlichen und kriminologischen „Beweislage“, erscheint eine Umstrukturierung der Argumentationskultur angebracht. Insbesondere haltlose generalpräventive Erwägungen erweisen sich vor diesem Hintergrund als verfehlt.

Der gegenwärtige Umgang mit dem Fahren ohne Fahrschein ist nicht nur dogmatisch fraglich, sondern auch aus kriminologischer Sicht bedenklich. Die Auswirkungen der Kriminalisierung des Schwarzfahrens treffen vor allem Menschen in sozioökonomisch benachteiligten Verhältnissen. Die vom Gesetzgeber herbeigeführte Ausgangslage ist nicht akzeptabel.

An den Folgen der gegenwärtigen Praxis wird deutlich, welche zentrale Bedeutung dem Verfassungsrecht im Zusammenhang mit dem Fahren ohne Fahrschein zukommt. Diese Bedenken sollten ernsthaft berücksichtigt werden. Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens steht im Widerspruch zur Funktion des Strafrechts. Der Einsatz des Strafrechts ist nicht erforderlich und darüber hinaus auch aufgrund der häufigen Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe unangemessen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens als verfassungsrechtliches Gebot. Nicht unbeachtlich ist auch der im Falle einer Entkriminalisierung ermöglichte sinnvollere Einsatz von Ressourcen. Es wird evident, dass der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens keine stichhaltigen Argumente entgegenstehen. Die aus diesem Meinungsstreit hervorgehenden Überbelegungen sprechen für eine Entkriminalisierung. Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur sinnvoll, sondern längst überfällig.

¹⁷⁶ Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (361).

¹⁷⁷ Siehe Berechnung über Schadenssumme der Verkehrsbetriebe durch das Schwarzfahren im Vergleich zu ihren Einnahmen durch das erhöhte Beförderungsentgelt Bögelein/Wilde, KriPoZ 2023, 360 (363 ff.).

¹⁷⁸ Siehe Fn. 172.

¹⁷⁹ Schwenke (Fn. 122), S. 128.

¹⁸⁰ Sog. Schiefe-Ebene- Argumentation (engl: slippery slope), zur Geschichte des „Dammbuch“- Arguments siehe Groebel, Wertewandel oder schiefe Ebene?, DGHS 2021, Ausgabe 4, S. 10 ff., online abrufbar unter: https://www.dghs.de/fileadmin/content/06_aktuelles/03_magazin/00_pdfs/Wertewandel_oder_schiefe_Ebene_Norbert_Groeben_.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

¹⁸¹ Vgl. Groebel, Wertewandel oder schiefe Ebene?, DGHS 2021, Ausgabe 4, S. 10 (13).

¹⁸² Schwenke (Fn. 122), S. 118.

¹⁸³ Zu den Umfrageergebnissen von Infratest dimap im Auftrag der Plattform "Frag den Staat" siehe Tabelle auf S. 3, online abrufbar unter: https://fragdenstaat.de/dokumente/237104-20230316_fragdenstaat_tabs/ (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

IV. Umsetzung der Entkriminalisierung

Die Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht allein durch ihre Befürwortung beantwortet. Vielmehr beinhaltet sie auch die Frage nach ihrer Umsetzung.

Im politischen Diskurs sind insbesondere zwei Entkriminalisierungsvorschläge verstärkt in Erscheinung getreten. Der erste Vorschlag sieht die Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung aus § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB in das Ordnungswidrigkeitenrecht vor.¹⁸⁴ Der zweite Vorschlag befürwortet die Entkriminalisierung durch die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative.¹⁸⁵

In Übereinstimmung mit den während der vorherigen Streitdarlegung identifizierten Schlüsselthemen und wiederkehrenden Streitpunkten, haben sich im Wesentlichen drei zentrale Anforderungen an eine mögliche Gesetzesänderung herauskristallisiert.

Die Umsetzung der Entkriminalisierung sollte wie folgt ausgerichtet sein: Erstens müsste sie im Einklang mit dem Verfassungsrecht stehen. Sie sollte den *ultima-ratio*-Gedanken des Strafrechts ernstnehmen und nicht unverhältnismäßig sein. Zweitens sollte die Reform auf die aktuellen Entwicklungen und Erkenntnisse aus den verschiedenen Teilbereichen der Kriminologie reagieren und entsprechend Abhilfe schaffen. Dies beinhaltet insbesondere, dass die Regelung nicht hauptsächlich auf sozioökonomisch schwache Menschen ausgerichtet sein darf. Besonderes Augenmerk sollte darauf liegen, sicherzustellen, dass niemand wegen Fahrens ohne Fahrschein in Haft gelangt. Drittens müsste die Reform auch umsetzbar sein, ohne unangemessene Folgen herbeizuführen.

1. Durch Verschiebung in das Ordnungswidrigkeitenrecht

Zum einen wird die Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung in das Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehen.¹⁸⁶

a) Anforderungen

aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung

Der Ausweg über das Ordnungswidrigkeitenrecht stellt nur nach außen hin den „goldenen Mittelweg“ dar.¹⁸⁷ Ihre Umsetzung ist im Eigentlichen systemwidrig.¹⁸⁸ Entscheidend hierfür ist die Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten,¹⁸⁹ wobei unter anderem auf die Art der geschützten Rechtsgüter abgestellt werden sollte.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Siehe hierzu Alternativvorschlag des aktuellen Gesetzesentwurfes BT-Drs. 20/2081, S. 2.

¹⁸⁵ Siehe hierzu den aktuellen Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081.

¹⁸⁶ Als Alternative zur ersatzlosen Streichung BT-Drs. 20/2081.

¹⁸⁷ Hefendehl Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 9, online abrufbar unter Fn. 22.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ Ebd.

Unmittelbare Rechtsgutsverletzungen werden bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen vom Strafrecht erfasst, während abstrakte Gefährdungen von Individualrechtsgütern über das Ordnungswidrigkeitenrecht geahndet werden.¹⁹¹ Im Falle des Schwarzfahrens wird das Individualvermögen der Verkehrsbetriebe unmittelbar durch die Leistungserschleichung verletzt. Bei Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien ist die Ahndung der Beförderungerschleichung grundsätzlich Aufgabe des Strafrechts.¹⁹² Jedoch ist das einfache Schwarzfahren aus obengenannten Gründen nicht als Straftat zu werten.¹⁹³ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Tatbestand der Beförderungerschleichung in das Ordnungswidrigkeitenrecht gehört.¹⁹⁴ Eine solche Einstufung wäre systemwidrig.¹⁹⁵

bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse

Trotz der Entkriminalisierung durch die Verschiebung der Tatbestandalternative in das Ordnungswidrigkeitenrecht, wären weiterhin hauptsächlich sozioökonomisch benachteiligte Personen betroffen. Ein Ordnungswidrigkeitentatbestand gleicher Ausrichtung würde nach wie vor insbesondere Personen in prekären sozioökonomischen Verhältnissen treffen. Diese sähen sich weiterhin der Herausforderung gegenüber, Geldbußen zu begleichen und sich gegen die verhängten Maßnahmen zu wehren. Bedenklich ist auch, dass die Gefahr einer Haftstrafe bestehen bliebe.

Die im Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehene Erzwingungshaft gemäß §§ 96 ff. OWiG droht insbesondere mittellosen Menschen, also jenen, die besondere Schwierigkeiten bei der Begleichung von Geldbußen haben.¹⁹⁶ Im Gegensatz zur Ersatzfreiheitsstrafe führt die Verbüßung einer Erzwingungshaft nicht zum Wegfall der Geldbuße.¹⁹⁷ Zwar darf die Erzwingungshaft nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 und 4 OWiG nicht bei Zahlungsunfähigkeit verhängt werden, tatsächlich ergeht der Beschluss in der Praxis jedoch regelmäßig ohne mündliche Verhandlung.¹⁹⁸ Zudem sind die Anforderungen dafür, wann eine Person als zahlungsunfähig anzusehen ist, besonders streng.¹⁹⁹

Anders als im Strafrecht besteht im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht die Möglichkeit, einer Inhaftierung durch die Ableistung gemeinnütziger Arbeit zu entgehen.²⁰⁰

cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung

Die Befürworter dieses Vorschlags begründen ihren Standpunkt mit generalpräventiven Erwägungen.²⁰¹ Sie behaupten, eine Entkriminalisierung mache den redlichen Bürger zum „Dummen“.²⁰²

¹⁹¹ Hefendehl, Stellungnahme, S. 9; näheres zur Abgrenzung zum Strafrecht in diesen Fällen Hefendehl, ZIS 2016, 636 (642); zur Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten siehe etwa Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Aufl. (2020), § 1 Rn. 37 f.

¹⁹² Hefendehl, Stellungnahme, S. 9.

¹⁹³ Ebd.

¹⁹⁴ Ebd.

¹⁹⁵ Zur Systemwidrigkeit auch Semsrott, Stellungnahme, S. 5.

¹⁹⁶ Semsrott, Stellungnahme, S. 5.; Zapf, Stellungnahme, S. 5.

¹⁹⁷ Krenberger/Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 7. Aufl. (2022), § 96 Rn. 27.

¹⁹⁸ Zur Systemwidrigkeit Semsrott, Stellungnahme, S. 4.

¹⁹⁹ Ebd.

²⁰⁰ Vgl. Meier, ZStW 2017, 433 (447); Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352; Kühn, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Kuehn_SKM_FoF.pdf (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²⁰¹ Siehe hierzu insb. Harrendorf, NK 2018, 250 (252 ff.).

²⁰² Misch, NZV 2022, 54 (58).

Damit das Gerechtigkeitsgefühl und das Vertrauen in die Rechtspflege durch die Entkriminalisierung nicht verloren gehen, soll der unberechtigte Vorteil, den Schwarzfahrer durch ihre Tat erhalten, durch Bußgeld genommen werden.²⁰³ Außerdem sehen sie den Vorteil gegenüber einer Verurteilung zur Geldstrafe darin, dass Geldbußen eine Warnung und Abschreckung darstellen, weniger stigmatisierend²⁰⁴ wirken und auch nicht die Nachteile einer Haft mit sich bringen.²⁰⁵

Wie bereits dargestellt, ist nicht zu erwarten, dass die Entkriminalisierung das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger enttäuschen wird.²⁰⁶ Es ist fraglich, ob überhaupt oder in welchem Maße von einer Abschreckungswirkung auszugehen ist, insbesondere angesichts der Tatsache, dass § 265a StGB als sog. Massendelikt eingestuft wird.

Im Falle der Umsetzung würde die Verhängung des erhöhten Beförderungsentgelts in Kombination mit einem Bußgeldbescheid zu einer Doppelbelastung führen, die in vergleichbaren Fällen wie dem Falschparken nicht vorhanden ist.²⁰⁷ Es ist außerdem zweifelhaft, ob die Ahndung des Schwarzfahrens durch das Ordnungswidrigkeitenrecht tatsächlich zu einer Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und Justiz führen würde.²⁰⁸ Wahrscheinlicher erscheint, dass eine zusätzliche Behörde eingerichtet oder eine bestehende Behörde mit zusätzlichen Aufgaben belastet werden müsste.²⁰⁹

b) Bewertung

Die Umsetzung der Entkriminalisierung über das Ordnungswidrigkeitenrecht wäre systemwidrig und steht nicht im Einklang mit dem Verfassungsrecht. Der denkbare Ordnungswidrigkeitentatbestand würde insbesondere sozial benachteiligte Personen treffen und auch die Gefahr einer Inhaftierung bliebe weiterhin durch die im Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehene Erzwingungshaft bestehen. Die Umsetzung dieses Ansatzes würde nicht zu einer zufriedenstellenden Entlastung der Justiz und einem effizienteren Ressourceneinsatz führen.

2. Durch ersatzlose Streichung

Ein weiterer Vorschlag zur Entkriminalisierung besteht darin, die Beförderungerschleichung als Strafbarkeitsoption in § 265a Abs. 1 StGB zu streichen und das Fahren ohne Fahrschein nicht mehr mit dem Strafrecht zu sanktionieren.²¹⁰

²⁰³ Ebd.

²⁰⁴ Harrendorf, NK 2018, 250 (261).

²⁰⁵ Albrecht, NK-StGB, § 40 Rn. 10 f.; Hartmann, in: HK-GS, StGB, § 40 Rn. 1; Lorenz/Sebastian KriPoZ, 2017, 352 (355).

²⁰⁶ Schwenke (Fn. 122), S. 128; siehe Umfrageergebnisse zu Fn. 13, denen zufolge die Mehrheit der Bundesbürger einer Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zustimmt.

²⁰⁷ BT-Drs. 20/2081, S. 2.

²⁰⁸ Schiemann, KriPoZ 2019, 47; zur Verhängung der Erzwingungshaft vgl. Stollenwerk, NZV 2010, 125 ff.; kritisch gegenüber einer Herabstufung des § 265a StGB zur Ordnungswidrigkeit in Bezug auf die Erzwingungshaft auch Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352 (357).

²⁰⁹ Zapf, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 5.

²¹⁰ BT-Drs. 20/2081.

a) Anforderungen

aa) Verfassungsmäßige Ausrichtung

Für eine ersatzlose Streichung der Tatbestandsalternative spricht zum einen die Argumentation, dass das Schwarzfahren nicht als Straftat zu werten ist.²¹¹ Zum anderen erscheint auch das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht als passender Ort für die Tatbestandsalternative der Beförderungerschleichung. An dieser Stelle ist in Gedanken zu rufen, dass die Verkehrsbetriebe ihre zivilrechtlichen Ansprüche auch durch zivilrechtliche Regelungsmechanismen durchsetzen können.²¹² Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative geboten.

bb) Berücksichtigung empirisch-sozialer Erkenntnisse

Die ersatzlose Streichung stellt die vorzugswürdigste Lösung dar, um langfristig sicherzustellen, dass niemand mehr aufgrund des Fahrens ohne Fahrschein inhaftiert wird.²¹³ Ohne einen Straftatbestand oder einen Ordnungswidrigkeitentatbestand besteht auch die Gefahr einer Ersatzfreiheitsstrafe oder die einer Erzwingungshaft nicht. Die Umsetzung dieses Ansatzes ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass weiterhin besonders sozial benachteiligte Personen von den Vertragsstrafen der Verkehrsbetriebe betroffen wären. Immerhin wäre die Benachteiligung dann dem Prinzip der Vertragsfreiheit und nicht dem Tun des Gesetzgebers geschuldet.

cc) Praktische Umsetzbarkeit und Folgenabschätzung

Fraglich ist, ob der Wegfall strafrechtlichen Schutzes zu unerträglichen Folgen für die Verkehrsbetriebe führen würde und ob der zivilrechtliche Schutz ausreichend wäre.²¹⁴ Die Befürchtung besteht darin, dass die Verkehrsbetriebe infolge einer ersatzlosen Streichung plötzlich ohne Schutz dastehen würden.²¹⁵ Dass das so nicht stimmt, wird an der aktuell beklagten Doppelbelastung²¹⁶ deutlich, aus der hervorgeht, dass die Vertragsstrafe bestrafenden Charakter hat.²¹⁷

Des Weiteren könnte das Kontrollpersonal Fahrgäste nach § 229 BGB auch dann zur Identitätskontrolle festhalten, wenn die Beförderungerschleichung keine Straftat mehr darstellt.²¹⁸ Gegen Wiederholungstäter kann auch ein Hausverbot ausgesprochen werden,²¹⁹ welches im Falle der Zuwiderhandlung nach § 123 StGB strafrechtlich abgesichert wäre.²²⁰

²¹¹ Siehe Fn. 191.

²¹² Siehe Fn. 119, 122.

²¹³ Kühn, Stellungnahme, Seite 4.

²¹⁴ Kubiciel, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 4, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Kubiciel-FoF.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2023).

²¹⁵ Ebd.

²¹⁶ BT-Drs. 20/2081.

²¹⁷ Hefendehl, Stellungnahme, S. 8.

²¹⁸ Mosbacher, NJW 2018, 1069 (1071); Dennhardt, in: BeckOK-BGB, 67. Ed. (Stand. 1.8.2023), § 229 Rn. 9; Schauer/Wittig, JuS 2004, 107.

²¹⁹ Vgl. Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 123 Rn. 23.

²²⁰ Vgl. zu Hausverboten für Verkehrsbetriebe näher OLG Hamburg, NStZ 2005, 276; OLG Frankfurt a. M., NJW 2006, 1746; BayObLG, NJW 1977, 261; zum Problem auch Preuß, ZJS 2013, 355 (358 ff.).

Zudem bestätigen Untersuchungen, dass nicht nur strafrechtliche Sanktionen, sondern auch administrative Sanktionen abschreckend wirken.²²¹ Abgesehen davon, kommt es für die Abschreckungsfunktion weniger auf die Sanktionshöhe und mehr auf die vom potenziellen Täter subjektiv angenommene Entdeckungs- und Sanktionenwahrscheinlichkeit an.²²²

Diese Untersuchungsergebnisse könnten womöglich auch erklären, warum das Schwarzfahren trotz des Straftatbestands des § 265a StGB ein Massendelikt ist.²²³ Entscheidend hierfür scheint nicht die Strafhöhe, sondern vielmehr die sporadischen Kontrollmaßnahmen durch die Verkehrsbetriebe zu sein.²²⁴

b) Bewertung

Die ersatzlose Streichung der entsprechenden Tatbestandsalternative erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Aus kriminologischer Sicht ist die ersatzlose Streichung vorzuzugswürdig. Mit der ersatzlosen Streichung wäre sichergestellt, dass im Zusammenhang mit dem Schwarzfahren keine Gefahr der Inhaftierung mehr bestünde. Ihre Umsetzung würde zudem keine unangemessenen Folgen für die Verkehrsbetriebe nach sich ziehen.

3. Stellungnahme

Es ist festzuhalten, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens zwingend nötig ist. Die Entkriminalisierung durch die Verschiebung des Tatbestandes in das Ordnungswidrigkeitenrecht ist systemwidrig und somit aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnen. Die Lösung über das Ordnungswidrigkeitenrecht bietet aus kriminologischer Sicht keine zufriedenstellende Veränderung. Ihre Umsetzung kommt eher einer Beschwichtigung gleich, die bestenfalls einige Stimmen zur Ruhe bringt. Viel mehr als das wird sie womöglich nicht bezwecken. Für den Schein eines Kompromisses würde sogar darüber hinweggesehen werden, dass eine Umsetzung systemwidrig und damit verfassungswidrig wäre. Die Kriminalisierung sozial benachteiligter Menschen durch das Gesetz würde fortlaufen, diesmal über das Ordnungswidrigkeitenrecht. Auch das Risiko der Haft bliebe weiterhin bestehen. Ihre Umsetzung würde auch nicht zu einem effizienteren Ressourceneinsatz führen. Die Entkriminalisierung im Wege des Ordnungswidrigkeitenrechts würde den zentralen Anforderungen nicht gerecht werden. Freilich stellt sich die Frage, ob eine derartige Reform nicht ein bloßes Kurieren an Symptomen ist. Der Vorschlag ist im Allgemeinen nicht lösungsorientiert und könnte möglicherweise dazu führen, dass die Debatte über eine erneute Reform früher oder später wieder aufgenommen wird.

Die Entkriminalisierung im Wege der ersatzlosen Streichung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erscheint weitaus überzeugender. Dieser Ansatz scheint der einzige Weg zu sein, um sicherzustellen, dass die sozial benachteiligten Gesellschaftsmitglieder nicht mehr durch das Gesetz kriminalisiert werden und niemand mehr wegen Fahrens ohne Fahrschein eine Haftstrafe verbüßen muss. Sie ist nicht nur aus kriminalpolitischer Sicht sinnvoll, sondern auch verfassungsrechtlich geboten. Im Falle der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Tatbestandsvariante,

²²¹ Dölling/Entdorf/Herrmann, in: Kury/Shea, Punitivity: International Developments, Vol. 3, 2011, S. 315 (340, 349, 358); Harrendorf, NK 2018, 250 (264).

²²² Siehe z.B. Dölling/Entdorf/Herrmann, in: Kury/Shea, Punitivity, 2011, S. 315 (316 ff.); vgl. Dölling/Entdorf/Herrmann, Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle 2006, 193 ff.; Harrendorf, NK 2018, 250 (263).

²²³ Zu den kriminologischen Untersuchungen die diese Annahme unterstützen siehe Fn. 134.

²²⁴ Ebd.

würde das erhöhte Beförderungsentgelt den Verkehrsunternehmen auch ausreichenden Schutz bieten, sodass ihre Umsetzung nicht zu unangemessenen Folgen führen würde. Angesichts der ausgeführten Aspekte und unter Berücksichtigung der zu erfüllenden Anforderungen, erscheint die Entkriminalisierung durch die ersatzlose Streichung der Beförderungerschleichungsvariante des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB als die sachgerechteste Lösung.

V. Fazit

Bei der Einführung vor etwa 90 Jahren war nicht vorhersehbar, welche Bedeutung dem Straftatbestand des § 265a StGB zukommen würde. Heute sollte diese Tatsache bekannt sein.

Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur dogmatisch fragwürdig, sondern führt auch zu weitreichenden praktischen Problemen. Die Kriminalisierung des Schwarzfahrens trifft insbesondere die sozioökonomisch schlechter gestellten Gesellschaftsmitglieder, die eher Unterstützung als Strafe benötigen.

Bei der Frage nach der Entkriminalisierung des Schwarzfahrens handelt es sich nicht um eine haltlose kriminalpolitische Forderung. Sie ist aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Ihre Notwendigkeit kann nicht durch etwaige entgegenstehende Argumente konterkariert werden. Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist nicht nur notwendig, sondern längst überfällig, und ihre sachgerechte Umsetzung ist der Schlüssel zur Lösung.

Die Entkriminalisierung über das Ordnungswidrigkeitenrecht ist keine zielführende Lösung und abzulehnen. Einzig die ersatzlose Streichung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB ist zu befürworten. Völlig zufriedenstellend ist diese Lösung dennoch nicht. Das erhöhte Beförderungsentgelts würde weiterhin überwiegend zu einer Bestrafung sozioökonomisch schwacher Personen führen. In der heutigen Zeit hat die Teilhabe am öffentlichen Personennahverkehr eine grundlegende Bedeutung für die soziale Dimension,²²⁵ und insbesondere für diejenigen, denen weniger Alternativen zur Verfügung stehen. Um die Mobilität für alle sicherzustellen, wäre die Einrichtung eines kostenlosen Sozialtickets für ALG-II-Empfänger und Menschen mit geringem Einkommen das Mindeste. Vorzugswürdiger wäre es, den öffentlichen Nahverkehr als Teil der Daseinsvorsorge kostenfrei zur Verfügung zu stellen.²²⁶ Dies würde nicht nur zu einer Ausweitung des öffentlichen Nahverkehrs führen, was aus Umweltschutzgründen zu befürworten wäre,²²⁷ sondern auch die hier drängenden Probleme wirklich am Ansatz lösen.

In diesem Zusammenhang erscheint passend, zum Schluss noch einer grundlegenden Frage Beachtung zu schenken: An welcher Stelle des Spektrums zwischen dem, was an sich möglich wäre und dem, was eigentlich wünschenswert ist, befinden wir uns? Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens ist an sich möglich. Eigentlich wünschenswert ist jedoch die ernsthafte Erwägung außerstrafrechtlicher Regelungsmechanismen. Vorläufig sollten wir uns damit begnügen, dass die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens durch die ersatzlose Streichung ein guter Schritt in Richtung dessen ist, was wirklich wünschenswert erscheint.

²²⁵ Mosbacher, Stellungnahme, S.4.

²²⁶ BT-Drs. 20/2081.

²²⁷ BT-Drs. 20/2081.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.