

TITEL: ENTKRIMINALISIERUNG

Stefan Harrendorf

Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung absoluter Bagatellen am Beispiel der Beförderungerschleichung und des Ladendiebstahls

Abstract

Der Beitrag präsentiert Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung „absoluter“ Bagatelldelikte am Beispiel von Beförderungerschleichung und Ladendiebstahl. Dabei erörtert er eingangs die Relevanz der Problematik, aber auch den wahrnehmbar unterschiedlichen Umgang mit Beförderungerschleichung einerseits und Ladendiebstahl andererseits in aktuellen kriminalpolitischen Debatten. Es werden dann generelle Vorgaben für die materielle Entkriminalisierung von Bagatelldelikten herausgearbeitet. Eine Entkriminalisierung ist für sog. absolute Bagatellen in Betracht zu ziehen. Dabei handelt es sich um die nach abstrakten Kriterien vorab angebbaren Teilmengen entkriminalisierbarer Geringfügigkeit. Es wird auf ein Dachprinzip der Strafadäquität abgestellt, das unter sich die Begrenzungsprinzipien des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, der Tatproportionalität (Anlass-Folge-Relation) und einer konsequentialistisch zu verstehenden Verhältnismäßigkeit (Zweck-Mittel-Relation) vereint. Für die Frage, ob eine materielle Entkriminalisierung des Schwarzfahrens und des einfachen Ladendiebstahls in Betracht kommt, werden insbesondere die eine absolute Geringfügigkeit dieser Taten konstituierenden Unrechtsmerkmale herausgearbeitet. Zudem wird erörtert, warum eine materielle Entkriminalisierung auch Vorbestrafte erfassen muss. Einer allgemeinen Wertgrenze für Eigentums- und Vermögensdelikte wird hingegen eine Absage erteilt. Zudem wird verdeutlicht, warum Strafe bei absoluten Bagatellen nicht erforderlich ist, sondern eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Lösung genügt und Vorzug verdient.

Schlagwörter: Materielle Entkriminalisierung; Beförderungerschleichung; Ladendiebstahl; Tatproportionalität; Verhältnismäßigkeit

DOI: 10.5771/0934-9200-2018-3-250

Abstract

The article presents thoughts on the material decriminalization of petty offences, focusing on fare dodging and shoplifting. The relevance of the problem is explained, but it is also shown how disparate the issue of decriminalization is discussed if one compares fare dodging and shoplifting. General rules for the decriminalization of petty offences are developed. Decriminalization is possible for so-called "absolute" petty offences. These consist of all types of minor delinquency that can be considered petty in general, regardless of specific criteria of the individual criminal offence. Under an overarching principle of penal adequacy the mediating principles of protection of the core area of private life, retributive proportionality and consequentialist proportionality are to be considered. In order to decide whether a material decriminalization of fare dodging and shoplifting is possible, the core elements that constitute the absolute pettiness of these offences are identified. It is also explained why material decriminalization of such behavior should also be applied to recidivists. A general value limit below which property crimes are to be considered petty is, however, rejected. It is also shown why from a consequentialist perspective penal sanctions are not required for offences of absolute pettiness. It is suggested that such offences should be transformed into administrative offences („Ordnungswidrigkeiten“).

Keywords: Material decriminalization; fare dodging; shoplifting; retributive proportionality; consequentialist proportionality

A. Einleitung

Die Entkriminalisierungsdebatte schien nach den großen Reformen der 1960er und 1970er Jahre weitgehend zum Erliegen gekommen zu sein.¹ Nun jedoch werden seit einiger Zeit wieder zunehmend Forderungen nach Entkriminalisierung einzelner Delikte laut. Dies betrifft u.a.² auch das Schwarzfahren, also die einfache Beförderungserschleichung gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB.³ Die teils doch harte Sanktionierung dieser Verstöße, bis hin zu unausgesetzten kurzen Freiheitsstrafen, wird zunehmend als Problem wahrgenommen. Sie dürfte darauf zurückzuführen sein, dass sich in der Gruppe der Täter*innen eine große Zahl wiederholt Auffälliger befindet.⁴ Dies hängt auch mit der Anzeigepraxis der Verkehrsbetriebe zusammen, die zumeist nur

1 Die meisten Stellungnahmen dazu erfolgten in den 1970er und 1980er Jahren, siehe hier nur Dreher 1974, 917 ff.; Kunz 1984; Nauke 1976; Vogler ZStW 90 (1978), 132 ff.

2 Siehe zum Betäubungsmittelstrafrecht z.B. <http://schildower-kreis.de/resolution-deutscher-strafrechtsprofessorinnen-und-professoren-an-die-abgeordneten-des-deutschen-bundestages> (letzter Abruf: 8.7.2018).

3 Siehe zB <http://www.spiegel.de/panorama/deutschland-bundeslaender-streiten-ueber-schwarzfahrer-a-1192691.html> vom 10.2.2018, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/schwarzfahrende-deutscher-richterbund-will-strafatbestand-pruefen-lassen-a-1186296.html> vom 4.1.2018, <https://www.dbh-online.de/fachverband/presse/schwarzfahren-dbh-fordert-die-pruefung-des-wegfalls-der-ersatzfreiheitsstrafe-und> vom 26.6.2018 (letzter Abruf jeweils: 8.7.2018).

4 Vgl. die Strafverfolgungsstatistik, Tab. 7.1 und 7.2.

wiederholt ohne Ticket angetroffene Personen anzeigen.⁵ Da zudem jedenfalls im Nahverkehr nur stichprobenhafte Kontrollen durchgeführt werden, ist davon auszugehen, dass die meisten strafrechtlich erfassten Personen im Dunkelfeld noch sehr viel häufiger schwarzfahren. Der Anteil an Personen, die auch mit anderer Bagatelldelinquenz (Ladendiebstähle u.ä.) auffallen und eher am Rande der Gesellschaft leben (Obdachlose, Drogenabhängige, usw.), ist in dieser Gruppe verhältnismäßig hoch.⁶

Dementsprechend werden gerade bei diesem Delikt aufgrund Uneinbringlichkeit der Geldstrafe oft auch Ersatzfreiheitsstrafen (§ 43 StGB) nötig. Tatsächlich stellten wegen einer Tat nach § 265a StGB Verurteilte einer aktuellen Untersuchung zufolge 23,5 % aller zum Stichtag 31. März 2017 in Nordrhein-Westfalen eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßenden Gefangenen.⁷ Die Bundestagfraktion der Partei Die Linke hat vor diesem Hintergrund kürzlich sogar einen Gesetzentwurf in den Deutschen Bundestag eingebracht, der die vollständige Entkriminalisierung der Beförderungsschleichung vorsieht.⁸

Anders als in früheren Jahrzehnten ist hingegen der Ladendiebstahl nicht mehr Gegenstand größerer Entkriminalisierungsdebatten, vielleicht auch deshalb, weil angesichts deutlich rückläufiger Fallzahlen⁹ dieses Delikt weniger im Bewusstsein steht als früher. Es finden sich sogar gegenläufige Tendenzen einer härteren Reaktion auf Ladendiebstähle.¹⁰ Jedoch mag es nicht nur bei der Beförderungsschleichung, sondern auch beim Ladendiebstahl gute Gründe für eine Entkriminalisierung geben. Insofern befasst sich der Beitrag in der gebotenen Kürze¹¹ mit der Adäquität von Strafe¹² bei Schwarzfahren und Ladendiebstahl, also mit der Frage, inwiefern diese Verhaltensweisen Strafe „verdienen“.

B. Kurze Überlegungen zur Strafrechtsbegrenzung im Bagatellbereich

Es seien dafür zunächst kurze¹³ generelle Überlegungen zur Strafrechtsbegrenzung im Bagatellbereich angestellt: Konstitutiv für eine Bagatelltat ist der bei wertender Be trachtung geringfügige¹⁴ Verstoß gegen eine Verhaltensnorm. Bagatelldelinquenz ist

5 So bei der Berliner BVG nur Personen, die innerhalb von zwei Jahren, bei der S-Bahn Berlin GmbH sogar nur solche, die innerhalb eines Jahres mindestens dreimal auffallen, vgl. Berliner Abgeordnetenhaus Drs. 17/14246, 2.

6 Bestätigend *Matt/Schwiers* FS 2018, 32 f.

7 *Lobitz/Wirth* FS 2018, 16 (17).

8 BT-Drs. 19/1115 vom 8.3.2018.

9 Zwischen 1995 und 2017 sind die in der Polizeilichen Kriminalstatistik registrierten Fälle des einfachen Ladendiebstahls um 45 % von 607.471 auf 332.384 zurückgegangen.

10 *Leitmeier* 2018 mit Verweis auf die Aufhebung der Wertgrenze von 25 € beim Ladendiebstahl in den baden-württembergischen Richtlinien, bis zu der zuvor bei Ersttäter*innen mehr oder weniger automatisch eine Einstellung gem. § 153 StPO erfolgte.

11 Sehr ausführlich *Harrendorf* 2018a; zur Beförderungsschleichung zudem *Harrendorf* 2018b.

12 Der Begriff wurde von *Frisch* 1993, 69, 81, vorgeschlagen.

13 Näher *Harrendorf* 2018b; sehr ausführlich *Harrendorf* 2018a.

14 *Dreher* 1974, 917; *Krümpelmann* 1966, 38 ff.; *Kunz* 1984, 124 ff.

dabei im unteren Grenzbereich strafrechtlichen Verhaltens im Übergang zum zwar sozialschädlichen, aber nicht mehr Strafe verdienenden Verhalten anzusiedeln. Daher gibt es sowohl außerstrafrechtlich als auch innerstrafrechtlich zu verortende Bagatellen. Die außerstrafrechtlich anzusiedelnden Bagatelldelikte werden hier als *absolute* Bagatellen, also als Verhaltensweisen, die generell keine strafrechtlichen Sanktionen nach sich ziehen dürfen oder sollen, bezeichnet,¹⁵ während die eigentlichen Bagatellstrafaten *relative* Bagatellen sind, bei denen durchaus eine (wenn auch relativ milde) innerstrafrechtliche Reaktion, auch hier allerdings im Einzelfall ggf. herunter bis zum bewussten Sanktionsverzicht, möglich oder nötig ist.

Bei der *Geringfügigkeit* eines Verhaltensnormverstoßes dürfte es um die Geringfügigkeit der Strafzumessungsschuld gehen,¹⁶ also um das (geringe) Ausmaß des verschuldeten Unrechts.¹⁷ Legt man eine primär generalpräventive Strafbegründung zugrunde, bei der allerdings die Strafe durch eine deontologisch verstandene Schuld nach oben begrenzt wird,¹⁸ dann hat das zur Folge, dass für die Geringfügigkeitsbeurteilung primär das Handlungs- und Erfolgsunrecht der Tat relevant ist. Daneben spielt die Strafbegründungsschuld (im Sinne individueller Verantwortlichkeit für die Tat) eine Rolle, die aber von der Regelform der Vollschuld ausgehend nur strafmildernd berücksichtigt werden kann; schulderhöhende Gesinnungsunwerte kann es nicht geben.¹⁹ Vor dem Hintergrund einer generalpräventiven Strafbegründung wird man dabei im Unrecht eine normative Antizipation des typischerweise durch eine Tat zu erwartenden Normgeltungsschadens²⁰ erblicken können. Diese Auffassung steht einer Deutung des Unrechts als Rechtsfriedensstörung²¹ oder Sozialschaden²² nahe.

Für die Beurteilung der Geringfügigkeit ist danach das Ausmaß der Verwirklichung einzelner, graduierbarer Tatbestandsmerkmale (z.B. das Ausmaß der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens bei der Körperverletzung gem. § 223 StGB), zudem das Ausmaß anderer graduierbarer, aber nicht im Tatbestand verankerter Unrechtslemente (z.B. der Wert der Sache bei § 303 StGB oder § 242 StGB) von Bedeutung. Auf einer höheren Wertungsstufe beeinflussen all diese einzelnen Merkmalsausprägungen die Bewertung des Erfolgs- oder des Handlungsunrechts. Zudem sind schuldmindernde Ausprägungen wiederum anderer Merkmale (z.B. Handeln aus wirtschaftlicher Not) in Rechnung zu stellen. Die Geringfügigkeit der Tat ergibt sich nun aus dem Zusammenspiel all dieser unrechts- und schuldbewertenden Umstände, wobei jeweils eine gewisse wechselseitige Kompensation stärkerer und schwächerer Ausprägungen

15 So auch Köhler 1997, 611 f.

16 Dreher 1974, 917; Nugel 2004, 165; ausführliche Herleitung bei Harrendorf 2018a.

17 Frisch ZStW 99 (1987), 349, 385; SSW/Eschelbach § 46 Rn. 74.

18 Aus Platzgründen kann das hier nur behauptet werden. Ausführliche Diskussion und Begründung in Harrendorf 2018a; immerhin kurze Begründung zudem in Harrendorf 2018b.

19 Wie hier Frisch ZStW 99 (1987), 349, 384; Greco 2009, 497; Hörrle 1999, 151; a.A. Gallas ZStW 67 (1955), 1, 45 f.; Schöneke/Schröder/Eisele 2014, Vor § 13 Rn. 119.

20 Grundlegend Welcker 1813, insbes. 265 f.; aus neuerer Zeit u.a. Jakobs 2004, 31 ff.; Kaspar 2014, 641 f.; Otto ZStW 87 (1975), 539, 586 f.

21 Kern ZStW 64 (1952), 255, 277; Lampe 1967, 227; anders zB Hörrle 1999, 207 ff.

22 Otto ZStW 87 (1975), 539, 562; Schünemann 2003, 185, 194.

dieser Verbrechenselemente stattfindet. Eine solche Kompensation findet darüber hinaus auch im Zusammenspiel der einzelnen das Erfolgsunrecht, das Handlungsunrecht und die Strafbegründungsschuld ausmachenden Teilelemente statt. Demzufolge wird hier davon ausgegangen, dass es sich bei der Geringfügigkeit um einen (komplexen, mehrstufigen) Typusbegriff²³ handelt.

Unter Annahme der Graduierbarkeit des Unrechts (und der Strafbegründungsschuld) ist auch der Bereich der Geringfügigkeit selbst graduierbar. Die Grenze zur absoluten Bagatelle sollte der Untergrenze der Tatbestandsmäßigkeit entsprechen, unterhalb derer sich nur noch Merkmalsgrade anfinden, die zu geringfügig sind, um dem Tatbestand zu unterfallen. Insofern umschreibt der Begriff der absoluten Bagatelle abgrenzend die nach abstrakten Kriterien vorab angebbaren Teilmengen entkriminalisierbarer Geringfügigkeit. Eine materielle Entkriminalisierung, um die es hier gehen soll, kommt also nur bei absoluten Bagatellen in Frage und ist dort zugleich geboten.²⁴

Fraglich ist nun noch, wie festgestellt werden kann, ob der Verstoß gegen eine bestimmte Verhaltensnorm in diesem Sinne als absolute Bagatelle anzusehen ist. Frisch hat zur Bestimmung der Grenzen des Strafrechts den Begriff der Strafadäquität vorgeschlagen.²⁵ Dieser eignet sich als Dachprinzip, das erlaubt, fort von einem vagen Abwägungsmodell zu einer konkreteren Grenzziehung zu gelangen und dabei neben quantitativen auch qualitative Momente berücksichtigen zu können.²⁶

Unterhalb dieses Dachs der Strafadäquität lassen sich dann drei unterschiedlich ausgerichtete, sich ergänzende Begrenzungsprinzipien identifizieren.²⁷ Zunächst geht es insofern um die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten überhaupt je ein Unrecht sein kann.²⁸ Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn ein Verhalten in den nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung fällt, der jeglicher staatlicher Kontrolle entzogen und unantastbar ist. Der Kernbereich ist auch im materiellen Strafrecht zu beachten,²⁹ evident durch Schwarzfahren oder Landdiebstahl aber nicht tangiert.

Als deontologische Schranke wäre zudem an das Schuldprinzip zu denken, das vom BVerfG wiederholt anerkannt und mit Verfassungsrang bedacht wurde,³⁰ aber natürlich auch und gerade einen spezifisch strafrechtlichen Gehalt aufweist.³¹ Das Schuldprinzip begrenzt die strafrechtliche Haftung auf das verschuldet Ausmaß des Unrechts. Verneint man, wie hier, separat schuldsteigernde Gesinnungsunwerte, geht es um eine Ankopplung an die Tatschwere, soweit sie von der persönlichen Verantwortlichkeit getragen wird. Das Schuldprinzip wirkt sich also als Prinzip der Tatproportio-

23 Ausführlich *Duttge* Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 103 ff.; *Puppe* 1989, 15 ff.

24 Näher *Harrendorf* 2018a.

25 Frisch 1993, 69, 81.

26 Zutreffend Frisch 1993, 69, 80 f.; näher *Harrendorf* 2018a.

27 Zur Herleitung und zu möglichen Alternativen ausführlich *Harrendorf* 2018a.

28 Vgl. Frisch 1993, 69, 82; *Kudlich* JA 2007, 90 (91).

29 BVerfGE 6, 389, 433; 39, 1, 42; 90, 145, 171; 120, 224, 239.

30 BVerfGE 123, 267, 413; 90, 145, 173; 80, 367, 378; 57, 250, 275.

31 Zu Unterschieden siehe zB *Kaspar* 2014, 267 f.

nalität³² aus. Schon bei der Aufstellung strafbewehrter Verhaltensnormen führt es dazu, dass diese jeweils schuldhaftes Verhalten zur Voraussetzung machen und zudem Strafrahmen vorsehen müssen, die – insbesondere relativ zu anderen Strafnormen – nicht den Bereich des Schuldangemessenen von vornherein verlassen.³³ Absolute Bagatellen sind also Taten, bei denen Kriminalstrafe generell die Tatproportionalität überschreitet.

Für alle konsequentialistischen Begrenzungsüberlegungen erscheint es hingegen angezeigt, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ausgangspunkt zu nehmen. Dabei erlaubt der hier vertretene Ansatz – entgegen der h.M.³⁴ – nicht, von einer partiellen Deckungsgleichheit von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Schuldprinzip im Strafrecht auszugehen. Während das Schuldprinzip als Tatproportionalitätsprinzip die Anlass-Folge-Relation zwischen Tat und Strafe auf ihre Angemessenheit bewertet, verfährt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend für die Zweck-Mittel-Relation zwischen Strafe und präventivem Ertrag (d.h.: dem durch die Tat zu erwartenden Ausmaß an Rechtsgüterschutz). Strafandrohung und Strafe sind daher nur insoweit angemessen, als sie sowohl tatproportional als auch verhältnismäßig sind. Es gilt ein Prinzip der Meistbegünstigung.³⁵

C. Entkriminalisierungsbedarf bei Beförderungerschleichung und Ladendiebstahl

Während der Ladendiebstahl weitestgehend unstreitig gem. § 242 StGB strafbar ist,³⁶ wird für ein Erschleichen von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB in der Literatur – zu Recht³⁷ – zumeist gefordert, dass der Täter oder die Täterin Kontroll- oder Sicherungsmaßnahmen ausschaltet oder umgeht.³⁸ Dies ist beim einfachen Schwarzfahren, d.h. dem bloßen Mitfahren ohne gültigen Fahrschein, gerade nicht der Fall. Allerdings sind die Rechtsprechung und Teile der Literatur anderer Meinung. Nach dieser Auffassung fällt die bloße fahrscheinlose Inanspruchnahme der Beförderungsleistung unter das Merkmal des „Erschleichens“, weil sich der Täter oder die Täterin dabei angeblich mit einem „Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens“ umgebe.³⁹ Insofern ergibt sich die Notwendigkeit, nicht nur beim Ladendiebstahl, sondern auch beim Schwarzfahren die Strafadäquität näher zu prüfen.

32 Grundlegend Hörmle 1999; Hirsch/Jareborg 1991.

33 Kaspar 2014, 268; Stree 1960, 9.

34 BVerfGE 95, 96, 140; 86, 288, 313; Appel 1998, 524 ff.; Lagodny 1996, 384 f.

35 Zutreffend Vormbaum ZStW 123 (2011), 660, 687.

36 Siehe aber Kaiser 1991.

37 Dies kann hier nicht vertieft werden; siehe aber Harrendorf 2018a und 2018b.

38 Albrecht NStZ 1988, 222, 224; Lattka 2010, 174; Eyers 1999, 45; vermittelnd: LK/Tiedemann 2012, § 265a Rn. 36, 47; Falkenbach 1983, 89 f.

39 BGHSt 53, 122; OLG Hamburg NStZ 1988, 221; Rengier 2018, § 16 Rn. 6.

I. Tatproportionalität

Zu berücksichtigen ist nach den oben erläuterten Grundlagen der Strafrechtsbegrenzung im Bagatellbereich zunächst der Tatproportionalitätsgedanke.

Insofern fragt sich, ob sich die Bagatellproblematik im Eigentums- und Vermögensstrafrecht ggf. generell mit einer Wertgrenze lösen ließe, ähnlich derer, wie sie aktuell für das Strafantragserfordernis gilt (z.B. § 248a StGB), aber mit aus dem Strafrecht ausgrenzender Wirkung.⁴⁰ Bekanntlich wird eine solche Wertgrenze häufiger gefordert,⁴¹ mindestens ebenso häufig aber auch abgelehnt.⁴² Entscheidende Argumente gegen eine Wertgrenze sind der „Schmerz der Grenze“, d.h. die erhebliche Ungleichbehandlung von Fällen knapp oberhalb und knapp unterhalb der Grenze,⁴³ aber auch der Einwand, dass der Unrechtsgehalt z.B. eines Diebstahls einer Sache von bestimmtem Wert durchaus mit den Bedingungen variiere, unter denen die Tat begangen worden sei.⁴⁴ In der Tat wird man zwar den Diebstahl eines Schokoriegels aus der Auslage eines Supermarktes als geringfügig einstufen können, hingegen nicht den Diebstahl des gleichen Riegels aus dem knappen Proviant einer Wanderin oder eines Wanderers in abgelegener Gegend.

Diese Bedenken werden noch plausibler, wenn man sie in Bezug dazu setzt, dass es sich, wie erörtert, bei der Geringfügigkeit um einen Typusbegriff handelt. Daher müsste eine allgemeine Wertgrenze, damit sie tatsächlich allen Fallgestaltungen gerecht wird, so beschaffen sein, dass kein unter der Wertgrenze liegender Fall realistisch denkbar ist, den eine Unrechtserhöhung aus dem Bereich der Geringfügigkeit expedieren würde. Dann aber müsste bei einer Abgrenzungsregel, die nur auf dieses Merkmal setzt, eine extrem niedrige Schwelle gewählt werden, um dieses Ergebnis zu erzielen. Der Sachwert bzw. das Ausmaß des Vermögensschadens ist jedenfalls als *alleiniges* Merkmal zur Ausgrenzung absoluter Bagatellen nicht geeignet.

Daher ist nach diesen Vorüberlegungen genauer zu klären, ob und warum das einfache Schwarzfahren (immer) nur geringfügiges Unrecht darstellt.⁴⁵ Insofern kann zunächst darauf abgestellt werden, dass das „Erschleichen“ ein graduierbares Merkmal darstellt, das ab einem gewissen Grad an täuschungsgleichem Vorgehen beim Zugang zu einem Verkehrsmittel zu bejahen ist. Das bloße Betreten des Verkehrsmittels ohne gültigen Fahrschein in der Absicht, den Fahrpreis nicht zu entrichten, weist insofern nur eine sehr geringe Intensität auf.

Ergänzend sind viktimologische Überlegungen für die Unrechtsbewertung relevant: So ist die Schutzwürdigkeit der Verkehrsbetriebe beim einfachen Schwarzfahren ohne Umgehung von Zugangssperren bzw. Kontrollen stark reduziert, weil sie aus Kosten-

⁴⁰ Dazu auch *Harrendorf* 2018a.

⁴¹ Siehe hier nur *Krümpelmann* 1966, 120f.; *Nugel* 2004, 180 ff.; *Rössner* 1976, 225.

⁴² Z.B. *Dölling* 1993, 3, 22; *Nauke* 1976, D89 ff.; *Roos* 1981, 310.

⁴³ *Dreher* 1974, 917, 929; *Nauke* 1976, D91.

⁴⁴ *Dreher* 1974, 917, 927 ff.; *Nauke* 1976, D90 f.; anders *Kunz* 1984, 219 f.

⁴⁵ Dazu auch *Harrendorf* 2018a und 2018b.

gründen auf an sich mögliche und zumutbare Schutzmaßnahmen verzichten.⁴⁶ In der Tat ist auffällig, dass in anderen Ländern Zugangskontrollsysteme im Öffentlichen Personennahverkehr weitaus verbreiteter sind als in Deutschland.⁴⁷ Zudem ist der weitgehende Verzicht auf Fahrkartenkontrollen im Bereich des gesamten Öffentlichen Personennahverkehrs ebenfalls eine durch finanzielle Überlegungen motivierte Entscheidung. Würden derartige Selbstschutzmaßnahmen umgesetzt, ließen sich damit nicht nur die Schwarzfahrquoten ganz erheblich senken, es wäre zudem sichergestellt, dass die verbleibenden Möglichkeiten, die Beförderungsleistung zu Unrecht unentgeltlich in Anspruch zu nehmen, entweder ein Umgehen bzw. Ausschalten von Zugangskontrollen oder - sperren oder gar ein unter § 263 und / oder § 267 StGB fallendes Verhalten erfordern würden.

Zu fragen wäre ergänzend, ob eine Wertgrenze für das Schwarzfahren einzuziehen wäre. Insofern stellt sich nämlich die oben generell erörterte Frage noch einmal mit umgekehrtem Vorzeichen: Vermag der *hohe* Wert einer Beförderungsleistung diese ausnahmsweise aus dem geringfügigen Bereich zu expedieren? Dies ist zu verneinen, da gerade bei hochwertigeren Fahrleistungen persönliche Kontrollen auch weiterhin stattfinden. Da sie zudem grundsätzlich möglich und zumutbar erscheinen und die allermeisten Fälle des einfachen Schwarzfahrens im höherpreisigen Fahrkartensegment von vornherein ausschließen, kann auf eine Wertgrenzenregelung insgesamt verzichtet werden.

Der Klärung bedarf nun noch, ob die absolute Bagatellhaftigkeit des einfachen Schwarzfahrens auch für Wiederholungstäter und -täterinnen gilt. Käme auch für diese Gruppe eine Entkriminalisierung in Frage, würde vermieden, dass sie irgendwann einmal wegen derartiger Bagatelltaten ins Gefängnis müssen. Dass dies eine reale Gefahr ist, zeigen die oben zitierten Zahlen zur Sanktionierung der Beförderungsschleichung. Darüber hinaus ergeben auch einzelne veröffentlichte Entscheidungen, dass selbst bei an sich sehr geringfügigen Taten Freiheitsstrafen für hartnäckige Wiederholungstäterinnen und -täter nicht generell für schlechthin unangemessen gehalten werden.⁴⁸

Demgegenüber beinhaltet der Tatproportionalitätsgedanke mit seiner Fokussierung auf das verschuldete Tatunrecht einen theorieimmanenten Grund zur weitgehenden Gleichbehandlung von Vorbestraften, weil aus ihm die Ablehnung separat schuldsteigernder Elemente (Gesinnungsunwerte) folgt. Insofern lässt sich auch die häufig vertretene Ansicht, nach der sich durch die Vorverurteilung(en) wegen der damit verbundenen Warnwirkung eine erhöhte Hemmschwelle aufbaue, deren Überwindung eine erhöhte Schuld bedeute,⁴⁹ nicht mit der hier zugrunde gelegten Auffassung vereinbaren. Damit könnte die wiederholte Tatbegehung nur berücksichtigt werden, wenn sie

46 Mahn 2005, 232 ff.; Eyers 1999, 47.

47 Darauf verweisen auch Lattka 2010, 176; Eyers 1999, 42.

48 Z.B. BVerfGE 50, 205, 215 f.; BGH NJW 2008, 672; OLG Hamburg NStZ-RR 2004, 72; tendenziell anders nur OLG Stuttgart NJW 2002, 3188.

49 BVerfGE 50, 125, 136; BGHSt 43, 106, 108; Horstkotte JZ 1970, 152, 153.

das Tatunrecht, hier das Handlungsunrecht, erhöht.⁵⁰ Dafür wird teils ein zweiter Pflichtenverstoß konstruiert, der in dem Unterlassen „wertorientierter Charakterbildung“ zu sehen sei.⁵¹ Indessen bleibt es dabei, dass auch für Vorbestrafte nur die strafbewehrte Verhaltensnorm selbst Konformität verlangt.⁵² Weiterhin wird man bei vielen einschlägig Vorbestraften auch nicht behaupten können, sie lehnten sich mit ihrer Tat gegen die Rechtsordnung auf.⁵³ Gerade die häufig eher aus innerer Haltlosigkeit denn aus Rebellion begangene Bagatelltat imponiert nicht als ein Akt solcher „Auflehnung“.⁵⁴

Strafschärfungen aufgrund von Vorstrafen widersprechen mithin der Tatproportionalitätslehre.⁵⁵ Daraus ist zu folgern, dass eine materielle Entkriminalisierungsregelung auch einschlägig Vorbestrafte mit umfassen muss.⁵⁶ Danach erscheint das einfache Schwarzfahren als insgesamt absolut geringfügiges Delikt.

Dieser Eindruck absoluter Geringfügigkeit wird noch durch eine Konsistenzewägung⁵⁷ gestützt: Die schlichte unentgeltliche Inanspruchnahme einer an sich entgeltlichen Beförderungsleistung bei Abwesenheit von Präventivkontrollen ähnelt der Situation des vorsätzlichen Parkens ohne Parkschein auf gebührenpflichtigen Parkplätzen,⁵⁸ eine solche Tat ist aber nur eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Nr. 13 iVm § 13 Abs. 1 S. 1 StVO.

Es fragt sich weiterhin, ob beim Ladendiebstahl oder bestimmten Erscheinungsformen des Ladendiebstahls genügend Besonderheiten im Vergleich zum „normalen“ Diebstahl identifizierbar sind, um diesen Teilbereich als *immer* geringfügig aus § 242 StGB auszgrenzen.⁵⁹ Dabei dürfte auf der Hand liegen, dass jedenfalls die in §§ 243, 244, 244a StGB vertypeten Unrechtssteigerungen eine Bewertung einer Tat als *generell* geringfügig ausschließen. Bei § 243 StGB gilt dies auch in den Fällen des Abs. 2, d.h. bei geringwertigen Sachen, und zwar schon allein deshalb, weil die *Geringwertigkeit* der Sache allein ohnehin keine *Geringfügigkeit* des Delikts begründen kann (so).

Nach zutreffender h.M. kann und soll ein elektronisches Sicherungsetikett nicht vor Wegnahme sichern, sondern nur durch Auslösung eines Alarms beim Passieren von Kontrollschieleusen die Wiedererlangung des Gewahrsams erleichtern;⁶⁰ § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB ist insofern nicht verwirklicht. Es fragt sich, inwieweit die Wegnahme von Ware, die mit einem elektronischen Sicherungsetikett versehen ist, dennoch unrechtserhöhend wirken kann. Insofern ist zu differenzieren: Erkennt ein*^e Täter* in die

50 Dafür BGHSt 25, 64; BGH StV 1991, 64; Armin Kaufmann 1954, 212; Köhler 1997, 604.

51 So explizit Kaufmann 1954, 212; ähnlich Köhler 1997, 604.

52 Zutreffend Hörnle 1999, 162.

53 So aber Frisch 2000, 269, 291 f.; wie hier Kunz 2011, 135, 142.

54 Zutreffend Köhler JZ 1989, 697, 699.

55 So auch Hörnle 1999, 164; Schünemann, 2003, 185, 195.

56 Anders hingegen BT-Drs. 12/6484 vom 12.12.1993; dazu ausführlich Eyers 1999, 246 ff.

57 Zu solchen Erwägungen auch Frisch 1993, 69, 88 ff.

58 So nun auch ausdrücklich BT-Drs. 19/1115, 5.

59 Auch dazu näher Harrendorf 2018a.

60 OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002; Rengier 2018, § 3 Rn. 30; SSW-StGB/Kudlich 2017, § 243 Rn. 19; a.A. Nugel 2004, 195.

Sicherung nicht, kann sich das Sicherungsetikett im Ergebnis nicht unrechtserhöhend auswirken. Doch auch das bewusste Stehlen von Ware mit intaktem Sicherungsetikett ist nicht unrechtserhöhend; eher würde man von einer Unrechtsminderung ausgehen müssen, weil es unwahrscheinlicher ist, dass ein*e Täter*in einer solchen Tat gesicherten Gewahrsam erlangen wird. Entfernt der Täter hingegen das Sicherungsetikett oder macht es unbrauchbar, hat die Rechtsprechung teils einen unbenannten besonders schweren Fall des Diebstahls für möglich gehalten.⁶¹ In der Tat dürfte hierin jedenfalls ein erhöhtes Handlungsunrecht zu erblicken sein, dass die Bewertung als absolute Bagatelle ausschließt.

Zudem lässt sich der Begriff des Gewahrsams, der einerseits von der objektiven tatsächlichen Sachherrschaft, andererseits von dem Herrschaftswillen der Inhaberin bzw. des Inhabers der Sachherrschaft abhängig ist,⁶² als graduierbares Merkmal begreifen. Diese Vorstellung liegt auch dem Begriff der Gewahrsamslockerung⁶³ zugrunde. Gewahrsamslockerungen sind in verschiedenen Intensitätsgraden denkbar. Dabei steht auf der einen Seite der Skala der „feste“, völlig ungelockerte Gewahrsam, auf der anderen Seite der völlige Gewahrsamsverlust. Vor diesem Hintergrund bewirkt ein Verkaufsmodell, das darauf abzielt, dass Kunden sich die Waren selbst nehmen, schon als solches eine Verringerung der Intensität der tatsächlichen Sachherrschaft. Dies ergibt sich ergänzend daraus, dass – anders als sonst beim Zugriff auf fremde Sachen⁶⁴ – das *Nehmen* der Sache als solches nicht erkläруngsbedürftig ist (erst das *Einstecken* in die Jacke o.ä. wäre es).

Zudem ist für die Unrechtsbewertung zu berücksichtigen, dass Ladeninhaber*innen die Waren gerade zum *Verkauf* im Geschäft ausstellen. Sie sind also – anders als beim Normalfall des Diebstahls – durchaus bereit dazu, an Kund*innen Gewahrsam zu übertragen und ihnen Eigentum zu verschaffen. Das führt zu einer Minderung des Erfolgsunrechts der Tat, weil der Täterin oder dem Täter nicht insgesamt vorzuwerfen ist, dass sie oder er etwas gegen fremden Willen in Zueignungsabsicht genommen hat, sondern insbesondere, dass sie oder er dies ohne zu bezahlen getan hat.⁶⁵ Der Ladendiebstahl ist insofern einem reinen Vermögensdelikt angenähert.⁶⁶ Zudem tangiert aus den genannten Gründen die Wegnahme auch – anders als bei manchen anderen Diebstählen – nicht die Persönlichkeitssphäre des Opfers.⁶⁷

Während oben einer *generellen* Wertgrenze für Eigentums- und Vermögensdelikte eine Absage erteilt wurde, ist andererseits klar, dass der Sachwert durchaus ein das Erfolgsunrecht der Tat bewertendes Merkmal darstellt,⁶⁸ so dass noch zu klären ist, ob man *ergänzend* auf die Sachwerte abstehen sollte. Jedoch ist auch insofern zu beden-

61 OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002; OLG Stuttgart NStZ 1985, 76.

62 Rengier 2018, § 2 Rn. 23.

63 Vgl. Nugel 2004, 197 f.; Rengier 2018, § 2 Rn. 60.

64 Vgl. Gössel ZStW 85 (1973), 591, 635 mit Beispiel.

65 Vogler ZStW 90 (1978), 132, 160; Roos 1981, 324.

66 So auch Arzt 1979, 9, 16.

67 Vogler ZStW 90 (1978), 132, 160.

68 Hörmle 1999, 239 ff.

ken, dass aufgrund der Typusnatur des Geringfügigkeitsbegriffs die Gefahr einer Wertgrenze darin liegt, dass die Schwelle im Einzelfall dem Unrechtsgehalt der Tat nicht gerecht wird.⁶⁹ Für den vollständigen Verzicht auf eine Wertgrenze auch beim Ladendiebstahl spricht ergänzend – ähnlich der Argumentation bei der Beförderungserschleichung –, dass bei teureren, aber leicht einsteckbaren Sachen bereits jetzt zur Sicherung darauf geachtet wird, die Ware einzuschließen, am Regal anzubinden oder gleich nur die Umverpackung ins Regal zu stellen und die Ware erst an der Kasse herauszugeben. Wenn dies bei kleiner, aber teurer Ware nicht geschieht, kann dies durchaus die wertbedingte Unrechtssteigerung partiell kompensieren. In der Tat ist denn auch die unrechtsmindernde Relevanz unangemessen unvorsichtigen Verhaltens des Opfers anerkannt.⁷⁰

II. Verhältnismäßigkeit

Zu überprüfen ist der Entkriminalisierungsbedarf sodann am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der hier primär in einer strafrechtsinternen Weise und als Optimierungsgebot⁷¹ verstanden wird.⁷² Damit aber sind die hier anzustellenden Verhältnismäßigkeitsüberlegungen zugleich darauf gerichtet, den weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum, der dem Gesetzgeber insbesondere aus einer verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive zuzugestehen ist,⁷³ möglichst weitgehend aus einer strafrechtsinternen Perspektive in Richtung auf ein vorzugswürdiges Lösungsmodell zu verengen. Der Sache nach ist dies eine grundrechtsorientierte, im Ergebnis aber regelgeleitet-kriminalpolitische Vorgehensweise.⁷⁴ Verfassungsrechtliche Verbindlichkeit wird damit nicht behauptet. Angesichts der konkreten Art und Weise, in der das BVerfG seine Kontrollaufgabe im materiellen Strafrecht wahrnimmt, lässt sich sogar recht sicher prognostizieren, dass das Gericht nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit von Strafdrohung und Strafverhängung für das einfache Schwarzfahren oder den Ladendiebstahl gelangen würde.⁷⁵ Andererseits sähe das BVerfG auch nicht das Untermaßverbot verletzt, wenn ein solches Bagateldelikt entkriminalisiert würde.⁷⁶

Verhältnismäßigkeit erfordert die Ausrichtung der Norm auf einen legitimen Zweck sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Norm mit Bezug auf diesen Zweck. Weder für das Schwarzfahren noch für den einfachen Ladendiebstahl ist an der Legitimität des Zwecks des Vermögens- bzw. Eigentumsschutzes oder der Geeignetheit von Strafdrohung und -verhängung, über generalpräventive Effekte zum

⁶⁹ Vgl. auch *Nugel* 2004, 184.

⁷⁰ *Hillenkamp* 1983, 18 f.; *Hörnle* 1999, 290 ff.

⁷¹ Vgl. *Alexy* 1986, 100 ff.

⁷² Ausführlich *Harrendorf* 2018a.

⁷³ BVerfGE 120, 224, 240 f.; 90, 145, 172 f.; *Hörnle* 2005, 23 ff.

⁷⁴ S.a. *Lagodny* 1996, 511 ff.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 50, 205, 213.

⁷⁶ BVerfGE 51, 60, 74; 50, 205, 212; ebenso *Lagodny* 1996, 447 f.

Rechtsgüterschutz beizutragen, zu zweifeln.⁷⁷ Es fragt sich aber, ob Strafe bei beiden Delikten zum Rechtsgüterschutz erforderlich ist. Daran fehlt es dann, wenn ein gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Zweckerreichung existiert.

Vergleicht man die Eingriffsintensität des *Ordnungswidrigkeitenrechts* mit demjenigen des Strafrechts speziell für Bagatelldelikte, ist zugrunde zu legen, dass Bagatellverstöße im Strafrecht häufig in den Anwendungsbereich von § 153 StPO fallen und entsprechende Verfahren dann völlig sanktionslos eingestellt werden. Demgegenüber ist bei einer Entkriminalisierung ins Ordnungswidrigkeitenrecht anzunehmen, dass eine (geringe) Sanktionierung auch bei Ersttäterinnen und -tätern häufiger erfolgen würde. Anderseits aber ist in Rechnung zu stellen, dass (einschlägig) Vorbestrafte im Strafrecht, so wie es praktisch angewendet wird, mit weitaus weniger Nachsicht rechnen können. Insbesondere kennt das Ordnungswidrigkeitenrecht keine freiheitsentziehende Sanktion, auch nicht als Ersatzsanktion bei Uneinbringlichkeit (§ 96 OWiG sieht nur eine in der Regel auf max. sechs Wochen befristete Erzwingungshaft für Zahlungsunwillige vor).

Für den Vergleich der Eingriffsintensität der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm kommt noch hinzu, dass die parallele Androhung von Freiheitsstrafe selbst bei bisher unbestraften Personen immer eine gewisse Restunsicherheit zurücklässt, ob es nicht doch selbst wegen einer ggf. in Erwägung gezogenen Bagatelltat zu einer Freiheitsstrafe kommen könnte. Es ist also zusätzlich die Abhängigkeit aller generalpräventiven Effekte von subjektiven Einschätzungen zur Sanktionshöhe und -wahrscheinlichkeit in Rechnung zu stellen. Hinzukommt die geringere stigmatisierende Wirkung eines Verstoßes gegen das Ordnungswidrigkeitenrecht und der Unterschied in den Sanktionsrahmen von Geldbuße einerseits und Geldstrafe andererseits. Nach alldem aber erscheint das Strafrecht auch bei der Sanktionierung von Bagatellen als insgesamt eingeschränkter als das Ordnungswidrigkeitenrecht.

Auch aus den geringeren Verfahrenssicherungen des Ordnungswidrigkeitenrechts kann kein Einwand gegen dessen größere Milde im Kontext der Bagatelldelinquenz hergeleitet werden.⁷⁸ Zu vergleichen wäre insofern (auch und gerade) mit einem Vorgehen nach §§ 153, 153a StPO, das nicht gerade durch besonders strenge Verfahrenssicherungen auffällt. Zudem ist in Rechnung zu stellen, dass nach einer Entkriminalisierung ins Ordnungswidrigkeitenrecht im Gegenzug nur noch moderate Sanktionen möglich wären.⁷⁹

Es fragt sich jedoch zudem, ob auch eine zivilrechtliche Lösung als milderes Mittel in Frage käme. Insofern ist zunächst festzustellen, dass es durchgängige Praxis ist, bei Schwarzfahrerinnen und Schwarzfahrern ein erhöhtes Beförderungsentgelt zu erheben. Dieses beträgt bis zu 60 € bzw. dem Doppelten des Fahrpreises für die einfache Fahrt. Rechtsgrundlage sind die Beförderungsbedingungen der Verkehrsunternehmen und/oder im Eisenbahnverkehr § 12 Abs. 2 S. 1 EVO bzw. im Straßenbahn- und Bus-

77 Zur Geeignetheit siehe auch Hörnle 2005, 37 f.

78 So aber tendenziell Wohlers 2006, 54, 63 f.

79 IE wie hier Staechelin 1998, 155.

verkehr § 9 Abs. 2 BefBedV. Dabei lassen es die Verkehrsbetriebe in der Regel bewenden und zeigen nur wenige der ohne Fahrschein Erwischten zusätzlich an.⁸⁰

Da Schwarzfahren zudem ein reines Kontrolldelikt ist und nur durch die Verkehrsbetriebe selbst zur Anzeige gebracht werden dürfte, ist festzuhalten, dass *de lege lata* die Strafsanktion immer *neben* ein ohnehin verhängtes erhöhtes Beförderungsentgelt tritt. Insofern kommt es nicht entscheidend darauf an, ob das bei jeder Schwarzfahrt drohende und im Entdeckungsfall erhobene erhöhte Beförderungsentgelt milder wäre als die Strafbewehrung und ggf. Strafe *allein*, vielmehr stellt sich nur die Frage, ob es *allein* milder wäre als in Verbindung mit Strafe. Die zuletzt gestellte Frage ist evident zu bejahen.

Trotz der praktisch durchgängigen Erhebung des erhöhten Beförderungsentgelts bei grundsätzlich allen Schwarzfahrerinnen und Schwarzfahrern ist dessen alleinige Erhebung indessen nicht gleich geeignet wie eine Kombinationslösung. Der *kumulative* Einsatz von Strafe (bzw. Buße) und erhöhtem Beförderungsentgelt dürfte zum Rechtsgüterschutz besser geeignet sein als die isolierte Erhebung nur des erhöhten Beförderungsentgelts.⁸¹ Insbesondere greifen Straf- oder Ordnungswidrigkeitennormen gerade auch in den Fällen, in denen eine Zahlung des erhöhten Beförderungsentgelts unterbleibt. Zudem ist auch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, dass die zusätzlich angedrohte staatliche Sanktion einen grundsätzlich stärkeren generalpräventiven Effekt hat. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach der wohl herrschenden Auffassung das erhöhte Beförderungsentgelt gegenüber Minderjährigen nicht erhoben werden kann.⁸²

Ähnlich kann man für den Ladendiebstahl argumentieren: Auch wenn man davon ausgeht, dass es zivilrechtlich zulässig ist, eine ausgelobte, angemessene Fangprämie von der Täterin oder dem Täter im Wege des Schadensersatzes erstattet zu verlangen,⁸³ ist eine Gleicheignung abzulehnen, weil die Einzelhandelsunternehmen jedenfalls eine Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche im Klagewege angesichts des damit verbundenen Aufwands sowie des Risikos der Zahlungsunfähigkeit der Täterin oder des Täters nicht unbedingt in Angriff nehmen werden. Zudem wird nicht überall überhaupt eine Fangprämie ausgelobt werden.

Schließlich ist auch hier zu berücksichtigen, dass die Fangprämie auch derzeit und daher ggf. *neben* einer Strafe verlangt wird und verlangt werden kann;⁸⁴ insofern gelten die Überlegungen zum Schwarzfahren hier entsprechend.

Daher geht es also insbesondere um die Frage, ob eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Lösung gleich geeignet sein kann. Die gleiche Eignung wird insofern zumeist recht pauschal unter Hinweis auf einen immer denkbaren präventiven Vorsprung der am

80 Siehe zB Berliner Abgeordnetenhaus Drs. 17/14246, 2.

81 Vgl. Kaspar 2014, 415; Hörnle 2005, 38.

82 So zB AG Jena NJW-RR 2001, 1469; AG Bonn Transportrecht 1993, 36; anders AG Köln NJW 1987, 447; Lattka 2010, 138.

83 So die überwiegende Meinung, z.B. BGHZ 75, 230; Nugel 2004, 107; anders aber Zimmermann JZ 1981, 86, 88.

84 Nugel 2004, 107 f.

stärksten eingreifenden Lösung abgelehnt.⁸⁵ Dieses Argument scheint *prima facie* auch kaum widerlegbar, wenn und soweit alternative Lösungen noch nicht ausprobiert wurden, da man dann über deren Eignung zum Rechtsgüterschutz im speziell in den Blick genommenen Bereich nur spekulieren kann.⁸⁶ Allerdings überrascht die geringe Differenziertheit der Argumentation, wenn man sich vor Augen hält, dass es für die Abschreckungsfunktion der Sanktionsdrohung nicht primär auf die Sanktionshöhe, sondern auf die (subjektiv antizipierte) Entdeckungs- und Sanktionswahrscheinlichkeit ankommt.⁸⁷ Zudem zeigen Metaanalysen, dass auch administrative Sanktionen abschreckend wirken, nicht allein Strafsanktionen.⁸⁸

Nimmt man ergänzend die konkrete Ausgestaltung des Bagatellstrafrechts in den Blick, bei der insbesondere auf Bagatellstraftaten von Ersttäterinnen und Ersttätern häufig nur eine folgenlose Einstellung folgt, ist naheliegend, dass *diese* Reaktion, wenn sie denn so auch von einer tatgeneigten Person antizipiert wird, nicht abschrecken kann.

Auch für die positive Generalprävention kommt es jedenfalls im Bagatellbereich nicht auf eine bestimmte Sanktionshöhe an.⁸⁹ Aus alldem aber folgt, dass sich der präventive Vorsprung des Strafrechts hier empirisch gerade *nicht* belegen lässt. Die vorhandenen Ergebnisse lassen sich eher in die Richtung deuten, dass bei Bagatellstraftaten von einer Gleicheignung der mildernden ordnungswidrigkeitenrechtlichen Lösung ausgegangen werden kann. Aus grundrechtsorientierter kriminalpolitischer Sicht ist Strafe im (absoluten) Bagatellbereich daher nicht, auch nicht für das Schwarzfahren oder den einfachen Ladendiebstahl, erforderlich.⁹⁰

D. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass unter Zugrundelegung des hier vertretenen Begrenzungsansatzes Strafe für die einfache Beförderungserschleichung (Schwarzfahren) und den einfachen Ladendiebstahl aus einer grundrechtsoptimierenden kriminalpolitischen Perspektive nicht erforderlich und eine Lösung im Ordnungswidrigkeitenrecht vorzuziehen ist. Es hat sich zudem gezeigt, dass es sich bei beiden Delikten auch aus einer primär am Tatunrecht orientierten, tatproportionalen Perspektive um absolute Bagatellen handelt, d.h. um Verhaltensweisen, für die Strafe niemals adäquat ist. Dies gilt unabhängig vom Wert der Beförderungsleistung bzw. der Sache und von etwaigen einschlägigen Vorstrafen. Beim Schwarzfahren bestünde ein Entkriminalisierungsbedarf dennoch eigentlich nicht, weil bereits die Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB

85 Kaspar 2014, 421 f.; generell Lagodny 1996, 180.

86 Hörmle 2005, 38.

87 Siehe zB Dölling u.a. 2011, 315 ff.; Hirsch u.a. 1999.

88 Dölling u.a. 2011, 315, 340, 349, 358.

89 Siehe zB Funk American Law and Economics Review 9 (2007), 135, 155; Killias 1985, 257, 263 ff.; ausführlich Harrendorf 2018a.

90 Aus einer verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive hingegen wäre selbst an der Angemessenheit von Strafe nicht zu zweifeln; näher Harrendorf 2018a.

ergibt, dass das bloße Nutzen eines öffentlichen Verkehrsmittels ohne gültigen Fahrschein kein tatbestandsmäßiges „Erschleichen“ darstellt. Dennoch sollte § 265a Abs. 1 zur Klarstellung um den Einschub „unter Umgehung oder Ausschaltung von den Zugang hindernden Kontrollen oder Sperren“ vor „in der Absicht erschleicht“ ergänzt werden. Aus § 242 StGB sollten Ladendiebstähle von im Selbstbedienungsmodus angebotener Ware ausgegrenzt werden, wenn die Tat kein Regelbeispiel oder Qualifikationsmerkmal erfüllt, die Annahme eines Regelbeispiels auch nicht allein an § 243 Abs. 2 StGB scheitert und die Täterin oder der Täter zudem kein Sicherungsetikett zerstört oder unbrauchbar gemacht. Daneben sollten in das Ordnungswidrigkeitenrecht Regelungen aufgenommen werden, die das Schwarzfahren bzw. den einfachen Ladendiebstahl erfassen. Ob es neben einer solchen Regelung beim Schwarzfahren auch weiterhin eines erhöhten Beförderungsentgelts bedarf, muss hier nicht vertieft werden.⁹¹

Natürlich wird man sich auch fragen müssen, ob gerade bei der teils in schwierigen sozialen Verhältnissen lebenden Klientel der wiederholt wegen kleiner Bagatelldelikte auffälligen Personen monetäre Sanktionen überhaupt Sinn ergeben. Allerdings führen die Strukturen des Ordnungswidrigkeitenrechts mit seinem Verzicht auf eine freiheitsentziehende (Ersatz-)Sanktion und der Kopplung der Erzwingungshaft an Zahlungsunwilligkeit jedenfalls schon zu einer Verbesserung der Verhältnisse auch für diese Gruppe. Ob man zudem das Ordnungswidrigkeitenrecht auch bei Erwachsenen nach Art des § 98 OWiG durch Alternativen zur Geldbuße erweitern sollte, kann hier nicht vertieft werden, lohnt aber eine nähere Betrachtung.

Literatur

Albrecht Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 3.6.1987 - 1 Ss 67/87, in: NStZ 1988, 222–224

Alexy (1986) Theorie der Grundrechte

Appel (1998) Verfassung und Strafe

Arzt (1979) Entkriminalisierung des Ladendiebstahls, in: Schoreit (Hrsg.), Problem Ladendiebstahl: Moderner Selbstbedienungsverkauf und Kriminalität, 9–17

Dölling (1993) Die Behandlung der Kleinkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland (alte Bundesländer), in: Lampe (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. I: Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität, 3–25

Dölling / Entorf / Hermann / Rupp (2011) Meta-analysis of Empirical Studies on Deterrence, in: Kury / Shea (Hrsg.), Punitivity: International Developments, Band 3, 315–378

Dreher (1974) Die Behandlung der Bagatellkriminalität, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Welzel, 917–940

91 Zur Kritik an diesem *Harrendorf* 2018a mwN.

- Duttge (2003) Zum typologischen Denken im Strafrecht, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 103–126
- Eyers (1999) Die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens in den sog. „Einmalfällen“
- Falkenbach (1983) Die Leistungserschleichung (§ 265a StGB)
- Frisch Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil I), ZStW 99 (1987), 349–388
- Frisch (1993) An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper / Welp (Hrsg.), Festschrift für Stree und Wessels, 69–106
- Frisch (2000) Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Roxin / Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 269–308
- Funk Is There An Expressive Function of Law?, in: American Law and Economics Review 9 (2007), 135–159
- Gallas Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW 67 (1955), 1–47
- Greco (2009) Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie
- Harrendorf (2018a; im Erscheinen) Absolute und relative Bagatellen: Grenzen des Strafrechts bei geringfügiger Delinquenz
- Harrendorf (2018b; im Erscheinen) Zur Adäquität von Strafe bei der Beförderungser-schleichung, in: Dünkel u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Joecks, 97–116
- Hillenkamp (1983) Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat
- Hirsch / Bottoms / Burney / Wikström (1999) Criminal Deterrence and Sentence Severity
- Hirsch / Jareborg (1991) Strafmaß und Strafgerechtigkeit
- Hörnle (1999) Tatproportionale Strafzumessung
- Hörnle (2005) Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus
- Horstkotte Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung, in: JZ 1970, 152 ff.
- Jakobs (2004) Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck
- Kaiser (1991) Opferverantwortung und Täter(Sonder)Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte
- Kaspar (2014) Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht

Kaufmann (1954) Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie

Kern Grade der Rechtswidrigkeit, in: ZStW 64 (1952), 255–291

Killias (1985) Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltensgegenüber neuen Normen, in: *Lampe* (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 257–272

Köhler Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 21.7.1988 - RReg. 3 St 103/88, in: JZ 1989, 697–699

Köhler (1997) Strafrecht Allgemeiner Teil

Krümpelmann (1966) Die Bagateldelikte

Kudlich An den Grenzen des Strafrechts, in: JA 2007, 90–95

Kunz (1984) Das strafrechtliche Bagatellprinzip

Kunz (2011) Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 135–150

Łagodny (1996) Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte

Lampe (1967) Das personale Unrecht

Lattka (2010) Fahren ohne (gültigen) Fahrausweis

Laufhütte / Rissing-van Saan / Tiedemann (Hrsg.) (2012) Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Bd. 9, Teilband 1, 12. Aufl.

Leitmeier Ein starker Rechtsstaat gegen Schwache?, in: Legal Tribune Online, 24. März 2018, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/aufhebung-bagatellgrenze-diebstahl-baden-wuerttemberg-vertrauen-rechtsstaat/>, letzter Abruf: 8.7.2018

Lobitz / Wirth Wer ist inhaftiert und warum?, in: FS 2018, 16–19

Mahn (2005) Paradigmenwechsel im Recht der Beförderungserschleichung § 265a Abs. 1, 3. Alt. StGB

Matt / Schwiers Das „Stadtticket Extra“ in Bremen, in: FS 2018, 32–33

Naucke (1976) Gutachten D für den 51. Deutschen Juristentag

Nugel (2004) Ladendiebstahl und Bagatellprinzip

Otto Personales Unrecht, Schuld und Strafe, in: ZStW 87 (1975), 539–597

Puppe (1989) Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in: *Dornseifer u.a.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 15–34

Rengier (2018) Strafrecht Besonderer Teil, Band I, 20. Aufl.

Roos (1981) Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts

Rössner (1976) Bagateldiebstahl und Verbrechenskontrolle

Satzger / Schluckebier / Widmaier (2016) Strafgesetzbuch: Kommentar, 3. Aufl.

TITEL: ENTKRIMINALISIERUNG

Schönke / Schröder (2014) Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl.

Schünemann (2003) Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität, in: Frisch u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität, 185–197

Staechelin (1998) Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat

Stree (1960) Deliktsfolgen und Grundgesetz

Vogler Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, in: ZStW 90 (1978), 132–172

Vormbaum Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik, in: ZStW 123 (2011), 660–690

Welcker (1813) Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe

Wohlers (2006) Strafrecht als ultima ratio - tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eignen Aussagegehalt?, in: Hirsch u.a. (Hrsg.), Mediating principles, 54–69

Zimmermann Schadensbemessung nach Billigkeit: Die Entscheidungen des BGH zum Ladendiebstahl und zur fehlgeschlagenen Familienplanung, in: JZ 1981, 86–90

Kontakt:

Prof. Dr. Stefan Harrendorf

Lehrstuhl für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozessrecht und vergleichende Strafrechts-wissenschaften

Universität Greifswald

Domstraße 20

17489 Greifswald

stefan.harrendorf@uni-greifswald.de