



Stellungnahme der NRV zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts

Ihr Aktenzeichen

II A 1 – 401100#00002#0002

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Neue Richtervereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. Grundsätzlich begrüßen wir die Intention, das deutsche Sanktionenrecht einer Überprüfung zu unterziehen. Sozial gerechtere und dem Resozialisierungsgedanken des Strafrechts stärker dienliche Sanktionsformen können die Verbundenheit mit dem Rechtsstaat stärken und strukturelle Ungleichheit(en) in der Bestrafung verringern.

Diese Ziele werden mit den bisher vorgeschlagenen Maßnahmen nicht erreicht. Ein Gesamtkonzept des Reformvorhabens scheint zu fehlen. Gerade in der derzeitigen Regierungskonstellation bestand Hoffnung auf einen umfassenderen Ansatz. Wahrscheinlich fehlt der Koalition angesichts der aktuellen massiven Herausforderungen auf anderen Gebieten die Kraft – davon abgesehen, dass gerade der größte Koalitionspartner sich in der letzten Legislaturperiode lieber durch populistische Strafschärfungen auszeichnen wollte.

Die vorgeschlagenen Partikularänderungen gehen nun aber aus unserer Sicht überwiegend in die richtige Richtung, wenngleich ihre Wirksamkeit partiell zweifelhaft erscheint.

Zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe

Die NRV begrüßt, dass der Gesetzgeber die seit Jahrzehnten kontinuierlich steigende Zahl an vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafen zur Kenntnis nimmt. Ersatzfreiheitsstrafen sind Kurzstrafen.¹ Schon seit Franz von Liszt ist die kriminogene Wirkung kurzer Freiheitsentziehungen bekannt.² Deshalb dürfen Freiheitsstrafen unter sechs Monaten gem. § 47 StGB nur höchst ausnahmsweise verhängt werden. Die Vollstre

1 BT-Drs. 14/761, S. 5.

2 *Von Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, I. Band 1905, Nachdruck 1970, 340 ff., 511 ff.; LK-StGB/*Grube* Vor §§ 38 ff. Rn. 33; vgl. BGH NJW 1968, 1787, 1788.

Sprecher der Fachgruppe:

Ulf Thiele, Amtsgericht Ahrensburg, Ulf.Thiele@neuerichter.de, Tel.: 04102/519-166 (d.)

Neue Richtervereinigung e.V., Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin Tel. 030-420 223 49 | mobil 0176-567 996 48

bb@neuerichter.de | www.neuerichter.de

ckung von Ersatzfreiheitsstrafen muss dementsprechend als resozialisierungsschädlich eingestuft³ und also so weit wie möglich vermieden werden.

Die hier vorgeschlagene Lösung trägt dem Problem nur zum Teil Rechnung. Grundsätzlich begrüßen wir die Absicht, die Gesamtvollstreckungsdauer von Ersatzfreiheitsstrafen zu senken. Dies durch eine Umrechnungsquote von ½ im Verhältnis Tagessatzzahl und Tage der Freiheitsentziehung zu erreichen, entspricht den Reformplänen des Bundesrates vom 14.04.1999.⁴ Auf diese Weise kann jedoch nur erreicht werden, dass die Dauer der vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafe sinkt – nicht aber die Vollstreckung in Gänze abgewendet werden. Je kürzer die Ersatzfreiheitsstrafe ist, desto unwahrscheinlicher werden Vollzugsziele – also weitere Resozialisierungsbemühungen – erreicht.⁵

Defizite der Problemanalyse

Dabei scheint die Problemanalyse des amtierenden Reformgesetzgebers von der Problemanalyse im Jahr 1999 abzuweichen. Der Bundesrat erkannte damals, dass die weit überwiegende Zahl der Ersatzfreiheitsstrafen vollstreckt werden, weil die Betroffenen nicht in der Lage waren, die Geldstrafe zu bezahlen.⁶ Es handelt sich bei den meisten Säumigen also nicht um Zahlungsunwillige, die zur Zahlung gezwungen werden müssten,⁷ sondern um Zahlungsunfähige, die nicht zur Zahlung gezwungen werden können.⁸ Dies scheint zunächst mit den Untersuchungen von *Lobitz & Wirth* zu konfliktieren, auf die der Referentenentwurf referenziert. Hiernach würden 47,1 % der Ersatzfreiheitsstrafen durch Auslösung, weitere 1,8 % durch Ratenzahlungsvereinbarungen verkürzt.⁹ Bei genauer Betrachtung belegt die Studie das Problem (entgegen dem Referentenentwurf)¹⁰ vielmehr: Anhangstabelle 17 zeigt, dass nur 22,1 % der Auslösungszahlungen aktenkundig aus eigenem Geld flossen.¹¹ Weit überwiegend sind die Quellen der Auslösungszahlungen unbekannt. In einer Befragung von *Bögelein, Glaubitz, Neumann & Kamieth* gaben 70,7 % der Inhaftierten an, keine Möglichkeit zu haben, die Mittel für eine Auslösung aufzubringen.¹² Die 29,3 %, die eine Auslösung grundsätzlich für möglich erachteten, hofften weitgehend auf Geldmittel Dritter, insbesondere von Partner*innen und Eltern.¹³ Die Praxiserfahrung der

3 Zu den weiteren Problemen der Ersatzfreiheitsstrafe *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 283.

4 Siehe BT-Drs. 14/761, S. 5.

5 Vgl. *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, S. 21.

6 BT-Drs. 14/761, S. 5.

7 In diese Richtung aber S. 9 des Referentenentwurfs.

8 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 284.

9 *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhangstabelle A16, S. 38.

10 S. 9 des Referentenentwurfs.

11 *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhangstabelle A17, S. 39.

12 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 291.

13 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 291.

Unterzeichner bestätigt dies – sehr häufig werden die Auslösungssummen von Partner*innen oder Eltern bezahlt.

Dieser Befund verstärkt sich noch, betrachtet man Ersatzfreiheitsstrafen wegen typischer Armutskriminalität wie beispielsweise dem Erschleichen von Leistungen gem. § 265a StGB.¹⁴ In der Untersuchung von *Lobitz & Wirth* waren 23,5 % der Ersatzfreiheitsstrafen auf diese Strafnorm zurückzuführen.¹⁵ Hier waren 77 % der Inhaftierten vor der Inhaftierung arbeitslos, 58 % davon langzeitarbeitslos und 21 % obdachlos.¹⁶ Ähnlich identifizierten *Bögelein, Glaubitz, Neumann & Kamieth* 74,3 % der mecklenburg-vorpommerschen Strafgefangenen, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßten, als arbeitslos vor Haftantritt.¹⁷ Die in Arbeit stehenden Inhaftierten hatten weit überwiegend ein Einkommen unterhalb der Armutsgrenze.¹⁸ Dies spricht stark für soziale Deprivation und fehlende finanzielle Mittel. Bestätigung findet dies im hohen Anteil psychisch erkrankter Inhaftierter: Zumindest ein Viertel der Häftlinge zeigt Auffälligkeiten.¹⁹ Nur 42 % der Ersatzfreiheitsstrafen wegen § 265a StGB konnten ausgelöst werden – und absolut nur 30,66 %²⁰ durch eigenes Geld.

Dies zeigt: Um den Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen abzuwenden, ist eine Änderung der Anrechnung Tagessatz zu Tag Ersatzfreiheitsstrafe von 1:1 auf 2:1 nur bedingt geeignet. Stattdessen muss zu allererst bei der Ursache der Sanktion selbst angesetzt werden: Die Variante „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ in § 265a StGB muss ersatzlos gestrichen werden. Sodann muss die Möglichkeit eröffnet werden, die Ersatzfreiheitsstrafe *a priori* zu vermeiden. Dies ist nur möglich, wenn die Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe durch eine Arbeitersatzleistung vermieden werden kann. Den Verfassern ist bewusst, dass alle Bundesländer im Grundsatz ein Programm „Schwitzen statt Sitzen“ i.S.d. Art. 293 EGStGB vorweisen können.²¹ Doch ist dieses Instrument in zweierlei Hinsicht nicht vollständig geeignet, Ersatzfreiheitsstrafen in allen denkbaren Fällen abzuwenden: Zum einen bedarf es eines Antrags des Betroffenen. Die Gruppe der psychisch Erkrankten wird beispielsweise eigeninitiativ nur selten in der Lage sein, einen solchen Antrag zu stellen – und fällt nicht automatisch aus der Gruppe etwaig Arbeitsfähiger heraus. 64,5 % der eine Er-

14 Ein weiterer erheblicher Anteil der Ersatzfreiheitsstrafen ist auf Kleinkriminalität im Bereich Eigentumsdelikte zurückzuführen vgl. *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 290 ff.

15 *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhang 1, S. 23; ähnlich *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 290 und <https://de.statista.com/infografik/26348/anzahl-der-menschen-die-in-deutschland-wegen-einer-ersatzfreiheitsstrafe-im-gefaengnis-sitzen/>, zuletzt abgerufen am 08.08.2022.

16 *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhang 1, S. 23.

17 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 288.

18 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 288.

19 *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Bestandsaufnahme der Ersatzfreiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern, MschrKrim 2019, 282, 294.

20 73 % der ausgelösten Ersatzfreiheitsstrafen *Lobitz/Wirth*, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhang 1, S. 23.

21 LK-StGB/Grube § 43 Rn. 12.

satzfreiheitsstrafe Verbüßenden sind zumindest eingeschränkt arbeitsfähig.²² Zum Zweiten sind alle Angebote zur Vollzugsvermeidung abhängig von vorhandenen Einsatzstellen²³ (vgl. z.B. § 3 Abs. 2 Nr. 2 BWersFreihStrVO). Der Arbeitswille der Betroffenen ist deshalb nicht allein maßgeblich für die Abwendung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Der Referentenentwurf zeigt selbst auf, dass das Instrument „Schwitzen statt Sitzen“ in den letzten Jahren immer seltener zum Einsatz kommt.²⁴

Arbeitsersatzleistung

Die NRV befürwortet eine bundeseinheitliche Regelung einer Arbeitsersatzleistung vorrangig vor der Ersatzfreiheitsstrafe. Mit diesem Instrument könnten Kosten für die Justiz vermieden, soziale Ungerechtigkeiten kompensiert und resozialisierungsschädliche Inhaftierungen vermieden werden. Tragende Argumente gegen eine Arbeitsersatzleistung bestehen nicht. Die Arbeitsmotivation spielt bei einer Ersatzsanktion keine maßgebliche Rolle und kann deshalb nicht als Argument gegen eine Arbeitsersatzleistung angeführt werden.²⁵ Im Gegenteil: Die im Referentenentwurf angesprochenen Ziele der Wiedereingewöhnung in einen geregelten Tagesablauf²⁶ können außerhalb des Freiheitsentzugs in Arbeit deutlich besser erreicht werden. Sollte der Bundesgesetzgeber die gemeinnützige Arbeit als im Verhältnis zur Ersatzfreiheitsstrafe vorrangiges Instrument ein, wären die Länder verpflichtet, entsprechende Kapazitäten zur Vollstreckung dieser Arbeitspflicht einzurichten. Angesichts dessen ist damit zu rechnen, dass eine signifikant höhere Zahl an Ersatzfreiheitsstrafen als bisher vermieden und zugleich verstärkt zur Resozialisierung beigetragen werden kann.

Die Arbeitsleistung ist im Verhältnis zur Freiheitsentziehung auch das mildere Mittel. Kollisionen mit dem Verfassungsrecht, konkret mit Art. 12 Abs. 2 GG könnten dadurch vermieden werden, dass dem Betroffenen die Wahl eingeräumt wird, statt der Arbeit eine Ersatzfreiheitsstrafe anzutreten – also anders als bisher gemeinnützige Arbeit nicht mehr die Ausnahme auf Antrag, sondern der Regelfall würde. Es verbleibt allein der politische Widerstand der Länder, der dieser produktiven, der Resozialisierung dienlichen Lösung primär im Wege steht.²⁷ Es ist nach Überzeugung der NRV Aufgabe des Bundesgesetzgebers, einen bundesweiten Konsens – über den Bundesrat – zu erreichen und diese Chance zugunsten der Inhaftierten nicht voreilig scheitern zu lassen.

Vermeidung der Geldstrafe durch Verwarnung mit Strafvorbehalt

Ersatzfreiheitsstrafen können noch effektiver vermieden werden, wenn bereits die zu vollstreckende Geldstrafe *a priori* vermieden wird. Nachdem die meisten Ersatzfreiheitsstrafen gerade wegen der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe als solche vollstreckt

22 Lobitz/Wirth, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhangstabelle A13, S. 36

23 Vgl. auch S. 44 des Referentenentwurfs.

24 S. 11 des Referentenentwurfs.

25 So aber S. 62 des Referentenentwurfs; LK-StGB/Grube § 43 Rn. 15.

26 S. 10 des Referentenentwurfs.

27 S. 61 f. des Referentenentwurfs.

werden müssen, muss ein Instrument geschaffen werden, mittellose Straffällige auf andere Weise zu sanktionieren.

Hierzu könnte eine ausgeweitete Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB dienen. Nach der bisherigen Konzeption ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt eine Ausnahme.²⁸ Sie kann nur bei positiver Sozialprognose (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) und bei besonderen Umständen in Tat und Täterschaft (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) verhängt werden. Besondere Umstände können sich gem. § 59 Abs. 1 S. 2 StGB i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 2 StGB²⁹ bereits heute aus den Lebensumständen, unter anderem aus einer finanziellen Notlage der Täterschaft,³⁰ ergeben. Doch ist dieses Tatbestandsmerkmal nach herrschender Rechtsprechung äußerst restriktiv auszulegen: Es müssen Merkmale vorliegen, die sie aus dem Kreis vergleichbarer, gewöhnlich vorkommender Durchschnittsfälle so deutlich mildernd herausheben, dass eine Bestrafung nicht zwingende Folge der Tat ist.³¹ Das Vorliegen allgemeiner Strafmilderungsgründe genüge nicht.³² Vorausgesetzt wird noch immer ein „ungewöhnlich geringes Gewicht des Unrechts- und Schuldgehalts“.³³ Nur in ganz seltenen Fällen, insbesondere nicht bei Wiederholungstätern im Bagatellbereich, sind diese Bedingungen erfüllt. Ein Blick in die veröffentlichte Rechtsprechung seit 2000 zeigte keinen Anwendungsfall des § 59 StGB im Bereich der bagatellhaften Eigentumskriminalität, die am häufigsten Ersatzfreiheitsstrafen nach sich zieht.

Sehr erfreulich ist, dass mit der hiesigen Reform § 59a StGB um eine Option der Erbringung gemeinnütziger Leistungen erweitert werden soll. Das Fehlen dieser Auflage ist ein langjähriger Missstand,³⁴ der mithin endlich beseitigt wird. Das Grundproblem des eingeschränkten Anwendungsbereichs der Verwarnung mit Strafvorbehalt bleibt jedoch bestehen.³⁵ Bei Ersttätern wird eine positive Sozialprognose noch regelmäßig zu stellen sein. Allerdings fehlt es meist an den besonderen Umständen i.S.d. § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Um Abhilfe zu schaffen, sollte der Gesetzgeber einen Katalog an Bagatelldelikten normieren, für die eine Verwarnung mit Strafvorbehalt auch ohne besondere Umstände zur Anwendung kommen soll – beispielhaft seien §§ 248a, 265a, 123 Abs. 1, 185 StGB genannt.

28 OLG Hamm NStZ-RR 2007, 170, 171; OLG Düsseldorf BeckRS 2007, 04444; *Füglein/Lagardère*, „Geld habe ich keines, aber arbeiten kann ich“ – Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, ZRP 2013, 48.

29 MüKo StGB/*Groß/Kulhanek* § 59 Rn. 9.

30 HK-GS/*Braasch* § 59 Rn. 6; *Dencker*, Ein Plädoyer für § 59 StGB, StV 1986, 399, 400 ff.; a.A. wohl *Füglein/Lagardère*, „Geld habe ich keines, aber arbeiten kann ich“ – Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, ZRP 2013, 48, 49.

31 BeckOK StGB/*von Heintschel-Heinegg* § 59 Rn. 16 mwN.

32 BeckOK StGB/*von Heintschel-Heinegg* § 59 Rn. 18.

33 OLG Nürnberg NStZ 2007, 405, 406.

34 *Füglein/Lagardère*, „Geld habe ich keines, aber arbeiten kann ich“ – Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, ZRP 2013, 48, 50.

35 Siehe auch S. 22 des Referentenentwurfs.

Zur Änderung des § 46 StGB

Wie bereits zum Ausdruck gebracht,³⁶ begrüßt die NRV grundsätzlich die deklaratorischen Änderungen des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB. Dass der Gesetzgeber hier ein Zeichen³⁷ gegen Partnerschaftsgewalt und Hass gegen LSBTI-Personen setzen möchte, ist im Rahmen des § 46 StGB gerechtfertigt – anders als in den Fällen, in denen kriminalpolitische Aussagen in die Form von zwingenden Strafuntergrenzen gegossen werden, die keine Berücksichtigung des Einzelfalls mehr erlauben.

Zu beachten ist allerdings, dass der genannte Regelungszweck keinen Niederschlag im bisherigen Gesetzesentwurf findet. Hier ist von „geschlechtsspezifische[n]“ Zielen der Tat die Rede. Partnerschaftsgewalt richtet sich weit überwiegend gegen Frauen. Dennoch lässt sich in Frage stellen, ob die damit verbundenen Straftaten gerade geschlechtsspezifisch, also handlungsleitend durch das Geschlecht des Tatopfers³⁸ bestimmt sind. Es ließe sich argumentieren, dass solche Taten nicht primär begangen werden, weil das Tatopfer „eine“ Frau, sondern „seine“ Frau ist. Dies spiegelt sich auch im Referentenentwurf wider, der, referenzierend auf *Schuchmann & Steinl*,³⁹ ausführt: „Die Taten seien also Ausdruck eines patriarchalen Besitzanspruchs **und** (Hervorh. durch die Verfasser) einer Vorstellung von geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit“.⁴⁰ Im Bewusstsein der meist männlichen Täter ist letzterer Aspekt, wie die Praxis zeigt, oft gar nicht vorhanden; vielmehr wird allein der verletzte Besitzanspruch wahrgenommen und die notwendig dahinterstehende Missachtung der Frau als Mensch vehement geleugnet.

Um dieser Differenzierung keinen Vorschub zu leisten, definiert Art. 3d der Istanbul-Konvention den Begriff „geschlechtsspezifisch“ als Gewalt, die gegen eine Frau gerichtet ist, weil sie eine Frau ist, oder die Frauen unverhältnismäßig stark betrifft.⁴¹ Auf letzteren Aspekt nimmt der Referentenentwurf implizit wiederholt Bezug.⁴² Es wäre aus Sicht der NRV angebracht, die Begriffsdefinition der Istanbul-Konvention auch für § 46 Abs. 2 S. 2 StGB-E explizit auf S. 45 und 72 des Referentenentwurfs zu übernehmen, und die Erkennbarkeit der mit der Änderung beabsichtigten Bot-schaft für die Normadressaten und die Gesellschaft zu gewährleisten (Art. 103 Abs. 2 GG). Darüber hinaus böte es sich an klarzustellen, dass mit der vorliegenden Änderung eine Umsetzung der Istanbul-Konvention erfolgte.

Dies widerspricht auch nicht etwa dem Ansatz des deutschen Strafrechts. Zwar könnte man anführen, die übermäßig häufige Betroffenheit von Tatopfern weiblichen Geschlechts berücksichtige den Einzelfall nur in geringem Maße. Jedoch können

36 <https://www.deutschlandfunk.de/justizminister-buschmann-will-gewalt-gegen-frauen-haerter-bestrafen-dlf-cc0c52d6-100.html>, zuletzt abgerufen am 08.08.2022.

37 S. 18 des Referentenentwurfs.

38 S. 13 des Referentenentwurfs.

39 *Schuchmann/Steinl*, Zur strafrechtlichen Bewertung von trennungsbedingten Tötungsdelikten an Intimpartnerinnen, KJ 2021, 312, 315.

40 S. 13 des Referentenentwurfs; vgl. auch S. 45 des Referentenentwurfs.

41 Hierauf hinweisend *Schuchmann/Steinl*, Zur strafrechtlichen Bewertung von trennungsbedingten Tötungsdelikten an Intimpartnerinnen, KJ 2021, 312, 315.

42 Insbesondere S. 16 des Referentenentwurfs.

strukturelle Probleme nur mit Regelungen adressiert werden, die ihrer Strukturhaftigkeit Rechnung tragen. Darüber hinaus kennt das deutsche Strafrecht mit der positiven Generalprävention auch einen anerkannten Strafzweck, der den Blick vom Einzelfall auf systemische Einflüsse in der Gesellschaft weitet.

Auffällig ist aber auch hier, dass der Gesetzgeber erkannte Probleme nur partiell zu lösen beabsichtigt. Der Referentenentwurf führt zutreffend zu strukturellen Problemen deutschen Strafrechts – besonders deutscher Strafrechtsprechung – im Falle der Trennungstötungen aus.⁴³ Maßgebliches Problem dieser Fallkonstellation ist jedoch nicht die Strafzumessung, sondern bereits der Tatbestand des § 211 StGB. Die zutreffend als verfehlt erkannte Art, wie patriarchale Besitzansprüche und daraus abgeleitete Narrative, jedenfalls wenn sie von deutschen Tätern stammen,⁴⁴ in der Prüfung niedriger Beweggründe i.S.d. § 211 StGB berücksichtigt werden, wird die hiesige Reform nicht beenden. Wie bereits angemahnt,⁴⁵ kann der Gesetzgeber bei einer Anpassung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB nicht stehen bleiben. Es bedarf einer grundlegenden Überarbeitung des Strafgesetzbuches unter der Warte systemischer Diskriminierung von Frauen und Minderheiten. Jedenfalls eine Überarbeitung der §§ 211 f. StGB ist seit Jahren überfällig, was sich nicht zuletzt an der hiesigen Problematik zeigt.

Therapieweisungen

Die NRV teilt die Absicht des Gesetzgebers, spezialpräventiven Maßnahmen in der Strafzumessungspraxis eine größere Rolle einzuräumen. Wir erachten ebenfalls therapeutische Maßnahmen für geeignet, spezifische Bedarfe des Einzelnen besser zu adressieren. Auch insoweit ist die hiesige Reform weitestgehend deklaratorisch und verfolgt doch einen unterstützenswerten Aspekt.

Zu beachten gilt allerdings, dass die systematische Einordnung der psychiatrischen Therapie als Weisung ohne körperlichen Eingriff in § 56c Abs. 2 Nr. 6 StGB nicht überzeugt. Anders als die psychotherapeutische oder sozialtherapeutische Behandlung wird eine psychiatrische Behandlung ganz regelmäßig unter Anwendung von Medikation (sog. Pharmakotherapie) durchgeführt.⁴⁶ Die Verabreichung von Medikamenten ist ein körperlicher Heileingriff. Schon zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen bedarf es hierfür zwingend eines Zustimmungsvorbehalts.⁴⁷ Die Einordnung psychiatrischer Behandlungen in § 56 Abs. 2 Nr. 6 StGB bei Referenz der Gesetzesbegründung auf die einwilligungsfreien Fälle psychotherapeutischer Behand-

43 S. 14 f. des Referentenentwurfs.

44 Insoweit deutet sich eine strukturelle Diskriminierung nach der Herkunft an: Während patriarchale Besitzansprüche deutscher Täter häufig tatmildernd als „Verzweiflung“ berücksichtigt werden, führt dies bei ausländischen Tätern zur Bejahung des § 211 StGB (Ehrenmordkonstellationen).

45 <https://www.deutschlandfunk.de/justizminister-buschmann-will-gewalt-gegen-frauen-haerter-bestrafen-dlf-cc0c52d6-100.html>, zuletzt abgerufen am 08.08.2022.

46 <https://www.neurologen-und-psiater-im-netz.org/psychiatrie-psychosomatik-psychotherapie/psychiatrie>, zuletzt abgerufen am 08.08.2022; vgl. auch *Pschorr*, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 2 mwN.

47 BVerfG, Beschluss vom 8. Juni 2021 – 2 BvR 1866/17 –, juris Rn. 58 ff.; *Pschorr*, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 2 mwN; so wohl auch S. 45 des Referentenentwurfs.

lungen⁴⁸ könnte den Eindruck erwecken, auch psychiatrische Heilbehandlungen bedürften zukünftig keiner Einwilligung mehr.⁴⁹ Es wird deshalb empfohlen, psychiatrische Behandlungen in § 56c Abs. 3 Nr. 1 StGB oder zumindest eine Klarstellung in die Gesetzesmaterialien aufzunehmen.

Des Weiteren soll auf signifikante Regelungsunterschiede zwischen § 56c Abs. 2, 3 StGB und § 10 Abs. 2 JGG hingewiesen werden. Im Jugendstrafrecht wird teilweise die Zwangsvergabe von Medikation und tiefgreifende Heileingriffe auch bei erwachsenen Angeklagten ohne Einwilligung für möglich erachtet.⁵⁰ Hier sollte ein Gleichlauf zwischen Strafgesetzbuch und Jugendstrafrecht herbeigeführt werden.

Schließlich wird diesseits für bedenklich erachtet, Therapieweisungen ohne Sachverständigengutachten zu verhängen.⁵¹ Die Anpassung von § 246a Abs. 2 StPO betrifft nur Fälle des § 181b StGB in denen zukünftig eine Heranziehung eines Sachverständigen der Regelfall werden soll. § 246a Abs. 2 StPO ist jedoch nur eine ermessensleitende Vorschrift, die Staatsanwaltschaft und Gerichte dazu anhalten soll, frühzeitig⁵² abzuklären, ob eine Therapieweisung angesichts bestehender Therapiebedarfe in Betracht kommt.⁵³ Die Anforderungen an die Beiziehung eines Sachverständigen werden auf das „in Betracht kommen“ einer Therapieweisung abgesenkt.⁵⁴

Bisher nicht geregelt ist, welche Verfahrensschritte ein Gericht einhalten muss, das eine Therapieweisung verhängen will. Es böte sich an, im Rahmen der hiesigen Reform eine generelle Regelung zu diesen Verfahrensanforderungen zu treffen. Zu Recht sieht Nr. 9 der Richtlinien zu § 10 JGG eine regelweise sachverständige Beratung des Gerichts vor der Verhängung einer Therapieweisung vor.⁵⁵ Dementsprechend sollte zumindest normiert werden, dass unabhängig von der vorgeworfenen Tat eine Therapieweisung in der Regel nur nach Konsultation eines Sachverständigen erteilt werden soll.

Den Verfassern ist bewusst, dass sich hierdurch der Bedarf an sachverständigem Rat von Psychologen und Psychiaterinnen erhöhen wird – dabei hat die Strafverfolgung schon heute vielerorts Schwierigkeiten, Sachverständige in ausreichender Zahl zu finden.⁵⁶ Um zu verhindern, dass der Mangel an Sachverständigen einen sachdienlichen, dem Therapiebedarf der Täterschaft förderlichen Verfahrensabschluss verhindert, schlagen wir vor, ein zweistufiges Auflagensystem zu normieren. Im Recht der Bewährungsweisungen ist es bereits heute üblich, Verurteilten aufzugeben, zur Abklärung psychiatrischer, suchtmmedizinischer oder psychotherapeutischer

48 S. 19 des Referentenentwurfs.

49 In diese Richtung auch S. 45 f. des Referentenentwurfs.

50 Vgl. LG Saarbrücken BeckRS 2021, 24202 Rn. 22; LG Marburg BeckRS 2006, 1947; *Pschorr*, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 2 mwN.

51 Ähnlich KK-StPO/*Krehl* § 246a Rn. 2c.

52 KK-StPO/*Krehl* § 246a Rn. 2a.

53 BeckOK StPO/*Berg* § 246a Rn. 10.

54 BeckOK StPO/*Berg* § 246a Rn. 9.

55 Vgl. auch KK-StPO/*Krehl* § 246a Rn. 2h; MüKo StPO/*Trüg/Habetha* § 246a Rn. 12, 16.

56 Dies steht nicht zuletzt in Zusammenhang mit § 64 StGB (s.u.).

Behandlungsbedarfe eine Beratungsstelle oder einen Sachverständigen aufzusuchen. Erst in einem zweiten Schritt wird eine Therapieweisung erteilt, sofern die sachverständige Stelle dies für erforderlich erachtet. Es empfiehlt sich, eine solche zweistufige Weisung auch für § 153a StPO zu ermöglichen. Die Normfassung eines § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 9 StPO könnte wie folgt lauten:

„sich zur Vorbereitung einer Therapieweisung (Nr. 8) psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch untersuchen zu lassen. Ergibt die Untersuchung einen Therapiebedarf, so kann die Staatsanwaltschaft abweichend von Satz 4 Halbsatz 2 dem Beschuldigten ohne seine Zustimmung nachträglich eine Therapieweisung (Nr. 8) auferlegen.“

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Der Referentenentwurf behauptet auf Basis des Beschlusses der Gesundheitsministerkonferenz vom 13.06.2019, die Zahl der nicht Abhängigen, die in einer Entziehungsanstalt untergebracht würden, sei stark angestiegen. Empirische Belege bleibt der Referentenentwurf schuldig. Dies kann insbesondere nicht aus der gestiegenen Zahl voll schulfähiger Untergebrachter abgeleitet werden⁵⁷ – schließlich stehen Hang und Schuldfähigkeit bei dem konkret begangenen Delikt in keiner unmittelbaren Relation. Außerdem sind die Kriterien zur Bejahung eines der Eingangsmerkmale der §§ 20, 21 StGB in den letzten Jahrzehnten in der Rechtspraxis strenger gehandhabt und somit seltener angewendet worden, was ebenfalls zum Anstieg der Zahl voll schulfähiger Untergebrachter beigetragen haben dürfte.

Die weit verbreitete und auch vom Entwurf wiederholte These, der stetige Anstieg der Unterbringungszahlen beruhe in zahlenmäßig relevanter Art auf Fehlanreizen, wie sie in der Entwurfsbegründung ausführlich beschrieben sind, ist ebenfalls empirisch nicht belegt. Angeführt werden hier außer theoretischen Erwägungen zum Beleg lediglich „Stimmen aus der forensischen Praxis“, die beklagten, durch die Ausweitung der obergerichtlichen Rechtsprechung kämen zunehmend „Patienten mit hoher dissozialer Durchsetzungsfähigkeit zur Aufnahme [...], die außerhalb der Klinik einen Rückhalt in kriminellen Strukturen haben“⁵⁸ bzw. deren „Betäubungsmittelkonsum Teil des Lebensstils ist“⁵⁹. Außerdem werden immer wieder die Thesen von RiOLG Kollmeyer in einer auch im Internet zugänglichen ppt-Datei eines Vortrags aus dem Jahr 2013 zitiert, die in dem nicht belegten Pauschalfazit münden: „Bis zwei Jahre Freiheitsstrafe will sie keiner, ab drei Jahre wollen sie alle, und zwar zunehmend mit Höhe der Strafe“. Dies entspricht nicht der breiten richterlichen Erfahrung, sondern dürfte eine Einzelmeinung darstellen. In der richterlichen Praxis kommen sowohl süchtige Angeklagte mit einer Strafe von bis zu zwei Jahren vor, die im § 64 StGB eine Chance sehen und sich daher darauf einlassen wollen, selbst wenn das ihren nominellen Freiheitsentzug verlängert (was zudem bei Dauerbeurlaubungen aus dem Maßregelvollzug bei Fortdauer der formalen Vollstreckung nicht der von den Verur-

57 Anders wohl S. 26 des Referentenentwurfs.

58 *Schalast*, Missbrauch der Entziehungsanstalt, NStZ 2017, 433, 435.

59 S. 49 des Referentenentwurfs.

teilten erlebten Wirklichkeit entspricht), als auch Angeklagte mit hoher Straferwartung, die den Zusammenhang zwischen ihrer Straftat und ihrem Suchtmittelkonsum keinesfalls einsehen wollen oder die Unterbringung wegen der von ihnen fälschlicherweise angenommenen Nähe zu geistiger Krankheit als ehrenrührig empfinden und sie daher strikt ablehnen. Dementsprechend erlebt die Rechtspraxis kooperative und zugleich massiv unkooperative Beschuldigte, sobald eine Unterbringung nach § 64 StGB im Raum steht. In Einzelfällen muss auf § 126a StPO zurückgegriffen werden, um überhaupt die Rahmenbedingungen des Verfahrens gewährleisten zu können. Dies ist mit einer vermeintlichen „Flucht in die Unterbringung“ nicht vereinbar.

Zutreffender scheint es uns vielmehr, im Anstieg der Unterbringungsanordnung ebenso wie in der obergerichtlichen Rechtsprechung einen Beleg für den Erfolg des Maßregelvollzugs zu sehen. Die verantwortlichen Strafgerichte sehen gerade bei langen Freiheitsstrafen die Notwendigkeit eines behandlungsorientierten, die Legalbewährung des Verurteilten fördernden Vollzugs, wenn irgendein Ansatz für Behandlungsfähigkeit vorliegt, um den bekanntlich empirisch als destruktiv entlarvten langjährigen Verwahrvollzug zu vermeiden – und das ist es, was im Maßregelvollzug in vorbildlicher Weise angeboten wird. Für diese These spricht, dass sich die Abbruchquoten soweit erkennbar nicht verändert haben. Würde die These vom Missbrauch in relevanter Weise zutreffen, müssten die Abbruchquoten aber steigen – und selbst das könnte auch daran liegen, dass durch die Überbelegung eine vernünftige Behandlung auch hier nicht mehr vollumfänglich gewährleistet wäre. Zudem hat die strenge Rechtsprechung des BGH zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen zu besserer Sachaufklärung geführt. Auch hierauf dürfte ein Teil des Anstiegs beruhen und daher sachgerecht sein. Anders gesagt: Bisher hat die Rechtspraxis nicht selten die Augen vor Behandlungsbedarfen verschlossen – Sachverständige decken diese zuverlässig auf. Trotz der Pflicht zur Untersuchung durch einen Sachverständigen einen Missbrauch der Unterbringung zu mutmaßen, heißt auch, die fachliche Validität sachverständiger Analysen in Abrede zu stellen. Die dafür erforderlichen empirischen Evidenzen kann der Referentenentwurf wie gezeigt nicht vorweisen.

Hiermit soll nicht geleugnet werden, dass der BGH in manchen Entscheidungen insbesondere zum Hang und zur Mitkausalität des Hanges für die Tat übers Ziel hinauschießt.

Dennoch erscheint es vor dem Hintergrund dieser Überlegungen notwendig, sich über die drakonischen Strafrahmen insbesondere im BtMG Gedanken zu machen. Diese sind es, die zu extrem langen Strafen bei Drogendealern führen, welche selbst nur ein geringes Konsumproblem haben – auf diese Klientel richtet sich der Verdacht des Missbrauchs des Maßregelvollzugs. Dass die hohen Strafandrohungen nicht geeignet sind, Täter abzuschrecken, ist seit langem empirisch bewiesen. Daher sind sie nicht erforderlich, um die Volksgesundheit zu schützen. Wenn also der Missbrauch des § 64 StGB durch Drogendealer wirklich das entscheidende Problem wäre, könn-

te auch hier angesetzt werden – geringere Strafen, geringerer Anlass zum Missbrauch.

Dies vorweggeschickt, sieht auch die Neue Richtervereinigung Handlungsbedarf, um die Einweisungszahlen in den Maßregelvollzug zu reduzieren. Es erscheint notwendig, die vorhandenen, leider geringen Kapazitäten denen zugutekommen zu lassen, die sie am meisten für ihre Legalbewährung nach Verbüßung brauchen. Täter, die auch ohne Behandlung zu einem straffreien Leben zurückkehren können, sollten von der knappen Ressource Maßregelvollzug ausgenommen werden – auch wenn er ihnen ebenfalls besser täte als der Regelvollzug.

Zum Hangbegriff

Die NRV wendet sich im Ergebnis daher nicht dagegen, den Hang enger zu definieren. Dies beabsichtigt der Referentenentwurf durch eine Verschärfung des Hangbegriffs (mittels Legaldefinition) zu erreichen. Hiernach soll ein Hang nur vorliegen, wenn eine „dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert.“

Diese Formulierung stößt allerdings auf erhebliche Bedenken: So bleibt unklar, wann eine „dauernde [...] Beeinträchtigung“ nicht „fortdauert“. Der Begriff „dauernd“ beschränkt sich nicht nur auf eine längere Dauer der Beeinträchtigung, sondern impliziert auch das Noch-Andauern ebendieser Beeinträchtigung. Hier scheint eine überflüssige Doppelung vorzuliegen, die angesichts des Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art. 103 Abs. 2 GG sehr bedenklich ist.

Die Intension, die der Referentenentwurf verfolgt, ist angesichts der knappen Kapazitäten jedoch nachvollziehbar. Es wird der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung obliegen, die sozialen Folgen der Betäubungsmittelabhängigkeit nicht völlig auszublenken. Dabei wird der Auslegung des Merkmals „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ eine besondere Bedeutung zukommen. Zu beachten wird sein, dass sich Veränderungen in der Lebensführung zurückgezogen lebender Menschen weniger drastisch zeigen. Die schwerwiegende Beeinträchtigung für einzelne Lebensbereiche wird in diesen Fällen weit weniger plastisch.⁶⁰ Hier wird die Rechtspraxis einen Ausgleich zwischen der Therapie nur für Therapiebedürftige einerseits und Feststellung des Therapiebedarfs andererseits finden müssen.

2/3-Zeitpunkt

Im Ergebnis ist auch die Ausrichtung der Vorwegvollstreckung und der Strafaussetzung am 2/3- Zeitpunkt mit der möglichen Abweichung in Richtung Halbstrafenzeitpunkt bei besonderen Umständen aus unserer Sicht gerechtfertigt. Zwar beruht diese Änderung eigentlich auf der empirisch nicht belegten Missbrauchsthese. Da aber die Aussetzung in der Nähe des Zweidrittelzeitpunkts nach den Ausführungen im Refe-

⁶⁰ So aber S. 50 des Referentenentwurfs.

rentenentwurfde facto nahezu die Regel ist, erscheint diese Änderung auch im Interesse der Transparenz des bevorstehenden Freiheitsentzugs vertretbar.

Die damit einhergehende Verschärfung, insbesondere die Verlängerung des Vorwegvollzugs, macht allerdings aus unserer Sicht eine ausdrückliche Übergangsregelung erforderlich, die vorschreibt, dass die alten Strafen nach altem Recht zu vollstrecken sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶¹ wäre auf die Vollstreckung der alten Strafen das neue Recht anzuwenden. Dies könnte zu erheblichen Frustrationen bei den Gefangenen im Vorwegvollzug und bei den Untergebrachten sowie zu Unruhe in den Strafvollzugsanstalten und Maßregelanstalten führen, außerdem – mangels ausreichend erfolgtem Vorwegvollzug – zu einer noch stärkeren Überbelegung der letzteren, wenn die Verurteilten erst zum 2/3-Zeitpunkt entlassen werden, aber vorher nicht zurück in den Normalvollzug verlegt werden sollen, um das Erreichte dort nicht zu zerstören.

Überwiegend

Um Überarbeitung bittet die NRV aber bei der Formulierung, dass die Rauschtat „überwiegend“ auf den Hang zurückgehen soll. Das gesetzgeberische Anliegen, solche Personen von der Anordnung der Unterbringung auszunehmen, bei denen der Drogenkonsum „zum Lebensstil gehört“ und die „fest im kriminellen Milieu verwurzelt sind“, die also tatsächlich aus dissozialer Haltung heraus auch ohne den Konsum Straftaten begehen würden, ist zwar berechtigt. Die gewählte Formulierung geht aber weit über dieses Ziel hinaus. Sie wird der Komplexität der jeweiligen Täterbiographien nicht gerecht und wird in zahlreichen Fällen Anwendungsprobleme aufwerfen und zu Scheinlösungen führen. „Hangbedingte“ Tatmotivationen von „hangunabhängigen“ Tatmotivationen zu unterscheiden und sodann zu gewichten, wird häufig unmöglich oder nicht sinnvoll sein. Zum einen hängen viele äußere Tatmotivationen mittelbar mit dem Hang zusammen.⁶² Beispielsweise kann Armut abhängigkeitsbedingt sein,⁶³ Drogenhandel zur Erwirtschaftung des allgemeinen Lebensunterhalts soll jedoch einen Zusammenhang zwischen Hang und Tat nicht begründen.⁶⁴ Hier verlaufen die Grenzen schwimmend.⁶⁵ Desgleichen können soziale Konflikte, die in Gewaltdelikten enden, ihren Ursprung in einer Betäubungsmittel- oder – häufiger – Alkoholabhängigkeit haben: Man stelle sich einen Ehestreit nach deutlich übermäßigem Alkoholkonsum vor. War nun der Ehestreit überwiegend für die Tatbegehung maßgeblich, war es der Alkoholkonsum oder war gar der Alkoholkonsum Anlass für den Ehestreit?⁶⁶ Hier eine Gewichtung vorzunehmen und ein „Überwiegen“ festzu-

61 BGH NSTZ 2008, 28.

62 Vgl. zu dieser Problematik im Rahmen des § 35 BtMG bereits BeckOK BtMG/*Bohnen* § 35 Rn. 104 f.; doch auch hier kommt es nach **h.M.** nicht auf ein Überwiegen der Betäubungsmittelabhängigkeit an vgl. MüKo StGB/*Kornprobst* § 35 BtMG Rn. 45; Weber/*Kornprobst/Maier/Weber* § 35 Rn. 34 f.; enger aber wohl Patzak/*Volkmer/Fabricius/Fabricius* § 35 Rn. 96a (erhebliche Mitursächlichkeit) – hieran anschließend S. 52 des Referentenentwurfs.

63 Vgl. BGH BeckRS 2021, 35886 Rn. 18; BGH NSTZ-RR 2020, 168, 169; BeckOK StGB/*Ziegler* § 64 Rn. 7.

64 BGH NSTZ-RR 2020, 208, 209; BGH BeckRS 2016, 6147 Rn. 4.

65 Siehe auch S. 52 des Referentenentwurfs.

66 Vgl. MüKo StGB/*van Gemmeren* § 64 Rn. 43.

stellen, ist kaum in überprüfbarer Weise möglich und außerdem für die Behandlung des Täters nicht erforderlich.

Zum anderen ist auch und gerade die Verknüpfung zwischen dem Hang und psychischen Störungen, die sich nicht in der Diagnose „dissoziale Persönlichkeitsstörung“ erschöpfen, häufig unauflösbar. So leidet ein Mensch häufig stark unter seiner psychischen Störung oder Erkrankung. Wenn er psychotrope Substanzen im Übermaß konsumiert, dient dies häufig primär der Selbstbehandlung dieses auch unabhängig vom Alkohol oder Drogen vorliegenden Leidens. Den Unterzeichnern sind mehrere forensische Fälle bekannt, in denen die unter Schizophrenie oder auch „nur“ unter einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung leidenden meist männlichen Täter mangels Behandlungsmöglichkeiten Linderung in Betäubungsmitteln suchte. Gleichzeitig führt der Konsum aber zu Straftaten, sei es aggressiver Natur im Fall von Alkohol, sei es im Fall illegaler und daher teurer Drogen im Bereich der Vermögensdelikte. Gehen diese Straftaten nun überwiegend auf den Hang zurück oder überwiegend auf die psychische Störung oder Erkrankung, die vielleicht der einzige Grund für den Konsum ist? Wenn hier die Sucht nicht behandelt wird, sondern die betroffene Person nur in den Strafvollzug kommt, besteht nicht die geringste Chance, ihr einen Weg aus der Sucht und einen anderen Umgang mit ihrer Grunderkrankung aufzuzeigen und damit auch ihrer Kriminalität ein Ende zu setzen. Mit der derzeit gewählten Formulierung besteht aber die Gefahr, dass das Merkmal des „Überwiegens“ nicht begründet und daher die Maßregel nicht angeordnet werden könnte, auch wenn alle Beteiligten dies als das einzig Sinnvolle ansehen würden. Auch der Maßregelvollzug hat sich bekanntlich längst der Behandlung von Doppeldiagnosen geöffnet und hierfür spezielle Behandlungsprogramme aufgesetzt. Die weitergehende Unterbringung nach § 63 StGB ist in den allermeisten Fällen keine Alternative!

Zur Erfolgsprognose

Zwei weitere der vorgeschlagenen Veränderungen führen nach Auffassung der NRV zu einem inneren Widerspruch des Reformvorhabens: Wenn nur noch solche Personen in den Genuss des § 64 StGB kommen sollen, deren Substanzkonsumstörung zu einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit geführt hat, gleichzeitig aber ein „höherer Grad an Wahrscheinlichkeit“ für die Erfolgsprognose gefordert wird, droht die Gefahr, dass nahezu niemand mehr diese Voraussetzungen erfüllt. Denn ein wichtiger positiver Prognosefaktor der Therapiefähigkeit ist, wie im Entwurf selbst ausgeführt wird, dass die Sucht noch nicht verfestigt ist – gerade diese Personen sollen aber aus dem Maßregelvollzug herausgehalten werden. Dann aber wird die Erfolgsaussicht möglicherweise nicht mit höherer Wahrscheinlichkeit festgestellt werden können. Denn allgemein ist die Erfolgsprognose unsicher, wie die recht konstante Abbruchquote von um die 50 % deutlich macht. Zudem hat die empirische Forschung nach Prädiktoren der Behandelbarkeit noch keine belastbaren Erkenntnisse

erzielt.⁶⁷ Ganz unabhängig davon ist es in einem die Würde des Einzelnen achtenden Strafverfahren problematisch, dem Individuum anhand statistischer Prognosetafeln eine Veränderungsfähigkeit abzusprechen. Die Kombination aus Verschärfung des Hangbegriffs und Verschärfung der Therapieprognose verengt die Anwendbarkeit des § 64 StGB zu stark.

Zur sofortigen Vollstreckbarkeit

Der nächste Widerspruch im Konzept ist bei der sofortigen Vollstreckbarkeit der Abbruchsentscheidung festzustellen – wenn nämlich zuvor gutachterlich und gerichtlich eine höhere Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs festgestellt wurde, erscheint es wenig nachvollziehbar, dass der Proband vor Entscheidung über sein Rechtsmittel in den Normalvollzug zurückverlegt werden soll.

Die NRV hält es daher für inhaltlich richtiger und in der Rechtsanwendung ehrlicher, es bei der bisherigen Formulierung der Erfolgsaussicht und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu belassen. Diese erlaubt es durchaus, ungeeignete Fälle bereits jetzt zu benennen. Dies wird bereits daraus deutlich, dass im Entwurf zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung zur jetzigen Rechtslage zitiert werden, in denen in Zukunft keine Maßregel angeordnet werden soll – aber auch bisher nicht wurde.

Unter dieser Voraussetzung wäre auch eine sofortige Vollstreckbarkeit der erstinstanzlichen Abbruchsentscheidung im Interesse der Behandlungskapazitäten im Maßregelvollzug, aber auch der Betroffenen selbst, die während des Rechtsmittelverfahrens ohnehin aus dem Behandlungssetting der Maßregeleinrichtung herausgenommen werden, aus der Sicht der NRV hinnehmbar.

Verhältnis zu § 35 BtMG

Leider schweigt der Referentenentwurf zu der Frage des Anordnungsverhältnisses zwischen § 64 StGB einerseits und § 35 BtMG andererseits. Bekanntlich geht die Rechtsprechung derzeit davon aus, dass § 64 StGB angeordnet werden muss, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, auch wenn der Angeklagte bereit wäre, eine Therapie nach § 35 BtMG anzutreten. *Schalast* fordert in seinem Beitrag⁶⁸ zu Recht, dass die Gerichte hier mehr Spielraum bekommen müssen. Er trägt vor, dass sowohl die Abbruchquote als auch der positive Ertrag der Behandlungen im Rahmen von § 64 StGB und von § 35 BtMG vergleichbar sind. Es kommt in der gerichtlichen Praxis nach unserer Erfahrung immer wieder vor, dass ein Angeklagter bereits mithilfe der Drogenberatung die Kostenzusage für einen Therapieplatz nach § 35 BtMG erhalten hat und eine solche Therapie bei der nächsten freiwerdenden Stelle antreten könnte und würde. Befand sich ein stark süchtiger und therapiewilliger und –fähiger Angeklagter, der zu einer Freiheitsstrafe von 2 ½ oder drei Jahren verurteilt wurde, beispielsweise bereits acht Monate in U-Haft und könnte voraussichtlich in zwei bis drei Monaten im Wege der Rückstellung eine Therapie nach § 35 BtMG antreten,

67 *Querengässer*, Abbruchgründe und Risikofaktoren für Therapieabbrüche nach § 64 StGB, 2014, S. 11 ff.

68 *Schalast*, Missbrauch der Entziehungsanstalt, NStZ 2017, 433, 438.

erscheint es geradezu widersinnig, ihn stattdessen in die Maßregel des § 64 StGB einzuweisen, hat diese doch gegenüber der Therapie nach § 35 BtMG keine effektiven Vorteile, ist aber wesentlich teurer. Dennoch muss genau dies nach der heutigen Rechtslage geschehen. Die NRV fordert daher, das Reformpaket um eine Vorschrift zu erweitern, die es erlaubt, in geeigneten Fällen von der Anordnung des § 64 StGB abzusehen, wenn stattdessen mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Therapie im Wege einer Zurückstellung der Strafe nach § 35 BtMG durchgeführt werden kann.

Ausbau der Unterbringungskapazitäten und Organisationshaft

Problematisch erscheint schließlich die Verknüpfung der Frage der Reststrafenaussetzung mit dem Vorwegvollzug gem. § 67 Abs. 2 S. 2, 3 StGB.⁶⁹ Bekannt ist, dass es wiederholt zu Komplikationen beim Vollzug von Unterbringungen gem. § 64 StGB mangels Therapieplätzen kommt und deshalb auf die sog. Organisationshaft⁷⁰ zurückgegriffen wird.⁷¹ Eine hierfür ~~eigentlich~~ erforderliche Rechtsgrundlage fehlt bis heute.⁷² Das Bundesverfassungsgericht hat zutreffend ~~ermaßen~~ strenge Anforderungen an die Organisationshaft formuliert und prüft insbesondere, ob durch lange Verzögerungszeiten zwischen Urteilsspruch und Maßregelbeginn Sinn und Zweck der Maßregel unterlaufen wird.⁷³

„Verfassungsrechtlich geboten ist es, dass die Vollstreckungsbehörden auf den konkreten, von der Rechtskraft des jeweiligen Urteils abhängigen Behandlungsbedarf unverzüglich reagieren und in beschleunigter Weise die Überstellung des Verurteilten in eine geeignete Einrichtung, welche sich unter Umständen auch außerhalb des jeweiligen Bundeslandes befinden kann, herbeiführen.“⁷⁴

Anders als noch 2006 scheidet die zeitnahe Maßregelvollstreckung nicht am Verschulden der Vollzugsbehörden. Die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zur unverzüglichen Veranlassung der Unterbringung⁷⁵ werden in der Praxis weitgehend eingehalten.⁷⁶ Allein: Es fehlen Unterbringungsplätze.⁷⁷ Das OLG Naumburg formuliert diesbezüglich:

„Aus den vom BVerfG aufgestellten Anforderungen folgt allerdings nicht die Pflicht, jederzeit einen Behandlungsplatz zur Verfügung stellen zu können. Vielmehr ist ein mögliches Zuwarten auf einen freiwerdenden Platz – bei Beachtung der Vorgabe einer unverzüglichen Anmeldung des Bedarfs – immanent. Wird ein Behandlungsplatz erst mittelfristig oder langfristig frei oder ist nicht absehbar, wann ein solcher zur Verfügung steht, ist die Vollstreckungsbehörde

69 Siehe insbesondere S. 33 des Referentenentwurfs „Strafrabatt“ wegen Vorwegvollzuges (!).

70 BVerfG NJW 2006, 427.

71 MüKo StGB/Maier § 67 Rn. 130.

72 MüKo StGB/Maier § 67 Rn. 131; *Trennhaus*, Der Vollzug von Organisationshaft; StV 1999, 511 ff.; a.A. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 95; OLG Düsseldorf NStZ 2021, 442 Rn. 7; OLG Brandenburg NStZ 2000, 500, 502; *Linke*, Zwischenhaft, Vollstreckungshaft, Organisationshaft, JR 2015, 358, 362.

73 BVerfG NJW 2006, 427, 429.

74 BVerfG NJW 2006, 427, 429.

75 BVerfG NJW 2006, 427, 429.

76 Anders OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 95, 96 (gravierendes Justizversäumnis).

77 Vgl. OLG Naumburg NStZ-RR 2022, 158; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 44326 Rn. 19 f.; OLG Braunschweig BeckRS 2020, 21918 Rn. 26; OLG Düsseldorf NStZ 2021, 442, 443 Rn. 19 mit Blick auf die Corona-Pandemie.

gehalten, sich um alternative Plätze, ggf. außerhalb des jeweiligen Bundeslandes zu bemühen.“⁷⁸

Bode hält die strukturellen Defizite bei den Unterbringungsplätzen zutreffend für „unverantwortlich und nicht hinnehmbar“.⁷⁹ Das Kammergericht mahnte diese Pflicht bereits mit deutlichen Worten an.⁸⁰

Es steht zu befürchten, dass die hier vorgeschlagene Regelung dazu dient, die Länder von der Pflicht zur Schaffung hinreichender Unterbringungskapazitäten zu entlasten, indem durch die Verschiebung des Strafrestbewährungszeitpunkts mehr Raum für Vorwegvollzug gem. § 67 Abs. 2 S. 2, 3 StGB geschaffen wird. Dieser beeinflusst die Dauer und den Beginn von Organisationshaft maßgeblich.⁸¹ So kann vor Vollstreckung der Maßregel Freiheitsstrafe vollstreckt werden, was die Problematik der Organisationshaft erleichtert. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass der Referentenentwurf die Bedeutung des Halbstrafenzeitpunkts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Mindestlänge der Freiheitsstrafe bei Vorwegvollzug betont.⁸²

Diese Bedenken lassen sich nur ausräumen, wenn die Reform des Reststrafenaussetzungszeitpunkts mit einer strukturellen Reform der Organisationshaft einhergeht. Rechtliche Rahmenbedingungen, Mindestsicherungsmechanismen und eine strukturell verbesserte Ausstattung mit forensischen Unterbringungskapazitäten müssen sichergestellt werden. Die Länder kommen seit Jahren ihrer Verpflichtung nicht nach, genügend Plätze in Entziehungsanstalten zu schaffen, um den tatsächlichen Behandlungsbedarf zu adressieren. Der Bundesgesetzgeber darf dieses Umsetzungsdefizit nicht noch befeuern.

Die NRV erachtet es als vordringliche Aufgabe eines gerechten und auf Rehabilitation (oder doch Resozialisierung?)ausgerichteten Strafvollzugs, für ausreichend Behandlungskapazitäten betäubungsmittelsüchtiger Verurteilter zu sorgen. Das Erwachsenenstrafrecht mit seiner haftzentrierten Sanktionsordnung wird dem kriminogenen Potential der Betäubungsmittelabhängigkeit nur Herr, wenn diese Ursache wirksam bekämpft wird.

Abweichende Vorschläge

Im Folgenden sollen die hier unterbreiteten Vorschläge noch einmal stichwortartig zusammengefasst werden:

- Einführung einer Arbeitersatzleistung vor Ersatzfreiheitsstrafe
- Ausweitung der Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB
- Übernahme der Begriffsdefinition aus Art. 3d der Istanbul-Konvention

78 OLG Naumburg NStZ-RR 2022, 158; vgl. auch OLG Düsseldorf NStZ 2021, 442, 443 Rn. 14 f.; KG BeckRS 2020, 53092 Rn. 18.

79 Bode, Anm. zu OLG Naumburg, NStZ-RR 2022, 158, 159.

80 KG BeckRS 2020, 53092 Rn. 17.

81 Vgl. OLG Oldenburg BeckRS 2021, 5372 Rn. 16; OLG Braunschweig BeckRS 2020, 21918 Rn. 25.

82 S. 35 des Referentenentwurfs.

- Reform des § 211 StGB und umfassende Überarbeitung des StGB mit Blick auf strukturelle geschlechtsspezifische Diskriminierung
- Zuordnung der psychiatrischen Therapie zu § 56c Abs. 3 Nr. 1 StGB
- Anpassung des § 10 Abs. 2 JGG an die neue Rechtslage
- Soll-Regelung der Beiziehung eines Sachverständigen zur Verhängung von Therapieweisungen ungeachtet der maßgeblichen Strafnorm
- Einführung einer zweistufigen Therapieweisung (zuerst vorbereitende Untersuchung, dann Therapieweisung)
- Beibehaltung des bisherigen Maßstabs für die Erfolgsprognose in § 64 StGB
- Übergangsvorschrift für die Anwendbarkeit der neuen 2/3-Regelung im Bereich des Maßregelvollzugs: erst für Urteile nach neuem Recht
- Möglichkeit des Absehens von § 64 StGB zu Gunsten der Zurückstellung nach § 35 BtMG
- Regelung der Organisationshaft
- Bereitstellung hinreichender Therapieplätze

Für die Neue Richtervereinigung

Simon Pschorr

Staatsanwalt, derzeit abgeordnet an die Universität Konstanz

Susanne Müller

Vorsitzende Richterin am LG Freiburg