

„Junges Publizieren“

Wissenschaftliche Hausarbeit von

Carolin Waldmann

**Neue Strafformen und alternative Sanktionen im Konflikt
mit dem Gleichheitsgebot**

Betreuer und Erstkorrektor: RiAG Dr. Cornelius Trendelenburg

Zweitkorrektor: Prof. Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittitz

Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main

Fachbereich Rechtswissenschaft

Abgabedatum: 14.9.2020, aktualisierte Fassung vom 11.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung und Gang der Untersuchung.....	3
II. Überblick zu neuen Strafformen und alternativen Sanktionen	3
1. „Zweispurige Ausgestaltung“ des deutschen Sanktionensystems	3
2. Neue Strafformen und alternative Sanktionen als Ergänzung des bisherigen Strafsystems.....	4
a) Entwicklung von neuen Strafformen und alternativen Sanktionen	5
b) Kriterien von neuen Strafformen und alternativen Sanktionen	6
c) Kriminologische Perspektive auf alternative Sanktionen	7
aa) Kriminalstatistiken und Gefangenenrate	7
bb) Effektivität von alternativen Sanktionen und ihre möglichen Nachteile.....	8
3. Beispiel und Exkurs für den weiteren Gang der Untersuchung	11
III. Das Gleichheitsgebot und die (neuen) Formen von Strafe.....	11
1. Verfassungsrechtliche Aspekte des allgemeinen Gleichheitssatzes	11
a) Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG	11
b) Rechtfertigung und Rechtsfolgen einer Ungleichbehandlung	12
c) Strafrechtliche Besonderheiten des Gleichheitssatzes	14
2. Beachtung des Gleichheitsgebots bei (neuen) Formen von Strafe	15
a) Begriff von Strafe und verschiedene Ebenen der Sanktionierung	15
aa) Verschiedene Definitionsansätze des Strafbegriffs	15
bb) Verschiedene Ebenen der strafrechtlichen Sanktionierung	16
b) Konflikte zwischen (alternativen) Strafe(n) und dem Gleichheitsgebot	17
aa) Konfliktfelder zwischen Strafe und Gleichheit auf formeller Ebene.....	17
(1) Beachtung des Schuldprinzips und Individualisierung der Strafe.....	17
(2) Vergleichbarkeit des Strafübels und gerechte Auswahl der Strafe	18
bb) Konfliktfelder zwischen Strafe und Gleichheit auf materieller Ebene.....	20
(1) Konflikte und Ungleichheiten bei der Praxis der Freiheitsentziehung	21
(2) Konflikte und Ungleichheiten bei der Praxis der Geldstrafe	21
(3) Konflikte und Ungleichheiten durch den Föderalismus	22
3. Kriterien für die Beachtung des Gleichheitsgebots und Schema für die Beispielsuntersuchung	22
IV. Untersuchung des Fahrverbots als Nebenstrafe auf Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot	23
1. Ausgestaltung des Fahrverbots de lege lata	23
2. Intendierte Wirkung des Fahrverbots und mögliche nachteilige Folgen	25
a) Intendierte Wirkung und mögliche Vorteile des Fahrverbots	25
b) Mögliche nachteilige Folgen des Fahrverbots	27
3. Auswirkungen von Ungleichbehandlungen und Rechtfertigung.....	28
a) Auswirkungen von Ungleichbehandlungen durch das Fahrverbot	28
b) Möglichkeit der (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung	29
4. Steht das Fahrverbot im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot?	32
5. Exkurs: Vereinbarkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel der Besserung und Sicherung mit dem Gleichheitsgebot.....	32

V. Neue Strafformen und alternative Sanktionen im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot? – ein Fazit..	33
VI. Vermehrte Strafgerichtsbarkeit anhand von Reformen	33
1. <i>Reform des Fahrverbots als verkehrsbezogene Strafe</i>	33
2. <i>Reform durch einen Ausbau der gemeinnützigen Arbeit</i>	34
VII. Fazit und Schlussbetrachtung	35

I. Einführung und Gang der Untersuchung

Diese Arbeit untersucht, ob alternative Sanktionen oder neue Strafformen die Verurteilten ungleicher (be)treffen als die Verhängung der Hauptstrafen. Vielfach wurden alternative Sanktionen dahingehend kritisiert, dass ihre Auswirkungen je nach Person sehr unterschiedlich sind, wobei die Freiheitsstrafe im Gegensatz hierzu eine Strafe mit Gleichheitsgarantie sei und dies bei der Geldstrafe schon nicht mehr so eindeutig wäre. Zu analysieren ist, ob und inwieweit Konflikte mit dem Gleichheitsgebot auftreten und wie diese in Relation zu den Gleichheits- und Gerechtigkeitsaspekten von Strafe überhaupt stehen. Zusätzlich wird dies anhand des Fahrverbots als Nebenstrafe (§ 44 StGB) und einem Exkurs zur Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel (§ 69 StGB) erörtert.

Es verbietet sich ein rein „strafrechtsdogmatisches Glasperlenspiel“¹, das nur die rechtlichen Voraussetzungen der Sanktionen behandelt, da Strafen die tiefgreifendsten Eingriffe in die Rechtsstellung und Grundrechte des Verurteilten darstellen. Strafrechtliche Reaktionsmittel gehören zu den schärfsten Mitteln des Staates.² Kriminologische Aspekte müssen demnach bei den Folgen von (alternativen) Sanktionen mitbedacht werden, denn die Auswirkungen durch Straftaten und die anschließende Strafe betreffen die Gesellschaft in ihren Grundvoraussetzungen des Zusammenlebens. Eine Betrachtung der Effektivität von Strafe und ihrer (präventiven) Ausgestaltung ist nötig, um sinnvolle Reformen anhand evidenzbasierter Strategien zu ermöglichen.³

Zu Beginn erfolgt eine Darstellung von neuen Strafformen und alternativen Sanktionen, um ihre Entwicklung und Kriterien nachzuvollziehen (II.). Danach wird die Zusammenwirkung des Gleichheitsgebots mit (neuen) Formen von Strafe thematisiert, um dessen Bedeutung und Konfliktlagen bei der Strafanwendung zu beleuchten, sowie Kriterien für die Beispielsanalyse zu entwickeln (III.). Anschließend wird anhand des Fahrverbots und einem Exkurs zur Entziehung der Fahrerlaubnis (IV.) betrachtet, ob und inwieweit Konflikte mit dem Gleichheitsgebot bestehen (V.). Zum Schluss wird geprüft, ob durch Reformen vermehrte Strafgerechtigkeit herstellbar ist (VI.). Darüber hinaus wird ein Fazit und eine Schlussbetrachtung (VII.) vorgenommen.

II. Überblick zu neuen Strafformen und alternativen Sanktionen

Zunächst wird ein Überblick zur Konkretisierung der Untersuchung gegeben. Die Darstellung beschränkt sich auf die alternativen Sanktionen des Erwachsenenstrafrechts. Das Jugendstrafrecht und seine Rechtsfolgen werden nur ergänzend herangezogen, da dies den vorgegebenen Rahmen der Arbeit überschreiten würde.

Zuerst wird die „zweispurige“ Ausgestaltung des Strafsystems *de lege lata* dargestellt (1.), um danach auf die Entwicklung und mögliche Kriterien von alternativen Sanktionen einzugehen (2.).

1. „Zweispurige Ausgestaltung“ des deutschen Sanktionensystems

Das Sanktionensystem ist nach herkömmlicher Betrachtung zweispurig⁴ aufgebaut und unterteilt sich in Strafen (§§ 38-60 StGB) und Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61-72 StGB). Diese Rechtsfolgen sind im dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils des StGB geregelt. Sie sind die Reaktion auf eine rechtswidrige Tat, die den

¹ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. (2019), S. 10.

² Vgl. Meier, 2019, S. 11; Trendelenburg, *Ultima ratio?*, 2011, S. 300-302; Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 619, 628-630.

³ Vgl. Meier, 2019, S. 10; Kaspar, S. 858; Albrecht, P.-A., *Kriminologie*, 4. Aufl. (2010), S. 5 f.; Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen, *ZRP* 2010, 175 (178).

⁴ Vgl. Fischer, *StGB*, 70. Aufl. (2023), Vor § 38 Rn. 4; Sobota, *Die Nebenfolge im System strafrechtlicher Sanktionen*, 2015, S. 26 f., 70; Kaspar, *ZStW* 2015, 654 (654 f., 678, 687): keine eindeutige Trennung möglich; a.A. Hochmayr, *ZStW* 2012, 64 (68): dreispurig aufgrund der Gewinnabschöpfung.

Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.⁵ Die erste Spur des Sanktionensystems ist die Strafe, die sich in zwei Hauptstrafen aufgliedert, nämlich Freiheitsstrafe (§ 38 f. StGB) und Geldstrafe (§§ 40-43 StGB). Hierbei existieren verschiedene Unterformen. Zudem kann ein Fahrverbot (§ 44 StGB) als Nebenstrafe verhängt werden.⁶

Die zweite Spur bilden die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die eine Maßnahme nach § 11 Abs.1 Nr. 8 StGB sind. Sie verfolgen eine präventive Zielrichtung und haben primär den Schutz der Allgemeinheit zum Zweck, indem sie bei Verhängung vor gefährlichen Tätern schützen sollen, die in Zukunft erneut Straftaten begehen könnten.⁷ Strafen dürfen nur bei schuldhaftem Handeln ausgesprochen werden. Maßregeln werden demgegenüber als vorbeugende Maßnahme bei Schuldunfähigkeit des Täters verhängt. Ergänzend können sie bei schuldfähigen Tätern Anwendung finden, wenn eine besondere Gefährlichkeit vorliegt.⁸ Die klare Abgrenzung von Strafen und Maßregeln ist mitunter schwer, aber jeweils bedeutsam für ihre rechtsstaatliche Begrenzung.⁹

Zudem gibt es eine dritte Sanktionsart in Form der Nebenfolgen der Verurteilung, die systematisch im StGB und dem Nebenstrafrecht¹⁰ verteilt sind. Sie greifen kraft Gesetzes ein oder werden gesondert bei Verurteilung ausgesprochen. Es handelt sich um ein breites Spektrum von Sanktionsformen, wie den Verlust der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts oder die Einziehung und den Verfall von rechtswidrig erlangten Taterträgen. Ihre Rechtsnatur ist umstritten und nicht abschließend geklärt.¹¹ Nach einem Überblick über das Sanktionensystem ist festzustellen, dass formal eine Trennung in zwei Spuren erfolgt ist, was aber nicht die differenzierte Regelungstechnik bei einigen Unterarten widerspiegelt. Es handelt sich de lege lata zwar um ein zweispurig ausgestaltetes System, das aber viele Abweichungen und Unterspuren enthält, wobei kein klares Prinzip einer „Zweispurigkeit“ erkennbar ist. Insgesamt besteht eine große Vielfalt an Sanktionsinstrumenten, die eine im Einzelfall schuldangemessene und präventiv ausgelegte Reaktion auf Straftaten ermöglichen können.¹²

2. Neue Strafformen und alternative Sanktionen als Ergänzung des bisherigen Strafsystems

Die Entwicklung neuer Strafformen geschah im Zuge von Reformdebatten zur Abgrenzung von der Freiheitsstrafe, damit die schädlichen Folgen des Justizvollzugs u.a. hinsichtlich einer Entsozialisierung und der kriminogenen Anreize abgemildert oder abgelöst werden können.¹³ Meist begann ihre Implementierung in Projektarbeit oder im Jugendstrafrecht, bevor manche Ansätze als Ergänzung der bisherigen Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht übernommen wurden.¹⁴ Diese Entwicklung soll nachgezeichnet, ihre Kriterien erläutert werden und eine kriminologische Betrachtung erfolgen.

⁵ Legaldefinition, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB; *Fischer*, StGB, Vor § 38 Rn. 4; *Meier*, 2019, S. 11 f.

⁶ Vgl. *Meier*, 2019, S. 11 f.; *Fischer*, StGB, § 44 Rn. 5 f.

⁷ Vgl. *Meier*, 2019, S. 12; *Fischer*, StGB, Vor § 38 Rn. 4, 6.

⁸ *Meier*, 2019, S. 11 f.; Vgl. *Hochmayr*, ZStW 2012, 64 (67).

⁹ Vgl. *Kaspar*, ZStW 2015, 654 (655, 678, 687).

¹⁰ §§ 45-45b, 73-76a, 165 und 200 StGB, Vgl. zum Nebenstrafrecht: *Sobota*, S. 164-196.

¹¹ *Meier*, 2019, S. 8, 12; Vgl. *Sobota*, S. 104-109, 156-160, 243.

¹² Vgl. *Kaspar*, ZStW 2015, 654 (687-690); *Hochmayr*, ZStW 2012, 64 (68, 86); *Sobota*, S. 70; *Schöch*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten C, 1992, C14f, C21f.

¹³ *Dölling*, ZStW 1992, 259 (268-289); *Feltes*, Alternativen zur Freiheitsstrafe in: *Sievering* (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1982, S. 28-30, 35-40, 46 f., 53; *Einsele*, Einführung in das Tagungsthema in: *Sievering* (Hrsg.), 1982, S. 10-14; *Weigend*, GA 1992, 345 (348 f.); *Schöch*, 1992, C. 20 f.; *Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 736-748.

¹⁴ Zur Entwicklung: *Kubink*, S. 558-585, 687 f., 691-694; *Schöch*, 1992, C17, C35 f.; Vgl. zur Projektarbeit: *Zimmermann*, Alternativen zur Ersatzfreiheitsstrafe – Das hessische Pilotprojekt „Gemeinnützige Arbeit“ in: *Sievering* (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1982, S. 59-78.

a) *Entwicklung von neuen Strafformen und alternativen Sanktionen*

Zuerst wird die Entwicklung der Hauptstrafen skizziert, da die Ausbildung alternativer Sanktionen damit zusammenhängt und als Suche „nach Alternativen zum Strafvollzug“¹⁵ daraus hervorging. Die Grundstrukturen des heutigen Sanktionensystems basieren maßgeblich auf der großen Strafrechtsreform der 1960er/70er Jahre, die durch das 1. und 2. Gesetz zur Reform des Strafrechts (StrRG) im Jahr 1969 umgesetzt wurde. Das 1. StrRG führte zur Beschränkung auf eine einheitliche Form der Freiheitsstrafe und das 2. StrRG bewirkte die Einführung des Tagessatzsystems bei der Geldstrafe. In den Jahrzehnten danach folgte eine Ausdifferenzierung des Strafsystems für bestimmte Tätergruppen.¹⁶ Das Ergebnis war Mitte der 1970er Jahre ein dem Resozialisierungsgedanken verpflichtetes Sanktionensystem, das gegenüber der Freiheitsentziehung eine skeptische Haltung einnahm. In jüngerer Zeit ist hingegen eine schleichende Tendenz der Verschärfung bei der legislativen Punitivität hinsichtlich der Höhe der Strafformen nach Reformvorhaben feststellbar.¹⁷ Danach stieg die Gefangenenzahl wieder an und bis Mitte der 2000er zeichnete sich eine Überbelegung des Vollzugs ab.¹⁸ Bereits seit den 1970er Jahren gibt es Bestrebungen, alternative Sanktionen zu finden, die anstelle oder neben die Hauptstrafen treten sollen, um im Bereich der leichten bis mittleren Kriminalität adäquate Reaktionen zu bieten. Sie werden als ambulante Sanktionen bezeichnet, da kein Freiheitsentzug in einer JVA erfolgt.¹⁹ Bei den Beratungen des 59. DJT im Jahr 1992 wurde durch die Abteilung Strafrecht über die Reform von Sanktionen ohne Freiheitsentzug beraten; dem ging ein Gutachten voraus.²⁰

Im Jahr 1998 wurde eine Kommission durch die damalige Bundesregierung eingesetzt, die über die Reform des Sanktionenrechts beriet und im Februar 2000 einen Abschlussbericht vorlegte. Hieraus entstandene Gesetzentwürfe wurden allerdings nicht weiterverfolgt, da im Jahr 2004 der Bundestag aufgelöst wurde.²¹

Ein Ansatz ist die Etablierung der Wiedergutmachung der Straftat als ein neuer Gedanke im Rechtsfolgensystem. Dieser knüpft an die „restorative justice“-Bewegung an und wurde seit den 1980er Jahren vermehrt in Modellprojekten als Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung erprobt. Im Jahr 1992 wurde der „Alternativentwurf Wiedergutmachung“ von einem Arbeitskreis deutschsprachiger Strafrechtler vorgelegt, der den Ausbau der Wiedergutmachung zu einer dritten Spur der Sanktionen befürwortete. Ende der 1990er Jahre erfolgte schließlich die Einführung des Täter-Opfer-Ausgleichs und der Schadenswiedergutmachung im Strafrecht (§§ 46 Abs. 2 S. 2 Nr. 6, 46a StGB) ohne den Ausbau zu einer dritten Spur.²² Auch die gemeinnützige Arbeit, entweder als eine neue Form der Hauptstrafe oder als Instrument zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe, wurde vermehrt als Alternative diskutiert und die Regelung des Art. 293 EGStGB geschaffen. Anfang der 1980er Jahre gab es in Hessen

¹⁵ Sievering, in: Sievering (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1982, S. 4, Vgl. S. 5-8.

¹⁶ Meier, 2019, S. 47f; Meier, StV 2008, 263 (263-265); Schöch, 1992, C11f., C129; Vgl. zur Historie: Kubink, S. 407-481; Laun, Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems, 2002, S. 50-53; Farivar Meemar, Die Strafanpassung im Rahmen der Tagessatzgeldstrafe, 2009, S. 18-35.

¹⁷ Meier, StV 2008, 263 (263); Dölling, ZStW 1992, 259 (260); Weigend, GA 1992, 345 (346 f.); Schöch, 1992, C20-C22, C128; Spiess, SP 2013, 87 (90-94); Drenkhahn/Habermann/Huthmann, KriPoZ 2020, 104 (105).

¹⁸ Vgl. Meier, StV 2008 263 (265 f.); Dölling, ZStW 1992, 259 (265 f.); Feltes, S. 31 f.; Schöch, 1992, C24-C25; Neubacher, Kriminologie, 5. Aufl. (2023), S. 157 f. Abb. 14; Heinz, in: FS Jung, 2007, S. 273 (283-286).

¹⁹ Jarke/Maelicke, Alternativen zur Freiheitsstrafe für Erwachsene in: Sievering (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1982, S. 88-95; Feltes, S. 35; Dölling, ZStW 1992, 259 (260, 266-268, 289); Weigend, GA 1992, 345 (345 f.); Schöch, 1992, C14 f., C128; Kubink, S. 567-600.

²⁰ Schöch, 1992, C1-C138; Dölling, ZStW 1992, 259 (260); Weigend, GA 1992, 345 (345 f.).

²¹ Fischer, StGB, Vor § 38 Rn. 8 f.; Stöckel, in: FS Böttcher, 2007, S. 617; Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (329 f.); Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 391-397; Hettinger, Bd. 4, Reform des Sanktionenrechts, Teilband 1, 2001, S. VII ff.; Hettinger, Bd. 4, Reform des Sanktionenrechts, Teilband 2, 2001, S. 1-5; BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, abrufbar unter: <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 12-25.

²² Vgl. Meier, StV 2008, 263 (264); Dölling, ZStW 1992, 259 (282-285); Schöch, 1992, C12 f., C54-62, C63-81, C130-132; Baumann/Braunneck/Burgstaller et al., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992, S. 6, 10 f., 23 f.; Weigend, GA 1992, 345 (364-367).

ein Pilotprojekt zur gemeinnützigen Arbeit, dass der Abwendung von Ersatzfreiheitsstrafe diene.²³

Das Fahrverbot als Nebenstrafe existiert bereits seit 1964, jedoch war eine Verhängung nur bei Taten mit Verkehrsbezug möglich. Ab dem Jahr 1992 kamen Diskussionen auf, das Fahrverbot anlasstatunabhängig als Hauptstrafe auszugestalten. 2017 wurde dies teilweise als Reform durch eine erweiterte Nebenstrafe umgesetzt.²⁴

b) Kriterien von neuen Strafformen und alternativen Sanktionen

Ausgangspunkt der Debatte um alternative Sanktionen ist der Gedanke, dass die bisherigen Hauptstrafen zum Teil defizitäre Auswirkungen auf den Verurteilten haben oder den Täter nicht individuell genug ansprechen, um ihn spezialpräventiv zu erreichen. Indem das Sanktionsspektrum weiter ausdifferenziert wird, sollen diese Nachteile vermieden werden.²⁵ Es geht um eine „sanfte Umstellung des Strafparadigmas“²⁶ von der Sanktionsebene aus. Bei diesen Veränderungen sollte man sich bewusst sein, dass diese Entwicklungen auf grundverschiedenen Einschätzungen basieren können. Einerseits wird dies als Humanisierung und Weg aus dem Strafrecht gesehen, andererseits wird Kritik an einer raffinierten Ausweitung und Verschärfung strafrechtlicher Sanktionen geübt.²⁷

Alternative Sanktionen können so konzipiert sein, dass sie anstelle der bisherigen Strafarten treten sollen oder diese nur komplementär ergänzen. Meist wird der Ansatz verfolgt, dass bisherige Sanktionensystem weiter ausdifferenzieren und darauf aufzubauen, indem bereits geltende Sanktionen umgestaltet, erweitert oder als Varianten neu kombiniert werden. Zudem gibt es gänzlich neue Formen von Strafe, die die bisherigen Strafen erweitern sollen. Nebenfolgen der Verurteilung können so ausgestaltet werden, dass sie faktisch wie eine eigene Sanktionsart wirken.²⁸ Die Art der Erweiterung ist für jede neue Sanktionsalternative gesondert zu bestimmen, je nach ihrer konkreten Ausgestaltung. Neue Strafformen sollen die Lücke zwischen „harten“ Strafen und informellen Sanktionen unterhalb der Kriminalstrafe schließen, wie der vorgerichtlichen Erledigung im Rahmen der Diversion (§§ 153 ff. StPO), womit sie als Reaktion bei leichten bis mittleren Formen von Kriminalität geeignet sind. Schwer(st)e Straftaten lassen sich meist nicht zielführend mit alternativen Sanktionen ahnden.²⁹ Sie bilden eine Zwischenstufe der Sanktionspyramide und führen zu einem Ansetzen vom unteren Ende her, was weniger einschneidend und integrativ wirken soll.³⁰ Alternative Sanktionen sind ein Anlass, den Härtegrad der Strafpraxis reformatorisch abzusenken und eine Minimalisierungsstrategie bei Strafe.³¹

Bei der Einführung neuer Strafformen und alternativer Sanktionen ist eine rechtsstaatliche Umsetzung zu beachten, die die Rechte des Verurteilten und verfassungsrechtliche sowie menschenrechtliche Vorgaben wahrt. Alternativen sollten klar definieren, was ihre eigenständige Zwecksetzung ist, um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen. Dies ist auch Voraussetzung bei der Begründung einer gänzlich neuen Sanktionsspur, wobei der Zweck sich von dem der Strafe unterscheiden soll. Andernfalls ist eine neue Sanktionsalternative im Zweifel als Strafe anzusehen. Der Gesetzgeber muss bei der Einführung neuer Sanktionen klar benennen, was genau die verfolgten

²³ Zimmermann, S. 59-78; Schöch, 1992, C85-C88; Blau, in: GS Kaufmann, 1986, S. 189 (196-199); Schall, NStZ 1985, 104 (104); Albrecht/Schädler, ZRP 1988, 278 (278-280); Fuchs, Der Community Service als Alternative zur Freiheitsstrafe, 1985, S. 324-356; Vgl. Wilde, Armut und Strafe, 2016, S. 119-183; Feuerhelm, Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht, 1997, S. 83-173.

²⁴ Schöch, 1992, C116-120; BMJ, Abschlussbericht, S. 27-36; Weidhaas, Fahrverbot als Nebenstrafe bei allgemeiner Kriminalität?, in: 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag, 2017, S. 13-15.

²⁵ Feltes, S. 29-31, 43 f.; Schöch, 1992, C14 f., C21 f., C24-C28; Neubacher, S. 162 f.; Dölling, ZStW 1992, 259 (260 f.); Jarke/Maelicke, S. 88 f., Weigend, GA 1992, 345 (348 f.).

²⁶ Seelmann, Schwierigkeiten der Alternativendebatte im Strafrecht, in: Radtke, et al. (Hrsg.), Muss Strafe sein?, 2004, S. 152, 158-160.

²⁷ Seelmann, S. 158.

²⁸ Zu ver. Varianten: Weigend, GA 1992, 345 (347-364); Jarke/Maelicke, S. 89-94; Dölling, ZStW 1992, 259 (268-289); Schöch, 1992, C82-C120, C128-C133.

²⁹ Vgl. Dölling, ZStW 1992, 259 (267 f., 289); Feltes, S. 34 f., Abb. 4.

³⁰ Feltes, S. 35, Abb. 4.

³¹ Vgl. Kunz, Muss Strafe wirklich sein? in: Radtke et al. (Hrsg.), Muss Strafe sein?, 2004, S. 80.

Zielsetzungen sind.³² Der Kreis der Sanktionsarten sollte nach einer Umgestaltung überschaubar bleiben, da sonst die Informationsmenge in der Praxis nicht mehr verarbeitet werden kann. Ein individuelles Eingehen auf die Täterbedürfnisse wäre erschwert, was einer differenzierten, angepassten Reaktion letztlich schadet. Bei der Reform bisheriger Sanktionen könnten Handhabbarkeit und Übersichtlichkeit eher gewahrt sein als bei Implementierung neuer Formen.³³ Als Hauptkriterien von alternativen Sanktionen werden daher benannt: Es soll eine Ausdifferenzierung des bisherigen Spektrums erfolgen, indem neue Formen von ambulanten Sanktionen eingeführt werden oder bisherige, existierende Sanktionen neu kombiniert werden, um eine ziel- und passgenauere Reaktion auf das Verhalten des Täters zu ermöglichen. Schädliche Folgen der bisherigen Hauptstrafen, vor allem der Freiheitsstrafe, sollen abgemildert und verringert werden, da der Vollzug auf das notwendigste Maß beschränkt wird und auf leichtere und mittlere Kriminalitätsformen adäquater Bezug genommen werden kann. Bisherige Strafen werden behutsam ergänzt, was rechtsstaatliche Vorgaben aufgreifen und praxistauglich implementiert werden soll.

c) Kriminologische Perspektive auf alternative Sanktionen

Aus kriminologischer Perspektive wird die Wirksamkeit alternativer Sanktionen in der Praxis und ihre Eignung zur Ergänzung der Strafen dargestellt.

aa) Kriminalstatistiken und Gefangenenrate

Die Polizeiliche Kriminalstatistik, die Strafverfolgungsstatistik und die Strafvollzugsstatistik erfassen die Daten von Personen auf unterschiedlichen Stufen im Prozess der formellen Sozialkontrolle durch das Strafrecht. Dieser Prozess nimmt die Form eines Trichters an, wobei es sich um eine fortlaufende Ausfilterung im Verlauf des Strafverfahrens handelt.³⁴ Dabei bilden die Kriminalstatistiken nicht exakt das Hellfeld der Kriminalität und der daraus folgenden Sanktionen ab, sondern geben jeweils Auskunft über die Ergebnisse der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane, also eher über die Produktivität und Effektivität der Kriminaljustiz. Hellfeldstatistiken geben daher nur zu gewissem Maß Einblick über das reale Ausmaß und die Struktur der Kriminalität, welche eher durch Dunkelfeldstudien messbar sind.³⁵ Zunächst wird anhand der Strafverfolgungs- und der Strafvollzugsstatistik (Erhebung durch das Statistische Bundesamt) dargestellt, wie sich die Verurteilungen und verhängten Sanktionen verteilen und wie hoch die Gefangenenrate ist. Die Polizeiliche Kriminalstatistik ist für die Endstufen der Ausfilterung im Strafverfahren nicht relevant und bleibt unberücksichtigt.³⁶

Die Strafverfolgungsstatistik enthält Angaben zur Anzahl der Verurteilten, also Personen, gegen die eine strafrechtliche Sanktion verhängt wurde, und zu den Abgeurteilten, deren Zahl sich aus der Summe der Verurteilten, der Freisprüche und der gerichtlichen Einstellungen nach Eröffnung des Hauptverfahrens ergibt. Die Statistik trifft Aussagen zur Art und Höhe der Sanktionen.³⁷ Die Anzahl der abgeurteilten Personen betrug im Jahr 2018 insgesamt 869.105, während die Anzahl der Verurteilten bei 712.338 Personen lag, was einer Verurteilungsquote

³² Vgl. *Hochmayr*, ZStW 2012, 64 (65, 68, 86); *Kaspar*, ZStW 2015, 654 (655, 690); *Kunz*, 2004, S. 78-80; *Schöch*, 1992, C41 f.

³³ *Dölling*, ZStW 1992, 259 (267, 289); *Weigend*, GA 1992, 345 (347f); *Laun*, S. 69-71.

³⁴ *Neubacher*, S. 57-59, 64-66; *Kunz/Singelstein*, Kriminologie, 8. Aufl. (2021), § 16 Rn. 1-10, § 19 Rn. 2-6; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), S. 56-58.

³⁵ *Neubacher*, S. 40-42, 50-53; *Schneider*, ZStW 2010, 873 (882 f.); Vgl. *Albrecht, P.-A.*, S. 160-167.

³⁶ Vgl. *Neubacher*, S. 59-66; Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege, Strafverfolgung 2018, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300187004.pdf;jsessionid=C71F4FBCD493192424A9B14775372170.internet8731?__blob=publicationFile (Strafverfolgungsstatistik, Tab. S.) (zuletzt abgerufen am 11.4.2023); Fachserie 10 Reihe 4.1, Rechtspflege, Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. – 2019, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410197004.pdf;jsessionid=C71F4FBCD493192424A9B14775372170.internet8731?__blob=publicationFile (Strafvollzugsstatistik, Tab. S.) (zuletzt abgerufen am 11.4.2023); hierbei handelt es sich um einen älteren Stand der Statistiken zum Zeitpunkt der Einreichung der Studienarbeit vom 14.9.2020.

³⁷ *Neubacher*, S. 64; Strafverfolgungsstatistik, S. 10-15.

von 82 % entspricht. Andere Entscheidungen ergingen in 156.767 Fällen.³⁸ Es wurde insgesamt in 653.060 Fällen eine Hauptstrafe, in 96.102 Fällen eine Maßregel der Besserung und Sicherung und in 27.417 Fällen eine Nebenstrafe, das Fahrverbot, verhängt.³⁹ Die Hauptstrafen nach allgemeinem Strafrecht verteilen sich auf die Geldstrafe mit 550.312 Fällen und die Freiheitsstrafe mit 102.746 Fällen. In 69.504 Fällen wurde die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt, womit 33.242 unbedingte Freiheitsstrafen verhängt wurden.⁴⁰ Es wurde damit in 84,26 % der Fälle eine Geldstrafe verhängt und in 10,64 % der Fälle die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt. Die unbedingte Freiheitsstrafe wurde nur in etwa 5,09 % als Hauptstrafe verhängt.⁴¹ Heute werden überwiegend ambulante Sanktionen ausgesprochen und nur ein kleiner Teil der Freiheitsstrafen vollstreckt, sodass die Geldstrafe die häufigste Sanktion ist.⁴² Die Strafvollzugsstatistik wird anhand einer Stichtagserhebung zum 31. März jeden Jahres erhoben und enthält Angaben zur Gesamtanzahl und zur Struktur der Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten. Hieraus lässt sich eine durchschnittliche Gefangenenrate ableiten, was die Anzahl der Strafgefangenen auf 100.000 Einwohner gerechnet darstellt.⁴³ Die Zahl der inhaftierten Personen belief sich zum Stichtag 31. März 2019 auf 50.589 (ohne U-Haft oder Freigang), wobei 3.679 im Jugendstrafvollzug und 551 Personen in Sicherungsverwahrung sind.⁴⁴ Im Jahr 2018 betrug die Gefangenenrate auf 100.000 Einwohner 70 Personen, unter Hinzunahme von Sicherungsverwahrten und U-Häftlingen lag sie bei 88 Personen.⁴⁵ Die Entwicklung der Gefangenenrate hat, graphisch gesprochen, einen wellenförmigen Verlauf und wird durch kriminalpolitische Steuerung beeinflusst, also durch die zur Auswahl gestellten Sanktionen, das Sanktionsklima und das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung. Gefangenenzahlen sind meist keine direkte Folge der Zu- oder Abnahme von Kriminalität, sondern sie werden in erster Linie durch zeitlich und örtlich schwankende Sanktionsstile beeinflusst.⁴⁶ Ambulante Sanktionen sind geeignet, die Gefangenenraten zu reduzieren und für eine sinkende Vollzugsbelegung zu sorgen, wodurch schädliche Haftfolgen vermieden werden.

bb) Effektivität von alternativen Sanktionen und ihre möglichen Nachteile

Die Wirksamkeit einer Sanktionsart lässt sich durch ihren Erfolg oder Misserfolg im Einzelfall darstellen, was im Regelfall durch das Kriterium der Legalbewährung und des möglichen Rückfalls des Sanktionierten ermittelt wird. Eine Sanktion wirkt umso effektiver, je geringer die ermittelte Rückfallquote ist. Die Rückfallquote bezeichnet dabei das Verhältnis der Rückfälligen zu den Rückfallfähigen. Die Legalbewährung gibt an, in welchem Untersuchungszeitraum jemand rückfällig wurde oder nicht. Der Rückfallbegriff und weitere Kriterien werden meist je nach Untersuchungsdesign verschieden definiert und sind abhängig von den verfügbaren Informationsquellen.⁴⁷ Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz wurde ab 2003 eine Rückfallstatistik erarbeitet, die bis 2016 jeweils verschiedene Untersuchungszeiträume abdeckt.⁴⁸ Dabei wurde im Rahmen der ersten Untersuchung ein Zeitraum von 1994-1998 betrachtet, wobei insgesamt eine Rückfallquote von etwa 36 % bestand.⁴⁹ Die Rückfallquoten bei einzelnen Sanktionen unterschieden sich zum Teil erheblich. Bei einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung betrug sie

³⁸ Strafverfolgungsstatistik, Tab. 1.1, S. 16 f.; Prozentanteile selbst berechnet.

³⁹ Strafverfolgungsstatistik, Tab. 1.1, S. 16 f.; Tab. 2.3, S. 96; Tab. 5.1, S. 356, 357; Vgl. zum Fahrverbot (Wert von 2017): 26.072 Personen, Meier, 2019, S. 154.

⁴⁰ Strafverfolgungsstatistik, Tab. 1.1, S. 16; Tab. 3.1, S. 164; Tab. 3.3, S. 202.

⁴¹ Anteile in % anhand eigener Berechnungen erfolgt, auf Basis von 653.060 Hauptstrafen.

⁴² Vgl. Heinz, in: FS Jung, 2007, S. 273 (281-283), Laun, S. 54-57.

⁴³ Neubacher, S. 65, 157 f. Abb. 14; Strafvollzugsstatistik, S. 4-9.

⁴⁴ Strafvollzugsstatistik, Tab. 1.1, S. 11.

⁴⁵ Neubacher, S. 157 Abb. 14, (Tabelle Konstanzer Inventar Sanktionenforschung).

⁴⁶ Neubacher, S. 157 f., 164 f., Kunz/Singelstein, § 19 Rn. 73-83; Vgl. Heinz, in: FS Jung, 2007, S. 273 (283-286).

⁴⁷ Feltes, S. 40 f.; Neubacher, S. 159 f.; Meier, JZ 2010, 112 (113); Kunz/Singelstein, § 20 Rn. 27-35; Streng, 2012, S. 153.

⁴⁸ Neubacher, S. 160-162; Vgl. Jehle et al., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, 2016, S. 23-34; Jehle, Anliegen, Struktur und Ergebnisse der deutschen Rückfalluntersuchung, in: Albrecht/Jehle (Hrsg.), Nationale Rückfallstatistiken und -untersuchungen in Europa, 2014, S. 119-138.

⁴⁹ Neubacher, S. 160 f.; Vgl. Jehle et al., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2003, S. 7-14, 33-36.

56 %, bei einer Freiheitsstrafe mit Bewährung noch 45 % und bei einer Geldstrafe nur 30 %.⁵⁰ Diese Ergebnisse wurden durch die zweite Untersuchung mit im Zeitraum von 2004-2007 weitgehend bestätigt.⁵¹ Danach wurde der Untersuchungszeitraum von 2004-2010 ausgewertet, also verdoppelt, wobei die Rückfallquote um 9 % auf 44 % gestiegen ist.⁵² Bei einer vierten Untersuchung im Zeitraum von 2010-2013 bestätigten sich weitgehend die vorherigen Ergebnisse, indem die Rückfallquote bei 35 % lag. Dabei wurde der Beobachtungszeitraum auch auf 2004-2013 ausgedehnt, wobei die Rückfallquote bei 48 % lag.⁵³

Eine andere Untersuchung hat gezeigt, dass weder der Effekt der Sanktionierung noch die Art der verhängten Strafe für die Höhe der Rückfallquote ausschlaggebend sind. Daraus lässt sich ableiten, dass Sanktionen austauschbar sind, sodass die Rückfallquote eher unabhängig davon ist. Diese These von der Austauschbarkeit oder Gleichwirkung der Sanktionen wird durch weitere Erhebungen belegt und kann so gedeutet werden, dass die präventive Erfolgchance in etwa gleich groß ist.⁵⁴ Alternative Strafen müssen nicht zwangsläufig zu einem signifikant günstigeren Abschneiden bei den Rückfallquoten führen. Sie können in einem breit angelegten Vergleich in etwa gleich hoch sein, wie bei stationären Sanktionen. Diese Ergebnisse tragen aber nicht den Schluss, dass es für eine geeignete Rückfallprävention nicht auch auf die Sanktionsart ankommt. Vielmehr werden die Sanktionen in der Praxis hauptsächlich unter dem Aspekt des Schuldausgleichs verhängt und spezialpräventive Aspekte nur sekundär beachtet. Daher ist es nicht verwunderlich, wenn bei einer nicht auf Rückfallprävention ausgerichteten Sanktionspraxis die Wirkungen vergleichbar sind.⁵⁵

Rückfallstatistiken erfordern daher eine differenzierte Betrachtung. Ein Zusammenhang zwischen der Rückfallquote und dem Sanktionstyp darf nicht i.S. eines Kausalverhältnisses missverstanden werden. Die Sanktion trifft den Sanktionierten nicht zufällig, sondern knüpft an verschiedene Merkmale von Tat und Täter an, womit Selektionseffekte eingreifen.⁵⁶ Anhand weiterer Studien zeigt sich, dass bei ambulanten Maßnahmen die Rückfallquoten meist niedriger ausfallen als bei stationären Sanktionen. Harte Sanktionen führen also nicht zu günstigeren Rückfallquoten als weichere Reaktionen.⁵⁷ Nach stationären Sanktionen sind Rückfälle i.d.R. folglich häufiger. Die Annahme wird bestätigt, dass freiheitsentziehende Sanktionen ein besonderes Rückfallrisiko bergen und alternative Maßnahmen unter Aufsicht die Rückfallgefahr eher senken.⁵⁸

Die Begehung einer Straftat hängt nicht nur von Art und Höhe der zu erwartenden Sanktion ab, sondern vermehrt vom Entdeckungs- und Bestrafungsrisiko.⁵⁹ Die Verhängung milderer Sanktionen befördert regelmäßig keine verstärkte Kriminalitätsentwicklung, solange das Gesamtsystem der strafrechtlichen Sozialkontrolle seine Aufgaben erfüllt.⁶⁰ Bei einem generalisierenden Vergleich wirken sich milde und harte Sanktionen auf die Legalbewährung etwa gleich aus, sodass weitere Effekte heranzuziehen sind, die für Milde sprechen. Die Verhältnismäßigkeit der

⁵⁰ Neubacher, S. 161 Abb. 15; Heinz, ZJJ 2005, S. 302 (302 f.); Daten aus Statistik v. 2003.

⁵¹ Neubacher, S. 160 f.; Jehle et al., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007, 2010, S. 28-30; Rückfallquote 32 %.

⁵² Neubacher, S. 160; Jehle et al., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, 2013, S. 7-21; 155-157, 159 f.

⁵³ Neubacher, S. 161; Jehle et al., 2016, S. 11-24, 36 f., 40 f., 174-180.

⁵⁴ Albrecht, Die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionierung, in: Empirische Kriminologie, 1980, S. 242, 255-258; Vgl. Feltes, S. 43 f., 53; Kunz, 2004, S. 80; Streng, Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen, in: Forschungsgruppe Kriminologie (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, Entwicklungs- und Evaluationsforschung, 2007, S. 65, 71-75; Streng, 2012, S. 162 f.

⁵⁵ Meier, JZ 2010, 112 (114-115) unter Bezugnahme auf eine Meta-Analyse von: Killias/Villetaz, Rückfall nach Freiheits- und Alternativstrafen, in: Lösel et al. (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 207 f., 213-215, 223.

⁵⁶ Neubacher, S. 161 f.; Vgl. Streng, 2012, S. 161 f.

⁵⁷ Feltes, S. 41; Albrecht, Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten, 1982, S. 229-239, 241 f., 246; Kunz/Singelnstein, § 20 Rn. 39-50.

⁵⁸ Neubacher, S. 159, 162 f. unter Bezugnahme auf Untersuchungen aus Spanien und USA; Vgl. Heinz, ZJJ 2005, 302 (307 f.); Spiess, SP 2013, 87 (87, 98 f., 103 f., 107 f.).

⁵⁹ Feltes, S. 53; Schöch, 1992, C37-39; Kunz/Singelnstein, § 20 Rn. 12-25; Streng, 2012, S. 153-159; kritisch hierzu: Killias, in: FS Heinz, 2012, S. 652 (656-660).

⁶⁰ Schöch, 1992, C37.

Sanktionierung wird verbessert, bei gleichzeitiger Minderung des Strafleids und einem Freiheitsgewinn des Verurteilten, die mit einer milderen Strafe ohne spezialpräventiven Effektivitätsverlust erreicht werden. Das kann dazu dienen, das soziale Umfeld und eine Arbeitstätigkeit zu erhalten, die beim Vollzug verloren gingen. Beim Rückgriff auf ambulante Alternativen entfällt eine notwendige Wiedereingliederung nach Verbüßung der Haft. Dies führt zu reduzierten Kosten für die Strafvollstreckung, sodass sich Milde auszahlen kann.⁶¹

Es gibt zwei Komponenten, die Strafe charakterisieren, zum einen die performative Reaktion des Bestrafens, also die rechtsförmige Prozedur der intendierten staatlichen Reaktion in einem geregelten Verfahren, und die Übelzufügung beim Bestrafen. Nach dem Stand der Forschung scheint für den Sanktionserfolg der Aspekt des Strafleids zweitrangig zu sein. Nicht allein die erfahrene Härte der Sanktion ist maßgeblich, sondern die symbolische Missbilligung des Rechtsbruchs und damit die kontrafaktische Bestätigung des Geltungsanspruchs der Norm. Generalprävention erfolgt nicht nur negativ, durch die Abschreckung potenzieller Täter, sondern auch in einer positiven Form i.S. einer Normstabilisierung. Ein weniger an Strafe und anders als Strafe ist deshalb möglich. Die empirische Evidenz stützt dabei nur die Annahme der deutlichen Reduzierbarkeit von Strafe, aber nicht ihre völlige Abschaffung.⁶² Jede strafrechtliche Reaktion, die den Normbruch verdeutlicht, ist geeignet, die generalpräventiven Aufgaben des Strafrechts zu erfüllen, was auch bei ambulanten Sanktionen im Rahmen von leichter und mittlerer Kriminalität anzunehmen ist. Ambulante Sanktionen können dem Täter gegenüber eine Appell- und Denkwirkung haben und ermöglichen resozialisierende Einwirkung. Sie haben jedenfalls keine geringere spezialpräventive Wirkung als Freiheitsentzug. In Fällen von schwerer Kriminalität oder nicht mehr ansprechbaren Tätern kann Freiheitsentzug dennoch nötig sein.⁶³

Mögliche Nachteile können dabei sein, dass dies zu einer Ausweitung des Netzes der sozialen Kontrolle führt („Net-Widening-Effekt“) und ein früheres Ansetzen sowie eine Verschärfung der Sanktionen eintreten kann. Eine schärfere Alternative kann anstelle einer vormals weicheren Sanktion treten und diese ersetzen. Ein Abbau der Freiheitsstrafe könnte mittelfristig zu einem Ausbau der staatlichen Sozialkontrolle führen, bedingt durch eine frühere Eingriffsschwelle.⁶⁴ Bei Einführung neuer ambulanter Sanktionen besteht aufgrund der geringeren Eingriffsintensität leichter ein Risiko, dass diese unzumutbare Anforderungen an die Verurteilten stellen, indem aus Erleichterung über ausbleibende Freiheitsentziehung die Zustimmung zu anderen hohen Belastungen erfolgt. Es droht eine andere Ersatzreaktion, wenn die alternative Hauptsanktion nicht durchgesetzt werden kann, da alternative Sanktionen bei Nichterbringung oder Schlechterfüllung nicht selbstständig vollstreckbar sein müssen. Falls die alternative Sanktion nicht (vollständig) erbracht wird, droht Vollzug durch Ersatzfreiheitsstrafe.⁶⁵

Trotz dieser Nachteile sind ambulante Sanktionen bei der Ahndung leichter und mittlerer Kriminalität grundsätzlich genauso erfolgsversprechend, wie herkömmliche Sanktionen. Die Legalbewährung ist meist besser oder zumindest nicht schlechter als beim stationären Vollzug und schädliche Folgen werden erheblich besser vermieden. Alternative Sanktionen bieten aus kriminologischer Sicht eine empfehlenswerte Ergänzung zu den Hauptstrafen.

⁶¹ Meier, JZ 2010, 112 (115); Vgl. Heinz, ZJJ 2005, 160 (160); Heinz, ZJJ 2005, 302 (302, 307 f., 311); a.A.: Killias, in: FS Heinz, 2012, S. 652 (660).

⁶² Kunz, 2004, S. 75 f.; Schöch, 1992, C38 f.; Vgl. Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (442-446).

⁶³ Dölling, ZStW 1992, 259 (266 f.); Albrecht, 1982, S. 28 f., 236-238; Schöch, 1992, C37-C39; Streng, 2007, S. 74-81; Dölling, ZStW 1990, 1 (2-9, 15 f.); Kunz/Singelstein, § 20 Rn. 24 f., 49-51; Streng, 2012, S. 32-36; Laun, S. 30, 34-50, 317.

⁶⁴ Feltes, S. 48 f., 53; Kubink, S. 600-605; Laun, S. 80-83; Vgl. zum Konzept des „net-widening“ und Kritik: McMahon, TBJOC 1990, 121 (121-124, 128, 136-140, 143-145).

⁶⁵ Schöch, 1992, C41 f., C102-C106; Laun, S. 78-80.

3. Beispiel und Exkurs für den weiteren Gang der Untersuchung

Die Vereinbarkeit von alternativen Sanktionen mit dem Gleichheitsgebot wird anhand des Beispiels des Fahrverbots (§ 44 StGB) und eines Exkurses zur Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) exemplifiziert. Das ausgewählte Beispiel bezieht sich auf die Nebenstrafe des Fahrverbots. Es wurde im Laufe der letzten Jahre schrittweise ausgebaut, sodass es sich um eine erweiterte Form einer bisherigen Strafe handelt, die bei allgemeiner Kriminalität verhängt werden kann.⁶⁶ Zudem knüpft diese Nebenstrafe an die Eigenschaften des Führens eines Kfz und der Fahrerlaubnis an, was Differenzierungskriterien im Vergleich zu den Hauptstrafen sind, die potentiell mit dem Gleichheitsgebot konfliktieren könnten.⁶⁷ Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist eine Maßregel der Besserung und Sicherung, die bei Fahrerlaubnisinhabern verhängt wird, die zur Teilnahme am Straßenverkehr ungeeignet sind. Sie knüpft ebenfalls an die Inhaberschaft der Fahrerlaubnis als ein Differenzierungskriterium an, fordert aber einen Verkehrsbezug der zugrundeliegenden rechtswidrigen Tat.⁶⁸

Im Folgenden wird als Fallbeispiel das Fahrverbot analysiert, also eine alternative Sanktion in Strafform. Anschließend erfolgt ein Exkurs zur Maßregel, um die verschiedenen Zielrichtungen zu vergleichen und wie sich dies auf Konflikte mit dem Gleichheitsgebot auswirkt. Sonst bleiben Maßregeln der Besserung und Sicherung und Nebenfolgen unberücksichtigt, da sich die weitere Untersuchung vornehmlich mit neuen Strafformen befasst.

III. Das Gleichheitsgebot und die (neuen) Formen von Strafe

Die Zusammenhänge zwischen dem Gleichheitsgebot und neuen Strafformen werden beleuchtet. Zuerst werden die verfassungsrechtlichen Aspekte des allgemeinen Gleichheitssatzes dargestellt (1.). Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) und besondere Gleichheitssätze⁶⁹ werden nicht untersucht, da sie den Bereich der Bearbeitung überschreiten. Die Beachtung des Gleichheitsgebots bei verschiedenen Sanktionsebenen wird betrachtet (2.).

Dem schließt sich die Entwicklung eines Kriterienkatalogs für das Gleichheitsgebot nebst Schema für die nachfolgende Beispielsanalyse an (3.).

1. Verfassungsrechtliche Aspekte des allgemeinen Gleichheitssatzes

a) Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG

Gleichheitsrechte bilden einen Kernbestand der Verfassungstradition. Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit wurden als miteinander verknüpfte Werte eingefordert. Die Interpretation des Gleichheitsbegriffs ist in besonderem Maße von ethischen und sozialphilosophischen Vorgaben abhängig, da sich Vorstellungen über die Bedeutung historisch und kontextabhängig stetig wandeln.⁷⁰ Der allgemeine Gleichheitssatz ist in Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG geregelt und besagt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Nach dem Wortlaut wird nur eine Rechtswandlungsgleichheit angesprochen. Das *BVerfG* vertritt eine weitergehende Interpretation als Garantie der Rechtswandlungsgleichheit. Dabei sind alle drei Gewalten an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Daher wird

⁶⁶ Vgl. Fischer, StGB, § 44 Rn. 1 f.; Meier, 2019, S. 151-154; Sobota, S. 42-44.

⁶⁷ Vgl. Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (338); Weidhaas, S. 21-23; Laun, S. 109-113.

⁶⁸ Fischer, StGB, § 69 Rn. 2, 3a, 5, 9-13; Meier, 2019, S. 284-295.

⁶⁹ Vgl. Epping, Grundrechte, 9. Aufl. (2021), Rn. 821-855; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 9. Aufl. (2021), § 40 Rn. 1-11; Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. (2020), S. 370 f., 397-408.

⁷⁰ Epping, Rn. 765-767; Hufen, § 39 Rn. 1-3; Michael/Morlok, GG, S. 369f; Kirchhof, § 181 Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl. (2010), S. 708-710; Becker, in: Stern/Becker, Grundrechte, 3. Aufl. (2019), Art. 3 Rn. 1-4; Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 547-549; Hesse, AöR 1951/52, 167 (170-172).

eine umfassende Garantie der Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit statuiert.⁷¹ Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz geht maßgeblich auf eine Interpretation als Willkürverbot von *Leibholz* zurück. Diese Auslegung wurde vom *BVerfG* übernommen und ermöglichte die Anwendung als unmittelbar geltendes Recht.⁷² Das Grundrecht wirkt als eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der Staatsgewalt zur Gleichbehandlung aller Menschen, sowie in subjektiv-rechtlicher Hinsicht als Abwehrrecht gegen Ungleichbehandlungen. In subjektiv-rechtlicher Dimension wirkt dies auch als derivatives Leistungsrecht (Teilhaberecht). Es wirkt dagegen nicht in einer Dimension von Schutzpflichten.⁷³

Alle natürlichen Personen und juristische Personen des Privatrechts sind vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Die Ungleichbehandlung erfolgt durch eine staatliche Stelle.⁷⁴ Für den sachlichen Schutzbereich gilt, dass es geboten ist, Gleiches gleich und Ungleiches, entsprechend seiner Eigenart, ungleich zu behandeln. Umgekehrt formuliert ist es verboten, wesensmäßig gleiche Tatbestände ungleich oder wesensmäßig ungleiche Tatbestände gleich zu behandeln, wenn kein Rechtfertigungsgrund eingreift. In tatbestandlich wesentlich gleichen Fällen muss eine identische Rechtsfolge eintreten, sonst liegt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor. Gleichheit ist auf der Tatbestandsseite dabei nur im Sinne von Vergleichbarkeit gegeben und gilt nicht umfassend. Dies lässt sich nur unter Heranziehung von Wertungen und nicht streng logisch ermitteln.⁷⁵ Die Feststellung einer Ungleichbehandlung erfolgt durch die Bildung von Vergleichsgruppen, unter Zuhilfenahme eines Vergleichskriteriums (*tertium comparationis*), das klären soll, worauf Bezug genommen wird. Vergleiche werden ermittelt, indem zuerst ein Ausgangsfall gebildet wird, der der Situation des Betroffenen entspricht (Rechtslage des Ausgangssachverhalts). Danach wird eine zweite Vergleichsgruppe gesucht, die der Situation des Betroffenen ähnlich ist. Gegenstand ist die Behandlung, die der Betroffene für sich selbst anstrebt (Rechtslage des Referenzsachverhalts). Daraufhin wird ein möglichst eng gefasster gemeinsamer Oberbegriff ermittelt, der sowohl die Situation des Betroffenen als auch die rechtlich günstigere Situation umfasst, um das Vergleichskriterium im Sinne einer rechtlichen Vergleichbarkeit zu klären.⁷⁶ Art. 3 Abs. 1 GG wird zweistufig geprüft, sodass erst eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung festzustellen und sodann deren verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu prüfen ist.⁷⁷

b) Rechtfertigung und Rechtsfolgen einer Ungleichbehandlung

Der Prüfungsmaßstab der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung hat sich über die Jahrzehnte gewandelt. Zu Beginn hat das *BVerfG* die Willkürformel angewendet, wonach eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, wenn es einen sachlichen Grund dafür gibt. Das Gleichheitsgebot war nur verletzt, wenn es keinen vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden Grund gibt, der eine Ungleichbehandlung erklärt. Dies eröffnete dem Staat weite Gestaltungsspielräume und verursachte eine verminderte Kontrolldichte durch die Rechtsprechung.⁷⁸

Ab 1980 wurde diese Rechtsprechung durch Anwendung der „neuen Formel“ verschärft. Ein Verstoß lag vor,

⁷¹ BVerfGE 1, 14 (52); *Epping*, Rn. 769; *Hufen*, § 39 Rn. 4 f., 8 f.; *Michael/Morlok*, GG, S. 371-375; Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. (1996), S. 357-363; *Pöschl*, S. 741 f.; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. (2018), S. 471-477.

⁷² *Hufen*, § 39 Rn. 4 f., 9; *Hartmann*, Willkürverbot und Gleichheitsgebot, 1972, S. 8, 27; *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, Zur Bindung des Gesetzgebers an das Gleichheitsrecht, 2001, S. 333-336; *Machado*, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz, 2015, S. 38-52; Vgl. *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Aufl. (1959), S. 72-88, 243-262 zu Art. 109 WRV und Art. 3 Abs. 1 GG.

⁷³ *Epping*, Rn. 770 f., 773; *Hufen*, § 39 Rn. 19 f.; Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 3 Rn. 1 f., 16.

⁷⁴ *Epping*, Rn. 774; *Hufen*, § 39 Rn. 7 f.; Str. für jur. Personen des öffentlichen Rechts: *Michael/Morlok*, GG, S. 378; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 3 Rn. 73 f., 81; *Heun*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. (2013), Art. 3 Rn. 45.

⁷⁵ BVerfGE 1, 14 (52); *Epping*, Rn. 774, 778-780; *Hufen*, § 39 Rn. 5, 12; *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 11, 44 f.; *Kirchhof*, 2010, S. 698 f., 710 f.; *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 24 f.; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 3 Rn. 19, 62; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 1-7, 40.

⁷⁶ *Hufen*, § 39 Rn. 4 f., 12 f.; *Michael/Morlok*, GG, S. 386-388; *Epping*, Rn. 778-790.

⁷⁷ *Epping*, Rn. 776; Vgl. *Kempny/Reimer*, S. 98 f., 101 f., 104-108; *Borowski*, S. 531 f.

⁷⁸ BVerfGE 1, 14 (52); *Epping*, Rn. 794 f.; *Hartmann*, S. 8; *Hufen*, § 39 Rn. 14; *Somek*, S. 340 f.

wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Es genüge nicht mehr jeder sachliche Grund, sondern es wurden rechtliche Unterschiede zwischen Gruppen nötig, die in sachlichen Unterscheidungen eine ausreichende Stütze finden mussten. Die judikative Kontrolldichte wurde erhöht und die staatliche Gestaltungsfreiheit eingeschränkt. Willkürformel und neue Formel wurden als zweigeteilter Prüfungsmaßstab angewendet.⁷⁹

Seit 2010 gibt es eine erneute Modifikation der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Ungleichbehandlungen sind seitdem stets am Maßstab der neuen Formel zu messen und Elemente der Willkürformel werden in eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert, sodass ein einheitlicher Prüfungsmaßstab gilt. Es ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber. Diese können von gelockerten Bindungen, die sich auf ein Willkürverbot beschränken, bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen. Differenzierungen müssen durch Sachgründe gerechtfertigt sein, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Es gilt ein stufenloser, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab.⁸⁰

Dies bewirkt, dass alle Maßnahmen einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung⁸¹ bedürfen. Dabei ist der legitime Zweck, die Eignung, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit bezogen auf eine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung zu untersuchen. Bei der Prüfung des legitimen Zwecks scheiden Differenzierungsmerkmale, die an Art. 3 Abs. 2, 3 GG anknüpfen, als Ziel aus. Eine Ungleichbehandlung ist geeignet, wenn sie den vom Gesetzgeber angestrebten Zweck fördert. Für die Erforderlichkeit darf es kein milderes, gleich effektives Mittel geben, durch das sich der Zweck erreichen lässt. Die Prüfung der Angemessenheit erfordert eine Abwägung zwischen der Bedeutung der Ungleichbehandlung und dem angestrebten Zweck in Form einer Zweck-Mittel-Relation. Die Intensität der Ungleichbehandlung erlangt erst bei der Angemessenheit Bedeutung. Für die Kontrollintensität zwischen Willkürverbot und Verhältnismäßigkeit ist entscheidend, ob diese an personen- oder situationsbezogene Merkmale anknüpft. Es lassen sich verschiedene Fallgruppen für gesteigerte und gelockerte Kontrollpflichten bilden. Bei einer Ungleichbehandlung von geringem Gewicht ist eine Willkürkontrolle vorzunehmen, bei starker Intensität erfolgt eine Angemessenheitsprüfung.⁸²

Die Anwendung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Rechtsprechung wird dahingehend kritisiert, dass diese Prüfung sowie das Über- und Untermaßverbot auf die Eingriffe in Freiheitsrechte zugeschnitten seien und daher nicht auf Gleichheitsrechte übertragbar wären. Es fehle ein Ansatz für die Verhältnismäßigkeitsprüfung, da der Gleichheitssatz keinen Schutzbereich und keine Schranken habe.⁸³ Diese Kritik ist nur berechtigt, wenn man die Dogmatik der Verhältnismäßigkeit von Freiheitsrechten gänzlich unbesehen auf den Gleichheitssatz überträgt. Solange Modifikationen erfolgen, die den Besonderheiten der Gleichheitsrechte entsprechen, ist dies unberechtigt.⁸⁴ Die Rechtsfolgen einer fehlenden Rechtfertigung und eines daraus resultierenden Verstoßes sind nicht eindeutig. In welcher Form eine Ungleichbehandlung zu beheben oder Gleichbehandlung herzustellen ist, beinhaltet

⁷⁹ BVerfGE 55, 72 (88f); *Epping*, Rn. 796 f.; *Hufen*, § 39 Rn. 15-17; *Michael/Morlok*, GG, S. 385 f.; *Huster*, JZ 1994, 541 (542); *Wollschläger*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 3 Rn. 93-98; *Somek*, S. 341-344.

⁸⁰ BVerfGE 129, 49 (68 f.); 145, 20 (86 f.); *Epping*, Rn. 798; *Hufen*, § 39 Rn. 15-17; *Michael/Morlok*, GG, S. 386, 389-391; *Machado*, S. 90-96.

⁸¹ Zur Historie u. Dogmatik: *Machado*, S. 23-38, 53-85; *Kempny/Reimer*, S. 105-108, 140-147; *Kaspar*, S. 100-192; dafür: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 20-31; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 15-33; zur Kritik: *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 101-104; *Machado*, S. 123-126, 130 f., 148-152; *Wollschläger*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 104 f., 115, 127-131; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 27 f., 31 f.; *Dreier*, in: Dreier, 3. Aufl. (2013), Vorb. Art. 1, Rn. 152f.; *Kischel*, in: BeckOK-GG, 54. Ed. (Stand: 15.2.2023), Art. 3 Rn. 34-38.

⁸² *Hufen*, § 39 Rn. 15-17; *Somek*, S. 440-445; *Epping*, Rn. 799; Vgl. zu Modifikationen und Fallgruppen: *Epping*, Rn. 802-816.

⁸³ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 101; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 27 f., 31 f.; *Dreier*, in: Dreier, GG, Vorb. Art. 1, Rn. 152 f.; *Machado*, S. 123-126, 150-152; Vgl. *Michael/Morlok*, GG, S. 391.

⁸⁴ Vgl. *Michael/Morlok*, GG, S. 391-395; *Borowski*, S. 484-494.

eine Rechtsgestaltung, die dem Gesetzgeber obliegt. Daher ist das *BVerfG* zurückhaltend und erklärt Regelungen für verfassungswidrig und unvereinbar mit dem Grundgesetz, aber nicht für nichtig. Die beanstandete Regelung gilt meist fort und das *BVerfG* bestimmt den weiteren Anwendungsumfang oder setzt eine Frist zur Beseitigung der Ungleichbehandlung.⁸⁵

c) Strafrechtliche Besonderheiten des Gleichheitssatzes

Das Strafrecht ist ein Teilrechtsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG. Teilrechtsbereiche bilden dabei Prinzipien rechtlicher Regeln, die jeweils Vergleichsgruppen, Vergleichsziele und den Vergleichsmaßstab mitprägen.⁸⁶ Das Strafrecht ist auf die Individualität des Täters ausgerichtet und vom Schuldprinzip geprägt. Das bereichsspezifische Vergleichsprinzip ergibt sich aus dem Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“, der sich verfassungsrechtlich aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG ableitet. Tatbestand und Rechtsfolge schuldangemessenen Strafens bemessen sich nach dem Maßstab der grundrechtlichen Freiheiten und der Verhältnismäßigkeit.⁸⁷ Der Gesetzgeber ist im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG prinzipiell frei, Straftatbestände zu bilden und hat bei Strafbewehrung einen weiten Gestaltungsspielraum. Die Notwendigkeit der Ausformung von Tatbestandsmerkmalen nach Art. 103 Abs. 2 GG führt dabei zwingend zu Differenzierungen, die nicht willkürlich sein dürfen.⁸⁸ Im Gesetz ist aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes die Strafwürdigkeit einer Tat, die daraus gerechtfertigte schuldangemessene Strafe und die richterliche Strafzumessung nach der persönlichen Schuld des Täters zu regeln.⁸⁹ Die Strafhöhe unterliegt einer Gestaltungsfreiheit, ebenso wie Amnestien, bei deren Erlass lediglich eine willkürliche Sonderregelung verwehrt ist.⁹⁰ Im materiellen Strafrecht ist die gleichheitsrechtliche Rechtsprechung durch äußerste Zurückhaltung geprägt und hat keine nennenswerten Spuren hinterlassen.⁹¹ Bei der Strafverfolgung wird die Anwendungsgleichheit durch den Legalitätsgrundsatz gesichert.⁹² Das gleichheitsrechtliche Verallgemeinerungsgebot fordert, dass alle Straftäter in jedem Bundesland und strukturell bei jedem Gericht nach dem Strafrecht des Bundes materiell und verfahrensrechtlich gleichbehandelt werden.⁹³ Auch die Regelungen des Strafvollzugs unterliegen der Anwendung des Gleichheitssatzes. Hier erfolgt eine strengere Kontrolle bei einzelnen Vollzugsmaßnahmen, wobei die freiheitsrechtliche Perspektive überwiegt.⁹⁴ Beispielsweise ist keine Gleichstellung der Pflichtarbeit Strafgefangener mit freier Erwerbsarbeit im Sozialversicherungsrecht nötig.⁹⁵ Im Bereich der Judikative kann durch eine willkürliche Rechtsanwendung der Gleichheitssatz verletzt werden. Dafür muss die Rechtsanwendung oder das Verfahren unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr rechtlich vertretbar sein und sich aufdrängen, dass die Entscheidung auf sachfremden, willkürlichen Erwägungen beruht und krass fehlerhaft ist. Willkürverstöße wurden angenommen bei schweren Rechtsanwendungsfehlern im Strafprozessrecht und Strafvollzugsrecht, u.a. bei der

⁸⁵ *Epping*, Rn. 856-858; *Hufen*, § 39 Rn. 18; *Michael/Morlok*, GG, S. 373; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 Rn. 32 f.; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 130-133; Vgl. § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.

⁸⁶ *Kirchhof*, 2010, S. 800 f.; *Sachs*, § 183 Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band VIII, 3. Aufl. (2010), S. 937-939; *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 74.

⁸⁷ *Kirchhof*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 99. EGL (Stand: 1.9.2022), Art. 3 Rn. 326; *Kirchhof*, 2010, S. 800; BVerfGE 95, 96 (140).

⁸⁸ *Wollschläger*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 300; *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 91; *Mellinghoff*, Gleichheit im Strafrecht, in: *Mellinghoff/Palm* (Hrsg.), Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, S. 151-155, 157 f.; BVerfGE 50, 142 (162); 90, 145, (195 f.).

⁸⁹ *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 3 Rn. 326; BGHSt 48, 360 (361 f.).

⁹⁰ *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 91; *Wollschläger*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 300; *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 3 Rn. 326; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 214; *Mellinghoff*, S. 165 f., 168; BVerfGE 10, 234 (246); 34, 261 (266 f.); 36, 174 (190-192).

⁹¹ *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 213.

⁹² *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 91; *Wollschläger*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 302; *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 3 Rn. 326; Vgl. *Mellinghoff*, S. 150, 160-163.

⁹³ *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 3 Rn. 326; *Mellinghoff*, S. 150; BVerfGE 90, 145, (190 f.).

⁹⁴ *Wollschläger*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 304; *Heun*, in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 91; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 215; BVerfGE 2, 118 (119 f.); 66, 199 (205 f.); Vgl. *Mellinghoff*, S. 148, 168-171.

⁹⁵ *Wollschläger*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 304; BVerfGE 98, 169 (195, 204, 212).

unverständlichen, willkürlichen Anwendung von Strafprozessrecht sowie erheblichen Verzögerungen bei Strafvollzugsmaßnahmen.⁹⁶

2. Beachtung des Gleichheitsgebots bei (neuen) Formen von Strafe

Nachdem ausführlich der allgemeine Gleichheitssatz erörtert wurde, soll zunächst der Begriff von Strafe erläutert und die verschiedenen Ebenen strafrechtlicher Sanktionierung identifiziert werden, die für das Gleichheitsgebot relevant sind (a.), bevor Konflikte aufgezeigt werden (b.).

a) Begriff von Strafe und verschiedene Ebenen der Sanktionierung

Zuerst werden Definitionsansätze des Strafbegriffs und verschiedene Ebenen der Sanktionierung erörtert, was für die Bestimmung von etwaigen Spannungsfeldern mit dem Gleichheitsgebot relevant ist.

aa) Verschiedene Definitionsansätze des Strafbegriffs

Strafe soll den Unwert der Tat gegenüber dem Täter und der Allgemeinheit verdeutlichen. Dem Täter wird von staatlicher Hand gezielt ein Übel zugefügt, um seine Tat zu missbilligen. Diese Stigmatisierung setzt Schuld voraus. Das Schuldprinzip dient der Strafbegrenzung, indem dem Täter kein höheres Unrecht vorgeworfen werden soll, als er zu verantworten hat. Das Strafmaß darf die Schwere der Schuld nicht überschreiten, was Anforderungen an die Ausgestaltung birgt. Strafe soll einen Eingriff in die Rechtssphäre des Täters bedeuten, der eine merkliche Belastung darstellt. Eine schuldangemessene Verhängung und Abstufung des Strafübels muss im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben möglich sein.⁹⁷ Strafe lässt sich als Antwort auf einen interpersonalen Konflikt begreifen, bei dem der Gedanke der Rückbeziehung des Geschehens auf Täter und Opfer naheliegt. Strafzwecke sind dabei Rechtfertigungsmetaphern für die Intervention des Staates als organisierte Rechtsgemeinschaft in den Konflikt hinein. Das ist nur legitimiert, wenn es um sozialschädliches Verhalten geht, also Erschütterungen von der Verletzung ausgehen, die die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit treffen und der Konflikt öffentlich relevant ist. Durch den Staat wird als Ordnungsgaranten ein Verfahren zur Konfliktklärung bereitgestellt, wobei Zurückhaltung zur Begrenzung der Strafmacht geboten ist.⁹⁸

Die Strafe bezeichnet eine soziale Institution, welche die Gesamtheit der sozialen Regeln widerspiegelt und die durch bestimmte gesellschaftliche Strukturen definiert wird. Strafe ist begrifflich eine Interessenverletzung und ein Übel, das einer Person wegen eines missbilligten Verhaltens von einer dazu ermächtigten Instanz zugefügt wird. Strafe ist institutionell eine den Täter belastende Reaktion auf ein negativ bewertetes Verhalten und die Missbilligung des strafbewährten Verhaltens wird zum Ausdruck gebracht. Ein Moment des Tadels ist der Strafe begrifflich zu eigen.⁹⁹ Es gibt normative, regulatorische Regeln, die für eine gerechte Ausgestaltung der Strafe sorgen sollen. Institutionen legen in gewissem Umfang fest, welche Verhaltensregeln innerhalb ihres Anwendungsbereichs gelten. Eine erste Voraussetzung ist dabei die Bestrafungskompetenz, indem eine Bindung an institutionelle Voraussetzungen erfolgt. Nicht jeder darf eine Strafe verhängen, nur der Staat ist dazu befugt.¹⁰⁰ Damit ist auch ein Anspruch auf Objektivität und Neutralität der Sanktion als Anforderung verbunden, der im Strafverfahren prozedural organisiert ist.¹⁰¹ Die Reaktion soll angemessen sein. Daraus folgt die Anforderung, dass die

⁹⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 9, 51, 90; Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 125; BVerfGE 59, 98 (101-103); 69, 161 (168 f.); 86, 59 (62 f.); 89, 1, (13 f.).

⁹⁷ Hochmayr, ZStW 2012, 64 (65 f.); Vgl. Pöschl, S. 509, 514-518.

⁹⁸ Jung, JZ 2004, 1155 (1156 f.).

⁹⁹ Vgl. Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (437-439).

¹⁰⁰ Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (439).

¹⁰¹ Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (440).

Strafe nur nach sachlichen Gesichtspunkten zu verhängen und zu bemessen ist. Der Grad der Missbilligung des Verhaltens kann bei Verhängung der angemessenen Strafe nicht ganz ausgeblendet werden.¹⁰²

Zweifelhaft erscheint, inwieweit das Schuldprinzip dabei nur eine strafbegründende oder bereits selbst eine strafbegrenzende Funktion einnimmt. Die Frage ist, ob das Schuldprinzip extern in das strafrechtliche Regelsystem eingeführt werden muss oder ob es in seiner strafbegrenzenden Funktion schon enthalten ist. Inwiefern das Schuldprinzip als konstitutives Prinzip anzusehen ist, hängt davon ab, was man unter der Missbilligung der Tat versteht. Die Missbilligung ist eine gezielte Beeinträchtigung der Täterinteressen, sodass sie ihm gegenüber zu rechtfertigen ist. Voraussetzung ist die Verantwortlichkeit des Täters. Der Tadel trifft nicht nur die Tat selbst, sondern auch den Täter, was nur bei schuldhafter Tatbegehung möglich ist. Über das Prinzip des Tadels, ist auch das Schuldprinzip als Begrenzung der Strafe inhärent.¹⁰³ Strafe lässt sich damit als die gewollte Zufügung eines mit einem öffentlichen sozialemischen Unwerturteil verbundenen Übels definieren, das vom Täter als schmerzhaft empfunden werden soll.¹⁰⁴ Diese Merkmale sind bedeutsam, um gleichheitsrelevante Aspekte herauszuarbeiten und um zu überprüfen, ob alternative Sanktionen diesen Anforderungen genügen.

bb) Verschiedene Ebenen der strafrechtlichen Sanktionierung

Die Strafe ist kein einheitlicher Vorgang, sondern lässt sich in verschiedene Ebenen aufteilen. Wenn man kriminologisch inspirierte Kategorisierungen verwendet, ermöglicht dies Unterscheidungen zwischen der Kriminalisierung des Verhaltens, der verfahrensmäßigen Aufarbeitung, der informellen oder formellen Sanktionierung und dem Vollzug der Sanktion.¹⁰⁵ Das erlaubt eine Unterteilung in die Ebenen der Strafverfolgung, der Verhängung der Art der Strafe und die einzelfallbezogene Strafzumessung sowie die Ebene der Strafvollstreckung. Die gleichheitsbezogenen Auswirkungen zeigen sich je nach Ebene im Einzelfall. Relevant könnte sein, ob ein Verhalten als solches kriminalisiert wurde oder wie die Strafverfolgungspraxis hinsichtlich der Diversion gehandhabt wird. Ebenso bedeutsam ist, ob entweder Geld- und Freiheitsstrafe oder eine alternative Strafe angewendet wird und alle relevanten Tatsachen für die Strafzumessung durch den Tatrichter beachtet wurden oder wie die Strafvollstreckungspraxis durchgeführt wird.¹⁰⁶ Von maßgeblicher Bedeutung für die Gleichbehandlung sind bei der Analyse die letzten Ebenen der Strafverhängung, Strafzumessung und die Strafvollstreckung. Eine Differenzierung bezüglich Gleichheit kann auf einer formellen Ebene hinsichtlich der gleichförmigen Verfahrensabläufe erfolgen, zum Beispiel gegen wen die neue Strafform verhängt wird, sowie bezüglich der Ausgestaltung der Strafe an sich und den abstrakten Kriterien der Strafzumessung. Auf materieller Ebene können diesbezüglich die schuldangemessene Strafzumessung und die Verhältnismäßigkeit der verhängten Strafe im Einzelfall untersucht werden, um Konfliktfelder aufzudecken. Materielle Aspekte von Gleichheit, wie die Verhältnismäßigkeit der Strafzumessung im Einzelfall, führen zu der Frage, was eine gerechte Strafe ist. Diese Frage lässt sich jedoch niemals konkret beantworten, sondern hat eher Bekenntnischarakter.¹⁰⁷ Ob eine Strafe im Einzelfall als gerecht empfunden wird, hängt von vielen Einzelfaktoren ab, die nicht universell bestimmbar sind. Gerechtigkeit ist ein relativer Wert, bei dem verschiedene Variationen bei der Anwendung und dem Maß der Sanktionen denkbar sind. Als Grenzen sind dabei jedoch die Menschenrechte und verfassungsrechtliche Garantien zu beachten. Bei der Strafgerechtigkeit ist die Einzelfallentscheidung im Auge zu behalten und zumindest die Ächtung von Todesstrafe, Folter, Körperstrafen

¹⁰² Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (440).

¹⁰³ Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (441 f.).

¹⁰⁴ Meier, 2019, S. 7, S. 15-17; Fischer, StGB, Vor § 38 Rn. 4; BVerfGE 120, 224 (240).

¹⁰⁵ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (718).

¹⁰⁶ Vgl. Mellinghoff, S. 150 f.; Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (708-711, 724-726).

¹⁰⁷ Vgl. Jung, JZ 2004, 1155 (1155 f.).

oder sonstigen exzessiven Straf-Ritualen als anerkannte Menschenrechtsgarantien voraussetzbar.¹⁰⁸

Ein Testfall für die Gleichheit und rechtsstaatliche Sollens-Anforderungen des Sanktionensystems können neue sozialkonstruktive Reaktionsformen auf Straftaten sein. Dabei ist die Einhaltung von Menschenrechten und strafrechtlichen Verfahrensgarantien eine Herausforderung. Strafrechtliche Reaktionsmuster befinden sich seit längerer Zeit im Umbruch, wobei weichere Reaktionen zwar zunehmen, aber auch längere Gefängnisstrafen verhängt werden. Grundsätzlich benötigen Alternativen mehr Flexibilität zur Durchführung. Aber diese Reaktionsformen sind in das strafrechtliche Sanktionensystem integriert, womit strafrechtliche Verfahrensgarantien eingreifen und sie sich daran messen lassen müssen. Diese Elemente werden als spezifische Leistungen des Rechts erwartet und sind unverzichtbare Bestandteile zur Kontrolle der Strafmacht.¹⁰⁹ Neue Strafformen müssen rechtsstaatliche Anforderungen an sozialkonstruktive Modelle im Strafverfahren erfüllen. Diese Angebote sollten als Regelform und nicht als Gnade ausgestaltet sein, eine höchstmögliche Gewähr für Freiwilligkeit bieten, die Unschuldsvermutung beachten und das Recht auf Verteidigung gewährleisten. Selbst wenn Strafübel sanfter werden, bewegen sie sich innerhalb der Strafjustiz. Ihre Leistungsfähigkeit misst sich an der Gewährleistung menschenrechtlicher Standards.¹¹⁰

b) Konflikte zwischen (alternativen) Strafe(n) und dem Gleichheitsgebot

Konfliktfelder, die sich im Verhältnis von (alternativen) Strafe(n) und dem Gleichheitsgebot entwickeln, sollen aufgedeckt werden. In einem ersten Schritt wird die formelle Ebene betrachtet, welche die abstrakten Grundbedingungen des Gleichheitsgebots auf den Ebenen der Verhängung der Strafe, der Strafzumessung sowie der Strafvollstreckung beinhaltet. Danach wendet sich die Analyse der materiellen Ebene zu, bei der die Zumessung und Anwendung der Strafe in der einzelfallbezogenen Handhabung im Fokus steht.

aa) Konfliktfelder zwischen Strafe und Gleichheit auf formeller Ebene

Der Gleichheitsgrundsatz ist die ultimative Bewährungsprobe für Strafrecht und Justiz, da die Beziehung durch Spannungsfelder gekennzeichnet ist. Der Gleichheitsgedanke dient zugleich als Stimulationsmittel für den Fortschritt des Strafrechts. Der Individualisierungsgrundsatz gilt vorwiegend im Bereich der Strafzumessung und bei Auswahl der Sanktionsart, wobei es zumindest ein Verbot der schematischen Kategorisierung gibt. Dabei sind Gleichheit und Individualität auf weiter Strecke in Einklang zu bringen, je nach Bezugsebene des Vergleichs. Problematisch erscheint, wieweit Individualisierung fortgetrieben werden kann, ohne dass ein generalisierender Duktus des für jeden gleichermaßen geltenden strafrechtlichen Verbots verloren geht.¹¹¹

(1) Beachtung des Schuldprinzips und Individualisierung der Strafe

Das Spannungsfeld, indem das Gleichheitsargument zu verorten ist, wird markiert von der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG). Die Festlegung des Strafmaßes obliegt dem Gesetzgeber. Den Gerichten muss aber hinreichende Entscheidungsfreiheit verbleiben, um dem Schuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch eine Gesamtwürdigung zu entsprechen, in die alle Umstände der Tat und die Sanktionsempfindlichkeit des Betroffenen einzustellen sind. Die tatrichterliche Wertung, welche Sanktion im Einzelfall tat- und schuldangemes-

¹⁰⁸ Jung, JZ 2004, 1155 (1159); Vgl. Jung, Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992, S. 197 f., 205-208.

¹⁰⁹ Jung, GA 1993, 535 (535, 544 f.); Jung, 1992, S. 137-141, 228-230.

¹¹⁰ Jung, GA 1993, 535 (535, 544 f.); Jung, 1992, S. 137-141, 228-230.

¹¹¹ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (707), Vgl. Jung, 1992, S. 75 f., 193-200, 231.

sen ist, ist verfassungsmäßig geboten. Dabei ist es einer einzelfallbezogenen Strafzumessung immanent, dass Strafen innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens ungleich ausfallen.¹¹² Diese individualisierende Ausgestaltung auf Ebene der Verhängung und Strafzumessung bedeutet ein systemimmanentes Spannungsverhältnis mit dem Gleichheitsgebot. Die Beachtung des Schuldgrundsatzes kennzeichnet dies als Vergleichsprinzip im Teilrechtsbereich des Strafrechts.¹¹³ Bei der Strafzumessung herrscht ein weiter Ermessensspielraum. Verurteilte können sich nur in begrenztem Umfang auf den Gleichheitssatz berufen, da bei gleicher Tatschuld verschiedene Strafen verhängt werden dürfen. Nur die willkürliche Ungleichbehandlung verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.¹¹⁴

Bei zunehmender Individualisierung von Strafen und der verstärkten Berücksichtigung der Lebensumstände des Täters bei der Sanktionsauswahl und der Strafzumessung ist ein Konflikt mit dem Gleichheitssatz vorprogrammiert. Je individueller die Strafe auf den einzelnen Verurteilten zugeschnitten wird, desto eher droht die Gefahr, die Gesamtheit der Straftäter aus dem Blick zu verlieren und das Gleichheitsgebot zu vernachlässigen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass Strafe nur noch schematisch bestimmt wird. Um eine einzelfallgerechte Bestrafung zu ermöglichen, müssen die Besonderheiten der Täterpersönlichkeit beachtet werden. Für die Achtung des Gleichheitsgebots ist damit eine Form der Individualisierung nötig. Die Grenze ist hierbei zwischen dem notwendigen Maß an Individualisierung und einer allein am Individuum ausgerichteten Strafe zu ziehen, die das Gleichheitsgebot gefährden würde.¹¹⁵ Der Sanktionsbereich ist ein Spannungsfeld, der von zunehmender Personalisierung gekennzeichnet ist. Wenn Strafe als generalisierbarer Verlust zu verstehen ist, dann hat sie grundsätzlich die Intention, jeden auf gewisse Art gleich zu (be)treffen. Dennoch muss den persönlichen Umständen Rechnung getragen werden, sei es bei Täter oder Opfer. Trotzdem steht zu erwarten, dass die Strafjustiz nach verallgemeinerbaren Kriterien vorgeht. Fraglich bleibt, ob es sich bei diesem Vorgehen um Gleichheit oder (rechtsstaatliche) Berechenbarkeit handelt.¹¹⁶

(2) Vergleichbarkeit des Strafübels und gerechte Auswahl der Strafe

Bei der Bewertung eines differenzierungsstarken Sanktionensystems im Hinblick auf die Qualität der Gleichbehandlung tritt die Frage der Beachtung des Gleichheitsgebots in zweifacher Hinsicht auf.

Zum einen stellt sich die Frage nach einer gerechten Strafhöhenbemessung innerhalb einer Art der Strafe. Die Strafzumessung zweier Täter, die schuldangemessen zur gleichen Strafe verurteilt wurden, muss, durch die Abstimmung des jeweiligen Strafübels auf die individuellen Verhältnisse der jeweiligen Person, zueinander in gerechtem Verhältnis stehen. Zum anderen beinhaltet dies zwei sanktionsübergreifende Problembereiche, die darin bestehen, dass eine gerechte (vergleichbare) Bestrafung zwischen zwei Tätern möglich sein soll, die zu verschiedenen Sanktionen verurteilt werden. Grundsätzlich muss eine gerechte Auswahl der jeweiligen Sanktion erreichbar bleiben. Das Sanktionensystem beachtet dies durch das Tagessatzsystem bei der Geldstrafe und zwei Schritte bei der Strafbemessung. Es wird eine überindividuelle Währung der Strafe bei der Geldstrafe zugrunde gelegt, die eine Umrechnung zur Freiheitsstrafe ermöglicht. Die Sanktionsauswahl wird von der Strafvollstreckungsebene getrennt.¹¹⁷ Beim ersten übergreifenden Problemkreis, der Vergleichbarkeit der Sanktionen, gibt es eine abstrakte Einheit in der Strafhöhenbemessung, welche von den individuellen Tätermerkmalen losgelöst ist und sich allein

¹¹² Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (716); BVerfGE 90, 145 (173).

¹¹³ Vgl. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 326; Kirchhof, 2010, S. 800.

¹¹⁴ Laun, S. 72; Meier, 2019, S. 247 f.; Vgl. Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 213 f.; Mellinghoff, S. 168 f., 170 f.

¹¹⁵ Laun, S. 72 f.; Weßlau, StV 1999, 278 (282); Vgl. Fischer, StGB, § 46 Rn. 5-9, 13-24; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), Vor. § 38 Rn. 54; Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 868-871.

¹¹⁶ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (720); Vgl. Jung, Was ist Strafe? Ein Essay, 2002, S. 15-17, 21 f.

¹¹⁷ Laun, S. 73; Weßlau, StV 1999, 278 (282-284); Vgl. Streng, 2012, S. 65-68; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 60 f.; Albrecht, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 40 Rn. 16; Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 28, 32a, 32b, 72 f.; Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Rn. 641 f., 647-649.

auf seine Schuld bezieht.¹¹⁸ Diese Funktion wird anhand der Geldstrafe durch das Tagessatzsystem veranschaulicht. Die finanziellen Verhältnisse des Täters sind erst von Bedeutung, wenn die Wahl für die Geldstrafe und die Anzahl der Tagessätze schon gefallen ist, also bei der Bemessung der Höhe. Die Strafempfindlichkeit wird hier berücksichtigt. Die Vergleichbarkeit der Sanktionen wird durch die Tagessatzeinheit nicht beeinträchtigt. Ungleiche Vermögensverteilungen werden bei Festsetzung der Tagessatzhöhe beachtet.¹¹⁹

Für die Freiheitsstrafe existiert keine vergleichbare abstrakte Zwischengröße. Dabei dürfte das Gleichheitsgebot bei der Auswahl der Sanktionsart keine Einbußen erleiden, da die Freiheit für (fast) jeden einen gleichen Wert hat, während Geld höchst unterschiedlich verteilt ist. Bei der Freiheitsstrafe existiert folgerichtig kein Bedürfnis nach einem künstlichen Zwischenwert, da die Zeitquanten an Freiheitsentzug in gleicher Weise das Maß der Schuld und die Schwere der Tat, wie auch die Strafschwere bestimmen. Ihre überindividuelle Währung ist die Dauer des Freiheitsentzugs.¹²⁰ Die Existenz einer allgemeinen Einheit von Schuld sorgt für Beachtung des Gleichheitsgebots innerhalb einer Sanktionsart und garantiert bis zu gewissem Grad die Vergleichbarkeit im Verhältnis zueinander. Für die Beurteilung von alternativen Sanktionen und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot ist es von entscheidender Bedeutung, ob dem jeweils eine überindividuelle Währung zugrunde gelegt werden muss und inwieweit eine diesbezügliche Einheit bestimmbar ist, die die Vergleichbarkeit zu den Hauptstrafen gewährleistet.¹²¹

Das zweite Problemfeld betrifft die gerechte Auswahl der Sanktionsart. Die Sanktionswahl und Bemessung wird grundsätzlich von den Faktoren der Strafvollstreckungsebene getrennt. Würde man den Sinn der Diversifizierung der Sanktionen darin sehen, dass die Art der Strafe danach zu bestimmen sei, welche Rechtsgüter beim Täter vorhanden sind, würde man Gefahr laufen, diese Ebenen zu vermischen. Das schürt die Befürchtung, dass das Gericht die Sanktionsart verhängen würde, die besonders fühlbar oder vollstreckbar erscheint. Das Gleichheitsgebot ist gefährdet, wenn die Strafe jeweils nur nach vorhandenen Ressourcen verteilt werden würde, zum Beispiel immer eine Geldstrafe bei Vermögen, eine Geldstrafe nebst Fahrverbot bei Vermögen und Fahrzeug, und die gemeinnützige Arbeit bei Zeit als verfügbarem Rechtsgut verhängt würde.¹²² Zurzeit ist die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe als Hauptstrafe möglich. Dabei besteht Einigkeit, dass bei der Strafauswahl keine Orientierung an der Leistungsfähigkeit des Angeklagten erfolgen darf. Es ist unzulässig, die Entscheidung der Art der Strafe von den Erfolgchancen der Vollstreckung abhängig zu machen. Eine Freiheitsstrafe darf nicht verhängt werden, nur weil Geldstrafe nicht eintreibbar erscheint. Sonst besteht die Gefahr, dass finanziell schlechter gestellte Täter tendenziell härter bestraft werden als vermögendere Tätergruppen oder umgekehrte Folgen eintreten.¹²³

Die Einführung alternativer Sanktionen, bei denen Sanktionswahl und Faktoren der Strafvollstreckung womöglich vermischt würden, birgt die Gefahr eines Systembruchs. Dabei sind zwei Arten der Vermischung denkbar. Erstens könnte die Strafe verhängt werden, wenn das Rechtsgut auf dessen Beeinträchtigung die Sanktion abzielt, beim Täter nicht vorhanden ist und die Bestrafung deshalb an ein anderes Rechtsgut anknüpfen soll. Zweitens wäre es möglich, dass eine Strafe deshalb ausgesprochen wird, da die entsprechende Ressource besonders wertvoll für den Täter ist, sodass die Sanktion besonders fühlbar wäre.¹²⁴ Eine Vermischung dieser Aspekte ist bei Befürwortern von alternativen Sanktionen durchaus erwünscht. Ausgangspunkt davon ist, dass die Alternative gezielt die Fälle erfassen soll, welche von den bisherigen Hauptstrafen nicht erreicht werden. Die Schwächen der Hauptstrafen sind

¹¹⁸ Laun, S. 74; Streng, 2012, S. 66, 357 f.; Weßlau, StV 1999, 278 (282).

¹¹⁹ Laun, S. 74; Vgl. Streng, 2012, S. 64-66; Meier, 2019, S. 64 f., 68-70.

¹²⁰ Laun, S. 74; Fischer, StGB, § 38 Rn. 3; Vgl. Meier, 2019, S. 16, 87 f.

¹²¹ Laun, S. 74 f.

¹²² Laun, S. 75; Weßlau, StV 1999, 278 (282); Vgl. Meier, 2019, S. 100 f., 167-169, 188 f., 196 f., 206-211, 216, 222-224, 234-237, 245-250.

¹²³ Laun, S. 75 f.; Vgl. Streng, 2012, S. 259-261, 307 f., 357-359; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 60 f.; Fischer, § 40 Rn. 4 f., § 46 Rn. 42-45; BGHSt 3, 259, (261-263); BGHSt 26, 325, (325, 327-329).

¹²⁴ Laun, S. 76.

durch Probleme auf der Vollstreckungsebene bedingt, aber sie beeinflussen auch die präventiven Wirkungen von Strafe. Die Spezialprävention darf die Strafauswahl als Aspekt in gewissem Maße beeinflussen, wobei die Schwierigkeiten bei der Vollstreckung de lege lata kein Faktor sind, der Berücksichtigung finden darf.¹²⁵ Die Aussage der derzeitigen Trennung bei präventionsrelevanten Strafzumessungsfaktoren erscheint inkonsistent, da sich beide Faktoren auf die tatsächlichen Umstände des Täters beziehen. Eine schlechte finanzielle Situation wirkt sich auf die spezialpräventive Auswahl der Straftart ebenso aus, wie bei der Strafvollstreckung.¹²⁶

Kritisiert wird an einer Vermischung der Strafzumessungs- und Vollstreckungsebene, dass eine einheitliche Währung bei der Strafzumessung aufgegeben würde und die Tatschuld nicht mehr adäquat berücksichtigt werden könne, sodass verschuldetes Unrecht nicht mehr symbolisiert werde. Es wird die Möglichkeit gesehen, dass Menschen mit geringerem Vermögen künftig aus praktisch-forensischen Erwägungen, die die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe betreffen, eher mit Fahrverbot oder gemeinnütziger Arbeit belegt würden als Vermögende. Auf diese Weise würden wohlhabende Täter bessergestellt werden, da die finanzielle Belastung für sie keinen einschneidenden Charakter habe. Dies bedeute eine Schaffung einer Mehrzahl von Sonderstrafen für verschiedene Bevölkerungsteile.¹²⁷ Dabei wird eine Parallele zur derzeitigen Entscheidung zwischen Geld- und Freiheitsstrafe gezogen, bei der eine Orientierung an der Leistungsfähigkeit für die Strafauswahl gerade ausscheidet. Die Entscheidung zwischen Geld- und Freiheitsstrafe und zwischen zwei ambulanten Sanktionen ist jedoch nicht vergleichbar. Für finanziell leistungsschwache Täter ist es bei der Entscheidung zwischen zwei alternativen Sanktionen letztlich besser mit Fahrverbot oder gemeinnütziger Arbeit als (reformierte) Hauptstrafe bedacht zu werden, als zunächst eine Geldstrafe zu erhalten, die dann als resozialisierungsfeindliche Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird.¹²⁸

Alternative Strafen können weniger einschneidend als eine Geldstrafe sein. Die Orientierung an den Vermögensverhältnissen des Täters bei der Wahl der Art der alternativen Sanktion dient in solchen Fällen gerade dem Gleichheitsgebot und läuft dem nicht grundsätzlich zuwider. Die Auswahl der Sanktionsart unter Berücksichtigung von Umständen der Vollstreckungsebene, die Präventionsrelevanz haben, birgt keine Defizite hinsichtlich der Gleichbehandlung. Mit jeder neuen alternativen Sanktion steht einem Täter, der von der harten Auffangstrafe Freiheitsstrafe betroffen wäre, eine weitere Möglichkeit zur Vermeidung stationärer Sanktion zur Verfügung.¹²⁹

Die Strafempfindlichkeit ist dabei jedoch kein präventionsrelevanter Faktor und darf nicht auf Ebene der Auswahl berücksichtigt werden, sondern kann erst als strafmildernder Aspekt auf der Vollstreckungsebene beachtet werden. Sonst droht ein Missbrauch zu strafschärfenden Erwägungen, der mit einer nicht vorhandenen Strafempfindlichkeit begründet wird.¹³⁰ Auf der abstrakten Ebene gibt es Möglichkeiten das Gleichheitsgebot zu wahren, je nach Ausgestaltung von neuen Strafformen.

bb) Konfliktfelder zwischen Strafe und Gleichheit auf materieller Ebene

Verstöße gegen das Gleichheitsgebot werden eher durch die praktische Handhabung der Sanktionen bewirkt. Je gleicher die Strafe dabei formell auf der Ebene der Verhängung und der Sanktionsauswahl wirkt, desto härter können die individuellen Auswirkungen bei der Vollstreckung sein. Zunächst werden die Hauptstrafen betrachtet und Defizite des Gleichheitsgebots in der Anwendung im Einzelfall, auch im föderalen System, aufgezeigt. Dabei ist eine Differenzierung hinsichtlich der durch die Strafe betroffenen Güter des Sanktionierten möglich, namentlich

¹²⁵ Laun, S. 76; Weßlau, StV 1999, 278 (282 f.).

¹²⁶ Laun, S. 76 f.

¹²⁷ Weßlau, StV 1999, 278 (282 f.); Vgl. Laun, S. 77.

¹²⁸ Laun, S. 77; Mühl, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, Die Laufzeitleistungsstrafe als alternative Sanktion, 2015, S. 157 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 40 Rn. 2, 5; BGH, NJW 1976, 634 (634).

¹²⁹ Laun, S. 78.

¹³⁰ Weßlau, StV 1999, 278 (283 f.); Laun, S. 76 f.; Streng, 2012, S. 357-359.

Freiheit, Vermögen, Freizeit oder die Freiheit zum Führen von Kfz. Durch die ungleiche Verteilung von ökonomischen Mitteln und sonstigen Freiheiten innerhalb einer Gesellschaft werden Probleme der Gleichbehandlung bei der Bestrafung aufgeworfen, wenn die Sanktionierung an Güter anknüpft, die der Zufügung des Strafübels dienen.¹³¹

(1) Konflikte und Ungleichheiten bei der Praxis der Freiheitsentziehung

Bei der Anknüpfung an das Gut der persönlichen Freiheit scheinen „prima facie“ alle gleich betroffen zu sein. Auf einer formellen Ebene der Sanktionswahl ist die Wahrung des Gleichheitsgebots bei der Freiheitsstrafe noch am ehesten möglich, da den meisten Bevölkerungsgruppen die Freiheit gleich bedeutsam ist und sie deren Entzug anscheinend gleich berührt. Eine Vollstreckung der Freiheitsstrafe verwirklicht den Tatbestand von § 239 StGB, ist aber gerechtfertigt durch die Ausübung amtlicher Rechte bei der Strafhaft, wenn eine Verurteilung erfolgte. Manchen Personen kann die Freiheit nicht i.S.v. § 239 StGB entzogen werden, da sie nicht dem geschützten Personenkreis angehören, sodass sie die Freiheitsstrafe nicht gleich trifft.¹³² Ältere Personen mit einer geringeren Restlebenserwartung kann eine Freiheitsentziehung härter betreffen, da die Anzahl der potentiell verbleibenden Lebensjahre in Freiheit abnimmt. Dennoch kann Freiheitsstrafe gegen (fast) jeden verhängt werden, womit sie abstrakt dem Gleichheitsgebot gerecht wird.¹³³

Ärmere Personen können von den Nachwirkungen des Strafvollzugs ungleich härter betroffen sein als vermögendere Personen. Die anschließenden Vollzugsfolgen - durch entsozialisierende, kriminogene Wirkungen, etwaigen Job- und Wohnungsverlust oder traumatische Folgen - betreffen diese Personengruppe wesentlich härter, da kaum Vermögensrücklagen gebildet werden und es mit einer Vorstrafe wesentlich schwieriger ist, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Vermögendere Personen können danach eher über Eigentum oder Kontakte verfügen, um eine Arbeit und eine Wohnung zu finden oder therapeutische Hilfe in Anspruch zu nehmen. Zudem verursacht der Vollzug sehr hohe Unterhaltungskosten für den Betrieb und schädliche Auswirkungen können bei allen Häftlingen verschieden stark ausgeprägt eintreten.¹³⁴ Diese Folgen treffen unabhängig vom Vermögen oder sonstigem Status bei der Haftstrafe härter als bei der Verhängung einer Geldstrafe. Somit trifft die Freiheitsstrafe auf formeller Ebene die Personen gleich. Im Vollzug hat sie sehr schädliche Folgen, die auf materieller Ebene ungleich wirken.

(2) Konflikte und Ungleichheiten bei der Praxis der Geldstrafe

Die Geldstrafe folgt auf der formellen Ebene mit dem Tagessatzsystem einem Prinzip, das eine vermehrte Gleichbehandlung ermöglicht, indem zunächst schuldangemessen die Zahl der Tagessätze festgelegt wird und erst im Nachhinein das Vermögen für die Höhe relevant ist. Auf der materiellen Ebene entstehen Ungleichbehandlungen durch Mängel bei der Strafbemessung und Vollstreckung, da die Geldstrafe Defizite hinsichtlich der Zahl und Höhe der Tagessätze, bei einer möglichen Abwälzung auf Dritte und der zum Teil fehlenden Fühlbarkeit aufweist. Die Gerichte machen sich meist kein genaues Bild von der Vermögenslage der Straftäter, sondern schätzen die Bemessungsgrundlage nur, was zu einer mittleren Verteilung der Tagessatzhöhe führt. Dadurch wird das Tagessatzsystem meist nicht hinreichend nach oben und unten ausgeschöpft, sodass ein wohlhabender Straftäter eine mittlere Tagessatzhöhe erhält, die für ihn ein relativ geringes Strafübel darstellen kann. Bei einem armen Straftäter

¹³¹ Weßlau, StV 1999, 278 (282); Meier, 2019, S. 16.

¹³² Vgl. Fischer, § 239 Rn. 2-4, 12; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 12-17, 39.

¹³³ Vgl. Streng, 2012, S. 358 f.; Meier, 2019, S. 211 f., 245-247.

¹³⁴ Vgl. Streng, 2012, S. 131-134; Meier, 2019, S. 88-90.

kann dabei die Tagessatzhöhe in Relation dennoch zu hoch sein und ein härteres Strafübel im Vergleich zur Tat-schuld darstellen.¹³⁵ Vermögen ist weit ungleicher verteilt als Freiheit, sodass dies zu vermehrten Konflikten mit dem Gleichheitsgebot führt. Diese Ungleichheit kann bei vermögenlosen Personen zur Vollstreckung der Ersatz-freiheitsstrafe führen. Dies lässt sich bis zu gewissem Grad durch gemeinnützige Arbeit oder Ratenzahlungs-mo-delle ausgleichen, verhindert aber nicht alle Vollstreckungen.¹³⁶ Sonst hat die Geldstrafe weit weniger desoziali-sierende Folgen als eine Freiheitsstrafe. Die Geldstrafe weist, bedingt durch Strafbemessungsdefizite in der Praxis und die Anknüpfung an das Vermögen, formell betrachtet größere Gleichheitsdefizite auf als die Freiheitsstrafe. Auf der materiellen Ebene treffen die Folgen einer Geldstrafe hingegen weit weniger hart als bei der Freiheits-strafe, abgesehen von der drohenden Ersatzfreiheitsstrafe.

(3) Konflikte und Ungleichheiten durch den Föderalismus

Eine weitere Komponente, die auf praktischer Ebene der Rechtsanwendung zu starken Ungleichbehandlungen führt, ist die föderale Struktur Deutschlands. Bei der Verhängung und Vollstreckung der Sanktionen nehmen die Intensität der Strafverfolgung, der Einstellungs- und der Sanktionspraxis regional unterschiedliche Züge an. Straf-zumessungsstudien belegen, dass es regional unterschiedliche Strafzumessungspraktiken gibt. Der „Nerv“ des Strafrechts und des Staates ist betroffen, wenn die regionale Ungleichheit in der Strafverfolgung als verfassungs-rechtlich bedenklich angeprangert wird.¹³⁷ Der Föderalismus bedingt dabei regionale Divergenzen bei der Anwen-dung des Bundesstrafgesetzes, wobei ungewiss ist, wie viel föderale Ungleichheit gleich geltendes Strafrecht ertra-gen kann. Die Strafvollzugsgesetze sind mittlerweile in der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Mögliche Un-gleichheiten wurden noch nicht durch das *BVerfG* geprüft.¹³⁸ Auch die regionalen Unterschiede hinsichtlich der Strafverfolgung und möglicher Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaften sowie divergierende Sanktionshärten sind bezüglich der gleichförmigen Sanktionierungspraxis kritisch zu sehen und werden bisher nur in gewissem Umfang durch Richtlinien vereinheitlicht. Die Länder könnten sich untereinander (und im Diskurs mit dem Bundesministerium der Justiz) auf eine einheitlichere Handhabung etwaiger Richtlinien verständigen und sich auf gemeinsame, transparente Standards einigen.¹³⁹ Derzeit existiert innerhalb Deutschlands ein regional un-terschiedlich hohes Sanktionierungsrisiko eines hinreichend Tatverdächtigen, sowohl nach Art als auch Höhe der Sanktion, bedingt durch deutliche regionale Unterschiede hinsichtlich der Erledigungsstrukturen der Staatsanwalt-schaften und der Sanktionierungspraxis. Diese Unterschiede wirken bis in den Strafvollzug fort. Ein kriminalpol-itischer Föderalismus, der zu deutlich verschiedenen Verfolgungs- und Sanktionierungsrisiken sowie zum diver-gierenden Vollzugsregime führt, ist rechtsstaatlich höchst bedenklich.¹⁴⁰ Ein weiterer Konflikt ergibt sich aus der föderalistischen Staatsstruktur, was alle Ebenen der Sanktionierung entscheidend prägt.

3. Kriterien für die Beachtung des Gleichheitsgebots und Schema für die Beispielsuntersuchung

Die formelle Ausgestaltung und die praktische Handhabung beim Fahrverbot wird im weiteren Verlauf untersucht. Es könnte naheliegen, dass alternative Sanktionen je nach Ausgestaltung formell eher ungleicher wirken als die Hauptstrafen, aber in ihren materiellen Auswirkungen zeitlich begrenzt und verhältnismäßiger ausgestaltbar sind. Auf Basis der bisherigen Erkenntnisse werden Kriterien für die Beachtung des Gleichheitsgebots bei neuen Straf-

¹³⁵ Laun, S. 60-68, 74; Streng, 2012, S. 67-71; Vgl. Farivar Meemar, S. 65-108.

¹³⁶ Streng, 2012, S. 72 f.; Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (334 f., 344).

¹³⁷ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (708); Heinz, in: FS Kreuzer, 2009, S. 271 (271, 299 f.).

¹³⁸ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (716 f.); Sachs, S. 981.

¹³⁹ Jung/Morsch, in: GS Walter, 2014, S. 707 (722-724); Vgl. Heinz, in: FS Kreuzer, 2009, S. 271 (275-298).

¹⁴⁰ Heinz, in: FS Kreuzer, 2009, S. 271 (300); Streng, 2012, S. 234-236; Meier, 2019, S. 259-261; Mellinghoff, S. 169 f.

formen entwickelt, die der weiteren Analyse zugrunde gelegt werden. Wie bereits erörtert, enthält das Gleichheitsgebot folgende Kriterien: Es ist gekennzeichnet von verfassungsrechtlichen Aspekten des Art. 3 Abs. 1 GG. Dabei ist vor allem das Verständnis als Willkürverbot und Garantie der Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit sowie die zweistufige Prüfung von Tatbestand und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung durch eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung bedeutsam. Besonderheiten des Strafrechts als Teilrechtsgebiet ergeben sich durch das bereichsspezifische Vergleichsprinzip des Schuldgrundsatzes und der verfassungsrechtlich gebotenen individuellen Strafzumessung. Das gleichheitsrechtliche Verallgemeinerungsgebot fordert, dass alle Straftäter in jedem Bundesland und strukturell bei Gericht materiell und verfahrensrechtlich gleichbehandelt werden.¹⁴¹ Die Beachtung des Gleichheitsgebots steht im Zusammenhang mit dem Strafbegriff und den Ebenen der Sanktionierung. Strafe definiert sich als die gewollte Zufügung eines mit einem öffentlichen sozialetischen Unwerturteil verbundenen Übels, das vom Täter als schmerzhaft empfunden werden soll. Eine Unterteilung in die Ebenen der Strafverfolgung, der Verhängung der Art der Strafe, der einzelfallbezogenen Strafzumessung und der Strafvollstreckung kann vorgenommen werden. Die Auswirkungen zeigen sich je nach Ebene formell und materiell.¹⁴² Im Verlauf der Untersuchung wurden die Konfliktfelder auf formeller Ebene als die Beachtung des Schuldprinzips und die individualisierende Wirkung bei der Strafe, sowie die Vergleichbarkeit des Strafübels zwischen verschiedenen Sanktionen identifiziert, die durch eine individuelle Einheit bei der Strafbemessung garantiert werden soll. Zudem ist die gerechte Auswahl der Sanktionsart unter Berücksichtigung der strafzumessungsrelevanten Faktoren konfliktbeladen. Auf materieller Ebene werden Ungleichbehandlungen und etwaige Verstöße gegen das Gleichheitsgebot durch die praktische Handhabung im Einzelfall bewirkt. Je gleicher die Strafe dabei formell auf der Ebene der Verhängung und der Sanktionsauswahl wirkt, desto härter können die individuellen Auswirkungen im Vollzug oder bei Vollstreckung sein. Das Beispiel des Fahrverbots wird nach folgendem Schema untersucht: Zuerst wird die formale Ausgestaltung *de lege lata* dargestellt. Anschließend wird die intendierte Wirkungsweise erläutert, um dies mit etwaigen nachteiligen Folgen zu kontrastieren. Danach werden die Auswirkungen von Ungleichbehandlungen untersucht und überprüft, ob mögliche Verstöße gegen das Gleichheitsgebot gerechtfertigt werden können. Zudem erfolgen Exkurs und Fazit.

IV. Untersuchung des Fahrverbots als Nebenstrafe auf Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot

Das Fahrverbot als Nebenstrafe (§ 44 StGB) wird als eine neue Strafform im Hinblick auf Konflikte mit dem Gleichheitsgebot untersucht.

1. Ausgestaltung des Fahrverbots *de lege lata*

Zunächst wird die heutige Ausgestaltung des Fahrverbots analysiert. Die Reform erfolgte mit Wirkung zum 24. August 2017 durch das Gesetz zur effektiven und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.¹⁴³ Neben dem Fahrverbot (§ 44 StGB) und der Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) ist die Anordnung eines Fahrverbots bei Begehung von Verkehrsordnungswidrigkeiten nach § 25 StVG als Pflichtenmahnung möglich. Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist quantitativ bedeutsamer als das Fahrverbot, was sich anhand der Anordnungszahlen zeigt. Die Maßregel wurde 2018 in 92.131 Fällen angeordnet und ein Fahrverbot in 27.417 Fällen

¹⁴¹ Vgl. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 326; Mellinshoff, S. 150.

¹⁴² Vgl. Meier, 2019, S. 7, S. 15-17; Fischer, StGB, Vor § 38 Rn. 4.

¹⁴³ BT-Drs. 18/12785, S. 1-3, 14-19; Fischer, StGB, § 44 Rn. 2; Claus, NZV 2017, 449 (450 f.); Vgl. zu Rechtsprechungs-Defiziten seit Reform: Fromm, DAR 2019, 650 (650-652).

verhängt.¹⁴⁴ Rechtstatsächlich überwiegen zudem die Fahrverbotsanordnungen nach OWiG bei weitem die nach dem StGB. Im Jahr 2015 gab es 346.000 Anordnungen nach § 25 StVG gegenüber 25.000 Fahrverboten.¹⁴⁵

Der Charakter des Fahrverbots als Nebenstrafe setzt voraus, dass es zwingend nur in Kombination mit einer Hauptstrafe verhängt wird. Voraussetzung ist, dass der Täter wegen einer Straftat zu Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt wird (§ 44 Abs. 1 S. 1 StGB). Die Begehung einer rechtswidrigen Tat allein genügt nicht. Verurteilung meint die unbedingte Verurteilung zu einer Hauptstrafe, auch wenn die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird. §§ 59, 60 StGB sind keine tauglichen Anknüpfungspunkte. Aus der Funktion ergibt sich zudem, dass der Täter im Straßenverkehr Kfz tatsächlich führen muss. Wer keine Kfz führt, wird vom Fahrverbot nicht getroffen. Die Sanktion kann sich dann nicht als Übel auswirken.¹⁴⁶ An die Art der begangenen Straftat sind keine besonderen Anforderungen zu stellen, da ein Verkehrsbezug nicht mehr notwendig ist. Allerdings sind verkehrsbezogene Straftaten weiterhin als Beispiel normiert (§ 44 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB), sodass die Anordnung regelmäßig beim inneren Zusammenhang mit dem begangenen Unrecht im Straßenverkehr naheliegt. Taten, die „beim Führen eines“ Kfz begangen werden, sind u.a. die Anlasstaten nach §§ 315b, 315c, 316, 248b, 142 StGB, § 22 StVG, § 6 PflVG sowie §§ 222, 229, 240 StGB, soweit sie die Folge von Verkehrsverstößen sind. „Im Zusammenhang mit dem Führen“ eines Kfz ist eine Straftat begangen, wenn sich der Täter für die Vorbereitung oder Durchführung einer Tat, die nicht zwingend Verkehrsdelikt ist, oder anschließend für die Ausnutzung oder Verdeckung der Tat, eines Kfz bedient hat. „Unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers“ ist eine Straftat begangen, sobald der Täter gegen verkehrsrechtliche Pflichten verstoßen hat.¹⁴⁷

Ein Fahrverbot kann bei anderen Anlasstaten in vier Fallgruppen verhängt werden (§ 44 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 StGB), wenn die Anordnung zur Einwirkung auf den Täter (1.) oder zur Verteidigung der Rechtsordnung (2.) erforderlich erscheint oder hierdurch die Verhängung einer Freiheitsstrafe (3.) oder deren Vollstreckung (4.) vermieden werden kann. Diese Formulierung soll als Leitlinie für die Entscheidungspraxis der Gerichte dienen und die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) verdeutlichen. Die erste Fallgruppe zielt auf die spezialpräventiven Zwecke der Strafe ab. Ein Fahrverbot ist denkbar, wenn die Geldstrafe den Täter nicht ausreichend beeindruckt, aber eine Freiheitsstrafe zu einschneidend wäre. In begründeten Einzelfällen soll eine Verhängung möglich sein, wenn generalpräventive Zwecke dies bedingen (zweite Fallgruppe). Die dritte Fallgruppe greift ein, wenn hierdurch die Verhängung einer an sich gebotenen Freiheitsstrafe vermieden werden kann. Eine Vollstreckung ist vermeidbar (vierte Fallgruppe), wenn durch ein neben der Freiheitsstrafe verhängtes Fahrverbot die Möglichkeit zur Aussetzung zur Bewährung besteht, da die Strafhöhe unter zwei Jahren liegt.¹⁴⁸

Beispiele für passende Tätergruppen sind: wohlhabende Täter, die eine Geldstrafe leicht zahlen können; Täter, für die ihr Auto oder Motorrad ein Prestigeobjekt ist, auch bei Heranwachsenden; Steuerstraftäter sowie Unterhaltspflichtverletzter; Hooligans; politisch extremistische Täter, die Delikte mit Gewaltkomponente begehen oder Stalker und vorbestrafte Sprayer.¹⁴⁹

Das Gericht muss in jedem Fall prüfen, ob die Gesamtsanktion und das dadurch dem Verurteilten auferlegte Gesamtübel nicht genügen, um die Verhängung oder Vollstreckung von Freiheitsstrafe entbehrlich zu machen. Mit

¹⁴⁴ Strafverfolgungsstatistik, Tab. 5.1, S. 360, hierbei handelt es sich um den Stand der Statistik zum Zeitpunkt der Einreichung der Studienarbeit vom 14.9.2020; Claus, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 44 Rn. 4, § 69 Rn. 2.

¹⁴⁵ Valerius, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. (2020), § 44 Rn. 1b); zu älteren Daten: Kulemeier, Fahrverbot (§ 44 StGB) und Entzug der Fahrerlaubnis (§§ 69 ff. StGB), 1991, S. 149-170.

¹⁴⁶ Meier, 2019, S. 152; Claus, in: SSW-StGB, § 44 Rn. 8; Krumm, NJW 2018, 1738 (1738 f.).

¹⁴⁷ Meier, 2019, S. 152; Claus, in: SSW-StGB, § 44 Rn. 10 f.; Kulemeier, NZV 1993, 212 (214 f.).

¹⁴⁸ Claus, in: SSW-StGB, § 44 Rn. 12-15; Meier, 2019, S. 152 f.; Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (858); Bode, NZV 2017, 1 (3 f.); Berwanger, ZRP 2017, 26 (27); König, DAR 2018, 604 (606 f.).

¹⁴⁹ Meier, 2019, S. 152 f.; Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (859f); Schöch, NSTz 2018, 15 (16); Stöckel, Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität?, in: 39. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2001, 2001, S. 88 f.; Bode, NZV 2017, 1 (3, 6); König, NZV 2001, 6 (8); Ebner, NZV 2014, 391 (391 f.); Spatschek, DB 2014, M5; Wedler, NZV 2015, 209 (209, 211); Fromm, ZWH 2018, 347 (348 f.).

der Formulierung will der Gesetzgeber verdeutlichen, dass es nicht als Sanktion für Bagatelldelikte gedacht ist, sondern im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität zur Anwendung kommen soll.¹⁵⁰ Die Anordnung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, wenn die Voraussetzungen vorliegen. § 44 Abs. 1 S. 3 StGB schränkt das gerichtliche Ermessen ein, wenn ein Trunkenheitsdelikt vorliegt und keine Entziehung (§ 69 StGB) erfolgt. Die allgemeinen Strafzumessungsregeln (§ 46 StGB) gelten. Beide Sanktionen dürfen zusammen genommen das Maß der Tatschuld nicht überschreiten, sodass zwischen der Haupt- und der Nebenstrafe eine Wechselwirkung besteht. Belastungen, die den Verurteilten in Form der Nebenstrafe treffen, sind deshalb bei der Hauptstrafe strafmildernd zu berücksichtigen. Zudem ist bedeutend, welche beruflichen Auswirkungen die Anordnung auf den Verurteilten hat, da die Folgen für das Leben des Täters Berücksichtigung finden müssen (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB). Das Gericht kann das Verbot zur Wahrung der Angemessenheit der Strafe auf bestimmte Arten von Kfz (z.B. bestimmte Klassen, dabei auch differenziert nach dem Verwendungszweck, oder auf bestimmte Bauarten bezogen) beschränken.¹⁵¹ Rechtsfolge des Fahrverbots ist es, dem Verurteilten für eine Dauer zwischen einem und sechs Monaten zu untersagen, im Straßenverkehr Kfz zu führen. Das Verbot wird mit Hinterlegung der Fahrerlaubnis bei Rechtskraft des Urteils wirksam oder spätestens mit Ablauf der Dauer eines Monats seit Rechtskraft (§ 44 Abs. 2 S. 1 StGB). Zur Vollstreckung wird der Führerschein in amtliche Verwahrung genommen (§ 44 Abs. 2 S. 2 StGB). Wird die Fahrerlaubnis nicht freiwillig herausgegeben, erfolgt eine Beschlagnahme (§ 463b StPO). Das Bestehen der Fahrerlaubnis bleibt davon unberührt, sodass nach Ablauf der Verbotsfrist wieder eine Teilnahme am Straßenverkehr möglich ist.¹⁵² Zuwiderhandlungen gegen das Fahrverbot sind nach § 21 Abs. 1, 2 StVG bei vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung strafbewehrt.¹⁵³

2. Intendierte Wirkung des Fahrverbots und mögliche nachteilige Folgen

Um die intendierte Wirkung der Reform zu untersuchen, werden die kriminalpolitischen Zielsetzungen und etwaigen Nachteile beleuchtet.

a) Intendierte Wirkung und mögliche Vorteile des Fahrverbots

Das gesetzgeberische Ziel der Reform bestand darin, die Gestaltungsmöglichkeiten der Gerichte bei der Sanktionierung zu erweitern, indem eine zusätzliche Alternative geschaffen werden sollte, um auf den Verurteilten auch außerhalb der Verkehrsdelikte „zielgenau, spürbar und schuldangemessen“ einwirken zu können. Zugleich soll die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vermeidung von Verhängung und Vollstreckung insbesondere kurzer Freiheitsstrafen dienen. Die Erweiterung hatte ferner die verstärkte Kombination des Fahrverbots mit der Geldstrafe im Blick.¹⁵⁴ Das Fahrverbot ist vorwiegend als repressive Warnungs- und Besinnungsstrafe gedacht und dient nicht der präventiven Gefahrenabwehr. Dabei steht die spezialpräventive Einwirkung auf den Täter im Vordergrund. Das Fahrverbot war vom Gesetzgeber seit jeher als Besinnungsmaßnahme gedacht, die dem Täter ein Gefühl dafür geben soll, was es bedeutet, vorübergehend ohne Führerschein zu sein.¹⁵⁵

Die Zielsetzung besteht darin, den Tätern, die aus beruflichen oder privaten Gründen mit Kfz am Straßenverkehr teilnehmen, zusätzlich zur Hauptstrafe einen Denkkzettel zu verpassen. Dem Täter soll durch den zeitlich begrenz-

¹⁵⁰ Meier, 2019, S. 153; Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (860); König, NZV 2001, 6 (7); Schöch, NSZ 2018, 15 (15); Deutscher, StRR 2019, 24 (24, 27).

¹⁵¹ Meier, 2019, S. 153; Claus, in: SSW-StGB, § 44 Rn. 16-20; Fischer, StGB, § 44 Rn. 27; Krumm, NJW 2018, 1738 (1740); Kappus, DAR-Extra 2017, 754 (754-756); BGHSt 29, 58, (61 f.).

¹⁵² Meier, 2019, S. 153 f.; Valerius, in: LK-StGB, § 44 Rn. 50-65; Kerkmann, SVR 2018, 48 (49 f.).

¹⁵³ Valerius, in: LK-StGB, § 44 Rn. 116; Fischer, StGB, § 44 Rn. 4.

¹⁵⁴ BT-Drs. 18/11272, S. 14; Vgl. Meier, 2019, S. 151; Fischer, StGB, § 44 Rn. 6.

¹⁵⁵ Fischer, StGB, § 44 Rn. 5; Claus, in: SSW-StGB, § 44 Rn. 3; Meier, 2019, S. 150; BVerfGE 27, 18 (36); BGHSt 43, 241 (246).

ten Ausschluss von der Verkehrsteilnahme ein Gefühl für das begangene Unrecht vermittelt werden. Die Notwendigkeit, die Mobilitätsbedürfnisse auf andere Weise befriedigen zu müssen, soll der Erfahrung eines Strafübels dienen, das einen stärkeren Eindruck hinterlässt als die Geldstrafe.¹⁵⁶ Der Täter muss durch das Fahrverbot hinreichend beeinflussbar sein, was bei wohlhabenden oder wirtschaftlich schwächeren Tätern zweifelhaft ist. Vermögendere Täter könnten sich einen Chauffeur leisten, sodass ihre Fortbewegungsfreiheit nicht eingeschränkt ist. Möglicherweise sind bei ihnen die Aufwendungen für Taxis und Busfahrten geringer als für die Geldstrafe. Bei solchen Tätergruppen kann es zweifelhaft sein, ob ein gewichtiges Strafübel darin zu sehen ist, dass sie nicht selbst fahren dürfen¹⁵⁷ und es bedarf sorgfältiger Prüfung, ob auf einen wohlhabenden Täterkreis mit einem Fahrverbot hinreichend eingewirkt werden kann.¹⁵⁸ Bei wirtschaftlich schwächeren Tätern kann eine Geldstrafe eine übermäßige Belastung sein, sodass ein Fahrverbot eine Alternative wäre. Häufig wird diese Tätergruppe jedoch nicht über eine Fahrerlaubnis und/oder ein Kfz verfügen, sodass ein Fahrverbot ins Leere liefe. Hat der Täter diese Ressourcen, kann es als Nebenstrafe die Geldstrafe nur zum Teil ersetzen, aber dazu führen, dass Risiken der Nichtzahlung und der Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafe reduziert werden.¹⁵⁹

Rechtspolitisch ist die erfolgte Gesetzesreform nach wie vor umstritten.¹⁶⁰ Die Befürworter sprechen sich dafür aus, dass sehr geringe Kosten verursacht werden, keine Überwachung nötig ist und das Fahrverbot als starkes Übel empfunden wird, sowie Defizite der Geldstrafe ausgeglichen werden.¹⁶¹

Das Fahrverbot hat bei der Durchführung für den Staat nur geringe Kosten, da nur eine Stelle zur Entgegennahme der Fahrerlaubnis bereitgestellt werden muss. Die Vollstreckung benötigt keinerlei zusätzliche Organisation, indem das Fahrverbot nicht besonders überwacht wird. Bei Verstoß droht eine Strafe nach § 21 StVG. Nach Nr. 11, 45 MiStra erfolgt eine Benachrichtigung über das verhängte Fahrverbot an die örtlich zuständige Polizeidienststelle. Im ländlichen Raum und in der Kleinstadt bewirke diese Mitteilung immer wieder eine Aufdeckung von Taten. In Großstädten helfe der Zufall bei allgemeinen Kontrollen. Die Weitmaschigkeit der Kontrolldichte sei kein Grund, vom Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität abzusehen. Die Strafandrohung bei Zuwiderhandlung sei gerade notwendig, um durch die Gefahr einer neuen Straftat, die Einhaltung zu fördern.¹⁶² Das Fahrverbot sei eine höchst wirksame Strafe, wenn die Strafe weh tun soll. Die Praxiserfahrung zeige, dass mit Hartnäckigkeit vor Gericht dagegen angekämpft wird. Ein Fahrverbot werde als Sanktion vom Verkehrsteilnehmer durch einen Führerscheinenzug meist als demütigend, beeinträchtigend und in bürgerlichen Kreisen als ehrenrührig empfunden. Zum Teil würde es vor Umfeld und Nachbarschaft verborgen werden.¹⁶³ Zudem wäre ein Fahrverbot nicht, wie die Geldstrafe, auf andere abwälzbar und treffe den Verurteilten punktgenau selbst. Defizite der Geldstrafe ergeben sich bei der Tagessatzverhängung, da die Sachverhalte und Vermögensverhältnisse nicht ausreichend ausermittelt sind. Dies resultiere aus Defiziten in der Praxis und ein überlasteter Richter könne die Angaben zum Nettoverdienst nicht verifizieren. Ein Staatsanwalt würde bei der Stellung von Anträgen in Ungnade fallen. Die Geldstrafe werde zu niedrig angesetzt und bei der Strafvollstreckung ist die Zahlung durch Dritte möglich. Beim Fahrverbot würden beide Gesichtspunkte nicht eingreifen.¹⁶⁴

¹⁵⁶ Meier, 2019, S. 151 f.; Lempp, SVR 2017, 20 (20 f.).

¹⁵⁷ König, NZV 2001, 6 (10); Bode, NZV 2017, 1 (3); Wedler, NZV 2015, 209 (211); Vgl. Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (860).

¹⁵⁸ Streng, ZStW 1999, 827 (854); Schäpe, Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität? in: 39. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2001, 2001, S. 91 f.; Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (860 f.).

¹⁵⁹ Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (861); Röwer, Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität?, in: 39. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2001, 2001, S. 78; Franke, ZRP 2002, 20 (22); Vgl. zu weiteren Personengruppen: Weidhaas, S. 21-23.

¹⁶⁰ Meier, 2019, S. 151; Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (857); Janker, DAR 2017, 8 (10-13).

¹⁶¹ Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (336-338); Stöckel, 2001, S. 83-85; Verrel, BRJ 2014, 135 (137 f.).

¹⁶² Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (337 f., 339); Stöckel, 2001, S. 87f; Lohkamp, Reformbedürftigkeit von Fahrverbot und Fahrerlaubnisenzug?, 2004, S. 89-93.

¹⁶³ Weidhaas, S. 17; Stöckel, 2001, S. 83 f.; Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (336).

¹⁶⁴ Stöckel, 2001, S. 84; Stöckel, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (337); König, DAR 2018, 604 (607).

b) Mögliche nachteilige Folgen des Fahrverbots

Aus diesen Vorteilen können ebenso gewichtige Nachteile in Form einer möglicherweise drohenden Folgekriminalisierung nach § 21 StVG, mangelnder Akzeptanz in der Bevölkerung und eine ausbleibende Behebung von Defiziten der Geldstrafe resultieren.¹⁶⁵ § 21 StVG solle die Einhaltung des Fahrverbots gewährleisten, indem eine hinreichende Abschreckungswirkung eintreten soll und die Höchstfrist von sechs Monaten einen hinreichenden Zeitraum darstelle, der die Befolgungsbereitschaft nicht überstrapaziere.¹⁶⁶ Delikte der unteren und mittleren Kriminalität werden aber nicht nur von Durchschnittsbürgern begangen, die sich davon abschrecken lassen könnten, sondern auch von stärker kriminell gefährdeten Personen, die durch Strafdrohungen weniger zu beeindrucken sind, womit das Risiko der Nichtbefolgung steigen kann. Es wird zwar darauf hingewiesen, dass nach bisherigen Erfahrungen bei Fahrverboten die Respektierung beachtlich ist, aber die Nichtbeachtung könnte bei Verurteilungen wegen allgemeiner Kriminalität höher liegen, als bei Verurteilungen nach Straßenverkehrsdelikten.¹⁶⁷ Bei mangelnder Überwachung des Verbots besteht die Besorgnis, dass dadurch eine unmittelbare Versuchung geschaffen werde, das faktisch weiterhin verfügbare Kfz doch zu führen, also entgegen dem Fahrverbot in strafbarer Weise zu handeln. Die drohende Gefahr einer Sanktionseskalation ist daher ernst zu nehmen. Eine pönologische Binsenweisheit besagt, dass Sanktionen immer nur dann sinnvoll sind, wenn ihre Durchführung überwachbar ist.¹⁶⁸

Mögliche Ungleichheiten zwischen dem Fahrverbot und den Hauptstrafen werden durch § 21 StVG verstärkt, da ein Verurteilter sich bei Nichteinhaltung danach strafbar machen würde und diese Folge sonst nicht besteht. Dieser Ungehorsam wird bei der Geldstrafe nicht sanktioniert und bei einer Entziehung vor der Freiheitsstrafe gilt dasselbe. Nur andere Personen sind bei der Gefangenenbefreiung strafbar (§ 120 StGB), aber nicht der Gefangene selbst. Diese Straflosigkeit besteht auch bei einer Strafvollstreckungsverweigerung zu eigenen Gunsten (§ 258 Abs. 2 StGB). Durch ein Fahrverbot wird diese Freiheit von Bestrafung unterlaufen.¹⁶⁹ Befürworter sehen darin keinen Widerspruch, da das Fahrverbot mit Verkehrsbezug ebenso zur Strafbarkeit führe, was dem Schutzzweck der Strafbarkeit bei §§ 145a, c StGB gleiche.¹⁷⁰ Diese Argumentation übersieht jedoch den Schutzzweck der Normen. Diese Strafvorschriften dienen dem Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren, die gerade mit der Verhängung des Berufsverbots, der Weisungen oder dem Fahrverbot zusammenhängen. Ein Verbot nach § 44 StGB (vor 2017) oder § 25 StVG erhielt nur, wer einen gravierenden Verkehrsverstoß begangen oder die Fahrerlaubnis bei anderen Straftaten eingesetzt hatte. Eine ungehinderte Teilnahme am Straßenverkehr wird erst nach Verbüßung als ungefährlich angesehen. § 21 StVG dient dem Interesse, straßenverkehrsrelevante Gefahren zu unterbinden, wenn diese Person unter Missachtung eines Fahrverbots am Verkehr teilnimmt. Ein allgemeines Fahrverbot würde die Verkehrssicherheit nicht betreffen, da ein solcher Fahrer durch Teilnahme am Verkehr den Schutzzweck nicht beeinträchtigt. Ein Fahren trotz Verbots erscheint dann als Formalverstoß, der keinen strafrechtlichen Unrechtsgehalt hat. Eine Bestrafung ohne Rechtsgutsbetroffenheit verbietet sich. Sonst wird nur der Umstand bestraft, dass der Täter sich seiner Bestrafung entziehen will, was gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verstößt.¹⁷¹

¹⁶⁵ Röwer, S. 76-79; Schäpe, S. 91-93; Zopfs, in: FS Wolter, 2019, S. 815 (818-825); Zopfs, StV 2016, I (I).

¹⁶⁶ Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (865f); BT-Drs. 18/11272, S. 16 f.

¹⁶⁷ Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (865 f.); Röwer, S. 78; Schäpe, S. 92; Verrel, Das Fahrverbot als Nebenstrafe bei allgemeiner Kriminalität?, in: 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, 2017, S. 7 f.; Berwanger, ZRP 2017, 26 (26 f.); Deutscher, VRR 2017, 4 (5 f.).

¹⁶⁸ Streng, ZStW 1999, 827 (855); Riehe, Fahrverbot, Eine taugliche Sanktionsalternative zu Geld- oder Freiheitsstrafe im allgemeinen Strafrecht?, 2001, S. 158-160; Laun, S. 114 f.

¹⁶⁹ Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht bei Einführung eines Fahrverbots ohne Verkehrstat in: 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, 2017, S. 28 f.; Ostendorf, NStZ 2007, 313 (314); Weßlau, StV 1999, 278 (285 f.).

¹⁷⁰ Verrel, BRJ 2014, 135 (138); Lohkamp, S. 89-93; Vgl. Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht, S. 28 f.

¹⁷¹ Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht, S. 29 f.; Schäpe, S. 93; Laun, S. 117-121; Riehe, S. 161 f.; Buchner, Fahrverbot als alternative Hauptstrafe?, Ein Beitrag zur Reformdiskussion des strafrechtlichen Sanktionensystems vor dem Hintergrund traditioneller Straftheorien, 2002, S. 147 f.

Sobald der Gedanke der Belastungsgleichheit und damit die einheitliche Währung für die Hauptstrafen durch neu geschaffene Sonderstrafen durchbrochen wird, kann der Eindruck entstehen, dass die Strafe nicht mehr durch die Tat, sondern durch besondere Eigenschaften oder Befugnisse des Täters bestimmt wird. Eine solch fehlende Vorhersehbarkeit der Sanktion führt zu Akzeptanzproblemen in der Gesellschaft, wodurch die normstabilisierende Wirkung (positive Generalprävention) dieser Strafe ausbleiben könnte.¹⁷²

Eine gerechte Sanktionsbemessung scheint beim Fahrverbot besonders schwierig zu sein, da die Wirkungen der Sanktion individuell höchst unterschiedlich ausfallen. Zwischen Tatschwere und Dauer des Fahrverbots lässt sich daher kein verallgemeinerbarer Bezug nach einer für Außenstehende nachvollziehbaren Proportionalität herstellen, obwohl dies für die kommunikative Vermittlung der Sanktionsgerechtigkeit erforderlich wäre.¹⁷³ Allein der Gedanke, dass ein Fahrverbot dem Verurteilten weh tue und ein Übel zufügt, führt nicht zu einer effektiven Sanktionierung. Vielmehr kann die generalpräventive Wirksamkeit leiden.

Der Beobachtung von praxisbedingten Defiziten bei der Geldstrafe ist grundsätzlich beizupflichten. Dennoch stimmt es nicht, dass der Befund allein durch den Staatsanwalt und seine Anträge in der Hauptverhandlung bedingt wäre. Fehlende Ermittlungsarbeit durch die Staatsanwaltschaft im Voraus kann eine Ursache sein. Gem. Nr. 14 RiStBV soll die Ermittlungsarbeit zur Aufklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten dienen. Daher ist ein Normvollzugsdefizit zu beklagen, das nur bedingt durch Personalknappheit und Arbeitsbelastung zu entschuldigen ist. Bei Vorermittlungen liegt eher partielles Desinteresse und falsche Priorisierung vor. Bevor das Fahrverbot als Antwort auf Defizite der Geldstrafe ausgeweitet wird, ist kritisch zu hinterfragen, ob nicht in Wirklichkeit ein suboptimaler Gesetzesvollzug die Ursache ist.¹⁷⁴ Das Argument, dass die Geldstrafe aufgrund zu geringer Höhe nicht trifft, ist abstrakter Natur. Die maximale Höhe eines Tagessatzes liegt bei 30.000 Euro und bis zu 360 Tagessätzen. Dadurch wäre bei einer Einzelgeldstrafe die Bildung eines Gesamtstrafbetrags i.H.v. 10,8 Millionen Euro höchstens möglich. Dies sollte auch auf wohlhabende Täter beeindruckend wirken. Für solche Beträge kann man sich nicht nur einen adäquaten Fuhrpark, sondern zugleich auch viele Chauffeure leisten.¹⁷⁵ Strafverfolgungsorgane, die bisher nicht hinreichend die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Bemessung der Geldstrafe aufklären konnten, können kaum überzeugend darlegen, dass sie in Zukunft in der Lage wären, sich über den Grad der tatsächlichen Angewiesenheit auf die Fahrerlaubnis Klarheit zu verschaffen und diese Ermittlungen leisten zu können.¹⁷⁶

3. Auswirkungen von Ungleichbehandlungen und Rechtfertigung

Die größte Kritik an der Ausweitung des Fahrverbots auf nicht verkehrsbezogene Straftaten wird hinsichtlich möglicher Ungleichbehandlung geübt. Vor allem werden Einwände zur Belastungsgleichheit des Fahrverbots erhoben, wenn eine Ausgestaltung als Sanktion für jedes beliebige Delikt erfolgt.¹⁷⁷ Dem wird nachgegangen und die Möglichkeit einer (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung etwaiger Gleichheitsverstöße geprüft.

a) Auswirkungen von Ungleichbehandlungen durch das Fahrverbot

Das gewichtigste Argument gegen die Erweiterung ist die Einführung einer von Anfang an ungleich wirkenden

¹⁷² Zopfs, in: FS Wolter, 2019, S. 815 (822); Weßlau, StV 1999, 278 (282); Streng, ZRP 2004, 237 (240).

¹⁷³ Streng, ZStW 1999, 827 (854); Laun, S. 144-147.

¹⁷⁴ Weidhaas, S. 18 f.; Vgl. Riehe, S. 147-156; Buchner, S. 137-144.

¹⁷⁵ Weidhaas, S. 20.

¹⁷⁶ Weidhaas, S. 23 f.; Laun, S. 110 f.; Fehl, DAR 1998, 379 (383); Buchner, S. 142-144.

¹⁷⁷ Fischer, StGB, § 44 Rn. 7; Laun, S. 109-113; Riehe, S. 115-119; Röwer, S. 74-76; Buchner, S. 154-166; Zopfs, DAR-Extra 2017, 737 (737 f.).

Sanktion nur für einzelne Bevölkerungsgruppen, die über eine Fahrerlaubnis und/oder ein Kfz verfügen. Die Wirkung des Fahrverbots hängt allein von den persönlichen Lebensumständen ab, die extrem unterschiedlich sein können, hinsichtlich des Wohnortes, des Berufs, der Arbeitsstelle, den Vermögensverhältnissen oder den persönlichen Beziehungen. Diese Faktoren sind schwierig zu ermitteln und schließen eine gleichmäßige Wirkung fast aus.¹⁷⁸ Daher könnten durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Fahrverbot außerhalb des Verkehrsstrafrechts bestehen. Anders als bei der Freiheits- und Geldstrafe, die bei jedem Bürger gleichermaßen angeordnet werden können, kann das Fahrverbot nämlich nur diejenigen treffen, die überhaupt über eine Fahrerlaubnis verfügen, womit es eine Sonderstrafe für diesen Personenkreis darstellt und ein „Sonderrecht“ geschaffen wird.¹⁷⁹ Freiheitsstrafe und Geldstrafe sind Sanktionen, die in eine für jeden Bürger verfügbare Rechtssphäre eingreifen. Das Innehaben einer Fahrerlaubnis bei gleichzeitiger Verfügbarkeit eines Kfz ist keine allgemeine Rechtsposition. Die Strafandrohung trifft daher nicht abstrahierend die allgemeine Rechtsposition eines jeden Bürgers mit der Anordnung eines generellen Verlusts an elementaren Rechtsgütern. Wer diese Ressourcen nicht hat, kann auch nicht durch ihre Suspendierung bestraft werden. Wenn die Strafe im Grundsatz die Tatschuld widerspiegeln soll, dann muss die so ermittelte Strafhöhe in einer Strafart zum Ausdruck gebracht werden, die bei der Strafempfindlichkeit für alle Täter gleichermaßen gilt, sie also alle gleichermaßen treffen kann (Belastungsgleichheit). Sobald die Strafe in einer bestimmten Strafart nur für einen ausgesuchten Täterkreis gelten kann, fehlt die Vergleichbarkeit der Bestrafung und der Sanktionen untereinander. Die Strafzufügung droht für einen bestimmten Bevölkerungsanteil intersubjektiv ungerecht zu werden, was das Prinzip der Opfergleichheit verletzt.¹⁸⁰ Unterschiede ergeben sich daraus bei zwei Tätern (ggf. Mittätern), die mit gleicher Schuld gehandelt sowie die gleichen Präventionsbedürfnisse haben und bei denen jeweils eine Freiheitsstrafe geboten wäre. Wenn von den Tätern nur einer Fahrerlaubnisinhaber ist, müsste er, sobald die Kombination von Geldstrafe und Fahrverbot zur Erreichung der Strafzwecke ausreicht, dazu verurteilt werden, während der andere Täter eine Freiheitsstrafe erhalten müsste. Falls bei beiden Tätern zwingend eine Freiheitsstrafe geboten ist und unter der Bedingung der Verhängung eines Fahrverbots eine günstigere Legalprognose gestellt werden kann, müsste der Fahrerlaubnisinhaber Bewährung erhalten. Beim anderen Täter wäre die Bewährung davon abhängig, ob er durch Auflagen und Weisungen genau so beeindruckt werden könnte.¹⁸¹ Sofern allein der motorisierte Führerscheininhaber wegen einer verkehrsfremden Straftat mit einem Fahrverbot bedacht wird, so kann der führerscheinlose Täter nur mit einer entweder milderen Sanktion (Geldstrafe) oder einer härteren Sanktion (Freiheitsstrafe) bei identischem Schuldvorwurf belangt werden.¹⁸² Dies stellt eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung zwischen zwei Vergleichsgruppen dar.

b) Möglichkeit der (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung

Wer keine Fahrerlaubnis hat, ein Fahrzeug mit Fahrer hat oder auf dem Land statt in der Großstadt wohnt, ist überhaupt nicht bzw. geringfügig oder gar wesentlich schwerer betroffen. Eine hieraus resultierende Ungleichbehandlung sei vom Ausgangspunkt her richtig.¹⁸³ Für eine Rechtfertigung solle es bereits genügen, dass ein Fahrverbot nicht verhängt werden müsse und der Richter die geeigneten Fälle auswähle. Dies bilde lediglich eine weitere Sanktions-Option. Der Richter müsse im Einzelfall entscheiden, ob statt oder neben den bisherigen Sanktionen

¹⁷⁸ Fischer, StGB, § 44 Rn. 7; Laun, S. 109-111; Kilger, ZRP 2009, 13 (14); Fehl, DAR 1998, 379 (383).

¹⁷⁹ Röwer, S. 74; Weßlau, StV 1999, 278 (285); BMJ, Abschlussbericht, S. 33 f.

¹⁸⁰ Röwer, S. 75; Weßlau, StV 1999, 278 (282); Zopfs, in: FS Wolter, 2019, S. 815 (821); Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht, S. 27 f.; Streng, ZStW 1999, 827 (854); Laun, S. 112 f.; Riehe, S. 115-117; Buchner, S. 158 f.

¹⁸¹ Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (863); Laun, S. 111 f.; Buchner, S. 158 f.; Franke, ZRP 2002, 20 (21 f.).

¹⁸² Schäpe, S. 94; Zopfs, DAR-Extra 2017, 737 (737 f.).

¹⁸³ Stöckel, 2001, S. 86 f.; König, DAR 2018, 604 (608).

in den gesetzlichen Grenzen der Schwere der Schuld ein Fahrverbot zu verhängen ist. Dieser gewohnte gedankliche Vorgang sei bei der Strafzumessung bereits maßgeblich und eine neue Sanktion ändere nichts daran. Daher sei zu erwarten, dass beim Fahrverbot in gewohnter Weise Gerechtigkeit im Einzelfall geübt und die Sanktion dort eingesetzt werde, wo sie passe und in dem Maß, dass sie angemessen treffe. Wenn keine Fahrerlaubnis vorhanden ist, werde eine Beschränkung auf andere Sanktionen eintreten.¹⁸⁴ Der Grundsatz der Strafgleichheit sei zwar als ein anzustrebendes Ideal zu sehen, das aber derzeit schon nicht überall verwirklicht ist. Ein derartig absolutes Verständnis, dass es nur solche Strafen geben dürfe, die auf bei allen gleichermaßen vorhandene Freiheiten zurückgreifen, sei unmöglich. Sonst sei nur noch Freiheitsstrafe möglich, da etwaige Ungleichheiten auch bei der Geldstrafe existierten. Das Problem ungleicher Sanktionswirkungen aufgrund individueller Umstände existiere bereits, was unter dem Gesichtspunkt der Strafempfindlichkeit berücksichtigt werde. Diesen Problemen könne in der Praxis durch eine zurückhaltende, im Einzelfall gut begründete Anwendung Rechnung getragen werden.¹⁸⁵

Gerade durch die Anknüpfung an den Besitz einer Fahrerlaubnis und eines Kfz werden bei der Ausdehnung auf allgemeine Kriminalität Ungleichbehandlungen ausgelöst. Allein die Berufung auf eine einzelfallgerechte Handhabung der Sanktion durch den Richter bildet dafür keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Der Vergleich zu anderweitigen Ungleichheiten der Hauptstrafen ermöglicht ebenso keine Rechtfertigung für die spezifischen Differenzierungen des Fahrverbots auf der formellen Ebene. Eine einzelfallangemessene Strafzumessung ist stets zu beachten und befördert isoliert keine wirkungsvolle Entlastung. Die individualisierende Strafzumessung dient erst auf der materiellen Ebene der einzelfallgerechten Strafverhängung einer Abfederung von Ungleichbehandlungen und entfaltet erst dort Rechtfertigungspotential. Einer im Einzelfall gleichheitsgerechten Handhabung des Fahrverbots auf materieller Ebene ist insoweit zuzustimmen. Eine Rechtfertigung des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist hierdurch jedoch allein nicht möglich. Sachliche Gründe, die eine unterschiedliche Strafe bei vergleichbaren Normadressaten rechtfertigen können, sind die in § 46 Abs. 2 StGB genannten Strafzumessungsgesichtspunkte. Geld- und Freiheitsstrafe treffen als abstrakte Strafandrohung zunächst jeden Täter gleichermaßen und erst die Berücksichtigung der strafzumessungsrelevanten Tatsachen entscheidet im Einzelnen darüber, welche Straftat in welcher Höhe verhängt wird. Das Fahrverbot kann als abstrakte Strafandrohung aber nur denjenigen Straftäter treffen, der über die nötigen Ressourcen verfügt. Der Anknüpfungspunkt ist ausschließlich die Fahrerlaubnis, die bei Strafzumessungsüberlegungen nur eine Differenzierung rechtfertigt, wenn es um eine Verkehrsstrafat geht.¹⁸⁶ Bei allen sonstigen Straftaten liegt kein sachlicher Bezug vor. Dies vermag weder die Tat zu erklären noch Auskunft über die künftige Legalbewährung zu geben, und war auch kein Anlass zur Tat. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist bei allgemeiner Kriminalität nicht ersichtlich, auch eine vermutete individuelle Strafempfindlichkeit rechtfertigt solche Differenzierungen nicht. Bisher wird die erhöhte Strafempfindlichkeit des Kraftfahrers, der auf sein Fahrzeug aus beruflichen oder anderen Gründen angewiesen ist, strafmildernd berücksichtigt bei der Frage, ob überhaupt ein Fahrverbot verhängt wird. Sonst bietet die Abhängigkeit gerade Anlass zur Verhängung.¹⁸⁷

Der Gesetzgeber ist bei der Reform verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG entgegenzutreten. Danach handele es sich, anders als bei der verfassungswidrigen Vermögensstrafe, auch nicht um eine neue

¹⁸⁴ *Stöckel*, 2001, S. 87; *Stöckel*, in: FS Gössel, 2002, S. 329 (338 f.); *Stöckel*, in: FS Böttcher, 2007, S. 617 (628).

¹⁸⁵ *Verrel*, 2017, S. 9; *Meier*, 2019, S. 151; *Lohkamp*, S. 93-95; *Schöch*, NSTZ 2018, 15 (17 f.).

¹⁸⁶ *Röwer*, S. 75 f.; *Riehe*, S. 117-119.

¹⁸⁷ *Röwer*, S. 75 f.; *Riehe*, S. 117-119.

Strafart mit ggf. existenzvernichtender Wirkung, sondern nur um die Erweiterung einer schon bestehenden Sanktionsmöglichkeit.¹⁸⁸ Die Legislative hat die mit der Ausweitung verbundenen Ungleichheiten somit bewusst in Kauf genommen. Solche Ungleichbehandlungen existierten durch präventionsrelevante Faktoren bei der Strafzumessung auch zurzeit. Sofern sich die Berücksichtigung präventionsrelevanter Tätermerkmale im Rahmen schuldangemessener Strafen hält, wäre sie durch Einbruchstellen in der Strafzumessung ebenso geboten. Zur Begründung wird angeführt, dass es nicht um eine Ungleichbehandlung gehe, sondern um eine durch Unterschiede in der präventiven Ansprechbarkeit der Täter bedingte Differenzierung.¹⁸⁹

Die Differenzierung aufgrund von Unterschieden in der präventiven Ansprechbarkeit von Tätern ist zwar ein sachlicher Grund, der aber für sich genommen auf formeller Ebene zur Rechtfertigung nicht ausreicht. Hinzukommen muss der spezifische Verkehrsbezug der Straftaten als weiterer sachlicher Differenzierungsgrund. Das *BVerfG* hat zur Vermögensstrafe ausgeführt, dass das Schuldprinzip und Einzelfallgerechtigkeit auf der einen Seite, sowie Rechtsfolgenbestimmtheit und Rechtssicherheit auf der anderen Seite abgewogen und in einen verfassungsrechtlich tragfähigen Ausgleich gebracht werden müssen. Der Strafgesetzgeber erfüllt seine Pflicht, wenn er durch die Wahl der Strafandrohung sowohl den Strafrichter als auch die betroffenen Bürger so genau orientiert, dass die Bewertung der tatbestandlich beschriebenen Delikte deutlich wird, der Betroffene das Maß der drohenden Strafe abschätzen kann und dem Strafrichter die Bemessung einer schuldangemessenen Reaktion möglich ist. Beim Fahrverbot ergibt sich das Problem der Vergleichbarkeit zwischen einem spezialpräventiv ansprechbaren Täter, der eine Fahrerlaubnis hat und einem Täter ohne Führerschein. Bei Tätern ohne Fahrerlaubnis ist die Bestimmtheit der drohenden Sanktion fraglich.¹⁹⁰ Eine fehlende Belastungsgleichheit gibt es bei einer Nebenstrafe mit Verkehrsbezug nicht, da diese in Abhängigkeit zur Hauptstrafe bestimmt wird. Der Verkehrsbezug dient als spezialpräventives Bedürfnis als Sachgrund einer Differenzierung.¹⁹¹

Vor 2017 bestand damit keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, da das Fahrverbot derjenige erhielt, der bei oder im Zusammenhang mit der Verkehrstat seine Fahrerlaubnis eingesetzt hat und daher einen zusätzlichen Denkkzettel verdient hat. Dieser sachliche Grund dient als Rechtfertigung, einen von zwei Tätern zusätzlich mit einem Fahrverbot zu belegen. Bei Schaffung einer Nebenstrafe ohne Verkehrsbezug stellt allein der Fahrerlaubnisbesitz den Sanktionsanlass dar. Wenn allein an eine verwaltungsrechtliche Erlaubnis angeknüpft wird, könnte an andere präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt gedacht werden. Dies kann z.B. der Besitz eines Jagdscheins sein, sodass als weitere Hauptstrafe ein Jagdverbot für Jagdscheininhaber (§ 41a Abs. 1 Nr. 1 BJagdG) einforderbar wäre. Das wäre ebenso kein sachbezogenes Differenzierungskriterium und verdeutlicht die Zufälligkeit des Anknüpfens an die Fahrerlaubnis, was keine Rechtfertigung ermöglicht.¹⁹² Nach dieser Charakterisierung passt das Fahrverbot somit nur für die Ahndung von Delikten, die auch mit dieser Sondereigenschaft der betreffenden Täter zusammenhängen, nicht aber als Mittel zur Ahndung beliebiger Straftaten. Das Fahrverbot kann als Strafe nur legitim sein, wenn die Eigenschaft, Kraftfahrer zu sein, auch den Anlass für die Bestrafung gegeben hat.¹⁹³ Die Öffnung des Fahrverbots als verkehrsspezifische Sanktion verstößt für Straftaten der allgemeinen Kriminalität gegen das Gleichbehandlungsgebot und ist sachlich nicht gerechtfertigt. Deshalb ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.¹⁹⁴

¹⁸⁸ BT-Drs. 18/11272, S. 17 f.; Vgl. Fischer, StGB, § 44 Rn. 8; Wedler, NZV 2015, 209 (212).

¹⁸⁹ Dölling, in: FS Fischer, 2018, S. 857 (863); Verrel, 2017, S. 10; Berwanger, ZRP 2014, 89 (89); Bode, NZV 2017, 1 (4 f.); Verrel, BRJ 2014, 135 (137); BT-Drs. 18/11272, S. 16-18.

¹⁹⁰ Zopfs, in: FS Wolter, 2019, S. 815 (821); *BVerfG*, NJW 2002, 1779 (1780).

¹⁹¹ Zopfs, in: FS Wolter, 2019, S. 815 (822); Laun, S. 113.

¹⁹² Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht, S. 28.

¹⁹³ Weßlau, StV 1999, 278 (285).

¹⁹⁴ Röwer, S. 79; Riehe, S. 115-119, 162, 170; Buchner, S. 162-166.

4. Steht das Fahrverbot im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot?

Das Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität verstößt aufgrund eines fehlenden Rechtfertigungsgrunds gegen das Gleichheitsgebot. Bei einer Ausgestaltung als dritte Hauptstrafe würde eine fehlende Umrechnungsmöglichkeit mangels einer abstrakten Einheit in der Strafbemessung im Vergleich zu Freiheits- und Geldstrafe hinzukommen, was die schon bestehenden Konflikte mit dem Gleichheitsgebot noch verschärfen würde.¹⁹⁵ Das Fahrverbot in seiner früheren Ausgestaltung stand hingegen nicht im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot, da ein verkehrsspezifischer Bezug der zugrunde liegenden Taten als sachlicher Differenzierungsgrund gegeben war und eine etwaige Gefährlichkeit für den Straßenverkehr ausschlaggebend war.

5. Exkurs: Vereinbarkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel der Besserung und Sicherung mit dem Gleichheitsgebot

In einem Exkurs wird die Vereinbarkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) als Maßregel mit dem Gleichheitsgebot untersucht. Zunächst wird eine Abgrenzung zwischen der Entziehung der Fahrerlaubnis und dem Fahrverbot vorgenommen. Das Fahrverbot dient der repressiven Bestrafung, wohingegen die Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel nur der Abwehr künftiger Gefahren dient. Dabei zielt das Fahrverbot, anders als § 69 StGB, nicht darauf ab, die Allgemeinheit vor ungeeigneten Verkehrsteilnehmern zu schützen.¹⁹⁶ Der Unterschied ist von grundsätzlicher Natur, da § 44 StGB eine Nebenstrafe ist und § 69 StGB als Maßregel ausgestaltet ist.¹⁹⁷ Die Verhängung des Fahrverbots und der Entzug der Fahrerlaubnis schließen sich grundsätzlich gegenseitig aus. § 44 StGB findet Anwendung auf Täter, die nicht ungeeignet zum Führen von fahrerlaubnispflichtigen Kfz i.S.d. § 69 StGB sind. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist daher die Ungeeignetheit zum Führen von Kfz. In Ausnahmefällen kann § 44 StGB neben § 69 StGB angewendet werden, z.B. bei einem Verbot für das Fahren von fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen oder auch seit der Ausdehnung des Fahrverbots auf allgemeine Kriminalität. Eine Verhängung eines Fahrverbots neben der Fahrerlaubnis-Entziehung kommt auch in Betracht, wenn von einer Sperre nach § 69a Abs. 2 StGB bestimmte Arten von Kfz ausgenommen werden, für die aber ein Fahrverbot verhängt werden soll. Abgesehen von diesen Ausnahmen wird ansonsten ein Alternativverhältnis betont.¹⁹⁸ Die Entziehung der Fahrerlaubnis hat daher eine Sicherungsfunktion, indem ungeeigneten Personen der Führerschein gänzlich entzogen wird und erst nach einer bestimmten Zeit der Neuerwerb bei Eignung der Person erfolgen kann, solange keine Sperrfrist (§ 69a StGB) verhängt wurde.¹⁹⁹ Eine Ungleichbehandlung kann im Vergleich zu Tätern ohne Fahrerlaubnis zwar eintreten. Gegenüber einem Täter ohne Fahrerlaubnis kann hingegen eine isolierte Sperrfristerteilung erfolgen (§ 69a Abs. 1 S. 3 StGB). Allerdings ist diese Differenzierung durch die Gefährlichkeit des Täters als ungeeigneter Teilnehmer im Straßenverkehr als sachlicher Grund bedingt und rechtfertigt einen Verstoß. Aufgrund der präventiven, sichernden Funktion der Entziehung ist eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt und steht nicht im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot.²⁰⁰

¹⁹⁵ Laun, S. 112 f., 317; Schüpe, S. 95 f.

¹⁹⁶ Meier, 2019, S. 150; Claus, in: SSW-StGB, § 69 Rn. 4; Vgl. Kulemeier, 1991, S. 92-106.

¹⁹⁷ Claus, in: SSW-StGB, § 69 Rn. 8; Kulemeier, 1991, S. 137-140; Bellardita, DAR-Extra 2017, 739 (740).

¹⁹⁸ Claus, in: SSW-StGB, § 69 Rn. 8, § 44 Rn. 5 f.; Fischer, StGB, § 44 Rn. 3.

¹⁹⁹ Meier, 2019, S. 284-289, 291-293; Claus, in: SSW-StGB, § 69 Rn. 3 f., 6, 10-47.

²⁰⁰ Fischer, § 69 Rn. 2, 9-13; Meier, 2019, S. 284-289, 293; Claus, in: SSW-StGB, § 69 Rn. 9; Kulemeier, 1991, S. 107-109, 137-140; Lohkamp, S. 96-102.

V. Neue Strafformen und alternative Sanktionen im Konflikt mit dem Gleichheitsgebot? – ein Fazit

Die notwendigerweise einzelfall- und schuldangemessene Verhängung, Zumessung und Vollstreckung einer Strafe oder Maßregel sorgt bei allen Arten von Sanktionen für einen inhärenten Konflikt mit dem Gleichheitsgebot. Neue Strafformen können dabei auf formeller Ebene (je nach Ausgestaltung) eher in Konflikt mit dem Gleichheitsgebot treten, da eine individuelle Währung für die Strafumrechnung und Vergleichbarkeit vermehrt fehlt als bei Geld- und Freiheitsstrafe. Alternative Sanktionen können, aufgrund der Anknüpfung an verschieden stark vorhandene Ressourcen des Bestraften, auf formeller Ebene der Sanktionswahl (noch) ungleicher wirken als die Hauptstrafen. Bei der Handhabung auf der materiellen Ebene ist die etwaige Ungleichbehandlung eine Frage der praktischen Ausgestaltung. Möglichen Defiziten bei der Strafzumessung und Vollstreckung kann durch eine verstärkte einzelfallbezogene Erfassung von strafzumessungsrelevanten Tatsachen bei der Strafbemessung entgegen gewirkt werden.²⁰¹ Neue Strafformen ermöglichen jedoch eine passgenauere, individuelle Reaktion auf die Straftat und haben weit weniger schädliche Wirkungen als der Freiheitsentzug. Im Rahmen der leichten bis mittleren Kriminalität bieten alternative Sanktionen adäquate Reaktionsmöglichkeiten, die als milderes, aber gleich geeignetes Mittel verhältnismäßiger sind als manche Hauptstrafe. Alternative Strafen können trotz möglichen Konflikten mit dem Gleichheitsgebot insgesamt eine mildere Alternative zur Freiheitsstrafe und gleich geeignete Maßnahmen darstellen. Sie können damit verhältnismäßiger sein als die Verhängung einer Hauptstrafe, womit ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot je nach Einzelfall verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.²⁰²

Mögliche Konflikte mit dem Gleichheitsgebot sind in Kauf zu nehmen, um eine Reduktion der Strafhärte und ein humaneres Strafen zu ermöglichen.

VI. Vermehrte Strafgerechtigkeit anhand von Reformen

Die Herstellung vermehrter Strafgerechtigkeit unter Wahrung des Gleichheitsgebots könnte durch eine Reform des Fahrverbots und durch den Ausbau der gemeinnützigen Arbeit möglich sein.

Dies dient der Vermeidung von Freiheitsstrafe als gravierendem Grundrechtseingriff. Es fehlt nach wie vor an Zwischensanktionen, die die Lücke zwischen Freiheits- und Geldstrafe ausfüllen. Die Einführung von alternativen Sanktionen ist verfassungsmäßig geboten, wenn härtere Sanktionen dann unverhältnismäßig werden, indem potentiell mildere, gleich geeignete Mittel zur Sanktionierung zur Verfügung stehen, die der Erforderlichkeit der Hauptstrafen entgegenstehen könnten.²⁰³

1. Reform des Fahrverbots als verkehrsbezogene Strafe

Das Fahrverbot könnte auf verschiedenen Wegen reformiert werden. Zwei Varianten der Reform werden am häufigsten angesprochen. Zum einen wäre eine Ausgestaltung als Hauptstrafe für alle Straftaten mit einer Dauer von bis zu einem Jahr denkbar.²⁰⁴ Eine solche Reform ist aufgrund der bereits dargelegten Nachteile hinsichtlich einer fehlenden Belastungsgleichheit und der nicht möglichen Umrechnung der Strafmaße jedoch abzulehnen. Dies würde zu vermehrter Ungleichbehandlung führen und nichts zu vermehrter Strafgerechtigkeit beitragen.²⁰⁵ Zum

²⁰¹ Z.B. Ermittlungen zur Tagessatzhöhe/Fahrerlaubnis.

²⁰² Vgl. Kaspar, S. 854; Laun, S. 77 f.

²⁰³ Vgl. Kaspar, S. 854; Meier, 2009, S. 390.

²⁰⁴ Schöch, 1992, C116-C120; Stöckel, 2001, S. 88 f.; Kaspar, S. 855 f.

²⁰⁵ Laun, S. 317; Buchner, S. 204-206.

anderen ist eine Reform hinsichtlich einer Aufstufung zur Hauptstrafe bei Taten, die einen Verkehrsbezug aufweisen, mit einer maximalen Dauer von sechs bis zwölf Monaten möglich.²⁰⁶

Problematisch ist dabei, aufgrund der individuellen Auswirkungen des Fahrverbots, jedoch die Bildung eines gesetzlichen Umrechnungsmaßstabs zur Anrechnung auf eine Freiheits- oder Geldstrafe, damit die Belastungsgleichheit der Strafen untereinander vergleichbar bleibt.²⁰⁷ Am ehesten ist die „Rückstufung“ auf die Gesetzeslage vor dem Jahr 2017 zu befürworten, also die Ausgestaltung als Nebenstrafe mit Verkehrsbezug, aber weiterhin mit einer Dauer bis zu sechs Monaten. Eine Ausgestaltung als Hauptstrafe für Taten mit Verkehrsbezug ist erst denkbar, sobald ein Umrechnungsmaßstab oder Kriterien für eine Anrechnung gefunden sind, damit die Strafgerechtigkeit und Vergleichbarkeit zwischen den Hauptstrafen erhalten bleibt.

2. Reform durch einen Ausbau der gemeinnützigen Arbeit

Die gemeinnützige Arbeit erscheint als vielsprechender Vorschlag für eine Reform und könnte als eigenständige Sanktion eingeführt werden, wobei die Zahl der Arbeitsstunden zu begrenzen ist.²⁰⁸ Bislang ist sie nur in Teilbereichen vorgesehen, z.B. als Inhalt einer Arbeitsauflage oder -weisung im Jugendstrafrecht (§§ 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 JGG) oder als Inhalt einer Auflage gem. § 153a StPO sowie als Bewährungsaufgabe. Zudem kommt sie zur Abwendung einer Ersatzfreiheitsstrafe in Betracht.²⁰⁹ Das ist nach Art. 293 EGStGB i.V.m. einer landesrechtlichen Verordnung eine Alternative zur Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB), die an eine nicht einbringliche Geldstrafe anknüpft. Die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe wird durch die Ableistung „freier Arbeit“ abgewendet, die nicht erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient und unentgeltlich ist. Nach Ableistung ist die Ersatzfreiheitsstrafe erledigt.²¹⁰ Dies trifft fast nur Menschen, die kein Vermögen haben und so die Geldstrafe nicht tilgen können. Ärmere Personen und soziale Randgruppen sind vermehrt betroffen.²¹¹ Die gemeinnützige Arbeit ist eine Sanktion, die spürbar ist sowie spezial- und generalpräventiv geeignet erscheint.²¹² Die Arbeitsleistung ist letztlich nicht erzwingbar und bedürfte der Einholung der Zustimmung des Betroffenen. Die Vereinbarkeit der gemeinnützigen Arbeit mit Art. 12 Abs. 2 GG im Jugendstrafrecht und als Bewährungsaufgabe wurde durch Urteile des *BVerfG* bestätigt, sodass verfassungsrechtliche Verstöße bei Ausweitung eher nicht zu befürchten wären. Ansonsten wäre eine Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 2 GG und Art. 4 EMRK durch ein Einwilligungserfordernis absicherbar.²¹³ Auch gute Erfahrungen in Modellprojekten sprechen für eine Ausweitung.²¹⁴ Möglicherweise könnten jedoch zu wenige geeignete Arbeitsplätze zur Verfügung stehen und eine Begleitung durch Sozialarbeiter ist bei gewissen Personengruppen notwendig. Zudem muss ein bundesweit ein-

²⁰⁶ BMJ, Abschlussbericht, S. 31-33; *Schäpe*, S. 96 f.; *Laun*, S. 147-153; *Riehe*, S. 163-170; *Kulemeier*, 1991, S. 332-342; *Lohkamp*, S. 150-153.

²⁰⁷ Vgl. BMJ, Abschlussbericht, S. 35 f.; *Laun*, S. 317.

²⁰⁸ *Kaspar*, S. 854 f.; *Meier*, 2009, S. 395 f.; *Laun*, S. 258-270, 317 f.; *Mühl*, S. 145-149, 160 f.; *Jung*, 1992, S. 168-174; *Blau*, in: GS Kaufmann, 1986, S. 189 (200).

²⁰⁹ *Kaspar*, S. 854 f.; *Schall*, NStZ 1985, 104 (107 f.); *Feuerhelm*, 1997, S. 5-81; *Hönicke*, Arbeitszwang als Kriminalrechtsreaktion, 1999, S. 22-27.

²¹⁰ Art. 293 Abs. 1 EGStGB; Verordnung Hessen: Hessisches Gesetzblatt, GVBl. I 1997, 17; *Meier*, 2019, S. 81.

²¹¹ *Schöch*, 1992, C83-C86; *Laun*, S. 66 f.; *Meier*, 2019, S. 85 f.; *Mühl*, S. 22; *Villmow*, FS Günther, 1998, S. 1296-1298; *Wilde*, 2016, S. 347-358; *Wilde*, NK 2017, 205 (210-214).

²¹² *Kaspar*, S. 854 f.; *Meier*, 2009, S. 396; *Schneider*, MSchrKrim 2001, 273 (275 f., 278 f.); *Laun*, S. 250-258; Zweifelnd: *Wilde*, NK 2017, 205 (210); *Wilde*, 2016, S. 302-331.

²¹³ *Kaspar*, S. 854 f.; *Jung*, 1992, S. 95 f., 175-181; *Weßlau*, StV 1999, 278 (285); *Laun*, S. 237-248; *Hönicke*, S. 51-56, 146-149, 341-348; *Weigend*, GA 1992, 345 (358 f.); *Mühl*, S. 112-119; *Eisenberg*, JuS 2000, 368 (368 f.); *Schall*, NStZ 1985, 104 (108 f.); *Pfohl*, Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion, 1983, S. 151-153; *BVerfGE* 74, 102 (115-122); *BVerfG*, NStZ 1991, 181.

²¹⁴ *Kaspar*, S. 854 f.; *Dünkel/Scheel*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen mittels gemeinnütziger Arbeit, Das Projekt „Ausweg“ in Mecklenburg-Vorpommern in: *Schöch/Jehle* (Hrsg.), Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit, 2004, S. 19-36; *Zimmermann*, S. 59 f., 67-78; *Albrecht/Schädler*, Current trends in implementing Community Service as an additional option for fine defaulters in the Federal Republic of Germany, in: *Albrecht/Schädler* (Hrsg.), Community Service, 1986, S. 175-180; *Schall*, NStZ 1985, 104 (105 f.); *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit als Alternative in der Geldstrafenvollstreckung, 1991, S. 89-149, 257-263.

heitlicher Umrechnungsmaßstab für die gemeinnützige Arbeit in Relation zur Freiheitsstrafe und Geldstrafe normiert werden, also wie viele Stunden Arbeitsleistung den Hauptstrafen jeweils entspricht. Diese denkbaren Praxisdefizite sind bei entsprechendem politischem Reformwillen und Bereitstellung der Finanzierung vermeidbar.²¹⁵ Das Fahrverbot als Hauptstrafe mit Verkehrsbezug ist erst einführbar, wenn eine Umrechnungsmöglichkeit entwickelt wurde. Die gemeinnützige Arbeit kann als eigenständige Sanktion verankert werden, bei der Zustimmung des Verurteilten, der Bereitstellung ausreichend geeigneter Arbeitsplätze und von geschultem Personal.

VII. Fazit und Schlussbetrachtung

Zu Beginn wurden die Kriterien alternativer Sanktionen und neuer Strafformen entwickelt und ihre Wirksamkeit untersucht, wobei festzustellen ist, dass diese präventiv genau so wirksam sind wie die Hauptstrafen. Anschließend wurden die verfassungsrechtlichen Grundlagen herausgearbeitet und etwaige Konfliktfelder mit dem Gleichheitsgebot auf formeller und materieller Ebene der Sanktionierung identifiziert. Im Verlauf der Analyse hat sich auch anhand der Untersuchung des Fahrverbots bestätigt, dass alternative Sanktionen (je nach Ausgestaltung) formell ungleicher wirken als die Hauptstrafen, da sie an nicht ubiquitär verfügbare Ressourcen, wie die Fahrerlaubnis, anknüpfen. Im Gegensatz zu Freiheit oder Vermögen, die abstrakt jeden in seiner Freiheit (be)treffen können. Neue Strafformen sind hingegen in ihren Auswirkungen im Einzelfall auf der materiellen Ebene zeitlich begrenzt und verhältnismäßiger ausgestaltbar als Freiheits- oder Geldstrafe. Weitere Konflikte mit dem Gleichheitsgebot ergeben sich vermehrt aus Normvollzugsdefiziten und einer nicht einzelfallgerechten Handhabung der Sanktion bei der Strafzumessung. Zudem wird bei jeder neuen möglichen Hauptstrafe eine überindividuelle Währung bzw. abstrakte Einheit benötigt, die der Strafbemessung zugrunde gelegt werden kann, die eine Umrechnung im Verhältnis zur Geld- und Freiheitsstrafe ermöglicht, damit die Vergleichbarkeit gewahrt bleibt und eine intersubjektiv gerechte Strafzumessung möglich ist.²¹⁶ In einer idealen Welt würde die Sanktionierung unter Beachtung der grundrechtlichen Verfahrensgarantien so erfolgen: Das Strafrecht fordert eine realitätsgerechte Ermittlung des Sachverhalts, eine freiheits- und schuldbezogene Würdigung des Unrechtsgehalts der Tat und ist in dem besonders schwerwiegenden Freiheitseingriff der Strafe am Übermaßverbot sowie am gleichheitsrechtlichen Verallgemeinerungsauftrag zu messen. Der Gesetzgeber wählt die Straftatbestände anhand der Strafwürdigkeit gleichheitsgerecht aus, gestaltet das Strafgesetzbuch tatbestandsbestimmt und schuldangemessen folgerichtig aus. Der Richter wendet dieses Gesetz nach den Prinzipien der Unmittelbarkeit, der Unschuldsvermutung, des rechtlichen Gehörs, der alleinigen Richterverantwortung für Sachverhaltsaufklärung und Strafzumessung an.²¹⁷

In der Realität ist dies oft nicht der Fall, was durch verschiedene Faktoren bedingt ist: z.B. die fehlerhafte Ermittlung strafzumessungsrelevanter Tatsachen, ein stellenweise nicht genug ausdifferenziertes Sanktionensystem und die föderalismusbedingten Ungleichheiten. Zum anderen kann Strafe niemals absolut gerecht sein, sondern nur relativ so empfunden werden oder zumindest Akzeptanz finden. Die Einhaltung verfahrensrechtlicher und grundrechtlicher Garantien sowie von menschenrechtlichen Prinzipien kann ein erster Schritt in die Richtung einer gerechteren Strafe sein.²¹⁸ Verfahrensökonomie und die praktische Machbarkeit setzen diesen Idealvorstellungen im

²¹⁵ Vgl. Eisenberg, JuS 2000, 368 (369 f.); Weßlau, StV 1999, 278 (284 f.); Mühl, S. 149-151; Schall, NStZ 1985, 104 (109-111); Laun, S. 233-236, 261-271; Grauer, Die gemeinnützige Arbeit, Ein Beitrag zur Änderung des Sanktionensystems, 2008, S. 111-120; Albrecht/Schädler, ZRP 1988, 278 (280 f.); Feuerhelm, 1997, S. 422-428; Schneider, MSchKrim 2001, 273 (280 f., 284 f.); a.A.: Wilde, 2016, S. 335-346, 362-368; Köhler, GA 1987, 145 (146 f., 155-160).

²¹⁶ Laun, S. 73-75; Weßlau, StV 1999, 278 (282); Schäpe, S. 95 f.; Zopfs, Dogmatische Verwerfungen im Sanktionenrecht, S. 27 f.

²¹⁷ Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 326.

²¹⁸ Vgl. Jung, JZ 2004, 1155 (1159); Jung, 1992, S. 197 f., 205-208.

Angesicht von Ressourcen- und Personalmangel in der Justiz oft Grenzen. Dazu kommen fiskalische Gesichtspunkte der Haushaltspolitik und vermeintliche Tendenzen der Bevölkerung zu härteren Strafen, was auch wirkungsvollen Reformen entgegensteht. Instrumentarien und Studien zum weiteren Umbau des Sanktionensystems sind vorhanden.²¹⁹ Der Gesetzgeber müsste dieses Potential nur nutzen wollen, um „Takt, Toleranz und psychologisches Einsichtsvermögen ersichtlich an Boden [gewinnen zu lassen]“ und eine (weitere) Humanisierung des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts zu ermöglichen.²²⁰

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²¹⁹ Laun, S. 317-319; Mühl, S. 169-173, 180-183; BMJ, Abschlussbericht, S. 9-12, 27-203; Vgl. Drenkhahn/Habermann/Huthmann, KriPoZ 2020, 104 (104-106).

²²⁰ Luhmann, Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4. Auf. (1999), S. 55.