

Die Strafbarkeit des so genannten „Schwarzfahrens“

Von Prof. Dr. *Bernd Heinrich*, Universität Tübingen

I. Einleitung

Es gibt viele Themen, die *Heiner Alwart* im Rahmen seiner umfangreichen wissenschaftlichen Tätigkeit bewegt haben. Eines davon ist sicherlich die von ihm stets abgelehnte Strafbarkeit des „Schwarzfahrens“ in öffentlichen Verkehrsmitteln, die er in seinem jüngsten Aufsatz zu dieser Thematik plastisch als „perpetuiertes Unrecht“ bezeichnet hat.¹ Schon früh hat er sich vehement gegen eine strafrechtliche Ahndung der bloßen Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, ohne das entsprechende Entgelt zu entrichten, ausgesprochen.² Die wesentlichen Gedanken, die von verschiedener Seite aus zu dieser Problematik entwickelt wurden, sollen an dieser Stelle noch einmal zusammengefasst und vor allem für den georgischen Leserkreis, der mit der deutschen Rechtsordnung möglicherweise weniger vertraut ist, „aufbereitet“ werden. Auch wenn im Hinblick auf diese Thematik die Argumente wohl ausgetauscht sind und darüber hinaus kaum mehr viel „Neues“ zu entwickeln ist, erscheint es mir dennoch sinnvoll, den Diskussionsstand einmal kompakt darzustellen und – ganz im Sinne von *Heiner Alwart* – Stellung zu beziehen.

Wenn ich an die vielen anregenden Diskussionen, Workshops und Veranstaltungen, die ich mit *Heiner Alwart* erleben durfte, zurückdenke, ist mir jedenfalls ein Satz von ihm tief im Gedächtnis verankert geblieben. „Ein guter Vortrag“, so sagte er einmal sinngemäß, „zeichnet sich dadurch aus, dass ich jedenfalls einen neuen Gedanken mit auf den Weg nehmen kann“. In diesem Sinne hoffe ich, dass die Leserinnen und Leser des nachfolgenden Beitrages trotz der seit langem ge-

fürten Diskussion wenigstens einen Gedanken oder ein Argument gegen die Strafbarkeit des „Schwarzfahrens“ mit auf ihren Weg nehmen können und insoweit von den nachfolgenden Zeilen profitieren werden.

II. Die Ausgangslage

Das deutsche Strafgesetzbuch sieht in § 265a unter der Überschrift „Erschleichen von Leistungen“ unter anderem eine Strafe für denjenigen vor, der „[...] die Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten“.³ Aus der Bezeichnung „§ 265a“ geht hervor, dass der Tatbestand erst nachträglich (und zwar im Jahre 1935) ins Gesetz aufgenommen wurde.⁴ Er sollte strafrechtliche Lücken ausfüllen, die infolge der (schon damals!) zunehmenden Automatisierung des Alltags entstanden und die mit dem Straftatbestand des Betruges, § 263 dStGB⁵, nicht mehr ausreichend abgedeckt werden konnten. Denn bei der Verwendung von „Automaten“ konnte es in vielen Bereichen nicht mehr zur Täuschung von Menschen kommen. Eine Täuschung von Menschen ist aber eine zentrale Voraussetzung der Erfüllung des Betrugstatbestandes. Die Problematik erinnert an die Diskussion, die gut 50 Jahre später auch zur Einführung des Straftatbestandes des § 263a dStGB („Computerbetrug“), führte.⁶

¹ *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) 2016, 534.

² *Alwart, Heiner*, Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265a StGB), JZ (Juristenzeitung) 1986, 563; ferner *Alwart, Heiner*, Anmerkung zum Urteil des HansOLG Hamburg v. 18.12.1990 – 2a Ss 119/90, NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1991, 588; *Alwart, Heiner*, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 8.1.2009 – 4 StR 117/08 (BGHSt 53, 122), JZ 2009, 478.

³ Das georgische Strafrecht kennt einen solchen Tatbestand nicht. Allenfalls an Art. 185 gStGB („Eigentumsschädigung durch Täuschung“) könnte hier gedacht werden, der jedoch – ähnlich wie der deutsche Betrug, § 263 dStGB, an sich eine Täuschung voraussetzt. Allerdings kennt das georgische Ordnungswidrigkeitenrecht in Art. 130 einen entsprechenden Tatbestand „Fahren ohne Fahrkarte“, der in Absatz 2 das Schwarzfahren im Zug oder Schiff ausdrücklich mit einem Bußgeld belegt.

⁴ Durch Art. 8 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935, Reichsgesetzblatt 1935 I, S. 839, 842.

⁵ Im Folgenden wird die Abkürzung „dStGB“ für das „deutsche Strafgesetzbuch“ verwendet.

⁶ Durch Art. 1 Nr. 9 des Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986, Bundesgesetzblatt 1986 I, S. 721, 722.

Auch hier sollte die „Täuschung eines Computers“ (= als „Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs“), die zu einer Vermögensschädigung führt, eigenständig unter Strafe gestellt werden, da dieser Vorgang vom Betrugstatbestand, § 263 dStGB, mangels Täuschung eines Menschen nicht zu erfassen ist.

Betrachtet man die Vorgänge in öffentlichen Verkehrsmitteln (Busse, Straßenbahnen, Züge des Nah- und Fernverkehrs), so kommt (insoweit unstreitig) allerdings dann ein Betrug, § 263 dStGB, in Betracht, wenn der Fahrgast eine Person (konkret: eine in berechtigter Weise den Fahrausweis kontrollierende Person) darüber täuscht, dass sie einen gültigen Fahrausweis besitzt bzw. das Entgelt für die Fahrt entrichtet hat. Wer also bei der Kontrolle ein gefälschtes Ticket oder eine auf eine andere Person ausgestellte Monatskarte vorzeigt, täuscht den Kontrolleur und macht sich wegen eines Betruges strafbar. Ebenso (nicht ganz so unstreitig) macht sich derjenige wegen eines Betruges, § 263 dStGB, strafbar, der auf die Frage der Kontrollperson in Fernverkehrszügen „Ist jemand zugestiegen“ schweigt oder sich schlafend stellt, weil diesem Verhalten ein „Erklärungswert“ zugesprochen wird und daher eine konkludente Täuschung angenommen wird, die für die Erfüllung des Betrugstatbestandes ausreichen soll.⁷

Wer nun aber schlicht ein öffentliches Verkehrsmittel benutzt, ohne dass er von einer Person kontrolliert wird bzw. wer sich in einem öffentlichen Verkehrsmittel so geschickt versteckt, dass er den Kontrollen ausweicht, „täuscht“ dadurch keinen anderen Menschen und kann nicht wegen eines Betruges bestraft werden. Fraglich ist nun, ob in diesen Fällen jedenfalls subsidiär § 265a dStGB, das „Erschleichen von Leistungen“ in Form der ausdrücklich genannten „Beförderungserschleichung“ zur Anwendung kommt. Der Rechtsprechung, allen voran der Bundesgerichtshof,⁸

nimmt dies an und erntet dabei vielfach Kritik aus der juristischen Literatur,⁹ unter anderem von *Heiner Alwart*.

BeckRS 2015, 16686; OLG Stuttgart NJW 1990, 924, 925; der Rechtsprechung folgend *Bilda, Klaus*, Zur Strafbarkeit des „Schwarzfahrens“ zu Lasten von Verkehrsbetrieben, MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht), 1969, 434; *Bosch, Nikolaus*, Strafbares Schwarzfahren? Grenzen der Leistungsererschleichung, JA (Juristische Arbeitsblätter) 2009, 469, 470 f.; *Gössel, Karl-Heinz*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 1996, § 22 Rn. 69; *Hauf, Claus*, Schwarzfahren im modernen Massenverkehr – strafbar nach § 265a StGB?, DRiZ (Deutsche Richterzeitung) 1995, 15, 17 ff.; *Martin, Siegmund*, Der praktische Fall – Strafrecht: Die „Mehrweg“-Fahrkarte, JuS 2001, 364, 366; *Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Aufl., 2019, § 41 Rn. 230; *Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 52 Rn. 19; *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Vermögensdelikte, 22. Aufl., 2020, § 16 Rn. 6; *Rinio, Carsten*, Das „Überlisten“ der Ausfuhrschranke eines Parkhauses – strafbares Unrecht?, DAR (Deutsches Autorecht) 1998, 297, 298; *Stiebig, Volker*, „Erschleichen“ i.S.d. § 265a Abs. 1 Alt. 3 StGB, JURA (Juristische Ausbildung) 2003, 699, 700 ff.; *Zscheschack, Frank/Rau, Ingo*, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 8. Januar 2009 – 4 StR 117/08. JR (Juristische Rundschau) 2009, 244; anders aber AG Hamburg NStZ 1988, 221, aufgehoben durch OLG Hamburg, NStZ 1988, 221.

⁹ *Peter-Alexis Albrecht*, Anmerkung zum Urteil des HansOLG Hamburg, NStZ 1988, 222, 224; *Heiner Alwart*, Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265a StGB), JZ 1986, 563, 567 ff.; *Alwart, Heiner*, Anmerkung zum Urteil des HansOLG Hamburg v. 18.12.1990 – 2a Ss 119/90, NStZ 1991, 588; *Alwart, Heiner*, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 8.1.2009 – 4 StR 117/08 (BGHSt 53, 122), JZ 2009, 478; *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 2015, § 21 Rn. 19 f.; *Bock, Dennis*, Erschleichen von Leistungen, § 265a StGB, JA 2017, 357; *Duttge, Gunnar*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, § 265a Rn. 13, 20 ff.; *Ellbogen, Klaus*, Strafbarkeit des einfachen „Schwarzfahrens“, JuS 2005, 20, 21; *Fischer, Thomas*, „Erschleichen“ der Beförderung bei freiem Zugang?, NJW 1988, 1828; *Fischer, Thomas*, Strafbarkeit von Schwarzfahrern, NStZ 1991, 41; *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 68. Aufl., 2021, § 265a Rn. 3 ff., 6, 21; *Gaede, Karsten*, Der BGH bestätigt die Strafbarkeit der „einfachen Schwarzfahrt“ – Zu Unrecht und mit problematischen Weiterungen, HRRS (Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht) 2009, 69, 70; *Gaede, Karsten*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 265a Rn. 13 ff.; *Gercke, Björn*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner*, Anwaltskommentar StGB, 2010, 3. Aufl., 2020, § 265a Rn. 18; *Hefendehl, Roland*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., 2019, § 265a Rn. 162 ff.; *Heger, Martin*, in: *Lackner/*

⁷ *Putzke, Christina/Putzke, Holm*, Schwarzfahren als Beförderungserschleichung – Zur methodengerechten Auslegung des § 265a StGB, JuS (Juristische Schulung) 2012, 500, 501.

⁸ BGHSt 53, 122; ferner BayObLG NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1969, 1042, 1043; BayObLG wistra (Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht) 2002, 36; KG NJW 2011, 2600; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84; OLG Düsseldorf NJW 2000, 2120, 2121; OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR (Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport) 2001, 269, 270; OLG Hamburg NJW 1987, 2688; OLG Hamburg NStZ 1991, 587, 588; OLG Hamm NStZ-RR 2011, 206; OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 246; OLG Köln NStZ-RR 2016, 92 (Leitsatz) =

III. Die Argumentation der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung sieht eine Strafbarkeit nach § 265a dStGB bereits dann als gegeben an, „wenn der Täter ein öffentliches Verkehrsmittel unberechtigt [d.h. in der Regel: ohne im Besitz eines gültigen Fahrscheins zu sein] benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen“.¹⁰ In diesen Fällen „erschleiche“ er sich die Beförderung, ein heimliches Vorgehen des Täters, eine besondere List, eine Täuschung oder eine Umgehung von Sicher-

heits- oder Kontrollmechanismen sei für die Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich.¹¹ Das Erschleichen einer Beförderung entfalle auch nicht dadurch, dass der Zugang zum jeweiligen Verkehrsmittel nicht kontrolliert werde.

Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Norm (= Wortlautauslegung), denn der Begriff des „Erschleichens“ sei hier weit auszulegen.¹² „Erschleichen“ erfordere lediglich die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (hier: die unentgeltliche Inanspruchnahme eines Verkehrsmittels) auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischen Weg. Ein täuschungsbedingtes Element sei lediglich insofern erforderlich, als die Leistung durch ein unauffälliges Vorgehen erlangt wird. Wer dagegen „offen“, zum Beispiel im Rahmen einer Protestaktion gegen Fahrpreiserhöhungen der Verkehrsbetriebe, mit einem Schild um den Hals mit der für alle lesbaren Aufschrift „Ich zahle nicht“ die Leistungen eines Verkehrsunternehmens in Anspruch nimmt, würde § 265a dStGB damit nicht erfüllen (allerdings käme in diesen Fällen dann eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruches, § 123 dStGB, in Betracht).¹³

Auch die Entstehungsgeschichte (= historische Auslegung) spreche, so der BGH, für diese weite Auslegung, denn § 265a StGB sollte gerade die Lücken schließen, die sich bei der Erschleichung von Massenleistungen im Hinblick auf die Anwendung des Betrugstatbestandes, § 263 dStGB, ergeben hätten.¹⁴ Ferner spreche auch der Wille des Gesetzgebers für diese weite Auslegung, denn er habe die Norm des § 265a dStGB trotz mehrfacher Gesetzesinitiativen, diesen Tatbestand insbesondere im Hinblick auf das „Schwarzfahren“ zu entschärfen, bisher nicht geändert.¹⁵

Auch der Vergleich mit den anderen Tatbestandsalternativen des § 265a dStGB (= systematische Ausle-

Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 265a Rn. 6a; Hellmann, Uwe, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 265a Rn. 16, 35; Hinrichs, Ulrike, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erschleichen“ in § 265a I Alt. 3 StGB („Schwarzfahren“), NJW 2001, 932; Hohmann Olaf/Sander, Günther, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 3. Aufl., 2011, § 12 Rn. 22; Hoyer, Andreas, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V, 9. Aufl., 2019, § 265a Rn. 7 f., 21 f.; Ingelfinger, Ralph, Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 4. Juli 2001 – 5 St RR 169/01, StV (Strafverteidiger) 2002, 429 (430); Kindhäuser, Urs/Böse, Martin, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenswerte, 11. Aufl., 2021, § 33 Rn. 17; Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil 2, Band 2: Vermögensdelikte, 17. Aufl., 2015, Rn. 721 f.; Lorenz, Henning/Sebastian, Sascha, Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift) 2017, 352, 353 f.; Mitsch, Wolfgang, Erschleichen der Beförderungsleistung (§ 265a I Alt. 3 StGB), NZV (Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht) 2019, 70, 75 f.; Putzke, Christina/Putzke, Holm, Schwarzfahren als Beförderungsererschleichung – Zur methodengerechten Auslegung des § 265a StGB, JuS 2012, 500, 504; Ranft, Otfried, Strafrechtliche Probleme der Beförderungsererschleichung, JURA 1993, 84, 87 f.; Roggan, Fredrik, Bekennendes Schwarzfahren, JURA 2012, 299, 303; Schall, Hero, Der Schwarzfahrer auf dem Prüfstand des § 265a StGB, JR 1992, 1; Perron, Walter, in: Schönkel/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 265a Rn. 8, 11; Schramm, Edward, Strafrecht Besonderer Teil I, Eigentums- und Vermögensdelikte, 2017, § 8 Rn. 89; Saliger, Frank, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., 2021, § 265a Rn. 7, 17; Tiedemann, Klaus, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 9. Band, 1. Teilband, 2012, § 265a Rn. 34 ff., 47; Tiedemann, Klaus/Waßmer, Martin, Streifzug durch das Betrugsstrafrecht, JURA 2000, 533, 534 f.; Trenczek, Thomas, Subsidiarität des Jugendstrafrechts – Programm oder Leerformel, ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik) 1993, 184, 186; Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas/Schuh, Jan, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., 2020, Rn. 676.
¹⁰ OLG Köln NStZ-RR 2016, 92 (LS) = BeckRS 2015, 16686.

¹¹ BGHSt 53, 122, 125; OLG Düsseldorf NJW 2000, 2120.

¹² BGHSt 53, 122, 125.

¹³ BayObLG NJW 1969, 1042, 1043; vgl. auch KG NJW 2011, 2600: Ein in der Form eines auf der Kleidung angebrachten lediglich scheckkartengroßen Schildes, mit dem die fehlende Zahlungswilligkeit zum Ausdruck gebracht werde, reiche nicht aus; ferner OLG Köln NStZ-RR 2016, 92 = BeckRS 2015, 16686.

¹⁴ BGHSt 53, 122, 125 f.

¹⁵ BGHSt 53, 122, 126 f.; gegen diese Argumentation deutlich Gaede, Karsten, Der BGH bestätigt die Strafbarkeit der „einfachen Schwarzfahrt“ – Zu Unrecht und mit problematischen Weiterungen, HRRS 2009, 69, 71.

gung) ändere an diesem Ergebnis nichts.¹⁶ Nach § 265a dStGB mache sich – neben der Beförderungserschleichung – derjenige strafbar, der „[...] die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes [...] oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten“. Zwar erfordere die unberechtigte Inanspruchnahme der Leistung eines Automaten oder von Leistungen eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationssystems in der Regel gerade eine aktive Umgehung von Sicherungsmaßnahmen. Dies folge aber aus dem Umstand, dass diese Leistungen eben nur auf eine spezielle Anforderung seitens des Leistungsempfängers hin erbracht werden, während die bloße Nutzung eines Verkehrsmittels gerade keine aktive Umgehung von Kontrollmechanismen erfordere.

Schließlich spreche auch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift (= teleologische Auslegung) für dieses Ergebnis. Denn es soll das Vermögen der Verkehrsbetriebe umfassend auch dort geschützt werden, wo konkrete Täuschungshandlungen nicht feststellbar sind. Eben diesem Zweck solle die Norm des § 265a dStGB dienen. Gerade bei der Beförderungserschleichung im Personennahverkehr müsse berücksichtigt werden, dass eine umfassende Kontrolle meist gar nicht möglich sei. Eine Straffreiheit würde aber Personen geradezu dazu ermuntern, die Verkehrsmittel auf Kosten der Allgemeinheit zu benutzen. Dies hätte dann aber auch zur Folge, dass über die dadurch notwendigen Fahrpreiserhöhungen letztlich die Allgemeinheit den Schaden trage.¹⁷

Das BVerfG hat diese weite Auslegung gebilligt und entschieden, dass die von der Rechtsprechung vorgenommene weite Auslegung des Begriffs des Erschleichens nicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstoße.¹⁸

IV. Die gegen die Rechtsprechung vorgebrachten Argumente

Gegen die vorgetragene Argumentation werden von einem Großteil der Literatur erhebliche Bedenken geäußert. So spreche schon der Wortlaut des § 265a dStGB dagegen, die bloße Inanspruchnahme einer Beförderungsleistung, ohne das dafür vorgesehene Entgelt entrichten zu wollen, als strafbar anzusehen (= Wortlautauslegung). § 265a dStGB verlange nämlich ein „Erschleichen“ der Beförderungsleistung. Ein solches „Erschleichen“ weise aber gerade auf ein besonders „listiges“ Verhalten hin.¹⁹ Es erfordere daher eine aktive Umgehung von Kontrollmechanismen, Zugangssperren oder sonstigen Sicherheitsvorkehrungen. Das bloße Benutzen eines Verkehrsmittels reiche hierfür nicht aus. Hätte der Gesetzgeber bereits dieses bloße Benutzen als strafwürdig angesehen, hätte er statt des Begriffes des „Erschleichens“ schlicht den Begriff des „Benutzens“ oder „In Anspruch Nehmens“²⁰ als Tatbestandsmerkmal wählen können. Eben dies habe er aber nicht getan. Erforderlich sei daher, dass sich der Täter gerade durch ein täuschungsähnliches oder manipulatives Verhalten in den Genuss der jeweiligen Leistung bringe (Sich-Verstecken in der Toilette eines Zuges, Sprung über eine Schranke, Manipulation von Kontrolleinrichtungen, Sich-Verstecken hinter anderen Personen beim Betreten des Verkehrsmittels, Abstempeln eines bereits entwerteten Tickets, Weglocken oder Ablenken der Kontrollperson etc.). Hinzu komme, dass sich eine Person, die ein Verkehrsmittel benutzt, ohne zuvor den Fahrpreis entrichtet zu haben, äußerlich ebenso verhalte wie ein zahlender Fahrgast. Die bloße Benutzung eines Verkehrsmittels habe insofern keinen Erklärungswert.²¹

¹⁹ Duttge, Gunnar, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, § 265a Rn. 21.

²⁰ Ellbogen, Klaus, Strafbarkeit des einfachen „Schwarzfahrens“, JuS 2005, 20; Putzke, Christina/Putzke, Holm, Schwarzfahren als Beförderungserschleichung – Zur methodengerechten Auslegung des § 265a StGB, JuS 2012, 500, 501; Ranft, Otfried, Strafrechtliche Probleme der Beförderungserschleichung, JURA 1993, 84, 88.

²¹ Hefendehl, Roland, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2019, § 265a Rn. 164; ferner Alwart, Heiner, Anmerkung zum Urteil des HansOLG Hamburg v. 18.12.1990 – 2a Ss 119/90, NStZ 1991, 588, 589; Gaede, Karsten, Der BGH bestätigt die Strafbarkeit der „einfachen

¹⁶ BGHSt 53, 122, 127 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84.

¹⁷ Gössel, Karl-Heinz, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 1996, § 22 Rn. 69.

¹⁸ BVerfG NJW 1998, 1135, 1136.

Allein das Einsteigen in ein öffentliches Verkehrsmittel könne daher noch nicht den Anschein erzeugen, das Entgelt entrichtet zu haben.²²

Dem entspreche auch der Zweck des Gesetzes (= teleologische Auslegung), der zwar Strafbarkeitslücken schließen wolle, aber an ein „täuschungsähnliches“ Verhalten anknüpfe, was ein gewichtigeres Unrecht impliziere als eine lediglich vertragswidrige Nutzung einer Leistung, die im Strafgesetzbuch regelmäßig gerade nicht mit Strafe bedroht sei.²³

Auch systematisch könne die Auslegung der Rechtsprechung nicht überzeugen (= systematische Auslegung).²⁴ Denn in allen übrigen Varianten des § 265a dStGB würde das „Erschleichen“ erfordern, dass bestimmte Zugangsbarrieren überwunden werden. Die Argumentation des BGH, der Unterschied rechtfertige sich daraus, dass bei den übrigen Varianten die Leistungen nur auf spezielle Anforderung hin erbracht würde, könne nicht überzeugen. Da alle Tatvarianten ein „Erschleichen“ fordern, müsse dieses Merkmal auch einheitlich ausgelegt werden. Es sei methodisch nicht zulässig, dasselbe Tatbestandsmerkmal teleologisch für eine Tatvariante zu erweitern, nur weil bei dieser Tatvariante eine Kriminalisierung rechtspolitisch gewollt sei. Insoweit wirft *Heiner Alwart* dem BGH auch vor, es strapaziere die „Schmerzgrenze intellektueller Redlichkeit“, wenn er einerseits bewusste strafrechtliche Lücken des Vermögensschutzes contra legem schließen möchte, andererseits aber Forderungen nach Entkriminalisierung mit dem Hinweis eine Absage erteile, es sei „nicht Aufgabe der Rechtsprechung, dem Gesetzgeber vorbehaltene rechtspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen“.²⁵

Schwarzfahrt“ – Zu Unrecht und mit problematischen Weiterungen, HRRS 2009, 69, 70; *Hellmann, Uwe*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 265a Rn. 36; *Saliger, Frank*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., 2021, § 265a Rn. 6.

²² *Hellmann, Uwe*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 265a Rn. 16.

²³ *Duttge, Gunnar*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, § 265a Rn. 22.

²⁴ *Gaede, Karsten*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 265a Rn. 15; *Hefendehl, Roland*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2019, § 265a Rn. 172.

²⁵ *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016,

Auch die historische Auslegung ergäbe schließlich die Notwendigkeit einer engen Interpretation der Norm, denn es sollten durch die Schaffung des § 265a dStGB gerade täuschungsähnliche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden, nicht aber Verhaltensweisen, denen jede Täuschungsähnlichkeit fehle. Erforderlich sei insoweit eine „betrugsnahe“ Auslegung, da die Einführung des § 265a dStGB gerade darauf zurückzuführen sei, dass der Gesetzgeber Fälle erfassen wollte, die nur deswegen nicht der Betrugsstrafbarkeit unterfielen, weil es infolge Fehlens einer Kontrollperson an einer „Täuschung“ mangle. Auch habe der Gesetzgeber gerade in Kenntnis der geschilderten Problematik am Erfordernis des „Erschleichens“ in § 265a dStGB festgehalten, obwohl er ohne größere Schwierigkeiten auf ein bloßes „Benutzen“ des öffentlichen Verkehrsmittels hätte abstellen können.

Ferner sprächen auch Strafwürdigkeitserwägungen gegen eine Strafbarkeit des bloßen „Benutzens“ eines öffentlichen Verkehrsmittels, ohne das entsprechende Entgelt entrichten zu wollen. Denn der Betreiber des Verkehrsmittels verzichte – aus Gründen der Kostenersparnis – bewusst auf eine effektive Kontrolle und trage daher nicht unerheblich dazu bei, dass das entsprechende Verkehrsmittel seitens des Fahrgastes auch ohne Entrichtung des erforderlichen Entgelts benutzt werden könne. Zu beobachten sei nämlich, dass früher in jeder Straßenbahn neben dem Fahrer noch ein Fahrkartenverkäufer, teilweise auch noch ein Kontrolleur mitgefahren sei und die Verkehrsbetriebe heutzutage bewusst darauf verzichteten. Heute finde man die Busse, Straßenbahnen und Züge jedenfalls des Personennahverkehrs weitgehend leer vor (derzeit werden diese Verkehrsmittel zwar noch von einem Fahrer gesteuert, im Zuge des sich abzeichnenden „automatisierten Fahrens“ könnte aber auch dies bald Geschichte sein). U-Bahnen und S-Bahnen sowie selbst Züge des Fernverkehrs seien in Deutschland in der Regel frei zugänglich,²⁶ der Betreiber habe das früher vorhandene Personal weitgehend eingespart und kalkuliere daher einen gewissen Anteil an „Schwarzfahrern“ in seine Kostenberechnung mit

534, 539; dies wird von *Putzke, Christina/Putzke, Holm*, Schwarzfahren als Beförderungerschleichung – Zur methodengerechten Auslegung des § 265a StGB, JuS 2012, 500, 501 auch als „Rosinentechnik“ bezeichnet.

²⁶ *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016, 534.

ein. Vor der massenhaften Benutzung von Verkehrsmitteln ohne Entrichtung des Entgelts könnten sich die Verkehrsbetriebe aber schlicht dadurch schützen, dass sie wirksame Vorkehrungen trafen, die eine unbefugte Benutzung verhindern oder jedenfalls erschweren würden.²⁷ Würden diese Kontrollen umgangen, läge dann unproblematisch ein tatbestandsmäßiges Verhalten vor.

Eine Strafwürdigkeit des schlichten „Schwarzfahrens“ ergebe sich auch nicht daraus, dass der Betreiber des Verkehrsmittels seine Leistung im zuvor gewährten Vertrauen auf die Redlichkeit des Benutzers anbiete. Denn ein solches Vertrauen werde letztlich bei jedem Vertragsbruch missbraucht, ein bloß vertragswidriges Verhalten werde aber nur in den wenigsten Fällen als strafwürdig angesehen.²⁸ Zudem wird – wiederum von *Heiner Alwart* – darauf hingewiesen, es sei nicht einzusehen, dass zwar das „Schwarzfahren“ in einem öffentlichen Verkehrsmittel mit Kriminalstrafe bedroht werde, das „Schwarzparken“ hingegen (d.h. die Inanspruchnahme eines öffentlichen Parkplatzes, ohne das entsprechende Entgelt in Form der Bezahlung der Parkgebühr zu entrichten) als bloße Ordnungswidrigkeit eingestuft werde.²⁹

V. Bewertung und Ausblick

§ 265a dStGB schützt – ebenso wie § 263 dStGB – das Vermögen. Dieses Vermögen wird aber im deutschen Strafrecht nicht umfassend geschützt. Nicht jede Vertragsverletzung, die beim Vertragspartner zu einem Vermögensschaden führt, begründet strafrechtliches Unrecht. Mit gutem Grund hat der deutsche Gesetzgeber daher Vermögensschädigungen anderer Personen nur im

Hinblick auf bestimmte Angriffsrichtungen geschützt. Bei einer Täuschung kommt § 263 dStGB ins Spiel, wird eine Vermögensschädigung durch Gewaltanwendung oder Drohung erreicht, sind § 253 dStGB (Erpressung) oder § 255 dStGB (räuberische Erpressung) einschlägig. Blickt man auf die Entstehungsgeschichte der Norm des § 265a dStGB, so wird deutlich, dass hier zwar keine Täuschung, jedenfalls aber ein täuschungsähnliches Verhalten, welches zu einem Vermögensschaden führt, unter Strafe gestellt werden sollte – gerade weil unter dem Eindruck zunehmender „Automatisierung“ des gesellschaftlichen Lebens eine betrugsrelevante Täuschung oft nicht mehr festgestellt werden kann (wie oben bereits ausgeführt, kann weder ein „Automaten“ noch ein „Computer“ getäuscht werden). Ein solches täuschungsähnliches Verhalten liegt nun zwar dann vor, wenn eine („automatische“) Kontrolleinrichtung überlistet wird, sie kann aber nicht bereits darin gesehen werden, dass jemand – ohne eine Überwindung einer solchen Kontrolleinrichtung – eine Leistung lediglich in Anspruch nimmt, ohne das entsprechende Entgelt zu entrichten. Derjenige, der sich lediglich „dem äußeren Anschein nach“ ordnungsgemäß verhält (obwohl er sich, wie festgestellt, gerade dem äußeren Anschein nach in gleicher Weise verhält wie ein zahlender Fahrgast), täuscht aber niemanden und legt auch kein täuschungsähnliches Verhalten an den Tag. Würde man das bloße Betreten eines öffentlichen Verkehrsmittels als „Erschleichen“ ansehen (denn hinzukommen muss ja subjektiv immer noch die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten), dann müsste dies auch für den „normalen“ Fahrgast gelten (der sich nur deswegen nicht strafbar macht, weil er das Entgelt gerade entrichten will bzw. in der Regel bereits durch den Kauf einer Fahrkarte entrichtet hat). Soweit ersichtlich vertritt aber niemand die Ansicht, auch der zahlende Fahrgast würde den objektiven Tatbestand des § 265a dStGB erfüllen, es fehle ihm nur subjektiv an der entsprechenden Absicht. Dann aber muss das „Erschleichen“ als objektives Tatbestandsmerkmal des § 265a dStGB gerade mehr erfordern als das bloße Betreten eines öffentlichen Verkehrsmittels (und dieses „Mehr“ darf nicht in der subjektiven Komponente erblickt werden, das Entgelt nicht zu entrichten).

Auch ein Vergleich mit den anderen Tatvarianten des § 265a dStGB macht dies unmissverständlich deutlich. So wird bei diesen durchweg gerade ein „Erschlei-

²⁷ *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016, 534, 536.

²⁸ *Hefendehl, Roland*, in: Münchener Kommentar zum Strafrecht, 3. Aufl., 2019, § 265a Rn. 164.

²⁹ *Heiner Alwart*, Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265a StGB), JZ 1986, 563, 569; *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016, 534, 537; Auffallend ist, dass das georgische Ordnungswidrigkeitenrecht in Art. 130 einen entsprechenden Tatbestand „Fahren ohne Fahrkarte“ kennt, der in Absatz 2 das Schwarzfahren im Zug oder Schiff ausdrücklich mit einem Bußgeld belegt.

chen“ der Leistung in Form einer Umgehung von Kontrollen oder Schutzvorrichtungen gefordert. Wer durch den regulären Eingang ein Theater betritt, nicht kontrolliert wird und dann die Theateraufführung besucht, ohne das Eintrittsgeld entrichtet zu haben, macht sich nicht strafbar. Nur wenn er eine ihn kontrollierende Person täuscht (dann § 263 dStGB) oder sich durch einen Hintereingang den Zutritt ermöglicht (dann § 265a dStGB), „erschleicht“ die Leistung (den Genuss der Theateraufführung) und kann deswegen bestraft werden. Gleiches gilt – im Hinblick auf § 265a dStGB – für denjenigen, der eine öffentliche Toilette umsonst benutzt, weil zufällig die Türe offensteht, die sich sonst nur bei Einwurf einer entsprechenden Geldmünze öffnen lässt, oder für denjenigen, der aus einer öffentlichen Telefonzelle „umsonst“ telefoniert, weil er entdeckt hat, dass die Telefoneinrichtung infolge eines technischen Defektes ohne Einwurf der sonst erforderlichen Münzen ein Gespräch ermöglicht. Warum dies gerade bei der Erschleichung der Beförderungsleistung anders sein soll, entbehrt jeder Begründung.

Auch kann hier der bereits genannte Vergleich mit dem „Schwarzparken“ für die Begründung einer Strafflosigkeit herangezogen werden. Wer mit der S-Bahn in die Innenstadt und zurückfährt, ohne das dafür geforderte Ticket in Höhe von 5 EUR zu lösen, darf nicht anders behandelt werden als derjenige, der mit dem Auto in die Stadt fährt und ohne Entrichtung der Parkgebühr von 5 EUR seinen Wagen auf einem öffentlichen Parkplatz abstellt. Hier aber ist man sich einig, dass derjenige, der einen öffentlichen Parkplatz (als öffentliche Einrichtung im Sinne des § 265a dStGB!) benutzt, ohne das dafür erforderliche Entgelt zu entrichten, nur dann eine Straftat begeht, wenn der Parkplatz mit einer Sperre versehen ist, die auf unlautere Weise überwunden wird. Nur dann „erschleicht“ er sich nämlich den Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung. Dadurch, dass er sich beim bloßen Abstellen des Wagens auf einem „ungesicherten“ öffentlichen Parkplatz so verhält wie ein zahlender Parkender auch, erfüllt er den Tatbestand des § 265a dStGB gerade nicht, auch wenn er sich durch dieses Verhalten mit dem Anschein der Ordnungsgemäßheit umgibt.

Schließlich ist nochmals daran zu erinnern, dass der Verzicht auf Kontrolleinrichtungen seitens der Verkehrsbetriebe allein finanzielle Hintergründe hat und man dadurch eine (mögliche) Sicherung bewusst aus

der Hand gibt. Dass dies auch anders geht, zeigt ein Blick auf die Praxis in anderen Ländern.³⁰ Hier werden oft jedenfalls die Zugänge zu den Stationen von U- und S-Bahnen sowie den Zügen des Nah- und Fernverkehrs regelmäßig (meist durch Schranken) gesichert, die sich nur öffnen lassen, wenn man ein entsprechendes Ticket einschiebt. Wer einen Bus besteigt, muss „vorne einsteigen“ und dem Fahrer sein Ticket vorzeigen. Sicherlich wäre es auch in Deutschland möglich, auf ähnliche Weise zu kontrollieren und die Bahnhöfe mit Zugangskontrollen zu versehen.³¹ Dies hätte insbesondere unter Sicherheitsaspekten auch den Vorteil, dass der immer wieder fehlenden Sicherheit in deutschen Bahnstationen gerade dadurch entgegengewirkt werden könnte.

Auf eine Sanktion muss dennoch nicht ganz verzichtet werden. Neben zivilrechtlichen Konsequenzen (erhöhtes Beförderungsentgelt) wäre rechtspolitisch auch eine Ahndung des schlichten Schwarzfahrens als Ordnungswidrigkeit zu erwägen³² und § 265a dStGB den tatsächlichen Fällen einer täuschungsähnlichen Erschleichung vorzubehalten. Auch könnte daran gedacht werden, nur das wiederholte bzw. „beharrliche“

³⁰ So auch in Georgien. So muss man in der Metro in Tbilisi, um auf den Bahnsteig zu kommen, einen Plastikkarte auf einen Kartenleser legen, um danach, bei ausreichendem Guthaben, ein Drehkreuz passieren zu können, bevor man in die Bahn einsteigt. In den Minibussen bezahlt man beim Fahrer. Bei Fernzügen wird auf dem Bahnsteig kontrolliert, bevor man in den Zug einsteigen kann, lediglich in den Linienbussen ist die Situation vergleichbar mit derjenigen in Deutschland: Man löst das Ticket hier aus einem Automaten, der sich im Bus befindet und es finden nur sporadische Kontrollen statt.

³¹ So auch *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016, 534, 539.

³² So ein Gesetzesentwurf des Bundesrats von 1995 (Bundestagsdrucksache 12/6484 und 13/374; vgl. auch Bundestagsdrucksache 13/2005); ferner *Putzke, Christina/Putzke, Holm*, Schwarzfahren als Beförderungsererschleichung – Zur methodengerechten Auslegung des § 265a StGB, JuS 2012, 500, 506; vgl. aber auch *Alwart, Heiner*, Perpetuiertes Unrecht. Zur Kritik an der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrten, ZIS 2016, 534, 538 f., der die Einstufung als Ordnungswidrigkeit ablehnt, da es ausreiche, wenn der „Schwarzfahrer“ ein erhöhtes Beförderungsentgelt entrichten müsse.

Schwarzfahren³³ zu kriminalisieren.³⁴ Dies soll an dieser Stelle aber nicht vertieft werden.

³³ So schlagen *Lorenz, Henning/Sebastian, Sascha*, Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, *KriPoZ* 2017, 352, 356, in Anlehnung an die Vorschläge in der Bundestagsdrucksache 12/6484 vor, die Beförderungsererschleichung in § 265 Abs. 1 dStGB zu streichen und folgenden Abs. 2 in § 265a dStGB aufzunehmen: „Ebenso wird bestraft, wer beharrlich unberechtigt Beförderungsleistungen in der Absicht in Anspruch nimmt, das Entgelt nicht zu entrichten“.

³⁴ Zu weiteren Reformüberlegungen *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 2015, § 21 Rn. 20; *Mitsch, Wolfgang*, Erschleichen der Beförderungsleistung (§ 265a I Alt. 3 StGB), *NZV* 2019, 70, 76; *Perron, Walter*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 265a Rn. 1 und ausführlich *Lorenz, Henning/Sebastian, Sascha*, Drei Überlegungen zur Entkriminalisierung des Schwarzfahrens, *KriPoZ* 2017, 352.