

Prof. Dr. Roland Hefendehl
Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Erbprinzenstraße 17a
79098 Freiburg
hefendehl@jura.uni-freiburg.de
<https://strafrecht-online.org>

Fahren ohne Fahrschein – Kein Fall für das Strafrecht
Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs
Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein
Drucksache 20/2081 vom 01.06.2022

A: Hinführung zum Thema

Das Fahren ohne Fahrschein, in aller Regel als Schwarzfahren bezeichnet,¹ ist ein Massenphänomen. Ist die Pönalisierung dieses Fahrens ohne Fahrschein aber auch die Ultima Ratio, das letzte Mittel, zum Rechtsgüterschutz, ein Dogma, das wir nicht lediglich im Koalitionsvertrag,² sondern auch in zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden (hierzu unten D)? Gäbe es weniger einschneidende Wege mit gleicher Wirksamkeit, so wäre es nicht nur ein kriminalpolitisches, sondern ein verfassungsrechtliches Gebot, den Straftatbestand des § 265a StGB schleunigst zu entschlacken.

Beim Fahren ohne Fahrschein besteht insoweit die kuriose Sondersituation, als ein solches Verhalten in den Augen vieler bereits nicht unter den Straftatbestand des § 265a StGB gefasst werden kann. Ich teile diese Ansicht. Ist damit die Frage nicht geklärt? Sie ist es deswegen nicht, weil Staatsanwaltschaft und Justiz hartnäckig die entgegengesetzte Sichtweise vertreten.

Ich erläutere nachfolgend unter **B** noch einmal in gedrängter Kürze, warum die derzeitige Praxis nicht mit dem Gesetz vereinbar ist. Im Anschluss wende ich mich auch unter Bezugnahme auf die Begründung des vorgelegten Gesetzentwurfs den empirischen und sozialen Hintergründen des Fahrens ohne Fahrschein zu **(C)**. Damit ist der Boden für eine in meinen Augen verfassungsrechtliche Analyse bereitet **(D)**. Es geht also nicht schlicht um eine mit guten Gründen unterlegte kriminalpolitische Forderung. Aus der Verfassung leiten sich in meinen Augen die notwendigen Folgerungen zwingend ab **(E)**.

¹ Zur Vorzugswürdigkeit der Formulierung „Fahren ohne Fahrschein“ MüKo StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 9 ff.

² Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 84.

B: Dogmatischer Zugang

In meiner Kommentierung im Münchener Kommentar habe ich im Einzelnen dargelegt, warum das Fahren ohne Fahrschein kein Erschleichen einer Leistung im Sinne des geltenden § 265a StGB sein kann.³ Auf Sonderkonstellationen wie das Verwenden von Kennzeichen des Protests brauche ich an dieser Stelle nicht einzugehen.⁴ Der heute zur Disposition stehende Regelfall ist derjenige, dass eine Person einen Verkehrsbetrieb nutzt, ohne dafür die geforderte Leistung zu erbringen, ohne ein Zugangshindernis zu überwinden und ohne täuschend auf das intellektuelle Vorstellungsbild einer anderen Person einzuwirken.

Eben dieses jeden Tag tausendfach bei entsprechenden Kontrollen festzustellende Verhalten (hierzu auch sogleich unter C) wird von den Instanz- und den Obergerichten als das Erschleichen einer Beförderung in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten, interpretiert.⁵

Hierbei wird das Folgende verkannt: Für die Beförderungserschleichung ist wie für alle anderen Tatvarianten des § 265a StGB ein Hindernis zu fordern.⁶ Dem Begriff des Erschleichens ist ein Erfolg im Sinne eines HerauslöSENS der Leistung aus einem fremden Bereich immanent. Ein solcher Erfolg kann nicht eintreten, wenn keine Zugangssperre zur Leistung vorhanden und also die Leistung oder der Zutritt unbeschränkt zugänglich ist.⁷

Erforderlich ist die Umgehung oder Überwindung des Hindernisses. Der Täter muss die Leistung oder den Zutritt erlangen, ohne die Sicherungsvorkehrungen in der Weise zu durchlaufen, wie es der Leistungserbringer vorsieht.⁸ Bei Vorhandensein von Eingangskontrollen ist dies mit dem Hineingelangen in das Verkehrsmittel auf unüblichem Wege⁹ oder mit der nicht ordnungsgemäßen Überwindung von Sperreinrichtungen wie Drehkreuzen oder Zäunen der Fall.¹⁰

Die vielfach vorgetragenen Argumente haben durchaus auch über den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Relevanz, weil die Beförderung durch ein Verkehrsmittel und das Erschleichen nicht deckungsgleich ausgelegt werden können. Insoweit ist auch auf das vielfach so bezeichnete Verschleifungsverbot hingewiesen worden.¹¹ Danach dürfen einzelne Tatbestandsmerkmale eines Strafgesetzes vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nicht dergestalt ausgelegt werden, dass sie vollständig in einem anderen Merkmal aufgehen.¹² Genau das ist aber hier der Fall, wenn

³ MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 180 ff.

⁴ Hierzu MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 185 ff. m.w.N.

⁵ BGHSt 53, 122 (125 ff.) m. zust. Bespr. Zschieschack/Rau JR 2009, 244 und krit. Anm. Alwart JZ 2009, 478; Exner JuS 2009, 990 ff.; Gaede HRRS 2009, 69; Nitz jurisPR-StrafR 5/2009 Anm. 3; dem BGH folgend OLG Koblenz NSTZ-RR 2011, 246; OLG Hamm NSTZ-RR 2011, 206; KG NJW 2011, 2600 f.; OLG Frankfurt a. M. NJW 2010, 3107; OLG Hamm BeckRS 2018, 41457.

⁶ MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 180 ff.; vgl. ferner Kleszczewski StrafR BT, 2016, § 9 Rn. 187 f.; Dölling/Duttge/König/Rössner/Duttge StGB, 5. Aufl. 2023, § 265a Rn. 13; NK-StGB/Hellmann, 6. Aufl. 2023, Rn. 16 f.; Matt/Renzikowski/Gaede StGB, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 12; Schönke/Schröder/Perron StGB, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 8; Anw-StGB/Gercke/Hembach, 3. Aufl. 2020, § 265a Rn. 5; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 7.

⁷ MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 186; vgl. NK StGB/Hellmann § 265a Rn. 37.

⁸ MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 180 ff.

⁹ LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2012, § 265a Rn. 45; für Var. 4 auch NK-StGB/Hellmann § 265a Rn. 42; Mitsch Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2015, S. 443 f.; a.A. Falkenbach Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), 1983, S. 88 ff.

¹⁰ LK-StGB/Tiedemann Rn. 45; Matt/Renzikowski/Gaede Rn. 15; Mitsch Strafrecht BT 2 S. 450; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 265a Rn. 22.

¹¹ Mosbacher NJW 2018, 1069 (1070); zum Verschleifungsverbot BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

¹² BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

das bloße Nutzen der Beförderungsleistung als Erschleichen angesehen wird, das Nutzen aber schon vollständig im Tatbestandsmerkmal „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ enthalten ist.¹³

Nach einhelliger Auffassung der deutschen Strafrechtswissenschaft und des BVerfG kann durch das bloße Nichtzahlen strafrechtliches Unrecht nicht begründet werden.¹⁴ Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass „eine Strafbarkeit der Nichtzahlung einer den eigenen Vermögensbereich betreffenden Schuld dem deutschen Strafrecht grundsätzlich fremd ist“.¹⁵ Die an monetäre Schulden anknüpfenden Straftatbestände weisen demnach ein weiteres vom Gesetzgeber bestimmtes, qualifizierendes Unrechtselement auf.¹⁶ Die Ausgestaltung dieses Unrechtselements variiert dabei je nach Strafnorm. Bei § 370 AO und § 266a Abs. 2 StGB wird hierzu unter anderem auf die besonders normierten täuschungsähnlichen Tathandlungen abgehoben. Im Falle des § 266a Abs. 1 StGB wird auf eine verletzte Vermögensbetreuungspflicht, bei § 26c UStG auf die gewerbsmäßige oder bandenmäßige Tatbegehung und bei § 170 Abs. 1 StGB schließlich auf die mit der Unterhaltsverweigerung einhergehende Gefährdung des Lebensbedarfs abgestellt.¹⁷

Genau diese Argumente sprechen entscheidend dafür, das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens ernst zu nehmen, was wiederum dazu führt, dass ein Fahren ohne Fahrschein unter den derzeitigen faktischen Bedingungen nicht strafbar sein kann.

Wenn der BGH in seinem extensiven Begriffsverständnis keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erblickt, weil das Tatbestandsmerkmal im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung eine weite Auslegung zulasse, verkennt er, dass der Wortsinn die getroffene Auslegung erst einmal eröffnen muss.¹⁸ Der schlichte Hinweis, der Täter könne aufgrund der ständigen Rechtsprechung mit einer Bestrafung rechnen,¹⁹ geht am Kern der Problematik vorbei.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Einbeziehung der Fälle des Fahrens ohne Fahrschein in den Anwendungsbereich des § 265a StGB als eine unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstandende Auslegungshypothese anerkannt.²¹ Einer in der Sache überzeugenden Begründung bedarf es aber gleichwohl, das bloße Fahren ohne Fahrschein als „Erschleichen“ einer Beförderungsleistung anzusehen.²² Eine solche Begründung ist nicht erbracht worden. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund des bereits angesprochenen Verschleifungsverbots. Der BGH hat nicht dargelegt, welche Voraussetzungen das Erschleichen nach seinem Verständnis noch verlangt, die nicht bereits in dem Merkmal der „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ enthalten ist.²³

¹³ *Mosbacher* NJW 2018, 1069 (1070); MüKo StGB/*Hefendehl* § 265a Rn. 119.

¹⁴ BVerfGE 50, 142 (162); vgl. etwa im Zusammenhang mit § 266a Abs. 2 StGB *Loose* Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen, 2017, S. 33 ff.

¹⁵ BT-Drs. 14/8221 S. 18; BR-Drs. 155/04 S. 75 (jeweils zu § 266a Abs. 2 StGB) und BT-Drs. 14/7471 S. 8 (zu § 26c UStG).

¹⁶ BGH NJW 2011, 3047 m. abl. Anm. *Bittmann*.

¹⁷ *Loose* Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen, 2017, S. 36 ff.

¹⁸ Vgl. *Duttge* FS Krey, 2010, 39 (57); *Putzke/Putzke* JuS 2012, 500 (504).

¹⁹ Vgl. OLG Hamburg NStZ 1991, 587 (588).

²⁰ Vgl. die Kritik von *Hinrichs* NJW 2001, 932 (935) an BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); kritisch gegenüber OLG Hamburg NStZ 1991, 587 f. auch *Alwart* NStZ 1991, 588 (589).

²¹ BVerfG NJW 1998, 1135 (1136).

²² Ähnlich *Fischer* NStZ 1991, 41 (42) gegenüber OLG Stuttgart NJW 1990, 924 f.

²³ Vgl. *Mosbacher* NJW 2018, 1069 (1070).

C: Empirisch-sozialer Zugang

Beim Fahren ohne Fahrschein handelt es sich um ein Massendelikt, wobei der nicht unerhebliche Rückgang in den letzten Jahren auf nunmehr (2022) 131.719 Fälle über die Corona-Pandemie erklärt werden kann.²⁴ § 265a StGB ist ein Kontrolldelikt und damit entscheidend von der Intensität der Kontrolltätigkeit abhängig. Das vermutete Dunkelfeld wird als erheblich eingeschätzt.

Die Schadenshöhe wird in 70 % der Tatverdachtsfälle auf zwischen 1 bis unter 15 Euro liegend angesehen. Der Anteil der Jugendlichen wird mit 9 % angegeben, derjenige der Heranwachsenden mit 12 %. Der Anteil nichtdeutscher Tatverdächtiger beträgt 52 %.²⁵

Wir führen diese erheblichen Zahlen auch auf die Relevanz des ÖPNV für Menschen in Armut und Exkludierte zurück. Wie *Schwerdtfeger*²⁶ auf der Grundlage qualitativer Interviews mit Betroffenen zeigt, schreiben einkommensarme Menschen dem ÖPNV eine wesentlich größere Bedeutung zu als Menschen mit überdurchschnittlichem Einkommen. So hat sie den Motivtyp „Mobilitätsarme und sozial Exkludierte“ herausarbeitet. Die Betroffenen fahren bewusst und teilweise routiniert ohne (gültigen) Fahrschein, wobei sie diese Praxis selbst als Zwang empfinden und Schuldgefühle gegenüber den zahlenden Fahrgästen empfinden.²⁷

Der Mobilitätsreport 2021²⁸ bestätigt dieses Ergebnis. Der Anteil am öffentlichen Nahverkehr sinkt mit zunehmendem ökonomischen Status. „Insgesamt sind es im Mai 2021 also gerade finanziell besser gestellte Menschen, die verstärkt auf das Auto setzen (können) und es sich hinterm Steuer bequem machen.“²⁹

Die Strafverfolgungsstatistik 2021³⁰ weist 40.065 nach allgemeinem Strafrecht Abgeurteilte und davon 36.909 Verurteilte nach § 265a StGB aus. Dies entspricht einer Verurteilungsquote von 92,1 %. Was die verhängten Sanktionen anbelangt, so dominiert die Geldstrafe, die in 95,3 % der Verurteilungen als schwerste Sanktion verhängt wurde. Wurde hingegen eine Freiheitsstrafe verhängt (4,7 % der Verurteilungen), so wurde diese in 74,5 % der Fälle zur Bewährung ausgesetzt.

Zum Stichtag des 31.3.2016 gab es bundesweit 1.464 Strafgefangene, die wegen einer Straftat nach § 265a StGB verurteilt wurden.³¹ Seit 2017 werden die wegen einer Straftat nach § 265a StGB Inhaftierten nicht mehr gesondert in der Strafvollzugsstatistik ausgewiesen. Vermutlich verbüßte ein nicht unerheblicher Anteil dieser Personen eine Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB), da die Verhängung einer Freiheitsstrafe durch das Gericht bei § 265a StGB der Ausnahmefall ist.³² Wenn umgekehrt zum selben Stichtag eine bedenklich hohe Zahl von 4.843 Personen insgesamt wegen einer Ersatzfreiheitsstrafe

²⁴ Zu den Zahlen der PKS: PKS 2022, Falltabelle T01: Grundtabelle-Fallentwicklung.

²⁵ PKS 2022 Falltabelle T07: Aufgliederung der Straftaten nach Schadenshöhe; T20: Tatverdächtige insgesamt nach Alter und Geschlecht; T50: Nichtdeutsche Tatverdächtige nach Alter und Geschlecht (eigene Berechnungen).

²⁶ *Schwerdtfeger* Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 110.

²⁷ *Schwerdtfeger* Fahren ohne (gültigen) Fahrschein, 2019, S. 115.

²⁸ Mobilitätsreport 05 vom 16.8.2021, abrufbar unter <https://www.infas.de/publikationen/mobilitaetsreport-05-ergebnisse-aus-beobachtungen-per-repraesentativer-befragung-und-ergaenzendem-mobilitaetstracking-bis-ende-juli/> (zuletzt abgerufen am 15.6.2023).

²⁹ Mobilitätsreport 05 vom 16.8.2021 (Fn. 28), S. 18.

³⁰ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 3 – Strafverfolgung, 2021.

³¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 4.1 – Strafvollzug, 2016, S. 25.

³² So wurden im Jahr 2016 ca. 6 % (3.531) der nach § 265a StGB Verurteilten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege Reihe 3 – Strafverfolgung, 2016, S. 106.

inhaftiert war,³³ so zeigt dies die erschreckende Relevanz der Leistungerschleichung (speziell der Beförderungerschleichung) für das Instrument der Ersatzfreiheitsstrafe.³⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch eine Auswertung von *Bögelein und anderen* zu Ersatzfreiheitsstrafen in Mecklenburg-Vorpommern in den Jahren 2014–2017. Hiernach war bei jedem vierten Ersatzfreiheitsstrafen-Gefangenen eine Leistungerschleichung die Anlasstat.³⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass Ersatzfreiheitsstrafen aufgrund ihrer tendenziell kurzen Dauer bei Stichtagszählungen deutlich unterrepräsentiert sein dürften.³⁶

Weitere plausible Vermutungen zur Ersatzfreiheitsstrafe, die seit 2003 nicht mehr statistisch erfasst wird, und zur Relevanz für das Fahren ohne Fahrschein finden sich in der Begründung des Gesetzentwurfs nachgewiesen. Dies gilt auch für die bedrückenden persönlichen Umstände der Menschen, die von einer Ersatzfreiheitsstrafe betroffen sind. Der auch im Gesetzentwurf erwähnte Einsatz der Initiative Freiheitsfonds ist Ausdruck dieser sozialen Misere.

Der empirisch-soziale Zugang macht deutlich, dass es sich beim Fahren ohne Fahrschein trotz aller in der Praxis bei Ersttäterinnen und -tätern auch ergriffener Alternativen um ein bedeutsames Deliktsfeld handelt, das zu einem erheblichen Teil mit prekären Lebensumständen und damit auch einer Ersatzfreiheitsstrafe einhergeht. Diese Formulierung wird bewusst deshalb gewählt, um solchen Kriminalitätstheorien eine Absage zu erteilen, die Armut und Delinquenz in eine Abhängigkeitsbeziehung setzen. Wenn ökonomisch Privilegierte überwiegend nicht in den Fokus des Strafrechts geraten, so liegt dies erstens daran, dass für sie der öffentliche Nahverkehr eine mindere Bedeutung als für Menschen in prekären Situationen hat und ihnen zweitens Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die die Illegitimität der Norm zum Ausdruck bringen.

D: Verfassungsrechtlicher Zugang

Ich kann und möchte an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf die Frage eingehen, welche Kraft dem Verfassungsrecht und insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für das materielle Recht zukommt. Ich werde aber darzulegen versuchen, dass jedenfalls beim Fahren ohne Fahrschein das Verfassungsrecht von zentraler Relevanz ist. Dies insbesondere deshalb, weil mir die verfassungsrechtliche „Beweislage“ erdrückend zu sein scheint.

I. Hieraus folgt für mich: Wenn das Verfassungsrecht nicht beachtet wird, kann es auch nicht um eine eher beliebige kriminalpolitische Forderung gehen. Und spätestens bei einem solchen Ausgangspunkt sollten die Protagonisten der bisherigen Praxis auf eine Wiederholung der ewig gleichen Argumente jenseits des Verfassungsrechts verzichten. Hierzu zählt etwa die Behauptung, der Verzicht auf das Strafrecht im Falle des Fahrens ohne Fahrschein käme einem Dammbbruch gleich, der das gesamte Strafrecht in seinen Strudel reiße. Dieses Slippery-Slope-Argument müsste auf realistische Effekte verweisen können, nicht auf den Bereich der Fabel.³⁷ Der Fairness halber gehe ich umgekehrt auch nicht

³³ Statistisches Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten, Stand 2017, S. 26.

³⁴ *Lim/Loick/Marquardt/Trautmann* WestEnd 2/2017, 125 (129 f.).

³⁵ *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth* MschrKrim 102 (2019), 282 (290); zu einem sehr ähnlichen Ergebnis gelangt die Untersuchung von *Lobitz/Wirth* Forum Strafvollzug, 2018, 16 (17) zu Ersatzfreiheitsstrafen in Nordrhein-Westfalen zum Stichtag 31.3.2017: 23,5 % der Inhaftierten wurden zu einer (uneinbringlichen) Geldstrafe wegen einer Leistungerschleichung verurteilt.

³⁶ Vgl. *Heinz* Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick (Version 1/2017), S. 156 Fn. 65, abrufbar unter https://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Kriminalitaet_und_Kriminalitaetskontrolle_in_Deutschland_Stand_2015.pdf (zuletzt abgerufen am 15.6.2023).

³⁷ *Hefendehl* JZ 2009, 165 (168).

auf das wirklich nicht angemessene Kostenargument ein,³⁸ das – zu Ende gedacht – immerhin dem Abolitionismus zum Durchbruch verhelfen müsste.

Ich begründe meinen Ansatz, dass es um das Verfassungsrecht geht, indem ich die Inzest-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2008 zitiere:³⁹ „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus *in besonderer Weise sozialschädlich* und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“ Dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung der Strafnorm komme dabei eine besondere Bedeutung zu. Bereits in der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1975 wird der Gedanke der „Ultima Ratio“ dabei im Kontext des Verhältnismäßigkeitsprinzips angeführt.⁴⁰

Wenn sich das Strafrecht nach dem Bundesverfassungsgericht also mit einem qualifiziert sozialschädlichen Verhalten zu befassen hat, dann wird die Luft schon recht dünn. Denn wir reden von einem mäßig tangierten Vermögen, dessen Schutz bei zeitgemäßen Überlegungen auch im Sinne des vor dem Kollaps stehenden Klimas verzichtbar erscheint. Was aber ohne jeden Zweifel feststeht, ist die *sozialschädliche Wirkung des Einsatzes des Strafrechts* insbesondere in der vorliegenden Konstellation.

Insoweit verweise ich auf die Erkenntnisse aus dem sozial-empirischen Teil, insbesondere zur Ersatzfreiheitsstrafe und der typischen Charakteristik der ohne Fahrschein Fahrenen, die meine These des sozialschädlichen Einsatzes des Strafrechts und seiner Sanktionen bestätigen.

Ich möchte es noch einmal in aller Deutlichkeit betonen: Strafe setzt im Schulterschluss mit dem Bundesverfassungsgericht als notwendige Bedingung sozialschädliches Verhalten voraus. Wenn Strafe allerdings umgekehrt Sozialschädlichkeit bewirkt, hat sie sich selbst diskreditiert.

II. Die nachfolgende Analyse auf die vom Bundesverfassungsgericht neben der qualifizierten Sozialschädlichkeit geforderten Verhältnismäßigkeit des Strafeinsatzes lässt keine andere Deutung zu.

So bewegen wir uns im klassischen Bereich des Zivilrechts, in dem die Vertragsparteien die Bedingungen für einen Vertragsschluss definieren. Daher hätten die Verkehrsbetriebe durch Maßnahmen der technischen oder situativen Prävention⁴¹ die Möglichkeit, auf Vorkasse zu setzen. Wenn sie hierauf auch aus ökonomischem Kalkül heraus verzichten,⁴² befinden wir uns im Bereich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, die aber gerade den Zugang zum Strafrecht verschließt. So wurden in den vergangenen Jahrzehnten die Zugangskontrollen im Massenverkehr stetig abgebaut und durch sporadisch durchgeführte individuelle Kontrollmaßnahmen ersetzt, die weit hinter dem Schutz durch umfassende Zugangskontrollen zurückbleiben.⁴³ Der Einsatz des Strafrechts ist also allein deshalb nicht

³⁸ Zu diesem etwa *Bui/Rössig* ZJS 2023, 435 (441); *Meier* ZStW 129 (2017), 433 (443 f.).

³⁹ BVerfGE 120, 224 (239 f.).

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (47).

⁴¹ Vgl. zu den Vor- und Nachteilen technischer Prävention *Hefendehl* NJ 2004, 494 (495 ff.); ferner *Stolle* StudZR 2006, 27 (38).

⁴² Vgl. *Harrendorf* NK 2018, 250 (256 f.); *Alwart* JZ 1986, 563 (568 f.); *Fischer* NJW 1988, 1828 (1829); NK-StGB/*Hellmann* § 265a Rn. 7, 36 sowie die Hessische Kommission „Kriminalpolitik“ bei *Albrecht/Hassemer/Voß* Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992, S. 59 f. und die Niedersächsische Kommission zur Reform des Strafrechts bei *Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf* (Hrsg.) Strafrecht – ultima ratio, 1992, S. 33 f.

⁴³ *Alwart* JZ 1986, 563 (569); *Schall* JR 1992, 1 (3 Fn. 19); *Lattka* Fahren ohne (gültigen) Fahrausweis, 2010, S. 175. Faktisch beschränken sich die Kontrollen auf 1 bis 3 % der Fahrgäste, vgl. *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 221 ff.; *Falkenbach* ArchKrim 173 (1984), 83 (87 Fn. 27).

erforderlich, weil es eine bewusste und zudem sinnvolle Entscheidung der Verkehrsbetriebe ist, auf den Schutz durch wirksamere Maßnahmen als das Strafrecht zu verzichten.

Hierin kann man durchaus einen Anwendungsfall der tatbestandseinschränkenden sog. Viktimodogmatik sehen,⁴⁴ die unter den engen Voraussetzungen gerechtfertigt erscheint, dass sich die Rechtsgutsträger sehenden Auges der Schutzmöglichkeit begeben haben.

Auch vor dem Hintergrund des Rechtsgüterschutzes, also des Vermögens desjenigen, der die in Anspruch genommene vermögenswerte Leistung erbringt, erscheint der zivilrechtliche Weg über ein sog. erhöhtes Beförderungsentgelt sogar leicht geeigneter als zusätzlich auf das Strafrecht zu setzen. Denn dass seine negativ-generalpräventive Kraft nicht existiert, zeigt schon der Charakter des § 265a StGB als ein sog. Massendelikt mit weit über 100.000 Fällen pro Jahr und einem plausibel als erheblich eingeschätzten Dunkelfeld. Zudem weisen die beunruhigend hohen Zahlen einer Ersatzfreiheitsstrafe bei diesem Delikt darauf hin, dass jedenfalls auch wirtschaftliche Not eine Rolle spielt. Sie wird bereits die Aussichten einer Pfändung deutlich reduzieren. Dieser Not aber durch die Androhung einer Geldstrafe begegnen zu wollen, ist je nach Gemütslage kurios oder abwegig. Der öffentliche Nahverkehr ist eben noch immer eine Domäne der wirtschaftlich Schwachen, während die Reichen zumindest eine Wahlmöglichkeit haben.

Der Einsatz des Strafrechts erweist sich somit weder als erforderlich⁴⁵ noch als angemessen. Es ist Sache der Verkehrsunternehmen und nicht der staatlichen Strafverfolgungsbehörden, durch erhöhte Beförderungsentgelte dafür zu sorgen, dass sich die Verluste in Grenzen halten,⁴⁶ mögen sie bei den in prekären Verhältnissen Lebenden nach dem Ausgeführten auch nur schwer einzutreiben sein.

Darüber hinaus kann die Erforderlichkeit der strafrechtlichen Erfassung des Fahrens ohne Fahrschein auch nicht mit der Erwägung begründet werden, die Benutzergesamtheit profitiere von den aus dem Abbau der Kontrollen resultierenden Kosteneinsparungen und einer rationelleren Abfertigung.⁴⁷ So werden in einigen ausländischen Großstädten offenbar ohne größere Probleme (Kontroll-)Verfahren ohne erhebliche Beeinträchtigungen praktiziert.⁴⁸ Selbst wenn man – wie wir – dem Wegfall technischer Präventionssysteme positiv gegenübersteht, weil diese einen abzulehnenden Generalverdacht gegenüber jedem Fahrgast zum Ausdruck bringen, verbietet sich die Rechnung, dann eben auf das Strafrecht setzen zu dürfen. Beide Aspekte haben nichts miteinander zu tun. Schließlich haben Allgemeinbelange wie das Interesse an günstigen ÖPNV-Tarifen keine das Strafrecht legitimierende Kraft. Sie basieren auf der Behauptung, der Abbau der Kontrollen habe sich in konkreten Kosteneinsparungen niedergeschlagen. Für einen Straftatbestand, der ausschließlich das Individualvermögen schützt, kann dies von vornherein kein Argument sein.⁴⁹

⁴⁴ Zu dieser – vor allem im Kontext des § 263 StGB – etwa *Schünemann* in ders. Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 (61 ff.); *Arzt MschrKrim* 67 (1984), 105 ff.; zur Kritik und Antikritik s. auch *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 88, 101 ff.; *Schünemann* FS Faller, 1984, 357 ff.

⁴⁵ *Hefendehl* JA 2011, 401 (406); die fehlende Erforderlichkeit konstatiert auch *Harrendorf* NK 2018, 250 (261 ff.), allerdings – entgegen der hier vertretenen Ansicht – unter Verweis auf das Ordnungswidrigkeitenrecht als milderes Mittel.

⁴⁶ *Alwart* ZIS 2016, 534 (536); *Mosbacher* NJW 2018, 1069 (1071).

⁴⁷ In diese Richtung aber OLG Stuttgart NJW 1990, 924 (925); *Rengier* Strafrecht BT I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 6; krit. zu dieser Erwägung auch *Lorenz/Sebastian* KriPoZ 2017, 352 (353 f.).

⁴⁸ Vgl. *Sasse* NJ 2019, 59 (61); *Lattka* Fahren ohne (gültigen) Fahrausweis, 2010, S. 176; *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 42 f.; *Fischer* NSTZ 1991, 41 (42).

⁴⁹ Richtig *Exner* JuS 2009, 990 (993); *Alwart* ZIS 2016, 535 (536).

III. Ein weiterer verfassungsrechtlicher Ansatz könnte in Art. 3 GG liegen.

Hier ist im Gesetzentwurf insbesondere der Vergleich zum falschen Parken eingebracht worden. Um mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 I GG relevant zu werden, müsste eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegen.⁵⁰ Es bedürfte also zunächst zweier Sachverhalte, die im Hinblick auf ihre Eigenschaften wesentlich gleich sind. Das ist hier allenfalls im Hinblick auf kostenpflichtige Parkplätze relevant, die genutzt werden, ohne das dafür vorgesehene Entgelt zu entrichten. Nicht aber kann es um solche Flächen gehen, auf denen das Parken per se verboten ist.

Betrachtet man nun die Eigenschaften dieser beiden Gegenstände, so kann man durchaus davon ausgehen, dass diese wesentlich gleich sind: Sowohl bei ohne Schranke frei zugänglichen kostenpflichtigen Parkflächen (mit Parkuhr) als auch beim Anbieten eines Personenverkehrs wird eine Infrastruktur entgeltpflichtig zur Verfügung gestellt, sei es durch Betriebe in öffentlicher Hand oder durch Private (in beiden Fällen jeweils vorhanden). Entrichtet jemand das vorgesehene Entgelt nicht und wird einmal bestraft und einmal nicht, kann man also von einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ausgehen. Sie erschiene nur dann gerechtfertigt,⁵¹ wenn man den Aspekt der Refinanzierung etwa über Kfz-Steuer und Mineralölsteuer und die Intention der Parkraumbewirtschaftung, Angebot und Nachfrage zu steuern,⁵² für durchschlagend erachten würde.

IV. Die auch im Gesetzentwurf vorgebrachte Doppelbestrafung (erhöhtes Beförderungsentgelt und eine strafrechtliche Sanktion) ist nicht im technischen Sinne zu verstehen. Denn die zivilrechtliche Vertragsstrafe gem. § 339 BGB ist keine Strafe im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG. Hierzu zählen nur staatliche Strafen.⁵³ Damit wird aber treffend zum Ausdruck gebracht, dass es sich um eine bedenkliche Doppelbelastung handelt, die auch deshalb einzigartig ist, weil erstens nirgendwo einfach der Verstoß gegen eine zivilrechtliche Vertragspflicht ohne weitere Voraussetzungen strafrechtlich pönalisiert wird und zweitens die zivilrechtliche Pflicht selbst schon weit über das eigentliche Beförderungsentgelt hinaus erhöht wird und damit bestrafenden Charakter hat. Die oben herausgearbeitete typische Klientel eines Fahrens ohne Fahrschein ist bei einer solchen Forderungshöhe in aller Regel finanziell überfordert.

E: Folgerungen

I. Nach dem Ausgeführten ist die ersatzlose Streichung der Beförderungerschleichung als Strafbarkeitsalternative nicht nur kriminalpolitisch sinnvoll, sondern verfassungsrechtlich geboten. Das erhöhte Beförderungsentgelt ist einschneidend genug. Wer beklagt, es sei nur schwer einzutreiben, muss sich eingestehen, dass dies mit einer Geldstrafe oder einem Bußgeld noch schlechter geht.

II. Die Politik könnte und sollte den öffentlichen Nahverkehr wie in Luxemburg oder Tallin kostenfrei gestalten und ihm damit zugleich einen mächtigen Schub verschaffen.⁵⁴ Das Mindeste wäre ein kostenloses Sozialticket für ALG-II-Empfängerinnen und -empfänger.

⁵⁰ BVerfG NJW 2012, 2719 (2720); BVerfGE 126, 400 (416).

⁵¹ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung siehe etwa BeckOK GG/*Kischel*, 55. Ed. 2023, Art. 3 Rn. 34 ff.

⁵² Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags: Einrichtung und Betrieb von Parkraumbewirtschaftungszonen sowie die Ausgabe von Bewohnerparkausweisen, WD 7 - 3000 - 125/19 und § 45 Abs. 1b Nr. 2a StVO (städtische Quartiere mit erheblichem Parkraumangel).

⁵³ BVerfGE 134, 33 (55 f.).

⁵⁴ Für einen Überblick über Modellprojekte und Machbarkeitsstudien vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: Kostenloser öffentlicher Personennahverkehr in Deutschland, WD 5 - 3000 - 009/20.

III. 1. Nicht zu überzeugen vermag die Lösung über das Ordnungswidrigkeitenrecht.⁵⁵ Für die Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ist es – insoweit entgegen der herrschenden Konzeption –⁵⁶ vorzugswürdig, maßgeblich auf die Art der geschützten Rechtsgüter sowie auf die Verbindung zwischen tatbestandlicher Handlung und geschütztem Rechtsgut zu rekurrieren. Hinsichtlich der hier in Frage stehenden Individualrechtsgüter gilt es zu differenzieren: Unmittelbare Verletzungen eines solchen Rechtsguts sollten grundsätzlich beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen über das Strafrecht erfasst werden, während Bußgeldtatbestände ihren legitimen Anwendungsbereich bei der abstrakten Gefährdung von Individualrechtsgütern haben.⁵⁷

Der Schutz des Individualvermögens vor unmittelbaren Verletzungen durch Leistungserschleichungen ist nach der vorstehenden Abgrenzungsüberlegung somit grundsätzlich Aufgabe des Strafrechts, hier aber aus den beschriebenen Gründen unverhältnismäßig. Die Einstufung des schlichten Fahrens ohne Fahrschein als *Ordnungswidrigkeit* stellt sich nur scheinbar als „goldener Mittelweg“ dar, wäre jedoch *systemwidrig*. Erst recht ist in diesem Zusammenhang der Vorschlag abzulehnen, einen Ordnungswidrigkeitentatbestand zu schaffen, der in den Fällen der Mehrfachbegehung eine Aufwertung zur Straftat erfährt. Die bloße Wiederholung des Verstoßes als solche tangiert weder das geschützte Rechtsgut noch wandelt sie den Deliktcharakter.⁵⁸ Das Tatunrecht wird also durch den Umstand, dass eine Person bereits wegen desselben Delikts vorbestraft ist, nicht erhöht.⁵⁹ Dem schlichten Fahren ohne Fahrschein sollte nicht durch Schaffung eines Bußgeldtatbestands begegnet werden.

2. Behauptete Bedenken, bei Annahme einer bloßen Ordnungswidrigkeit lasse sich die Identität eines ohne Fahrschein Fahrens nicht feststellen, bestehen allerdings nicht.⁶⁰ Insoweit können bereits die Beförderungsbedingungen herangezogen werden. So heißt es beispielsweise in § 4 Nr. 6 des RVF (Region Freiburg):

„Bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten hat das Personal das Recht nach § 229 BGB bzw. § 127 Absatz 1 und 3 StPO, die Personalien festzustellen oder die Verursacher bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten.“

Mosbacher hat gezeigt, dass Kontrollierende auch ohne Strafbarkeit der Beförderungerschleichung Fahrgäste nach § 229 BGB zur Identitätskontrolle festhalten können.⁶¹ Dies gilt auch für das hier vorgeschlagene Modell des alleinigen Setzens auf das erhöhte Beförderungsentgelt. Gegen Personen, die immer wieder ohne Fahrschein ein Verkehrsmittel unberechtigt nutzen, kommt zudem die Erteilung

⁵⁵ Für eine Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit etwa der Deutsche Anwaltsverein, Statement vom 18.7.2022 (abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/befoerderungerschleichung-als-ordnungswidrigkeit-ausreichend> [zuletzt abgerufen am 15.6.2023]); die Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 57, September 2021, S. 5; *Mitsch NZV* 2022, 54 (58).

⁵⁶ Siehe dazu etwa *Bülte OWiR*, 6. Aufl. 2020, § 1 Rn. 37 f.

⁵⁷ Näher (auch zur Abgrenzung zum Strafrecht in diesen Fällen) *Hefendehl ZIS* 2016, 636 (642).

⁵⁸ Vgl. BeckOGK AktG/*Hefendehl*, 1.4.2023, § 404a AktG Rn. 22 f. zum Tatbestandsmerkmal der „Beharrlichkeit“; ebenso gegen die Einstufung als Ordnungswidrigkeit *Lorenz jurisPR-StrafR* 8/2018 Anm. 1, der das Schwarzfahren unter Umgehung von Sicherungsvorkehrungen jedoch weiterhin kriminalisiert wissen will; a.A. *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 250; LK-StGB/*Tiedemann* § 265a Rn. 6, 47.

⁵⁹ *Harrendorf NK* 2018, 250 (257 f.); ebenso krit. zur Entkriminalisierung allein für Ersttäter vor dem Hintergrund der weiterhin vorhandenen Möglichkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen für „wiederholt auffällige Bagatteltäter“ *Meier ZStW* 129 (2017), 433 (445).

⁶⁰ Solche Bedenken deutet etwa die Bundesrechtsanwaltskammer in der Stellungnahme Nr. 57, September 2021, S. 5, an.

⁶¹ *Mosbacher NJW* 2018, 1069 (1071); BGH BeckRS 1997, 27689; so auch BeckOK BGB/*Dennhardt*, 66. Ed. 2023, § 229 Rn. 9; OLG Hamm Urteil vom 24. August 2018 – I-7 U 23/18 –, juris Rn. 18 (mit Verweis auf BGH NSTz 2012, 144, hierauf bezieht sich auch *Mosbacher*); *Schauer/Wittig JuS* 2004, 107; a.A. *Mitsch NZV* 2014, 545, 547 f.

eines Hausverbots für S- und U-Bahnhöfe und die entsprechenden Verkehrsmittel⁶² infrage, das im Falle der Zuwiderhandlung strafrechtlich abgesichert wäre (Hausfriedensbruch, § 123 StGB).⁶³

Nach alledem besteht ein Festnahmerecht der Kontrollierenden gegenüber der Person ohne gültigen Fahrschein mithin entweder nach § 229 BGB oder nach anderer Ansicht jedenfalls dann, wenn die Verkehrsbetriebe eine entsprechende Befugnis in die Beförderungsbedingungen mit aufnehmen. Die Sorge, dass durch eine Entkriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein kein Recht mehr seitens der für die Verkehrsbetriebe kontrollierenden Personen zum Festhalten entsprechender Personen mehr bestünde, ist daher rechtlich unbegründet.

IV. Zurückzuweisen ist der Vorschlag, es bei der gängigen Praxis zu belassen, wonach die Selektion der mehrmaligen Täterinnen und Täter oder solcher Personen mit erhöhter krimineller Energie und die Entscheidung über deren Zuführung zur Strafverfolgung in der Hand der Verkehrsbetriebe liegt.⁶⁴ Die Entkriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein darf nicht allein von den Beförderungsbestimmungen und/oder Vorgehensweisen der Verkehrsbetriebe abhängen, sondern muss durch den Gesetzgeber erfolgen.⁶⁵ Der Vorschlag, die Abschichtung der straf(verfolgungs)würdigen Fälle über §§ 153 ff. StPO den Strafverfolgungsbehörden zu überlassen,⁶⁶ ist vergleichbaren Bedenken ausgesetzt.⁶⁷

F: Fazit

Es gäbe einige Möglichkeiten, sich mit dem Fahren ohne Fahrschein nicht mehr befassen zu müssen. Die Politik könnte den öffentlichen Nahverkehr kostenfrei gestalten und ihm damit zugleich einen mächtigen Schub verschaffen. Staatsanwaltschaft und Justiz könnten sich von dem Irrglauben verabschieden, § 265a StGB erfasse das Fahren ohne Fahrschein. Oder aber der Gesetzgeber könnte vor dem geschilderten verfassungsrechtlichen und sozialen Hintergrund den gordischen Knoten durchschlagen.

⁶² Vgl. zu deren Schutz nach § 123 StGB MüKo StGB/*Feilcke*, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23 m.w.N.

⁶³ Vgl. zu Hausverboten für Betreiber öffentlicher Verkehrsmittel 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.).

⁶⁴ So der Vorschlag von *Hauf* DRiZ 1995, 15 ff.; vgl. auch *Falkenbach* ArchKrim 173 (1984), 83 (93 ff.); LK-StGB/*Tiedemann* § 265a Rn. 60 f.; NK-StGB/*Hellmann* § 265a Rn. 12; krit. gegenüber diesem Zustand auch *Alwart* NSTZ 1991, 588 (589); *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 91 ff.

⁶⁵ Vgl. auch *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 219 f.

⁶⁶ So aber *Falkenbach* Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), 1983, S. 99; LK-StGB/*Tiedemann* § 265a Rn. 60.

⁶⁷ Vgl. *Eyers* Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in sog. „Einmalfällen“, 1999, S. 97 ff., 133 sowie allgemein *Wohlers* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 185 ff.