

Perpetuiertes Unrecht

Zur Kritik der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrern

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart, Jena*

I. Einführende Betrachtungen

Aus Anlass des zehnjährigen Bestehens der ZIS gratuliere und danke ich der verdienstvollen Schriftleitung mit einem Jubiläumsbeitrag eigener Art. Es geht dabei um einen in der deutschen Strafjustiz seit nunmehr dreißig Jahren beständig wuchernden Missstand: Staatsanwälte wie Strafrichter mögen nicht aufhören, das Schwarzfahren zu bekämpfen, obwohl seit drei Jahrzehnten klar sein sollte, dass dafür jede formelle gesetzliche Grundlage fehlt. Insofern gibt es also nichts zu jubelieren. Im Gegenteil. Das Ausmaß der Verfolgung bis hin zur Verhängung von Freiheitsstrafen und damit auch das zu verantwortende materielle Unrecht wachsen von Jahr zu Jahr immer stärker an. Das Gewissen des „Rechtsanwenders“ scheint hier einer Schweigepflicht zu unterliegen. Eigentlich wäre es ja ganz einfach, das Ruder ein für alle Mal herumzureißen. Aber handelt es sich um Strafrecht, so sind Fortschritte wohl praktisch unerreichbar geworden. Dass jedoch selbst an einem derart unverfänglichen Punkt der Rechtsordnung keine grundlegende Verbesserung der Verhältnisse möglich erscheint, wirft ein besonders schlechtes Licht auf das System.

Im Jahre 1986, d. h. zu Beginn meiner Tätigkeit als Hochschullehrer, hatte ich mir nicht träumen lassen, heutzutage, also gegen Ende meiner Dienstzeit, einmal ein so deprimierendes Kapitel fehlgeleiteter Lust zum Strafen registrieren zu müssen. Denn damals merkte ich, dass in den von Schaffnern verlassenen Straßenbahnen und in den frei zugänglich gewordenen U- und S-Bahnen eine Beförderung gar nicht mehr erschlichen werden kann.¹ Die entsprechende Strafnorm aus dem Jahre 1935 hätte nunmehr ins Leere laufen müssen.² Aber sie tut es leider immer noch nicht. Was kann man da machen? Von meinem Beitrag zur Feier des ZIS-Jubiläums verspreche ich mir wegen der Dimensionen des Internets eine große Verbreitung. Ich erlaube mir, ihn mit einem Appell zu verbinden: Möge der Aufsatz irgendwo irgendjemanden zu einem erneuten Versuch veranlassen, gleichsam „von unten“ eine Änderung der obsoleten Rechtsprechung anzustoßen! Damit wäre außerordentlich viel gewonnen. Meines Wissens war es vor ein paar Jahren zuletzt das OLG Naumburg, das einen solchen Versuch in eindrucksvoller Weise startete, als es dem BGH einen durchaus geeigneten Fall zum Zweck einer für die Strafjustiz längst überfälligen Kurskorrektur

vorlegte.³ Bedauerlicherweise blieb dieses Unterfangen letztlich erfolglos.

Der folgende Abschnitt (II.) soll der spezifischen Unmoral, die mit dem umgangssprachlichen Wort „Schwarzfahren“ den gemeinten Tätern unbestreitbar vorgeworfen wird, intensiv nachspüren. Es soll versucht werden, eine Erklärung dafür zu finden, dass sich die Justiz bisher hartnäckig geweigert hat, ihr Vorgehen zu ändern und dass sich die Öffentlichkeit daran so wenig stört. Was genau ist es, wodurch sich rechtsstaatliche Gerichte und deren gesellschaftliche Kontrollinstanzen nachhaltig korrumpieren lassen? Werden sie allesamt von dem verführerischen Wort „Schwarzfahren“ gefangen gehalten? Im Kern geht es bei dem inkriminierten Verhalten bekanntlich allein darum, dass jemand ein Transportmittel des öffentlichen Nahverkehrs benutzt, ohne im Besitz einer Fahrkarte zu sein. Die symbolische Bedeutung des Wortes „Schwarzfahren“ reicht jedoch viel weiter und kann ganz leicht missbraucht werden.

Sodann (unter III.) werden die gesetzlichen Bezugsgrößen reflektiert, die dazu benutzt werden, das Schwarzfahren als Beförderungerschleichung im Sinne von § 265a StGB hinzustellen – da man offenbar um jeden Preis an staatlicher Strafverfolgung festhalten will, ohne das StGB deshalb novellieren zu müssen. Seit meiner Abhandlung aus dem Jahre 1986⁴ sind sehr viele wissenschaftliche Diskussionsbeiträge und Gerichtsentscheidungen pro und contra der Bestrafung von Schwarzfahrern veröffentlicht worden (im Schrifttum liegt das eindeutige Übergewicht dabei auf dem Contra). Im Folgenden kann es jedoch nicht darum gehen, diese Debatte im Einzelnen zu dokumentieren. Das geschieht schon hinreichend in der überaus zahlreich vorhandenen Fachliteratur.⁵ Mir geht es hier vielmehr darum, dem Thema noch die eine oder andere neue Facette abzugewinnen, um die alte Forderung zu vertiefen und auf aktuellem Stand erneut zu unterstreichen. Die Forderung lautet in Kurzfassung: „Freiheit für unsere Schwarzfahrer!“ Denn bei genauer Betrachtung haben sie nur dasselbe getan wie alle anderen auch. Zu schwarzen Schafen sind sie erst dadurch geworden, dass sie bei einer plötzlichen Nachfrage keinen Fahrschein vorweisen konnten.

Ob der Einzelne während seiner ticketlosen Fahrt offen für den Nulltarif demonstriert oder auf andere Art und Weise ein offenes Bekenntnis ablegt, z.B. mittels eines entsprechenden Schwarzfahrer-Buttons an der Jacke – das alles kann für die Frage einer Strafbarkeit vernünftigerweise keine Rolle spielen. Die Rechtsprechung hingegen will differenzieren.

* Der Autor ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Ehrendoktor der Tbilissi State University, Georgien.

¹ Alwart, JZ 1986, 563.

² Der entscheidende Passus innerhalb von § 265a StGB (d.h. Abs. 1 Var. 3) lautet: „Wer [...] die Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft [...].“

³ Zu Sachverhalt und Prozessgeschichte vgl. BGHSt 53, 122 (123 f.).

⁴ Alwart, JZ 1986, 563.

⁵ Exemplarisch: Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 265a Rn. 3 ff.; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 33 Rn. 14 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 676 f.

Sie fragt danach, ob die geschilderten Verhaltensweisen geeignet seien, den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ zu erschüttern. Dieses Vorgehen hängt damit zusammen, dass nach ständiger Praxis eine Beförderungsleistung bereits dann im Sinne von § 265a StGB als „erschlichen“ einzustufen ist, „wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt [also ohne gültigen Fahrschein, H.A.] benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen“. So hat es erst jüngst wieder das OLG Köln entschieden.⁶ Auf solche Ausnahmen von dem besagten „Anschein“, man respektiere eine gewollte Ordnung, kann es aber schon deshalb nicht ankommen, weil dieser „Anschein“ eine leere Konstruktion darstellt und es daher schon auf ihn nicht ankommen kann.

Man sollte die Auslegung also nicht unnötig kompliziert gestalten, sondern sie radikal vereinfachen. Die rote Linie zur Tatbestandsmäßigkeit ist immer erst dann überschritten, wenn eine Beförderung aktiv erschlichen wird. Man stelle sich z.B. jemanden vor (nennen wir ihn „N.N.“), der sich innerhalb einer Menschenmenge, die in einen noch wartenden Bus strömt, am Busfahrer vorbei mit hineinschmuggelt, und man stelle sich vor, dass es zu den Aufgaben dieses Busfahrers gehört, den Einlass auch zu kontrollieren. Niemand aus der Menge kann das verkennen, weil (fast) alle dem Busfahrer die Fahrscheine entgegenstrecken. In einem solchen Fall erschleicht N.N. die Beförderung durch einen Bus des öffentlichen Nahverkehrs in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Sonstige Motive können für diese Beurteilung keine Rolle spielen.

Entscheidend ist demnach, auf welche Art und Weise sich jemand in den Genuss einer Leistung versetzt. Ob er während der Inanspruchnahme der Leistung noch andere Dinge tut, etwa während seiner ticketlosen Fahrt in einer U-Bahn an seiner „Schwarzfahrerermütze“ weiterstrickt oder mit seinem MP3-Player die ehrlichen Fahrgäste nervt oder aber mit dem Finger in der Nase bohrt usw., kann schlechthin keine Rolle spielen. Übrigens enthält der eben erwähnte Beschluss des OLG Köln eine zusätzliche Ungereimtheit.⁷ Er bezieht sich nämlich gerade nicht auf den Massen-Nahverkehr, um den es sonst geht, sondern auf die Fahrt eines ICE von Köln in Richtung Frankfurt am Main. Um den „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ zu erschüttern, hätte sich der wegen Erschleichens von Leistungen zu 20 Tagessätzen à 10,- € in dritter Instanz Verurteilte vor der Fahrscheinkontrolle den Zugbegleitern von sich aus offenbaren müssen. So aber habe er unweigerlich eine Straftat begangen. Die Einwände dagegen liegen freilich auf der Hand. Sie sollen auch im weiteren Verlauf der Abhandlung noch einmal deutlich werden.

Im Schlussabschnitt (IV.) wird dann ein kurzes Fazit gezogen. Das gewiss allzu beliebte Schwarzfahren ist als solches weder strafbar noch strafwürdig. Die über Jahrzehnte hinweg perpetuierte Verfolgungstätigkeit des „Rechtsstabs“ schafft ein Unrecht großen Ausmaßes. Das wollen bisher leider nur zu wenige wahrhaben. Zum Teil mögen es auch

unbewusste Widerstände sein, die einer Besinnung auf die Gebote hermeneutischer Kompetenz und auf das Ziel konsequenter Rechtsanwendung entgegenstehen. Jedenfalls kann sich eine unreflektierte Gleichsetzung von Fachsprache („Beförderungserschleichung“) und Umgangssprache („Schwarzfahren“) einer fortschrittlichen Entwicklung der Rechtsordnung als ein geradezu unbezwingbar erscheinendes Hemmnis in den Weg legen. Es kommt also darauf an, moralisierende Vorurteile, deren juristische Folgen sowie sonstige Kategorienfehler zu vermeiden, die u. a. hinter der genannten Gleichsetzung stehen.

II. Wider eine unethische Bestrafung scheinbarer Unmoral

Es hat zunächst den Anschein, als müsse man Schwarz- (oder Trittbrett-)Fahrern generell Unfairness und Ausbeutung vorwerfen. Es sei ungerecht, dass die einen auch Lasten tragen, während die anderen, nämlich die Schwarz- (oder Trittbrett-) Fahrer, schmarotzerhaft nur Vorteile ziehen. Wenn ich z.B. in einer Wohngemeinschaft lebe und immer sauberes Geschirr benutzen möchte, dann muss ich selbst ebenfalls bereit sein, manchmal abzuwaschen oder die Geschirrspülmaschine in Gang zu setzen. Sonst käme es schon bald zu erheblichen Frustrationen bei den Mitbewohnern. Übertragen auf moderne gesellschaftliche Verhältnisse heißt das, dass innerhalb einer liberalen Grundkonstellation niemand eine Sonderstellung für sich beanspruchen darf. Sonst kann Kooperation unter Freien und Gleichen nicht allseits gewinnbringend sein.

Lässt sich eine solche Betrachtungsweise auf die Beförderungserschleichung anwenden? Man kann gewiss auf die Idee kommen, dass der im Hinblick auf Mobilität und Umweltschutz segensreiche öffentliche Nahverkehr in seiner Funktionstüchtigkeit von der Kooperation aller Beteiligten abhängig sei. Eine solche Kooperation aber müsse scheitern, so der Analogieversuch, wenn deren Grundregeln nicht respektiert würden. Ähnlich der Situation, wie sie für das spieltheoretische Modell eines sog. Gefangenendilemmas charakteristisch ist,⁸ müsse daher ein Anreiz dafür geschaffen werden, dass die Geschäftsbedingungen eingehalten werden. Sonst könne das Gesamtergebnis nicht stimmen. Dieser Anreiz zur Regelbefolgung bestehe darin, dass Übertretungen verboten und bestraft werden. Wenn ich die Beförderungsleistung nicht wie mehr oder weniger alle anderen bezahlen würde, dann ginge ich unter solchen Rahmenbedingungen ein Risiko ein, das ich lieber nicht eingehen möchte. Also bezahle ich und trage damit, wenn auch ungerne, meinen Teil der Lasten. Denn Schwarzfahren käme teurer zu stehen. Von daher bliebe die erwünschte Ordnung dann im Großen und Ganzen gewahrt.

Der Haken besteht nun aber darin, dass eine solche Interpretation des Schwarzfahrens im öffentlichen Nahverkehr auf einem fundamentalen Missverständnis beruht. Der einzelne ehrliche Fahrgast mag zwar durchaus ein gewisses Interesse daran haben, dass alle anderen für die empfangenen Beförderungsleistungen ebenfalls zahlen. Aber mit den anderen Personen interagiert er nun einmal nicht. Sie sind der Fallstruk-

⁶ OLG Köln NSTz-RR 2016, 92.

⁷ Im Folgenden zitiert nach BeckRS 2015, 16686.

⁸ Zur Logik des sog. Gefangenendilemmas siehe *Karl Homann, Sollen und Können*, 2014, S. 72 ff.

tur nach keine unmittelbar Betroffenen, denen gegenüber er unter den Bedingungen eines Dilemmas eine Entscheidung treffen könnte. Jeder individuelle Fahrgast, ob er den fälligen Fahrpreis entrichtet oder nicht, ob er zufälligerweise ganz alleine mit der Straßenbahn unterwegs ist oder aber eingepfercht wie eine Ölsardine, schließt vielmehr seinen eigenen Beförderungsvertrag mit dem Nahverkehrsunternehmen ab. Diese normative Ordnung überlagert alle anderen Aspekte.

Das Unternehmen bietet seinen einzelnen Kunden – man könnte auch formulieren: unbesehen allen Leuten – gegen Bezahlung eine Leistung an. Es kann durch ein völlig offenes, keinerlei Zugangskontrolle vorsehendes Bereitstellen seiner Transportmittel nicht über seine uneingeschränkte Zuständigkeit als Anbieter hinwegtäuschen und ureigene Verantwortung auf die Nachfrager der angebotenen Leistung abschieben. Diese werden, im Falle des Schwarzfahrens, von ihm fälschlich so behandelt und ggf. durch Strafanzeigen drangsaliert, als negierten sie untereinander (und zugleich ihm gegenüber) ein Gemeinschaftsinteresse. Tatsächlich aber erhebt sich jeder Einzelne für sich gegen das ökonomische Motiv des Anbieters, der die Beförderungsleistung ihrer Art und den äußeren Umständen nach in allen wichtigen Details selbst gestaltet.

Es ist demnach Sache des Nahverkehrsunternehmens selbst und nicht der Strafverfolger, dafür zu sorgen, dass es auf seine Kosten kommt bzw. Gewinne macht. Schließlich liegt doch alles in seiner eigenen Hand. Das Unternehmen kann wirksame Vorkehrungen treffen, um nicht ausgebeutet zu werden und um seine Einrichtungen überhaupt vor Umwidmungen oder gar Gefährdungen durch Dritte zu schützen. Im Übrigen knüpfen an die faktischen Beziehungen zwischen ihm und seinen Kunden Rechtsfolgen an, die nicht nur automatisch einen Anspruch auf Zahlung des Fahrpreises generieren, sondern darüber hinaus, im Falle des Schwarzfahrens, ein erheblich erhöhtes Beförderungsentgelt festschreiben.⁹ Wenn der Anbieter darüber hinaus so tut, als kündige jeder Schwarzfahrer durch sein Verhalten die gesamtgesellschaftliche Grundlage moralischen Verhaltens auf, als leugne er quasi „unsere Werte“, dann benutzt er den diffusen Symbolgehalt des Wortes „Schwarzfahren“ für eine pauschale Verunglimpfung des „unehrlichen“ Nutzers und verschleiert die eigene zentrale Verantwortung. Durch die Wortwahl wird jedermann suggeriert, hier habe man es mit einer wirklich schlechten Tat zu tun, während ein solcher Vorwurf auf den Anbieter selbst zurückfallen muss, der nur scheinbar ein Opfer der moralischen Unzulänglichkeit der anderen ist, in Wahrheit aber seinerseits „Moral“ instrumentalisiert. Das Verhalten des Kunden erscheint jedoch weniger unter moralischen, sondern mehr unter rechtlichen Gesichtspunkten interessant. Denn gerade ein Schwarzfahrer wird in zivilrechtlicher Perspektive ohne weiteres zum Schuldner des Anbieters – und muss sich von ihm darüber hinaus noch den Schwarzen Peter zuschieben lassen. Aber der Spieß sollte umgedreht werden.

Dass die Strafverfolgungsorgane in dieselbe Kerbe schlagen wie die Gläubiger (und zwar gemeinsam mit diesen),

⁹ Vgl. näher dazu unten, Abschnitt III.

führt im Ergebnis zu einer spezifisch unethischen Rechtsprechung. Denn von jedem Staatsanwalt und jedem Strafrichter darf man ja in besonderem Maße erwarten, dass er sein Tun normativ reflektiert. Sonst könnte das staatliche Gewaltmonopol auf die Dauer seine Legitimität verlieren. Und selbstverständlich weiß der Rechtsstab auch ganz genau, dass der Tatbestand der Beförderungserschleichung nicht an einen Regelverstoß anknüpft, der eine Verletzung von Gemeinschaftsinteressen wie Mobilität und Umweltschutz enthält, sondern ausschließlich an eine handfeste Schädigung von Individualvermögen. Daraus wiederum folgt zwingend, dass die Auslegung der Vorschrift der vom Gesetzgeber festgelegten Systematik der Vermögensdelikte zu entsprechen hat. Im Grunde ist das alles völlig unstrittig.¹⁰ Wenn die Strafjustiz nun dessen ungeachtet eine juristisch-ausdifferenzierte „Beförderungserschleichung“ mit dem umgangssprachlich-pauschalen „Schwarzfahren“ gleichsetzt und darin zugleich ein strafbares Vergehen entdeckt, dann zementiert sie auf diese unprofessionelle Weise das Vorurteil, Schwarzfahren sei strafwürdig, und spielt dadurch einer Verantwortungslosigkeit oder zumindest einem Versagen der Verkehrsbetriebe nur in die Hände. Denn wer ist nicht dafür, dass in der Gesellschaft Fairness und Gerechtigkeit herrschen? Nur wird keiner die Frage zufriedenstellend beantworten können, warum ausgerechnet diejenigen, die im öffentlichen Personennahverkehr schwarzfahren, darunter leiden sollen. Warum sollen sie dazu dienen, Illusionen über Moral und Unmoral und über die Möglichkeiten des Strafrechts am Leben zu erhalten? Der Schwarzfahrer muss sich als das schwarze Schaf einer Gemeinschaft ehrlicher Fahrgäste abstempeln lassen. Genau das ist kein modern gedachtes Strafrecht.

Anstatt, wie von ihm an anderer Stelle gefordert,¹¹ höchste Anforderungen an die Gerechtigkeit der Strafrechtspflege zu stellen, kehrt ausgerechnet das BVerfG den elementaren Verständnisfehler in geradezu naiver Weise nach außen. Es deutet Schwarzfahren ausdrücklich als Missbrauch von Vertrauen: Durch das uneingeschränkte Anbieten seiner Leistung an das gesamte Publikum werde von dem Betreiber Vertrauen vorgeleistet, dessen Beeinträchtigung durch den Schwarzfahrer nicht straflos bleiben könne.¹² Eine solche, geradezu ideologische Position zugunsten der Betreiber und des von ihnen investierten „Vertrauensvorschlusses“ stellt die Dinge freilich auf den Kopf. Sie vergreift sich mit der Bezugnahme auf „Vertrauen“ als ein Massenphänomen vollständig in der Kategorie und vertauscht Gut und Böse. Immerhin sind die Unternehmen nicht so blind, dass sie auch auf die lukrativen, systematischen Stichprobenkontrollen verzichten würden: „Fahrscheine bitte!“

Ähnlicher Moralappelle bedient sich leider auch der BGH, soweit er nämlich dazu bereit ist, dem Schwarzfahrer per se Unmoral zu bescheinigen, anstatt sich an den vorgreiflichen juristischen Tatsachen zu orientieren, nicht zuletzt an

¹⁰ Vgl. beispielsweise *Wohlers/Mühlbauer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 265a, Rn. 63.

¹¹ BVerfGE 45, 187 (228).

¹² Vgl. BVerfG NJW 1998, 1135 (1136) m.w.N.

der ohnehin bestehenden Verpflichtung des Schwarzfahrers, unter Umständen ein Vielfaches des ursprünglichen Fahrpreises zahlen zu müssen (sog. „erhöhtes Beförderungsentgelt“).¹³ Zusammenfassend drängt sich der Eindruck auf, dass der Schwarzfahrer als Schmarotzer oder – *horribile dictu!* – als Parasit zum Sündenbock der Leistungsgesellschaft gemacht werden soll.

III. Über die gebotene Umkehr hin zu Gesetzestreue und Gerechtigkeit bei Anwendung des Tatbestandes der Beförderungerschleichung (§ 265a Abs. 1 Var. 3 StGB)

Dass ausgerechnet die Schwarzfahrer und z.B. nicht die „Schwarzparker“ unter jener irrationalen Kriminalpolitik leiden sollen, erscheint schon ansatzweise nicht begründbar. Man darf nämlich das Schwarzfahren durchaus mit dem Verhalten von Autofahrern vergleichen, die für die Fahrt aus ihrem Villenvorort in die Innenstadt nicht ein öffentliches Verkehrsmittel, sondern die eigene Limousine benutzen und, dort angekommen, kein Geld in die Parkuhr werfen. Untereinander agieren die Autofahrer eben so wenig wie die Fahrgäste in einem Bus. Ein kleiner Unterschied besteht darin, dass es in der Regel unproblematischer ist, von Bus oder Straßenbahn in den Innenstadtbereich befördert zu werden, als dort einen Parkplatz für das eigene Auto zu finden. Darin zeigt sich allerdings keine eigentliche Konkurrenzsituation der Autofahrer untereinander. Es spielt für die Fallstruktur keine entscheidende Rolle, ob derjenige, der einen Parkplatz blockiert, zuvor die Parkuhr bedient hat oder nicht. Manchen mögen die undramatischen Verhältnisse zu einer Mischkalkulation eigener Art einladen: Ich zahle niemals an der Parkuhr, sondern nehme dafür ab und zu die bescheidenen Verwarnungsgelder in Kauf.

Trotz dieser Ähnlichkeit zwischen Schwarzparken und Schwarzfahren¹⁴ hat man noch nie davon gehört, dass jemand wegen ersparter Parkgroschen im Gefängnis gelandet wäre. Das bereits erwähnte Verwarnungsgeld dürfte kaum jemand als echten Makel, eher schon als polizeiliche Belästigung empfinden. Hingegen sitzen in Deutschland wegen Schwarzfahrens nicht wenige Menschen tatsächlich in einer Zelle. *Matthias Jahn* betont, dass die Bedeutung des Tatbestandes der Beförderungerschleichung für die Praxis kaum zu überschätzen sei. Er zitiert aus den Medien eine etwas ältere Stellungnahme einer Berliner Richterin, wonach in Berlin fast jedes dritte Gerichtsverfahren gegen Erwachsene Leistungerschleichungen nach § 265a StGB zum Gegenstand habe. Man mag das kaum glauben. Außerdem führt er aus, dass bundesweit fast ein Viertel aller betrugsnahen Delikte diesem Tatbestand zuzuschlagen sei.¹⁵

¹³ Vgl. BGHSt 53, 122 (125) m.w.N.

¹⁴ Allerdings fährt z.B. eine U-Bahn ohne den einzelnen Schwarzfahrer genauso wie mit ihm, während der Schwarzparker unter Umständen einen zahlungsbereiten Autofahrer verdrängt.

¹⁵ *Jahn*, JuS 2011, 1042 m.w.N. Über die Einteilung der Deliktstypen nach „betrugsnah“ und „betrugsähnlich“ siehe genauer *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 29 ff.

Schon vor ein paar Jahren berichtete die Tagespresse darüber, dass allein in der JVA Plötzensee Dutzende von Gefangenen eine Freiheitsstrafe wegen sog. Beförderungerschleichung zu verbüßen hätten.¹⁶ Zudem wurde in den Medien kürzlich eine Mitteilung des Bundeskriminalamts zitiert, wonach die im Jahr 2015 für Zuwanderer verzeichnete Kriminalität zu einem großen Teil das Schwarzfahren betrifft. Annähernd 30.000 Fälle wurden gezählt.¹⁷ Das sind gewiss große Herausforderungen für eine Justiz, die sich ohnehin ständig überlastet fühlt. Und auch die Eskalationsrisiken bei Fahrscheinkontrollen dürften wegen einer denkbaren Furcht der Betroffenen vor strafrechtlicher Verfolgung nicht kleiner werden.

Es gibt ja unterschiedliche Möglichkeiten, wegen sog. Beförderungerschleichung in Haft zu kommen: Der eine sitzt eine Geldstrafe ab, anstatt sie zu bezahlen. Bei der anderen ist die Bewährung widerrufen worden, weil sie sich immer wieder beim Schwarzfahren hat erwischen lassen. Oder das Gericht hat eine Strafaussetzung zur Bewährung im Hinblick auf die Vorverurteilungen wegen Schwarzfahrens von vornherein abgelehnt. Besonders prekär sind die Fälle, in denen jemand wegen anderer Delikte, z.B. wegen Einbruchsdiebstahls oder eines Drogendelikts, zu einer keineswegs unerheblichen Bewährungsstrafe verurteilt worden ist und nun wegen einer neuen Sache, nämlich ausgerechnet wegen Schwarzfahrens, der Widerruf der Bewährung und damit das Gefängnis droht. Dass aber gegen jemanden, der des Schwarzfahrens dringend verdächtig wird, schon einmal Untersuchungshaft etwa wegen Fluchtgefahr verhängt worden ist, wage ich nicht zu behaupten. Schließlich würde der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns dann wohl doch in allzu eklatanter Weise ausgehebelt werden. Auch zu den immensen Haftkosten will ich mich hier nicht weiter äußern. Aber zumindest die Rechnungshöfe sollten da meiner Meinung nach hellhörig werden.

Als ich in meiner eingangs bereits erwähnten, im April 1986 als Privatdozent an der Universität Hamburg gehaltenen Antrittsvorlesung¹⁸ die These von der „unbemerkten Strafflosigkeit des Schwarzfahrens“ formulierte, fand das großen Widerhall in der Öffentlichkeit. Die Kritik an einer Hypertrophie staatlichen Strafens stieß auf unverhohlene Sympathie, nicht zuletzt auch bei Jugendrichtern. Ein Fahrgast, der auftritt wie alle anderen Fahrgäste auch, schleicht nun einmal nicht – ungeachtet der Tatsache, dass er kein Ticket in der Tasche hat. Genau an diesem Punkt bleibt dem Rechtsan-

¹⁶ *Dassler*, Der Tagesspiegel v. 15.12.2008, online unter: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/strafen-jeder-dritte-in-ploetzensee-sitzt-wegen-schwarzfahrens/1396434.html> (5.5.2016).

¹⁷ *Lohse*, FAZ v. 19.2.2016, online unter: http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlinge-und-kriminalitaet-bka-nennt-zahlen-14078095-p2.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2 (5.5.2016); N-tv v. 17.2.2016, online unter: <http://www.n-tv.de/politik/BKA-registriert-mehr-Straftaten-article17018236.html> (5.5.2016).

¹⁸ *Alwart*, JZ 1986, 563.

wender mit Blick auf den Rechtsunterworfenen selbstverständlich nichts anderes übrig, als sich an den alltäglichen Wortgebrauch anzulehnen. *Diethelm Kleszczewski* bedient sich dieser unverzichtbaren sprachanalytischen Mittel, wenn er schreibt: „Schleichen‘ bedeutet ein langsames und kaum hörbares Gehen, ‚Erschleichen‘ daher seinem unmittelbaren Wortsinne nach das Erreichen eines Ortes, ohne die Aufmerksamkeit desjenigen zu erregen, der den Zugang dazu bewacht.“¹⁹ Dem kann man gewiss nur zustimmen.

Es war nicht zu erwarten, dass die Justiz trotz aller bereits damals vorgetragenen Einwände noch jahrzehntelang auf Strafverfolgung beharren und das Ausmaß der Ungerechtigkeit immer größer werden lassen würde. So mutet es fast gespenstisch an, wenn man heutzutage lesen muss, dass die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den immer wieder schwarzfahrenden Täter unerlässlich sei.²⁰ Dieser hochprofessionelle Jargon kollidiert mit einem banalen, massenhaft vorkommenden Geschehen, und man staunt nicht schlecht, wofür Juristen sich immer wieder hergeben. Zwar mag sich durchaus die Frage aufdrängen, warum einem jemand leidtun sollte, der partout nicht gehorchen will und immer wieder als Schwarzfahrer ertappt wird. Nur ist das keine Perspektive rechtsstaatlichen Strafens mehr. Eine solche Denkweise läuft vielmehr auf einen ungezügelter Kampf gegen „Parasiten“, auf eine Art Erziehungsdiktatur in Sachen (fälsch verstandener) Moral und damit auf staatliches Unrecht hinaus. Demgegenüber werden diejenigen, die sich prinzipiell nicht um Parkuhren scheren, kaum Schwarzfahrten riskieren. Sie werden auch versuchen, darauf zu achten, dass ihre heranwachsenden Kinder nicht in U- oder S-Bahn ungut auffallen. Die meisten, die nichts gegen eine massenhafte Verfolgung von Schwarzfahrern haben, dürften davon persönlich kaum einmal betroffen sein.

Mittlerweile erkennt, wie schon oben in Abschnitt I erwähnt, ein Großteil der Fachliteratur den entscheidenden Unterschied zwischen Schwarzfahren und Beförderungsererschleichung an. Aber der 4. *Strafsenat* des BGH und einige Oberlandesgerichte zieren sich leider immer noch, den diskreditierenden Ballast abzuwerfen. Auch scheint es keine Generalstaatsanwälte mehr zu geben, die einmal bereit wären, von ihrer Unabhängigkeit Gebrauch zu machen und gegen einen Strom zu schwimmen. Mir tut es immer weh, wenn ich schon von Referendaren erfahre, dass sie, zum ersten Mal die Anklage vertretend, Freiheitsstrafen gegen notorische Schwarzfahrer beantragen (müssen).

Tatsächlich betreibt der BGH die ihm obliegende Fortbildung des Rechts bisher im Stile eines Geisterfahrers: Zur Vermeidung einer angeblich sonst drohenden Strafbarkeitslücke überträgt er die Vorschrift aus dem Jahre 1935 auf völlig neue Sachverhalte, denen das maßgebliche unrechtsbegründende Merkmal des Erschleichens aber gerade fehlt. Demnach könnte das Gericht nur in der genau umgekehrten Richtung die Straflosigkeit des Schwarzfahrens erkennen und auf

dieser Grundlage zu einer vernünftigen Rechtsanwendung gelangen. Eine zu extensiv interpretierte, völlig entgrenzte „Funktion der Lückenausfüllung“²¹ aber muss den besagten Tatbestand zwangsläufig sprengen. In derselben Weise misslungen ist der ältere Beschluss des BVerfG. Er geht in dieselbe Richtung wie später die Grundsatzentscheidung des BGH und betont seinerseits die Funktion des § 265a StGB als „Auffangtatbestand“.²² Eine dermaßen überdehnte Auffang-Konstruktion kann freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei Gleichsetzung von Beförderungsererschleichung und Schwarzfahren der Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Analogieverbot und damit die praktizierte Ungesetzlichkeit förmlich mit Händen zu greifen sind.

Darf man die Justiz derart unverblümt an den Pranger stellen? Offensichtlich muss es immer wieder einmal getan werden. Natürlich bin ich mir dessen bewusst, dass in den letzten 30 Jahren viele „neue Juristen“ das im Grunde unvertretbare Vorgehen eingeübt haben. Aber kann man das Ruder deshalb gar nicht mehr herumreißen? Muss man aus Gründen der „Gesichtswahrung“ womöglich erst den Gesetzgeber bemühen? Das aber könnte nur scheitern, weil das Gesetz selbst, im Unterschied zu seiner Handhabung, makellos ist. Nicht von ungefähr sind diverse Initiativen, das „Schwarzfahren“ von der angeblichen Straftat zu einer Ordnungswidrigkeit herabzustufen, allesamt im Sande verlaufen.²³

In Anbetracht des bereits oben erwähnten „erhöhten Beförderungsentgelts“ bedarf es keiner besonderen staatlichen Sanktionen, wie man sie z.B. im Ordnungswidrigkeitenrecht findet, wenn sich Autofahrer nicht um Parkuhren scheren. Bekanntlich sieht sich ein Schwarzfahrer, der im Waggon aus der Menge herausgegriffen wird, automatisch einer erhöhten Geldforderung ausgesetzt. Diese hat ihre Wurzeln im Zivilrecht. Der bekannte Satiriker *Martin Sonneborn* ist zwar mit dem Slogan „Schwarzfahren muss bezahlbar bleiben“ als Abgeordneter in das Europäische (!) Parlament in Straßburg eingezogen.²⁴ Dieser Witz hat aber nicht besonders gefruchtet. Wie sollte es auch anders sein? Denn vor gerade einmal ein paar Monaten ist das „erhöhte Beförderungsentgelt“ allgemein von € 40,- auf € 60,- heraufgesetzt worden. Damit beträgt es ungefähr das Dreißigfache des regulären Preises für eine Kurzstreckenfahrt in einer Großstadt. Das sollte doch eigentlich reichen. Oder wäre eine völlig andere Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen vorzugswürdig? Gibt es brauchbare Alternativen zum privatwirtschaftlichen Gewand, in das sich die Verkehrsunternehmen ungeachtet mancher Quersubventionierung zu kleiden pflegen? Von daher legt sich wenigstens jenseits der gegenwärtigen Rechts- und Morallage die Annahme einer faktischen Interessengemeinschaft

²¹ BGHSt 53, 122 (125).

²² BVerfG NJW 1998, 1135 (1136).

²³ Über einschlägige, frühere Gesetzesentwürfe, aus denen nichts geworden ist (und aus der Natur der Sache nichts werden konnte), berichtet BGHSt 53, 122 (127).

²⁴ SZ Magazin 42/2013, online unter:

<http://sz-magazin.sueddeutsche.de/texte/anzeigen/40835/Volksbegehren> (5.5.2016).

¹⁹ *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 9 Rn. 187.

²⁰ Vgl. OLG Köln, Urt. v. 3.11.2015 – III-1 RVs 166/15 = BeckRS 2015,19593.

durchaus nahe. Ein Versuch, diese Fragen zu beantworten, müsste jedoch das Thema sprengen.

Außerdem fällt auf, dass die Unternehmen bei der Durchsetzung ihrer Geldforderungen außerordentlich privilegiert werden. Denn welcher Gläubiger sonst kann sich ständig eines sich im Hintergrund bereithaltenden Staatsanwalts bedienen? Besser wäre es, wenn die Verkehrsbetriebe dazu übergangen, die Verantwortung für ihre eigenen Einrichtungen auch selbst wahrzunehmen. Eine allererste Maßnahme könnte sein, zumindest die Bahnhöfe in den Innenstadtbereichen mit Zugangskontrollen zu versehen. Das scheint überall zu funktionieren. Warum sollte das in Deutschland nicht gehen?

Um von vornherein Missverständnisse zu vermeiden, bedürfen die vorstehenden Betrachtungen noch einer wichtigen Ergänzung: Obwohl das Schwarzfahren sicherlich eine Bagatelle ist, hat das Thema mit der immer wieder aufflackernden, nur mäßig originellen Debatte um die Entkriminalisierung kleiner Ladendiebstähle nichts zu tun. Eigentum ist eine ganz andere Kategorie. Dessen Verletzung durch in die Tat umgesetzte rechtswidrige Zueignungsmotive fordert das Strafrecht per se heraus, während eine andere Schädigung fremden Vermögens, wie etwa das Ignorieren einer fälligen Geldforderung um des eigenen Vorteils willen, eine zunächst rein zivilrechtliche Angelegenheit ist. Ohne besonderes Täterhandeln greift bei nicht speziell gegen das Eigentum gerichteten Vermögensdelikten kein Straftatbestand ein. Entweder das Opfer ist von seinem Gegenüber zuvor getäuscht worden (dann läge ein Betrug vor) oder der Täter hat sich eine entgeltliche Leistung unentgeltlich erschlichen (dann würde es sich eben um eine Beförderungerschleichung handeln) oder über einen materiellen Schaden hinaus ist die Verletzung einer eigenständigen Betreuungspflicht für fremdes Vermögen zu beklagen (dann wäre der Tatbestand der Untreue erfüllt). Hingegen genügt es für die Begehung eines Eigentumsdelikts, dass ich die einem anderen gehörende Sache, z.B. einen Brillantring, auf offener Straße finde und sie mir zu eigen mache, anstatt sie in das Fundbüro zu bringen.

Der banale Ladendiebstahl ist also unausweichlich ein Diebstahl, freilich begangen an einem ganz bestimmten Tatort. Demgegenüber erfüllt das Schwarzfahren, wie wir gesehen haben, noch längst nicht alle gesetzlichen Merkmale des zwar in Betracht kommenden, aber im Ergebnis ausscheidenden Tatbestandes. Genau darum ist das Schwarzfahren auch nicht strafbar, obwohl es Tag für Tag von den Staatsanwaltschaften verfolgt und den Gerichten geahndet wird. So erstaunlich seltsame Wege kann die Juristerei manchmal gehen. Man sollte sich die sinnlose Perpetuierung des Unrechts eingestehen und sich für die Zukunft endlich eines Besseren besinnen.

An einer Schmerzgrenze intellektueller Redlichkeit²⁵ bewegt sich nach meinem Dafürhalten der 4. *Strafsenat*, wenn er seine Entscheidung mit folgenden Sätzen beschließt: „So weit in der Literatur Gesichtspunkte der Entkriminalisierung des ‚Schwarzfahrens‘ angeführt werden [...], ist dies für die

Auslegung des § 265a StGB unbeachtlich. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, dem Gesetzgeber vorbehaltenen rechtspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen.“²⁶ Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Der 4. *Strafsenat* betreibt an den Aufgaben eines Revisionsgerichts vorbei repressive Kriminalpolitik, während sich die konsequente Gegenauffassung des seit je bewährten Instruments einer systematischen Gesetzesauslegung bedient und in bescheidenen argumentativen Schritten die rechtlichen Verhältnisse zu verbessern sucht. Nicht von ungefähr ist engagierten „Frontrichtern“ der unteren Instanzen die Praxis, den Schwarzfahrer als Kriminellen zu behandeln, schon seit Jahrzehnten ein Dorn im Auge. Leider hat der BGH das bisher nicht hinreichend ernst genommen.

IV. Kurzes Fazit

Gemessen an den Lebensbedingungen moderner Gesellschaftsformen erscheint der öffentliche Personennahverkehr als ein überaus wichtiges Gut. In der Struktur des § 265a StGB kann sich das jedoch nicht widerspiegeln. Vor allem sollte Mobilität durch Verkehrsbetriebe und Staat nicht so organisiert werden, dass dabei am Ende massenhaft Kriminelle herauskommen. Das durch eine solche Organisation entstehende Unrecht darf schon seit langem nicht hingenommen werden. Gewiss mag auch ein Schwarzfahrer vertragsbrüchig sein und keine weiße Weste haben. Aber erlaubt das auch, ihn einzusperren?

Das in der vorliegenden Abhandlung identifizierte perpetuierte Unrecht ist gewiss nicht das Ergebnis eines verbrecherischen Willens von Erzwingungsstäben. Eher drängt sich hier eine hermeneutische Inkompetenz auf, die sich in vielfältiger Hinsicht auf die oben beschriebene Praxis auswirkt und die für die geistige Situation unserer Zeit insgesamt nicht untypisch ist. In besonderem Maße gibt zu denken, dass sich die Lust zum Strafen bei Bekämpfung des Schwarzen und Bösen sogar von den Fesseln des Verfassungsrechts befreit. Denn unter Verstoß gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG wird § 265a StGB evidentermaßen überdehnt. Auf diese Weise wird versucht, ein schlecht organisiertes System des öffentlichen Personennahverkehrs auf Kosten einzelner Individuen in einem labilen Gleichgewicht zu halten.

Demnach geht es nicht um ein gesetzliches, sondern um ein ungesetzliches Unrecht. Das macht die Dinge einfach. Ein ungesetzliches Unrecht sollte insbesondere vom BGH ohne weiteres abgeschüttelt werden können – selbstverständlich auch noch nach einem dreißigjährigen Jubiläum der Uneinsichtigkeit.

²⁵ Siehe auch die von Gaede, HRRS 2009, 69 (70 f.), gegenüber dem BGH geltend gemachte methodologische Kritik.

²⁶ BGHSt 53, 122 (128).