

## Reform des § 265a StGB – Eine Bewertung der Änderungsmöglichkeiten

Long Bui, M. Jur., Münster, Stud. iur. Aron Rössig, Hannover\*

„Schwarzfahren“<sup>1</sup>, also ohne gültigen Fahrschein in öffentlichen Verkehrsmitteln zu fahren, gilt bisher als Straftat. So wird das sog. „Erschleichen von Leistungen“ gem. § 265a Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Laut der „Polizeilichen Kriminalstatistik 2022“<sup>2</sup> wurden im vergangenen Jahr über 133.000 Straftaten nach § 265a StGB begangen, wovon der Großteil wohl das „Schwarzfahren“ betrifft. Die Dunkelziffer wird sogar vermutlich deutlich höher sein. Doch einer Umfrage zufolge sind 69 % der Befragten offen dafür, das „Schwarzfahren“ künftig nicht mehr als Straftat, sondern „nur“ als Ordnungswidrigkeit einzustufen.<sup>3</sup> Bisher war § 265a StGB bereits Gegenstand zahlreicher – auch einprägsamer – Entscheidungen. So schließe beispielsweise ein auf der Kleidung angebrachtes Schild mit der Aufschrift „Für freie Fahrt in Bus und Bahn“ und „Ich zahle nicht“ eine Strafbarkeit gem. § 265a StGB nicht aus.<sup>4</sup> Auch das „Schwarzfahren“ trotz Tragens einer Mütze bzw. eines T-Shirts mit der Aufschrift „Ich fahre Schwarz“ wurde bereits als tatbestandsmäßig erachtet.<sup>5</sup> Neben diesen teils skurrilen – und für viele unverständlichen – Fällen scheint mit Blick auf das geringe Unrecht der Tat, die überlastete Justiz und die Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 43 StGB, die zur Anwendung kommt, wenn ein Täter die Geldstrafe nicht zahlen kann, eine Reform des § 265a StGB längst überfällig zu sein. So wurde eine Entkriminalisierung schon mehrmals in den letzten Jahrzehnten gefordert.<sup>6</sup> Diese Bestrebungen haben in den vergangenen Jahren nochmal an Dynamik gewonnen und zum wiederholten Male auch das politische Geschehen erreicht. So hat sich der Bundestag zuletzt im Frühjahr 2023 mit Gesetzesentwürfen zum § 265a StGB beschäftigt,<sup>7</sup> in denen auch die Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“ gefordert wurde. Auch Bundesjustizminister Marco Buschmann will das Strafrecht in den Fokus seiner Arbeit rücken und es „ausmisten“.<sup>8</sup> Doch wie sehen diese Reformvorschläge aus und wie sind sie zu bewerten?

I. Historischer Hintergrund .....	436
II. Das „Schwarzfahren“ de lege lata .....	436

\* Long Bui ist Doktorand an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Wiss. Mitarbeiter sowie Dozent in einem kommerziellen Repetitorium. Aron Rössig ist Student an der Leibniz Universität Hannover und Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz Universität Hannover.

<sup>1</sup> Eingehend zu dieser Terminologie Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 9 ff.; Oğlakcioğlu, JA 2011, 588 f.

<sup>2</sup> Bundesministerium des Innern und für Heimat, Polizeiliche Kriminalstatistik 2022 – Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 10.

<sup>3</sup> Infratest Dimap, abrufbar unter <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/fahren-ohne-fahrschein/> (7.5.2023).

<sup>4</sup> KG NJW 2011, 2600; vgl. auch Jahn, JuS 2011, 1042.

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschl. v. 28.9.2015 – III-1 RVs 118/15; LG Hannover, Urt. v. 24.2.2019 – 223 Cs 549/09.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11585; BT-Drs. 18/7374, BT-Drs. 13/2005; BT-Drs. 13/374; BT-Drs. 12/6484; Hauf, DRiZ 1995, 15; Mahn, Paradigmenwechsel im Recht der Beförderungerschleichung § 265a Abs. 1, 3. Alt. StGB, S. 125 ff., 251 ff., 278 ff.; gegen eine Entkriminalisierung BT-Drs. 13/4064.

<sup>7</sup> BT-Drs. 20/2081; BT-Drs. 20/4420.

<sup>8</sup> Reisch, LTO v. 20.4.2023, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/51591/](https://www.lto.de/persistent/a_id/51591/) (7.5.2023).

1. Grundlagen .....	436
2. Tatbestandsmerkmal „Beförderungserschleichung“ (Var. 3) .....	437
<b>III. Reformvorschläge zum § 265a StGB .....</b>	<b>439</b>
1. Ersatzlose Streichung des § 265a StGB.....	439
2. Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit .....	439
3. Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB .....	440
4. Ablehnung von Reformen.....	440
<b>IV. Bewertung und Ausblick .....</b>	<b>441</b>

## I. Historischer Hintergrund

Der Straftatbestand des § 265a StGB trat durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935 in Kraft.<sup>9</sup> Die Vorschrift sollte Strafbarkeitslücken schließen, die dadurch entstanden sind, dass beim Missbrauch automatischer Münzfernsprecher kein Betrug gem. § 263 StGB vorlag, weil es an einem Täuschungsadressaten fehlte.<sup>10</sup> So hatte auch das Reichsgericht in einem solchen Fall den § 263 StGB verneint.<sup>11</sup> Mit Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Täuschung und des Irrtums kam es generell bei der Erschleichung von Massenleistungen vermehrt zu Strafbarkeitslücken,<sup>12</sup> denn § 263 StGB spielte insofern nur eine Rolle, sobald Kontrollpersonen vorhanden waren und diese auch getäuscht werden konnten.<sup>13</sup> Zuletzt wurde § 265a StGB im Jahr 1997 geändert,<sup>14</sup> sodass die Vorschrift nun schon ein Vierteljahrhundert unberührt geblieben ist.

## II. Das „Schwarzfahren“ de lege lata

Zunächst wird der Straftatbestand des § 265a StGB in groben Zügen skizziert, um darauf aufbauend verschiedene Änderungsmöglichkeiten *de lege ferenda* zu bewerten.

### 1. Grundlagen

Bei § 265a StGB handelt es sich um ein Erfolgsdelikt,<sup>15</sup> das genauso wie § 263 StGB das Vermögen schützt und mit Beginn der Leistungserbringung vollendet ist.<sup>16</sup> Auch der Versuch ist gem. § 265a Abs. 2 StGB strafbewehrt, wodurch bereits mit dem bloßen Einstieg die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten sein kann.<sup>17</sup> Wegen der bereits ausgeführten Strafbarkeitslücken dient § 265a StGB als

<sup>9</sup> RGBl. I 1935 Nr. 70, S. 839 (842).

<sup>10</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 5; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

<sup>11</sup> RGSt 68, 65 (66).

<sup>12</sup> Vgl. RGSt 42, 40 (42); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1.

<sup>14</sup> BGBl. I 1997 Nr. 86, S. 3108 (3114).

<sup>15</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108); OLG Koblenz NSTz-RR 2011, 246; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 3.

<sup>16</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 1, 210; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1, 13.

<sup>17</sup> Vgl. Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 204; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a

Auffangtatbestand zu § 263 StGB.<sup>18</sup> Die Eigenschaft eines Selbstschädigungsdelikts zeigt sich auch daran, dass betrugsnahe Auslegung geboten ist.<sup>19</sup> Im subjektiven Tatbestand ist neben dem Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands auch die Absicht (*dolus directus 1. Grades*) erforderlich, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten.<sup>20</sup> Ob der Täter weitere Ziele verfolgt, ist genauso wie ein sicheres Wissen um die Entgeltlichkeit der Leistung unerheblich.<sup>21</sup>

Schließlich ist § 265a Abs. 1 StGB subsidiär, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist. Hier stellt sich parallel zu § 246 StGB die Frage,<sup>22</sup> ob sich die Subsidiaritätsklausel nur gegenüber einem auch bloß versuchten Betrug und anderen Delikten mit gleicher oder ähnlicher Schutzrichtung wie §§ 242, 246 StGB entfaltet. Überwiegend wird die Wirkung gegenüber anderen Delikten wie §§ 267, 303 StGB abgelehnt.<sup>23</sup> In strafprozessualer Hinsicht erfordert § 265a Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB einen Strafantrag.

## 2. Tatbestandsmerkmal „Beförderungerschleichung“ (Var. 3)

Für das „Schwarzfahren“ ist die Tathandlung i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB entscheidend („Wer [...] die Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] erschleicht“). Unter Beförderung durch ein Verkehrsmittel ist jede Transportleistung zu verstehen, wobei unerheblich ist, wie viele Personen befördert werden, ob Personen oder Sachen befördert werden sowie, ob das Verkehrsmittel öffentlich oder privat ist.<sup>24</sup> Dabei muss der Transport – als ungeschriebene Voraussetzung – entgeltlicher Natur sein.<sup>25</sup> Dies folgt schon daraus, dass die tatbestandlich geforderte Absicht des Täters, das Entgelt (siehe Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB) nicht zu entrichten, nur dann Sinn ergibt, wenn es sich um ein rechtlich geschuldetes Entgelt handelt,<sup>26</sup> sodass sich ein kriminelles Unrecht daraus ergibt, die

Rn. 36; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 13.

<sup>18</sup> Vgl. BGHSt 53, 122 (125); OLG Düsseldorf NJW 1983, 241; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 1; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 2; für eine Auffangfunktion ausschließlich zugunsten des Betrugs BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269.

<sup>19</sup> OLG Karlsruhe NStZ 2004, 333; Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 265a Rn. 2; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 816.

<sup>20</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 26; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 196 ff.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 7; als „betrugsähnliche Bereicherungsabsicht“ bezeichnend Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4.

<sup>21</sup> Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 21; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 198 f.

<sup>22</sup> Siehe dazu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 66 f.

<sup>23</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 38; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 14 m.w.N.; a.A. Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 23; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8.

<sup>24</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 4. Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 265a Rn. 7.

<sup>25</sup> OLG Hamburg NJW 1981, 1281 (1282); LG Wuppertal ZUM 2011, 190 (192); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 27 ff.; Preuß, ZJS 2013, 257 (266), Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

<sup>26</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 27; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

Entgeltspflicht nicht zu erfüllen.<sup>27</sup> Das wird auch damit begründet,<sup>28</sup> dass § 265a StGB dem Vermögensschutz des Leistungserbringers dient<sup>29</sup> und das Äquivalent zum Vermögensschaden für den Verkehrsbetrieb in der Leistungserbringung liegt, obwohl der „Schwarzfahrer“ zu einer „Geigenleistung verpflichtet, aber nicht dazu bereit oder nicht einmal imstande ist“. <sup>30</sup> Ein Erschleichen als „Schwarzfahren“ gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB entspricht somit einem (echten oder unechten) Erfüllungsbetrug gem. § 263 StGB.<sup>31</sup>

Umstritten ist jedoch die Auslegung der Tathandlung des „Erschleichens“. Der Begriff wird in der Literatur überwiegend eng ausgelegt, sodass Kontrollmaßnahmen umgangen oder ausgeschaltet werden müssen.<sup>32</sup> Die bloße Inanspruchnahme einer Beförderungsleistung könne kein „Erschleichen“ der Beförderung durch ein Verkehrsmittel sein, weil für diese Variante nichts anderes gelten könne als für die anderen Varianten der „bloß“ unberechtigten Inanspruchnahme von Leistungen (z.B. die unberechtigte Inanspruchnahme eines Telekommunikationsnetzes gem. § 265 Abs. 1 Var. 2 StGB), die nicht vom Anwendungsbereich des § 265a StGB umfasst sind.<sup>33</sup> Eine betrugsnahe Auslegung setzt voraus, dass der Leistungserbringer präventive Zugangsbeschränkungen nutzt, durch die die Bereitschaft oder Fähigkeit eines Fahrgasts überprüft wird und erst bei positivem Prüfungsergebnis die Leistung erbringt.<sup>34</sup> Erst durch die zusätzliche Anforderung wird § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB seinem Auffangcharakter gerecht und weist durch die Überwindung einer Zugangsbeschränkung eine Täuschungs- sowie Irrtumsähnlichkeit auf,<sup>35</sup> die hierfür nötig ist.

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur legen das Tatbestandsmerkmal deutlich weiter aus und setzen weder das Umgehen noch das Ausschalten vorhandener Sicherheitsvorkehrungen oder Kontrollen voraus.<sup>36</sup> Nach der vom BVerfG nicht beanstandeten Auslegung des BGH reicht es insoweit aus,<sup>37</sup> dass sich der Täter während der Benutzung eines Verkehrsmittels mit dem Anschein umgibt, die nach den Geschäftsbedingungen des Verkehrsbetriebs erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen, ohne dass es der Überlistung einer Kontrollmöglichkeit oder der täuschungsähnlichen Manipulation bedarf.<sup>38</sup> Hiernach genügt es also, dass jemand in ein Beförderungsmittel einsteigt und mitfährt, ohne sich um ein Ticket zu kümmern, dieses vorzuzeigen oder zu entwerten, solange dieses Verhalten nicht den Schluss oder Zweifel zulässt, dass derjenige nicht ordnungsgemäß mitfährt.<sup>39</sup>

<sup>27</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4; Mitsch, JuS 1998, 307 (313).

<sup>28</sup> Preuß, ZJS 2013, 257 (266).

<sup>29</sup> Für den ausschließlichen Vermögensschutz des Leistungserbringers BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); BayObLG NJW 1986, 1504; OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87); Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1, offen für weitreichenderen Schutz OLG Hamburg NStZ 1991, 587 (588); OLG Stuttgart NJW 1990, 924 (925).

<sup>30</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4.

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> Ellbogen, JuS 2005, 20 ff., Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 5e; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 6 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 8, 11; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500 (504); Ranft, Jura 1993, 87; Roggan, Jura 2012, 299 (303); Schall, JR 1992, 7, Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 265a Rn. 21.

<sup>33</sup> Ellbogen, JuS 2005, 20 (21); Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 21.

<sup>34</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4 m.w.N.

<sup>35</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 5e; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 12; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 8.

<sup>36</sup> BGHSt 53, 122 (124); BayObLG StV 2002, 428; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 6; Zschiechack/Rau, JR 2009, 244; Martin, JuS 2001, 364 (366).

<sup>37</sup> BVerfG NJW 1998, 1135.

<sup>38</sup> BGHSt 53, 122 (124 ff.).

<sup>39</sup> OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 246 (247).

Ein objektiver Beobachter könne nämlich – mangels Entgegenreten des „Schwarzfahrers“ – davon ausgehen, dass dieser entweder in Besitz eines Dauerfahrerscheins ist oder vor Fahrtbeginn die entsprechende Berechtigung erworben hat. Trotz der weiten Auslegung dürfe jedoch der Begriff des Erschleichens seine einschränkende Wirkung nicht verlieren.<sup>40</sup> Doch schon wegen des Wortlautes kann bezweifelt werden, dass der Anwendungsbereich sich auch auf das „Schwarzfahren“ erstreckt, wenn keine Zugangsbeschränkungen überwunden werden mussten.<sup>41</sup>

### III. Reformvorschläge zum § 265a StGB

Auch wenn die Auslegung der Rechtsprechung in der Literatur zumeist stark kritisiert wird, ist nicht damit zu rechnen, dass sich insbesondere der BGH in naher Zukunft der engen Auslegung anschließen wird.<sup>42</sup> Auch deshalb wird erwogen, eine mögliche Reform nicht von einer Rechtsprechungsänderung abhängig zu machen, sondern durch den Gesetzgeber zu erreichen. Während die Reformen von einer ersatzlosen Streichung der Vorschrift über die Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit bis zu einer Ergänzung/Überarbeitung der Vorschrift reichen, gibt es auch Stimmen, die jegliche Reformvorschläge gänzlich ablehnen.

#### 1. Ersatzlose Streichung des § 265a StGB

Ein Entwurf der Bundestagsfraktion der LINKEN sieht die Straffreiheit für das Fahren ohne Fahrerschein vor,<sup>43</sup> was mit der unverhältnismäßigen Strafandrohung für das „Schwarzfahren“ und dem Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als letztes Mittel (*ultima ratio*) begründet wird. Auch, weil beim Einstieg in Bus und Bahn keine Schutzvorrichtungen überwunden werden müssen, sei keine kriminelle Energie notwendig, die beispielsweise mit einer Tathandlung gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB vergleichbar sei. Daher seien Geldstrafen und – im Falle der Zahlungsunfähigkeit – Ersatzfreiheitsstrafen nicht mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Auch die Niedersächsische Kommission zur Reform des Strafrechts hat sich schon vor über 20 Jahren für eine ersatzlose Streichung des § 265a StGB ausgesprochen.<sup>44</sup> In Anbetracht einer fünfstelligen Zahl an Verurteilungen wegen „Schwarzfahrens“ stellt die Strafbarkeit eine enorme Belastung für die Justiz dar und kostet auch den Steuerzahler pro Jahr ca. 15 Millionen Euro.<sup>45</sup>

#### 2. Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit

Vereinzelt wird gefordert, dass § 265a StGB zu einer Ordnungswidrigkeit herabgestuft werden soll.<sup>46</sup> Beispielsweise sah der im Jahr 2018 eingebrachte Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen vor, dass ein §118a OWiG mit folgendem Inhalt in Kraft treten soll:<sup>47</sup>

---

<sup>40</sup> OLG Stuttgart NJW 1990, 924.

<sup>41</sup> Unerheblichkeit des Zeitpunkts der Kontrolle vgl. Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 22.

<sup>42</sup> So auch Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 21 m.w.N.

<sup>43</sup> BT-Drs. 20/2081.

<sup>44</sup> Vgl. Albrecht u.a., in: Strafrecht – ultima ratio: Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, 1992, S. 33 f.

<sup>45</sup> Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/26911/](https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/) (7.5.2023).

<sup>46</sup> Mosbacher, NJW 2018, 1069.

<sup>47</sup> BT-Drs. 19/1960, S. 2 f.

„Ordnungswidrig handelt, wer, ohne ein erforderliches Entgelt entrichtet zu haben, ein Verkehrsmittel zur Beförderung nutzt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.“

In die gleiche Kerbe schlug der Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK).<sup>48</sup> Dadurch würde das „Schwarzfahren“ mit dem „Falschparken“ (Parken ohne Parkschein) gleichgesetzt werden, das ebenso „nur“ mit einer Geldbuße geahndet wird.

### 3. Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB

Ein weiterer Vorschlag zielt darauf ab, den Tatbestand des § 265a StGB zu überarbeiten, aber die Strafbarkeit grundsätzlich bestehen zu lassen. So wurde bereits im Jahr 1992 vorgeschlagen, § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB um das Merkmal der „Täuschung einer Kontrollperson“ zu erweitern,<sup>49</sup> was jedoch mit Blick auf den Zweck der Norm und einer Überschneidung zur Betrugsstrafbarkeit überflüssig wäre. Der Deutsche Richterbund (DRB) hat stattdessen gefordert, dass eine Umgehung oder Überwindung von Zugangsbarrieren- oder -kontrollen zu einer ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung werden müsse.<sup>50</sup> Dies lässt sich schon eher nachvollziehen, da bisher für das Erschleichen „das Sich-Umgeben mit dem Anschein einer Rechtmäßigkeit“ genügte, dies bei einer Beförderungsleistung aber nicht konkret genug sei. Schließlich verhalte sich ein „Schwarzfahrer“ im Beförderungsmittel nicht anders als alle anderen Fahrgäste und habe daher gar nicht erst eine Möglichkeit, sich mit diesem Anschein zu umgeben, wenn das Verhalten von Beginn an dem Verhalten anderer gleicht. Der Anschein der Rechtmäßigkeit würde dann nur der unbefugten Inanspruchnahme einer Leistung entsprechen, aber darüber hinaus keinen Unterschied aufweisen. Ein derartiges Unterlassen der Entgeltzahlung lässt sich jedoch nicht mit dem Begriff des Erschleichens in Einklang bringen und würde den Wortlaut der Vorschrift überdehnen.<sup>51</sup> Auch von dem Sinn und Zweck des § 265a Abs. 1 StGB, lediglich als Auffangtatbestand (!) für § 263 StGB zu dienen, weicht die weite Auslegung der Rechtsprechung deutlich ab.<sup>52</sup> Außerdem wäre die Bestrafung einer bloßen Vertragswidrigkeit nicht verhältnismäßig.<sup>53</sup> Aus diesen Gründen bedarf es mindestens zur Klarstellung der engen Auslegung eine Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB, sodass es für die Tatbestandsmäßigkeit notwendig sein muss, eine Zugangsbeschränkung zu überwinden. Eine Klarstellung zugunsten einer aktiven Handlung würde das bisherige (verfehlte) Verständnis der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur korrigieren können.

### 4. Ablehnung von Reformen

Einige lehnen sämtliche Reformen beim „Schwarzfahren“ ab, da rechtsfreie Räume zu befürchten seien und dies einer Kapitulation vor der Kriminalität gleichkomme.<sup>54</sup> Auch, weil das Erschleichen

---

<sup>48</sup> Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 57, 2021, Weniger ist mehr – den Rechtsstaat stärken durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer für die 20. Legislaturperiode, S. 5.

<sup>49</sup> Albrecht u.a., in: Albrecht/Voß/Hassemer, Vorschläge der Hessischen Kommission „Kriminalpolitik“ zur Reform des Strafrechts, 1992, S. 59 f.

<sup>50</sup> DRB, Stellungnahme 9/18, S. 5.

<sup>51</sup> Vgl. Alwart, JZ 1986, 568; Fischer, NStZ 1991, 41; Hinrichs, NJW 2001, 933; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500; a.A. BGHSt 53, 122 (125); OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 246 (247); Stiebig, Jura 2003, 700.

<sup>52</sup> Ellbogen, JuS 2005, 21.

<sup>53</sup> So auch Albrecht, NStZ 1988, 222.

<sup>54</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 20 m.w.N.



geringwertiger Leistungen entweder nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichen Interesse verfolgt wird, muss theoretisch nicht jeder „Schwarzfahrer“ eine Strafverfolgung befürchten, sondern diese kann sich vor allem auf die beschränken, die wiederholt durch „Schwarzfahren“ in Erscheinung treten. Eine Entkriminalisierung oder Verengung des Tatbestandes würde – mangels Abschreckungswirkung durch das Strafrecht – nicht nur zu einem mutmaßlich höheren Schaden für die Verkehrsbetriebe führen, sondern diese auch faktisch zu Aufwendungen verpflichten, um Zugangsbeschränkungen zu errichten, die in Großstädten wie London oder Paris üblich sind. Bei ca. 135.000 Haltestellen in der Bundesrepublik Deutschland scheint das aber eine finanziell unmögliche Aufgabe zu sein.<sup>55</sup> Weil die, die eine Beförderungsleistung erschleichen, häufig nahezu mittellos sind, und deshalb auch kein „erhöhtes Beförderungsentgelt“ zahlen können,<sup>56</sup> bleibt nur noch das Strafrecht und konkret die Ersatzfreiheitsstrafe als letztes Mittel übrig, um mögliche Täter vom „Schwarzfahren“ abzubringen. Hier ist aber nicht nur zweifelhaft, ob die Ersatzfreiheitsstrafe für ein solches Bagatelldelikt<sup>57</sup> verhältnismäßig, sondern auch (und vor allem) zielführend ist. Schließlich ist damit den Verkehrsbetrieben nicht geholfen, da die betroffenen Menschen häufig weder die Geldstrafe noch das „erhöhte Beförderungsentgelt“ zahlen können. Ferner werden durch derartige Strafen der Allgemeinheit weitere Kosten aufgebürdet,<sup>58</sup> die für ein – wenn überhaupt existierendes – kriminelles Unrecht nicht angemessen sind, und den Strafverfolgungsbehörden Aufgaben aufgezwungen, die eigentlich vermeidbar wären. Zwar werden für „Schwarzfahrer“ meistens Strafbefehle beantragt, wodurch sich der Aufwand für die Bearbeitung einer einzelnen „Schwarzfahrt“ in Grenzen halte, jedoch ergebe sich der enorme Aufwand aus der „Masse der Fälle“.<sup>59</sup> Ohne irgendeine Reform lassen sich die angeführten Missstände aber nicht beheben.

#### IV. Bewertung und Ausblick

Die *ratio legis* von § 265a Abs. 1 StGB war das Schließen von Strafbarkeitslücken, die im Zuge zunehmender Massenleistungen entstanden sind. Diesen Zweck erfüllt die Vorschrift auch heutzutage noch, wenn beispielsweise ein Täter einen Zaun überwindet und so zu einem Fußballspiel ins Stadion gelangt oder durch ein Klofenster eindringt und so ins Kino kommt, ohne ein Ticket gekauft zu haben und zur Leistung berechtigt zu sein. Weil sowohl Stadien als auch Kinos mittlerweile häufig auf automatisierte Ticketkontrollen ohne menschliche Kontrolle setzen, käme es in solchen Szenarien zu Strafbarkeitslücken, wenn es § 265a Abs. 1 StGB nicht geben würde.

Nun mag auch bei Beförderungsmitteln das unberechtigte Einsteigen und Mitfahren zunächst vergleichbar erscheinen, jedoch gibt es einen entscheidenden Unterschied: Verkehrsbetriebe haben in den vergangenen Jahrzehnten fast alle Zugangsbeschränkungen zu Bussen und Bahnen abgeschafft. Stattdessen schließen die, die in das Beförderungsmittel einsteigen, einen konkludenten<sup>60</sup> Beförderungsvertrag, der die Vertragsstrafe enthält, ein „erhöhtes Beförderungsentgelt“ entrichten

---

<sup>55</sup> Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/26911/](https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/) (7.5.2023).

<sup>56</sup> Nach Angaben des Verbandes der Verkehrsbetriebe (VDV) liegt der Anteil zahlungsunfähiger „Schwarzfahrer“ bei bis zu 45 %, vgl. Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/26911/](https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/) (7.5.2023).

<sup>57</sup> Auch als „Bagatelldelikt“ bezeichnend Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 2.

<sup>58</sup> Nach Recherchen von FragDenStaat kostet die Ersatzfreiheitsstrafe dem Steuerzahler zwischen 98 und 188 Euro pro Hafttag vgl. Deleja-Hotko, FragDenStaat v. 3.12.2021, abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/blog/2021/12/03/fahren-ohne-fahrschein/> (7.5.2023).

<sup>59</sup> LTO-Redaktion, LTO v. 12.4.2023, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/51525/](https://www.lto.de/persistent/a_id/51525/) (7.5.2023).

<sup>60</sup> Vgl. Fielenbach, NZV 2000, 358 (359).

zu müssen, wenn nicht schon vor dem Einstieg für die Leistung bezahlt wurde. Im Gegensatz zu Kinos und Stadien ist also vor dem Betreten in einen Bus oder Zug keine Kontrolle vorgelagert. Während bei einem Kino oder Stadion zwischen denjenigen mit einem gültigen Ticket und denjenigen unterschieden werden kann, die sich anderweitig (unberechtigt) einen Zugang verschafft haben, ist dies beim Einstieg in ein Beförderungsmittel nicht möglich. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB bestraft daher *de lege lata* eine zu anderen gleichartige Handlung oder besser gesagt: eine „Nicht-handlung“. Ein Nichtstun kann aber kein „Erschleichen“ sein und als Auslegung des Tatbestandsmerkmals auch nicht dem Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen, denn worin läge dann der Unterschied zwischen einer strafbaren Handlung und einer straflosen Handlung? *De lege lata* wird durch § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB beim „Schwarzfahren“ ein reiner Vertragsbruch kriminalisiert, sofern der weiten Auslegung von Rechtsprechung und einem Teil der Literatur gefolgt wird. Dies ist aber mangels Vergleichbarkeit zu anderen Varianten des Tatbestands, einer Unverhältnismäßigkeit und aufgrund einer Überschreitung des Gesetzlichkeitsgebots nicht haltbar. Weil Art. 103 Abs. 2 GG auch für Ordnungswidrigkeiten gilt,<sup>61</sup> sollten sich Gesetzgeber unbedingt davor hüten, das „Schwarzfahren“ pauschal von einer Straftat zu einer Ordnungswidrigkeit herunterzustufen. Zudem darf nicht vergessen werden, dass auch der, der ein Bußgeld wegen einer Ordnungswidrigkeit nicht zahlen kann, in Haft kommt, wodurch bei einer Ordnungswidrigkeit die Verhältnismäßigkeit ebenso bezweifelt werden kann.

Sinnvoller ist es, es bei der Strafbarkeit des „Schwarzfahrens“ zu belassen, dies aber auf die Fälle zu begrenzen, in denen Verkehrsbetriebe noch (automatisierte) Zugangsbeschränkungen vorsehen und sie anderweitig überwunden werden (z.B. vor dem Boarding in ein Flugzeug oder an Haltestellen mit Drehkreuz). Ersatzlos sollte die Vorschrift oder Variante daher nicht gestrichen werden, jedoch sollte hierfür das entsprechende Tatbestandmerkmal klarstellend ergänzt werden. In allen anderen Fällen (ohne Zugangsbeschränkung) haben Verkehrsbetriebe durch das „erhöhte Beförderungsentgelt“ bereits wirksame zivilrechtliche Mittel, um gegen „Schwarzfahrer“ vorzugehen.<sup>62</sup> Es bedarf dann keiner ergänzenden Strafverfolgung, zumal diese Konstellation nicht mit anderen Varianten des § 265a Abs. 1 StGB vergleichbar ist und mangels aktiver Überwindungshandlung nicht dasselbe kriminelle Unrecht aufweist. Das Strafrecht sollte kein kriminalpolitischer Steigbügelhalter sein und für die Geltendmachung zivilrechtlicher Forderungen missbraucht werden dürfen, nur weil Verkehrsbetriebe „aus Rationalisierungsgründen auf den ihnen wirtschaftlich möglichen Selbstschutz verzichten“.<sup>63</sup> Es ist also hiernach unmöglich etwas zu „erschleichen“, wenn es vor der Leistungserbringung keinerlei Kontrolle gibt.<sup>64</sup>

Doch selbst wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließen sollte, § 265a StGB überhaupt nicht zu reformieren, ist mit Blick auf das 49-Euro-Ticket und dem künftig immer günstiger werdenden öffentlichen Personen-Nahverkehr davon auszugehen, dass die Benutzung von Transportmitteln für immer mehr Menschen erschwinglich wird.<sup>65</sup> Das kommt insbesondere denjenigen zugute, die sozial benachteiligt sind und bisher am häufigsten wegen „Schwarzfahrens“ zu einer Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt wurden.<sup>66</sup> Es ist zu vermuten, dass die (auch faktische) Bedeutung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB voraussichtlich abnehmen wird. Sollte der öffentliche Personen-Nahverkehr irgendwann (z.B.

<sup>61</sup> Siehe die Vorschrift des § 3 OWiG; dazu Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1 ff.

<sup>62</sup> Dazu Rodi, VuR 2015, 14.

<sup>63</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 7 m.w.N.

<sup>64</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 20.

<sup>65</sup> So betrug auch der für die Verkehrsnutzung vorgesehene Hartz-IV-Satz eines alleinstehenden Erwachsenen im Jahr 2022 exakt 40,27 Euro.

<sup>66</sup> Vgl. auch Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/26911/](https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/) (7.5.2023).



nach dem Vorbild von Luxemburg)<sup>67</sup> sogar vollständig kostenfrei sein, wäre die Variante der Beförderungerschleichung dort weitestgehend überflüssig, weil „Schwarzfahren“ dann sowohl rechtlich als auch tatsächlich gar nicht mehr möglich wäre. Bis das eintritt, ist aber eine Ergänzung/Überarbeitung des § 265a Abs. 1 StGB zu empfehlen, durch die die Überwindung einer Zugangsbeschränkung im Tatbestand klargestellt wird. Die Vorschrift könnte dergestalt geändert werden:

„Wer die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die Beförderung durch ein zugangsbeschränktes Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.“

---

<sup>67</sup> Regierung des Großherzogtums Luxemburg, <https://luxembourg.public.lu/de/leben/mobilität/oeffentlicher-personennahverkehr.html> (7.5.2023).