

**Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des  
Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
am 3. April 2019**

— zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs und weiterer Gesetze  
– Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe –  
BT-Drs. 19/1689

### **I. Legitimation der Ersatzfreiheitsstrafe**

— Das Strafrecht sichert subjektive Rechte sowie bedeutende gesellschaftliche und staatliche Institutionen, indem es die Verletzung von Verhaltensnormen unter Strafandrohung stellt. Auf diese Weise leistet das Strafrecht einen Beitrag zur Stabilisierung eines Regelrahmens, der zur freien Entfaltung der Einzelnen in der Gesellschaft unerlässlich ist. Verstößt eine Person in objektiv und subjektiv zurechenbarer Weise gegen eine solche Norm, kann ihr eine Strafe auferlegt werden. Das Bundesverfassungsgericht definiert Strafe demzufolge als „missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht“ bzw. als „staatliche Antwort auf eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm“.<sup>1</sup> Die Auferlegung einer Strafe gehört zu jenen Akten staatlicher Gewalt, die am tiefsten in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen.<sup>2</sup> Denn die Verurteilung enthält nach herrschender Meinung nicht nur jenen sozialetischen Tadel, der in der Feststellung rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens gründet.<sup>3</sup> Sie mündet auch in der Auflegung eines Strafübels,<sup>4</sup> heute in Form einer Freiheits- oder Geldstrafe.

**Die Strafe besteht aus zwei Komponenten: der symbolisch-kommunikativen (von manchen als „tadelnd“ bezeichneten) Feststellung, dass der Angeklagte für sein rechtswidriges Verhalten**

---

<sup>1</sup> BVerfGE 105, 135, 153 f.

<sup>2</sup> Umfassend dazu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.

<sup>3</sup> Statt vieler *Günther*, FS Lüderssen, 2002, S. 205, 215; *Neumann*, FS Jakobs, 2007, S. 435, 438 f., 442.

<sup>4</sup> Statt aller *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 303; *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 43 ff.; *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 26 ff.

verantwortlich ist, sowie einem Strafübel, konkret: dem Entzug von Freiheit oder Eigentum. Gerechtfertigt werden der Tadel und das Strafübel mit Hilfe von Straftheorien, die zumeist kumuliert werden.<sup>5</sup> Danach ist Anlass und primärer Legitimationsgrund der Strafe die Tat selbst.<sup>6</sup> Mit der Strafe reagiert der Staat auf einen zurechenbaren und schuldhaften Normbruch des Täters; ohne schuldhaftes Tat keine Strafe. Zudem verfolgt der Staat mit der Bestrafung einen Mix aus Präventionszielen. In generalpräventiver Hinsicht soll die Strafe der rechtstreuen Bevölkerung die Fortgeltung der Norm signalisieren, diese also in der Annahme bestärken, dass die Rechtsnorm ungeachtet der Straftat weiterhin gilt und für alle verbindlich ist (positive Generalprävention). Zum einen soll die Auferlegung des Strafübels mögliche Nachahmer abschrecken (negative Generalprävention). **Die Generalprävention verfolgt mithin das Ziel, die Gesellschaft vor den Folgen von Straftaten zu schützen; insbesondere will sie jener Erosion von Normen vorbeugen, die sich einstellte, wenn Straftaten in einer größeren Zahl von Fällen ohne Konsequenzen blieben. Schließlich misst man der Strafe einen erzieherischen Einfluss auf den Täter selbst bei. Die Strafe ermahnt den Einzelnen spürbar an seine Pflichten und macht ihm deutlich, dass er sich keine Sondervorteile durch Normbrüche verschaffen kann.** Beim Vollzug einer Freiheitsstrafe treten resozialisierungsförderliche Angebote (während des Vollzugs) hinzu.

**Beide Dimensionen der Strafe lassen sich nicht nur rechtfertigen, sie sind auch ideengeschichtlich, begrifflich und funktional eng miteinander verwoben: Eine Bestrafung ohne Auferlegung eines Strafübels ist historisch und begrifflich nicht vorstellbar und wäre überdies dysfunktional.** Die Auferlegung eines Strafübels hebt die Strafe von anderen Rechtsakten ab und signalisiert, dass der Staat auf eine Verletzung vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber als besonders wichtig erachteter Verhaltensregeln reagiert.<sup>7</sup> Gerade um das konkrete Ausmaß des Unrechts der Tat deutlich zu machen, bedarf es eines sicht- und quantifizierbaren Unwerturteils, das sich im Entzug von Freiheit und Eigentum in der notwendigen Deutlichkeit zeigt.<sup>8</sup> **Androhung und Vollzug des Strafübels sichern die Normgeltung,<sup>9</sup> d.h. sie dienen den oben beschriebenen generalpräventiven Zwecken des Strafrechts.**

---

<sup>5</sup> Dazu und zum Folgenden Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 ff.; Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 129 ff.; Pawlik, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 78 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 130, 372 Rn. 51: „Die Berechtigung des Staates, Freiheitsstrafen zu verhängen und zu vollstrecken, beruht auf der schuldhaften Begehung der Straftat.“ Ebenso Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 110.

<sup>7</sup> Kubiciel, ZStW 118 (2006), 44, 62 f.; Pawlik (Fn. 6), S. 117, jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>8</sup> Hörnle (Fn. 4), S. 44 f.

<sup>9</sup> Jakobs (Fn. 4), S. 29.

**Aber auch das spezialpräventive Ziel – Besserung des Täters – ließe sich kaum erreichen, wenn eine Straftat für den Täter ohne spürbare Konsequenzen bliebe.**

Bei der Ausgestaltung der Strafformen hat der Gesetzgeber jedoch einen Ausgestaltungsspielraum; er kann insbesondere Veränderungen des gesellschaftlichen Blicks auf die Strafe sowie wissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung tragen.<sup>10</sup> So hat er während der Großen Strafrechtsreform die als resozialisierungsfreundlich geltenden kurzen Freiheitsstrafen zurückgedrängt und an ihrer Stelle die Verhängung der Geldstrafe als Mittel der ersten Wahl eingesetzt. Für die Fälle, in denen eine Geldstrafe uneinbringlich ist, hat der Gesetzgeber die Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen. **Da Mittellosigkeit weder die Begehung von Straftaten rechtfertigt noch Grund ist, auf Strafe zu verzichten,<sup>11</sup> muss die Geldstrafe funktional ersetzt werden, wenn sie de facto nicht vollzogen werden kann. So gesehen, steht die Ersatzfreiheitsstrafe nicht im Widerspruch der Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafe,<sup>12</sup> sondern stützt im Gegenteil die liberale und freiheitsfreundliche Hinwendung zur Geldstrafe.<sup>13</sup> Insofern ist die Ersatzfreiheitsstrafe nicht nur legitim, sondern Grundbestandteil eines in Ziel und Ausgestaltung liberalen Strafsystems.**

## II. Keine isolierte Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe

### 1. *Gesetzesentwurf ist kontraproduktiv*

Der Gesetzesentwurf der Fraktion „Die Linke“ will die Ersatzfreiheitsstrafe abschaffen,<sup>14</sup> ohne dass an ihre Stelle ein gleichwertiger Ersatz treten soll, da dem Verurteilten nur die Möglichkeit eingeräumt wird, freiwillig gemeinnützige Arbeit zu leisten.<sup>15</sup> Der Vollzug der Strafe kann aber schon

<sup>10</sup> Fischer, Über das Strafen, 2018, S. 356 f.; Kubiciel, ZStW 118 (2006), 44, 67; Pawlik (Fn. 6), S. 117.

<sup>11</sup> Treffend: US Supreme Court *Bearden v. Georgia* 461 US. 660 (1983): “Poverty in no way immunizes from punishment.” Zustimmung *Seebode*, FS Böhm, 1999, S. 519, 520.

<sup>12</sup> So aber *Seebode* (Fn. 11), S. 529.

<sup>13</sup> *Albrecht*, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 43 Rn. 1. Ähnlich *Häger*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 43 Rn. 1: „Rückgrat“. In der Sache ebenso *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 2, der die Ersatzfreiheitsstrafe für „nicht verzichtbar“ hält, auch wenn der Begriff „Rückgrat“ verfehlt sei (dabei zur Begründung auf *Köbler*, GA 1987, 145, 159/161 verweisend, der seinerseits die Ersatzfreiheitsstrafe gänzlich ablehnt).

<sup>14</sup> Dieser Vorschlag ist bereits während der Großen Strafrechtsreform unterbreitet, aber seinerzeit „fast einmütig“ abgelehnt worden, vgl. *Grebing*, ZStW 88 (1976), 1050, 1112.

<sup>15</sup> Dass die Geldstrafe über einen Zeitraum von 30 Jahren vollstreckt werden könnte, ist kein Strafübel (so aber offenbar der Gesetzesentwurf, siehe BT-Drs. 19/1689, S. 7). Denn zum einen werden nur solche Reaktionen als

begrifflich nicht vom Einverständnis des Verurteilten abhängen. **Vor allem aber kann die Strafe sämtliche Ziele nicht erreichen, wenn der Verurteilte diese Strafe nicht antritt. Hat die Strafe für den Verurteilten keine spürbaren Konsequenzen, kann sie nicht als Pflichtenmahnung spezialpräventiv wirken. Zudem verfehlt sie ihre generalpräventiven Ziele mit der Folge, dass Normen erodieren, nicht mehr befolgt werden. Die Folgen wären weitreichend.** Denn Geldstrafen, die durch eine Ersatzfreiheitsstrafe funktional ersetzt werden, werden nicht nur für Beförderungserschleichung und (Laden-)Diebstahl ausgeurteilt, sondern auch für eine weite Spannbreite von Straftaten: Körperverletzung und Betrug,<sup>16</sup> aber auch für die Verwendung von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen und anderem mehr.

**Der Gesetzentwurf löst also nicht nur den Zusammenhang von Strafe und Strafübel auf, sondern beschädigt auch das Rückgrat der liberalen Zurückdrängung der Freiheitsstrafen zugunsten von Geldstrafen.**

## *2. Keine Notwendigkeit zur Änderung des Rechts*

**Eine Notwendigkeit für eine Gesetzesänderung, die derart weitreichende Folgen hätte, besteht nicht.** Seit Jahren rangiert die Anzahl der Verurteilungen zu einer Geldstrafe, die in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden muss, um 10%.<sup>17</sup> **Zudem existiert schon heute die Möglichkeit, Härten der Ersatzfreiheitsstrafe zu mildern.** So kann auf die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe verzichtet werden, wenn die Vollstreckung für den Verurteilten eine unbillige Härte wäre (§ 459f StPO). **Überdies erlaubt das geltende Recht bereits, gemeinnützige Arbeit zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe zu leisten (Art. 293 EGStGB). Dass von dieser Möglichkeit nicht stärker Gebrauch gemacht wird, liegt nicht am Recht, wie auch der Entwurf der Fraktion „Die Linke“ zeigt, der die Regelung des geltenden Rechts weitgehend übernimmt.** Die Gründe sind vielmehr tatsächlicher Natur: Oft passt das Profil der Leistungen, die ein Verurteilter erbringen kann, nicht zu den Anforderungen der Stelle, zumal ein Teil der Verurteilten nach ihren Fähigkeiten und ihrer Lebensgestaltung nicht

---

Strafe angesehen und empfunden, die zeitnah auf die Tat folgen; eine viele Jahre oder Jahrzehnte später erfolgende Beitreibung der Geldstrafe würde daher kein Ziel der Strafe erreichen. Zum anderen dürfte in nicht wenigen Fällen eine Vollstreckung auch noch Jahre später nicht erfolgsversprechend sein, also ins Leere gehen.

<sup>16</sup> Häger, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 43 Rn. 2.

<sup>17</sup> Siehe die Stellungnahme von Prof. Dr. Alexander Baur sowie Albrecht (Fn. 13), § 43 Rn. 1.

einmal in der Lage ist, ein niedrighschwelliges Arbeitsangebot anzunehmen.<sup>18</sup> Hinzu kommt ein nicht unerheblicher Verwaltungsaufwand, den gerade private oder halbstaatliche Arbeitgeber scheuen.

### 3. Fehlende Alternativvorschläge

An all diesen faktischen Defiziten ändert der Gesetzentwurf nichts. Ebenso wenig macht er Vorschläge für neue Sanktionsformen, die an die Stelle der gemeinnützigen Arbeit treten könnten, wenn der Verurteilte nicht im Stande ist, diese zu leisten. Zwar sollte die Inhaftierung (oft sozial randständiger) Personen ohne Resozialisierungsnutzen vermieden werden.<sup>19</sup> **Wer aber das Strafsystem modernisieren möchte, muss an der Erweiterung und Diversifizierung der Sanktionsmöglichkeiten arbeiten; die Streichung der Ersatzfreiheitsstrafe geht den zweiten Schritt vor dem ersten.**

### III. Reduktion des Umrechnungsquotienten

Der Gesetzentwurf kritisiert die Äquivalenzklausel des § 43 S. 2 StGB, wonach ein Tagessatz der Geldstrafe einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entspricht. **Dieser Umrechnungsfaktor von 1:1 ist schon während des Gesetzgebungsverfahrens als zu hart empfunden worden; die Kritik hält bis in die Gegenwart an.**<sup>20</sup> Grundlage der Kritik ist der **qualitative Unterschied zwischen Freiheits- und Eigentumsentziehung**. Die Verhängung einer Geldstrafe (=Entziehung von Eigentum) greift in erheblich geringerem Maße in die Grundrechte des Verurteilten ein als eine Freiheitsstrafe. Tritt an die Stelle der Geldstrafe eine **Ersatzfreiheitsstrafe, ist dies kein bloßer Austausch der Strafarten, sondern eine qualitative Verschärfung des Strafübels**<sup>21</sup>; die Freiheitsstrafe ist daher ein „Zusatzübel“, kein Ersatzübel.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Dazu und zum Folgenden Häger (Fn. 16), § 43 Rn. 15.

<sup>19</sup> Zu den drastischen Folgen einer „Inhaftierung der Massen“ in den USA eindringlich Großmann, ZStW 130 (2018), 1183 ff.

<sup>20</sup> Häger (Fn. 16), § 43 Rn. 6; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 171 ff.; Seebode, (Fn. 11), S. 528 f. S. bereits Jescheck, FS Würtenberger, 1977, S. 257, 269 f. AA: Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 43 Rn. 4b: Anderer Umrechnungsfaktor durchbreche das Prinzip, wonach ein Tag Freiheitsstrafe einem Tagessatz entspreche und sei überdies nicht weniger willkürlich als der Umrechnungsfaktor von 1:1.

<sup>21</sup> Insoweit zutreffend Köhler, GA 1987, 161.

<sup>22</sup> So schon Tröndle, ZStW 86 (1974), 545, 576. Ebenso Häger (Fn. 16), § 43 Rn. 6 f.; Seebode (Fn. 11), S. 525; s. ferner Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 775: „qualitativer Sprung“.

Um diese zusätzliche Härte auszugleichen, bietet sich der Umrechnungsfaktor von 2:1 an, der bereits während der Strafrechtsreform von Regierungsvertretern vorgeschlagen wurde und in der rechtskulturell vergleichbaren Republik Österreich gilt.<sup>23</sup> Zudem leistete diese Änderung einen handgreiflichen Beitrag zur Minderung der Haftzeiten und **Senkung der Gefangenenpopulation**, hätte also auch günstige kriminalpolitische Folgen. Prinzipielle Gründe stehen dem nicht entgegen, insbesondere beruht das Tagessatzsystem außerhalb des § 43 StGB nicht auf dem Prinzip der Gleichsetzung von „Zeitquanten“ bei der Freiheits- und Geldstrafe.<sup>24</sup>

---

#### IV. Zusammenfassung

1. Die Ersetzung der Ersatzfreiheitsstrafe durch eine freiwillige Leistung gemeinnütziger Arbeit ist abzulehnen.

2. § 43 S. 2 StGB ist wie folgt zu fassen: „Zwei Tagessätze entsprechen einem Tag Freiheitsstrafe.“

---

---

<sup>23</sup> Dazu mit Nachweisen Häger (Fn. 16), § 43 Rn. 6. Insoweit wie hier Grebing, ZStW 88 (1976), 1050, 1111 f.; Tröndle, ZStW 86 (1974), 545, 577 f. Weitergehend: Albrecht (Fn. 13), § 43 Rn. 6: Umrechnung von drei Tagessätzen in einen Tag Freiheitsstrafe.

<sup>24</sup> In diese Richtung aber v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK, StGB, 41. Edition, 1.2.2019, § 43 Rn. 4. Ausführlich klarstellend Häger (Fn. 16), § 40 Rn. 8.