



Der Bevollmächtigte des Rates

KOMMISSARIAT DER
DEUTSCHEN BISCHÖFE

Katholisches Büro in Berlin



BAG-S

Bundesarbeitsgemeinschaft
für Straffälligenhilfe e.V.

**Gemeinsame Stellungnahme
des Kommissariats der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin,
des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei
der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union und
der Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe (BAG-S)**

**zum
Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur
Überarbeitung des Sanktionenrechts - Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung,
Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer
Entziehungsanstalt**

Wir, das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin –, der Bevollmächtigte des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik und der Europäischen Union und die Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe (BAG-S), der auch der Deutsche Caritasverband und die Diakonie Deutschland angehören, danken dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz für die Zusendung des Referentenentwurfs.

Das Ziel des Referentenentwurfs ist, das bestehende Sanktionenrecht im Strafgesetzbuch und in der Strafprozessordnung (im Folgenden StGB-E und StPO-E) an aktuelle Entwicklungen unserer Gesellschaft anzupassen, wobei ein besonderes Augenmerk auf der Resozialisierung, der Prävention und dem Schutz vor Diskriminierung liegen soll.

In dem Entwurf sind vier gesetzliche Änderungen enthalten: Neben Modifizierungen für Auflagen und Weisungen (§ 56c StGB-E, § 59a StGB-E und § 153a StPO-E) und für das Maßregelrecht (§ 64 StGB-E und § 463 Abs. 6 S. 3 StPO-E) schlägt der Entwurf vor, bei der Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB-E in Zukunft auch „geschlechtsspezifische“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Tatmotive für menschenverachtende Beweggründe und Ziele zu berücksichtigen. Außerdem wird der Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 S. 2 StGB-E) angepasst.

Charlottenstr. 53/54
10117 Berlin
Tel.: 030 – 20355-0
Fax: 030 – 20355-100
Mail: ekd@ekd-berlin.de

Hannoversche Straße 5
10115 Berlin
Tel.: 030 – 28878-0
Fax: 030 – 28878-108
Mail: post@kath-buero.de

Bundesarbeitsgemeinschaft für
Straffälligenhilfe (BAG-S) e.V.
Heussallee 14
53113 Bonn
Tel.: 0228 – 96635-93
Fax: 0228 – 96635-85
Mail: info@bag-s.de

In der vorliegenden Stellungnahme setzen wir uns unter Einbeziehung der Expertise der evangelischen und katholischen Gefängnisseelsorge¹ insbesondere mit den Vorschlägen zur Änderung der Ersatzfreiheitsstrafe auseinander.

Allerdings begrüßen wir auch grundsätzlich die vorgesehene Aufnahme der Merkmale „geschlechtsspezifisch“ und „sexuelle Orientierung“ in der Liste der Strafzumessungsgründe, da hierdurch Art. 46 lit. a der Istanbul-Konvention des Europarats zur Geltung kommt. Dies stellt aber nur einen ersten Schritt zur Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und Mädchen und der Möglichkeit der Sensibilisierung der Justiz und Gesellschaft für diese wichtige Problematik dar. Es sollte auch fortschreitend die Umsetzung der Istanbul-Konvention durch die Entwicklung eines umfassenden Gesamtkonzepts zur Prävention und Bekämpfung frauenfeindlicher Gewalt effektiv und zügig vorangetrieben werden.

Kritisch sehen wir die Reformvorschläge bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB-E. Zwar gibt es aufgrund der stark gestiegenen Anzahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen sowie der daraus resultierenden Überbelegungen in den Kliniken und einer Zunahme von Organisationshaft einen dringenden Handlungsbedarf. Jedoch sollte bei den Lösungsvorschlägen, die den Abbau von Entziehungsanstalten betreffen, stets eine gleichzeitige Verbesserung suchtspezifischer Angebote in den Justizvollzugsanstalten vorgenommen werden. Darüber hinaus sprechen wir uns für eine grundlegende Reform des Maßregelvollzugs unter Einbeziehung einer breiten Expertise aus der Forensik, des Justizvollzugs, der Kriminologie, aber auch aus dem Suchthilfesystem, der Gemeindepsychiatrie sowie der Straffälligenhilfe aus. Hierbei sollte es auch grundsätzliche Reformüberlegungen zu der Behandlung von Menschen mit Abhängigkeitserkrankungen im Strafvollzug, dem Übergang vom Maßregelvollzug in das Suchthilfesystem sowie der Transformation der Unterbringung nach § 64 StGB in andere Angebote des Suchthilfesystems geben.

I. Grundsätzliche Bewertung der Vorschläge zur Änderung der Ersatzfreiheitsstrafe

Für die Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 StGB sieht der Gesetzesentwurf mit Hinweis auf den Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe („Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten - Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“) eine Modifizierung der Norm vor. Zwei Tagessätze der Geldstrafe sollen einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen. Darüber hinaus soll es zu einer klarstellenden Anpassung kommen. Zur sprachlichen Hervorhebung des Unterschieds zwischen Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe wird in § 43 StGB-E nun ausschließlich der Begriff Ersatzfreiheitsstrafe verwendet. Zudem enthält der Entwurf in § 459e StPO-E jetzt die Verpflichtung, vor der Anordnung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe die verurteilte Person auf die Möglichkeit der Bewilligung von Zahlungserleichterungen (§ 459a StPO) und auf die Möglichkeit der Ableistung von freier Arbeit zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe hinzuweisen. In Fällen, in denen Anlass zur Annahme besteht, dass die verurteilte Person die deutsche Sprache nicht beherrscht, soll der Hinweis in einer für die verurteilte Person verständlichen Sprache erfolgen. Schließlich legt § 463d StPO-E die Möglichkeit für die Vollstreckungsbehörden nahe, im Ermessenswege die Gerichtshilfe vor Entscheidung der Anordnung der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe einzuschalten.

Wir danken, dass sich die Bundesregierung der Problemlage der Verbüßenden von Ersatzfreiheitsstrafe zugewendet hat, und begrüßen grundsätzlich die Änderung des

¹ Vgl. Evangelische Konferenz für Gefängnisseelsorge in Deutschland <https://www.gefaengnisseelsorge.de/> bzw. Katholische Gefängnisseelsorge in Deutschland e.V. <https://gefaengnisseelsorge.net/>.

Umrechnungsmaßstabs für die Ersatzfreiheitsstrafe, da jeder Tag in Haft aufgrund einer zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafe, der vermieden werden kann, hilfreich ist.

Allerdings setzt der Referentenentwurf bei den Änderungen zur Ersatzfreiheitsstrafe an einem zu späten Zeitpunkt an und löst damit das grundsätzliche Problem nicht, dass die Ersatzfreiheitsstrafe – wenn auch um die Hälfte² reduziert – nicht vorrangig vermieden wird. Dies sollte aber aus unserer Perspektive das Ziel sein:³

Die Entwurfsbegründung führt aus, dass die Ersatzfreiheitsstrafe primär solche Personen trifft, die aufgrund multipler Problemlagen eine prekäre Lebenssituation aufweisen. Dieser Personenkreis ist auch weiterhin einem stark erhöhten Risiko ausgesetzt, aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe inhaftiert zu werden. Die prekäre soziale und wirtschaftliche Lage der Betroffenen führt dazu, dass sie die Geldstrafe, die meist aufgrund eines sog. Bagatelldelikts vom Gericht als angemessen erachtet wurde, unverschuldet nicht begleichen können. Den Betroffenen droht dann der Freiheitsentzug als schärfstes Sanktionsmittel unseres Rechtssystems.⁴ Jeder Haftantritt hat jedoch weitreichende Konsequenzen für die Betroffenen – wie zum Beispiel die Trennung von dem Partner oder der Partnerin und/oder der Familie, den Verlust des Arbeitsplatzes und der Wohnung –, sofern diese Struktur vorhanden ist. Durch die Ersatzfreiheitsstrafe verschärfen sich die Problemlagen und die Betroffenen werden noch weiter an den Rand der Gesellschaft gedrängt. Die Modifizierung des § 43 StGB-E bietet auch unter Berücksichtigung der Ergänzungen des § 459e Abs. 2 StPO noch keine hinreichende Lösung.

Vor diesem Hintergrund scheint es erforderlich, die §§ 40 ff. StGB weitreichender zu modifizieren, als es der Referentenentwurf bisher vorsieht.

II. Bewertung im Einzelnen

Grundsätzlich sieht der Referentenentwurf die Ersatzfreiheitsstrafe als alternativlos, aber reformbedürftig an. Die Reformbedürftigkeit ergibt sich hierbei aus der steigenden Zahl der vollzogenen Ersatzfreiheitsstrafen, der nur geringen Möglichkeit der Resozialisierung im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafen und der notwendigen stärkeren Orientierung des mit Vollstreckung verbundenen Strafübels an der ursprünglich verhängten Geldstrafe. Bei der Begründung für die gewählten Lösungsansätze nimmt der Referentenentwurf in weiten Teilen Bezug auf die Ergebnisse des Abschlussberichts der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aus dem Jahr 2019. Erkenntnisse und mögliche Auswirkungen wegen der teilweisen Aussetzung des Vollzuges der Ersatzfreiheitsstrafe in vielen Bundesländern aufgrund der Covid-19-Pandemie konnten in dem Bericht noch nicht ausgewertet werden. Das System der Ersatzfreiheitsstrafe pausierte aber innerhalb kürzester Zeit.⁵ So hatten zum Beispiel die Länder Berlin und Hamburg mittels Sammelgnadenerlass unter gewissen Voraussetzungen

² Auch andere Umrechnungsverhältnisse wären denkbar – z.B: 3:1 in Anbetracht der tatsächlichen Umrechnung (Arbeitszeit entspricht idR. 1/3 des Tages), vgl. Positionspapier Diakonie Deutschland und EBET „Armut darf nicht zu Inhaftierung führen“ S. 6 (18.05.2022), https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Journal_PDF/Positionspapier_Ersatzfreiheitsstrafe_DD_EBET.pdf.

³ Vgl. „Ich war im Gefängnis gewesen und ihr seid zu mir gekommen - Leitlinien für die evangelische Gefängnisseelsorge“, 2009, S. 52; Position des Deutsche Caritasverbands und der Katholischen Bundes-Arbeitsgemeinschaft Straffälligenhilfe, „Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen bei Bagatelldelikten (Schwarzfahren u.a.)“ 18.12.2018.

⁴ BVerfGE 105, 239 (248); Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 97. EL Januar 2022, GG Art. 104 Rn. 59, Evangelische Kirche in Deutschland: „Strafe: Tor zur Versöhnung? - Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Strafvollzug“, 1990, S. 77; Position des Deutsche Caritasverbands und der Katholischen Bundes-Arbeitsgemeinschaft Straffälligenhilfe, „Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen bei Bagatelldelikten (Schwarzfahren u.a.)“ 18.12.2018.

⁵ *Bögelein*, Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe im Pandemieverlauf, in: NK - Neue Kriminalpolitik, 34 Jg. 2/2022, S. 206.

Ersatzfreiheitsstrafen erlassen. Es wäre vor einer grundlegenden Reform der Ersatzfreiheitsstrafe sicherlich erkenntnisreich, diese Erfahrungen aus der Pandemiezeit genauer zu analysieren.

1. Zahlungsunfähigkeit der Inhaftierten

Der Referentenentwurf führt in seiner Begründung mit Verweis auf den o.g. Abschlussbericht an, dass die Ersatzfreiheitsstrafe zwar kein Beugemittel sei, dennoch ihre zentrale Aufgabe darin bestehe, als Druckmittel die Durchsetzung der Geldstrafe zu ermöglichen. Von der drohenden Vollstreckung gehe der Tilgungsdruck aus.

Wir stimmen mit dem Referentenentwurf dahingehend überein, dass grundsätzlich die Ersatzfreiheitsstrafe das Potential hat, einen Tilgungsdruck auf zahlungsfähige Verurteilte auszuüben. Allerdings gibt es keine Untersuchungen zu der Frage, ob der Tilgungsdruck allein von der möglichen Ersatzfreiheitsstrafe ausgeht oder ob sich nicht vielmehr der Tilgungsdruck aus der Zahlungsaufforderung und dem Willen einer Vielzahl der Bürgerinnen und Bürger, sich rechtstreu zu verhalten, ergibt. Unserer Auffassung nach liegt Letzteres nahe. Bei Personen, die nur über ein Einkommen im Sozialhilfe- bzw. Grundsicherungsbereich verfügen, ist die Funktion der Ersatzfreiheitsstrafe als Druckmittel aber generell nicht zielführend, da von Anfang an kaum eine reale Möglichkeit besteht, die Geldstrafe zu bezahlen. Diese Personen sind nicht leistungsunwillig, sondern leistungsunfähig. Das spiegelt auch der Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wider, wenn er resümiert, dass von der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe „überwiegend Sozialleistungsbezieher“ betroffen sind.⁶

Wenn allein die Bereitschaft zur freiwilligen Zahlung fehlen würde, könnte die zwangsweise Beitreibung der Geldstrafe durch den Gerichtsvollzug helfen. Diese Möglichkeit wird aber von der Arbeitsgruppe nicht als sinnvoll erachtet, da sich neben dem zusätzlichen Zeitaufwand für die Gerichtsvollzieher oder Gerichtsvollzieherinnen die Aussichtslosigkeit der Pfändung regelmäßig aus den Akten ergebe.⁷ Diese Einschätzung teilen wir, denn die Betroffenen verfügen über kein Einkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen.⁸ Zudem möchten wir darauf hinweisen, dass sich auch aus der Untersuchung des Kriminologischen Dienstes Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2018, den der Referentenentwurf in seiner Begründung zitiert, nichts Gegenteiliges ergibt. Denn aus dem Ergebnis des Untersuchungsberichtes, nach dem in 50 % der Fälle eine Verkürzung der Ersatzfreiheitsstrafe durch Auslösung oder Ratenzahlung erfolgt, kann nicht auf eine tatsächliche Zahlungsfähigkeit geschlossen werden. Zudem ergibt sich durchaus ein heterogenes Bild hinsichtlich der prozentualen Höhe der Auslösungszahlen nach Haftantritt – andere Studien belegen einen geringeren Auslöseanteil.⁹

Lohnend ist auch ein Blick auf die Zahlen, mit welchen Mitteln und durch wen die Tilgung der Geldstrafe erfolgte (vgl. hierzu Tabelle 17). Demnach führen nur in 22 % die Verurteilten die Auslösung durch Zahlung mit „eigenem Geld“ herbei.¹⁰ Die Tilgung mit „eigenem Geld“ bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass die Gefangenen den Auslösungsbetrag zum Strafantritt selbst mit in die Anstalt brachten: Es ist nicht auszuschließen, dass das Geld im

⁶ Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von ersatzfreiheitsstrafen gem. § 43 StGB, S. 52.

⁷ Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von ersatzfreiheitsstrafen gem. § 43 StGB, S. 225.

⁸ Bögelein, Graaff, Geisler, „Wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist“, in: FS 2021, S.59, 63.

⁹ Bögelein, Graaff, Geisler, „Wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist“, in: FS 2021, S.59, 62.

¹⁰ Lobitz, Wirth: Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, Eine empirische Aktenanalyse, in: KrimD NRW, 2018, S. 39.

Zuge von vollzugsöffnenden Maßnahmen beigebracht wurde, die einem knappen Viertel derjenigen, die sich in Ersatzfreiheitsstrafe befinden, gewährt worden waren.¹¹ Insofern kann die in der Anstalt erfolgte Verbuchung als „eigenes Geld“ erfolgt sein, obwohl es faktisch von Dritten stammte. Dies ist den Akten nicht zu entnehmen. Dieses Ergebnis stimmt auch mit unseren Erfahrungen aus der Praxis überein. Die von der Ersatzfreiheitsstrafe Betroffenen verfügen meist über kein pfändungsfreies Einkommen und befinden sich finanziell an der Grenze zum Existenzminimum. Aus der Not heraus, aufgrund der harten Sanktion des Freiheitsentzugs und auch, um der Stigmatisierung und den sozialen Folgen zu entgehen, sind mitunter Freunde und Verwandte bereit, die Geldstrafe zu zahlen. Die Geldstrafe wird damit zwar im Ergebnis gezahlt, der Sinn der Geldstrafe, eine schuldangemessene Strafe für den Schuldigen selbst und nicht einen Dritten darzustellen, wird aber nicht erreicht.

2. Unmöglichkeit der Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe durch „freie“ Arbeit oder Ratenzahlung

Der Referentenentwurf betont, dass die Möglichkeit für Mittellose besteht, die Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit abzuwenden, wie es alle Bundesländer bereits praktizieren. Zugleich wird aber deutlich, dass die Zahl der Verurteilten, die ganz oder teilweise durch gemeinnützige Arbeit die Vollstreckung abgewendet haben, in den letzten 15 Jahren stark gesunken ist. In den Bundesländern würden daher unterstützenswerte Anstrengungen unternommen, praktische Verbesserungen, wie etwa die Unterrichtung über die Möglichkeit der Stundung oder Ratenzahlung, die Initiierung von Projekten unter Einbindung sozialer Dienste und freier Träger, die Betroffene bei der Ratenzahlung und Ableistung gemeinnütziger Arbeit unterstützen, herbeizuführen.¹²

Wir begrüßen, unterstützen und ermöglichen die von den Ländern, Kirchen und sozialen Verbänden organisierten Projekte und Angebote zur Ableistung gemeinnütziger Arbeit zur Vermeidung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe.

Da aber Personen aufgrund von Sucht, psychischen Problemen oder sozialer Armut oftmals allgemein in der Lebensführung beeinträchtigt sind und mit der Ableistung gemeinnütziger Arbeit überfordert sein können, sollten sie dabei gezielter als bisher unterstützt werden.¹³ Auch sollte bedacht werden, dass nicht alle Betroffenen überhaupt in der Lage sind zu arbeiten. So wurde im Bund-Länder-Bericht für das Jahr 2017 zum Beispiel für Nordrhein-Westfalen festgestellt, dass 17 % der Betroffenen allenfalls eingeschränkt arbeitsfähig waren.¹⁴ So sinnvoll das Angebot der freien Arbeit ist, es kann nicht bei jeder Person mit multiplen Problemlagen die Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe herbeiführen.

Auch die als Lösung angebotene Hilfe bei dem Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen unterstützen wir, möchten aber darauf hinweisen, dass die Anzahl der Tilgungen durch gemeinnützige Arbeit seit Jahren weitaus rückläufiger ist, als es der Referentenentwurf darstellt, wobei die Coronapandemie diese Situation nochmals verschärft hat.¹⁵

¹¹ Lobitz, Wirth: Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, Eine empirische Aktenanalyse, in: KrimD NRW, 2018, S. 20.

¹² Exemplarisch: https://www.justiz.nrw.de/Mitteilungen/2016_06_08_Vermeidung_von_Ersatzfreiheitsstrafen/index.php.

¹³ Mosbacher, Sitzen fürs Schwarzfahren, NJW 2018, S.1069, 1072.

¹⁴ Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gem. § 43 StGB, S. 36.

¹⁵ Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von ersatzfreiheitsstrafen gem. § 43 StGB“, S. 242.

Im Ergebnis teilen wir die Stärkung der Ansätze der „freien“ Arbeit und der Ratenzahlung zur Vermeidung des Vollzuges von Ersatzfreiheitsstrafen. Zugleich können diese Instrumente nur einzelne Bausteine für die Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen sein.

Schließlich sollte in den Bundesländern darauf hingewirkt werden, verstärkt zu prüfen, welche Personen geeignet sind, die Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtabwendung im offenen Vollzug abzuleisten. Bei Personen, die die Voraussetzungen für den offenen Vollzug erfüllen, könnte so der negative Einfluss einer Ersatzfreiheitsstrafe (Wohnungs-, Arbeitsplatzverlust, Verlust sozialer Kontakte etc.) verringert werden.

3. Lösungsansätze

Aufgrund der bestehenden Zahlungsunfähigkeit und der verminderten Möglichkeit für die Betroffenen, gemeinnützige Arbeit abzuleisten, entwickelt sich die Geldstrafe für Personen in wirtschaftlicher und sozialer Notlage de facto zu einer Freiheitsstrafe, die von Seiten des Gerichts gerade nicht als schuld- und tatangemessen angesehen wurde. Auch wenn mit dem veränderten Umrechnungsmaßstab darauf reagiert wird, bleibt doch die Freiheitsstrafe als härterer Eingriff als die Geldstrafe bestehen. Dem qualitativen Unterschied zwischen einer Freiheitsstrafe und einer pekuniären Strafe bei Schuldspruch wird nicht hinreichend Rechnung getragen und für Personen am Rande der Gesellschaft keine „Gleichheit vor dem Gesetz“ gewahrt.¹⁶

a) Bemessung der Tagessatzhöhe anpassen

Um dem entgegenzuwirken, ist zunächst erforderlich, dass die Geldstrafe für alle Einkommensschichten bezahlbar ist.

Vorangestellt sei, dass wir uns grundsätzlich nicht gegen das seit 1969 angewandte zweistufige Berechnungsprinzip für die Geldstrafe, insbesondere die Verknüpfung der Tagessatzhöhe an das Nettoeinkommen nach § 40 Abs. 2 StGB, wenden, da sie in der Regel die größtmögliche Transparenz bei der Strafzumessung und Opfergleichheit gewährleistet. Die regelhafte Orientierung am Nettoeinkommen aufgrund der Problematik der Gleichbehandlung von Verurteilten vor dem Gesetz mit ungleichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ist aber verbesserungsbedürftig.

Zum einen wird dies deutlich, wenn man die Einführung des Zweistufenprinzips in einen historischen Kontext einordnet. Im Gegensatz zur jetzigen Arbeitsmarktsituation erfolgte die Entscheidung für das schwedische Zweistufenmodell vor dem volkswirtschaftlichen Hintergrund der Vollbeschäftigung in der frühen Bundesrepublik.¹⁷ Nach dem damaligen Weltbild war es jeder bzw. jedem arbeitsfähigen Verurteilten zumutbar, eine Arbeit aufzunehmen und die Geldstrafe zu zahlen. Die Ersatzfreiheitsstrafe betraf in den 1960er Jahren folglich nur Personen, die sich um jeden Preis der Sanktion widersetzen wollten und wurde auch nur verhältnismäßig selten vollstreckt.¹⁸ Personen, die nur über ein geringes Einkommen im Sozialhilfebereich oder an der Grenze des Existenzminimums verfügen und aufgrund nicht vorhandener Liquidität die Ersatzfreiheitsstrafe unfreiwillig nicht zahlen konnten, sollten nach dem Gesetzgeber damals primär nicht Adressat bzw. Adressatin der Ersatzfreiheitsstrafe sein.

¹⁶ Hartmann in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 43, Rn. 4.

¹⁷ Wilde, Die Geldstrafe – ein unsoziales Rechtsinstitut? in: Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, August 2015, S. 7.

¹⁸ BT-Drs. V/4095, S. 22 f.; Wilde, Die Geldstrafe – ein unsoziales Rechtsinstitut? in: Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, August 2015, S. 7.

Zum anderen trägt die grundsätzliche Berechnung nach dem Nettoprinzip bei Empfängern bzw. Empfängerinnen von Transferleistungen dem ursprünglichen Strafzweck der Geldstrafe nicht mehr hinreichend Rechnung. Die Geldstrafe hatte in erster Linie eine warnende Funktion: Die verurteilte Person sollte im Wohn- und Lebensalltag bleiben, in den Konsummöglichkeiten eingeschränkt, nicht aber die vorhandene Liquidität vollkommen abgeschöpft und das Existenzminimum genommen werden.¹⁹ Möchte man diese Sanktionsrichtung weiterhin aufrechterhalten, müsste bei der Berechnung der Tagessatzhöhe bei Personen, die in wirtschaftlich prekären Situationen leben und staatliche Transferleistungen erhalten, nur der Teil des Regelbedarfs Berücksichtigung finden, der der Sicherung des sozio-kulturellen Existenzminimums dient, und eben nicht der Teil, der zum Leben unerlässlich ist.

Wir sprechen uns daher dafür aus, bei Straffälligen, die zur Sicherung des Lebensunterhalts Leistungen nach dem Zweiten und Zwölften Sozialgesetzbuch erhalten oder von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz leben, das Nettoprinzip nicht anzuwenden und stattdessen die Tagessatzhöhe je nach Höhe des Regelbedarfs auf ca. drei Euro zu beschränken.²⁰ In besonders gelagerten Fällen sollte der Tagessatz auf einen Euro festgesetzt werden. Eine solche Regelung sollte nach unserer Auffassung in den Gesetzestext des § 40 StGB aufgenommen werden.

Dieser Vorschlag wurde auch von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe in ihrem Abschlussbericht aufgegriffen.²¹ Sie wies primär darauf hin, dass bereits jetzt aufgrund des Wortlauts des § 40 Abs. 2 StGB („in der Regel“) oberinstanzliche Gerichte die errechnete Tagessatzhöhe nach unten korrigierten, da nach der Auffassung der Rechtsprechung eine schematische Anwendung des Nettoeinkommensprinzip bei Armen aufgrund einer ungleichen finanziellen Behandlung nicht erfolgen dürfe.²² Die Argumente der Bund-Länder-Arbeitsgruppe greifen aber nicht durch:

Zum einen zeigt die richterliche Praxis der letzten Jahre, dass eine Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse tatsächlich nur unzureichend erfolgte. Dies verdeutlicht eine Statistik des Abschlussberichts der Bund-Länder-Arbeitsgruppe²³: Demnach beträgt die Höhe des Tagessatzes bei ca. einem Drittel der Geldstrafen zwischen 5 und 10 EUR (28,81 %). Geldstrafen bis 5 EUR werden etwa nur zu 2,06 % vergeben. Berücksichtigt man, dass ca. ein Drittel der zu pekuniären Strafen Verurteilten nur über ein Einkommen im Sozialhilfereich verfügt, erscheint die Höhe des Tagessatzes von mindestens 5 EUR problematisch. Denn bei einem Tagessatz von 7,50 EUR (Mittel von 5 und 10 EUR), müsste eine verurteilte Person, die Sozialhilfe empfängt, bei einem Regelbedarf von 449 EUR (seit 01.01.2022) fast 50 % der

¹⁹ Hartmann in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 43, Rn. 1.

²⁰ Zur Berechnung siehe: Position zur Höhe von Tagessätzen bei Geldstrafen für Menschen im Bezug von Transferleistungen (Caritas und KAGS), S. 7: Dies errechnet sich aus dem Anteil von Teilhabeleistungen am Regelbedarf der für Alleinstehende (Stufe 1) im Jahr 2015 (Verbrauchskategorien Freizeit, Unterhaltung, Kultur – Beherbergung- und Gaststättendienstleistungen – Nachrichtenübermittlung= 2,91 Euro/Tag). Unangetastet bleiben müssen neben dem Rest des Regelbedarfs auch die Kosten der Unterkunft und Heizung, da sonst ein Wohnungsverlust infolge von Zahlungsverzug droht; i.E. ebenso Positionspapier Diakonie Deutschland und EBET „Armut darf nicht zu Inhaftierung führen“ (18.05.2022); https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Journal_PDF/Positionspapier_Ersatzfreiheitsstrafe_DD_EBET.pdf (9.8.2022).

²¹ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe des BMJ („Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten - Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“), S. 172 ff.

²² Exemplarisch: OLG Naumburg, Urteil vom 15.07.2010, Az. 2 Ss 89/10; OLG Braunschweig, Beschluss v. 19.05.2014, 1 Ss 18/14; BGH, Beschluss vom 24. Januar 2013, Az. 3 StR 398/12, in NJW 1977, 1459, 1460.

²³ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe des BMJ („Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten - Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“), S. 178.

eigenen Geldmittel, die durchschnittlich täglich für die Finanzierung des notwendigen Lebensunterhalts (Nahrung, Kleidung etc.) zur Verfügung stehen, für die Geldstrafe aufwenden. Der Teil des Regelbedarfs, der für die soziale Teilhabe vorgesehen ist, liegt jedoch weit unter 50 %. Auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber einen Mindestsatz von einem Euro zugelassen hat (§ 40 Abs. 2 S. 3 StGB), stellt sich die Frage, warum hiervon beinahe kein Gebrauch gemacht wird. Die unverhältnismäßige Höhe der Tagessätze für nicht leistungsfähige, einkommensschwache Personen demonstriert daneben eine weitere Statistik des Abschlussberichts der Bund-Länder-Gruppe, in welcher der „Anteil der EFS´ler im Vollzug am 31.01.2017 mit 10 EUR“ aufgeschlüsselt wird.²⁴ Hier zeigt sich, dass durchschnittlich fast 50 % der Personen, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, eine Geldstrafe nicht beglichen haben, die einen Tagessatz von 10 EUR aufweist. Betrachtet man die absolute Zahl der Geldstrafen, die eine Tagessatzhöhe von 10 EUR haben, müsste der Anteil der Personen, bei welchen die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird, statistisch erheblich geringer sein.

Außerdem wird der überwiegende Teil der Geldstrafen im Strafbefehlsverfahren vollzogen, bei welchem bei mindestens der Hälfte der Strafverfahren keine Angaben über die wirtschaftliche Situation gemacht wird.²⁵ Infolgedessen erfolgt statistisch viel häufiger eine Schätzung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 40 Abs. 3 StGB durch die Staatsanwaltschaft. Eine Korrektur durch das Gericht aufgrund des Wissens der prekären wirtschaftlichen Lage der Straffälligen kann gerade nicht erfolgen. Aus der Praxis wissen wir zudem, dass Straffällige meistens mangels ausreichender Ressourcen keinen juristischen Beistand haben und teilweise aus Unwissenheit und Angst vor härterer Strafe, selbst bei einer zu hoch angesetzten Geldstrafe, keinen Rechtsbehelf einlegen. Zugleich wird hier die Verantwortung der Korrektur einer Fehleinschätzung der verurteilten Person zugewiesen.²⁶

Darüber hinaus steht es dem Gericht weiter angesichts der richterlichen Unabhängigkeit offen, eine an dem Unrechts- und Strafgehalt relevante Zahl an Tagessätzen frei zu bestimmen. Ebenso hat der Gesetzgeber bereits jetzt aufgrund der regelhaften Anordnung der Berechnung nach dem Nettoprinzip eine schematische Normierung zumindest bzgl. des Berechnungsmaßstabs für die Tagessatzhöhe aufgenommen. Da das Nettoprinzip gerade darauf abzielt, eine Gleichbehandlung bei der Berechnung der Geldstrafen von Erwerbstätigen vor dem Gesetz zu erreichen, liegt es auch auf der Hand, dass bei Erwerblosen ein anderes Regime angewandt werden müsste.

b) Richterliche Anhörung

Zumindest sollte aber vor der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe bei vorher durchgeführtem Strafbefehlsverfahren entweder bereits im Erkenntnisverfahren oder im Vollstreckungsverfahren die betroffene Person richterlich angehört werden.

Diesem Lösungsansatz liegt der in Art. 104 Abs. 2 GG (sog. Richtervorbehalt) normierte Rechtsgedanke zugrunde, dass nur eine Entscheidung über eine Freiheitsentziehung als ultima ratio nach einer mündlichen Anhörung durch den Richter oder die Richterin erfolgen darf. Hier kann der Richter oder die Richterin sich einen persönlichen Eindruck von der angeklagten Person machen und ein der Tat und Schuld angemessenes Urteil fällen (vgl. Art.

²⁴ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe des BMJ („Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten - Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“), S. 180.

²⁵ *Wilde*, Die Geldstrafe – ein unsoziales Rechtsinstitut? in: Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, August 2015, S. 3.

²⁶ *Backes*, Die Effizienz der Geldstrafenvollstreckung. Forschungsbericht im Auftrag des Ministers der Justiz, Nordrhein-Westfalen, 1991, S. 324.

20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 2 EMRK). Grundsätzlich stellt die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe, § 43 StGB, keinen Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG dar, da das Gericht bereits eine notwendige Entscheidung über die Zulässigkeit der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe durch die Festsetzung der Zahl der Tagessätze im Urteil trifft.²⁷ Eine andere Sachlage ergibt sich aber im Rahmen des schriftlichen Strafbefehlsverfahrens als Instrument der ökonomischen Verfahrenserledigung, nach welchem – wie oben dargelegt – ein überwiegender Teil der Geldstrafen vollzogen wird.²⁸ Zum einen durchbricht das Strafbefehlsverfahren den Grundsatz des deutschen Strafprozesses, dass Rechtsfolgen nur im Rahmen einer mündlichen Verhandlung festgesetzt werden dürfen. Zudem steht die Verhängung einer Freiheitsstrafe im schriftlichen Verfahren im Widerspruch zum sachlichen Strafrecht.²⁹ Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ist daher nach § 407 Abs. 2 S. 2 StPO nur unter der doppelten Voraussetzung zulässig, dass die Strafe nicht ein Jahr überschreitet, diese auf Bewährung ausgesetzt wird und zugleich die angeschuldigte Person einen Rechtsbeistand hat.³⁰ Zum anderen bietet eine Entscheidung nach Akten oft keine tragfähige Grundlage, die Schuld der oder des Angeklagten angemessen zu beurteilen, mit der Folge einer zu hohen Schätzung der Geldstrafe.³¹

Vor diesem Hintergrund scheint es äußerst bedenklich, dass viele Personen, die eine Geldstrafe im schriftlich summarischen Strafbefehlsverfahren erhalten, letztlich trotz der Einschränkungen des § 407 Abs. 2 S. 2 StPO und dem Grundgedanken des Art. 104 Abs. 2 GG eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen. Diese Personengruppe tritt die Ersatzfreiheitsstrafe als echte Freiheitsstrafe an, ohne dass die Freiheitsstrafe zuvor auf ein Jahr beschränkt (Tagessatzhöhen bis zu 720 EUR sind bei Tatmehrheit im Strafbefehlsverfahren möglich³²), ein Beschluss über eine Bewährung gefällt oder ein Verteidiger oder eine Verteidigerin bestellt wurde. Insbesondere ist auch bei Nichteinlegung eines Einspruchs nach § 410 StPO keine richterliche Anhörung vor Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen, da die Regelung des § 459e StPO die Anordnung der Vollstreckung ausschließlich auf die Vollstreckungsbehörde überträgt. Gleichzeitig entstehen durch die Häufung der Strafbefehle zusätzliche Belastungen, die einer wirtschaftlichen Verbesserung der Betroffenen nachhaltig entgegenwirken: Mit jedem Strafbefehl, der eine Geldstrafe festsetzt, die nicht durch Konsumverzicht beglichen werden kann, verschärft sich die Schuldensituation und die Wahrscheinlichkeit der Inhaftierung aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe steigt.

In Betracht käme daher, in bestimmten Fällen ein Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO auszuschließen oder zumindest eine richterliche Anhörung vor Erlass eines Strafbefehls als Voraussetzung zu normieren. Um gleichzeitig einer Überlastung der Gerichte entgegenzuwirken und vor dem Hintergrund, dass von der Möglichkeit des Einspruchs (§ 410 StPO) die von der Ersatzfreiheitsstrafe betroffene Personengruppe aufgrund multipler Problemlagen in der Regel keinen Gebrauch macht, wäre eine Begrenzung auf bestimmte

²⁷ OLG Bremen, Urteil vom 8. 4. 1975 – Ss 18/75, in NJW 1975, 1524, 1525, vgl. auch BSG Urt. v. 24.2.2011 – B 14 AS 81/09 R, BeckRS 2011, 74028, Rn. 21.

²⁸ *Heinz*, Das deutsche Strafverfahren, Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen, 2004, S. 5, abrufbar unter: <https://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz-Strafverfahren-2004.pdf> (29.07.2022).

²⁹ *Maur* in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu § 407 StPO, Rn. 2.

³⁰ *Schmitt* in: Meyer-Großner/Schmitt, Beck'scher Kurzkommentar Strafprozessordnung, 62. Aufl. 2019, § 407, Rn. 22.

³¹ Vgl. *Wilde*, Die Geldstrafe – ein unsoziales Rechtsinstitut? in: Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, August 2015, S. 4 f.

³² *Schmitt* in: Meyer-Großner/Schmitt, Beck'scher Kurzkommentar Strafprozessordnung, 62. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu § 407 StPO, Rn. 1.

Fallkonstellationen sinnvoll. Die oben vorgestellte Modifizierung des Strafbefehlsverfahrens könnte nur die Fälle betreffen, in denen die Staatsanwaltschaft Kenntnis hat, dass die straffällige Person Leistungen nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch oder Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhält, das Vorliegen prekärer Lebenssituationen nicht ausgeschlossen und daher eine Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlich ist. Ebenfalls käme in Betracht, in diesen Fällen wegen drohenden Vollzugs der Ersatzfreiheitsstrafe – dem Rechtsgedanken des § 407 Abs. 2 S. 2 StPO folgend – jedenfalls die Beiordnung eines Pflichtverteidigers bzw. einer Pflichtverteidigerin vorzuschreiben.

Es könnte in der oben genannten Konstellation ebenso erwogen werden, bei vorangegangenem Strafbefehlsverfahren vor Anordnung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe nach § 459e StPO eine richterliche Anhörung vorzuschreiben. Eine solche Anhörung erscheint dabei grundsätzlich auch bei zuvor durchgeführter mündlicher Verhandlung wünschenswert, da somit das Gericht unmittelbar im Einzelfall durch Beschluss entscheiden kann, ob ein Fall „unbilliger Härte“ nach § 459f StPO vorliegt. Zwar ist bereits jetzt die Möglichkeit eines solchen Beschlusses von Amts wegen nach § 459f StPO gesetzlich vorgesehen. Nach unserer Erfahrung wird aber hiervon aufgrund der sehr restriktiven Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs „unbillige Härte“ in der Praxis selten Gebrauch gemacht und ein Antrag nach § 459f StPO durch die betroffene Person auch meist mangels Kenntnis nur selten gestellt. Wir regen daher zusätzlich an, den Begriff der „unbilligen Härte“ entsprechend dem Zweck der Norm, kurze Freiheitsstrafen zu vermeiden und damit dem als Folge von § 47 Abs. 1 StGB erweiterten Anwendungsbereich der Geldstrafe Rechnung zu tragen, weiter als bisher auszulegen und den Gesetzestext dementsprechend zu spezifizieren.³³

c) Ausnahmeregel

Auch wenn in Zukunft mittels gesetzlicher Regelung eine angemessene Tagessatzhöhe festgelegt und eine richterliche Anhörung eingeführt würde, wird es Konstellationen geben, in welchen aufgrund des Zusammenspiels persönlicher Umstände und finanzieller Verhältnisse von in Armut lebenden Menschen eine Begleichung der Geldsumme zum Zeitpunkt des Zahlungsfristendes unmöglich ist. Hier sollte sich eine Benachteiligung der Personen, die aufgrund der Stellung am Rande unserer Gesellschaft besteht, nicht in einer zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafe manifestieren. In Betracht käme daher, für diese Personengruppen als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Härtefallregelung bereits in § 43 StGB aufzunehmen.

Berlin, den 23. August 2022

³³ Nestler in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2019, § 459f StPO, Rn. 2.