



**Stellungnahme Nr. 34
August 2022**

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

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer (Vorsitzender, Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Andreas Minkoff
Rechtsanwalt Maximilian Müller
Rechtsanwalt Jürgen Pauly
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg (Berichterstatterin)
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott
Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestag
Fraktionsvorsitzende
Rechtspolitischen Sprecher der Fraktionen
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Bundesgerichtshof
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Deutscher Juristentag e.V.
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag
Online Recht, LTO, Beck aktuell, Jurion, Juris Nachrichten, Juve, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag, Kriminalpolitische Zeitschrift, Strafverteidiger Forum, Zeitschrift HRR Strafrecht, Zeitschrift NK-Neue Kriminalpolitik

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts enthält aus Sicht der BRAK begrüßenswerte Ansätze, aber auch solche, die zu kritisieren sind.

Im Einzelnen:

A) Änderungen des § 43 StGB-E

Die reformierte Umrechnung von zwei Tagessätzen auf einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe ist grundsätzlich zu begrüßen. Dies gilt insbesondere aufgrund der diversen negativen Folgen einer Inhaftierung im Bereich der Vollstreckung von Geldstrafen insbesondere für den Verurteilten selbst, aber auch im Hinblick auf den administrativen Aufwand, den die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe im Vergleich zu der Zahlung einer Geldstrafe mit sich bringt (MüKoStGB/*Radtke* StGB § 43 Rn. 2; BeckOK StGB/*von Heintzel-Heinegg* StGB § 43 Rn.1; NK-StGB/*Hans-Jörg Albrecht* StGB § 43 Rn. 2). Gerade die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen bringt für den Strafvollzug erhebliche Schwierigkeiten mit sich, u.a. weil auch eine Resozialisierung unter den zeitlichen und vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen kaum möglich ist. Wenn auf die ersatzweise Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Sanktionensystem nicht verzichtet werden kann, sollten deren Auswirkungen jedenfalls so eng begrenzt wie möglich sein. Dass die Reduzierung der Dauer einer Ersatzfreiheitsstrafe eine Reduzierung der Motivation zur Zahlung der Geldstrafe zur Folge haben könnte, dürfte für sozial integrierte Verurteilte weitgehend auszuschließen sein. In aller Regel will dieser jede Inhaftierung vermeiden, erst recht, wenn er an sich nur zu einer Geldstrafe verurteilt wurde.

Die BRAK gibt allerdings zu bedenken, dass das generelle Problem, dass eine Ersatzfreiheitsstrafe in einem Großteil der Fälle gegen diejenigen vollstreckt werden muss, deren soziale Situation eine Geldstrafen-Vollstreckung unmöglich macht (z.B. bei Obdachlosigkeit) oder die aufgrund von psychischen Problemen in diese Lage gekommen sind, nicht gelöst wird. Zwar erscheint die Ausdehnung des Mitwirkungsbereichs der Gerichtshilfe in Bezug auf die Ersatzfreiheitsstrafe in § 463d StPO-E sinnvoll, muss jedoch auch durch das notwendige Fachpersonal und die gewollte Mitwirkung der Richter in der Praxis gewährleistet werden.

B) Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB-E

Die Ergänzung der Strafzumessungsaspekte in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Praktisch bleibt abzuwarten, ob sich hierdurch eine relevante Veränderung der Zumessungspraxis ergeben wird, was aber ebenso wie bei den zuletzt erfolgten Änderungen von § 46 StGB mit Zurückhaltung zu betrachten ist. Generell wird sich Strafzumessung im Detail nicht gesetzlich regeln lassen, da

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

hierfür die praktischen Fallgestaltungen viel zu unterschiedlich sind und dem Tatrichter ein hinreichend großer Entscheidungsspielraum verbleiben muss.

C) Erweiterung der §§ 56c Abs. 2 Nr. 6, 59a Abs. 2 Nr. 5 StGB-E, § 153a Abs. 1 Nr. 8 StPO-E um die Möglichkeit der Therapieanweisung

Im Rahmen der Neuerungen der §§ 56c Abs. 2 Nr. 6, 59a Abs. 2 Nr. 5 StGB-E, § 153a Abs. 1 Nr. 8 StPO-E ist die vorgesehene Möglichkeit einer Therapieanweisung ohne die Einwilligung des Betroffenen rechtlich, vor allem aber tatsächlich zu kritisieren.

Die zwangsweise Auferlegung einer Therapieweisung ohne Einwilligung, wie sie derzeit etwa bereits in § 68b Abs. 2 S. 2 StGB im Bereich der Führungsaufsicht vorgesehen ist, ist ganz grundsätzlich kritisch zu sehen. Auch wenn man die Verfassungsmäßigkeit der Weisungsmöglichkeit als solcher nicht anzweifeln möchte (vgl. hierzu etwa BVerfG NJW 2011, 2113), wird die Erteilung solcher Weisungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung mit Recht zum Teil sehr kritisch gesehen (z.B. OLG Frankfurt NStZ-RR 2020, 186). So führt das OLG Frankfurt in der letzten veröffentlichten Entscheidung zu § 68b Abs. 2 S. 2 StGB (NStZ-RR 2020, 186) u.a. aus, dass die Anordnung einer solchen Weisung einer eingehenden gerichtlichen Begründung bedarf und die begründete Hoffnung bestehen muss, dass die fehlende Motivation des Verurteilten im Rahmen der Therapie geweckt werden kann.

In faktischer Hinsicht besteht in der Literatur weitgehend Einigkeit, dass eine Therapie ohne jede Einwilligung bzw. Einsicht des Betroffenen praktisch nicht durchführbar ist. Die Anordnung der Therapieweisung ohne Einwilligung kann daher zunächst nur den Zweck verfolgen, diese Einsicht bei dem Betroffenen zu wecken (NK-StGB/Heribert Ostendorf StGB § 68b Rn. 25; MüKoStGB/Groß/Ruderich StGB § 68b Rn. 27; Schönke/Schröder/Kinzig StGB § 68b Rn. 22). Vielmehr solle die Weisung zum Mitmachen anstoßen; wird die Therapie sodann trotz Motivationsbemühen abgebrochen, gilt sie als gescheitert (NK-StGB/Heribert Ostendorf StGB § 68b Rn. 25). Ob diese erzwungene Motivation in der Praxis funktioniert, ist höchst fraglich.

Die Entwurfsbegründung verweist auf Studien, die belegen würden, dass sich eine ambulante Nachsorge positiv auf die Senkung der Rückfälligkeit auswirke und so die spezialpräventive Wirkung bekräftige. Hiermit kann jedoch nicht belegt werden, inwiefern ein Therapieerfolg auch bei zuvor nicht motivierten bzw. willigen Probanden zu verzeichnen ist. Zwar ist diesen Studien ein sicher nicht bestreitbarer Erfolg von ambulanten Therapien zu entnehmen, sie zeigen hingegen nicht, inwiefern bei den Probanden im Vorhinein bereits eine Therapiebereitschaft gegeben war oder diese erst nach Anordnung der Therapieweisung nachträglich entstand.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Therapieweisung des Gesetzentwurfs mit den Bewährungsprobanden und den Konstellationen einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO diejenigen Beschuldigten betrifft, die – etwa im Vergleich zur Führungsaufsicht – in der Regel ein reduziertes Therapiebedürfnis haben, zumal ihnen weniger schwerwiegende Straftaten zur Last gelegt werden. Ob in diesen Bereichen das Bedürfnis nach einer zwangsweisen Therapieweisung wirklich besteht, darf bezweifelt werden.

Schließlich ist zu kritisieren, dass nur im Rahmen des § 59a Abs. 2 Nr. 5 StGB-E explizit auf eine ambulante Therapie hingewiesen wird. Bei § 56c Abs. 2 Nr. 6 StGB-E ist dies nicht der Fall, weshalb auch eine stationäre Behandlung über diese Vorschrift möglich sein würde. Dann ist jedoch nicht ersichtlich, wo der Unterschied zu § 56c Abs. 3 Nr. 2 StGB liegen soll, der eine Einwilligung des Verurteilten explizit nur für einen Aufenthalt in einem geeigneten Heim oder einer Anstalt vorsieht.

D) Beschränkung der Anordnung der Unterbringung in § 64 StGB-E

Vorab ist zu den geplanten Änderungen im Bereich des Maßregelrechts folgendes festzuhalten:

Anordnung und Vollstreckung von stationären Maßregeln stellen keine Wohltaten zugunsten des Beschuldigten dar. Vielmehr handelt es sich im Rahmen der Zweispurigkeit des bestehenden Sanktionensystems um präventive Maßnahmen, die Beschuldigten auferlegt werden, um deren Gefährlichkeit im Hinblick auf künftige Straftaten zu reduzieren. Die Frage des Umfangs der Anordnungen insbesondere nach § 64 StGB sollte daher nicht an den zur Verfügung stehenden Plätzen im Maßregelvollzug oder den hierdurch entstehenden Kosten, sondern an dem sinnvollen Umfang positiver Spezialprävention gemessen werden. Jedem Straftäter, dessen Gefährlichkeit für Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit mit einer Maßregel nach § 64 StGB möglicherweise beseitigt oder zumindest reduziert werden kann, sollte die Maßregel grundsätzlich offenstehen. Soweit § 35 Abs. 1 S. 1 BtMG bereits vorsieht, dass die Vollstreckung der Maßregeln der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zurückgestellt werden kann, wenn der Verurteilte sich wegen seiner Abhängigkeit in einer seiner Rehabilitation dienenden Behandlung befindet oder zusagt, sich einer solchen zu unterziehen, und deren Beginn gewährleistet ist, kann dieser grundsätzliche Vorrang der Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG zu einer Entlastung der Therapieeinrichtungen führen.

Im Übrigen ist eine Freiheitsstrafe stets ein massiver Grundrechtseingriff, der nur durch eine starke Orientierung an präventiven Überlegungen zu rechtfertigen ist. Daher ist erst recht die Verhängung einer oft mehrjährig vollzogenen stationären Maßregel im Bereich von Freiheitsstrafen unter zwei Jahren (vgl. § 35 Abs. 1 BtMG) nur in absoluten Ausnahmefällen zu rechtfertigen.

I) Der Begriff des „Hanges“

Durch die Einfügung des Erfordernisses einer „Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist oder fort dauert“, wird die Möglichkeit der Anordnung einer Unterbringung nach § 64 S.1 StGB zu stark beschränkt.

Nach der bisher geltenden Definition der Rechtsprechung liegt ein Hang bei einer eingewurzelten, auf psychische Disposition zurückgehenden oder durch Übung erworbenen Neigung vor, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer psychischen Abhängigkeit erreicht haben muss (BGH Urt. v. 18.7.2019 – 4 StR 80/19, BeckRS 2019, 16746 Rn. 11; BGH Beschl. v. 5.8.2015 – 1 StR 328/15, BeckRS 2015, 20113 Rn. 28; MüKoStGB/*van Gemmeren* StGB § 64 Rn. 22). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind dabei die nun vom Gesetzentwurf als Voraussetzungen angesehenen Merkmale nur als Indizien für einen vorliegenden Hang anzusehen, schließen bei ihrem Fehlen einen solchen jedoch nicht kategorisch aus (BGH Urt. v. 18.7.2019 – 4 StR 80/19, BeckRS 2019, 16746 Rn. 11; BGH Beschl. v. 5.8.2015 – 1 StR 328/15, BeckRS 2015, 20113 Rn. 28; MüKoStGB/*van Gemmeren* StGB § 64 Rn. 26; NStZ-RR 2022, 41). Die Konstellation, dass die nun vorausgesetzten Merkmale nicht gegeben seien, aber eine Gefährdung im Sinne des § 64 StGB dennoch vorliege, ist laut BGH vor allem bei Beschaffungstaten gegeben (BGH Urt. v. 18.7.2019 – 4 StR 80/19, BeckRS 2019, 16746 Rn. 11).

Wenn man, wie vorgesehen, diese zuvor als Indizien verwendeten Merkmale nun als feste Voraussetzungen des Begriffs des Hanges nach § 64 S.1 StGB ansieht, würde man einer Vielzahl von Betroffenen die Möglichkeit der Unterbringung nach dieser Norm nehmen, obwohl, wie die bisher ständige Rechtsprechung zeigt, auch von diesen eine möglicherweise therapeutisch behebbare bzw. reduzierbare Rückfallgefahr ausgeht. Den Entscheidungsspielraum der Gerichte nun gesetzgeberisch zwingend einzuschränken, würde der eingangs dargestellten Prämisse zuwiderlaufen.

Für eine Entlastung der Maßregeleinrichtungen wäre es vielmehr u.a. sinnvoll, bei kurzen Freiheitsstrafen der Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG einen grundsätzlichen Vorrang einzuräumen. Dies ist bei einer Betäubungsmittelabhängigkeit derzeit nicht der Fall (Krumm in NJ 2022, 158; BGH, NStZ-RR 2016, 209; BGH Beschl. v. 4.7.2012 – 4 StR 173/12, BeckRS 2012, 15766). Da ein Hang gegeben ist, wenn die Voraussetzungen von § 35 BtMG vorliegen (Schäfer/Sander/Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Teil 3, Rn. 452; BGH, NStZ-RR 2016, 209; BGH Beschl. v. 4.7.2012 – 4 StR 173/12, BeckRS 2012, 15766), scheint dies jedoch angebracht, da ein Therapieerfolg auch auf diesem Wege erreicht werden kann, im Übrigen oft auch im Wege einer ambulanten Therapie.

Im Hinblick auf die vorgeschlagene Regelung der Möglichkeit der Therapieweisung in §§ 56c Abs. 2 Nr. 6, 59a Abs. 2 Nr. 5 StGB-E, § 153a Abs. 1 Nr. 8 StPO-E wäre die Ausdehnung der Zurückstellungsmöglichkeiten nach § 35 BtMG letztlich nur konsequent.

II) Das Kriterium der überwiegenden Ursächlichkeit

Ähnliches gilt bzgl. des neu eingefügten Kriteriums der überwiegenden Ursächlichkeit des Hanges zur Begehung der Tat.

Nach der bisherigen Rechtsprechung muss sich grundsätzlich die hangbedingte Gefährlichkeit in der Tat äußern (BeckOK StGB/Ziegler StGB § 64 Rn. 7; BeckRS 2018, 36954; BeckRS 2021, 12900). Dies ist nach der Rechtsprechung zumeist auch bei Beschaffungstaten bzgl. des Rauschmittels selbst oder des dazu benötigten Geldes der Fall. Insbesondere genügt es demnach, wenn der Hang Einfluss auf die Qualität der bisherigen Straftat hatte und dies auch bei künftigen Taten zu befürchten ist (BeckOK StGB/Ziegler StGB § 64 Rn. 7; BGH Urt. v. 18.7.2019 – 4 StR 80/19, BeckRS 2019, 16746 Rn. 11). Der BGH hat eine Ursächlichkeit dabei sogar angenommen, wenn eine Tat aufgrund des wirtschaftlichen Vorteils begangen wurde, aber der Konsum nur aus der Tat bzw. den Taterträgen befriedigt wurde (BGH NStZ-RR 2019, 140; BeckOK StGB/Ziegler StGB § 64 Rn. 7).

Diese Konstellationen, in denen die Begehung der Tat nicht überwiegend aus dem Hang hervorgeht, sondern gleichgeordnet neben anderen Motiven steht, würde der Entwurf in der nun vorliegenden Form gänzlich aus dem Anwendungsbereich des § 64 S.1 StGB streichen. Damit würden vor allem Fälle der organisierten Kriminalität, die durch das Ziel der Erwirtschaftung eines finanziellen Erfolgs geprägt sind, und bei denen regelmäßig eine hohe Gefahr der Rückfälligkeit des Täters besteht, nicht mehr in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum bei Betroffenen, die an einem bisher unter die Norm zu subsumierenden Hang leiden, aber zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in einer solchen Organisation mitwirken, eine Unterbringung nach § 64 S.1 StGB präventiv nicht sinnvoll sein sollte.

Die angeblich dringenderen von den weniger dringenden Fällen der therapeutischen Einwirkung im Maßregelvollzug durch eine Änderung des § 64 StGB trennen zu wollen bzw. womöglich auch von denen, die eine solche weniger „verdient“ haben, kann nach dem eingangs Ausgeführten nicht der richtige Ansatz sein. Vielmehr sollten die staatlichen Kapazitäten im Bereich der Unterbringung nach § 64 StGB aus präventiven Gründen ausgebaut werden, um die zu Straftaten führenden Suchterkrankungen zu bekämpfen.

E) Verlängerung auf den Zweidrittelstrafzeitpunkt durch § 67 StGB-E

Die nunmehr nach dem Entwurf vorgesehene grundsätzliche Orientierung der Vollstreckung am Zweidrittelzeitpunkt der Strafe steht in Widerspruch zum Sinn und Zweck des § 67 StGB. Dieser soll durch die Anordnung der Vollstreckung der Maßregel vor der Strafe sicherstellen, dass der therapeutische

Erfolg einer Unterbringung nicht durch die vorherige Vollziehung einer langen Freiheitsstrafe gefährdet wird. In dieselbe Richtung geht übrigens auch die Regelung des § 67c Abs. 2 StGB, welche bestimmt, dass der Vollzug der Unterbringung drei Jahre nach Rechtskraft der Anordnung nur noch vollzogen werden kann, wenn das Gericht es gesondert anordnet. Die Verschiebung der Entlassung auf den Zweidrittelzeitpunkt würde aber im Widerspruch hierzu bedeuten, dass bei sehr hohen Freiheitsstrafen der maßgebliche Teil der Freiheitsstrafe vor der Maßregel vollzogen würde.

Nicht akzeptabel ist ebenfalls, dass potenziellen Kandidaten für eine Entlassung zur Halbstrafe eine solche alleine dadurch verwehrt wird, dass die Therapie in der Maßregeleinrichtung bis zum Zweidrittelzeitpunkt fortgeführt wird. Keine Strafvollstreckungskammer wird eine noch laufende Therapie unterbrechen, um den Verurteilten zur Halbstrafe zu entlassen. Es erschiene vielmehr vorzugswürdig, in geeigneten Fällen die Vollstreckungsreihenfolge doch am Halbstrafenzeitpunkt auszurichten. Hierüber wird im Idealfall bereits das erkennende Gericht entscheiden. Eine Vorwegnahme der Entscheidung nach § 67 Abs. 5 StGB wäre damit nicht verbunden, da die Strafvollstreckungskammer in ihrer späteren Entscheidung ungebunden bliebe. Ohnehin wäre hinsichtlich der Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt – ob mit oder ohne Maßregelvollzug - eine weniger restriktive Handhabung des § 57 II StGB wünschenswert (MüKoStGB/Groß/*Kett-Straub* StGB § 57 Rn. 21; Anmerkung Krug in FD-StrafR 2019, 414943; Fischer § 57 Rn. 21).

* * *