



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Stellungnahme Nr.: 43/2022

Berlin, im August 2022

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatte(r)in)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Prof. Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Mainz
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin (Berichterstatte(r))
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- RAin Tanja Brexl, Geschäftsführerin
- RAin Evelyn Westhoff, Referentin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Das in dem Koalitionsvertrag formulierte Vorhaben, wonach „[d]as Sanktionensystem einschließlich Ersatzfreiheitsstrafen, Maßregelvollzug und Bewährungsauflagen (...) mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung“ überarbeitet werden soll,¹ war zunächst nicht näher konkretisiert worden. Mit dem vorliegenden RefE SanktionenrechtsÜbG (im Folgenden: RefE) wird das Vorhaben nun mit Leben erfüllt und ausgestaltet.

Überarbeitungen sollen dergestalt erfolgen, dass

- bei Ersatzfreiheitsstrafen (im Folgenden: EFS)
 - ein Umrechnungsmaßstab von 2:1 erfolgen soll (zwei Tagessätze entsprechen einem Tag Haft), so dass bei Nichtzahlung einer Geldstrafe eine Halbierung der Haftzeit erzielt werden kann;
 - Unterstützungsmaßnahmen implementiert werden sollen;
- „geschlechtsspezifische“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Motive im Rahmen des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ausdrücklich aufgeführt werden;
- ambulante Maßnahmen im Rahmen von Bewährungsaussetzungen und Einstellungen ausdrücklich normiert werden sollen;
- die Maßregel des § 64 StGB einer Reform unterzogen werden soll.

Der DAV begrüßt den *gedanklichen Ausgangspunkt*, dass der Blick auf „Prävention und Resozialisierung“ gerichtet werden soll (wenngleich der DAV die Weichenstellung noch einen Schritt vorher, bei der Entkriminalisierung, sieht, hierzu prologisch ad A.).

Allerdings gehen dem DAV die Änderungen bei den EFS nicht weit genug; eine weitergehende Umstrukturierung des EFS-Systems sollte angestrebt werden (hierzu ad B.).

¹ Koalitionsvertrag, S. 106.

Die ausdrückliche Aufzählung von unter „mensenverachtende“ Beweggründe und Ziele eines Täters bereits zu subsumierende und im Rahmen der Strafzumessung (ausschließlich strafscharfend) Berücksichtigung findende Motive sieht der DAV (nach wie vor) kritisch (hierzu ad C.).

Ob eine ausdrückliche Benennung von Therapieanweisungen als Bewährungsaufgabe, im Rahmen des § 59a StGB und § 153a StPO ohne Weiteres umzusetzen ist und insoweit Handlungsbedarf besteht, sieht der DAV kritisch, auch wenn der Grundgedanke nachvollziehbar ist; bezogen auf die Ausweitung der Auflagen auf Arbeitsauflagen im Rahmen des § 59a StGB bestehen keine Bedenken, als generell eine häufigere Anwendung des § 59a StGB in der Praxis aus Sicht des DAV begrüßenswert wäre (hierzu ad D.).

Was die Reform des § 64 StGB betrifft, wäre aus Sicht des DAV eine ganzheitlichere Betrachtung angezeigt (hierzu näher ad E.); einerseits ist zweifelhaft, ob jene Reform zu einer Reduzierung beitragen wird, wenn bisherige Reformvorhaben dieses Ziel bislang nicht erreichen konnten; andererseits stellt sich die Frage, ob vulnerable, behandlungsbedürftige Personen aus dem Blickfeld zu geraten drohen und im Normalvollzug „verwahrt“ werden, ohne dass sie die erforderliche behandlerische Hilfe erhalten und damit dem „Drehkreuzprinzip“ (Suchtmittelproblematik, Straftaten, Inhaftierung, keine Behandlung, Entlassung mit unbehandelter Suchtproblematik, Rückkehr in alte Strukturen, Sucht, Straftaten, etc.) Tür und Tor geöffnet würde und an den eigentlichen Problemen nicht gearbeitet worden wäre. Insoweit wäre aus Sicht des DAV auch insofern ein ganzheitlicherer Blick auf die Realitäten und Möglichkeiten des Straf- und Maßregelvollzuges (Regelvollzug, §§ 63, 64 StGB) angezeigt, um insbesondere den in dem Koalitionsvertrag formulierten Zielen der Prävention und Resozialisierung – und damit auch den unmittelbar Betroffenen – Rechnung zu tragen.

Die Komplexität des RefE und der darin behandelten jeweiligen – und vielen – Themenbereiche lässt aus Beschränkungsgründen keine vergleichbar intensive Behandlung der einzelnen Komplexe zu, die bei einer jeweils losgelösten Auseinandersetzung möglich und auch sinnvoll wäre.

Im Einzelnen:

A. Prolog

Dass in dem Koalitionsvertrag die *Ausrichtung* auf Prävention und Resozialisierung erfolgen soll, ist zu begrüßen; mit dem RefE liegt nun ein erster Entwurf vor, was der Gesetzgeber unter einer Reform des Sanktionensystems fassen will und wo er Reformbedarf sieht – und wo offenbar nicht:

Insbesondere schweigt der RefE z.B. zu der aus Sicht des DAV angezeigten Überarbeitung des *Strafbefehl*systems; eine *kritische Bestandsaufnahme* der zuletzt durch Reformen abgeänderten *Strafraahmen* und Wiedereinführung *minder schwerer Fälle* für mehr Flexibilität und (Wieder-) Erreichen einer Praxistauglichkeit und schuldangemessener Strafen wäre ebenfalls angezeigt gewesen; schließlich bedürfte es einer Diskussion der Erweiterung der Voraussetzungen einer Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59a StGB.

Der DAV appelliert in Zusammenhang mit diesem nun näher ausgestalteten Vorhaben, einen weite(re)n Blick auf die Konsequenzen von Strafe und (Straf-)Vollzug zu werfen und den Fokus fernab der zu beobachtenden und zu besorgenden punitiven Tendenzen *tatsächlich* auf Prävention und Resozialisierung auszurichten.

Der aus Sicht des DAV zwingende *gedankliche Ausgangspunkt*, wenn man sich des Themas *ganzheitlich* annimmt, ist und bleibt die *Entkriminalisierung*, die auch in dem Koalitionsvertrag als Zielvorgabe benannt wird:

In der Passage, in der in dem Koalitionsvertrag am Ende das Sanktionensystem angesprochen wird, heißt es zuvor:

„Das Strafrecht ist *immer nur Ultima Ratio*. Unsere Kriminalpolitik orientiert sich an *Evidenz* und der *Evaluation* bisheriger Gesetzgebung im *Austausch* mit Wissenschaft und Praxis. Wir überprüfen das Strafrecht systematisch auf *Handhabbarkeit*, *Berechtigung* und *Wertungswidersprüche* und legen einen Fokus auf *historisch überholte Straftatbestände*, die Modernisierung des Strafrechts und die schnelle *Entlastung* der Justiz. Das Sanktionensystem einschließlich Ersatzfreiheitsstrafen,

Maßregelvollzug und Bewährungsaufgaben überarbeiten wir mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung.“²

Insbesondere die EFS-Problematik könnte mit einer *ernstgenommenen* Entkriminalisierung *entschärft* und relativiert werden (siehe hierzu sogleich).

Wiederholt wurden Vorschläge unterbreitet,³ das StGB zu „entrümpeln“ und Straftatbestände, die entweder mit Blick auf fehlende praktische Relevanz oder mit Blick auf gesellschaftliche Veränderungen oder den ultima ratio Gedanken kaum (mehr) eine Daseinsberechtigung haben, aus dem StGB zu entfernen; darüber hinaus sei an dieser Stelle angemahnt, dass sich bereits in der Praxis die ersten – negativen – Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder zeitigen, die von Expert:innen vorhergesehen wurden und vor denen gewarnt wurde, was die Anhebung der Mindeststrafrahmen bei gleichzeitigem Fehlen oder Wegfall minder schwerer Fälle betrifft.

(Auch) Dies sollte aus Sicht des DAV dringend in Angriff genommen werden.

B. Reform des Ersatzfreiheitsstrafen-Systems

I.

„Der Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen ist und bleibt ein kriminal- und sozialpolitischer Schandfleck!“ hat *Pollähne*, der die sofortige und ersatzlose Streichung des § 43 StGB forderte, vor mittlerweile zehn Jahren formuliert.⁴

Dies gilt aus Sicht des DAV auch aktuell; die EFS ist dringend reformbedürftig und sollte *abgeschafft* werden; mindestens ist aber eine grundlegende *Umstrukturierung* des Systems EFS angezeigt. Als *nicht ausreichend* wird der unterbreitete Vorschlag einer Abänderung allein des (in der Konsequenz dann auch unzureichenden)

² AaO, Hervorhebungen nicht im Original.

³ So bereits DAV, 11-Punkte-Papier für die 20. Legislaturperiode, S. 5, mwN; ebenfalls gestrichen werden sollen § 184j StGB, der praktisch *keine Anwendung* findet und schon in seiner Entstehungsgeschichte höchst kritisch zu betrachten ist (für eine Streichung auch *El-Ghazi*, StV 2021, 314, 322) sowie § 184i StGB. Mit zutreffenden Argumenten wird auch eine Streichung des § 316a StGB gefordert, vgl. *Kriminalpolitischer Kreis*, KriPoZ 2021, 322, 323.

⁴ *Pollähne*, Alternativen zur Freiheitsstrafe, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe – Texte und Ergebnisse des 36. Strafverteidigertages, 16. - 18.03.2012, 2013, S. 9, 21.

Umrechnungsmaßstabes, wie es (ausschließlich) in dem RefE vorgesehen ist, gesehen. Vielmehr sollte im Falle der Beibehaltung der EFS eine Modifizierung dahingehend erfolgen, dass

- EFS nur bei Zahlungsunwilligen vollstreckt wird;
- bei Nichtzahlung einer Geldstrafe demgemäß eine Prüfung und Anhörung vorgeschaltet wird, bei der es darum geht zu eruieren, weshalb der Betroffene nicht zahlt (Zahlungsunfähigkeit vs. Zahlungsunwillen);
- Unterstützung der Betroffenen durch die Gerichtshilfe gewährleistet sein soll.

Im Einzelnen:

II.

Mit der EFS einher geht in der Regel eine Diskriminierung von einkommens- und vermögensschwachen Menschen, die häufig am Existenzminimum leben. Ausweislich verschiedener Erhebungen⁵ sind vor allem vier Gruppen unter den eine EFS verbüßenden Personen auszumachen: persistent Straffällige mit Suchtproblematik; wenig auffällige Erstinhaftierte; Täter:innen mit Eigentumsdelikten und Suchtproblematik; wiederholt ohne (gültigen) Fahrschein Fahrende.⁶

Auch insofern wäre es umso dringlicher, mindestens (siehe den generellen Appell ad A.) jene Form der Beförderungerschleichung endlich zu entkriminalisieren (und zwar ersatzlos und nicht in Form einer Abstufung zu „nur“ einer OWi).

Auch wenn in der vergangenen Legislaturperiode die Entkriminalisierung der Beförderungerschleichung abgelehnt wurde,⁷ soll hierfür noch einmal eingetreten werden.

⁵ Instruktiv zu dem Thema EFS insbesondere die Publikationen von *Bögelein*. Bezeichnenderweise wird an keiner Stelle in dem RefE auf Publikationen von *Bögelein* Bezug genommen, die sich intensiv wissenschaftlich dem Bereich widmet, hierzu forscht und veröffentlicht.

⁶ *Bögelein*, BAG-S Informationsdienst Straffälligenhilfe 2021, 19, mwN.

⁷ Vorgegangen war der Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/1115); sodann ein Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/1690); die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz finden sich in der BT-Drs. 19/26271. Der Rechtsausschuss empfahl dem Bundestag, beide Entwürfe abzulehnen, was dann auch erfolgte.

Die Fraktion Die Linke hat am 16.06.2022 einen – zu der Initiative aus dem Jahre 2018 wortgleichen⁸ – Gesetzentwurf zur „Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein“ in den Bundestag eingebracht.⁹

Das Problem der Kriminalisierung zeigt sich in der Praxis deutlich auch in Zusammenhang mit den EFS. Letztlich wird mit der Pönalisierung der Beförderungserschleichung in Form der Nutzung des ÖPNV in der Praxis eine Bestrafung von Armen vorgenommen;¹⁰ die Automatismen – Reaktion mit Geldstrafe, bei Nicht-Zahlung EFS, bei wiederholten Verstößen Verurteilung zu Freiheitsstrafen etc. – ändern nichts an dem Grundproblem und einem dringenden Erfordernis, sich dem Problem auch gesellschaftlich zu widmen...

Der DAV appelliert in diesem Zusammenhang daran, die Beförderungserschleichung in Form des Fahrens ohne Fahrschein zu entkriminalisieren. Schon damit wäre zu erwarten, dass sich die Zahlen der eine EFS absitzenden Personen drastisch reduzieren¹¹ und damit die mit der Vollstreckung von EFS einhergehenden erheblichen Kosten ebenfalls eingedämmt werden könnten.

Während ein Gericht – worauf auch durchaus in dem RefE hingewiesen wird¹² – bei einer Verurteilung zu einer Geldstrafe gerade (noch) keine Notwendigkeit gesehen hat, mit Freiheitsentzug zu reagieren, läuft es bei vermögensschwachen Verurteilten – teilweise *sehenden Auges*, teilweise trotz entsprechender Appelle der Verteidiger:innen – auf eben diesen hinaus, wenn die Verurteilten die Geldstrafe nicht begleichen können; und dies, obwohl auch gerade *kurze* Freiheitsstrafen – vgl. das Postulat der Unerlässlichkeit i.S.d. § 47 StGB – zurückgedrängt werden sollen. Insofern erfolgt die härtere Sanktionierung aufgrund von Mittellosigkeit, was Fragen der Strafgerechtigkeit aufwirft.¹³

⁸ BT-Drs. 19/1115.

⁹ BT-Drs. 20/2081.

¹⁰ Dass insofern Menschen, denen monatlich ein Betrag jenseits gewisser Gehaltsgrenzen zur Verfügung steht und die am Rande des Existenzminimums leben, Geldstrafen umso härter treffen, dürfte sich selbst erklären. Hier wäre wünschenswert, wenn sich dies auch auswirken würde bei der ausgeworfenen Tagessatzhöhe (ein Betrag nahe am Mindestsatz gem. § 40 Abs. 2 StGB, 1 €, wäre erwägenswert. Vgl. in dem Zusammenhang das schwedische „Einbußprinzip“, nach dem nur das für den Verurteilten Entbehrliche und somit die für den Konsum freien Mittel durch die Geldstrafe abgeschöpft werden, *Bögelein/Wilde/Holmgren*, MschKrim 2022, 102, 107, mwN.

¹¹ *Bögelein*, NK 2022, 205, 208, nennt Zahlen von 2019: 1.403 vollstreckte Freiheitsstrafen, die wegfielen (739 FS ohne Bewährung zzgl. Bewährungswiderrufe) sowie 6.300 EFS.

¹² RefE, S. 10.

¹³ *Bögelein/Wilde/Holmgren*, MschKrim 2022, 102, 103; vgl. auch *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, MschrKrim 2019, 282, 283: hier würden „sich einige Besonderheiten der Geldstrafe ins Gegenteil verkehren“.

Dabei sollte besonders zu denken geben, dass ausweislich von wissenschaftlicher Forschung in den meisten Fällen *nicht* Unwille, sondern *Unvermögen* der Betroffenen der Grund für nicht wahrgenommene Möglichkeiten zur Zahlung oder auch der Erbringung von Ersatzleistungen ist; umso kritischer ist in dem Zusammenhang dann zu sehen, wenn bei der Argumentation zu dem vermeintlichen Erfordernis von EFS Mittellosen *unterstellt* wird, sie wären unwillig zu zahlen, weshalb es der EFS bedürfe.

Bögelein et al. haben darüber hinaus betont, dass eine enge Kommunikation der betroffenen Institutionen und ein standardisierter Ablauf bei der Fallbearbeitung zentrale Elemente für eine möglichst effektive Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen darstellen.¹⁴ Hintergrund ist nicht selten, dass multiple psychosoziale Belastungen, eine häufig zu beobachtende prekäre, desolante Lage der Betroffenen¹⁵ deren aktive Teilnahme an dem Vollstreckungsprozess verunmöglichen oder jedenfalls erschweren.

Dies ist insofern auch von Bedeutung, als aufgrund der oft multifaktoriellen Belastungen der Betroffenen diese oftmals nicht in der Lage sind, haftvermeidende Möglichkeiten (aktiv) in Angriff zu nehmen oder umzusetzen.

Insbesondere das sog. „Schwitzen statt Sitzen“ setzt eine *Möglichkeit* (psychisch wie physisch) voraus, arbeiten zu *können*, ganz zu schweigen von den regional unterschiedlichen Um-/Anrechnungsmaßstäben. In NRW gilt etwa, dass „zur Tilgung eines Tagessatzes der Geldstrafe fünf Stunden freie Arbeit zu leisten“ seien;¹⁶ die Zahlen variieren in Deutschland von vier Stunden bis sechs Stunden.¹⁷ Im Übrigen hat *Wilde* aufgezeigt, dass die Alternative, durch Arbeit Tagessätze zu verhindern, jedenfalls nicht zu dem proklamierten Ziel eines *Rückganges* der *EFS* geführt hat.¹⁸

Auch in Bezug auf Möglichkeiten der *Vermeidung* von EFS ist „aus kriminologischer Sicht eine Abschaffung oder zumindest eine grundlegende Umstrukturierung des

¹⁴ *Bögelein/Ernst/Neubacher*, BewHi 2014, 282, 288 ff.

¹⁵ Vgl. zu soziodemographischen Daten und individuellen Problemlagen etwa *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, S. 7 ff., sowie die Tabellen im Anhang aaO; zu den multifaktoriellen Belastungen ebenfalls instruktiv und mwN: *KfN*, S. 2 f.

¹⁶ § 7 Abs. 1 der Verordnung über die Tilgung uneinbringlicher Geldstrafen durch freie Arbeit NRW.

¹⁷ Vgl. – mit Stand 2019 – die Ausführungen des Wissenschaftlichen Dienstes, WD 7 - 3000 - 171/19, S. 6 f.; vgl. auch *Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, Abschlussbericht, S. 65 (ebenfalls mit Stand 2019). Der Bericht der BL-AG ist – soweit ersichtlich – nach wie vor nur über folgende Homepage frei zugänglich: <https://fragdenstaat.de/dokumente/142049-jumiko-blag-ersatzfreiheitsstrafen/>

¹⁸ *Wilde*, Armut und Strafe, 2016, S. 231 ff.

Systems Ersatzfreiheitsstrafe angezeigt (...) und jedem momentan aktiven Modell für die Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen vorzuziehen (...).“¹⁹

Auf das Zwischenschalten von freien Trägern, ambulanter sozialer Dienste, der Gerichtshilfe – und damit eine Kommunikation – wird auch in dem RefE hingewiesen.²⁰ Bei unmittelbar drohender Vollstreckung einer EFS wäre es aus Sicht des DAV – über notwendige Unterstützungsmaßnahmen und Hilfsangebote hinaus – angezeigt, eine richterliche Anhörung zwischenzuschalten, bevor Freiheitsentzug folgt; umso dringender angezeigt wäre dies im Falle von drohender EFS bei durch Strafbefehl und mithin ohne jegliche Anhörung verhängten Geldstrafen.²¹

Mit seinem Vorschlag einer Differenzierung zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsunwillen betritt der DAV kein unbekanntes Terrain: (auch) In diesem Zusammenhang – was den Unwillen vs. das Unvermögen betrifft – lohnt ein *rechtsvergleichender* Blick, insbesondere was den Vergleich mit dem schwedischen System betrifft²² und sollte näher untersucht werden, um ein entsprechendes System möglichst in Deutschland zu implementieren und um so die Vollstreckung von EFS im besten Falle (wenn man denn an der EFS festhalten wollte) reduzieren zu helfen.²³ In ihrem Aufsatz zeigen *Bögelein et al.* im Einzelnen auf, dass und wie das System in Schweden mit den EFS funktioniert²⁴ – dies gilt es, auf das deutsche System zu spiegeln:

So unterscheidet sich der schwedische Vollstreckungsprozess wesentlich von dem deutschen. Praktisch werde die – mögliche – EFS nicht angewendet (in einer Tabelle wird gezeigt, dass in den Jahren 2010 – 2019 sechs, sieben, zehn, eine, zwei, vier, vier, elf, acht, dreizehn EFS erfolgten).

¹⁹ KfN, Wissenschaftliche Stellungnahme zum Thema „Ersatzfreiheitsstrafen“ (Vorlage 17/1849 und Vorlage 17/1401; Anhörung des Rechtsausschusses am 6. November 2019), Landtag NRW, SN 17/1976, S.5; dies gilt u. a. mit Blick auf die Problematik, dass angesichts der regelmäßig eher kürzeren Dauer der Verbüßung keine Behandlung, Therapie o. ä. stattfindet (sondern lediglich Verwahrung; in dem ein oder anderen Fall ggfs. als lebenserhaltende Maßnahme) und insofern der „Nutzen“ auch in rückfallprophylaktischer Sicht bedenklich erscheint, vgl. aaO, S. 6, mwN.

²⁰ RefE, S. 12.

²¹ Zu der „fatalen Kombination aus EFS und Strafbefehl“ vgl. *Blessing/Loyola Daiqui*, VerfBlog, 2022/1/24, <https://verfassungsblog.de/ohne-anhorung-ins-gefangnis/>

²² Aktuell und instruktiv hierzu: *Bögelein/Wilde/Holmgren*, MschrKrim 2022, 102 ff.

²³ Den Blick nach Schweden wirft bereits *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich, 2022, S. 205, der die dortige Lage und die Vorteile gegenüber dem deutschen System treffend zusammenfasst.

²⁴ Hierzu insbesondere *Bögelein/Wilde/Holmgren*, aaO, S. 108 ff.

Wenn das Urteil rechtskräftig werde, werde die Strafe aktiv eingetrieben (Zahlungserinnerung, bei Nichtzahlung dann Übergabe an das zuständige „Amt für Beitreibung“, Kronofogden²⁵). Die Vollstreckung läuft dann über das Amt. Im Falle einer Nichtzahlung tritt eigentlich auch in Schweden eine EFS ein, wobei das schwedische System festlege: „Der Zweck der Geldstrafe besteht nicht darin, alle Geldstrafen, die nach der Rückforderung nicht gezahlt werden, in eine Freiheitsstrafe umzuwandeln.“ Vielmehr werde danach unterschieden, ob Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit bestehe. Nur Zahlungsunfähigkeit könne zu einer Aussetzung der Vollstreckung führen. Spätestens jedes zweite Jahr werde die Lage / Situation der Person überprüft. Eine Verjährung der Geldstrafe trete ein, wenn die Person fünf Jahre nicht habe zahlen können.

Die – im Falle einer Streichung von EFS durchaus ernst zu nehmende – Sorge, dass eine solche Regelung dazu führen könnte, dass schneller und häufiger kurze Freiheitsstrafen verhängt werden, scheint für Schweden nicht zu gelten.²⁶

Im Falle von Zahlungsunwilligkeit werde der Fall an die Staatsanwaltschaft abgegeben, die den Fall bewerte und eine Abwandlung bei Gericht beantragen könne. Hier folge dann eine Anhörung des Betroffenen, bevor das Gericht entscheide und eine EFS von 14 Tagen bis zu drei Monaten festsetze.²⁷

Am Rande bemerkt sei, dass in Schweden nicht die Möglichkeit vorgesehen ist, durch (gemeinnützige/freie) Arbeit die Geldstrafe abzarbeiten,²⁸ was bei der schwedischen Differenzierung von Zahlungsunfähigkeit vs. -unwilligkeit und dem Vollzug einer EFS ausschließlich im Falle der Weigerung bei gleichzeitiger Zahlungsfähigkeit nicht Wunder nimmt und es keiner solchen Alternative bedarf.

Diese Regelungen könnten als Beispiel dienen auch für eine Abänderung und Umstrukturierung des deutschen Systems und sollten *ernsthaft* diskutiert werden. Mit Blick auf die regelmäßig vulnerablen Personen, die aufgrund von tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit Geldstrafen nicht begleichen und auch nicht durch Arbeit tilgen können, sollte – „zugunsten der *zugrunde* liegenden sozialen Probleme“²⁹ – auf deren

²⁵ Hierbei handele es sich um eine staatliche Behörde, die sowohl private als auch staatliche Schulden vollstrecke. Die *Autoren* merken an, dass durch die Zuständigkeit der StA in Deutschland – konkret der Rechtspfleger:innen – erhebliche Ressourcen gebunden würden.

²⁶ AaO, S. 109: „Rechtlich darf dies nicht dazu führen, dass Richter:innen eher eine kurze Freiheitsstrafe verhängen, wenn sie von der Zahlungsunfähigkeit bereits bei der Verhandlung wissen.“ Ausschließlich die Schwere der Tat und in seltenen Fällen die Wiederholung dürfe zu Freiheitsstrafen statt Geldstrafen führen.

²⁷ Für die Fälle der Zahlungsunwilligkeit – nicht diejenigen der Zahlungsunfähigkeit – wurden ab dem 01.01.2021 Verschärfungen implementiert, vgl. aaO, S. 110.

²⁸ *Bögelein/Wilde/Holmgren*, MschrKrim 2022, 102, 110.

²⁹ *Feest* in: ders. (Hrsg.), *Definitionsmacht, Renitenz und Abolitionismus*, 2020, S. 323, 327. (Hervorhebungen

Vollstreckung verzichtet werden, „statt nach einem anderen Freiheitsreservoir Ausschau zu halten, das nunmehr strafend berücksichtigt werden könnte.“³⁰ Die oben bereits angesprochene, aus Sicht des DAV erforderliche, Anhörung, mithin vor einem drohenden Freiheitsentzug mittels EFS jedenfalls eine richterliche Anhörung zwischenschalten – mithilfe derer zum einen die Möglichkeit gegeben würde, sich als Betroffene:r zu erklären, warum man nicht gezahlt hat und ggfs. nicht zahlen konnte (Unfähigkeit vs. Unwillen), zum anderen aber der Ernst der Lage verdeutlicht werden kann (und muss), was im Rahmen einer Hauptverhandlung regelmäßig nicht erfolgt war (geschweige denn bei Strafbefehlen kommuniziert würde) –, sollte implementiert werden.

Die Vollstreckung einer EFS *muss* ultima ratio sein. Insbesondere mit Blick darauf, dass in der Hochzeit der Pandemie die Vollstreckung von EFS teilweise ausgesetzt wurde, wäre eine Evaluation erhellend, ob/welche Auswirkungen die Aussetzung, der Verzicht auf die Vollstreckung zeitigt.³¹

Studien zufolge scheint es – was insbesondere die schwedische Regelung betrifft – nicht etwa so zu sein, dass ein Vollstreckungsverzicht im Falle von *Zahlungsunfähigkeit* nennenswerte Auswirkungen auf die *Zahlungsbereitschaft* zahlungsfähiger Verurteilter habe.³²

Insofern drängt sich umso mehr die Frage auf, ob die in dem RefE formulierte Sorge, „dass die Zahl derer, die die Geldstrafe begleichen können, aber nicht wollen, deutlich wachse“,³³ *wissenschaftlich* und *empirisch* überhaupt haltbar ist und ob dies eine Rechtfertigung von EFS zulasten von Zahlungsunfähigen darstellen kann. Über diese apodiktische Sorge hinaus bleibt der Entwurf eine wissenschaftliche Begründung schuldig und setzt sich mit den gegenläufigen Erkenntnissen, etwa aus Schweden, nicht auseinander.

nicht im Original), der *Feest*, der dies ebenfalls mit dem Appell verknüpft, „endlich ernst [zu] machen mit einer gründlichen Entkriminalisierung.“ Einen Verzicht auf die Vollstreckung einer EFS aufgrund von finanziellen und persönlichen Hindernissen für „durchaus vertretbar“ halten ebenfalls *KfN*, S. 10.

³⁰ *Weßlau*, StV 1999, 272,

³¹ Zur Problematik des bloßen Aufschiebens der Vollstreckung von EFS in Pandemiezeiten und dem damit verbundenen Schwebezustand vgl. *Bögelein*, NK 2022, 202, 209 ff.

³² *Von Hofer*, Imprisonment for non-payment of fines in Sweden, in: Council of Europe (Hrsg.), *Crime policy in Europe: Good practices and promising examples*, 2006, S. 119 ff.

³³ RefE, S. 10.

Möglicherweise gilt hier das, was *Hassemer* bereits vermutete: „Es könnte sich bei einer Aufhebung dieser Strafart herausstellen, dass die Geldstrafenregelung dennoch funktionsfähig bleibt (etwa deshalb weil die meisten Verurteilten die Geldstrafe nicht aus Furcht vor der EFS, sondern aus anderen Gründen zahlen).“³⁴

Dass also „[o]hne Ersatzfreiheitsstrafe ‚als Rückgrat der Geldstrafe‘ bzw. ‚leidvolle Notwendigkeit‘ (...) das Strafrecht letztlich ein ‚zahnloser Tiger‘ [bliebe], welches seinen Zweck, Rechtsgüterschutz effektiv auch in den Fällen der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe zu gewährleisten, nicht erreichen könnte“,³⁵ scheint angesichts vieler Ungerechtigkeiten der Anwendungspraxis und einer insgesamt mangelhaften Einpassung in das Strafsystem zweifelhaft.³⁶

Wenn in der Begründung in dem RefE unter Verweis auf das vermeintliche Erfordernis der Sicherung der repressiven und präventiven Wirksamkeit der Geldstrafen auf die eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe und deren Abschlussbericht Bezug genommen wird,³⁷ sei an dieser Stelle bezogen auf die dort vorzufindende Rezeption empirischer Arbeiten kritisch angemerkt, dass sich diese auf solche der kriminologischen Dienste beschränkt und selbst von *Justizministerien* in Auftrag gegebene Forschungsarbeiten – so etwa die von Mecklenburg-Vorpommern³⁸ und NRW³⁹ und in Auftrag gegebenen – oder weitergehende empirische Forschung⁴⁰ weder erwähnt noch berücksichtigt werden, wodurch wichtige Erkenntnisquellen ausgeblendet wurden; dass auch dort (wie hier, in dem RefE) die wissenschaftliche Forschung von *Bögelein* keine Erwähnung findet, sei am Rande – mit Befremden – erwähnt.

³⁴ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S.

³⁵ So aber *Rebmann* in seinen Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 03.04.2019 zur BT-Drs. 19/1689 (dort S. 4 f.) sowie des Rechtsausschusses des Landtages von Nordrhein-Westfalen am 06.11.2019, SN 17/1971 (dort S. 34), jeweils mwN.

³⁶ *Fischer*, StGB, 69. Aufl., 2022, § 43 Rn. 2.

³⁷ RefE, S. 9.

³⁸ *Dünkel/Scheel*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit: das Projekt „Ausweg“ in Mecklenburg-Vorpommern: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, 2006.

³⁹ *Bögelein/Ernst/Neubacher*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen: Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen, 2014.

⁴⁰ In chronologisch aufsteigender Reihenfolge seien beispielhaft genannt: *Jehle/Feuerhelm/Block* (Hrsg.), Gemeinnützige Arbeit statt Ersatzfreiheitsstrafe: Forschungskolloquium zu einer bundesweiten Untersuchung, 1990; *Kähler*, Tilgung uneinbringlicher Geldstrafen durch gemeinnützige Arbeit, 2002; *Dubielsczyk*, Prävalenz psychischer Störungen bei Ersatzfreiheitsstrafen, 2002; *Müller-Foti et al.*, International Journal of Prisoner Health 2007, 87 ff.; *Kawamura-Reindl/Reindl*, Gemeinnützige Arbeit statt Strafe, 2010; *Cornel*, Abschlussbericht zur wissenschaftlichen Begleitung des Projekts ISI – Integration statt Inhaftierung der Straffälligen- und Bewährungshilfe, 2010; *Dünkel*, Forum Strafvollzug 2011, 143 ff.; *Bögelein/Ernst/Neubacher*, BewHi 2014, 282 ff.

III.

Aus Sicht des DAV ist es daher ein dringendes Anliegen, die Vollstreckung von EFS maßgeblich zu reduzieren, was in erster Linie durch eine Abschaffung gelingen könnte, jedenfalls aber

- zum einen durch eine Entkriminalisierung einschlägig bei Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen in Rede stehender Delikte,
- zum anderen durch eine Umstrukturierung des EFS-Systems im Sinne der schwedischen Regelung.

C. Erweiterung des Kataloges der menschenverachtenden Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB

Der DAV anerkennt die dem RefE zugrunde liegende Motivation, geschlechtsspezifische und gegen die sexuelle Orientierung gerichtete Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB explizit aufzunehmen, hält aber an seiner – bereits in Zusammenhang mit der Aufnahme der *rassistischen* (SN 44/14, S. 7 ff.) und *antisemitischen* (SN 6/20, S. 6 f.) Beweggründen formulierten – Auffassung und Haltung fest, dass in den „menschenverachtenden“ Motiven bereits geschlechtsspezifische und gegen die sexuelle Orientierung gerichtete Beweggründe umfasst sind und ein Erweiterungsbedarf auf eine weitere Unterform der Menschenverachtung nicht besteht und hiervon abgesehen werden sollte.⁴¹

Das StGB ist nicht der geeignete Ort für das durchaus dringende Erfordernis einer *gesellschaftlichen* Sensibilisierung, geschlechtsbezogenen (mysogynen/misandrischen) Haltungen, oder sich auf die sexuelle Orientierung bezogenen Diskriminierungen Herr zu werden und diesen Einhalt zu gebieten.

Das, was der DAV zuletzt noch einmal bei der ausdrücklichen Aufnahme der antisemitischen Beweggründe in den Katalog des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB problematisiert hat, ist eingetreten und wird auch bei einer neuerlichen Erweiterung explizit genannter menschenverachtender Motive zu besorgen sein: dass die exemplarische Benennung bestimmter (strafschärfender) Motive „absehbar den Auftakt zu einem wachsenden

⁴¹ Instrukтив und mit insbesondere methodologischen Bedenken *Gerson*, KriPoZ 2020, 22 ff.

Enumerativkatalog in § 46 StGB bilden“ werde: „Denn auch andere gesellschaftliche Gruppen, deren Mitglieder aufgrund ihrer Zugehörigkeit Angriffen ausgesetzt sind, werden für diese perspektivisch das in der expliziten Benennung in § 46 StGB besondere Unwerturteil für solche Angriffe einfordern. Zu befürchten ist ein wachsender Katalog, der unbeabsichtigt dazu führen könnte, dass ‚Hatecrimes‘ gegen dort nicht aufgeführte Gruppen analog dem Umgang mit unbenannten Regelbeispielen eher in den Hintergrund geraten, was der Intention der Entwurfsverfasser zuwiderlaufen dürfte.“⁴² Zutreffend wurde auch an anderer Stelle problematisiert, dass konsequenterweise dann eigentlich mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG „auch andere ‚Feindlichkeiten‘ implementiert werden [müssten]“, was aber „schlicht unnötig“ sei, da „diese Formen der Diskriminierung unter ‚sonstige menschenverachtende Beweggründe‘ fallen.“⁴³

Auch auf ein in Zusammenhang mit den Diskussionen um die explizite Aufnahme von rassistischen Motiven seitens des DAV aufgeworfenes Problem kann hier herangezogen und gespiegelt werden: *„dass Missstände und Herausforderungen auf dem Gebiet der Bekämpfung von Mysogonie, vorurteilsbasierten Beweggründen in Bezug auf Geschlecht, sexueller Orientierung existieren und „weiterer Anstrengungen und langfristiger Strategien [bedürfen]. Das Notwendige ist [aber] anderswo zu leisten (...).“*⁴⁴

Dies lässt sich auch auf die nun angestrebte Aufnahme spiegeln: das Notwendige ist *gesellschaftlich* zu leisten. Strafrechtlich ist es bereits dergestalt zu leisten (und wird geleistet), dass im Rahmen der Strafzumessung „menschenverachtende“ Motive strafscharfend in Ansatz gebracht werden können. Der DAV *sieht* das in jüngster Zeit – sowohl in Zusammenhang mit rassistisch motivierten Straftaten als auch in Zusammenhang mit geschlechtsspezifischen Motivlagen – diskutierte Problem auch der „Sichtbarkeit“, des Sichtbarmachens, des ausdrücklichen Ansprechens, ob und welche Motivation/Haltung hinter einer Tat gesteckt haben könnte.⁴⁵

⁴² DAV SN 6/20, S. 6 f.

⁴³ Instrukтив Gerson, KriPoZ 2020, 22, 29.

⁴⁴ DAV SN 44/14, S. 9.

⁴⁵ Beispielhaft seien hier die Podcasts „Schwarz Rot Blut“ (WDR) und „Der Schuss von Porz“ (ARD) hervorgehoben.

Es ist aber – nach wie vor – zweifelhaft, dass durch eine weitere Konkretisierung menschenverachtender Beweggründe etwas für die Strafzumessung gewonnen wäre, da menschenverachtende Motive bereits nach geltendem Recht in der richterlichen Würdigung – strafschärfend – in Ansatz zu bringen sind. Änderungen der Strafzumessungspraxis und Rechtsprechung sind aus Sicht des DAV im Falle einer Erweiterung nicht zu erwarten.

Ganz zu schweigen davon, dass mit den in dem RefE angesprochenen und behaupteten „Defiziten“, die „in der Rechtspraxis bei der *angemessenen* Ahndung von solchen Taten“ erkennbar seien,⁴⁶ der Eindruck erweckt wird, als solle auf dem Weg über die Erweiterung des Enumerativkataloges Einfluss auf die dem Tatgericht obliegende Strafzumessung genommen werden.

Wenn in jenem Zusammenhang moniert wird, dass „insbesondere im Bereich des Sexualstrafrechts“ jene vermeintlichen Defizite vorherrschen würden, indem die „höchstrichterliche Rechtsprechung (...) den Umstand, dass der Täter bei einer Sexualstraftat mit dem Opfer zur Tatzeit oder zeitnah davor eine Intimbeziehung pflegte, bislang in der Regel nicht nur strafschärfend, sondern häufig sogar strafmildernd“ berücksichtigt würden,⁴⁷ taugt dies nicht als Argument für eine Erweiterung des Kataloges des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB, da aus dem Umstand einer (vorherigen) Beziehung nicht automatisch geschlechtsbezogene (und ausgehend von der Logik: menschenverachtende, mithin aufgrund des Geschlechts die Wertigkeit, Existenzberechtigung oder die gesellschaftliche Partizipation teilweise oder vollkommen absprechende und damit Rechtsgutverletzungen gerade in Hinblick auf diese Einstellung legitimierende) Beweggründe hergeleitet werden können. Gerade in motivatorischer Hinsicht spielen Ambivalenzen und (Situations-)Verkennungen und der Abbau von Hemmschwellen eine große Rolle; ein Automatismus kann weder in die eine (strafschärfende) noch andere (strafmildernde) Richtung unterstellt werden und muss gerade nicht gleichbedeutend mit dem Merkmal des „Geschlechtsbezogenen“ sein und ist *individuell*, bezogen auf den *konkreten* Einzelfall, von dem Tatgericht zu werten.

Fraglich erscheint im Übrigen, ob eine Erweiterung zielführend im Sinne des Vorhabens wäre angesichts zu erwartender definitorischer, aber insbesondere auch strafprozessualer/beweisrechtlicher Hürden und der letztlich subjektiv zu beurteilenden

⁴⁶ RefE, S. 14, Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁷ AaO, mwN aus der Rspr.

– und zu klärenden! – Frage der Motivlage auf Täterseite und eher viktimologischen Aspekte und der damit einhergehenden Perspektive (und ggfs. auch Erwartungshaltung) auf (individueller? „stellvertretender“, mithin gruppenzugehöriger?) Opferseite.

Eine weitere Zweckentfremdung des Strafrechtes zugunsten eines dann gleichsam symbolisch anmutenden Aktionismus sollte dringend vermieden werden.

In Zusammenhang mit den rassistischen Motiven hatte der DAV gefordert, dass statt einer expliziten Aufnahme in den § 46 Abs. 2 StGB prioritär – u. a. – eine „Überprüfung des polizeilichen Definitionssystems Politisch motivierte Kriminalität (PMK) und des Kriminalpolizeilichen Meldedienstes-Politisch motivierte Kriminalität (KPMD-PMK)“ wäre; im damaligen Diskurs hatte der DAV ferner Änderungen in Nr. 15 RiStBV in der Hinsicht angeregt, dass unter der Maßgabe, dass die Ermittlungsbehörden danach verpflichtet sind, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat – und damit auch die Merkmale des § 46 Abs. 2 StGB – bedeutsamen Umstände aufzuklären, hier, also in Nr. 15 Abs. 5 RiStBV (und nicht im Allgemeinen Teil des StGB, in § 46 Abs. 2 StGB) als weiteres Regelbeispiel für zu ermittelnde oder die Ermittlungen hierauf erstreckende Tatumstände – neben den rassistischen, fremdenfeindlichen und sonstigen menschenverachtenden Umständen – aufgeführt werden könnten.

Damit könnte (eher) eine Sensibilisierung einhergehen, dass (schon) im Rahmen der Ermittlungen ein Augenmerk auf menschenverachtende Motive gelegt wird und ein Signal an die Ermittler:innen hiermit verbunden ist. Insbesondere Fragen rund um die PKS und den KPMD-PMK hat auch eine (soweit ersichtlich noch nicht abgeschlossene) Bund-Länder-Arbeitsgruppe thematisiert.⁴⁸

D. Therapieweisungen

Mit Bedenken begegnet der DAV der Einführung einer Therapieweisung, wie sie ausweislich des RefE nun in § 56c Abs. 2 Nr. 6 StGB, § 59a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 StGB und

⁴⁸ Vgl. hierzu *LKA BW* (Hrsg.), Erster Sachstandsbericht der Bund Länder Arbeitsgruppe „Bekämpfung geschlechtsspezifischer gegen Frauen gerichteten Straftaten“, 2021.

§ 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 StPO implementiert werden soll („sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen“), zumindest in der vorgesehenen Ausgestaltung. Der rückfallmindernde Effekt ambulanter Maßnahmen und vor allem auch die Unterstützung der Betroffenen und Minderung eines etwaigen Leidensdruckes und haftvermeidende Alternativen sind wichtige Aspekte. Bedenken bestehen aber hinsichtlich der Möglichkeit, solche Weisungen *gegen den Willen* aufzuerlegen:

Zum einen ist eine *intrinsisch* motivierte und freiwillige Behandlung regelmäßig erfolgversprechender und zielführender als eine auferlegte, unfreiwillige, so dass eine ohne Zustimmung auferlegte Weisung Bedenken begegnet.

Zum anderen gilt grds. psychowissenschaftlich und in der Praxis das Postulat der *Selbstbestimmung* der – jedenfalls *einwilligungsfähigen* – Betroffenen; *Zwangsbehandlungen*, worunter nicht nur mit körperlichem Eingriff verbundene Therapiemaßnahmen verstanden werden können, erscheinen mit dem Grundrechtsschutz kaum vereinbar.

Zum weiteren ist insbesondere für die praktische Umsetzung zu bedenken, dass sich bei den nach dem Willen des RefE zu ändernden Vorschriften insbesondere im Vergleich zu § 246a Abs. 2 StPO ein entscheidender Unterschied dadurch zeitigt, dass dort das Gericht *sachverständig* beraten ist, dies aber in den hier in Rede stehenden Fällen nicht (zwingend) der Fall ist. Damit können sich aber Folgeprobleme ergeben, die insbesondere mit einer Indikation und einer Diagnose zusammenhängen: wenn ein Gericht (oder im Falle des § 153a Abs. 1 StPO schon die StA) eine solche – wie gesagt: mit Grundrechtseingriffen verbundene – Therapieweisung anordnet, drängt sich die Frage auf, auf welcher (zutreffenden) Beurteilungsgrundlage eine solche Entscheidung getroffen wird und werden kann – und durch das Gericht/StA festgestellt ist, dass der Betroffene einer entsprechenden Hilfe bedarf; nur dann dürfte eine derartige Weisung erteilt werden.⁴⁹ Liegt keine Indikation vor und können Indikation und Diagnose für eine Behandlung (bei einem Erstgespräch) nicht festgestellt werden, wird eine Kostenübernahme kaum erfolgen und kann von dem Betroffenen nicht abverlangt

⁴⁹ AnwK-StGB-Trüg, 2. Aufl., 2020, § 56c Rn. 1.

werden, dass er etwa die Kosten selbst trägt. Voraussetzung für eine – erst Recht: sinnhafte – Therapieweisung wäre jedenfalls, dass eine Indikation festgestellt ist.

Aus Beschränkungsgründen nur angerissen werden soll an dieser Stelle, dass es sich ggfs. auch lohnen würde, sich – fernab von den hier in Rede stehenden Vorschriften – mit dem schweizerischen System ambulanter Maßnahmen zu beschäftigen,⁵⁰ bei deren Anordnung, soweit ersichtlich, ein Sachverständiger hinzuzuziehen ist.

E. Reform des § 64 StGB

Der kontinuierliche Anstieg der Unterbringungszahlen stellt ein unbestreitbar großes Problem auf verschiedenen Ebenen dar; vorangestellt sei den folgenden Ausführungen zu dem Reformvorhaben des § 64 StGB aber zunächst die im Vordergrund stehende Sorge des DAV, dass im Ergebnis dringend vermieden werden muss, kranken Menschen potentiell hilfreiche Therapiemaßnahmen vorzuenthalten.⁵¹ In der von den Zahlen und – tatsächlich ein großes Problem darstellenden – Kapazitätsproblemen geprägten Diskussion droht, das eigentliche Anliegen der Unterbringung zu sehr aus dem Blick zu geraten:

Tatsächliche (oder vermeintliche) Probleme können nicht allein durch zahlenmäßige Reduzierungen angegangen werden – und die Vergangenheit hat eindrücklich gezeigt, dass bisherige, von eben diesem Ziel einer Reduzierung getragene Reformvorhaben im Ergebnis *nicht* zu einer Lösung des Kapazitätsproblems geführt haben, sondern ein weiterer Anstieg zu verzeichnen ist. Ob also mit einer neuerlichen Reform das Kapazitätsproblem gelöst wird, ist offen.

Es kann nicht in Kauf genommen werden, dass Suchtkranke und Behandlungsbedürftige gar nicht erst behandelt und/oder unbehandelt entlassen werden. Diese fallen gesellschaftlich durch alle Raster und verfügen gerade nicht über Auffangnetze mit der Gefahr eines Teufelskreises, der Entlassung aus der Haft mit

⁵⁰ Instruktiv hierzu Höfer *et al.* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 137 ff., zu den Voraussetzungen insbesondere S. 139 – 141.

⁵¹ Steinert/Traub/Weitz in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 84, 99.

Fortbestand einer – unbehandelten – Suchtproblematik und einem damit verbundenen und drohenden Drehtüreffekt.

Das mit Zahlen und Behauptungen über taktierendes Erklärungsverhalten in Verhandlungen (Behaupten oder Aufbausuchen eines Suchtproblems) betriebene Reformvorhaben birgt die Gefahr, dass diejenigen, die Hilfe benötigen und haben wollen, aus dem Radar geraten (was dann eigentlich auch kontraproduktiv zu dem Ziel sein dürfte, eine Gesellschaft vor Kriminalität zu schützen, wenn der mit Sucht/Kriminalität verbundene Teufelskreislauf nicht durchbrochen wird).

Wenn man den Sinn und das Ziel der Unterbringung nach § 64 darin erblickt, ausschließlich der Verhütung weiterer, zukünftiger Taten zu dienen und einen explizit präventiven Charakter annimmt, muss man sich die Frage stellen, ob und wie man diesen Anforderungen gerecht werden kann (und ob die Änderungen in dem RefE hierzu taugen).

Der DAV sieht ferner die mit dem Wandel auch der Zielgruppe entstandenen Probleme iRd Behandlung (Heterogenität der zu behandelnden Klientel bei darüber hinaus festzustellender Komorbidität und unterschiedlicher Therapierbarkeit; noch nicht genügende Erprobung der Behandlungsweisen; unterschiedliche Ansprechbarkeiten verschiedener Suchterkrankungen und unterschiedliche Behandlungskonzepte).

Aus Sicht des DAV würde angesichts der *generell* festzustellenden *intramuralen* Probleme der Kapazitäten, Personalmangels (sowohl quantitativ als auch qualitativ) erforderlich sein, über den Maßregelvollzug des § 64 StGB hinaus auch den Regelvollzug und den Maßregelvollzug des § 63 StGB in den Blick zu nehmen, um den Problemen ganzheitlicher Herr zu werden, ohne dass dies auf dem Rücken der eigentlich Betroffenen geschieht.

Alternativ wären hier auch andere, ganzheitlichere Lösungsansätze zu diskutieren,⁵² vornehmlich folgende Überlegungen:

⁵² Einen radikalen Vorschlag unterbreiten *Feißt/Lewe/Kammeier*, Positionspapier Plädoyer für eine Transformation der Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB, 2022, denen letztlich eine Abschaffung der §§ 20, 21, 63, 64 StGB vorschwebt, die aber die mit dem MRV einhergehenden Kernprobleme gut auf den Punkt bringen und den Blick nicht auf § 64 StGB beschränken.

- Im *Strafvollzug* findet aus Sicht des DAV kaum Behandlung statt, obwohl sich dort eine Vielzahl – nach Schätzungen mindestens ein Drittel⁵³ – alkohol- und/oder suchtmittelabhängiger Gefangener befindet. Mangels (überhaupt, ausreichender, qualitativ guter, personell sichergestellter) Behandlungsangebote kann dem Resozialisierungsziel in behandlerischer Hinsicht kaum Rechnung getragen werden. Insofern werden Inhaftierte mit Suchtproblematik nicht „aufgefangen“; es droht eine Entlassung ohne Behandlung des Suchtproblems; insofern wäre auch der Blick auf den Strafvollzug *dringend* angezeigt, um fernab des MRV Behandlung – wenn auch auf niederschwelligerer Ebene als im MRV – sicherzustellen und in materieller sowie personeller Hinsicht Ressourcen zur Verfügung zu stellen;⁵⁴ dies ist umso dringender zu fordern, als die groß angelegte Studie von *Schalast* eine signifikant bessere Legalbewährung und Abstinenz bei Patienten im MRV im Vergleich zu der Kontrollgruppe in Haft – die „die dort übliche Therapie, d. h. in der Regel keine“⁵⁵ erhalten haben – dokumentiert⁵⁶ und insofern auf dieser Ebene des Strafvollzuges Handlungsbedarf zu sehen ist;
- Eine Implementierung einer „probatorischen“ Phase wäre eine Überlegung wert, da immer wieder und zu Recht problematisiert wird, dass die Behandlungs*prognose* in der *Begutachtung* und *Hauptverhandlung* auf einer kaum belastbaren Grundlage festgestellt werden kann. Fehlzusweisungen können die Folge sein und sind die Folge; alle Versuche, diesem Problem Herr zu werden, haben sich in der Vergangenheit als unwirksam erwiesen.⁵⁷ Eine *mit Einwilligung* des Betroffenen unternommene Behandlungserprobung (Motivationsbehandlung im Strafvollzug oder Behandlungserprobung im MRV) könnte zunächst vorgeschaltet werden, bevor endgültig über eine Unterbringung entschieden würde.⁵⁸ Für eine solche Änderung bedürfte es einer zuvorigen eingehenden Prüfung bzgl. der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit,⁵⁹ könnte aber insbesondere die Perspektiven und Prognostizierbarkeit verbessern und zu einer Entlastung beitragen. Bei gleichzeitiger Verbesserung der

⁵³ *Schalast*, FPPK 2013, 105 xxx.

⁵⁴ Ähnlich *Steinert/Traub/Weitz* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 84, 99 f.; vgl. auch *dgppn*, Positionspapier vom 24.02.2021, S. 7: Verbesserung des Behandlungsangebotes.

⁵⁵ So die Formulierung von *Steinert/Traub/Weitz* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 84, 93.

⁵⁶ *Schalast* in: *Schalast* (Hrsg.), Straffällige mit Suchtproblemen. Fakten, Erfahrungen und Ergebnisse der Essener Evaluationsstudie, 2019, 29, 89 ff., insbesondere S. 92 ff.

⁵⁷ *Steinert/Traub/Weitz* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 84, 90.

⁵⁸ *Müller/Koller* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 162, 169 ff. Vgl. hierzu auch *Querengässner/Bertold*, KriPoZ 2022, 8, 11 ff., sowie *Querengässner et al.*, NSTZ 2016, 508, 510 f. Im Rahmen der Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt (SothA) findet eine solche Zuweisung über § 9 StVollzG statt.

⁵⁹ Vgl. insofern BVerfGE 91, 1, 29. Zurückhaltend hinsichtlich in diese Richtung weisender Vorschläge *Radtke* in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 57, 81 ff.

Behandlungsangebote im Regelvollzug würde auch denen, bei denen sich dann letztlich keine Eignung für den § 64 herausstellt, geholfen werden können mit ihrer Suchtproblematik.

In dem *dgppn*-Positionspapier ist eine Vorbehaltslösung (für nicht schuldunfähige Täter) angedacht (§ 64 Abs. 2 StGB-E sowie der dortige Abs. 3 StGB-E mit jeweiligen Voraussetzungen),⁶⁰ was zumindest auch diskussionswürdig erscheint.

Im Einzelnen:

I.

Kernstücke der in dem RefE enthaltenen – den Vorschlägen der BL-AG übernommenen – Änderungen sind i.R.d. § 64 StGB

- eine Änderung der Terminologie/Definition (die Anordnungsvoraussetzung des „Hanges“ soll von dem Vorliegen einer näher definierten Substanzkonsumstörung abhängig gemacht werden);
- eine stärkere Hervorhebung des symptomatischen Zusammenhanges;
- eine Änderung des S. 2 dahingehend, dass nicht länger „eine hinreichend konkrete Aussicht“ für den Behandlungserfolg bestehen soll, sondern der Erfolg „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist“;

Was die Vorschrift des § 67d StGB betrifft,

- soll insbesondere die bisherige Möglichkeit der Halbstrafenvergünstigung zugunsten einer 2/3-Regelung abgeschafft werden;
- soll eine Halbstrafenvergünstigung (nur noch) unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB erfolgen können.

II.

Was die angeführten *strategischen* Überlegungen in Zusammenhang mit Langstrafler:innen (und deren Verteidiger:innen) betrifft, sei zum einen betont, dass ausschließlich taktierende Gründe im Ergebnis nicht zielführend sein werden, wenn der Betroffene nicht iRd MRV mitarbeitet und sich nicht compliant zeigt. Dann wird er über kurz oder lang mit einer Rückverlegung in den Regelvollzug rechnen müssen. Darüber hinaus werden Unterbringungen regelmäßig nicht bereits zum Halbstrafenzeitpunkt

⁶⁰ *dgppn*, Positionspapier vom 24.02.2021, S. 5 sowie S. 8.

beendet, „was zumindest erfahrenen Verteidigern bekannt ist“⁶¹ und entsprechend die Beratung erfolgt/erfolgen sollte (und damit eine Vermeidung von Fehlanreizen oder Unterbringungsanordnungen, die sehenden Auges zum Scheitern verurteilt sind). Dass ggfs. früher mit Lockerungen als im restriktiver gehandhabten Regelvollzug zu rechnen sein kann, sollte angesichts des Zieles der Resozialisierung nicht als „sachfremd“ disqualifiziert werden, sind aber ohnehin eine von dem Behandlungsverlauf abhängige und damit eine unsichere Komponente und Beweggrund.

Darüber hinaus sei der Hinweis darauf erlaubt, dass auch aus anderer Perspektive ein Blick lohnt: so kann man in der Praxis immer wieder feststellen, dass mit der Anordnung des § 64 StGB regelmäßig einhergeht, von insbesondere § 21 StGB und der damit verbundenen Milderungsmöglichkeit der Strafe abzusehen; die Begleitstrafen sind in den letzten Jahren merklich angestiegen,⁶² worauf auch in dem RefE hingewiesen wird.⁶³ Interessant wäre hier die Frage, ob – dächte man die Anordnung des § 64 StGB und die Halbstrafenvergünstigung weg – jene Kompensationsmöglichkeit wieder großzügiger angewendet würde. Darüber hinaus wird bei Kurzstrafler:innen insbesondere in Zusammenhang mit Berufungsverhandlungen mit einer Begutachtung „gedroht“, um eine Berufungsrücknahme zu erzielen. Insofern wären auch an anderen Stellen als der Verteidigung und der Betroffenen „sachfremde“ Erwägungen zu beleuchten. Zumindest sprechen *Riedemann/Bertold* in ihrer Bestandsaufnahme an, dass die Zunahme von Langstrafler:innen sowie als voll schuldig beurteilten Patient:innen „dazu geführt hat, dass Patienten heute durchschnittlich länger in Behandlung bleiben, da sie im Schnitt ‚mehr Zeit‘ mitbringen (...).“⁶⁴

F.

⁶¹ Müller/Koller in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 162, 171.

⁶² Riedemann/Bertold in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 23, 36: von 1995 bis 2016 Anstieg der Höhe der Begleitstrafe auf im Mittel neun Monate.

⁶³ RefE, S. 23, ebenfalls mit Verweis auf die oben aufgeführte Fundstelle.

⁶⁴ in: Müller/Koller (Hrsg.), Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S.

Abschließend sei noch einmal betont, dass eine Reform oder Überarbeitung des Sanktionensystems weitergehend betrachtet werden sollte, was nicht nur die angesprochenen Komplexe betrifft, sondern auch weitere Vorhaben wie insbesondere eine Überarbeitung des Strafbefehlssystems.