

Johannes Feest, Kriminalwissenschaftler und Rechtssoziologe

### **Ersatzfreiheitsstrafe: Ärgernis und Lösungen**

Kurzvortrag auf der Konferenz „Strafvollzug und Resozialisierung- ein Paradoxon ?!“

Am 25.05.2016 in Potsdam

#### **1. Ausgangspunkt**

Das deutsche (Erwachsenen-) Strafrecht kennt seit langem nur zwei Hauptstrafen: die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe. Seit 1975 ist die Geldstrafe weiter ausgebaut worden, mit dem Ziel die kurze Freiheitsstrafe zu verdrängen. Zugleich hat man aus Skandinavien das Tagessatzsystem importiert, d.h. dass das Gericht die Zahl der Tagessätze unter Schuldgesichtspunkten festlegt, die Höhe des Tagessatzes sich jedoch nach dem Nettoeinkommen richtet, welches der Verurteilten „an einem Tag hat oder haben könnte“ (§ 40 StGB). Das hat dazu beigetragen, dass die Geldstrafe heute die Freiheitsstrafe quantitativ weit überholt hat. Im Jahre 2013 wurden 537 406 Personen zu Geldstrafen verurteilt, das waren 82,4 % aller nach Erwachsenenstrafrecht Verurteilten.

Das war in mindestens zwei Punkten ein Fortschritt: zum einen wurde die Freiheitsstrafe zunehmend durch eine zeitgemäßere Strafform verdrängt und zum anderen war das Tagessatzsystem ein Schritt zu einem sozialeren und gerechteren Strafrecht. In § 43 StGB heißt es: „An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Freiheitsstrafe. Einem Tagessatz entspricht ein Tag Freiheitsstrafe“. Wer die Geldstrafe nicht bezahlte, musste damit rechnen, die Zahl der Tagessätze im Gefängnis zu verbüßen. Wenn man mich im Ausland nach dem deutschen Sanktionssystem fragte, konnte ich stolz verkünden: „it is a fine system“ (ein Spiel mit der Doppelbedeutung des englischen Wortes „fine“: Geldstrafe und fein/prima). Die Sache hatte allerdings einen Haken, von dem im Folgenden die Rede sein wird.

#### **2. Das Ärgernis**

In der Praxis hat sich herausgestellt, dass unser hochgepriesenes Geldstrafensystem gleich in mehrerer Hinsicht Probleme verursacht:

- Jeden Tag befinden sich fast 5000 Personen wegen Ersatzfreiheitsstrafen im Gefängnis, das sind 10,7 Prozent der gesamten Vollzugspopulation (Destatis 2016). Auf das Jahr bezogen sind das geschätzte 50.000 Personen, die für mehr oder weniger kurze Zeiten per Ersatzfreiheitsstrafe durch die Justizvollzugsanstalten geschleust werden.
- Dies bedeutet einen enormen und ungeliebten Aufwand für das Vollzugspersonal (Aufnahme, Einkleidung, Unterbringung und wenige Tage oder Wochen später bereits der entsprechende Aufwand der Entlassungsvorbereitung).
- Dieser Aufwand hat keinerlei positive Auswirkungen („Resozialisierung“), führt im Gegenteil regelmäßig zu weiterer Ent-Sozialisierung.
- Deutschland ist in dieser Hinsicht einsame Spitze in Europa, mit weitem Abstand zu Frankreich, England/Wales, Spanien und den skandinavischen Ländern (Dünkel 2011, 144).
- Die der Strafe zu Grunde liegenden Delikten sind zumeist Bagatelldelikte (insbesondere wiederholtes Schwarzfahren, einfacher Diebstahl etc.).

- Bei den von der EFS Betroffenen handelt es sich weit überwiegend um arbeitslose, mittellose und mehrfach (durch Drogenabhängigkeit, Krankheit, Wohnungslosigkeit) belastete Menschen.
- Aber auch straftheoretisch fällt es schwer, einen Gefängnisaufenthalt zu rechtfertigen, wenn die Verurteilung ursprünglich auf Geldstrafe lautete.
- Und verfassungsrechtlich ist es mehr als problematisch, dass die Ladung zur Ersatzfreiheitsstrafe ohne erneute Einschaltung des Gerichts erfolgt (nach Art. 103 GG darf ein Freiheitsentzug nur durch einen Richter angeordnet werden).

Schon vor 25 Jahren hat der Strafrechtsprofessor und Verfassungsrichter Wilfried Hassemer darin eine „Bankrotterklärung des Geldstrafensystems“ gesehen.

### **3. Was ist da falsch gelaufen?**

Über die Jahre sind viele Aufsätze und einige Bücher über die Probleme der Ersatzfreiheitsstrafe geschrieben worden. Aber nirgends kann man nachlesen, was ich für das eigentliche, ursprüngliche Problem halte. Wir haben zwar aus Schweden die Idee der Tagessätze übernommen, aber nicht das dort vorgesehene Verfahren. Die Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe erfordert dort stets eine erneute richterliche Entscheidung. Das Gericht muss nämlich prüfen, ob der Geldstrafenschuldner zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist. Nur im letzteren Fall darf das Gericht eine Ersatzfreiheitsstrafe anordnen.

In Deutschland hingegen wird schon bei der Festlegung der Geldstrafe häufig nicht das reale Einkommen des Verurteilten zugrunde gelegt, sondern geschätzt, was „er verdienen könnte“. Damit soll offenbar verhindert werden, dass Arbeitslose bzw. Gelegenheitsarbeiter „zu gut wegkommen“. Ein Großteil der Geldstrafen beruht allerdings auf schriftlichen Strafbefehlen, denen keinerlei ernsthafte Überprüfung der Einkommensverhältnisse vorausging. Und wenn die Geldstrafe trotz Mahnungen nicht bezahlt wird, verwandelt sie sich „automatisch“ in eine Freiheitsstrafe. Theoretisch könnte das Gericht anordnen, „dass die Vollstreckung unterbleibt, „wenn sie für den Verurteilten eine unbillige Härte wäre“ (§ 459 f StPO). Aber dazu müsste der Rechtspfleger anregen, dass der Staatsanwalt einen entsprechenden Antrag bei Gericht stellt. Faktisch findet dies so gut wie nie statt. Im Ergebnis trifft die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe „auch den unverschuldet Zahlungsunfähigen“ (Fischer 2015 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Ich wüsste das auch nicht, wenn ich nicht vor vielen Jahren an einer Tagung in der Schweiz teilgenommen hätte, wo der schwedische Kriminologe Knut Sveri über die Entwicklung in seinem Lande berichtete. Zu meiner Verblüffung erklärte er, dass im damaligen Jahr nur 38 Fälle von Ersatzfreiheitsstrafe verhängt worden seien (und er fügte hinzu: „wahrscheinlich noch ein paar zu viel“). Inzwischen ist die Ersatzfreiheitsstrafe in Dänemark und Schweden praktisch abgeschafft. Diese Diskrepanz zur Situation in Deutschland hat mich seither nicht ruhen lassen

### **4. Lösungsversuche**

Im Laufe der Jahrzehnte hat es mehrere Versuche bzw. Vorschläge gegeben, die negativen Konsequenzen des deutschen Systems zu korrigieren.

- Praktisch bedeutungsvoll sind die Versuche, den Betroffenen kurz vor Strafantritt eine Alternative anzubieten. Zu diesem Zweck haben alle Bundesländer Möglichkeiten zur Abwendung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit geschaffen (Art. 293 EGStGB). Die Vermittlung geeigneter Arbeitsstellen erfolgt durch in manchen Bundesländern durch die Sozialen Dienste der Justiz, in anderen durch freie Träger der Straffälligenhilfe (Dünkel 2011, 145 ff). Diese Vermittlung ist aufwendig, wegen der problembelasteten Klientel auch stets prekär, führt aber zweifellos zu einer Einsparung von Hafttagen. Im Ergebnis hat dieses System jedoch nicht zu einer Reduzierung der Zahl der vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafen geführt. Diese steigen vielmehr kontinuierlich weiter an (von ... auf 3419 (2003) und 4135 (2013)).
- Ein anderer Weg ist von der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionssystems im Jahre 2000 vorgeschlagen worden. Man wollte die Ersatzfreiheitsstrafe von einer primären zu einer sekundären Ersatzsanktion herunterstufen. Zur primären Ersatzsanktion sollte die gemeinnützige Arbeit werden und nur bei der Weigerung, diese zu leisten, sollte die Ersatzfreiheitsstrafe Platz greifen. Ob dies viel gebracht hätte, wissen wir nicht, da ein entsprechender Gesetzentwurf im Jahre 2005 vom Bundestag abgelehnt wurde.
- Eine weitere Möglichkeit wäre es, das schwedische System insgesamt zu übernehmen und der Vollstreckung eine obligatorische richterliche Überprüfung der Zahlungsfähigkeit des Geldstrafschuldners vorzuschalten. Das ist bisher nie ernsthaft überlegt worden. Es würde auch wohl von der deutschen Richterschaft als eine unzumutbare weitere Belastung abgelehnt werden.
- Das Ärgernis ungerechten, unsozialen und kontraproduktiven Ersatzfreiheitsstrafe dauert nun bereits Jahrzehnte. Es mehren sich daher die Stimmen, die in der Abschaffung die einzig konsequente Lösung sehen (Köhne 2004; Redlich 2005; Preusker 2010, 32; Guthke/Kitlikoglu 2015; Feest 2016; früher schon Grebing 19976; Köhler 1987). Dem hat das Land Brandenburg im Jahre 2016 durch eine entsprechende Bundesratsvorlage Rechnung getragen.

### **5. Warum nicht Abschaffung?**

Als Hauptargument gegen die Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe wird angeführt, Mittellosigkeit dürfe nicht zum „Freibrief“ zur Begehung von Straftaten werden. Das würde das Geldstrafensystem ad absurdum führen. Die Ersatzfreiheitsstrafe sein deshalb das „Rückgrat der Geldstrafe“ (Tröndle 1972, seither immer wieder wiederholt, zuletzt etwa von Häger 2007). Dabei handelt es sich ist jedoch um eine völlig ungeprüfte Alltagstheorie. Diese wird jetzt auch von dem praktisch wichtigsten Kommentar zum Strafgesetzbuch bezweifelt, wo es zur Ersatzfreiheitsstrafe heißt

„dass sie das ‚Rückgrat der Geldstrafe sei, kann angesichts vieler Ungerechtigkeiten der Anwendungspraxis und einer mangelhaften Einpassung in das Strafrechtssystem...bezweifelt werden“ (Fischer 2015, 360).

Und der bedeutende Strafrechtslehrer und Bundesverfassungsrichter hat schon vor Jahren die Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe als „kontrolliertes Experiment des Gesetzgebers“ gefordert: „Es

könnte sich bei einer Aufhebung dieser Straftat herausstellen, dass die Geldstrafenregelung dennoch funktionsfähig bleibt (etwa deshalb weil die meisten Verurteilten die Geldstrafe nicht aus Furcht vor der Ersatzfreiheitsstrafe, sondern aus anderen Gründen zahlen“ (Hassemer 1990, 299.).

In der Tat zahlen die weitaus meisten Geldstrafenschuldner entweder sofort oder nach entsprechenden Mahnungen. Das Rückgrat der Geldstrafe sollte nicht das Strafrecht, es sollten die vorhandenen zivilrechtlichen Mittel sein (Pfändung, Erzwingungshaft). In diesem Sinne hatte schon vor Jahren ein Mitglied der Sanktionskommission geschrieben:

„Die radikalste Konsequenz ...wäre es, bei tatsächlicher Uneinbringlichkeit der Geldstrafe auf deren Vollstreckung zu verzichten, statt nach einem anderen Freiheitsreservoir Ausschau zu halten, das nunmehr strafend berücksichtigt werden könnte“ (Weßlau 1999, 283).

Bei erwiesener Zahlungsunfähigkeit, sollte daher auf Strafe ganz verzichtet werden, zugunsten einer Bearbeitung der zugrundeliegenden sozialen Probleme (Therapie bei Alkohol- bzw. Drogenabhängigen; Jahresticket für öffentliche Verkehrsmittel bei Sozialhilfeempfängern etc.). Darüber hinaus sollte man endlich ernst machen mit einer gründlichen Entkriminalisierung im Drogenbereich, aber auch im Bereich der Bagatelldelikte. Ob daneben noch ein Bedarf besteht, die gemeinnützige Arbeit als eine weitere Hauptstrafe neben der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe einzuführen (Neubacher u.a. 2014, 282) bedarf weiterer Prüfung.

## **Literatur**

**Destatis:** Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges am Stichtag 31. März 2016. [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF\\_5243201.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt hochgeladen: 17.08.2016).

**Frieder Düinkel:** Ersatzfreiheitsstrafen und ihre Vermeidung. Aktuelle statistische Entwicklung, gute Praxismodell und rechtspolitischen Überlegungen. In: Forum Strafvollzug, 2011, 143-153.

**Johannes Feest:** Weg mit der Ersatzfreiheitstrafe (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten. In: Felix Herzog u.a. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Edda Weßlau. 2016 (im Druck).

**Thomas Fischer:** Kommentar zum Strafgesetzbuch, 62. Auflage, München 2015.

**Gerhard Grebing:** Probleme der Ersatz-Gewldstrafe. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1976, 1049-1115.

**Kai Guthke/Lefter Kitlikoglu:** Die Ersatzfreiheitsstrafe muss weg! In: freispruch, 2015, 12-13.

**Joachim Haeger:** Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Berlin 2007, § 43 Rn. 1.

**Winfried Hassemer:** Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, München 1990.

**Michael Köhler:** Zur Kritik an der Zwangsarbeitsstrafe. In: Goldammers Archiv 1987, 144-161.

**Michael Köhne:** Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe? In: Juristische Rundschau, 2004, 453-456.

**Neubacher u.a.:** , Wie kann die Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gelingen? Zur Lebenssituation der Verurteilten und zur Zusammenarbeit staatlicher und nichtstaatlicher Organisationen. **BewHi 2014, 282.**

**Harald Preusker:** Gefängnis als Risikounternehmen, Baden-Baden 2010, 32

**Melanie Redlich:** Die Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen.-wesentliches Anliegen aktueller Strafrechtsreformbestrebungen. Frankfurt 2005.

**Herbert Tröndle MDR 1972, 466** (zitiert nach Frank Wilde: Armut und Strafe: Zur strafverschärfenden Wirkung von Armut im deutschen, Wiesbaden 2016, Wiesbaden 2016, 96).

**Edda Weißlau:** In welche Richtung geht die Reform? In: Strafverteidiger, 1999, 278-282.