

# Referentenentwurf

## des Bundesministeriums der Justiz

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

#### A. Problem und Ziel

Das Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches (StGB) bedarf in mehrfacher Hinsicht der Anpassung an aktuelle Entwicklungen. Zugleich sollen dabei Resozialisierung und Prävention sowie der Schutz vor Diskriminierungen gestärkt werden. Dieser Überarbeitungsbedarf, der auch im Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP festgestellt wurde, bezieht sich auf die folgenden vier Bereiche:

- Die Anzahl der verurteilten Personen, die wegen Nichtzahlung einer gegen sie verhängten Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, ist in den letzten zwei Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen. Gleichzeitig sind die Möglichkeiten der Resozialisierung im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe beschränkt. Neben den Möglichkeiten der Länder, durch praktische Maßnahmen diesen Vollzug möglichst zu vermeiden, soll auch bundesrechtlich eine substantielle Reduzierung der zu vollstreckenden Ersatzfreiheitsstrafen befördert werden.
- Straftaten, die durch das Geschlecht des Opfers oder seine sexuelle Orientierung motiviert sind, haben erhebliche praktische Relevanz. Nicht nur die Zahl der Gewalttaten gegen Frauen innerhalb von Partnerschaften ist in den letzten Jahren gestiegen, auch von Hassreden, namentlich im Internet, sind Frauen in spezifischer Weise betroffen. Lesbische, schwule, bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Personen sowie andere queere Menschen (LSBTI) sind ebenfalls – in der analogen und in der digitalen Welt – zunehmend Opfer von Hassdelikten. Zwar können bereits heute auf das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung des Opfers bezogene Hassmotive im Rahmen des § 46 StGB als „menschenverachtende“ Beweggründe strafscharfend berücksichtigt werden. Diese Vorgabe soll jedoch bekräftigt und verstärkt werden.
- Die Möglichkeiten, im Rahmen von Bewährungsaussetzungen und vorläufigen Einstellungsentscheidungen durch ambulante Maßnahmen spezialpräventiv auf Straftäter einzuwirken, sollen bekräftigt und ausgebaut werden.
- Im Maßregelrecht, das im besonderen Maße der Prävention und Resozialisierung dient, ist in den letzten Jahren ein kontinuierlicher Anstieg der Zahl der Personen zu verzeichnen, die in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB untergebracht sind. Dieser Anstieg ist in vielen Ländern verbunden mit einem Anstieg der durchschnittlichen Unterbringungsdauer sowie einem deutlichen Wandel in der Struktur der Klientel. So werden nach Praxisberichten in nicht unerheblichem Umfang Personen den Entziehungsanstalten zugewiesen, bei denen keine eindeutige Abhängigkeitserkrankung vorliegt, und teilweise scheint die Möglichkeit einer Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt, gerade bei hohen Begleitstrafen, aus Sicht der Verurteilten einen sachwidrigen Anreiz für die Unterbringung in der Entziehungsanstalt zu setzen. Daher soll die Unterbringung wieder stärker auf wirklich behandlungsbedürftige und -fähige Täterinnen und Täter fokussiert und so zur Entlastung der Entziehungsanstalten – zumindest im Sinne eines Abbremsens des langjährigen Anstiegs der Unterbringungszahlen – beigetragen werden. Ermöglichen sollen dies die im Januar 2022 veröffentlichten Gesetzesvorschläge

einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die im Auftrag von Gesundheits- und Justizministerkonferenz den Novellierungsbedarf bei den Regelungen zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt geprüft hat.

## B. Lösung

Der Entwurf schlägt vor:

- Der Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 StGB wird so geändert, dass statt einem zukünftig zwei Tagessätze einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen. Dadurch halbiert sich die Anzahl der Tage der an die Stelle der Geldstrafe tretenden Ersatzfreiheitsstrafe, was es der verurteilten Person zudem erleichtern kann, deren Vollstreckung ganz zu vermeiden. Zusätzlich sollen vollstreckungsrechtliche Ergänzungen dazu beitragen, dass die verurteilte Person stärker bei der Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafe unterstützt wird.
- „Geschlechtsspezifische“ sowie „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Tatmotive werden als weitere Beispiele für menschenverachtende Beweggründe und Ziele ausdrücklich in die Liste der nach § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB bei der Strafzumessung besonders zu berücksichtigenden Umstände aufgenommen.
- Die Möglichkeit einer Therapieweisung im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56c StGB), der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59a StGB) und des Absehens von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen (§ 153a der Strafprozessordnung – StPO) wird ausdrücklich normiert; bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt wird zusätzlich die Möglichkeit einer Anweisung geschaffen, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen (Arbeitsaufgabe).
- Im Maßregelrecht werden die Anordnungsvoraussetzungen für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB-E in mehrfacher Hinsicht enger gefasst. Der regelmäßige Zeitpunkt für eine Reststrafenaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt wird, auch für die Berechnung eines etwaigen Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe, an den bei der reinen Strafvollstreckung üblichen Zweidrittelzeitpunkt angepasst (§ 67 Absatz 2 und 5 StGB-E). In der StPO wird klarstellend die sofortige Vollziehbarkeit für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB normiert, mit denen die Behandlung wegen Erfolglosigkeit für erledigt erklärt wird (§ 463 Absatz 6 Satz 3 StPO-E).

Damit werden zugleich die Vorgaben des Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP umgesetzt.

Eine angemessene Ahndung von Straftaten gegen Frauen und Mädchen fördert auch die Erreichung von Ziel 5 der Agenda 2030 für eine nachhaltige Entwicklung („Geschlechtergleichstellung erreichen und alle Frauen und Mädchen zur Selbstbestimmung befähigen“). Weiterhin unterstützt der Entwurf, insbesondere durch die Stärkung des Resozialisierungsgedankens, die Erreichung von Ziel 16 („Friedliche und inklusive Gesellschaften für eine nachhaltige Entwicklung fördern“).

## C. Alternativen

Keine Anpassung des Sanktionenrechts des StGB an aktuelle Entwicklungen und damit auch keine Stärkung von Resozialisierung und Prävention sowie des Schutzes vor Diskriminierungen.

Bei der Ersatzfreiheitsstrafe wurde – alternativ zur Halbierung des Umrechnungsmaßstabs – deren gänzliche Abschaffung vorgeschlagen (vgl. Gesetzesentwurf der Fraktion DIE

LINKE, Bundestagsdrucksache 19/1689). Dies aber würde die wirksame Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bei der Geldstrafe grundsätzlich in Frage stellen. Gegen die ebenfalls bereits vorgeschlagene Hochstufung der gemeinnützigen Arbeit als primäre Ersatzstrafe (Bundestagsdrucksache 15/2725) spricht unter anderem, dass sie kein Zurückdrängen der Zahl der zu vollstreckenden Ersatzfreiheitsstrafen erwarten ließe.

## **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Für den Bund und für die Länder einschließlich Kommunen fallen keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand an.

## **E. Erfüllungsaufwand**

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Keiner.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Keiner.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Keine.

### **E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Für Bund und Kommunen fällt kein Erfüllungsaufwand der Verwaltung an.

Durch die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes bei der Umrechnung von Geld- in Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 StGB kann sich grundsätzlich die Anzahl der zu vollstreckenden Tage Ersatzfreiheitsstrafe halbieren; dadurch können sich die Kosten der Länder für den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafen um geschätzt 60 bis 70 Millionen Euro reduzieren.

Die Ergänzungen in den §§ 46, 56b, 59a StGB und § 153a StPO lassen schon aufgrund ihres überwiegend klarstellenden Charakters keine substantiellen Mehrkosten bei den Ländern erwarten.

Auch die Neuregelungen zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB dürften für die Länder insgesamt jedenfalls nicht zu Mehrkosten führen. Dabei würden Einsparungen im Vollzug der Unterbringungen nach § 64 StGB Mehrkosten für den Vollzug von Strafhaft gegenüberstehen. Diese Mehrkosten dürften aber deutlich unterhalb der Einsparungen liegen, auch wenn deren genauer Umfang nicht prognostiziert werden kann (dazu näher unter der Begründung im Allgemeinen Teil unter VI. 4.).

## **F. Weitere Kosten**

Es sind keine substantiellen Mehrkosten im justiziellen Kernbereich bei Bund und Ländern zu erwarten. Die vorgeschlagenen Neuregelungen enthalten nur die Änderung eines kraft

Gesetzes wirksamen materiell-rechtlichen Umrechnungsmaßstabes (§ 43 StGB-E), bekräftigen Kriterien für die Strafzumessung (§ 46 StGB-E), bekräftigen und erweitern moderat mögliche Auflagen und Weisungen (§§ 56c, 59a StGB-E, § 153a StPO-E) und konkretisieren und modifizieren überwiegend bereits vorhandene Anordnungs- und Prognosemerkmale (§§ 64, 67 StGB-E), so dass mit einer statistisch nachweisbaren Zunahme von Strafverfahren bzw. deren Dauer nicht zu rechnen ist (dazu näher unter der Begründung im Allgemeinen Teil unter VI. 5.).

## Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

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

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

#### Artikel 1

#### Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 43 wird wie folgt geändert:
  - a) In Satz 1 wird das Wort „**Freiheitsstrafe**“ durch das Wort „**Ersatzfreiheitsstrafe**“ ersetzt.
  - b) In Satz 2 werden die Wörter „**Einem Tagessatz**“ durch die Wörter „**Zwei Tagessätzen**“ und das Wort „**Freiheitsstrafe**“ durch das Wort „**Ersatzfreiheitsstrafe**“ ersetzt.
2. In § 46 Absatz 2 Satz 2 werden nach dem Wort „**antisemitische**“ ein Komma und die Wörter „**geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete**“ eingefügt.
3. § 56c Absatz 2 wird wie folgt geändert:
  - a) In Nummer 4 wird das Wort „**oder**“ am Ende durch ein Komma ersetzt.
  - b) In Nummer 5 wird der Punkt am Ende durch das Wort „**oder**“ ersetzt.
  - c) Folgende Nummer 6 wird angefügt:

„**6. sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung).**“
4. § 59a Absatz 2 wird wie folgt geändert:
  - a) Satz 1 wird wie folgt geändert:
    - aa) Nach Nummer 3 wird folgende Nummer 4 eingefügt:

„**4. sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen,**“.
    - bb) Die bisherige Nummer 4 wird Nummer 5 und vor dem Komma am Ende werden ein Komma und die Wörter „**einschließlich sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung)**“ eingefügt.

- cc) Die bisherigen Nummern 5 und 6 werden die Nummern 6 und 7.
- b) In Satz 2 werden die Wörter „Nummer 3 bis 6“ durch die Wörter „Nummer 3 bis 7“ ersetzt.
5. § 64 wird wie folgt geändert:
- a) In Satz 1 werden die Wörter „sie im Rausch begangen hat oder die“ durch das Wort „überwiegend“ ersetzt und werden vor dem Punkt am Ende die Wörter „; der Hang erfordert eine Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert“ eingefügt.
- b) In Satz 2 werden die Wörter „eine hinreichend konkrete Aussicht besteht“ durch die Wörter „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist“ ersetzt.
6. § 67 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 2 Satz 3 werden nach den Wörtern „Strafe ist“ die Wörter „in der Regel“ und nach der Angabe „Satz 1“ die Angabe „erster Halbsatz“ eingefügt.
- b) Absatz 5 Satz 1 wird wie folgt gefasst:
- „Wird die Maßregel vor der Strafe oder vor einem Rest der Strafe vollzogen, so setzt das Gericht die Vollstreckung des Strafrestes unter den Voraussetzungen des § 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3 und Satz 2 zur Bewährung aus, wenn zwei Drittel der Strafe erledigt sind; das Gericht kann die Aussetzung auch schon nach Erledigung der Hälfte der Strafe bestimmen, wenn die Voraussetzungen des § 57 Absatz 2 entsprechend erfüllt sind.“

## Artikel 2

### Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. März 2022 (BGBl. I S. 571) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 153a Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- a) Satz 2 wird wie folgt geändert:
- aa) In Nummer 6 wird das Wort „oder“ am Ende durch ein Komma ersetzt.
- bb) In Nummer 7 wird der Punkt am Ende durch das Wort „oder“ ersetzt.
- cc) Folgende Nummer 8 wird angefügt:
- „8. sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung).“
- b) In Satz 3 werden die Wörter „Nummer 4 und 6“ durch die Wörter „Nummer 4, 6 und 8“ ersetzt.

2. In § 246a Absatz 2 werden die Wörter „§ 153a dieses Gesetzes oder nach den §§ 56c, 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4“ durch die Wörter „§ 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 dieses Gesetzes oder nach § 56c Absatz 2 Nummer 6, § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 5“ ersetzt.
3. Dem § 459e Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:  
  
„Vor der Anordnung ist der Verurteilte darauf hinzuweisen, dass ihm gemäß § 459a Zahlungserleichterungen bewilligt werden können und ihm gemäß Rechtsverordnung nach Artikel 293 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch gestattet werden kann, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch freie Arbeit abzuwenden; besteht Anlass zu der Annahme, dass der Verurteilte der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist, soll der Hinweis in einer ihm verständlichen Sprache erfolgen.“
4. In § 463 Absatz 6 Satz 3 werden vor dem Punkt am Ende die Wörter „; für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 des Strafgesetzbuches bleibt es bei der sofortigen Vollziehbarkeit (§§ 307 und 462 Absatz 3 Satz 2)“ eingefügt.
5. § 463d wird wie folgt gefasst:

#### „§ 463d

#### Gerichtshilfe

Zur Vorbereitung der nach den §§ 453 bis 461 zu treffenden Entscheidungen kann sich das Gericht oder die Vollstreckungsbehörde der Gerichtshilfe bedienen. Dies kommt insbesondere in Betracht vor einer Entscheidung

1. über den Widerruf der Strafaussetzung oder der Aussetzung eines Strafrestes, sofern nicht ein Bewährungshelfer bestellt ist,
2. über die Anordnung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe, um die Abwendung der Anordnung oder Vollstreckung durch Zahlungserleichterungen oder durch freie Arbeit zu fördern.“

### **Artikel 3**

#### **Änderung des Wehrstrafgesetzes**

In § 11 Satz 2 des Wehrstrafgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Mai 1974 (BGBl. I S. 1213), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 8 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist, werden die Wörter „Einem Tagesatz“ durch die Wörter „Zwei Tagessätzen“ ersetzt.

### **Artikel 4**

#### **Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch**

Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 14. September 2021 (BGBl. I S. 4250) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Artikel 293 Absatz 3 werden nach der Angabe „§ 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3“ die Wörter „und § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4“ eingefügt.
2. Vor Artikel 317 wird folgender Artikel 316... [einsetzen: bei der Verkündung nächster freier Buchstabenzusatz] eingefügt:

„Artikel 316[einsetzen: bei der Verkündung nächster freier Buchstabenzusatz]

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Für die Vollstreckung von vor dem ... [einsetzen: Tag des Inkrafttretens nach Artikel 5 dieses Gesetzes] rechtskräftig verhängten Geldstrafen gelten § 43 des Strafgesetzbuches und § 11 des Wehrstrafgesetzes jeweils in der vor diesem Tag geltenden Fassung.“

## **Artikel 5**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am ...[einsetzen: erster Tag des ersten auf die Verkündung folgenden Quartals] in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

Das Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches (StGB) bedarf in mehrfacher Hinsicht der Anpassung an aktuelle Entwicklungen. Zugleich sollen dabei Resozialisierung und Prävention sowie der Schutz vor Diskriminierungen gestärkt werden. Demgemäß bestimmt der Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, das Sanktionensystem einschließlich Ersatzfreiheitsstrafen, Maßregelvollzug und Bewährungsaufgaben mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung zu überarbeiten und in den Katalog der Strafzumessungsumstände des § 46 Absatz 2 StGB explizit geschlechtsspezifische und homosexuellenfeindliche Beweggründe aufzunehmen (Seiten 106 und 119). Konkret ergibt sich der folgende Novellierungsbedarf für die Bereiche Ersatzfreiheitsstrafe (1.), Strafzumessung (2.), Auflagen und Weisungen (3.) sowie für das Maßregelrecht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (4.):

##### **1. Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB)**

###### **a) Die Ersatzfreiheitsstrafe und die mit ihrer tatsächlichen Vollstreckung verbundenen Probleme**

Auch wenn die Ersatzfreiheitsstrafe echte Strafe ist, kein Beugemittel (vgl. nur Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 43 Rn. 2), ist es ihre zentrale Aufgabe, als Druckmittel eine effektive Durchsetzung der Geldstrafe zu ermöglichen. Dies ist umso bedeutender, als die Geldstrafe in der Praxis die mit großem Abstand wichtigste Sanktion des deutschen Strafrechts ist. So lauteten 2020 mit 554 614 Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht 86 % aller Strafurteile auf Geldstrafe (vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2020, Fachserie 10, Reihe 3, 2.3, S. 96). Die Ersatzfreiheitsstrafe sichert damit im weiten Bereich der mittleren und einfachen Kriminalität die repressive und präventive Wirksamkeit der Geldstrafe (vgl. MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 2 sowie LK-Grube, StGB, 13. Auflage 2022, § 43 Rn. 1, dort mit dem, wenn auch etwas überhöhten, Hinweis, die Ersatzfreiheitsstrafe sei das „Rückgrat“ der Geldstrafe). Vor diesem Hintergrund hat sich auch eine von der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die 2019 nach über dreijährigen intensiven Beratungen ihren Abschlussbericht zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“ vorgelegt hat, für eine Beibehaltung der Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen. Die Ersatzfreiheitsstrafe erfülle danach grundsätzlich ihre Funktion, da von ihrer drohenden Vollstreckung ein wesentlicher Tilgungsdruck ausgehe. In einer Vielzahl von Fällen würden zunächst Zahlungsunwillige sowohl kurz vor als auch noch nach Strafantritt die Geldstrafe zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe zahlen, was auch eine Untersuchung des Kriminologischen Dienstes Nordrhein-Westfalen aus 2018 belege. Danach wurden selbst nach Haftantritt in knapp 50 % der Fälle die Geldstrafe, ganz überwiegend durch eigenes Geld, gezahlt (47,1 %), oder eine Ratenzahlung (1,8 %) vereinbart (oder beides: 0,5 %), so dass 63 % der Haftzeit nicht vollstreckt werden musste (vgl. Lobitz/Wirth, Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen, 2018, Anhangstabelle A16, S. 38, jeweils bezogen auf die erste Ersatzfreiheitsstrafe). Daher sei auch echte Zahlungsunfähigkeit keineswegs regelmäßig ursächlich für die Verbüßung von Ersatzfreiheitsstrafe, zumal auch Transferleistungsempfänger in aller Regel Einkünfte oberhalb des Existenzminimums erhielten. Aber auch in den Fällen, in denen tatsächlich Mittellosigkeit vorliege, sei ein Sanktionsverzicht trotz der Begehung kriminellen Unrechts nicht gerechtfertigt (zumal schon nach geltendem Recht die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnüt-

zige Arbeit abgewendet werden kann, vgl. Artikel 293 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, EGStGB, und die entsprechenden, in allen Ländern erlassenen Rechtsverordnungen zum „Schwitzen statt Sitzen“). Ohne den Tilgungsdruck der Ersatzfreiheitsstrafe sei hingegen zu befürchten, dass die Zahl derer, die die Geldstrafe begleichen können, aber nicht wollen, deutlich wachse und das Strafrecht langfristig seiner Funktion der Verhaltenssteuerung und des Rechtsgüterschutzes nicht mehr gerecht werden könne. Dies alles spreche für eine Beibehaltung der Ersatzfreiheitsstrafe als Druckmittel und letztmögliches Mittel zur Vollstreckung von Geldstrafen. Die 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 5. und 6. Juni 2019 hat sich dem im Ergebnis angeschlossen.

Ebenso besteht jedoch ein breiter Konsens, dass die tatsächliche Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe grundsätzlich so weit wie möglich vermieden werden sollte. Dies liegt zum einen daran, dass die vom Gericht verhängte und damit als schuldangemessen bewertete Strafe die Geldstrafe ist, nicht eine Freiheitsentziehung, und zum anderen die zumeist sehr kurze Haftzeit von durchschnittlich etwa 30 bis 60 Tagen (vgl. Kindhäuser/Neumann/Paefgen-Albrecht, StGB, 5. Auflage 2017, § 43 Rn. 2: 30 Tage; Lobitz/Wirth, KrimD NRW 2018, 14, 18, für Nordrhein-Westfalen: 60 Tage, von denen aber durchschnittlich nur 38 Tage tatsächlich vollstreckt wurden) in der Regel nicht ausreicht, um eine wirkliche Resozialisierung zu erreichen (vgl. MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 2; Lobitz/Wirth, a. a. O., 15, 21; Teschner, Forum Strafvollzug 2018, 30, 31; Adam, Bewährungshilfe 2021, 374, 377); in bestimmten Konstellationen kann der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe sogar zu einer weiteren Entsozialisierung führen, etwa durch den Verlust der Wohnung oder des Arbeitsplatzes (vgl. Arendt, Quo vadis, Geldstrafe?, 2012, S. 28; Schall, NStZ 1985, 104, 106). Zwar kann die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe im Einzelfall durchaus auch spezialpräventive Vorteile mit sich bringen. So haben die Erörterungen in der vorstehend genannten Bund-Länder-Arbeitsgruppe gezeigt, dass es trotz intensiver Bemühungen und Unterstützungsmaßnahmen durch soziale Dienste und freie Träger Verurteilte gibt, die die in den Ländern zur Verfügung stehenden Hilfsangebote zur Vermeidung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht annehmen. Die Inhaftierung gebe daher den Sozialdiensten häufig erstmals die Möglichkeit, die Betroffenen mit – wenn auch niedrigschwelligen – Unterstützungs- und Hilfsangeboten gezielt zu erreichen. Dies führe dazu, dass ein Teil der Betroffenen in den Vollzugsanstalten erstmals Angebote zur Verkürzung von Ersatzfreiheitsstrafen nutze. Unterstützend wirke dabei, dass die Justizvollzugsanstalt aufgrund der festen Ablaufstrukturen ein Ort sei, der Betroffene dazu anhalte, sich wieder an einen geordneten Tagesablauf zu gewöhnen. Diese im Einzelfall möglichen Vorteile können jedoch nicht aufwiegen, dass die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe zumeist gerade keine resozialisierende Wirkung entfaltet. Sie ändern auch nichts daran, dass der Freiheitsentzug nicht die Strafe ist, die der Tatrichter als schuldangemessen angesehen hat, sondern bloßes Druckmittel und Surrogat, dessen Umfang auch hinsichtlich des mit ihm verbundenen Strafübels hinterfragt werden kann. Zusammenfassend erfüllt die Ersatzfreiheitsstrafe damit ihren Zweck am besten, wenn sie ihrer Funktion als Druckmittel gerecht und nicht vollstreckt wird.

Ergänzend kommt hinzu, dass die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe für die Länder erhebliche Kosten verursacht (vgl. Teschner, a. a. O., 31; Treig/Pruin, Forum Strafvollzug 2018, 10, 13; Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen, ZRP 2010, 175; siehe auch nachfolgend unter VI. 4. Buchstabe a).

Die mit der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe verbundenen Probleme haben in den letzten Jahren auch quantitativ zugenommen. Die Anzahl der Verurteilten, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, ist in den letzten zwei Jahrzehnten merklich angestiegen. So verbüßten in den Jahren 2003 bis 2010 bundesweit durchschnittlich täglich 3 848 Personen eine Ersatzfreiheitsstrafe, während es in den Jahren 2011 bis 2019 im Durchschnitt 4 326 Personen waren (Durchschnittswerte ermittelt anhand der jeweiligen Belegung zum 31. März, 31. August und 30. November, Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs, für die Jahre 2003 bis 2013

veröffentlicht in der Ausgabe Stichtag 31. März bis 30. November 2013, für die Jahre 2014 bis 2018 in der Ausgabe Stichtag 30. November 2018 und für 2019 in der Ausgabe 2019, Blätter 03, 08 und 11, Spalte AS, Zeile 19). Dies bedeutet einen Anstieg von etwa 12 %. Vergleicht man die Stichtage 31. März 2003 (3 748 Insassen) und 28. Februar 2020 (4 773 Insassen) zeigt sich sogar ein Anstieg von 27 % (vgl. Statistisches Bundesamt, a. a. O., für den Stichtag 31. März 2003 veröffentlicht in der Ausgabe Stichtag 31. März bis 30. November 2013, S. 167, für den Stichtag 28. Februar 2020 in der Ausgabe 2020, Blatt 02, Spalte AS, Zeile 19; der letztgenannte Stichtag wurde gewählt, da anschließend die Covid-19-Pandemie zu einem verstärkten Absehen von Vollstreckungen geführt hat). Die Anzahl der Verurteilungen zu Geldstrafen ist von 2003 bis 2019 zwar ebenfalls von 507 068 auf 567 243 und damit um knapp 12 % angestiegen (vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2003 und 2019, jeweils Tabelle 3.3.); dieser Anstieg liegt damit aber immer noch 15 Prozentpunkte unter dem Anstieg bei der Ersatzfreiheitsstrafe.

Gleichzeitig ist die Zahl der Verurteilten, die – auf der Grundlage der in allen Ländern erlassenen Rechtsverordnungen nach Artikel 293 EGStGB – ganz oder teilweise durch gemeinnützige („freie“) Arbeit die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe abgewendet haben („Schwitzen statt Sitzen“), in den Jahren 2003 bis 2019 von 35 674 auf 21 147 Personen um gut 40 % deutlich gesunken, wobei 2006 der Höchststand sogar bei 47 803 Personen lag. Dementsprechend ist auch der Anteil aller Geldstrafenschuldner, die durch gemeinnützige Arbeit Ersatzfreiheitsstrafe abgewendet haben, von 6,15 % im Jahr 2004 (erstes Erhebungsjahr) auf 3,58 % im Jahr 2019 gesunken. Die Entwicklung der Tage abgewendeter Ersatzfreiheitsstrafe ist ähnlich: Von 2003 bis 2019 sank deren Zahl von 1 139 309 auf 735 541 Tage und damit um gut 35 %, wobei 2007 der Höchststand sogar bei 1 454 470 abgewendeten Tagen lag (vgl. Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaften, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2007, 2014 und 2020, jeweils Tabelle 1.1).

Vor diesem Hintergrund hat auch der vorstehend genannte Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ausführlich die Möglichkeiten zur stärkeren Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen geprüft. Die 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder hat am 5. und 6. Juni 2019 festgestellt, dass dieser Bericht eine geeignete Grundlage darstelle, die weiteren Möglichkeiten auf Ebene der Länder zur Vermeidung beziehungsweise Verkürzung der Vollstreckung auszuloten. Das (damalige) Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wurde gebeten, einen bundesgesetzlichen Änderungsbedarf unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Arbeitsgruppe zu prüfen. Zentraler Vorschlag des Abschlussberichts auf bundesrechtlicher Ebene ist es, den Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 StGB so zu ändern, dass statt einem zukünftig zwei Tagessätze einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen, wobei dieser Vorschlag im Einzelnen aber noch näherer Prüfung bedürfe.

## **b) Praktische Möglichkeiten zur Vermeidung oder Reduzierung der Vollstreckung**

Dass vor diesem Hintergrund verstärkte Maßnahmen ergriffen werden müssen, um den Umfang der tatsächlich vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafen (wieder) zu verringern, hat auch der vorstehend erwähnte Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe hervorgehoben. Dabei wurde die grundsätzliche Herausforderung betont, dass viele von einer Ersatzfreiheitsstrafe bedrohte Geldstrafenschuldner aufgrund teilweise komplexer Problemlagen mit einer eigenständigen Abwendung der Situation überfordert seien und daher inhaftiert würden, obwohl ihnen eine Tilgung der Geldstrafe grundsätzlich möglich wäre.

Daher hat der Abschlussbericht mehrere praktische Maßnahmen empfohlen, um durch zusätzliche Unterstützungsmaßnahmen den Betroffenen eine Abwendung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe zu ermöglichen. Diese reichen von einer Information der Betroffenen über den Ablauf der Geldstrafenvollstreckung in ihrer Muttersprache, über verstärkte

Hilfestellungen bei Anträgen auf Ratenzahlung oder Stundung und dem Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen bis zu einem Ausbau der Möglichkeiten, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit abzuwenden.

Die Länder unternehmen Anstrengungen, solche praktischen Verbesserungen umzusetzen. So werden die Geldstrafenschuldner in vielen Ländern im Rahmen der Geldstrafenvollstreckung inzwischen schon bei Übersendung der Zahlungsaufforderung über den Verfahrensgang sowie für den Fall, dass ihnen die Begleichung der Rechnung nicht möglich ist, über die Möglichkeit der Stundung oder Ratenzahlung unterrichtet. In einigen Ländern erfolgt zu diesem Zeitpunkt bereits ein zusätzlicher Hinweis auf die Möglichkeit der Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe durch Ableistung gemeinnütziger Arbeit.

Vermehrt werden in letzter Zeit auch freie Träger oder ambulante Soziale Dienste eingeschaltet, deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Auftrag der Vollstreckungsbehörde versuchen, mit der verurteilten Person nach fruchtlosem Verstreichen der Zahlungsfrist eine Vereinbarung über die Tilgung durch Ratenzahlung oder sogar direkter Tilgung abzuschließen, wobei es auch Bestrebungen gibt, zu diesem Zweck die Betroffenen persönlich aufzusuchen. Nach den Erkenntnissen der erwähnten Bund-Länder-Arbeitsgruppe wurden solche Projekte in den vergangenen Jahren bereits in mehreren Ländern erfolgreich durchgeführt und haben zu einer Reduzierung ansonsten drohender Ersatzfreiheitsstrafen beigetragen; nur beispielhaft werden hier Berlin, Hessen und Niedersachsen genannt. Inzwischen haben weitere Länder über ähnliche Initiativen berichtet. So hat Baden-Württemberg nach einem 2019/2020 durchgeführten Pilotprojekt in zwei Einrichtungen der Bewährungs- und Gerichtshilfe, das zu einer Erfolgsquote bei der Kontaktaufnahme und dem Abschluss einer Tilgungsvereinbarung von 63 und 69 % führte, dieses Vorgehen landesweit eingeführt (Adam, Bewährungshilfe 2021, 374, 384, 389). Auch in Nordrhein-Westfalen sollen die Vollstreckungsbehörden nach einer Mitteilung von Ende 2021 künftig frühzeitig Fachkräfte der Gerichtshilfe als sogenannte Fallmanager in die Vollstreckung einbinden, um vor Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe geeignete Tilgungsmöglichkeiten auszuloten.

Darüber hinaus gibt es Bestrebungen zum Ausbau der Möglichkeiten, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch die Ableistung gemeinnütziger Arbeit abzuwenden, nachdem die Zahl der Verurteilten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, in den letzten Jahren deutlich gesunken ist (siehe vorstehend unter Buchstabe a). Dabei geht es vor allem um sogenannte Day-by-Day-Modelle, die eine „tageweise“ Tilgung durch gemeinnützige Arbeit auch nach Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe außer- oder innerhalb der Justizvollzugsanstalt ermöglichen. Nachdem diese Modelle inzwischen in mehreren Ländern erfolgreich praktiziert werden, hat auch die erwähnte Bund-Länder-Arbeitsgruppe 2019 mehrheitlich empfohlen, den Ausbau dieser Projekte auch in den anderen Ländern zu prüfen. Baden-Württemberg hat zum 1. Juni 2021 seine „Tilgungsverordnung“ geändert, um eine Tilgung nach dem „Day-by-Day“-Modell zu ermöglichen.

### **c) Bundesrechtlicher Beitrag zur Reduzierung der Vollstreckungen**

Diese Maßnahmen zur Reduzierung der tatsächlich vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafen sollen mit diesem Entwurf bundesrechtlich unterstützt werden.

Dabei soll zum einen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Möglichkeiten der Resozialisierung im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe beschränkt sind, zum anderen soll das mit der Vollstreckung verbundene Strafübel stärker an dem der eigentlichen Strafe (= Geldstrafe) ausgerichtet werden. Gleichzeitig soll dadurch aber die Wirksamkeit der Ersatzfreiheitsstrafe als effektives Mittel der Geldstrafenvollstreckung (siehe vorstehend unter Buchstabe a) nicht in Frage gestellt werden. Dazu schlägt der Entwurf, einer Empfehlung der vorstehend erwähnten Bund-Länder-Arbeitsgruppe folgend, vor allem eine Halbierung des Umrechnungsmaßstabes von Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe vor (im Einzelnen siehe nachfolgend unter II. 1.).

Zusätzlich sollen vollstreckungsrechtliche Ergänzungen dazu beitragen, dass die verurteilte Person stärker, namentlich wie vorstehend unter Buchstabe b beschrieben, bei der Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafe unterstützt wird; auch insoweit kann auf Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zurückgegriffen werden (siehe näher nachfolgend unter II. 1. vor Buchstabe a).

## **2. Strafzumessung (§ 46 Absatz 2 StGB)**

Taten, die aus Sicht des Täters handlungsleitend durch das Geschlecht des Opfers oder dessen sexuelle Orientierung motiviert sind, spielen in Deutschland nach den vorliegenden statistischen Erkenntnissen eine zunehmende Rolle.

### **a) Gegen Frauen gerichtete Taten**

Soweit es um Taten geht, die vorrangig gegen Frauen verübt werden, ist dies konkret an den Daten zur sogenannten Partnerschaftsgewalt ablesbar. Ausweislich der kriminalstatistischen Auswertungen des Bundeskriminalamts zu Partnerschaftsgewalt ist die Zahl von Delikten innerhalb von Partnerschaften oder im Zusammenhang mit einer Trennung in den letzten Jahren stetig angestiegen. Von 2017 bis 2020 wurde ein Anstieg um 6,6 % (von 138 893 auf 148 031 Opfer) verzeichnet. Im Berichtsjahr 2020 waren dabei 80,5 % der Opfer weiblich (119 164). Der Anteil von Opfern von Partnerschaftsgewalt mit 18,8 % (148 031) war gemessen an der Anzahl der Gesamtopfer von Straftaten hoch. Der Begriff Partnerschaftsgewalt umfasst Straftaten zwischen aktuellen und ehemaligen Partnerinnen und Partnern (unabhängig davon, ob sie in Ehe, eingetragener Lebenspartnerschaft oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft verbunden sind oder waren). Knapp 61,6 % der Delikte machten 2020 vorsätzliche einfache Körperverletzungen aus, 22,3 % Bedrohungen, Stalking oder Nötigungen, 12,2 % gefährliche Körperverletzungen, 2,3 % Vergewaltigungen, sexuelle Nötigungen und sexuelle Übergriffe, 0,3 % Morde und Totschläge und 1,3 % andere Delikte (vgl. BKA, Partnerschaftsgewalt, Kriminalstatistische Auswertung, Berichtsjahr 2020, S. 1, 3 f., abrufbar unter [www.bka.de](http://www.bka.de); 2017 gab es eine Erweiterung um die Deliktsbereiche Nötigung, Freiheitsberaubung, Zuhälterei und Zwangsprostitution, so dass die Daten ab 2017 nicht mit den Vorjahren vergleichbar sind und daher hier nicht erwähnt werden).

Diese Daten spiegeln dabei nur das sogenannte Hellfeld wider. Die Dunkelziffer dürfte deutlich höher liegen. Seit 2014 liegen aus der europaweiten Befragung von Frauen zu Gewalt durch die European Union Agency of Fundamental Rights (FRA) Daten auch zum Dunkelfeld vor. Für Deutschland haben 12 % der Frauen angegeben, seit ihrem 15. Lebensjahr sexuelle Gewalt erlebt zu haben, und 22 % seien nach eigenen Angaben von körperlicher und/oder sexueller Gewalt durch Partner im Erwachsenenalter betroffen gewesen; 35 % hätten von erlebter körperlicher und/oder sexueller Gewalt unabhängig vom Täter-Opfer-Kontext und 55 % von erlebter sexueller Belästigung berichtet (vgl. bereits Bundestagsdrucksache 18/12037, S. 45). Diese Studienergebnisse sind vergleichbar mit den Ergebnissen der repräsentativen Studie zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) aus 2004 und bestätigen die schon damals festgestellten hohen Gewaltprävalenzen für Deutschland. Darüber hinaus belegt die FRA-Studie, dass Deutschland im internationalen Vergleich im Bereich Gewalt in Paarbeziehungen im mittleren Bereich liegt, bei der allgemeinen Gewaltbetroffenheit von Frauen mit 35 % sogar im oberen Mittelfeld (vgl. erneut Bundestagsdrucksache 18/12037, S. 45).

Gewalt gegen Frauen wird inzwischen von der Zivilgesellschaft in vielen Ländern thematisiert und spielt auch im gesellschaftspolitischen Diskurs in Deutschland eine zunehmende Rolle. So weist der Deutsche Juristinnenbund darauf hin, dass gerade im Zusammenhang von Trennungen Gewalt gegen Frauen angewandt werde, weil die Täter diesen nicht zugestünden, ein eigenes selbstbestimmtes, von ihnen getrenntes Leben zu führen; die Taten seien also Ausdruck eines patriarchalen Besitzanspruchs und einer Vorstellung von geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit (Stellungnahme vom 25. Februar 2021 zum Antrag

„Femizide in Deutschland untersuchen, benennen und verhindern“ Bundestagsdrucksache 19/23999, S. 1; vgl. auch Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 ff.).

Als Reaktion auf die zunehmende Gewalt gegen Frauen hat der Europarat bereits am 11. Mai 2011 das Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt beschlossen (Istanbul-Konvention), das die Bundesrepublik Deutschland am 17. Juli 2017 ratifiziert hat (BGBl. II S. 1026). Artikel 46 Buchstabe a der Konvention schreibt vor, dass die Vertragsparteien die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass nachfolgend genannte Umstände, soweit sie nicht bereits Tatbestandsmerkmale darstellen, im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des internen Rechts bei der Festsetzung des Strafmaßes für die nach diesem Übereinkommen umschriebenen Straftaten als erschwerend berücksichtigt werden können: Die Straftat wurde gegen eine frühere oder derzeitige Ehefrau oder Partnerin im Sinne des internen Rechts beziehungsweise gegen einen früheren oder derzeitigen Ehemann oder Partner im Sinne des internen Rechts oder von einem Familienmitglied, einer mit dem Opfer zusammenlebenden Person oder einer ihre Autoritätsstellung missbrauchenden Person begangen. Der erläuternde Bericht zur Konvention stellt in Erwägungsgrund 236 klar, dass Grund und verbindende Klammer dieser Fälle die Position als Vertrauensperson ist, die im Allgemeinen mit einer solchen Beziehung einhergeht, und der besondere psychische Schaden, der aus dem Vertrauensbruch durch eine solche Person beim Opfer entstehen kann (vgl. bereits Denkschrift zur Istanbul-Konvention, Bundestagsdrucksache 18/12037, S. 83).

Sowohl der Vertrauensbruch als auch ein besonderer psychischer Schaden beim Opfer sind nach der Rechtsprechung des BGH bereits Umstände, die im Rahmen des § 46 Absatz 2 StGB strafscharfend berücksichtigt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2006, 3 StR 464/06 [zum Vertrauensbruch]; BGH, Beschluss vom 20. Juli 1993, 4 StR 316/93, bei juris Rn. 4 f. [zu Vertrauensbruch und schweren psychischen Schäden beim Opfer]; BGH, Beschluss vom 9. November 1988, 3 StR 372/88, bei juris Rn. 5), so dass insoweit das deutsche Recht bereits grundsätzlich dieser Vorgabe der Konvention entspricht (ebenso Steinl, ZStW 2021, 819, 827).

Dennoch sind in der Rechtspraxis bei der angemessenen Ahndung von solchen Taten auch Defizite erkennbar.

Dies gilt insbesondere im Bereich des Sexualstrafrechts: Die höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt den Umstand, dass der Täter einer Sexualstraftat mit dem Opfer zur Tatzeit oder zeitnah davor eine Intimbeziehung pflegte, bislang in der Regel nicht strafscharfend, sondern häufig sogar strafmildernd (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juli 2015, 3 StR 217/15, bei juris Rn. 5; Beschluss vom 10. September 2009, 4 StR 366/09, bei juris Rn. 2; Beschluss vom 21. Januar 2003, 4 StR 414/02, bei juris Rn. 7: „wesentlicher strafmildernder Umstand“; Beschluss vom 23. Mai 2000, 4 StR 146/00; bei juris Rn. 7; Beschluss vom 6. August 1993, 3 StR 305/93, bei juris Rn. 5 f.; Urteil vom 14. Oktober 1981, 5 StR 215/81, bei juris Rn. 4 ff.; Urteil vom 25. September 1962, 1 StR 336/62; weitere Nachweise bei Steinl, ZStW 2021, 819, 836). Anderes soll nur gelten, wenn die Tat Bestrafungscharakter hat oder der Täter sich nicht mit der Trennung vom Opfer abfinden will (BGH, Beschluss vom 20. April 2016, 5 StR 37/16, bei juris Rn. 7 [zum Bestrafungscharakter]; Beschluss vom 10. Juli 2007, 3 StR 242/07; Urteil vom 12. Januar 2000, 3 StR 363/99, bei juris Rn. 6 [beide zur Bestrafung nach oder wegen nicht akzeptierter Trennung]; Steinl, a. a. O.).

Diese Rechtsprechung wird in der Literatur zu Recht kritisiert (Schönke/Schröder-Eisele, StGB, 30. Auflage 2019, § 177 Rn. 149 mit weiteren Nachweisen; zweifelnd auch BGH, Beschluss vom 20. April 2016, 5 StR 37/16, bei juris Rn. 7).

Zum einen wird gerade in einer Intimbeziehung der Partner, der sich dem anderen weitgehend schutzlos ausliefert, in besonderem Maße darauf vertrauen, dass dieser seine Grenzen respektiert. Psychologische Studien zeigen daher, dass sexuelle Übergriffe aus dem Nahbereich des Opfers sich sogar gravierender auswirken und zu einer stärkeren Traumatisierung führen können als durch einen Fremden begangene Taten (vgl. Steinl, ZStW 2021, 819, 836; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Rn. 638; McOrmond-Plummer/Levy-Peck/Easteal, Intimate Partner Sexual Violence, 2013, S. 20; Reichenbach, NStZ 2004, 128; so bereits Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 241 f.).

Zum anderen erscheint eine strafmildernde Berücksichtigung auch mit der personalen Autonomie des Opfers, gerade im Hinblick auf sein Recht zur sexuellen Selbstbestimmung, kaum vereinbar. Eine – auch längere – Intimbeziehung gleichsam als eine Art fortwirkende Einwilligung in zukünftige sexuelle Handlungen anzusehen, würde erkennbar dieser personalen Autonomie des Opfers widersprechen; vielmehr muss die Entscheidung des Opfers, eine frühere Sexualbeziehung nicht mehr fortführen zu wollen, uneingeschränkt akzeptiert werden, statt sie dem Täter strafmildernd zu Gute zu halten (so bereits Reichenbach, NStZ 2004, 128). Ansonsten läuft die Strafzumessung – gerade im Verhältnis von männlichen Tätern gegenüber weiblichen Opfern – Gefahr, Vorstellungen von geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit, wenn auch ungewollt, Vorschub zu leisten, statt ihren nicht akzeptablen Charakter anzuerkennen. Dies gilt umso mehr, als eine mildernde Berücksichtigung des Näheverhältnisses zugleich den Weg zu einer Strafschärfung versperrt, die an sich – wie bei anderen Deliktgruppen – bereits durch den oftmals zu bejahenden Aspekt des Vertrauensbruchs (siehe vorstehend) angezeigt ist.

Im Bereich der Tötungsdelikte – namentlich bei sogenannten Trennungstötungen – betont die Rechtsprechung, dass derartige Tötungen nicht zwangsläufig durch niedrige Beweggründe motiviert sein müssen. Entsprechende Vorsatztaten werden dann nicht mehr als Mord (§ 211 StGB), sondern lediglich als Totschlag (§ 212 StGB) eingestuft. So könnten tatbestimmend auch „Gefühle der Verzweiflung und inneren Ausweglosigkeit“ sein, die eine Bewertung als „niedrig“ namentlich dann als fraglich erscheinen lassen könnten, wenn „die Trennung vom Tatopfer ausgeht und der Angeklagte durch die Tat sich dessen beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will“ (BGH, Urteil vom 29. Oktober 2008, 2 StR 349/08, bei juris Rn. 9; zum Gesichtspunkt der vom Tatopfer ausgehenden Trennung bestätigt u.a. durch Beschluss vom 24. Oktober 2018, 1 StR 422/18, bei juris Rn. 20; Urteil vom 7. Mai 2019, 1 StR 150/19, bei juris Rn. 8). Es komme daher – nicht anders als bei Gefühlsregungen wie Wut, Ärger, Hass und Rache – „darauf an, ob die Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit ihrerseits auf einer als niedrig zu bewertenden Motivationsgrundlage beruhen“ (vgl. erneut BGH, Urteil vom 29. Oktober 2008, 2 StR 349/08, bei juris Rn. 9). Jedoch erkennt die Rechtsprechung durchaus als (sonstigen) niedrigen Beweggrund an, wenn handlungsleitende Vorstellung des Täters eine geschlechtsbezogene Ungleichwertigkeit und ein daraus abgeleiteter patriarchaler Herrschaftsanspruch war. Eine solche Motivation stehe sittlich auf niedrigster Stufe, denn sie sei Ausdruck der Geisteshaltung des Täters, seine Frau als sein Eigentum zu begreifen, über das er verfügen könne (BGH, Urteil vom 22. März 2017, 2 StR 656/13, bei juris Rn. 5, 7). Allerdings scheinen sich derartige Annahmen vor allem auf Fälle zu konzentrieren, in denen der Täter aus einem Kulturkreis stammt, in dem die Gleichberechtigung der Geschlechter unterentwickelt ist und eine durch einen patriarchalen Herrschaftsanspruch geprägte Tatmotivation besonders naheliegend erscheint, erst recht, wenn die Fälle zugleich dem Bereich sogenannter Ehrenmorde zugeschrieben werden können (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2020, 5 StR 124/20, bei juris Rn. 16: „übersteigertes Besitzdenken“ [ohne zusätzliche „Ehrenmord“-Einstufung]; Urteil vom 22. Juli 2020, 5 StR 543/19, bei juris Rn. 10: vom Rollenverständnis des Täters resultierender „Herrschaftsanspruch“ über Familie und Ehefrau; Urteil vom 13. November 2019, 5 StR 466/19, bei juris Rn. 29: „Besitzanspruch“ gegenüber Freundin, der mit den Werten des durchweg auf Gleichberechtigung und gegenseitige personelle Achtung angelegten deutschen Rechts unvereinbar sei [bezogen auf die Tötung eines Dritten];

Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312, 325 mit weiteren Nachweisen). Bei in Deutschland sozialisierten Tätern wird der Gesichtspunkt eines patriarchalischen Herrschafts- und Besitzdenkens und der Vorstellung geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit als mögliche Motivationsgrundlage dagegen – soweit ersichtlich – oftmals nicht geprüft (Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312, 325 f.; ähnlich auch Zabel, JZ 2021, 1035, 1038).

Neben dem Anstieg der Fälle physischer Gewalt ist auch in der Kommunikations- und Diskussionskultur im Internet vermehrt ein vergifteter und hasserfüllter Ton festzustellen, wobei die große Breitenwirkung, die einer Anfeindung oder Bedrohung im Netz zukommt, deren Wirkung verstärkt und das Potential hat, auf die Betroffenen und auch auf Dritte einschüchternd zu wirken; zudem können im Netz und damit oftmals öffentlich ausgesprochene Drohungen dazu beitragen, die Hemmschwelle zur Tatausführung abzusenken, sowohl beim Verfasser des Inhalts als auch bei Dritten, die die Drohung wahrnehmen (vgl. zu alledem Bundestagsdrucksache 19/17741, S. 15). Diese Gefahren haben den Gesetzgeber bereits veranlasst, die Tatbestände, die im weiten Sinne „Hassreden“ abdecken, auszuweiten und zu verschärfen (vgl. Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021, BGBl. I S. 441).

Frauen sind in spezifischer Weise von Hassrede betroffen. Soweit sie zum Beispiel sexistischen Pöbeleien und Vergewaltigungsdrohungen ausgesetzt sind, stellt dies eine besonders schwerwiegende Verletzung von Persönlichkeitsrechten dar und hat oft massive körperliche und psychische Auswirkungen. Prominente Fälle von Politikerinnen, Journalistinnen oder sogenannten Netz-Aktivistinnen zeigen anschaulich, dass auf das Geschlecht zielende Herabwürdigungen und Drohungen von besonderer Bedeutung sind (vgl. auch insoweit bereits Bundestagsdrucksache 19/17741, S. 15). Auch laut einer bundesweiten Studie aus dem Jahr 2019 sind Frauen eine der stark von „Hassrede“ betroffenen Gruppen. So wurden Internetnutzerinnen und Internetnutzer, die schon einmal digitale Hasskommentare wahrgenommen haben, gefragt, gegen wen sich die gesehenen Hasskommentare richteten. Hierbei nannten 88 % der Befragten, dass sich der Hass auf die Gruppe der Frauen bezog. Das ist zwar ein geringerer Anteil als die wahrgenommenen Hasskommentare gegen geflüchtete Menschen (93 %) oder politisch Andersdenkende (92 %), aber vergleichbar zu Hasskommentaren gegen homosexuelle Menschen (87 %) und sogar mehr als antisemitische Hasskommentare (73 %). Zwar waren männliche Befragte mit 10 % insgesamt häufiger von Hasskommentaren betroffen als weibliche (6 %), dies dürfte aber vorrangig auf der unterschiedlichen Mediennutzung von Männern und Frauen beruhen (vgl. zu alledem Geschke/Klaßen/Quent/Richter, Forschungsbericht „#Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie“, 2019, S. 19 f. und 23, abrufbar unter [www.idz-jena.de](http://www.idz-jena.de)).

Nach Berichten der Beratungsstelle HateAid, die Betroffene digitaler Anfeindungen unterstützt, seien diese Anfeindungen – anders als bei Männern – in den meisten Fällen sehr sexualisiert und überwiegend frauenfeindlich, da Frauen allein aufgrund ihres Geschlechts angegriffen würden. Online organisierte Gruppen mit frauenverachtenden und zum Teil gewaltbereiten Einstellungen würden stark anwachsen (HateAid, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Digitale Agenda am 24. März 2021 zu digitaler Gewalt gegen Frauen und Mädchen, S. 5 f., abrufbar unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de)).

## **b) Hasskriminalität gegen LSBTI-Personen**

Auch bei der Hasskriminalität, die sich gegen die sexuelle Orientierung des Opfers richtet, ist in Deutschland nach den polizeilichen Kriminalstatistiken in den letzten zehn Jahren ein starker Anstieg zu verzeichnen. Von 2011 (148 Taten) bis 2020 (578 Taten) hat sich die Zahl der im „Kriminalpolizeilichen Meldedienst Politisch motivierte Kriminalität“ (KPMD-PMK) erfassten Taten gegen die sexuelle Orientierung nahezu vervierfacht, wobei der Anstieg ab 2019 besonders eklatant war (siehe Übersicht „Hasskriminalität“: Entwicklung der Fallzahlen 2001 – 2020 vom 4. Mai 2021, S. 9, 2020: 578, 2019: 576, 2018: 351, 2017: 313, 2016: 316, 2015: 222, 2014: 184, 2013: 240; 2012: 186, 2011: 148, abrufbar über [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de)). Eine ähnliche Entwicklung ist bei entsprechend motivierten Gewalttaten

zu verzeichnen (von 38 Taten im Jahr 2011 zu 114 Taten in 2020, wobei im Jahr 2019 ein Höchststand von 151 Taten zu verzeichnen war; siehe erneut Übersicht „Hasskriminalität“, a. a. O.: 2020: 114, 2019: 151, 2018: 97, 2017: 74, 2016: 81, 2015: 54, 2014: 37, 2013: 50, 2012: 42, 2011: 38). Hassstaten, die sich durch eine geschlechtsspezifische Motivation auszeichnen, werden erst seit 2020 über das Unterthemenfeld „Geschlecht/Sexuelle Identität“ erfasst. In jenem Jahr wurden 204 solcher Straftaten erfasst, davon 40 Gewalttaten. Ab dem 1. Januar 2022 wurde dieses Themenfeld durch die Themenfelder „Frauenfeindlich“, „Männerfeindlich“ und „Geschlechtsbezogene Diversität“ ersetzt, was zukünftig eine noch genauere Erfassung dieser Hassdelikte, insbesondere soweit sie sich gegen die trans- oder intergeschlechtliche Identität oder die (sonstige) nicht-binäre Geschlechtsidentität des Opfers richten (siehe dazu näher im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 2), ermöglichen wird.

Wie bereits angedeutet, ist auch hier von einem deutlich höheren Dunkelfeld und davon auszugehen, dass auch lesbische, schwule, bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Personen sowie andere queere Menschen (LSBTI) unverhältnismäßig stark von Hassdelikten, Hetze und Gewalt betroffen sind. Dies hat auch die EU-Kommission in ihrer Mitteilung vom 12. November 2020 „Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020 – 2025“ (COM(2020) 698 final, S. 14) festgestellt. Nach einer 2019 durchgeführten Befragung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) mit fast 140.000 Teilnehmenden in der gesamten damaligen EU und zwei weiteren Staaten gaben für Deutschland 13 % der befragten LSBTI-Personen an, dass sie wegen dieser Eigenschaft in den letzten fünf Jahren vor der Befragung körperlich oder sexuell angegriffen wurden, wobei nur 13 % der so Betroffenen dies gegenüber der Polizei gemeldet hätten; von diesbezüglichen Belästigungen in den letzten zwölf Monaten vor der Befragung berichteten 36 % (A long way to go for LGBTI equality, EU-LGBTI II, 2020, S. 40, 48 und Country data - Germany, S. 2, beides abrufbar unter fra.europa.eu). Damit lag die Zahl der LSBTI-Personen mit Gewalterfahrungen in den letzten fünf Jahren vor der Befragung in Deutschland sogar höher als im EU-Durchschnitt (11 %, wobei 5 % der Befragten von einem körperlichen oder sexuellen Angriff in den letzten 12 Monaten vor der Befragung berichteten) und die Anzeigequote war leicht niedriger (EU-Durchschnitt: 14 %); der Anteil der Befragten, die in den letzten zwölf Monaten von diesbezüglichen Belästigungen berichteten, lag EU-weit bei 38 %, wobei nur 4 % dieser Belästigungen der Polizei gemeldet worden seien (A long way to go for LGBTI equality, EU-LGBTI II, 2020, S. 38, 41, 47).

### **c) Aktuelle Initiativen auf Ebene der Europäischen Union und des Europarats**

Auch auf EU-Ebene wird aktuell die Notwendigkeit einer verbesserten Bekämpfung geschlechtsspezifischer und gegen LSBTI-Personen gerichteter Straftaten betont. Die EU-Kommission hat in Ihrer Mitteilung „Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020 – 2025“ vom 5. März 2020 zusätzliche Vorschläge zur Verhütung und Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt, einschließlich sexueller Belästigung, angekündigt, unter anderem einen Vorschlag für eine Erweiterung der Kriminalitätsbereiche nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf bestimmte Formen geschlechtsspezifischer Gewalt (COM(2020) 152 final, S. 4). In ihrer bereits vorstehend erwähnten „Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020 –2025“ vom 12. November 2020 (a. a. O., S.15) hat die EU-Kommission dies dahingehend konkretisiert und ergänzt, eine Initiative vorzulegen, um die Liste des Artikels 83 Absatz 1 AEUV um „Hassverbrechen und Hetze“ zu erweitern, einschließlich solcher, die gegen LSBTI-Personen gerichtet sind. Das Europäische Parlament hat diese Bemühungen unterstützt, insbesondere im Hinblick auf entsprechende Straftaten im Internet (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. Dezember 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Gewalt: Gewalt im Internet (2020/2035(INL), Erwägung X und Nr. 8, 55). Am 9. Dezember 2021 hat die EU-Kommission die angekündigte Initiative zur Aufnahme von Hetze und Hasskriminalität in die Liste der Kriminalitätsbereiche nach Artikel 83 Absatz 1 AEUV vorgelegt. Eine solche Erweiterung soll es insbesondere ermöglichen, die Vorgaben des Rahmenbeschlusses

2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (ABl. L 328, S. 55), der in Deutschland unter anderem durch die Ergänzung des § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB um „rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe“ umgesetzt worden ist, auch auf Hassdelikte auszuweiten, die sich gegen das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung des Opfers richten (vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein inklusiveres und besser schützendes Europa: Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität“, hier Anhang: Entwurf für einen Beschluss des Rates zur Aufnahme von Hetze und Hasskriminalität in die Kriminalitätsbereiche gemäß Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Erwägungsgründe 5 und 6). Am 8. März 2022 hat die EU-Kommission zusätzlich einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vorgelegt (COM(2022) 105 final), der sich in weiten Bereichen an der Istanbul-Konvention orientiert (vgl. Artikel 13 Buchstabe k dieses Entwurfs, der sich an Artikel 46 Buchstabe a der Istanbul-Konvention anlehnt).

Die Parlamentarische Versammlung des Europarats hat in ihrer am 25. Januar 2022 beschlossenen Resolution 2417 (2022) „Combating rising hate against LGBTI People in Europe“ (abrufbar unter [pace.coe.int](https://pace.coe.int)) unter 14.2 die Mitgliedstaaten aufgerufen, eine gegen das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung gerichtete Tatmotivation als straferschwerenden Umstand anzusehen.

#### **d) Zum geltenden § 46 StGB**

Grundsätzlich ermöglicht zwar bereits das geltende Recht die strafschärfende Berücksichtigung von Motiven, die sich zum Beispiel auf Hass gegen Frauen oder homosexuelle Menschen richten. Denn nach § 46 des Strafgesetzbuchs (StGB) hat das Gericht bei der Strafzumessung „die Beweggründe und die Ziele des Täters“ zu berücksichtigen, „besonders auch sonst menschenverachtende“, und es ist allgemein anerkannt, dass Motive, die sich gegen das Geschlecht, einschließlich der geschlechtlichen Identität, oder die sexuelle Orientierung des Opfers richten, unter die sonstigen menschenverachtenden Beweggründe fallen (vgl. Bundestagsdrucksache 19/17741, S. 19). Diese Vorgabe hat jedoch, gerade bei Straftaten zu Lasten von Frauen, die durch eine Partnerbeziehung zwischen Täter und Opfer und/oder der Vorstellung geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit als Motivationsgrundlage geprägt sind, bislang nur beschränkten Einfluss auf die Rechtspraxis gehabt (siehe oben unter Buchstabe a). Um ein klares Zeichen gegen Hasskriminalität auch im Hinblick auf die genannten Gruppen zu setzen und vor allem die Bedeutung der Gleichwertigkeit der Geschlechter sowie der Freiheit des Auslebens der eigenen sexuellen Orientierung hervorzuheben, sollen entsprechende Beweggründe nun auch ausdrücklich im Katalog des § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB genannt werden.

### **3. Auflagen und Weisungen (§§ 56c, 59a StGB, § 153a StPO)**

Im strafrechtlichen Sanktionensystem spielen Weisungen, insbesondere bei einer Strafaussetzung zur Bewährung, eine bedeutsame Rolle zur Resozialisierung des Täters. Sie sollen die verurteilte Person darin unterstützen, keine Straftaten mehr zu begehen, und zielen daher darauf ab, deren Lebensführung spezialpräventiv zu beeinflussen (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2014, 1 StR 426/14; OLG Jena, Beschluss vom 13. Dezember 2010, 1 Ws 455/10, bei juris Rn. 23: „Hilfestellung zur Lebensführung“; Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 56c Rn. 2; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 56c Rn. 1 f.). Aber auch die Verrichtung gemeinnütziger Arbeit im Rahmen einer Bewährungsauflage dient, neben der vorrangigen Genugtuung für das begangene Unrecht, dem allgemeinen Sanktionsziel der Bewährung in Freiheit und kann daher ebenfalls auch resozialisierende Wirkung entfalten (vgl. Schönke/Schröder-Kinzig, a. a. O., Rn. 2; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Ostendorf, StGB, 5. Auflage 2017, § 56b Rn. 1; MüKo-Groß/Kett-Straub, StGB, 4. Auflage 2020, § 56b Rn. 2; vgl. auch KG, Beschluss vom 20. November 2015, 2 Ws 234/15, bei juris Rn. 22 f.; die Anordnung, gemeinnützige Arbeit zu leisten, kann

im Einzelfall sogar eine rein spezialpräventive Weisung darstellen, OLG Jena, a. a. O., Rn. 23 ff., LK-Hubrach, StGB, 12. Auflage 2007, § 56c Rn. 8).

Damit dient es den Zielen der Prävention und Resozialisierung, wenn die Möglichkeiten für diesbezügliche Anordnungen des Gerichts gestärkt werden, zumal die Erteilung von Weisungen es überhaupt erst ermöglichen kann, der verurteilten Person eine positive Legalprognose zu erstellen (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Mai 2015, 4 StR 89/15, bei juris Rn. 4; Beschluss vom 13. Januar 2015, 4 StR 445/14, bei juris Rn. 5 [beide zur Therapieweisung bei einem Sexualstraftäter]; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 56 Rn. 17, 25 und 32 mit weiteren Nachweisen). Insoweit können entsprechende Anordnungen auch haftvermeidend wirken.

#### **a) Therapieweisungen**

Von besonderer spezialpräventiver Bedeutung kann, gerade bei Gewalt- und Sexualstraftaten, eine Therapieweisung sein, also die Vorgabe, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (vgl. allgemein LK-Hubrach, StGB, 12. Auflage 2007, § 56c Rn. 19; Leipold/Tsambikakis/Zöller-Trüg, Anwaltkommentar StGB, 3. Auflage 2020, § 56c Rn. 16).

Der Gesetzgeber hat bereits mehrfach die Bedeutung einer solchen Therapieweisung betont und die diesbezüglichen Anordnungsmöglichkeiten ausgebaut:

- So wurde bereits 1998 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (BGBl. 1998 I S. 160) § 56c Absatz 3 StGB dahingehend geändert, dass die Weisung, sich einer Heilbehandlung zu unterziehen, nur noch dann der Einwilligung des Verurteilten bedarf, wenn diese mit einem körperlichen Eingriff verbunden ist. Damit wurde die Weisung, sich einer psychotherapeutischen Behandlung oder ähnlichen Gesprächstherapie zu unterziehen, vom Zustimmungserfordernis ausgenommen (vgl. LK-Hubrach, StGB, 12. Auflage 2007, 13. Auflage 2022, jeweils § 56c Rn. 19). Dies sollte gewährleisten, dass sich der Verurteilte einer für sinnvoll erachteten Therapie nicht ohne weiteres verweigern könne, wobei die Möglichkeit des Widerrufs der Strafaussetzung auch für einen äußeren Druck Sorge, der sich auf die Therapiemotivation des Verurteilten positiv auswirken könne (Bundestagsdrucksache 13/8586, S. 7).
- Diese Erweiterung des gerichtlichen Handlungsspektrums wurde mit dem Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 513) auch für den Bereich der Führungsaufsicht übernommen. Dem Gericht wurde mit einer Ergänzung von § 68b Absatz 2 StGB um Satz 2 ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die verurteilte Person im Rahmen der Führungsaufsicht auch ohne deren Einwilligung anzuweisen, „sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung)“. Begründet wurde dies vor allem damit, dass eine solche ambulante, insbesondere nachsorgende Behandlung nicht unerheblich zur Senkung der Rückfälligkeit beitrage (vgl. Bundestagsdrucksache 16/1993, S. 20 mit weiteren Nachweisen und 16/4740, S. 25).
- Mit dem Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1805) wurde die Bedeutung einer Therapieweisung auch verfahrensrechtlich gestärkt. § 246a Absatz 2 StPO bestimmt seither, dass das Gericht einen Sachverständigen über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten in der Hauptverhandlung vernehmen soll, wenn in einem Sexualstrafverfahren wegen einer Straftat zum Nachteil einer oder eines Minderjährigen die Erteilung einer Therapieweisung in Betracht kommt. Durch Verweise auf diese Regelung in § 153a Absatz 1 Satz 8, § 453 Absatz 1 Satz 3 und § 454 Absatz 4 Satz 1 StPO wurde diese Vorgabe

für eine mögliche Therapieweisu ng auf andere Verfahrensstad ien ausgedehnt (vorläufige Einstellung im Ermittlungsverfahren sowie bereits laufende Bewährung, Reststrafenaussetzung und – wegen des Verweises in § 463 Absatz 2 StPO – Führungsaufsicht im Vollstreckungsverfahren, vgl. Bundestagsdrucksache 17/12735, S. 16 f.). Damit sollte häufiger als bisher erkannt werden, ob bei der betroffenen Person eine behandlungsbedürftige, für das Rückfallrisiko bedeutsame Störung vorliegt, der mit einer Therapieweisu ng begegnet werden kann; insbesondere sollte eine frühzeitige Begutachtung zu Beginn von möglichen Deliktskarrieren gefördert werden (Bundestagsdrucksache 17/12735, S. 16). Mittelbar wurde dabei durch den Verweis auf die §§ 56c, 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB und § 153a StPO verdeutlicht, dass die dort genannten Vorschriften eine § 68b Absatz 2 Satz 2 StPO entsprechende Therapieweisu ng ermöglichen. Eine explizite Regelung der Therapieweisu ng in den betreffenden Vorschriften selbst (§§ 56c, 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB und § 153a StPO) fehlt hingegen bis heute. Dies erscheint umso misslicher, als rechtstatsächliche Untersuchungen der jüngeren Zeit die spezialpräventive Wirkung solcher Therapien bekräftigt haben:

Bereits in der Vergangenheit kamen verschiedene Wirksamkeitsstudien zur Therapierung von Straftätern, namentlich Sexualstraftätern, zu dem Ergebnis, dass von einem stabilen, positiven und in seiner Effektstärke als moderat einzustufenden Behandlungseffekt gesprochen werden kann (vgl. Keßler/Rettenberger, Zeitschrift für Klinische Psychologie und Psychotherapie 2017, 42, 43 f., mit weiteren Nachweisen; mit ähnlicher Schlussfolgerung Smith/Gendreau/Swartz, 2009, in: Victims and Offenders, 4:2, S. 148, 149, 16/1993, S. 20 und Lau, Psychiatrische Praxis 2003, 119, 122, 124, beide ebenfalls mit weiteren Nachweisen; vgl. auch schon Bundestagsdrucksache 16/1993, S. 20); diese gelte insbesondere für ambulante Behandlungsangebote, denen tendenziell sogar eine bessere Effektivität als intramuralen Therapien zugesprochen wird (Keßler/Rettenberger, a. a. O., S. 43; Rudel/Wähler, Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie 2009, 10 (4), S. 34, 38; Lau, a. a. O.).

Allerdings stieß der Nachweis eines rückfallpräventiven Effekts ambulanter Maßnahmen auf methodische Schwierigkeiten und dementsprechend teilweise auch auf Kritik, da jeweils eine Vergleichsgruppe zu der Gruppe der Probanden gefunden werden musste, die der Probandengruppe in den wesentlichen Punkten ähnelte, ohne dass die Personen der Vergleichsgruppe jedoch eine ambulante Maßnahme durchlaufen hatten. Die herangezogenen Vergleichsgruppen bestanden nicht selten aus Entlassenen, die nicht ohne Grund für eine ambulante Nachsorge nicht vorgesehen waren, eine ambulante Nachsorge verweigerten oder an alternativen Maßnahmen teilnahmen. Es war in diesen Fällen oftmals schwierig festzustellen, ob eine gegenüber der Vergleichsgruppe reduzierte Rückfälligkeit auf die Therapie zurückzuführen ist oder darauf, dass die Probanden der Vergleichsgruppe ohnehin aufgrund anderer Umstände rückfallgefährdeter waren (vgl. Sauter/Voß/Dahle, Nervenarzt 2015, 571; Keßler/ Rettenberger, a. a. O., 42, 43).

Im Rahmen dreier in der jüngeren Vergangenheit in Deutschland durchgeführten Studien konnte trotz dieser methodischen Herausforderung die rückfallreduzierende Wirkung von ambulanten Therapien nachgewiesen werden:

- Sauter, Voß und Dahle vom Institut der forensischen Psychiatrie der Charité konnten 2014 eine Studie mit einer geeigneten Vergleichsgruppe durchführen. 2005 wurde in Berlin die „Forensisch Therapeutische Ambulanz“ (FTA) gegründet, die der professionellen Nachbehandlung von als gefährlich eingestuften Gewalt- und Sexualstraftätern dient. Da es sich um eine neue Einrichtung handelte, war es möglich, eine Vergleichsgruppe aus Straftäterinnen und Straftätern zu bilden, deren Entlassung vor der Gründung der FTA erfolgt war (Entlassungsjahre 2001 bis März 2005). Nach dieser Studie hatten die Probanden während der Behandlung in der FTA ein um rund 85 % geringer geschätztes Rückfallrisiko für Gewalt- und Sexualdelikte aufgewiesen als die Vergleichsgruppe; außerdem haben die Probanden der Behandlungsgruppe signifikant,

nämlich durchschnittlich erst 27 Monate später erneut ein Sexualdelikt begangen als die unbehandelte Gruppe (Sauter/Voß/Dahle, Nervenarzt 2015, 571, 574 ff.).

- In einer 2017 von Keßler und Rettenberger veröffentlichten Studie wurde die in Hessen dezentral organisierte psychotherapeutische Versorgung von Personen, die aufgrund sexuell motivierter Straftaten verurteilt wurden, evaluiert. Um die Vergleichbarkeit der psychotherapeutisch behandelten Probanden mit psychotherapeutisch nicht behandelten Probanden sicherzustellen, wurde ein Matching-Verfahren bezüglich rückfallrisikorelevanter Merkmale durchgeführt. Hierzu bediente man sich des Static-99, eines statistisch-aktuarischen Verfahrens, das sowohl international als auch im deutschsprachigen Raum als das am besten validierte Rückfallprognoseinstrument für Sexualstraftäter gilt. Es verfügt über insgesamt zehn Risikofaktoren, die sich auf das kriminelle und das soziale Vorleben des Täters, auf das aktuelle Delikt (u. a. auf das Ausmaß der Gewalt), auf Merkmale der Beziehung zwischen Täter und Opfer sowie auf das Alter des Täters bei Entlassung beziehen. Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass behandelte Probanden hinsichtlich allgemein gewalttätiger und sexuell motivierter Rückfälle signifikant um etwa die Hälfte niedrigere Anzeigeraten aufwiesen (14,2 % bzw. 9,7 %) als die unbehandelten Vergleichsprobanden (26,9 % bzw. 19,4 %), wobei der Beobachtungszeitraum im Durchschnitt bei 3,7 Jahren lag (Keßler/Rettenberger, Zeitschrift für Klinische Psychologie und Psychotherapie 2017, S. 42, 46 f.).
- Eine ganz aktuell veröffentlichte Studie belegt ebenfalls unter Nutzung des Static-99 den rückfallmindernden Effekt von Therapieweisungen: In der von Carl und Lösel durchgeführten Studie wurde die Rückfälligkeit von 1 537 zwischen 2004 und 2015 aus bayrischen Justizvollzugsanstalten entlassenen Sexualstraftätern untersucht, von denen 77 % eine Therapieweisung erhalten hatten. Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass für in der Haft unbehandelte sowie für einzel- oder gruppentherapeutisch behandelte Täter das Risiko eines allgemeinen Rückfalls durch die Therapie um annähernd 50 % gesenkt werden konnte. Besonders für bislang unbehandelte Täter sei die Risikoreduzierung signifikant. Dabei sei sogar allein das Verhängen einer Therapieweisung mit einem rückfallreduzierenden Effekt einhergegangen, da die vorliegenden Daten nicht ergaben, ob die Weisung erfüllt und die Behandlung erfolgreich abgeschlossen oder vorzeitig abgebrochen worden sei (Carl/Lösel, MSchrKrim 2021, S. 394, 401 ff.).

Gerade die signifikante Risikominimierung bei bislang unbehandelten Straftätern spricht dafür, Therapieweisungen nicht nur bei der Nachsorge von entlassenen Straftätern zu prüfen und ggf. anzuordnen, sondern verstärkt auch zu Beginn von möglichen Deliktskarrieren, wenn eine entsprechende Straftat noch vergleichsweise milde geahndet wird. Dabei ist auch zu bedenken, dass bei einer aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe eine Therapieweisung auch die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe vermeiden kann, zumal, wie erwähnt, ambulante Therapien sogar als effektiver als im Vollzug durchgeführte angesehen werden (siehe vorstehend).

Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, Möglichkeit und Bedeutung von ambulanten Therapieweisungen im Gesetz noch deutlicher hervorzuheben und so dazu beizutragen, dass die Gerichte seltener als bisher die Erteilung einer solchen Weisung beziehungsweise deren Prüfung unterlassen (zu Fällen aus der aktuellen Rechtsprechung vgl. erneut BGH, Beschluss vom 6. Mai 2015, 4 StR 89/15, bei juris Rn. 4; Beschluss vom 13. Januar 2015, 4 StR 445/14, bei juris Rn. 5).

## **b) Auflage, gemeinnützige Leistungen zu erbringen**

Nur eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten haben die Gerichte bei der Erteilung von Auflagen und Weisungen im Rahmen der Verwarnung mit Strafvorbehalt, da der in § 59a StGB enthaltene Katalog zulässiger Auflagen und Weisungen abschließend ist. Anders als etwa in den Katalogen des § 56b Absatz 2 StGB oder § 153a Absatz 1 Satz 2 StPO enthält

§ 59a StGB nicht die Auflage, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Um den Gerichten mehr Handlungsmöglichkeiten zu gewähren, sah daher bereits der – später der Diskontinuität anheimgefallene – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts von 2004 vor, § 59a Absatz 2 StGB um die Möglichkeit zu erweitern, den Verwarnten anzuweisen, gemeinnützige Arbeit – damals bis zur Dauer von sechzig Stunden – zu leisten (Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 9, 29), nachdem diese Möglichkeit durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3186) abgeschafft worden war.

Es erscheint aus mehreren Gründen weiterhin sinnvoll, die Handlungsmöglichkeiten für das Gericht insoweit zu erweitern. Zum einen dürfte der Genugtuungseffekt gemeinnütziger Leistungen, insbesondere einer gemeinnützigen Arbeit, in aller Regel erheblich sein, nicht selten sogar größer als bei der Zahlung einer Geldauflage, namentlich bei vermögenden Tätern (vgl. Müko-Groß/Kett-Straub, StGB, 4. Auflage 2020, § 56b Rn. 24 f.). Zum anderen kann die Verrichtung gemeinnütziger Arbeit auch bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht nur eine wichtige Funktion bei der Genugtuung für das begangene Unrecht spielen, sondern auch hier dem allgemeinen Sanktionsziel der Bewährung ohne Strafe dienen und damit zugleich resozialisierende Wirkung entfalten (zur bereits geltenden Rechtslage bei § 56b StGB siehe die oben vor Buchstabe a zitierten Fundstellen). Drittens kann die mögliche Verhängung einer Arbeitsauflage die Verwarnung mit Strafvorbehalt gerade auch für mittellose, aber arbeitsfähige und -willige Täter öffnen, bei denen erst durch eine solche Auflage eine Strafverhängung im Sinne von § 59 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB entbehrlich erscheinen kann (vgl. LK-Ceppinato, StGB, 13. Auflage 2022, § 59 a Rn. 5, § 59 Rn. 16). Insoweit kann diese Erweiterung sogar einen Beitrag zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen (siehe dazu oben unter I. und nachfolgend unter II. 1.) leisten. Da es allerdings bei Personen, bei denen bei einer Geldstrafe die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe drohen würde, nicht selten bereits an einer positiven Legalprognose im Sinne von § 59 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB fehlen wird, dürfte der diesbezügliche Entlastungseffekt beschränkt bleiben (insoweit skeptisch auch die unter I. 1. Buchstabe a erwähnte Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“; deutlich optimistischer aber Füglein/Lagardère, ZRP 2013, 48, 50).

Das gegen eine entsprechende Erweiterung des Katalogs des § 59a Absatz 2 StGB vorgebrachte Argument, bei den in § 59a Absatz 2 StGB aufgeführten Auflagen und Weisungen handele es sich um spezialpräventiv ausgerichtete Maßnahmen, während der gemeinnützigen Arbeit auch repressiver Charakter beigemessen werde (so der Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, 2.2.3.2, S. 46; ähnlich auch die Begründung im Entwurf für ein Verbrechensbekämpfungsgesetz, Bundestagsdrucksache 12/6853, S. 23), überzeugt nicht. Auch die in § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 StGB genannte Auflage, den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen, vor allem aber die in Nummer 3 genannte Geldauflage, dienen ebenfalls vorrangig der Genugtuung und haben damit auch „repressiven“ Charakter (vgl. nur LK-Ceppinato, StGB, 13. Auflage 2022, § 59 a Rn. 4; Müko-Groß/Kulhanek, StGB, 4. Auflage 2020, § 59a Rn. 5; ebenso Füglein/Lagardère, ZRP, die nachdrücklich für eine Aufnahme der gemeinnützigen Arbeit in den Katalog des § 59a Absatz 2 StGB plädieren, dort auch mit Nachweisen zu entsprechenden Forderungen des 59. Deutschen Juristentages 1992). Letztlich hat dieses (vermeintliche) Argument die Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems auch nicht davon abgehalten, sich für die Öffnung des Auflagen- und Weisungskatalogs des § 59a Absatz 2 StGB für sonstige Anordnungen auszusprechen und dafür, in einer Gesetzesbegründung darauf hinzuweisen, dass damit auch die Auflage der Leistung gemeinnütziger Arbeit verhängt werden könne (a. a. O., 2.2.3.2, S. 47; sogar eine explizite Aufnahme der gemeinnützigen Arbeit nennt König in seinem Co-Referat unter 2.1.2, S. 42, „diskutabel“, obwohl er ansonsten einer Ausweitung der Verwarnung mit Strafvorbehalt grundsätzlich ablehnend gegenübersteht).

#### 4. Maßregelrecht: Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB

In den letzten Jahren ist ein kontinuierlicher Anstieg der Zahl der Personen zu verzeichnen, die in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB untergebracht sind. Von 1995 bis 2020 sind die Patientenzahlen von 1 373 auf 4 677 Patienten angestiegen (Statistisches Bundesamt, Zusammenstellung von Länderlieferungen zum Maßregelvollzug im Auftrag des BMJV zum Stichtag 31. März 2020, S. 7, auf der Grundlage von Meldungen von zwölf Ländern). Von 2002 (2 088) bis 2020 (4 677) kam es hierbei zu deutlich mehr als einer Verdoppelung der Zahl der untergebrachten Personen (Statistisches Bundesamt, a. a. O.). Nach alle Länder erfassenden Angaben hat sich die Zahl der durchschnittlichen Unterbringungen allein vom Jahr 2017 zum Jahr 2020 sogar von 4 462 auf 5 280 Personen und damit in nur drei Jahren um gut 18 % erhöht (Angaben der in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden).

Auch die Anzahl der jährlichen Aburteilungen mit Unterbringung in einer Entziehungsanstalt steigt nach der Strafverfolgungsstatistik (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, zuletzt Abschnitt 5.1) seit Jahren kontinuierlich an. Waren es im Jahr 1995 noch 757 (früheres Bundesgebiet sowie Berlin-Ost, Abschnitt 5.4), stieg die Zahl über 1 812 im Jahr 2007 (erstmalig gesamtes Bundesgebiet) auf 3 317 im Jahr 2019<sup>1)</sup> (jeweils Abschnitt 5.5).

Diese Anstiege sind vor allem in den letzten Jahren verbunden mit einem deutlichen Anstieg der durchschnittlichen Unterbringungsdauer sowie einem deutlichen Wandel in der Struktur der Klientel: Nach Riedemann/Berthold (in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 23, 36) ist die durchschnittliche Behandlungsdauer im Zeitraum von 1995 bis 2016 um ca. sechs Monate angestiegen, die Höhe der Begleitstrafe der Untergebrachten im gleichen Zeitraum im Mittel um neun Monate. Auch die Einweisungsdelikte und der Anteil der voll Schuldfähigen haben sich deutlich verändert (Riedemann/Berthold, a. a. O., S. 27, 28): Der Anteil an Untergebrachten mit einem Betäubungsmitteldelikt (§§ 29 bis 30 des Betäubungsmittelgesetzes – BtMG) als Einweisungsdelikt hat sich seit 1995 (9,2 %) bis 2017 (30,9 %) mehr als verdreifacht; auch der Anteil der zugrundeliegenden Körperverletzungsdelikte (§§ 223 bis 231 StGB) hat sich von 18,6 % (1995) auf 26,3 % (2017) spürbar erhöht. Gravierend ist auch der Wandel beim Anteil der voll Schuldfähigen: Während dieser 1995 noch bei 20 % lag, betrug er 2017 mit knapp 60 % (59,8 %) das Dreifache.

Vor diesem Hintergrund hat sich die Gesundheitsministerkonferenz in einem Beschluss vom 13. Juni 2019 dafür ausgesprochen, gemeinsam mit den Justizressorts über einen Novellierungsbedarf bei den Regelungen zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zu beraten. Begründet hat die Gesundheitsministerkonferenz diesen Erörterungsbedarf damit, dass nicht nur die Anzahl der nach § 64 StGB Untergebrachten weiterhin steige, sondern sich nach Berichten der Praxis vor allem auch die Struktur der Klientel verändert habe. In nicht unerheblichem Umfang würden Patientinnen und Patienten zugewiesen, bei denen keine eindeutige Abhängigkeitserkrankung vorliege, und teilweise scheine die Möglichkeit einer Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt gerade bei hohen Begleitstrafen aus Sicht der Verurteilten einen sachwidrigen Anreiz für die Unterbringung in der Entziehungsanstalt zu setzen.

Nachdem die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder diese Prüfbite aufgegriffen hatte, richtete das (damalige) Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (nun: Bundesministerium der Justiz) unter Co-Vorsitz der Landesjustizverwaltungen der Freien und Hansestadt Hamburg und von Nordrhein-Westfalen im Oktober 2020 eine Gemeinsame Bund-Länder-Arbeitsgruppe der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder und der Gesundheitsministerkonferenz zur Prüfung eines Novellierungsbedarfs bei den Regelungen zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

---

<sup>1)</sup> Die Angabe für 1995 beinhaltet keine Straftaten im Straßenverkehr, bei den Angaben für 2007 und 2019 sind diese eingeschlossen.

(§ 64 StGB) ein. Zentraler Gegenstand der Prüfungen war – neben einer weiteren empirischen Auswertung – hierbei, ob und ggf. wie auf die fortwährend steigenden Unterbringungszahlen und die gleichzeitig geänderte Struktur der untergebrachten Personengruppe durch bundesrechtliche Änderungen zu reagieren ist mit dem Ziel, diese Maßregel wieder stärker auf die tatsächlich behandlungsbedürftigen Straftäter zu konzentrieren und so zur Entlastung der Entziehungsanstalten nach § 64 StGB beizutragen.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat in sechs Sitzungen am 30. Oktober 2020 sowie 22. Januar, 16. April, 18. Juni, 10. September und 12. November 2021 unter Mitwirkung der 15 Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein (jeweils vertreten durch die Justizseite und – für Hamburg nur in der ersten Sitzung – der Gesundheitsseite), Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen (jeweils vertreten durch die Justizseite), Berlin und Mecklenburg-Vorpommern (jeweils vertreten durch die Gesundheitsseite) sowie des (damaligen) Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums für Gesundheit über die Problemstellung und konkrete bundesrechtliche Änderungsmöglichkeiten beraten. Das Ergebnis dieser Beratungen enthält der „Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (StGB)“, der am 13. Januar 2022 auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de) veröffentlicht wurde. Der Bericht enthält einen Gesetzesvorschlag mit weitgehend ausformulierter Begründung, der Grundlage für die hier vorgelegten Vorschläge und die nachfolgenden Ausführungen ist:

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe konnte die vorstehenden Angaben von Riedemann/Berthold (in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 23 ff.) zur Struktur der nach § 64 StGB untergebrachten Personen und der Dauer ihrer Unterbringung im Wesentlichen bestätigen:

Nach den Angaben der Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden kann bei Unterbringungen gemäß § 64 StGB auch in den letzten Jahren ein Anstieg der Behandlungsdauer festgestellt werden: Die durchschnittliche Unterbringungsdauer bei Beendigung des Vollzuges in Monaten ist (ohne Bayern und Baden-Württemberg) 2020 gegenüber 2010 von knapp 22,4 Monate auf 23,0 Monate zwar nur relativ moderat angestiegen. Dabei erhöhte sich jedoch der Anteil der Unterbringungen von über zwei Jahren in diesen Ländern überproportional: Während die Gesamtzahl der im jeweiligen Kalenderjahr beendeten Fälle 2010 bis 2020 um 26,5 % (von 1.195 auf 1.512 Fälle) anstieg, stieg die Anzahl der Fälle mit einer Behandlungsdauer bis zu einem Jahr nur um 1 % (von 491 auf 496 Fälle) und die Anzahl der Fälle mit einer Behandlungsdauer von über einem Jahr bis zwei Jahren annähernd proportional um 27,3 % (von 231 auf 294 Fälle). Jedoch wuchs der Anteil der Fälle mit einer Behandlungsdauer von über zwei Jahren deutlich überproportional um 45,7 % (von 466 auf 679 Fälle).

Die Vollzugsdaten von Riedemann/Berthold zu den erheblichen Veränderungen bei den Einweisungsdelikten und dem Anteil der voll Schuldfähigen spiegeln sich – wenn auch naturgemäß nicht deckungsgleich<sup>2)</sup> – in den Aburteilungen nach der Strafverfolgungsstatistik wider: Der Anteil der Anordnungen primär wegen eines Betäubungsmitteldelikts hat sich seit 1995 von 19 % auf 31 % im Jahr 2019 deutlich gesteigert. Der Anteil der Anordnungen wegen Taten gegen die körperliche Unversehrtheit hat sich von 8 % in 1995 auf 17 % in

---

<sup>2)</sup> Zum einen tauchen die in der Strafverfolgungsstatistik erfassten abgeurteilten Personen erst zeitlich versetzt in den Vollzugsstatistiken der Entziehungsanstalten auf, zum anderen wird nur bei einem Teil der zu einer Maßregel nach § 64 StGB verurteilten Personen tatsächlich die Maßregel vollstreckt. Bei der Gruppe der voll Schuldfähigen mag zudem die Dauer des Maßregelvollzugs tendenziell kürzer ausfallen als bei schuldunfähigen oder vermindert schuldfähigen Personen, so dass auch deshalb ihr Anteil in den Bestandserhebungen des Vollzugs geringer ausfallen könnte als bei den Aburteilungen.

2019 mehr als verdoppelt. Gravierend ist auch der Wandel beim Anteil der voll Schuldfähigen: Während dieser 1995 noch 49 %<sup>3)</sup> (374 von 757) aller Anordnungen betrug, lag der Anteil 2019 bei 72 % (2 379 von 3 317).

Aufbauend auf dieser Datenlage und dem nachfolgend dargestellten Ergebnis weiterer Überprüfungen wird das geltende Recht in Teilbereichen den veränderten Gegebenheiten nicht mehr gerecht.

**a) Begriff „Hang“ bezieht sich infolge einer Ausweitung durch die Rechtsprechung auch auf nicht behandlungsbedürftige Tätergruppen**

Der Begriff „Hang“ hat in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in jüngerer Zeit eine erhebliche Ausweitung erfahren (vgl. MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 23, der sogar von einer „nahezu uferlos weiten“ Rechtsprechung des BGH spricht).

Der Begriff „Hang“ wurde durch das 2. Strafrechtsreformgesetz, das am 1. Januar 1975 in Kraft trat, in den seinerzeit neu gefassten § 64 StGB aufgenommen. Die Vorgängervorschrift, § 42c StGB a. F., war durch das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933 geschaffen worden und lautete wie folgt:

„Wird jemand, der gewohnheitsmäßig im Übermaß geistige Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich nimmt, wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das er im Rausch begangen hat oder das mit einer solchen Gewöhnung in ursächlichem Zusammenhang steht, oder wegen Volltrunkenheit (§ 330a) zu einer Strafe verurteilt und ist seine Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt erforderlich, um ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Unterbringung an.“

Nach der seinerzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nahm im Sinne des § 42c StGB „gewöhnheitsmäßig im Übermaße geistige Getränke zu sich, wer auf Grund eines krankhaften Hanges, gleichviel ob ständig oder nur von Zeit zu Zeit, immer wieder geistige Getränke in solchen Mengen genießt, daß er in einen Rauschzustand gerät oder daß infolge des häufigen Genusses seine Arbeits- und Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird.“ (vgl. Urteil vom 4. Dezember 1952, 3 StR 671/52, Leitsatz, juris). Erforderlich war demnach ein suchartiger Hang, mindestens aber ein gewohnheitsmäßiger Missbrauch, der den Grad psychischer Abhängigkeit erreicht (vgl. LK-Schöch, StGB, 12. Auflage 2008, § 64 Rn. 45).

Aufgrund des 2. Strafrechtsreformgesetzes erhielt die Vorschrift dann als § 64 StGB folgende Fassung:

„(1) Hat jemand den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird er wegen einer rechtswidrigen Tat, die er im Rausch begangen hat oder die auf seinen Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an, wenn die Gefahr besteht, daß er infolge seines Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

(2) Die Anordnung unterbleibt, wenn eine Entziehungskur von vornherein aussichtslos erscheint.“

---

<sup>3)</sup> Nach Riedemann/Berthold (in Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 28) lag der Anteil der 1995 in den Entziehungsanstalten befindlichen voll Schuldfähigen sogar unter 20 %; zu den wahrscheinlichen Gründen für diese unterschiedlichen Werte siehe die vorstehende Fußnote.

Der Begriff des „Hangs“ ersetzte demnach den Begriff „gewöhnheitsmäßig“ bzw. „Gewöhnung“ in § 42c StGB a. F., ohne dass damit eine inhaltliche Änderung gegenüber dem früheren Recht beabsichtigt gewesen wäre (E 1962, Bundestagsdrucksache 4/650, S. 212; vgl. LK-Cirener, StGB, 13. Auflage 2022, § 64 Rn. 52).

Gleichwohl vollzog sich in der Rechtsprechung – offenbar im Zusammenhang mit einer Verlagerung des zahlenmäßigen Schwerpunktes der Unterbringungsanordnungen weg von den Fällen des Alkoholmissbrauchs und hin zum Betäubungsmittelkonsum – eine Kursänderung bei der Auslegung des Hang-Begriffs. Danach kommt es für die Feststellung eines Hanges zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln nicht mehr darauf an, dass der Betroffene sie in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt werden. Vielmehr ist es demnach ausreichend, dass der Betroffene aufgrund seiner Abhängigkeit sozial gefährdet ist oder gefährlich erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2004, 2 StR 329/04, Orientierungssatz, juris und zuletzt etwa Beschluss vom 23. März 2021, 6 StR 17/21, bei juris Rn. 5, 7). Dies ist neueren Entscheidungen zufolge bereits der Fall bei der Begehung von zur Befriedigung des eigenen Drogenkonsums dienenden Beschaffungstaten (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020, 1 StR 155/20, bei juris Rn. 9 und 10; Beschluss vom 31. März 2020, 1 StR 639/19, bei juris Rn. 6 bis 9; Urteil vom 18. Juli 2019, 4 StR 80/19, bei juris Rn. 11 sowie erneut BGH, Urteil vom 10. November 2004, 2 StR 329/04, Orientierungssatz, juris; Beschluss vom 23. März 2021, 6 StR 90/21, bei juris Rn. 4; Beschluss vom 19. Oktober 2021, 1 StR 327/21, bei juris Rn. 5, 7). Damit kommt der Qualität des Anlassdelikts nunmehr eine wesentliche Indizwirkung für die Annahme eines Hanges zu.

Dass dies Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis der Tatgerichte bei Unterbringungen nach § 64 StGB entfaltet, legen die vorstehend vor Buchstabe a dargestellten gestiegenen Anordnungszahlen und Änderungen bei den Einweisungsdelikten (Anstieg der Betäubungsmitteldelikte) nahe; auch der erhebliche Anstieg des Anteils der voll Schuldfähigen kann dafür ein Indiz sein.

#### **b) Auch nicht überwiegende Mitursächlichkeit des „Hangs“ für die Anlasstat genügt**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der nach § 64 Satz 1 StGB erforderliche symptomatische Zusammenhang zwischen der rechtswidrigen Tat (Anlasstat) und dem „Hang“ einer Person, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen („Tat, die auf ihren Hang zurückgeht“), weit zu verstehen.

Ein solcher liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Hang zum Missbrauch von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist (BGH, Urteil vom 27. Juni 2019, 3 StR 443/18, mit weiteren Nachweisen, juris). Es ist somit nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1996, 2 StR 470/96, juris; Beschluss vom 22. September 1999, 3 StR 393/99, juris; Beschluss vom 1. September 2009, 3 StR 316/09, juris). Mitursächlichkeit genügt (vgl. BGH, Urteil vom 17. August 2004, 5 StR 93/04, juris; Beschluss vom 21. Juni 2011, 2 StR 189/11, juris; Beschluss vom 13. August 2013, 4 StR 249/13, juris; Beschluss vom 15. August 2013, 2 StR 225/13, juris; Urteil vom 11. März 2014, 1 StR 655/13, juris; Beschluss vom 21. April 2015, 4 StR 92/15, juris).

Weil jegliche Mitursächlichkeit des Hanges für die Anlasstat ausreicht, werden grundsätzlich auch solche Personen in den Anwendungsbereich des § 64 StGB einbezogen, bei denen die Delinquenz nicht überwiegend auf den Hang, sondern wesentlich auch auf andere Ursachen zurückzuführen ist (vgl. u. a. BGH, Beschluss vom 22. September 1999, 3 StR 393/99, juris – für die aufgrund allgemeiner charakterlicher Mängel verfestigte kriminelle Neigung des Angeklagten, seine Lebensbedürfnisse mit Mitteln aus Eigentumsdelikten zu

bestreiten; Beschluss vom 21. Juni 2011, 2 StR 189/11, juris; Beschluss vom 12. Oktober 2010, 3 StR 289/10, juris – für den Fall der dissozialen Persönlichkeitsstruktur des Angeklagten; Beschluss vom 31. März 2020, 1 StR 639/19, bei juris Rn. 10 – für den Fall, dass der Betäubungsmittelhandel zwar der Finanzierung des Lebensunterhalts sowie der Unterstützung der Familie in der Heimat dient und der Konsum von Cannabis sich lediglich als „Nebenprodukt“ darstellt, der Angeklagte aber neben der Handelsmenge zugleich eine Eigenbedarfsmenge erworben hat).

Durch eine Schärfung des Kausalitätserfordernisses zwischen „Hang“ und „Anlasstat“ soll erreicht werden, dass Personen, bei denen die Straffälligkeit nicht überwiegend auf den Hang, sondern auf andere Ursachen zurückzuführen ist, künftig nicht mehr die Voraussetzungen für eine Unterbringung nach § 64 StGB erfüllen.

### **c) Zu weitgehende Annahme hinreichender Aussicht auf Behandlungserfolg**

Gemäß § 64 Satz 2 StGB darf die Unterbringung nur angeordnet werden, wenn eine „hinreichend konkrete Aussicht“ besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.

#### **aa) Hintergrund der bisherigen Regelung**

Die Regelung geht zurück auf das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327), das insoweit der Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. März 1994 (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90 u. a., juris) diene. Mit dieser Entscheidung hatte das Gericht u. a. die seinerzeitige Regelung in § 64 Satz 2 StGB für verfassungswidrig erklärt, wonach die Unterbringung in der Entziehungsanstalt (nur) dann nicht angeordnet werden durfte, wenn eine Entziehungskur „von vornherein aussichtslos erscheint“. Zugleich hatte es festgestellt, dass die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt von Verfassungs wegen an die Voraussetzung geknüpft sein müsse, dass „eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die suchtkranke Person zu heilen oder doch über eine gewisse Zeit vor dem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren“ (BVerfG, a. a. O., Leitsatz 1 und Rn. 85 ff.). Das Freiheitsgrundrecht nach Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) erlaube es nicht, die Unterbringung einer – aus welchen Gründen auch immer – nicht behandlungsfähigen Person in einer Entziehungsanstalt anzuordnen, nur um durch ihre Verwahrung die Allgemeinheit zu schützen; vielmehr dürfe die Unterbringung nur zur Suchtbehandlung angeordnet werden, wenn diese auf den Schutz der Allgemeinheit durch Besserung ausgerichtet sei. Als Grundrechtseingriff müsse die freiheitsentziehende Maßregel hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Anordnung und Durchführung in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutz von Interessen der Allgemeinheit stehen; sie dürfe daher nur für Fälle vorgesehen werden, in denen sie geeignet sei, den Schutzzweck gerade durch Behandlung zu erreichen (BVerfG, a. a. O., Rn. 83). Der Gesetzgeber müsse beachten, dass eine gleichwohl erfolgte Unterbringung nur durch eine konkrete Chance für einen Behandlungserfolg gerechtfertigt werden könne (BVerfG, a. a. O., Rn. 84). Im Übrigen müsse der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Grundlagen für die Anordnung und Durchführung der Maßregel die tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere die zur Verfügung stehenden Behandlungskonzepte und die Kapazitäten der vorhandenen Anstalten berücksichtigen (BVerfG, a. a. O., Rn. 85).

In Umsetzung dieser Vorgaben hat der Gesetzgeber mit der vorstehend genannten Neuregelung von 2007 eine Neufassung des § 64 Satz 2 StGB vorgenommen. An die Stelle der genannten Ausschlussregelung in § 64 Satz 2 StGB a. F. ist in § 64 Satz 2 StGB die weitere positive Voraussetzung getreten, dass die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur ergehen darf, „wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die betroffene Person zu heilen oder über eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Rückfall in den

Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen“. Das Gericht hat daher vor der Anordnung positiv und konkret festzustellen, „ob der Täter nach der bisherigen Entwicklung seiner Sucht, nach seiner physischen und psychischen Struktur und ggf. trotz seiner kriminellen Prägung (noch) therapierbar“ ist (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90 u. a., bei juris Rn. 86). Diesbezüglich wird keine sichere oder unbedingte Gewähr verlangt, sondern eine durch Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs (siehe Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 13).

## **bb) Entwicklung der Rechtsprechung und Kritik**

Nach der Rechtsprechung (etwa BGH, Beschluss vom 25. Mai 2011, 4 StR 27/11, juris; Beschluss vom 21. April 2015, 4 StR 92/15, juris; Beschluss vom 9. März 2021, 6 StR 404/20, bei juris Rn. 10) ist eine solche Prognose im Rahmen einer richterlichen Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgebenden Umstände vorzunehmen. Dabei sind u. a. Art und Stadium der Sucht sowie bereits eingetretene physische und psychische Veränderungen und Schädigungen in der Persönlichkeit und den Lebensumständen des Angeklagten in den Blick zu nehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2019, 2 StR 108/19, juris, mit weiteren Nachweisen).

In Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze hat das Merkmal der hinreichend konkreten Erfolgsaussicht in der strafgerichtlichen Praxis eine insgesamt großzügige Auslegung erfahren (so auch die Einschätzung bei König im Beitrag von Basdorf/Schneider/König, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 59, 66; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Auflage 2012, Rn. 410; vgl. ferner Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Auflage 2019, S. 341: Anordnungsschwelle mit der Neuregelung von 2007 „geringfügig“ angehoben). So soll eine Therapiebereitschaft regelmäßig für eine konkrete Erfolgsaussicht sprechen, wobei dieses Indiz (nur) durch gravierende objektive Umstände widerlegt werden könne (vgl. Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 64 Rn. 21 mit weiteren Nachweisen). Auch soll der Annahme einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht grundsätzlich nicht entgegenstehen, dass der Angeklagte bereits erfolglose Therapieversuche unternommen hat (Fischer, a. a. O., Rn. 21 mit weiteren Nachweisen; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 64 Rn. 16; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. Juli 2000, 2 StR 87/00, juris: Die Teilnahme an einer – wenn auch mehrjährigen – Substitutionsbehandlung belege nicht, dass Drogenfreiheit nicht zu erreichen sei). Selbst das aktuelle Fehlen von Therapiewilligkeit soll eine Anordnung nicht notwendig hindern (sehr weitgehend etwa BGH, Beschluss vom 22. September 2010, 2 StR 268/10, juris; vgl. ferner aus jüngerer Zeit Beschluss vom 9. März 2021, 6 StR 404/20, bei juris Rn. 10; Beschluss vom 26. Februar 2020, 4 StR 474/19, bei juris Rn. 16). Gleiches gilt für unzureichende Sprachkenntnisse (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2018, 1 StR 132/18, juris; Beschluss vom 8. Juni 2021, 2 StR 91/21, bei juris Rn. 8 f., vgl. auch im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 5 Buchstabe b).

Aus der Strafverfolgungspraxis in den Ländern wird im Übrigen berichtet, dass die Unterbringung nach § 64 StGB häufig auch bei Angeklagten angeordnet werde, die bereits in der Vergangenheit in der Entziehungsanstalt untergebracht gewesen seien und deren Unterbringung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB mangels Erfolgsaussicht für erledigt erklärt worden sei. Dennoch hätten beauftragte Sachverständige – und in der Folge vielfach auch die Tatgerichte – häufig die Erfolgsaussicht einer erneuten Unterbringung bejaht, zum Teil auch bei Angeklagten, die bereits mehrfach in der Entziehungsanstalt untergebracht gewesen seien. Ähnliches wird für Angeklagte ohne jegliche Therapiemotivation berichtet; die Praxis zeige hier, dass es auch in der Maßregelvollzugseinrichtung regelmäßig nicht gelinge, eine solche nachträglich zu erreichen.

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Anforderungen, die in der Rechtsprechung an eine entsprechende Überzeugungsbildung gestellt werden, häufig wenig geeignet sind, die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90 u. a., juris)

geforderte und vom Gesetzgeber beabsichtigte limitierende Wirkung des Merkmals des hinreichend aussichtsreichen Behandlungserfolgs tatsächlich zu erhalten. So war es – neben der Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht der Betroffenen – gerade das Ziel der Neuregelung von 2007, „die vorhandenen und neu geschaffenen Kapazitäten des Maßregelvollzugs besser und zielgerichteter zu nutzen“ (Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 1). Auch das Bundesverfassungsgericht hatte – wie erwähnt – in seiner Entscheidung vom 16. März 1994 (a. a. O., Rn. 85) betont, der Gesetzgeber müsse (!) auch „bei der Ausgestaltung der Grundlagen für die Anordnung und Durchführung der Maßregel die tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere die zur Verfügung stehenden Behandlungskonzepte und die Kapazitäten der vorhandenen Anstalten berücksichtigen“ (zur Berücksichtigungsfähigkeit des Aspekts der Entlastung des Maßregelvollzugs siehe nunmehr auch BGH, Beschluss vom 8. Juni 2021, 2 StR 91/21, bei juris Rn. 15).

Zur Erreichung dieser limitierenden Wirkung hatte der Gesetzgeber beispielsweise auch in § 64 Satz 1 StGB statt der zuvor bestehenden obligatorischen Anordnung der Unterbringung eine „Soll“-Regelung eingeführt. Die Änderung sollte es ermöglichen, in denjenigen Fällen, in denen zwar eine Erfolgsaussicht möglicherweise gerade noch bejaht werden kann, die Ausgangsbedingungen aber sehr ungünstig sind, von der Unterbringung Abstand zu nehmen (Bundestagsdrucksache 16/5137, S. 10, in Verbindung mit 16/1344, S. 12 f.). Angesichts des durch den Gesetzgeber jedoch zugleich grundsätzlich betonten Ausnahmecharakters der Regelung („lediglich in besonderen Ausnahmefällen“; vgl. erneut Bundestagsdrucksache 16/5137, S. 10), der auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung hervorgehoben wurde (z. B. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2018, 1 StR 132/18, bei juris Rn. 11), hat diese Änderung jedoch keine signifikanten Auswirkungen gezeitigt (vgl. Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 64 Rn. 23a; Walther, JR 2020, 296, 304; König im Beitrag von Basdorf/Schneider/König, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 59, 65 f.).

In Verbindung mit der insgesamt gesehen großzügigen Annahme einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht hat dies mit dazu beigetragen, dass das Ziel der Neuregelung von 2007 trotz eines Ausbaus der Unterbringungskapazitäten durch die Länder nicht erreicht werden konnte. Im Lichte kontinuierlich steigender Unterbringungszahlen (dazu oben vor Buchstabe a) und der daraus resultierenden erheblichen Überbelegung in den forensischen Kliniken in nahezu allen Ländern ist es daher umso dringender, unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben die begrenzten finanziellen Mittel des Staates und die begrenzte Zahl der geeigneten Fachkräfte stärker erfolgsorientiert einzusetzen und die Maßnahme auf diejenigen Personen zu fokussieren, bei denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist, dass die mit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt verbundenen Ziele auch tatsächlich erreicht werden.

#### **d) Halbstrafenzeitpunkt als regelmäßiger gesetzlicher Strafaussetzungstermin nicht mehr sachgerecht**

##### **aa) Hintergrund der bisherigen Regelungen**

Die in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB vorgesehene Möglichkeit einer – im Vergleich zur alleinigen Verhängung einer Strafe – frühzeitigeren Strafrestaussetzung geht ursprünglich auf das am 1. Januar 1975 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. Juli 1969 (BGBl. I S. 717) zurück. Die damalige Fassung von § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB gestattete eine Bewährungsaussetzung unter den Voraussetzungen von § 57 Absatz 1 StGB bereits dann, „wenn noch nicht zwei Drittel der verhängten Strafe“ durch Anrechnung erledigt waren. Weil dies die Frage entstehen ließ, wie weit vor dem Zweidrittelzeitpunkt eine Aussetzung möglich ist, stellte das Dreiundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz vom 13. April 1986 (BGBl. I S. 393) klar, dass diese Privilegierung erst ab der Hälfte der Erledigung der Strafe einsetzte. Die „breite Palette der Strafzwecke“ dürfte „nicht völlig zu-

gunsten des Rehabilitationsinteresses aufgegeben werden“; ebenso „dürfte der Gleichbehandlungsgrundsatz eine noch weitergehende Privilegierung des Untergebrachten verbieten“ (Bundestagsdrucksache 10/270, S. 13).

Dass es dieser Privilegierung überhaupt bedurfte, wurde 1969 mit dem Hinweis begründet, dass „nicht einzusehen [sei], warum der Verurteilte, obwohl der Maßregelzweck erreicht ist, in solchen Fällen anschließend noch stets im Vollzug zurückbehalten werden soll, bis zu zwei Drittel der Strafe verbüßt sind“ (Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bundestagsdrucksache 5/4095, S. 32). Wie die weitere Entstehungsgeschichte deutlich macht, sollte insbesondere der schon erreichte Maßregelzweck nicht durch einen darüberhinausgehenden Vollzug wieder gefährdet werden (vgl. LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 60; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 67 Rn. 6; MüKo-Maier, StGB, 4. Auflage 2020, § 67 Rn. 145). Ergänzend wurde betont, dass diese Privilegierung auch dazu diene, die untergebrachte Person durch die frühzeitige Möglichkeit der Entlassung für die Therapie zu motivieren (vgl. Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 16 f.; LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 104; Kett-Straub, NStZ 2020, 474, 477; dazu nochmals im Folgenden).

Bei der am 20. Juli 2007 in Kraft getretenen Einführung des – grundsätzlich zwingenden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris) – Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe bei einer Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren nach § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) wurde diese Privilegierung bewusst für die Berechnung des Vorwegvollzugs aufgegriffen. Dieser Vorwegvollzug ist nach § 67 Absatz 2 Satz 3 StGB so zu bemessen, „dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung nach Absatz 5 Satz 1 möglich ist“, also eine Strafrestaussetzung nach Erledigung der Hälfte der Strafe.

In dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der unter anderem dazu beitragen sollte, „die vorhandenen und neu geschaffenen Kapazitäten des Maßregelvollzugs besser und zielgerichteter zu nutzen“ (Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 1), wird hierzu ausgeführt (S. 16 f.):

„Der Entwurf erweitert die Möglichkeit der Strafrestaussetzung zur Bewährung gemäß § 67 Abs. 5 StGB nach Erledigung der Hälfte der Strafe, die bisher auf die Fälle des Vorwegvollzugs der Maßregel beschränkt ist, auf die Fälle, in denen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB-E ein Teil der Freiheitsstrafe vor Vollzug der Unterbringung in der Entziehungsanstalt vollstreckt worden ist. Denn die Umkehrung der Vollstreckungsreihenfolge nach Abs. 2 Satz 2 darf nicht dazu führen, den Verurteilten die im Falle des Erfolgs der Therapie bislang mögliche Entlassung nach der Hälfte der Strafe künftig zu verwehren, die auch einen Anreiz für die Mitwirkung an der Therapie bietet. Mit der Regelung des § 67 Abs. 5 StGB wollte der Gesetzgeber Gesichtspunkten der Spezialprävention Vorrang vor den zeitlichen Begrenzungen des § 57 Abs. 1 StGB geben und insbesondere dafür sorgen, dass ein schon erreichter Therapieerfolg nicht wieder gefährdet wird. Sie stellt sicher, dass nach einer an therapeutischen Notwendigkeiten orientierten Unterbringungsdauer eine Bewährungsentscheidung zumindest möglich ist und sich im Falle einer solchen Entscheidung sowohl eine Rückverlegung in eine Justizvollzugsanstalt als auch eine unnötige Verlängerung der Maßregel erübrigen.“

Als Folge dieser Gesetzesänderung war die nach altem Recht übliche Orientierung am Zweidrittelzeitpunkt im Anwendungsbereich des § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB hinfällig (vgl. BeckOK StGB-Ziegler, 51. Edition, Stand 1. November 2021, § 67 Rn. 5; LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 75).

Die 1969 für die Einführung des Privilegs der Halbstrafenaussetzung vorgebrachten Argumente vermögen heute nicht mehr zu überzeugen:

Dem ersten Argument, dass es des Halbstrafenzeitpunkts bedürfe, um in den Fällen, in denen der Maßregelzweck bereits vor dem Zweidrittelzeitpunkt erreicht worden ist, eine Beeinträchtigung des Behandlungserfolgs durch einen anschließenden Straf- oder auch „nur“ Maßregelvollzug vermeiden zu können, wurde durch die 2007 eingeführten Regelungen zum – grundsätzlich zwingenden (BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris) – Vorwegvollzug bei einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren der Boden entzogen. Denn es ist gerade der Zweck dieses Vorwegvollzugs, eine Entlassung unmittelbar nach Beendigung der Therapie zu ermöglichen (so auch Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72, 82).

Diese Vorgaben zum Vorwegvollzug haben im Übrigen auch das Argument hintangestellt, behandlungsbedürftige Verurteilte zumindest in der Regel möglichst schnell in der Entziehungsanstalt zu therapieren und nicht erst in dem beschränkt therapiegeeigneten Milieu des Strafvollzugs unterzubringen; vielmehr soll der Vorwegvollzug nach § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB nur noch ausnahmsweise entfallen, um einer aktuellen und dringenden Therapiebedürftigkeit der suchtkranken Person Rechnung zu tragen (Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 14). Die Notwendigkeit eines raschen Therapiebeginns erscheint aufgrund der geänderten Klientel auch in der Sache weniger bedeutsam als früher: Wenn inzwischen über 70 % der Untergebrachten (Strafverfolgungsstatistik 2019, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, Seite 338: 71,7 %) voll schuldfähig sind, dürfte dies zumindest für diese Personengruppe prima facie nicht für einen akuten und dringenden Therapiebedarf sprechen, der eine sofortige Überstellung in den Maßregelvollzug erfordert (so Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72, 82), auch wenn die Merkmale „Schuldfähigkeit“ und „fehlender akuter Therapiebedarf“ natürlich keine Synonyme sind.

Das zweite Argument, die Privilegierung „biete auch einen (zusätzlichen) Anreiz für die Mitwirkung an der Therapie“, erscheint ebenfalls fraglich. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass das Privileg der Aussetzungsmöglichkeit bereits zum Halbstrafenzeitpunkt es in der Praxis ermöglicht hätte, bei einer erfolgreichen Behandlung tatsächlich in der Regel zu einer früheren Aussetzung zu gelangen als im Strafvollzug. Vielmehr stellen Aussetzungen zum Halbstrafenzeitpunkt auch im Maßregelvollzug offenbar die (große) Ausnahme, die Orientierung am Zweidrittelzeitpunkt hingegen vielfach die Regel dar (vgl. LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 104 unter Verweis auf die Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 28. Februar 2007). Im Gegenteil ist in der Praxis in den vergangenen Jahren sogar ein deutlicher Anstieg der Behandlungsdauern in den Entziehungsanstalten zu verzeichnen (siehe oben vor Buchstabe a sowie näher nachfolgend unter Doppelbuchstabe bb (2)).

Vor allem aber wird inzwischen zunehmend beklagt, dass die Möglichkeit der Halbstrafenaussetzung vor allem bei Tätern mit hohen Begleitstrafen den (ungewollten) Anreiz setze, die gleichzeitige Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB als vermeintliche Möglichkeit zur Milderung des Strafübels anzustreben. Dabei sei die Bedeutung dieser Privilegierung durch die 2007 eingeführte Berechnung des Vorwegvollzugs anhand dieses Zeitpunkts erst richtig ins Bewusstsein aller Beteiligten gerückt, da durch die gerichtliche Bestimmung des Vorwegvollzugs der in Aussicht stehende „Strafrabatt“ umso deutlicher werde (Schalast, NStZ 2017, 433, 435). Aber auch sonst erscheint weder der Halbstrafenzeitpunkt als solcher noch die 2007 eingeführte Berechnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe anhand dieses Zeitpunkts aus heutiger Sicht noch sachgerecht. Beide dürften nicht mehr den in der Praxis tatsächlich anzutreffenden Vollstreckungsverläufen entsprechen. Diese Praxisferne dürfte auch dazu geführt haben, dass der mit den 2007 eingeführten Regelungen zum Vorwegvollzug beabsichtigte Entlastungseffekt für die Entziehungsanstalten zumindest nicht stark genug war, um den seit vielen Jahren beobachtbaren Anstieg der Unterbringungszahlen spürbar zu bremsen.

Die in den beiden letzten Absätzen genannten Punkte sollen im Folgenden näher erläutert werden.

## **bb) Anreizwirkung und tatsächliche Relevanz des Halbstrafenzeitpunkts**

### **(1) Vermutete Anreizwirkung**

Aufgrund des kontinuierlichen Anstiegs der Belegungszahlen in den Entziehungsanstalten, des zu beobachtenden Wandels in der Struktur der Klientel und aufgrund konkreter Erfahrungen aus der richterlichen und forensischen Praxis (vgl. bereits die Ausführungen unter I. 4.) wird inzwischen vielfach vermutet, dass die Möglichkeit der gegenüber § 57 StGB erleichterten Halbstrafenaussetzung in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB zunehmend einen letztlich sachwidrigen Anreiz für Angeklagte begründe, insbesondere bei einer zu erwartenden hohen Begleitstrafe zusätzlich die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anzustreben. Dieser potentielle Anreiz, so die Befürchtung, trage nicht nur zu einer weiteren Zunahme der Unterbringungszahlen in den Entziehungsanstalten bei, sondern ziehe auch zunehmend die „falsche“ Klientel an, die die Unterbringung nach § 64 StGB vorrangig als vermeintliche „Milderung“ ihrer hohen Freiheitsstrafe ansehe, ohne wirklich therapiebedürftig oder therapiewillig zu sein, und daher das Behandlungsklima in den Entziehungsanstalten verschlechtere (vgl. z. B. Walther, JR 2020, 296, 306; Müller, FPPK 2019, 262, 299; Schalast, NSTZ 2017, 433; Radtke, S. 69 ff., Koller/Müller, S. 171 f., beide in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020; so auch schon Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72, 76, 81, die vor allem für voll schuldfähige Betäubungsmittelstraftäter eine hohe Anreizfunktion sehen; vgl. jüngst auch Peglau, NJW 2020, 1826, 1829, und Kett-Staub, NSTZ 2020, 476, 477, beide in Anm. zu BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris; eine therapiefremde Anreizwirkung unterstellt auch LK-Cirener, StGB, 13. Auflage 2022, § 64 Rn. 19). Teilweise wird sogar von einem „Missbrauch der Entziehungsanstalten“ und davon gesprochen, dass zunehmend dominant auftretende Patienten, die außerhalb der Klinik einen Rückhalt im kriminellen Milieu hätten, zu Belastung und Verunsicherung geführt hätten (Schalast, NSTZ 2020, 433, 435, 438). Von anderer Seite wird vermutet, dass gerade Angeklagte, bei denen ein tatsächlicher Therapiebedarf fraglich oder eher gering ist, zusätzlich die Erwartung hätten, aufgrund eines frühen „Therapieerfolgs“ auch frühzeitig – am besten zum Halbstrafenzeitpunkt – entlassen zu werden (Kollmeyer, Maßregelvollzug am Limit – § 64 StGB – Wann und wie lang? – PPP für die OLG-Tagung am 26. September 2013, S. 7, im Internet abrufbar, auffindbar über gängige Suchmaschinen).

Der Einwand, gegen diese Anreizwirkung spreche, dass tatsächlich nur wenige Untergebrachte eine Vollstreckungsaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt erreichen würden (siehe bereits vorstehend unter Doppelbuchstabe aa und näher im Folgenden) und dies „zumindest erfahrenen Verteidigern bekannt ist“ (Koller/Müller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 171), mag den Umfang dieser vermuteten Anreizwirkung womöglich relativieren, kann sie aber nicht beseitigen. Zum einen stehen dieser Einschätzung die Erkenntnisse anderer Justizpraktiker entgegen (vgl. Kollmeyer, Vorsitzender Richter am OLG Hamm, zitiert nach Riedemann/Berthold, S. 23, 37, in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020: „Bis zwei Jahre Freiheitsstrafe will ihn [„den 64er“] keiner, ab drei Jahren wollen ihn alle, und zwar zunehmend mit der Höhe der Strafe.“). Zum anderen belegen auch die statistischen Daten, dass sich die Begleitstrafen der nach § 64 StGB untergebrachten Personen in den letzten Jahren kontinuierlich erhöht haben. Nach Riedemann/Berthold (in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 23, 36) ist im Zeitraum von 1995 bis 2017 die durchschnittliche Höhe der Begleitstrafe der Untergebrachten deutlich um zehn Monate (1995: 36,56 Monate; 2017: 46,59 Monate) gestiegen. Auch Querengässer/Traub (R&P 2021, S. 23) haben eine Zunahme längerer Begleitstrafen festgestellt. Während Freiheitsstrafen über drei bis zehn Jahre 1997 noch einen Anteil von 29,7 % aller Anordnungen ausmachten (alte Länder), stieg dieser Anteil 2007 auf 32,9 % und 2016 auf 42 % (jeweils gesamtes Bundesgebiet). Eine empirische Auswertung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe von Daten aus 14 Ländern (außer Berlin und Sachsen-Anhalt) für 2019 unterstreicht diese Entwicklung: Danach hatten von insgesamt 4 681 gemäß § 64 StGB untergebrachten Personen 93,1 %

(4 358 Personen) eine Begleitstrafe, die sogar in 58,4 % dieser Fälle (2.543) über drei Jahre betrug<sup>4)</sup>.

Beides spricht dafür, dass schon die Aussicht auf eine – vom Gesetzgeber immerhin als Regelfall unterstellte – Halbstrafenaussetzung einen entsprechenden Anreiz begründet, zumal die an diesem Zeitpunkt orientierte gerichtliche Bestimmung des Vorwegvollzugs den in Aussicht stehenden „Strafrabatt“ umso deutlicher macht (Schalast, NStZ 2017, 433, 435, siehe bereits vorstehend unter Doppelbuchstabe aa). Dass auch andere Umstände die zusätzliche Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zumindest für einen Teil der verurteilten Personen mit hohen Begleitstrafen attraktiv erscheinen lassen können, namentlich das frühere Einsetzen von Vollzugslockerungen in der Unterbringung nach § 64 StGB (Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 171; Schalast, NStZ 2017, 433, 434, 435, 438, betont insoweit die Möglichkeiten des Maßregelvollzugsrechts einiger Länder zu Dauerbeurlaubungen), spricht ebenfalls nicht gegen diese Vermutung, im Gegenteil: Vorzeitige Vollzugslockerungen sind umso attraktiver, wenn sie sich – sei es auch nur erhofft – an einem vorzeitigen Aussetzungstermin orientieren.

Des Weiteren kann dieser vermuteten Anreizwirkung nicht entgegengehalten werden, der Angeklagte und ggf. sein Verteidiger hätten es gar nicht in der Hand, womöglich sogar abweichend von den gesetzlichen Voraussetzungen, das Tatgericht zu einer Unterbringung zu bewegen. Hier wurde von der Justizpraxis bereits hervorgehoben, dass auch das sachverständig beratende Tatgericht gerade bei der Feststellung des Hanges und der Erfolgsaussicht in erheblichem Maße auf die Einlassungen des Angeklagten angewiesen sei; entsprechende Angaben des tatsächlich konsumierenden Angeklagten seien vor allem dann nur beschränkt verifizier- oder widerlegbar, wenn sie erst in der Hauptverhandlung vorgebracht würden (Kollmeyer, Maßregelvollzug am Limit – § 64 StGB – Wann und wie lang?, PPP für die OLG-Tagung am 26. September 2013, S. 4 und 6 f., im Internet abrufbar, auffindbar über gängige Suchmaschinen; Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72, 76).

## **(2) Halbstrafenzeitpunkt widerspricht regelmäßig den tatsächlichen Vollstreckungsverläufen**

Aber selbst wenn die vermutete Anreizwirkung einer Aussetzung schon zum Halbstrafenzeitpunkt nicht oder nur in sehr beschränktem Umfang gegeben sein sollte, führt diese Regelung jedenfalls dazu, dass in der Praxis die Unterbringung in der Entziehungsanstalt – zu Lasten der entsprechenden Einrichtungen – länger andauert, als dies der gesetzlichen Konzeption entspricht:

Wie bereits skizziert, erreichen nach Angaben von Justizpraktikern derzeit „tatsächlich nur wenige Untergebrachte eine Vollstreckungsaussetzung schon zum Halbstrafen-Zeitpunkt“ (Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 171; Trenckmann, NStZ 2011, 322, 328: „nur äußerst selten“; nach LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022 § 67 Rn. 104, ergab auch die Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 28. Februar 2007, dass die Praxis meist von einer Regelaussetzung zum Zweidrittelzeitpunkt ausgehe; vgl. auch Schalast, FPPK 2013, 105, 111, der sich nach zwölf Jahren klinischer Praxis an keinen einzigen Fall erinnern kann). Auch wenn lediglich Daten einzelner Länder exemplarisch ausgewertet werden konnten, bestätigen sich diese Angaben grundsätzlich auch in dem Ergebnis der empirischen Auswertung der Bundesländer-Arbeitsgruppe: Für 2020 ergab die Auswertung für Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, das Saarland, Sachsen und Thüringen, dass von 305 beendeten Unterbringungen insgesamt nur 18,4 % (56) nahe dem Halbstrafenzeitpunkt beendet wurden und damit diesbezügliche Aussetzungen in der Tat nur Ausnahmecharakter hatten. Der Anteil der Entlassungen nahe dem Zweidrittelzeitpunkt betrug hingegen 21,3 % (65) und

---

<sup>4)</sup> Für Sachsen-Anhalt werden diese Zahlen durch eine exemplarische Auswertung einer Staatsanwaltschaft bestätigt, wonach 2019 in 65 % aller Anordnungen (17 von 26) eine Begleitstrafe von über drei Jahren ausgeurteilt wurde; weitere Angaben aus dem Zuständigkeitsbereich dieser Staatsanwaltschaft nachfolgend unter (3).

der nach dem Zweidrittelzeitpunkt sogar 60,3 % (184). Wenn sich die Erwartung einer Vollstreckungsaussetzung zum oder zumindest nahe dem Halbstrafenzeitpunkt in der Praxis aber in mindestens über 80 % der Fälle nicht realisiert, führt dies in der Regel dazu, dass sich die Zeit im Maßregelvollzug verlängert: Wird der Strafreist zum Halbstrafenzeitpunkt nicht ausgesetzt, wird grundsätzlich der Vollzug der Maßregel fortgesetzt, um den bis dahin eingetretenen Behandlungserfolg nicht zu gefährden (§ 67 Absatz 5 Satz 2 Halbsatz 1 StGB). So führte dies nach der Auswertung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe in den genannten sechs Ländern 2020 in 66 % der Fälle (228 von 346) zu einer Unterbringung nach § 64 StGB, die länger als vom erkennenden Gericht prognostiziert dauerte, in 67 % dieser Fälle (152 von 228) dauerte die Unterbringung sogar über neun Monate länger als vorhergesagt. Das Abstellen auf den Halbstrafenzeitpunkt erweist sich in der Praxis also bisher offenbar regelmäßig als zu optimistisch.

Dass eine Strafreistaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt nur „äußerst selten“ (Trenckmann, NStZ 2011, 322, 328) erfolgt, dürfte auch daran liegen, dass die durchschnittliche Behandlungsdauer in den Entziehungsanstalten in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist. So hat sie sich nach Riedemann/Berthold (in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 23, 32 f.) von 1995 bis 2016 um fast sechs Monate verlängert. Während sich 1995 zum Zeitpunkt der Erhebung Patienten durchschnittlich im zwölften Behandlungsmonat befanden (11,33 Monate), lag dieser Wert 2016 beim 18. Behandlungsmonat (17,08 Monate). 2017 befand sich sogar ein Viertel (25,1 %) aller Patienten am Stichtag über 24 Monate in Behandlung. Auch wenn es sich insoweit um eine Stichtagserhebung handelt, nicht um Angaben zur durchschnittlichen Behandlungsdauer bei der Entlassung, wird die Tendenz zu längeren Unterbringungszeiten doch deutlich. Eine Einzelerhebung zu einer Entziehungsanstalt in Nordrhein-Westfalen kam 2011 sogar zu dem Ergebnis, dass die durchschnittliche Dauer einer erfolgreichen Behandlung in den Jahren 2000 bis 2010, mit steigender Tendenz, bei etwa drei Jahren (37 Monate) lag (Trenckmann, NStZ 2011, 322, 325); allerdings dürften diese sehr hohen Zahlen auch darauf beruhen, dass sie lange Zeiten von Dauerbeurlaubungen einschließen (Schalast, NStZ 2017, 433, 436). Andere regionale Untersuchungen ergaben durchschnittliche Unterbringungszeiten bis zur Entlassung von zwei Jahren, aber auch darunter (Schalast, NStZ 2017, 433, 436, 437; ders., FPPK 2013, 105). Die tatrichterliche, sachverständig beratene Praxis geht offenbar überwiegend von einer durchschnittlichen Behandlungsdauer von eineinhalb (Schalast, NStZ 2017, 433, 438, allerdings bezogen auf den rein stationären Teil) bis zwei Jahren aus (Trenckmann, NStZ 2011, 322, 325). Diese Annahme konnte die Bund-Länder-Arbeitsgruppe durch die bereits erwähnten Angaben der Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden bestätigen, wonach die durchschnittliche Unterbringungszeit bei Beendigung des Vollzugs 2020 bundesweit (ohne Bayern und Baden-Württemberg) bei 23 Monaten lag, also bei knapp zwei Jahren (siehe bereits oben vor Buchstabe a, dort auch zum Anstieg in den letzten Jahren).

Dies alles zeigt, dass die Annahme des Gesetzgebers von 2007, wonach die Dauer der Therapie bis zur Erzielung eines Behandlungserfolgs im Durchschnitt bei etwa einem Jahr liege (Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 14), jedenfalls inzwischen nicht mehr der Realität entspricht (vgl. auch Bundestagsdrucksache 18/7244, S. 24 f., in der vom Gesetzgeber bereits die Notwendigkeit gesehen wurde, § 64 StGB bei einer entsprechenden Begleitstrafe für prognostizierte Behandlungsdauern von über zwei Jahren zu öffnen, auch wenn solchen Prognosen eher Ausnahmecharakter zukomme).

Dass die durchschnittliche Behandlungsdauer gestiegen ist, beruht offenbar nicht vorrangig auf deutlich gravierenderen Störungsbildern der Patienten (ausdrücklich verneint wird dies von Schalast, NStZ 2017, 433, 437), sondern wird unter anderem mit der in den letzten Jahren deutlich gestiegenen Durchschnittsdauer der Begleitstrafen (von 36,56 Monaten im Jahr 1995 auf 46,59 Monate im Jahr 2017, siehe schon vorstehend unter (1)) in Zusammenhang gebracht. So vermutet Trenckmann (NStZ 2011, 322, 328), „dass Patienten mit hohen Haftstrafen einfach mehr Zeit für eine Therapie mitbringen und – jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Anrechenbarkeit auf die Strafe (Zweidrittelzeitpunkt; § 67 Absatz 4 StGB) –

von keiner Seite die Notwendigkeit einer Beschleunigung der therapeutischen Arbeit gesehen wird“. Nach der Erhebung von Trenckmann (NStZ 2011, 322, 328) soll bei immerhin einem Drittel der Untergebrachten die therapeutische Behandlung sogar bis zum Ablauf der Höchstfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB durchgeführt worden sein. Auch Schalast sieht in den längeren Begleitstrafen einen Grund für die längeren Unterbringungsauern (NStZ 2017, 433, 437). Stimmt die Annahme, dass sich die Behandlungsdauer auch wegen der Anrechnungsgrenze des § 67 Absatz 4 StGB in der Praxis eher am Zweidrittelzeitpunkt orientiert, so „passt“ auch dazu nicht mehr die Orientierung der Aussetzungsreife am Halbstrafenzeitpunkt nach § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB.

### **(3) Auch die Berechnung des Vorwegvollzugs widerspricht regelmäßig den tatsächlichen Vollstreckungsverläufen**

Auch die Vorgabe des § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB zum Vorwegvollzug eines Teils der Strafe und dessen Berechnung anhand des Halbstrafenzeitpunkts entspricht damit in der Regel nicht mehr den tatsächlichen Vollstreckungsabläufen. Geht man von einer Behandlungsdauer von zwei Jahren aus, zeigt sich, dass bei Begleitstrafen bis drei Jahren – obwohl bei diesen in der Regel kein Vorwegvollzug erfolgt – frühestens zum Zweidrittelzeitpunkt (= zwei Jahre) Aussetzungsreife eintritt. Selbst ohne Vorwegvollzug reicht die Zeit in der Regel also nicht aus, um eine Halbstrafenaussetzung zu erlangen. Bei einer Begleitstrafe von über drei Jahren, in denen das Gesetz – grundsätzlich zwingend (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris) – den Vorwegvollzug vorschreibt, ist der zur Verfügung stehende Zeitraum bei einer Therapiedauer ebenfalls zu kurz, um tatsächlich einen solchen Vorwegvollzug anzuordnen. Denn nach der Intention des Gesetzgebers von 2007 und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss zumindest bis zu einer Begleitstrafe von über vier Jahren ein Vorwegvollzug – entgegen der gesetzlichen Regelvorgabe des § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB – unterbleiben, weil dieser ansonsten voraussichtlich zu einer zu vermeidenden Verlängerung des Freiheitsentzugs führen würde (vgl. Bundestagsdrucksache 10/5137, S. 10; BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, bei juris Rn. 15, 18, 22, mit zustimmenden Anmerkungen von Peglau, NJW 2020, 1826, 1829, und Kett-Straub, NStZ 2020, 474, 477; LK-Pegla, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 108). Erst soweit die Begleitstrafe vier Jahre übersteigt, wird ein kurzer Vorwegvollzug der Begleitstrafe möglich, um nach einer erfolgreichen, die prognostizierten zwei Jahre andauernden Therapie eine Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt zu ermöglichen. Geht vollstreckte, auf die Strafe anzurechnende Untersuchungshaft voraus, erhöht sich die für einen Vorwegvollzug notwendige Dauer der Begleitstrafe nochmals entsprechend (die Untersuchungshaft ist zwar nicht bereits vom erkennenden Gericht von der Dauer des Vorwegvollzugs abzuziehen, wohl aber im Vollstreckungsverfahren auf diese Zeit anzurechnen, vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 2019, 3 StR 29/19, bei juris Rn. 2; MüKo-Maier, StGB, 4. Auflage 2020, § 67 Rn. 94; kein Raum für eine Anordnung des Vorwegvollzugs besteht, wenn sich dieser durch die anzurechnende Untersuchungshaft bereits erledigt hat; BGH, Beschluss vom 18. Mai 2016, 2 StR 47/16, bei juris Rn. 3; MüKo-Maier, a. a. O.).

Diese Annahmen werden durch eine empirische Auswertung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe für 2019 anhand der in acht Ländern (Brandenburg, Baden-Württemberg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen) und von einer Staatsanwaltschaft aus Sachsen-Anhalt erhobenen Daten bestätigt. Danach wurde lediglich in 31 % der Fälle (332 von 1.088), in denen 2019 die Unterbringung beendet wurde<sup>5)</sup>, Freiheitsstrafe vorwegvollzogen. Gleichzeitig waren in diesen acht Ländern und dem Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft aus Sachsen-Anhalt über 60 % (1 169 von 1 937) der dort 2019 untergebrachten Personen zu einer Begleitstrafe von über drei Jahren verurteilt worden, bei denen nach der gesetzlichen Vorgabe des § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB an sich ein solcher Vorwegvollzug hätte erfolgen sollen<sup>6)</sup>. Die Daten aus

<sup>5)</sup> Für die Staatsanwaltschaft aus Sachsen-Anhalt beziehen sich die Angaben auf die 2019 rechtskräftig gewordenen Unterbringungsanordnungen.

<sup>6)</sup> Die Einzelauswertung der Staatsanwaltschaft aus Sachsen-Anhalt bestätigt und konkretisiert beispielhaft dieses Bild: Nur in 23 % (6 von 26 Fälle) wurde ein Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe

den sechs Ländern Baden-Württemberg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Thüringen und wieder derselben Staatsanwaltschaft aus Sachsen-Anhalt ergaben zudem, dass in ca. 49 % der Fälle (484 von 987), in denen die Unterbringung 2019 beendet wurde, Untersuchungshaft vorweg vollzogen wurde, was, wie erläutert, die Möglichkeit eines Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe nach § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB weiter einschränkt.

Vorstehendes zeigt, dass die gesetzliche Vorgabe zum Vorwegvollzug ab einer Begleitstrafe von über drei Jahren (§ 67 Absatz 2 Satz 2 StGB) aufgrund der Berechnung dieses Vorwegvollzugs anhand des Halbstrafenzeitpunkts (§ 67 Absatz 2 Satz 3 StGB) in der Regel nicht mehr der Realität entspricht. Zugleich führt dies dazu, dass bei Begleitstrafen von über drei bis zu vier Jahren § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB seinen Zweck, zu einer Entlastung der Entziehungsanstalten beizutragen, nicht erreichen kann.

#### **e) Sofortige Vollziehbarkeit von Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bei (Rück-)Verlegung in den Strafvollzug umstritten**

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist umstritten, ob bei einer Erledigungsentscheidung nach § 67d Absatz 5 StGB die untergebrachte Person vor Rechtskraft der Entscheidung in den Strafvollzug zurückverlegt werden kann, insbesondere wenn sich die betroffene Person dagegen mit der sofortigen Beschwerde wendet (verneinend insbesondere: OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. September 2006, 3 Ws 907/06, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19. November 2008, 1 Ws 368/08, juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11. März 2014, 2 Ws 24/14, juris; bejahend insbesondere: OLG Hamm, Beschluss vom 8. März 2016, III-3 Ws 72/16, juris, OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Juni 2020, 4 Ws 127/20, juris). Da für die betreffenden Oberlandesgerichte keine Pflicht zur Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof besteht (vgl. Umkehrschluss aus § 121 Absatz 2 Nummer 3 GVG, MüKo-Kotz/Oglakcioglu, StPO, 1. Auflage 2014, § 121 GVG Rn. 16), ist nicht zu erwarten, dass diese Unterschiedlichkeit in absehbarer Zeit behoben wird.

Die eine sofortige Vollziehbarkeit verneinende Rechtsprechung macht es für die davon betroffene Praxis unmöglich, die Personen, bei denen das Gericht die Unterbringung in der Entziehungsanstalt wegen Erfolglosigkeit der Behandlung für erledigt erklärt hat, zeitnah in den Strafvollzug zu überstellen. Dabei haben die Länder im Rahmen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe von Beschwerdeverfahren von bis zu sieben Monaten berichtet, in denen sie die Maßregelerledigung nicht umsetzen konnten. Zugleich haben die in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden dargelegt, dass in den letzten elf Jahren (2010 bis 2020) pro Jahr bei knapp 23 % aller untergebrachten Personen die Unterbringung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB wegen Erfolglosigkeit der Behandlung für erledigt erklärt wurde. Aufgrund der deutlichen Zunahme der Gesamtbelegung der Entziehungsanstalten in den letzten Jahren (siehe die Ausführungen vor Buchstabe a) trägt damit auch diese Rechtsprechung nicht unerheblich zur Belastung der Entziehungsanstalten bei. So gab es nach den Angaben der in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden im Jahr 2020 konkret 1.185 untergebrachte Personen, deren Unterbringung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB wegen Erfolglosigkeit für erledigt erklärt wurde (wobei im Jahr 2020 zugleich

---

angeordnet, obwohl es in 65 % (17 von 26 Fälle) Begleitstrafen von über 3 Jahren gab. Der Durchschnitt der Begleitstrafen, bei denen ein solcher Vorwegvollzug erfolgte, lag bei über 6 Jahren und 7 Monaten, und selbst bei den zwei Fällen, denen keine Untersuchungshaft voranging, lag er bei 5 Jahren und 4 Monaten. Die kürzeste Begleitstrafe, bei der ein solcher Vorwegvollzug erfolgte, betrug 4 Jahre und 6 Monate, obwohl auch in diesem Fall keine Untersuchungshaft voranging. Der Vorwegvollzug war mit 3 Monaten auch relativ kurz, ebenso wie im zweiten Fall, in dem ohne vorgehende Untersuchungshaft ein Vorwegvollzug angeordnet wurde: 7 Monate Vorwegvollzug bei einer Begleitstrafe von 6 Jahren und 2 Monaten. Auch diese Beispiele dürften zeigen, dass die Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt auch bei Begleitstrafen über drei Jahren – entgegen der gesetzlichen Intention – zu gar keinen oder nur geringen Vorwegvollzügen führt, selbst wenn keine Untersuchungshaft vorausgeht.

92 %<sup>7)</sup> der Anordnungen mit einer Begleitstrafe ergingen, insgesamt 5.280 Personen untergebracht waren und in 2.905 Fällen die Unterbringung beendet wurde). Über diese rein zahlenmäßige Belastung hinausgehend wurden in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Praxisberichte wiedergegeben, nach denen das therapeutische Klima immer wieder negativ durch die nach einer Erledigungsentscheidung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bis zu deren Rechtskraft in der Entziehungsanstalt verbleibenden untergebrachten Personen beeinflusst werde, bis hin zu einer Gefährdung der Sicherheit von anderen Patienten und des Personals.

Vor diesem Hintergrund wird, wie bereits in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe insbesondere von Länderseite artikuliert, ein dringender Bedarf für eine gesetzliche Klarstellung gesehen, dass es bei einer Erledigterklärung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB grundsätzlich bei der in § 307 Absatz 1 der Strafprozessordnung (StPO) vorgesehenen sofortigen Vollziehbarkeit der Entscheidung bleibt, auch wenn die untergebrachte Person sofortige Beschwerde dagegen einlegt.

## **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

Der Entwurf schlägt die folgenden Änderungen im Sanktionenrechts des StGB vor, mit denen zugleich die Vorgaben des Koalitionsvertrages 2021 – 2025 von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP umgesetzt werden:

### **1. Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB-E)**

Der Entwurf sieht vor, den Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 StGB so zu ändern, dass statt einem zukünftig zwei Tagessätze einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen. Diese Halbierung des Umrechnungsmaßstabes verfolgt zunächst das Ziel, die Anzahl der Tage der tatsächlich vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafe deutlich zu verringern, nämlich zu halbieren, da deren Vollzug in der Regel keinen Beitrag zur Resozialisierung der Betroffenen leisten kann; zugleich kann so das mit der Vollstreckung verbundene Strafübel stärker an dem der verhängten Strafe (= Geldstrafe) ausgerichtet werden (siehe oben unter I. 1., zusammenfassend unter Buchstabe c, und näher im Folgenden, insbesondere unter Buchstabe a). Darüber hinaus kann diese Halbierung es der verurteilten Person auch erleichtern, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe ganz zu vermeiden (dazu näher nachfolgend unter Buchstabe d). Ergänzend soll der bloße Surrogatscharakter der Ersatzfreiheitsstrafe betont werden, indem in § 43 StGB einheitlich nur noch von „Ersatzfreiheitsstrafe“, nicht mehr auch von „Freiheitsstrafe“ gesprochen wird.

Zusätzlich sollen vollstreckungsrechtliche Ergänzungen dazu beitragen, dass die verurteilte Person stärker bei der Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafe unterstützt wird, wie dies teilweise schon jetzt in den Ländern praktiziert wird (vgl. die Ausführungen unter I. 1. Buchstaben b und c).

Zum einen soll durch eine Erweiterung von § 459e Absatz 2 StPO die Vollstreckungsbehörde verpflichtet werden, die verurteilte Person darauf hinzuweisen, dass ihr gemäß § 459a StPO Zahlungserleichterungen bewilligt werden können und ihr gemäß Rechtsverordnung nach Artikel 293 EGStGB gestattet werden kann, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch freie Arbeit abzuwenden. Dies soll dazu beitragen, die verurteilte Person doch noch zu Aktivitäten zu veranlassen, um die Anordnung und Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe zu verhindern. Um sicherzugehen, dass die verurteilte Person diesen Hinweis auch versteht, soll er in einer ihr verständlichen Sprache erfolgen, wenn Anlass zur Annahme besteht, dass sie der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist.

---

<sup>7)</sup> Gemäß empirischer Auswertung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe bezogen auf die Länder Bayern, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen und Thüringen. Die entsprechende Zahl für 2019 – bezogen auf alle Länder außer Berlin und in Sachsen-Anhalt nur bezogen auf eine Staatsanwaltschaft – beträgt 93 %.

Zum anderen soll der Vollstreckungsbehörde durch eine Ergänzung des § 463d StPO zusätzlich auch die Einschaltung der Gerichtshilfe vor der Entscheidung über die Anordnung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe ausdrücklich nahegelegt werden, um die Abwendung der Anordnung oder Vollstreckung durch Zahlungserleichterungen oder durch freie Arbeit zu fördern. Die unter I. 1. Buchstabe b dargestellten Erfahrungen mit entsprechenden Projekten der Länder zeigen, dass unterstützende Maßnahmen der aufsuchenden Sozialarbeit vor allem den Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen fördern können. Zugleich verdeutlicht die Ergänzung von § 463d StPO, dass die in § 459e Absatz 2 Satz 2 StPO-E geforderten Hinweise auch durch die Gerichtshilfe erteilt werden können. Sie wird der verurteilten Person die Hinweise häufig eher als die Vollstreckungsbehörde so erteilen können, dass sie die verurteilte Person auch tatsächlich erreichen und motivieren.

Diese Vorgaben entsprechen auch den Empfehlungen der erwähnten Bund-Länder-Arbeitsgruppe (vgl. erneut die Ausführungen unter I. 1. Buchstaben b und c). Diese hat empfohlen, den betroffenen Personen Informationen über den Ablauf der Geldstrafenvollstreckung (zumindest) in gängigen Fremdsprachen zur Verfügung zu stellen. Außerdem kann nach Einschätzung der Arbeitsgruppe die Einschaltung von Bediensteten des ambulanten Sozialen Dienstes oder von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern freier Träger zur Unterstützung der Betroffenen insbesondere beim Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen ein sinnvolles Mittel sein, um die Anordnung und Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe zu vermeiden.

Nachfolgend sollen nun die Gründe für die Änderung des Umrechnungsmaßstabs näher dargestellt werden.

#### **a) Argumente für die Halbierung des Umrechnungsmaßstabs**

Der seit 1. Januar 1975 geltende Umrechnungsmaßstab von 1:1 war bereits bei seiner Einführung umstritten. Im Sonderausschuss des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform plädierten die Regierungsvertreter für ein Umrechnungsverhältnis von Geldstrafe zu Ersatzfreiheitsstrafe von 2:1, was jedoch im Ausschuss mit Stimmgleichheit abgelehnt wurde (vgl. Protokoll der 112. Sitzung am 3. Oktober 1968, Seite 2174 ff.; LK-Grube, StGB, 13. Auflage 2022, § 43 Rn. 6). Von 1998 bis 2004 gab es mehrere Gesetzesinitiativen, die ebenfalls darauf abzielten, den Umrechnungsmaßstab auf 2:1 zu ändern. Der Bundesrat hatte in der 13. und in der 14. Legislaturperiode entsprechende Entwürfe eingebracht (vgl. Bundestagsdrucksachen 13/9612 und 14/761), die beide der Diskontinuität anheimfielen. Aus der 14. Wahlperiode stammt auch ein entsprechender Entwurf der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Bundestagsdrucksache 14/9358), der in etwas abgewandelter Form von der Bundesregierung in der 15. Legislaturperiode aufgegriffen wurde („Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“, Bundestagsdrucksache 15/2725), aber, nachdem der damalige Bundesrat Einwände erhoben hatte, im Deutschen Bundestag ebenfalls nicht weiterverfolgt wurde. Alle Entwürfe sahen – neben anderen Änderungsvorschlägen – vor, nicht nur den Umrechnungsmaßstab in § 43 StGB zu ändern, sondern grundsätzlich auch in allen anderen Vorschriften, welche eine Umrechnung von Geld- in („normale“ oder „primäre“) Freiheitsstrafe vorsehen (zu den Einzelheiten siehe nachfolgend, insbesondere unter Buchstabe c).

Auch aus Wissenschaft und Praxis finden sich immer wieder entsprechende Forderungen (aus neuerer Zeit vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Albrecht, StGB, 5. Auflage 2017, § 43 Rn. 6; Meier, StV 2008, 263, 269 f.; LK-Häger, StGB, 12. Auflage 2006, § 43 Rn. 6; Schrott JR 2002, 315; Boll, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, 3.3.1, S. 47; kritisch zum geltenden Maßstab auch MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 2; Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Auflage 2022, § 43 Rn. 4; früher bereits Schall, NStZ 1985, 106, 106; Tröndle, JZ 1976, 162, 163, ders. ZStW 1974, 545, 578, der sogar für einen Umrechnungsmaßstab 3:1 plädiert hat).

Rechtsvergleichend ist anzumerken, dass § 19 Absatz 3 Satz 2 des österreichischen Strafgesetzbuches und Artikel 53 Absatz 1 des spanischen Strafgesetzbuches einen Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe zu Ersatzfreiheitsstrafe von 2:1 vorsehen.

Die von der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat sich in ihrem 2019 vorgelegten Abschlussbericht zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“ ebenfalls mehrheitlich für eine Halbierung des Umrechnungsmaßstabes ausgesprochen.

Abgesehen vom generellen Ansatz, die Vollstreckung von Freiheitsstrafe aus Gründen der Resozialisierung der Betroffenen so weit wie möglich zu vermeiden (siehe oben unter I. 1.), wird die Forderung nach Änderung des Umrechnungsmaßstabes damals wie heute vor allem mit dem Argument des unterschiedlichen Strafübels von Geldstrafe und – erst recht vollstreckter – Freiheitsstrafe begründet. Ein Tag Freiheitsstrafe wiege deutlich schwerer als die Einbuße eines Tageseinkommens (so z. B. Bundestagsdrucksache 15/2727, S. 19). Der Tagessatz der Geldstrafe zielt auf den Betrag, den eine Person an einem Arbeitstag verdient bzw. verdienen kann. Es sei nicht sachgerecht, 4 bis 6 Stunden Arbeit pro Tag (bei Einrechnung von Wochenenden, Feier- und Urlaubstagen) mit 24 Stunden Freiheitsstrafe gleichzusetzen (vgl. Albrecht, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 43 Rn. 6). Dies gelte umso mehr, als der mit einem Freiheitsentzug verbundene Grundrechtseingriff über den reinen Entzug der Freiheit hinaus auch mit weiteren Einbußen, etwa dem Verlust des Arbeitsverhältnisses und damit dem längerfristigen Verlust des regulären Tageseinkommens verbunden sein könne (vgl. Arendt, Quo vadis, Geldstrafe?, 2012, S. 142; Schall, NStZ 1985, 106, 106). Damit sei auch die Schuldangemessenheit der Ersatzfreiheitsstrafe fraglich, denn von ihren Auswirkungen her stelle sie für die Betroffenen kein „Ersatzübel“, sondern ein „Zusatzübel“ dar (vgl. nur LK-Häger, StGB, 12. Auflage 2006, § 43 Rn. 6 und Schall, NStZ 1985, 106, 106, alle mit weiteren Nachweisen).

Auch der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass eine Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe das schwerere Strafübel ist (BGH, Urteil vom 5. November 2013, 1 StR 387/13, bei juris Rn. 15; Urteil vom 2. Mai 1990, 3 StR 59/89, bei juris Rn. 4; Beschluss vom 11. Februar 1988; Beschluss vom 4. August 1976, 2 StR 420/76, bei Wolters Kluwer Online Rn. 2), weshalb es zum Beispiel auch gegen das Verschlechterungsverbot verstoße, wenn erst im Berufungsverfahren im Wege einer Gesamtstrafenbildung die Freiheitsstrafe durch Einbeziehung einer Geldstrafe – auch nur anteilig – erhöht werde (vgl. nur BGH, Beschluss vom 4. August 1976, 2 StR 420/76, a. a. O). Schon deshalb kann der Streit dahinstehen, ob der Richter im Rahmen der Strafzumessung vor der Bestimmung der Zahl der Tagessätze zur Feststellung der Schwere des verschuldeten Unrechts „die hypothetische Überlegung anstellen [kann], wie viele Tage (...) Freiheitsstrafe die Tat dieses Täters ‚wert‘ wäre“ (so BGH, Beschluss vom 30. November 1976, 1 StR 319/76, bei juris Rn. 9 = BGHSt 27, 70, 72; Matt/Renzikowski-Bußmann, StGB, 2. Auflage 2020, § 40 Rn. 5 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Albrecht, StGB, 5. Auflage 2017, § 40 Rn. 16), oder er aufgrund der Unterschiedlichkeit von Geld- und Freiheitstrafe die schuldangemessene Zahl der Tagessätze eigenständig zu bemessen hat (so etwa LK-Grube, StGB, 13. Auflage 2022, § 40 Rn. 10 ff., MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 40 Rn. 37 und Satzger/Schmitt/Widmaier-Claus, StGB, 5. Auflage 2021, § 40 Rn. 6, alle mit weiteren Nachweisen; vgl. auch die Diskussion in Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 37, 47). Denn jedenfalls nach tatrichterlicher Festlegung der Strafe ist die Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe unstrittig das schwerere Übel und damit auch die Ersatzfreiheitsstrafe gegenüber der ursprünglich ausgesprochenen Geldstrafe.

Bei der Ersatzfreiheitsstrafe kommt hinzu, dass sie bloßer Ersatz für die schuldangemessene Geldstrafe ist und vorrangig ein Druckmittel darstellt, um die schuldangemessene Geldstrafe durchzusetzen (siehe oben unter I. 1. Buchstabe a). Zunächst tatrichterlich das angemessene Maß dieses bloßen Surrogats und Druckmittels zu bestimmen, um daraus dann die schuldangemessene Strafe herzuleiten, bedeutete daher, „das Pferd von hinten aufzuzäumen“ (in diesem Sinne auch MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 40 Rn. 37;

LK-Häger, StGB, 12. Auflage 2006, § 43 Rn. 6 f. und § 40 Rn. 10). Unabhängig davon, ob stattdessen eine Orientierung an einer hypothetischen „primären“ Freiheitsstrafe oder eine eigenständige Strafzumessung erfolgen sollte (siehe vorstehender Absatz), wird durch die hier vorgeschlagene Umstellung des Umrechnungsmaßstabes von Geldstrafe zu Ersatzfreiheitsstrafe auf 2:1 dem Tatgericht jedenfalls der Weg eröffnet, die Geldstrafe – entsprechend den Vorgaben des § 46 Absatz 1 StGB – eigenständig am Maß der Schuld des Täters und der Wirkung der Geldstrafe auf ihn zu bemessen (vgl. erneut MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 40 Rn. 37; LK-Grube, StGB, 13. Auflage 2022, § 40 Rn. 10 ff.). Der aufgrund des bisherigen Umrechnungsmaßstabes von 1:1 vorgetragene Einwand, bei einer solchen eigenständigen Festsetzung „würde der Täter im Fall einer zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafe eine Freiheitseinbuße erleiden, die er nicht verdient hat“ (so etwa ausdrücklich Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, Rn. 4), entfielen.

Zugleich würde der Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe zu Ersatzfreiheitsstrafe von 2:1 auch den (weiteren) Unterschieden der Ersatzfreiheitsstrafe zur „primären“ oder „eigentlichen“ Freiheitsstrafe besser Rechnung tragen: Die Ersatzfreiheitsstrafe ist aufgrund ihres Sondercharakters nach herrschender Meinung der Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung, auch einer Reststrafenaussetzung nach § 57 StGB entzogen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 5. Januar 2010, 1 VAs 114/09, bei juris Rn. 19 f. [Aufgabe früherer Rechtsprechung]; OLG Oldenburg, Beschluss vom 24. April 2006, 1 Ws 234/06, bei juris Rn. 1 ff.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29. März 2001, 1 Ws 152/01 [Aufgabe früherer Rechtsprechung]; OLG Bamberg, Beschluss vom 29. Juni 1998, Ws 148/98, bei juris Rn. 10 ff.; OLG Hamm, Beschluss vom 24. März 1998, 2 Ws 126/98, bei juris Rn. 8 f.; Beschluss vom 29. Mai 1980, 2 Ws 117/80, bei juris Rn. 7 f.; Beschluss vom 10. Dezember 1976, 3 Ws 528/76, bei juris Rn. 5 ff; OLG Stuttgart, Beschluss vom 18. Juni 1986, 4 Ws 178/86; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 1979, 5 Ws 18/79; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Januar 1978, 2 Ws 329/77, bei juris Rn. 5 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 21. September 1976, 1 Ws 267/76; OLG München, Beschluss vom 26. April 1976, 1 Ws 522/76; LK-Grube, StGB, 13. Auflage 2022, § 43 Rn. 4a; MüKo-Radtke, StGB, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 23; Fischer StGB, 69. Auflage 2022, § 57 Rn. 3; KK-Appl, StPO, 8. Auflage 2019, § 459e StPO Rn. 8; MüKO-Nestler, StPO, 1. Auflage 2019, § 459e Rn. 9; offen gelassen von BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 17. Februar 2006, 2 BvR 204/06, bei juris Rn. 13; andere Ansicht OLG Koblenz, Beschluss vom 23. Dezember 1994, 2 Ws 866/94, juris; Beschluss vom 21. Januar 1977, 1 Ws 615/76, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. September 1976, 1 Ws 722/76, juris). Sie stellt insoweit sogar eine härtere Sanktion als die „eigentliche“ Freiheitsstrafe dar. Auch dieser Umstand rechtfertigt es, den „Wert“ der Ersatzfreiheitsstrafe – im Verhältnis zur Geldstrafe, aber auch im Verhältnis zur Freiheitsstrafe – zu stärken. Die systematisch und inhaltlich wenig überzeugenden Versuche, bei der Ersatzfreiheitsstrafe die Möglichkeit der Reststrafenaussetzung zu bejahen, um die Belastungsunterschiede zwischen der ausgerichteten Geldstrafe und der Ersatzfreiheitsstrafe abzumildern und zugleich eine größere Nähe zur „primären“ Freiheitsstrafe herzustellen (so etwa Schatz, ZRP 2008, 438, 440), werden entbehrlich, wenn diese Belastungsunterschiede bereits im Umrechnungsmaßstab zum Ausdruck kommen und dieser de facto bei der Ersatzfreiheitsstrafe einer generellen Strafrestausschüttung nach der Hälfte der Verbüßungszeit entspricht.

## **b) Zu den vorgebrachten Gegenargumenten**

Aus den vorgenannten Überlegungen zur höheren „Strafgerechtigkeit“ eines halbierten Umrechnungsmaßstabes im Hinblick auf das unterschiedliche Strafübel von Geld- und Freiheitsstrafe ergibt sich auch, dass die gegen eine solche Änderung vorgetragene Argumente nicht überzeugen:

- So wurde vorgebracht, die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes sei geeignet, der durch den Gesetzgeber im jeweiligen Strafrahmen vorgenommenen Schuldvorbewertung die Grundlage zu entziehen. Werde z. B. bei einer Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe gemäß § 47 Absatz 2 Satz 2 StGB eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen festgesetzt, so müsste bei Nichtzahlung nur eine Ersatzfreiheitsstrafe von 45 Tagen

verbüßt werden, obwohl der Tatbestand eine Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe vorsehe (vgl. Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 37). Diese Argumentation verkennt, dass § 47 StGB gerade bezweckt, die als spezialpräventiv ungünstig anerkannte kurzzeitige Freiheitsstrafe möglichst zurückzudrängen (vgl. nur Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 47 Rn. 1). Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe im Maßstab 1:1 widerstrebt diesem Ziel, während eine Halbierung des Umrechnungsmaßstabes diese Folge zumindest abmildert. Daher ist auch bereits die Ausgangsprämisse „schief“, in dem genannten Beispiel liege die gesetzliche „Schuldvorbewertung“ bei drei Monaten Freiheitsstrafe. Das Gesetz will vielmehr gerade keine Freiheitsstrafe, sondern sieht eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen als schuldangemessen an.

- Auch geht die Annahme fehl, die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes würde zu einer nicht gerechtfertigten Bevorteilung einer Person führen, die zum Beispiel anstelle einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen – „bei gleichem Schuldgehalt der Tat“ – zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt worden sei, denn diese müsse nicht nur 45 Tage, sondern die gesamten drei Monate verbüßen (vgl. erneut Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 37). Zum einen eröffnet die Verurteilung zur „primären“ Freiheitsstrafe nach den §§ 56 ff. StGB – anders als bei der Ersatzfreiheitsstrafe – die Möglichkeit der Strafaussetzung (von Anfang an, nach der Hälfte oder nach zwei Drittel der Strafverbüßung). Zum anderen ist auch hier die Prämisse einer vermeintlich „gleichwertigen“ Ahndungswirkung von Geld- und Freiheitsstrafe irreführend: Bei einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten bestimmt § 47 StGB den Vorrang der Geldstrafe, wenn nicht ausnahmsweise spezial- oder generalpräventive Gründe eine Freiheitsstrafe „unerlässlich“ machen, und auch im Bereich darüber ist eine Freiheitsstrafe nur dann zu verhängen, wenn eine Geldstrafe aus Sicht des Tatgerichts zur Ahndung nicht ausreicht (vgl. nur Schönke/Schröder-Kinzig StGB, 30. Auflage 2019 Rn. 60 und 64; MüKo-Meier, StGB, 4. Auflage 2020, § 46 Rn. 147, 149; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung; 6. Auflage 2017, Rn. 1198). Eine härtere Sanktionswirkung einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe ist also keine ungerechtfertigte „Ungleichbehandlung“, sondern gewollte Folge dieses Rangverhältnisses.

### **c) Beschränkung der Änderung auf die Ersatzfreiheitsstrafe**

Auch die zu früheren Gesetzesentwürfen vorgetragene Sorge, eine Halbierung des Umrechnungsmaßstabes bei der Ersatzfreiheitsstrafe würde das Tagessatzsystem und das Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe insgesamt in Frage stellen (vgl. erneut Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 37), ist für den hier vorgelegten Regelungsansatz unbegründet. Denn abweichend von den bisherigen Entwürfen soll sich die Änderung des Umrechnungsmaßstabes ausschließlich auf die Ersatzfreiheitsstrafe beziehen, nicht aber auf das Verhältnis der Geldstrafe zur „primären“ oder „eigentlichen“ Freiheitsstrafe. Für diesen zentralen Bereich soll es daher beim Umrechnungsverhältnis von 1:1 bleiben, wie es in § 47 Absatz 2 Satz 2, § 51 Absatz 4 Satz 2, § 54 Absatz 3 StGB sowie in Artikel 12 Absatz 4 EGStGB normiert ist. Dieser beschränkte Regelungsansatz ist dem bereits dargelegten Sondercharakter der Ersatzfreiheitsstrafe als bloßes Surrogat und Druckmittel zur Durchsetzung der Geldstrafe geschuldet (siehe oben unter I. 1. Buchstabe a und vorstehend unter Buchstabe a). Durch ihn erledigt sich nicht nur die genannte Sorge, das Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe insgesamt in Frage zu stellen, sondern es werden auch weitere Probleme vermieden, die mit den weitergehenden Regelungsvorschlägen verbunden waren:

- Bleibt es im Verhältnis von Geld- zu „primärer“ Freiheitsstrafe beim Umrechnungsmaßstab von 1:1, besteht schon deshalb kein Anlass, in § 47 Absatz 2 Satz 2 StGB bei der „umgekehrten“ Umrechnung von primärer Freiheitsstrafe in Geldstrafe diesen Maßstab zu ändern, namentlich die Anzahl der Tagessätze zu verdoppeln (vgl. auch zu dieser Forderung bereits Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 5, sowie Horn JR 1977, 95, 100; Vogler JR 1978, 353, 355). Im Übrigen ist offensichtlich, dass eine solche Verdoppelung zu neuen Friktionen führen würde: So würde sich zum Beispiel eine gemäß § 47

Absatz 2 Satz 2 StGB auf 150 Tagessätze festgesetzte Geldstrafe auf 300 Tagessätze verdoppeln, obwohl es bei einer nur etwas schwereren Tat, die mit sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 47 StGB zu ahnden ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 2015, 2 StR 379/14, bei juris Rn. 20 und Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 47 Rn. 14, wonach eine Geldstrafe im Rahmen des § 47 Absatz 2 Satz 2 StGB 180 Tagessätze nicht erreichen darf), bei dieser Strafhöhe bliebe. Zudem drohten Friktionen zu Artikel 12 EGStGB, dessen Absatz 1 bei alleiniger Androhung von Freiheitsstrafe ohne besonderes Mindestmaß die Verhängung einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen gestattet (BGH, a. a. O.) und dessen Absatz 4 sich ebenfalls am Umrechnungsverhältnis von 1:1 orientiert.

- Bei § 54 Absatz 3 StGB (Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus Freiheits- und Geldstrafe) und § 51 Absatz 4 StGB (Anrechnung von oder auf Geldstrafe) wird vermieden, dass eine Halbierung des Umrechnungsmaßstabes die schon de lege lata möglichen Vorteile für die verurteilte Person übermäßig verstärkt: Bereits die Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe führt nämlich durch das in § 54 Absatz 1 Satz 2 StGB niedergelegte Asperationsprinzip dazu, dass die Geldstrafe in deutlich geringerem Umfang zu einer Erhöhung der Freiheitsstrafe führt, als es der Anzahl der Tagessätze der Einzelstrafe entspricht (vgl. allgemein Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 54 Rn. 4 ff.; Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Auflage 2022, § 54 Rn. 1), wobei durch die Umwandlung in eine „primäre“ Freiheitsstrafe – anders als bei der Ersatzfreiheitsstrafe – der verurteilten Person zudem für die Gesamtstrafe der Weg einer Strafaussetzung zur Bewährung nach den §§ 56 ff. StGB eröffnet sein kann. Bei der Verhängung einer bloßen Geldstrafe kommt in Betracht, die nach § 51 Absatz 1, 4 StGB ohnedies anzurechnende Untersuchungshaft zusätzlich strafmildernd zu berücksichtigen, insbesondere, wenn deren Anordnung auf einer deutlich höheren Straferwartung als der letztlich ausgeurteilten Geldstrafe beruhte (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 14. Juni 2006, 2 StR 34/06, bei juris Rn. 9; MüKo-Maier, StGB, 4. Auflage 2020, § 46 Rn. 343; Schönke/Schröder-Kinzig StGB, 30. Auflage 2019 § 46 Rn. 55).

Die Beschränkung der Halbierung des Umrechnungsmaßstabes auf die Ersatzfreiheitsstrafe vermindert auch die Gefahr, dass sich die Gerichte bei der Zumessung der Geldstrafe wegen einer generellen „Entwertung“ der Geldstrafe zu einer Anhebung der Anzahl der Tagessätze (vgl. etwa Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 43 Rn. 4b), womöglich sogar zu deren Verdoppelung verleitet lassen. Denn soweit diese Gefahr damit begründet wird, dass der Tatrichter mit einer solchen Erhöhung womöglich vermeiden wolle, dass die von ihm verhängte Geldstrafe aufgrund einer ihm nicht bekannten Gesamtstrafenlage nachträglich „unter Wert“ in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werde (vgl. wiederum Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 37), ist diese Sorge hier schon deshalb unbegründet, weil der Entwurf gerade keine Änderung des Umrechnungsmaßstabes in § 54 Absatz 3 StGB vorschlägt.

#### **d) Weitere Auswirkungen**

Soweit die vorstehend skizzierte Gefahr einer Erhöhung der Zahl der ausgeurteilten Tagessätze damit begründet wird, dass sich Tatrichter bei der Festsetzung dieser Zahl womöglich (weiterhin) an der Höhe einer bei Uneinbringbarkeit der Geldstrafe folgenden Ersatzfreiheitsstrafe orientieren könnte (für eine solche Orientierung de lege lata Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 40 Rn. 4 und Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 40 Rn. 5, wobei der dort jeweils zitierte Beschluss des BGH vom 30. November 1976, 1 StR 319/76, bei juris Rn. 9 = BGHSt 27, 70, 72 nicht auf die Ersatzfreiheitsstrafe, sondern eine „Freiheitsstrafe“ abstellt), ist zu betonen, dass eine solche Orientierung jedenfalls nach Inkrafttreten der hier vorgeschlagenen Halbierung des Umrechnungsmaßstabes nicht mehr gesetzeskonform wäre. Mit dieser Halbierung würde der Gesetzgeber nämlich die unterschiedliche Belastungswirkung von schuldangemessener Geldstrafe einerseits und Ersatzfreiheitsstrafe als bloßem Surrogat und Druckmittel andererseits ausdrücklich

anerkennen und damit zeigen, dass die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe kein taugliches Anknüpfungskriterium für die Zumessung der Geldstrafe (mehr) sein kann; erst recht kann sie dann kein Kriterium sein, um eine Anhebung oder gar Verdoppelung der Tagessatzzahl der Geldstrafe zu rechtfertigen. Eine Abkehr von den gerade im Bereich der einfachen Kriminalität häufig festzustellenden Sanktionsroutinen ist daher nicht nur aus praktischen Gründen kaum zu erwarten (vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems 2000, 3.2.4.1, S. 57), sondern wäre auch rechtlich nicht zu begründen. Die Frage, ob die Geldstrafe eigenständig zuzumessen ist oder an der hypothetischen Höhe einer „primären“ Freiheitsstrafe orientiert werden kann (zum Streitstand siehe erneut oben unter Buchstabe a), kann hingegen aufgrund des unveränderten Umrechnungsmaßstabes von Geldstrafe zu „primärer“ Freiheitsstrafe weiterhin dahinstehen.

Eine signifikante Minderung der Wirksamkeit der Ersatzfreiheitsstrafe als Druckmittel zur Vollstreckung der Geldstrafe ist durch die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes nicht zu erwarten (so auch Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, 3.2.4.1, S. 57: „eher unwahrscheinlich“). Viele der mit der Freiheitsentziehung verbundenen Einschränkungen und Unannehmlichkeiten – wie etwa die zwangsweise Unterbrechung der bisherigen Lebensgewohnheiten, die Sorge vor einer stigmatisierenden Wirkung des Freiheitsentzugs und der Eintritt in ein ungewisses, womöglich sogar als bedrohlich empfundenen Umfeld – treten bereits mit dem Antritt einer Ersatzfreiheitsstrafe ein. Das „Damoklesschwert“ der Freiheitsentziehung dürfte daher weiterhin ausreichend „scharf“ sein und die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes allenfalls ausnahmsweise Anlass für eine verurteilte Person sein, die Geldstrafe lieber im Rahmen einer „halbierten“ Freiheitsentziehung „abzusitzen“ als sie zu zahlen.

Mit einer mangelnden Akzeptanz dieser Änderung in der Bevölkerung ist ebenfalls nicht zu rechnen. Dagegen spricht schon, dass der mit der Halbierung des Umrechnungsmaßstabes anerkannte Unterschied zwischen den Belastungen, die mit einer nur finanziellen Einbuße und einer umfassenden Freiheitsentziehung verbunden sind, einem weit verbreiteten Empfinden entsprechen dürfte. Hinzu kommt, dass die seit mehreren Jahren über die reine Fachöffentlichkeit hinausreichenden Diskussion auch die Erkenntnis verbreitet haben dürfte, dass die Ersatzfreiheitsstrafe vor allem ärmere Schichten der Bevölkerung trifft, auch dann, wenn es sich um Straftaten im unteren Deliktsbereich handelt, und die Zahl der davon Betroffenen zunehmend steigt (vgl. etwa Steinke, Süddeutsche Zeitung vom 25./26. September 2021, S. 11 ff.: „Im Armenhaus – Immer mehr Menschen müssen in Deutschland ins Gefängnis, weil sie ihre Geldstrafen nicht zahlen können - Über die Frage, wieviel die Freiheit kostet“). Daher dürfte mittelfristig eher die unveränderte Beibehaltung der Ersatzfreiheitsstrafe in der Öffentlichkeit unter Rechtfertigungsdruck geraten als deren maßvolle Beschränkung.

Noch weniger ist damit zu besorgen, dass durch den Vorschlag die Stellung und die gesellschaftliche Akzeptanz der Geldstrafe als wesentliche Rechtsfolge unseres Strafrechtssystems insgesamt in Frage gestellt wird.

Ob die geplante Halbierung des Umrechnungsmaßstabes Anlass gibt, die in den Vollstreckungsverordnungen zu Artikel 293 EGStGB enthaltenen Vorgaben zu modifizieren, wie viele Arbeitsstunden gemeinnützige Arbeit zur Abwendung der Vollstreckung eines Tages der Ersatzfreiheitsstrafe geleistet werden müssen (derzeit liegt dieser Satz im Regelfall bei vier, fünf oder – in den meisten Ländern – sechs Stunden, vgl. die Nachweise bei Beck-Online zu Artikel 293 EGStGB, Fußnote 2; zum Vorschlag, diesen Satz im Regelfall auf acht Stunden zu erhöhen, vgl. Boll, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, 3.1.1, S. 48), haben die Länder in eigener Verantwortung zu beurteilen.

Dabei sollte aber berücksichtigt werden, dass die Halbierung der Anzahl der Tage der an die Stelle der Geldstrafe tretenden Ersatzfreiheitsstrafe es der verurteilten Person auch er-

leichtern kann und soll, deren Vollstreckung ganz zu vermeiden, namentlich durch die Erbringung gemeinnütziger Arbeit. Durch die genannte Halbierung halbiert sich auch die Anzahl der Arbeitsstunden, mit denen die Ersatzfreiheitsstrafe abgegolten werden kann. Diese Halbierung kann die betroffene Person gegebenenfalls überhaupt erst hinreichend motivieren oder es ihr sonst möglich machen, gemeinnützige Arbeit zu beginnen und diese auch tatsächlich „durchzuhalten“. Gerade bei Personen mit besonderen Problemlagen kommt hinzu, dass die Vollstreckungsverordnungen für solche Härtefälle eine zusätzliche Reduzierung der erforderlichen Stundenzahl auf drei Stunden pro Tag Ersatzfreiheitsstrafe gestatten. Es erscheint sinnvoll, diese niedrigschwelligen Angebote auch nach einer Halbierung der anfallenden Tage Ersatzfreiheitsstrafe beizubehalten und damit gerade Personen mit Problemlagen die Erbringung gemeinnütziger Leistungen deutlich leichter als bisher zu machen. Weiter ist zu bedenken, dass die Halbierung der anfallenden Tage Ersatzfreiheitsstrafe grundsätzlich auch zu einer Halbierung des Bedarfs an entsprechenden Beschäftigungsstellen pro Tag führt. Zwar gibt es nach den Erkenntnissen der erwähnten Bund-Länder-Arbeitsgruppe und einer aktuellen Umfrage unter den Ländern keinen generellen Mangel an geeigneten Einsatzstellen. Regional, insbesondere in Flächenländern, kann es aber gerade bei einer größeren Anzahl von Arbeitsstunden schwierig sein, geeignete Stellen ortsnah zur Verfügung zu stellen, etwa, weil durch die großflächige Zusammenlegung von Kirchengemeinden nicht mehr im selben Umfang wie früher entsprechenden Aufsichtspersonen ortsnah zur Verfügung stehen. Damit kann es die Halbierung der anfallenden Tage Ersatzfreiheitsstrafe auch erleichtern, den Betroffenen ortsnah geeignete Einsatzstellen zuzuweisen, was wiederum deren Bereitschaft steigern kann, diese auch anzunehmen und die geforderte Stundenzahl vollständig abzarbeiten.

Über die Änderungen in § 43 StGB hinausgehende Anpassungen sind im StGB nicht erforderlich (vgl. näher im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 1, dort auch zum Wegfall des Erfordernisses eines Härteausgleichs bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung aus Freiheitsstrafe und einer als Ersatzfreiheitsstrafe vollzogenen Geldstrafe).

Die in § 43 StGB-E vorgesehene stärkere begriffliche Unterscheidung von Freiheits- und Ersatzfreiheitsstrafe erfordert auch keine Folgeanpassungen in der StPO. Soweit es dort spezifisch um die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe geht, wird diese bereits als solche bezeichnet (vgl. §§ 454b, 456a, 459e, 459f StPO). Soweit es um Regelungen geht, die allgemein auf die Vollstreckung von Freiheitsstrafe abzielen, hat die Rechtspraxis deren etwaige Geltung auch für die Ersatzfreiheitsstrafe bereits geklärt (vgl. etwa zu § 457 StPO § 50 Nummer 1 der Strafvollstreckungsordnung; KK-Appl, StPO, 8. Auflage 2019, § 457 Rn. 1; zu § 462a StPO vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 1981, 2 ARs 293/81, bei juris Rn. 3 = BGHSt 30, 223; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Auflage 2021, § 462a Rn. 4). Die begriffliche Klarstellung in § 43 StGB-E ändert an diesen Bewertungen nichts, da sie allein den materiellen Unterschied von Ersatzfreiheitsstrafe (Surrogat zur Geldstrafe und Druckmittel zu deren Durchsetzung) und „primärer“ oder „eigentlicher“ Freiheitsstrafe hervorhebt, aber nichts daran ändert, dass gerade im Verfahrensrecht die für Freiheitsstrafe geltenden Regelungen auch für die Ersatzfreiheitsstrafe Anwendung finden können.

Zur Anpassung im Wehrstrafgesetz siehe Artikel 3, zum Vorschlag einer Übergangsregelung siehe Artikel 4 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch).

## **2. Erweiterung § 46 Absatz 2 StGB-E**

Der Katalog der Strafzumessungsgründe in § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB soll aus den unter I. 2. genannten Gründen ausdrücklich um „geschlechtsspezifische“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Beweggründe ergänzt werden.

Diese Ergänzung dient zunächst der Verdeutlichung und Bekräftigung der bereits jetzt geltenden Rechtslage, wonach Hass gegen Frauen und LSBTI-Personen als Tatmotiv unter die Formulierung der „sonst menschenverachtenden“ Beweggründe fällt und so bei der

Strafzumessung grundsätzlich strafschärfend zu berücksichtigen ist (vgl. erneut Bundestagsdrucksache 19/17741, S. 19; oben unter I. 2. Buchstabe d).

Zum anderen soll der Begriff „geschlechtsspezifisch“ nicht nur die unmittelbar auf Hass gegen Menschen eines bestimmten Geschlechts beruhende Beweggründe erfassen, sondern auch die Fälle einbeziehen, in denen die Tat handlungsleitend von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit geprägt ist; damit verbunden soll auch der Hinweis an die Rechtspraxis sein, eine entsprechende Motivationslage namentlich bei Straftaten zu Lasten von Frauen, auch bei Beziehungstaten, stärker zu berücksichtigen (siehe bereits oben unter I. 2. Buchstaben a und d).

Zu den Einzelheiten der Bedeutung der Begriffe „geschlechtsspezifisch“ und „sexuelle Orientierung“ wird auf die Begründung im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 2 verwiesen.

Insgesamt spiegelt sich auch in diesen Hervorhebungen zugleich die Aufgabe des Strafrechts wider, insbesondere zu Zwecken der positiven Generalprävention für das Gemeinwesen grundlegende Wertungen zu dokumentieren und zu bekräftigen. Darüber hinaus soll die ausdrückliche Erwähnung dieser Beweggründe unterstreichen, dass auch die Staatsanwaltschaft bei ihren Ermittlungen schon frühzeitig solche Motive aufzuklären und zu berücksichtigen hat, da sich nach § 160 Absatz 3 der Strafprozessordnung (StPO) die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen auch auf die Umstände erstrecken sollen, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind (vgl. zu beiden Punkten bereits Bundestagsdrucksache 18/3007, S. 7).

An der Erfassung und Wichtigkeit anderer „menschenverachtender“ Beweggründe und Ziele des Täters ändern diese Ergänzungen nichts. Vielmehr bleibt es dabei, dass Tatmotive, die sich als symbolischer, stellvertretender Akt gegen das durch das Opfer mit seiner Gruppenzugehörigkeit symbolisierte Anderssein richten, zum Beispiel gegen eine Behinderung oder gegen den gesellschaftlichen Status (etwa bei Obdachlosen), ebenso von § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB erfasst werden wie islamfeindliche, christenfeindliche, antiziganistische oder sonstige gegen die religiöse Einstellung oder ethnische Zugehörigkeit des Opfers gerichtete Beweggründe des Täters (vgl. bereits Bundestagsdrucksache 19/17741, S. 19).

### **3. Auflagen und Weisungen (§§ 56c, 59a StGB, § 153a StPO-E)**

#### **a) Therapieweisung**

Aus den unter I. 3. Buchstabe a genannten Gründen soll in § 56c Absatz 2 (Weisung im Rahmen einer Strafaussetzung zur Bewährung) und § 59a Absatz 2 StGB (Auflagen und Weisungen im Rahmen einer Verwarnung mit Strafvorbehalt) sowie in § 153a Absatz 1 Satz 2 StPO (Auflagen und Weisungen im Rahmen eines vorläufigen Absehens von der Verfolgung) ausdrücklich die Möglichkeit einer Weisung vorgesehen werden, „sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung)“. Damit wird die bereits in § 68b Absatz 2 Satz 2 StGB und § 246a Absatz 2 StPO enthaltene Formulierung und Legaldefinition aufgegriffen (an deren begrifflicher Berechtigung sich auch nichts durch die am 1. September 2020 durch das Gesetz zur Reform der Psychotherapeutenausbildung, BGBl. I 2019, S. 1604, in Kraft getretene Neufassung von § 1 des Psychotherapeutengesetzes geändert hat).

Die Aufnahme dieser Weisung in den Katalog des § 56c Absatz 2 StGB-E verdeutlicht zudem nochmals, dass deren Erteilung – entsprechend der bereits bislang geltenden Rechtslage – grundsätzlich nicht von der Einwilligung der verurteilten Person abhängt. Diese ist nach § 56c Absatz 3 Nummer 1 StGB weiterhin nur erforderlich, wenn die angewiesene Behandlung ausnahmsweise zugleich mit einem körperlichen Eingriff verbunden ist, wie dies namentlich bei einer medikamentösen Begleitung der Fall sein kann (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 22. März 2018, 3 Ws 113/18, bei juris Rn. 16; OLG Naumburg, Beschluss vom 12. Februar 2009, 1 Ws 706/08, bei juris Rn. 8 [Einnahme triebdämpfender Mittel];

OLG Schleswig, Beschluss vom 5. Juli 2006, 1 Ws 259/06, bei juris Rn. 5; LG Saarbrücken, Beschluss vom 27. August 2021, 3 Qs 35/21, bei juris Rn. 28; LK-Hubrarch, StGB, 13. Auflage 2022, § 56c Rn. 14). Das Gleiche – grundsätzlich keine Einwilligung erforderlich – gilt für eine Therapieweisung im Rahmen einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (vgl. den Verweis auf § 56c Absatz 3 in § 59a Satz 3 StGB) und im Rahmen einer Aussetzung des Berufsverbots (vgl. § 70a Absatz 3 Satz 1 StGB). Bei § 153a StPO-E bleibt es hingegen dabei, dass der Beschuldigte der vorläufigen Einstellung selbst und damit auch den damit verbundenen Auflagen und Weisungen zustimmen muss (vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Auflage 2021, § 153a Rn. 10, 12).

Gegen die grundsätzliche Entbehrlichkeit einer Einwilligung sind in der Vergangenheit zwar Einwände formuliert worden. So sei die Zumutbarkeitsgrenze, die auch unter dem Einfluss der Grundrechte stehe, bei einer Behandlungsweisung schnell erreicht, so dass jedenfalls bei Maßnahmen mit „hoher psychischer Eingriffsintensität“ der Verzicht auf das Einwilligungserfordernis fragwürdig sei, zumal eine gegen den erklärten Willen durchgeführte psychotherapeutische Behandlung häufig aussichtslos erscheine (vgl. MüKo-Groß/Kett-Straub, StGB, 4. Auflage 2020, § 56c Rn. 30; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Rn. 264).

Die Gerichte haben indes seit Wegfall des Zustimmungserfordernisses für Heilbehandlungen ohne körperliche Eingriffe im Jahr 1998 (siehe oben unter I. 3. Buchstabe a) wiederholt Therapieweisungen auch ohne Zustimmung des oder der Verurteilten angeordnet, ohne hierin ein Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze zu sehen oder dieses auch nur zu erörtern (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 6. Mai 2021, 4 Ws 77-78/21, bei juris Rn. 16; Beschluss vom 18. Januar 2000, 2 Ws 12/00, bei juris Rn. 4; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21. Mai 2014, 4 Ws 158/14, bei juris Rn. 7; KG, Beschluss vom 29. März 2001, 1 AR 351/01, 5 Ws 159/01, bei juris Rn. 4). Auch in der Literatur wird betont, dass beim Fehlen einer Einwilligung allenfalls die Erfolgsaussicht einer solchen Behandlung besonders sorgfältig zu prüfen sei (LK-Hubrarch, StGB, 13. Auflage 2022, § 56c Rn. 19; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 56c Rn. 23; keine Bedenken auch bei Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 56 c Rn. 12; Matt/Renzikowski-Bußmann, StGB, 2. Auflage 2020, § 56c Rn. 16 f.).

Mit den Erfolgsaussichten einer gegen den Willen des Verurteilten angeordneten Psychotherapie hat sich der Gesetzgeber bereits im Rahmen der Begründung des Gesetzes zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 nach Anhörung von Sachverständigen auseinandergesetzt. Dort wird ausgeführt, dass psychotherapeutische Behandlungsmaßnahmen auf sozialer Interaktion beruhen und daher die Mitarbeit der betroffenen Person erforderten. Für den Erfolg einer Therapie komme es deshalb zwar entscheidend darauf an, dass die Probandin oder der Proband sich auf sie einlasse. Dies setze allerdings weder voraus, dass von Anfang an eine Bereitschaft zur Therapie bestehe, noch, dass die Therapiebereitschaft auf autonomen Beweggründen beruhe. Entscheidend sei vielmehr, ob es der Therapeutin oder dem Therapeuten gelinge, die betroffene Person zur Mitarbeit zu motivieren. In vielen Fällen könne Motivationsarbeit indes nur dann geleistet werden, wenn der Proband oder die Probandin zunächst durch eine entsprechende Weisung gezwungen werde, überhaupt Kontakt zu einer Therapeutin oder einem Therapeuten aufzunehmen und diesen auch durchzuhalten (vgl. Bundestagsdrucksache 16/1993, S. 19, womit die strafbewehrte Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 11 StGB gerechtfertigt wurde, während hier als Sanktion nur der Widerruf der Bewährung droht).

Eine internationale Metaanalyse zur Wirksamkeit der Behandlung von Sexualstraftätern legt nahe, dass diese Einschätzung des Gesetzgebers zutreffend war. So konnte dort kein deutlicher Unterschied in der Wirksamkeit zwischen freiwilliger und mehr oder weniger verpflichtender Behandlung festgestellt werden (Schmucker/Lösel, The Campbell Collaboration, 2017, S. 28; Carl/Lösel MSchrKrim 2021, S. 394, 403, vgl. auch Sauter/Voß/Dahle, Nervenarzt 2015, S. 571, 577).

## **b) Auflage, gemeinnützige Leistungen zu erbringen**

Aus den unter I. 3. Buchstabe b genannten Gründen soll auch bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt dem Gericht in § 59a StGB die Möglichkeit gegeben werden, die verwarnte Person anzuweisen, sonst gemeinnützige Leistungen, zu erbringen.

Die im Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionensystems von 2004 noch enthaltende Beschränkung der gemeinnützigen Arbeit auf sechzig Stunden (Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 9, 29) soll dabei nicht übernommen werden. Eine solche Beschränkung würde sich nicht in das bestehende Sanktionsgefüge einpassen, da auch § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 StPO sogar für eine bloße Verfahrenseinstellung eine entsprechende Beschränkung nicht vorsieht.

## **4. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB**

Der Entwurf verfolgt vor allem das Ziel, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB wieder stärker auf die verurteilten Personen zu konzentrieren, die aufgrund ihres übermäßigen Rauschmittelkonsums und der daraus resultierenden Gefahr, erhebliche rechtswidrige Taten zu begehen, tatsächlich der Behandlung in einer solchen Einrichtung bedürfen. Damit soll zugleich der seit vielen Jahren zu beobachtende Anstieg der Zahl der untergebrachten Personen möglichst gebremst, zumindest abgemildert werden.

Erreicht werden soll dies durch eine stärkere, wenngleich maßvolle Beschränkung der Anordnungsvoraussetzungen, die Beseitigung sachwidriger Anreize für Täter, die Unterbringung in einer solchen Anstalt zusätzlich zu ihrer – insbesondere hohen – Begleitstrafe anzustreben, und eine Klarstellung der sofortigen Vollziehbarkeit für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB, um eine zeitnahe (Rück-)Überstellung von Personen in den Strafvollzug zu ermöglichen, bei denen die Behandlung erfolglos war.

Hierzu sind im Wesentlichen folgende Änderungen vorgesehen:

- Die Anordnungsvoraussetzung „Hang“ soll vom Bestehen einer Substanzkonsumstörung abhängig gemacht werden, deren Behandlungsbedürftigkeit sich in einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung der Gesundheit oder des Soziallebens des Angeklagten manifestiert haben muss.
- Das Kausalitätserfordernis (symptomatischer Zusammenhang) zwischen Hang und Anlasstat soll geschärft werden, indem die Anlasstat künftig überwiegend auf den Hang zurückzuführen sein muss.
- Die Anordnung der Unterbringung soll durch Änderung von § 64 Satz 2 StGB auf diejenigen Fälle begrenzt werden, in denen das Erreichen des Behandlungsziels aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist.
- Die Strafrestaussatzung zur Bewährung in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E soll nicht mehr bereits unter im Vergleich zu § 57 StGB erleichterten Voraussetzungen zum Halbstrafenzeitpunkt möglich sein, sondern regelmäßig wie bei § 57 StGB zum Zweidrittelzeitpunkt.
- Daran anknüpfend, soll sich die Berechnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe nach § 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E bei Freiheitsstrafen über drei Jahren in der Regel ebenfalls an diesem Zweidrittelzeitpunkt orientieren, nicht mehr am Halbstrafenzeitpunkt.
- In § 463 Absatz 6 Satz 3 StPO-E soll durch einen neuen Halbsatz klargestellt werden, dass es für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bei einer sofortigen Beschwerde des Verurteilten bei dem Grundsatz der sofortigen Vollziehbarkeit (§§ 307, 462 Absatz 3 Satz 2 StPO) bleibt.

Näher zu den Vorschlägen:

**a) Koppelung des „Hangs“ an das Bestehen einer behandlungsbedürftigen Substanzkonsumstörung**

Der Entwurf schlägt vor, in § 64 Satz 1 StGB-E näher auszuführen, welche Anforderungen an die Feststellung eines Hanges zu stellen sind. Wesentliches Merkmal eines Hanges soll demnach das Bestehen einer Substanzkonsumstörung sein, deren Behandlungsbedürftigkeit sich in einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit manifestiert hat.

Dem liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

**aa) Eingrenzung bei gleichzeitiger Beibehaltung des Begriffs „Hang“**

Der Gesetzentwurf verfolgt mit der Einführung gesetzlicher Anforderungen an das Vorliegen eines Hangs eine „vermittelnde Lösung“ zwischen einer unveränderten Beibehaltung des Begriffs und seiner Ersetzung durch einen anderslautenden Terminus. Einerseits zielt die gesetzliche Konkretisierung des Hangs darauf ab, der fortgesetzten kontinuierlichen Ausweitung dieser Anordnungsvoraussetzung durch die Rechtsprechung entgegenzuwirken. Andererseits soll die Beibehaltung des seit Langem eingeführten und in der strafrechtlichen Praxis und Literatur näher ausgeformten Begriffs die Schwierigkeiten, die mit der Umstellung auf eine gänzlich neue Tatbestandsvoraussetzung einhergingen, vermeiden.

**bb) „Substanzkonsumstörung“: Präzisierung des „Hangs“ unter Annäherung an medizinische Begrifflichkeiten**

Während der „Hang“ in der medizinischen Fachterminologie keine Entsprechung hat, stellt die „Substanzkonsumstörung“ begrifflich einen Bezug zur „medizinischen Welt“ her. Diese Annäherung gibt der Anordnungsvoraussetzung auch aus Sicht forensischer Sachverständiger klarere Konturen und erleichtert einerseits ihnen die „Übersetzung“ des Rechtsbegriffs in ihre Fachsprache und andererseits den Gerichten die Subsumtion sachverständiger Feststellungen unter den juristischen Terminus. Mit der Einführung des medizinisch geprägten Begriffs soll allerdings nicht die jeweils geltende Definition eines Krankheitsbildes oder einer Gesundheitsbeeinträchtigung, wie sie in den entsprechenden Klassifikationssystemen, z. B. ICD-10 oder ICD-11, enthalten sind, unmittelbar ins Gesetz übertragen und die Gesetzesauslegung und -anwendung von Inhalt und Wandlungen dieser Systeme abhängig gemacht werden. Die Wortwahl zielt vielmehr darauf ab, einen demgegenüber eigenständigen Rechtsbegriff einzuführen, der den Anwendungsbereich von § 64 StGB stärker auf Fälle begrenzt, in denen der Substanzkonsum des Betroffenen nach Art und Grad behandlungsbedürftig ist. Die Voraussetzung „Substanzkonsumstörung“ soll Täter mit einer substanzbezogenen Abhängigkeitserkrankung im medizinischen Sinne (ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .2: „Abhängigkeitssyndrom“) und Fälle eines Substanzmissbrauchs erfassen, dessen Schweregrad unmittelbar unterhalb einer Abhängigkeit einzuordnen ist. Damit ist ein Missbrauch gemeint, der nach ICD-10 als eine schwere Form des „Schädlichen Gebrauchs“ (ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .1: „Schädlicher Gebrauch“) einzustufen ist. Diese entspräche bei einer künftigen dreistufigen Gliederung der Grade des Substanzmissbrauchs nach dem Inkrafttreten des ICD-11 („Episode of harmful use“, „Harmful pattern of use“, „Dependence“) der mittleren Stufe „Schädliches Gebrauchsmuster“ (ICD-11 6C40 ff., Erweiterung .1: „Harmful pattern of use“, z. B. 6C40.1: Harmful pattern of use of alcohol“). Bei einem lediglich „einfachen“ „Schädlichen Gebrauch“, auch wenn dieser unter ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .1 fällt, oder künftig bei einem „Episodenhaften schädlichen Gebrauch“ (ICD-11 6C40 ff., Erweiterung .0: „Episode of harmful use“) soll dagegen eine Unterbringung nicht (mehr) möglich sein.

Damit wird die Therapieanordnung enger an den Therapiebedarf gekoppelt. Einerseits können damit die nach Beobachtungen der klinischen Praxis vermehrt zu beobachtenden Einweisungen von Drogendealern vermieden werden, bei denen der Betäubungsmittelkonsum zwar Teil des Lebensstils ist, aber nicht den Schweregrad erreicht, der tatsächlich eine Behandlung und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt erfordert (siehe zu dieser Fallgruppe auch nochmals nachfolgend unter Buchstabe b). Andererseits bleibt der Anwendungsbereich von § 64 StGB-E für Täter eröffnet, bei denen sich der Substanzmissbrauch noch nicht zu einer Abhängigkeit verfestigt hat. Dies ermöglicht insbesondere auch bei Jugendlichen und Heranwachsenden ein therapeutisches Eingreifen schon in einem Entwicklungsstadium des Substanzkonsums, in dem der Behandlungsaufwand geringer ist und die Erfolgsaussichten größer sind als bei einer bereits ausgebildeten Abhängigkeitserkrankung. Damit soll mittelbar auch den gesamtgesellschaftlichen Negativfolgen unbehandelten Substanzmissbrauchs begegnet werden.

**cc) „Dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung“: Äußere Anhaltspunkte für einen der Intensität nach behandlungsbedürftigen „Hang“**

Um eine Unterbringung rechtfertigen zu können, muss die Substanzkonsumstörung zu einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder Leistungsfähigkeit geführt haben. Mit diesem qualifizierenden Zusatz greift § 64 Satz 1 StGB-E eine Formel aus der älteren Rechtsprechung auf, die „erhebliche Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit“ des Angeklagten als wesentliche Indizien für das Bestehen eines Hangs ansah (vgl. in Abgrenzung dazu BGH, Beschluss vom 19. Februar 2020, 3 StR 415/19, juris) und erhebt sie in abgewandelter Form zu einem gesetzlichen Merkmal des „Hangs“. Die störungsbedingte Beeinträchtigung bildet eine auch gegenüber der Gefahrenprognose eigenständige Anordnungsvoraussetzung, die selbständiger Feststellung im Urteil bedarf. Dies trägt auch zu einer Objektivierung der Feststellungen zum Übermaß des Konsums psychotroper Substanzen bei. Diese werden bislang in der strafrechtlichen Praxis oftmals allein auf vielfach recht weitgehende Angaben des Angeklagten gestützt. Dagegen sind nach der Neuregelung äußere und überprüfbare Veränderungen in seiner Lebensführung für die Unterbringungsanordnung maßgeblich.

Erforderlich ist eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung mindestens eines der genannten Bereiche der Lebensführung. Das heißt, die Einschränkung darf nicht nur zeitweise eingetreten sein, sondern muss im Tatzeitpunkt für längere Zeit vorhanden gewesen sein. Eine lediglich vorübergehende konsumbedingte Verringerung oder Aufhebung der sozialen Funktionsfähigkeit genügt nicht. Zudem muss sich die Störung schwerwiegend auswirken, also das Funktionsniveau im jeweiligen Bereich in gravierender Weise beeinträchtigen. Beide Merkmale, dauernd und schwerwiegend, müssen im betroffenen Lebensbereich kumulativ erfüllt sein. Eine schwerwiegende, aber lediglich vorübergehende Einschränkung der einen Funktion, bei gleichzeitiger dauerhafter, aber nur leichter Beeinträchtigung in einem anderen Bereich, genügt für eine Unterbringung nicht. Gleiches gilt, entgegen der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020, 1 StR 155/20, bei juris Rn. 9 und 10; Beschluss vom 31. März 2020, 1 StR 639/19, bei juris insbesondere Rn. 6, 8 und 9), wenn zwar eine Beschaffungstat und ein langjähriger Missbrauch von Betäubungsmitteln, insbesondere von Cannabis (vgl. die beiden vorstehend genannten BGH-Entscheidungen), vorliegen, aber gerade keine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder Leistungsfähigkeit festgestellt werden kann. Diese erhöhten Anforderungen an die Intensität der Beeinträchtigung zielen darauf ab, die Anwendung der Vorschrift insbesondere auch im Bereich des schädlichen Gebrauchs von Substanzen (ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .1) auf schwere, tatsächlich behandlungsbedürftige Fälle zu begrenzen. Die Anordnungsvoraussetzungen „Substanzkonsumstörung“ und „Beeinträchtigung“ weisen insoweit Überschneidungen auf, sind aber auch in solchen Konstellationen gesondert festzustellen.

Um trotz der gesteigerten Anforderungen an die Intensität der störungsbedingten Beeinträchtigung die individuelle, vielgestaltige Realität und Ausprägung von Suchterkrankungen erfassen zu können, setzt § 64 StGB-E einerseits keine kumulative Beeinträchtigung mehrerer Bereiche der sozialen Funktionsfähigkeit voraus („oder“) und bezieht andererseits den Bereich der „Lebensgestaltung“ ein.

Einerseits wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass auch schwerste, medizinisch dringend behandlungsbedürftige Abhängigkeitserkrankungen nicht zwangsläufig die gesamte Lebensführung in Mitleidenschaft ziehen. Vielmehr werden insbesondere auch Fälle erfasst, in denen Suchtmittelkonsumenten zwar ihre Gesundheit und Arbeitsfähigkeit als „Fassade“ aufrechterhalten, aber suchtbedingt ein Sozialleben jenseits der Berufstätigkeit aufgeben haben, wie es nach praktischer Erfahrung vielfach bei Kokainabhängigen der Fall ist.

Andererseits wird, um auch an dieser Stelle einer Ausuferung der Anordnungsvoraussetzungen entgegenzuwirken, nicht der weite Begriff des Sozial- oder Privatlebens verwendet. Stattdessen wird auf den Terminus „Lebensgestaltung“ zurückgegriffen, der bereits in § 238 StGB eingeführt ist. Demnach umfasst der Begriff der Lebensgestaltung allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen, die beeinträchtigt wird, wenn es zu einer (erzwungenen) Veränderung der Lebensumstände und so zumindest zu einer Einbuße von Lebensqualität kommt. Lediglich psychische Beeinträchtigungen – selbst erhebliche mit psychosomatischen Folgen – reichen dagegen nicht aus (vgl. MüKo-Gericke, StGB, 4. Auflage 2020, § 238 Rn. 48 f. zu § 238 StGB a.F.). Daher muss sich die Substanzkonsumstörung in diesem Bereich in einer Veränderung der äußeren Lebensumstände manifestiert haben. Psychische Folgen der Störung werden dagegen nur dann relevant, wenn sie sich auf die Gesundheit oder die Arbeits- oder Leistungsfähigkeit ausgewirkt haben.

Insgesamt kommt es für das Eingangsmerkmal nicht nur auf das Vorliegen biomedizinischer Symptome (Toleranzentwicklung, Entzugssymptome) an, sondern es muss daneben eine umfassende Einschränkung des psychosozialen Funktionsniveaus gegeben sein.

Schließlich wird ein kausaler Zusammenhang zwischen der Substanzkonsumstörung und der Beeinträchtigung vorausgesetzt (d. h. die Störung ist Ursache der Beeinträchtigung). Damit werden Fälle einer Koinzidenz von anders bedingter Beeinträchtigung und Substanzkonsumstörung aus dem Anwendungsbereich von § 64 Satz 1 StGB-E ausgeschlossen.

#### **dd) Streichung der Tatbestandsalternative „im Rausch begangen“**

Eine Unterbringung nach § 64 StGB setzt das Bestehen eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen „Hang“ und Anlasstat voraus. Die Tat muss demnach auf den „Hang“ zurückgehen. Die Alternative, dass die Tat im Rausch begangen worden ist, ist demgegenüber lediglich ein Unterfall (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Februar 2016, 3 StR 6/16, bei juris Rn. 4) und kann daher entfallen.

#### **b) Schärfung des Kausalitätserfordernisses („symptomatischer Zusammenhang“) zwischen „Hang“ und rechtswidrig begangener Tat**

Der Entwurf schlägt in § 64 Satz 1 StGB-E eine inhaltlich engere Vorgabe hinsichtlich des Kausalitätserfordernisses (symptomatischer Zusammenhang) zwischen „Hang“ und rechtswidrig begangener Tat („Anlasstat“) vor. Nur für den Fall, dass die Anlasstat überwiegend auf den Hang der Person, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, zurückgeht, soll künftig eine Unterbringungsanordnung möglich sein.

Dem liegen, im Anschluss an die Ausführungen unter I. 4. Buchstabe b, im Wesentlichen die folgenden Erwägungen zugrunde:

Von Seiten der forensischen Praxis wird beklagt, dass den Entziehungsanstalten in nicht unerheblichem Umfang Patientinnen und Patienten zugewiesen würden, bei denen keine schwere Suchtmittelkonsumstörung vorliege, sondern eher ein missbräuchlicher Drogenkonsum als Teil eines delinquenten Lebenswandels bzw. einer primär delinquenten Orientierung, bei denen der Drogenhandel auch einträgliche Erwerbsquelle ist und der persönliche Drogenkonsum dem Profitinteresse gegenüber nachrangig ist. Die Konsumstörung sei nicht die primäre Störung, sondern Begleiterscheinung (vgl. Riedemann/Berthold, in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 37). Diese Patienten veränderten die therapeutische Atmosphäre nachteilig und förderten die Ausbildung therapiefeindlicher Strukturen in den Einrichtungen (Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 18).

Für diese Entwicklung wird nicht nur das weite Verständnis des „Hangs“ (siehe oben unter I. 4. Buchstabe a und vorstehend unter Buchstabe a), sondern auch der inzwischen durch die Rechtsprechung weit gefasste Kausalitätsbegriff verantwortlich gemacht (Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 17). Kritisiert wird vor allem, dass der Suchtmittelkonsum nach dem derzeitigen Kausalitätsverständnis nicht die überwiegende oder vorrangige Ursache der Straftat gewesen sein muss, sondern jede Mitursächlichkeit genügt (siehe näher oben unter I. 4. Buchstabe b).

Dass damit auch solche Personen nach § 64 StGB untergebracht werden, bei welchen überwiegend andere Umstände als der Hang ursächlich für die Anlasstat waren, ist auch vor dem Hintergrund des Zwecks der Unterbringung zu hinterfragen.

Im Gegensatz zur Unterbringung gemäß § 63 StGB wird vielfach ausgeführt, dass die Unterbringung gemäß § 64 StGB in erster Linie der Besserung diene (so Feest/Lesting/Lindemann-Pollähne, Strafvollzugsgesetze, 8. Auflage 2022, § 137 Rn. 3; LK-Cirener, StGB, 13. Auflage 2022, § 64 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen). Der Zweck einer Sicherung der Allgemeinheit wird hier auf dem Wege einer Behandlung der Rauschmittelabhängigkeit der untergebrachten Person verfolgt (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90, bei juris Rn. 79; zur Sicherung durch Besserung vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. Februar 2021, 2 StR 417/20, bei juris Rn. 10). Der Vorrang des Besserungszwecks wird durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. März 1994 bestätigt (BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90, bei juris Rn. 172), wonach die Unterbringung unterbleiben muss, wenn keine hinreichend konkrete Aussicht bezüglich des Behandlungserfolges besteht (LK-Cirener, StGB, 13. Auflage 2022, § 64 Rn. 2). Das BVerfG hat zur Zweck-Mittel-Relation des § 64 StGB ausgeführt, dass die Unterbringung nur zur Suchtbehandlung angeordnet werden darf, die aber ihrerseits auf den Schutz der Allgemeinheit durch Besserung ausgerichtet sein muss. Wo § 64 StGB wegen der Dominanz des Besserungszwecks nicht eingreift oder nicht ausreicht, kann die Vorschrift den bestehenden Sicherungsbedürfnissen nicht Rechnung tragen. Unter Umständen kommen andere Maßregeln oder eine Unterbringung nach den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen in Betracht (LK-Cirener, StGB, 13. Auflage 2022, § 64 Rn. 8).

Die Unterbringung zielt auf Abstinenz bzw. Linderung der Suchterkrankung mit dem Ziel, das Risiko künftiger Straftaten durch den Wegfall der suchtbedingten Motive zu minimieren (Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 167). Eine Risikominimierung kann aber im Wesentlichen nur dann gelingen, wenn zwischen dem strafrechtlich relevanten Verhalten und der Suchterkrankung ein überwiegender Zusammenhang besteht.

So wird es sich regelmäßig in Fällen verhalten, in denen das delinquente Verhalten seine Motivation z. B. im Craving, d. h. im Drogenhunger, oder in der Notwendigkeit zum Erwerb der Substanz hat, um Entzugssymptome zu vermeiden, oder wenn aggressive Handlungen infolge der Abhängigkeit bzw. einer Intoxikation begangen worden sind (so auch Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 167).

Insbesondere in Fällen, in denen Straftaten begangen werden, um – neben dem Drogenkonsum – den eigenen, womöglich aufwendigen Lebensbedarf zu finanzieren (wie z. B. im Fall von BGH, Beschluss vom 31. März 2020, 1 StR 639/19, bei juris Rn. 10, wo ein symptomatischer Zusammenhang allein aufgrund des Erwerbs auch einer Eigenbedarfsmenge für naheliegend angesehen wurde), insbesondere beim Großdealer, der selbst auch die gehandelte Droge oder ein anderes Suchtmittel konsumiert (insoweit zutreffend BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019, 2 StR 331/19, bei juris), und solchen, bei denen suchunabhängiges dissoziales Verhalten für die Tatbegehung wesentlich war (entgegen BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011, 2 StR 189/11, bei juris Rn. 8, wonach trotz einer für die Tatbegehung bestimmenden Persönlichkeitsstörung die Ablehnung der Anordnung nach § 64 StGB rechtlich zu beanstanden war; ähnlich auch BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2010, 3 StR 289/10, bei juris Rn. 6 und 7; Beschluss vom 2. März 2004, 4 StR 518/03, bei juris Rn. 6; Beschluss vom 9. Januar 2002, 5 StR 543/01, bei juris Rn. 10), wird hingegen eine vorrangige Ursächlichkeit des Hangs zukünftig abzulehnen sein.

Dass die Sucht oftmals nicht alleinige Ursache der Delinquenz ist, sondern die Entwicklung von dissozialem und nachfolgend delinquentem Verhalten und suchtmittelbezogenen psychischen Störungen bei den Betroffenen häufig eng verwoben und regelhaft Folge derselben biographischen Belastungs-, Persönlichkeits- und Umweltfaktoren (z. B. Gewalt in der Herkunftsfamilie, Vernachlässigung, Trennung der Eltern, Selbstwertproblematik, psychische Erkrankungen etc.) ist, wird dabei nicht verkannt.

Durch den Begriff „überwiegend“ wurde deshalb ein Ansatz gewählt, der sowohl dem Zweck der Anordnung der Unterbringung als auch der Tatsache Rechnung tragen soll, dass die Delinquenz ihre Ursache meist nicht allein in einer Suchterkrankung haben wird, sondern auf ein Bündel von Ursachen zurückzuführen ist. Die Tat muss also zukünftig zumindest „überwiegend“ auf dem Hang beruhen.

Dadurch soll erreicht werden, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt wieder vorrangig für diejenigen vorzusehen, die in diesem Rahmen gut zu erreichen sind und die Angebote nutzen können (so auch Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 20). Sofern die Anlasstat nicht vorrangig auf den Hang, sondern überwiegend auf andere Faktoren (z. B. schwere dissoziale Entwicklung) zurückgeht, ist eine spezifische Entwöhnungsbehandlung in einer Entziehungsanstalt nicht das richtige Instrument, um eine Besserung zu erreichen. Selbst wenn die Praxis in spezialisierten Maßregel-Entziehungsanstalten inzwischen durchaus auch von allgemeinen kriminal- und sozialtherapeutischen Konzepten geprägt ist, darf der Spezialauftrag der Unterbringung nach § 64 StGB nicht aus dem Blick geraten (so Feest/Lesting/Lindemann-Pollähne, Strafvollzugsgesetze, 8. Auflage 2022, § 137 Rn. 4).

Gleichzeitig sollte auch im Strafvollzug im Interesse der Deliktprävention eine Weiterentwicklung dahingehend erfolgen, dass Untergebrachte mit Suchtproblemen so unterstützt werden, dass einer chronifizierenden Wirkung und sozialer Desintegration entgegengewirkt wird (in diesem Sinne auch Schalast, Ergebnisse der Essener Evaluationsstudie, 2019, S. 143).

Durch die Schärfung des Kausalitätsbegriffs erfolgt zugleich eine Annäherung an das Kausalitätserfordernis des § 35 BtMG, wo ebenfalls mindestens eine erhebliche Mitursächlichkeit gefordert wird (vgl. Patzak/Volkmer-Fabricuis, BtMG, 10. Auflage 2022, § 35 Rn. 96a mit weiteren Nachweisen).

**c) Statt hinreichend konkreter Erfolgsaussicht tatsächlich begründete Erwartung, dass das Unterbringungsziel erreicht wird**

Der Entwurf schlägt vor, durch Änderung des § 64 Satz 2 StGB die Anordnung in einer Entziehungsanstalt auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen das Erreichen des Unter-

bringungsziels „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten“ ist. In Anlehnung an vergleichbare Regelungen im Strafgesetzbuch, etwa in § 63 Satz 1 StGB, soll hierfür eine „Wahrscheinlichkeit höheren Grades“ erforderlich sein, die durch Tatsachen belegt sein muss. Damit soll im Lichte der insgesamt großzügigen Auslegung des Merkmals der hinreichend konkreten Erfolgsaussicht (siehe hierzu oben unter I. 4. Buchstabe c Doppelbuchstabe bb) eine restriktivere Anordnungspraxis Platz greifen, die es gewährleisten soll, die vorhandenen und neu geschaffenen Kapazitäten des Maßregelvollzugs besser und zielgerichteter zu nutzen und damit der Verbesserung des Schutzes der Bevölkerung zu dienen.

Angesichts des unter I. 4. vor Buchstabe a beschriebenen Anstiegs der Zahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen und der dadurch bedingten erheblichen Überbelegung der forensischen Kliniken trotz gleichzeitigen Ausbaus der Unterbringungskapazitäten besteht ein dringendes Bedürfnis danach, die vorhandenen Ressourcen bestmöglich auszuschöpfen und die Anordnung der Unterbringung auf diejenigen Personen zu fokussieren, für die die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt tatsächlich geeignet ist, die damit verbundenen Ziele zu erreichen. Bereits wegen der Eingriffswirkung dieser freiheitsentziehenden Maßregel hat der Gesetzgeber zu beachten, dass eine Unterbringung nur durch eine konkrete Chance für einen Behandlungserfolg gerechtfertigt werden kann. Daneben hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Grundlagen für die Anordnung und Durchführung der Maßregel aber auch die tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, insbesondere die zur Verfügung stehenden Behandlungskonzepte, die Kapazitäten der vorhandenen Anstalten, die Zahl geeigneter Fachkräfte und die Begrenztheit staatlicher finanzieller Mittel (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90, bei juris Rn. 85; MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 70; für den Bereich der Rechtsanwendung siehe BGH, Beschluss vom 8. Juni 2021, 2 StR 91/21, bei juris Rn. 15). Dem Staat muss es damit angelegen sein, die Maßregel zielgerichtet, effizient und gerecht einzusetzen. Dies gilt umso mehr, als sich durch die Überbelegung die Therapiebedingungen für alle untergebrachten Personen verschlechtern, Therapiezeiten sich verlängern können und die Sicherheit in den Maßregelvollzugskliniken gefährdet ist (vgl. z. B. Maybaum, Deutsches Ärzteblatt, „Therapiezugang reformbedürftig“, Jg. 116, Heft 33 – 34, 19. August 2019).

Das Ziel eines möglichst effektiven Einsatzes der Maßregel erfordert daher auch eine gesetzliche Ausgestaltung, die sicherstellt, dass möglichst nur diejenigen Personen von ihr erfasst werden, deren Behandlung den gesetzlich vorausgesetzten Erfolg erwarten lässt. Die richtige Auswahl der geeigneten Personen erweist sich dabei als zentrale Herausforderung (vgl. LK-Schöch, StGB, 12. Auflage 2008, § 64 Rn. 11; Satzger/Schluckebier/Widmaier-Kaspar, StGB, 5. Auflage 2021, § 64 Rn. 2). Zwar ist es selbst nach aktueller Studienlage schwierig, zuverlässige Prädiktoren für den Erfolg der Behandlung in der Maßregel nach § 64 StGB zu identifizieren (vgl. zuletzt Berthold/Riedemann, FPPK 2021, 169 ff.; außerdem Querengässer/Baur, Prädiktoren des Entlassmodus aus forensischer Suchtbearbeitung – Erster Teil einer Übersichtsarbeit zu Erfolgsdeterminanten einer Unterbringung gemäß § 64 StGB, 2021; DGPPN-Standards, Der Nervenarzt, 88 (2017), 1, 23; ferner Querengässer/Ross/Bulla/Hoffmann, NStZ 2016, 508, 508; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, 8. Auflage, III. Teil Rn. 525). Erkenntnisse aus der Praxis und die Ergebnisse verschiedener Katamnese-Studien legen jedoch verschiedene Zusammenhänge nahe: So korreliert etwa der Grad der sozialen Integration, insbesondere die Wohn- und Arbeitssituation, nachweislich mit der Legalbewährung nach Entlassung (vgl. z. B. Bezzel, in: Müller/Koller, Hrsg., Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 42, 45, 49, 53). In der Praxis haben sich vor allem aber auch unzureichende Sprachkenntnisse als wesentlicher Umstand erwiesen, die dem Erfolg einer Behandlung entgegenstehen. Andererseits lässt allein die Therapiebereitschaft des Angeklagten eine erfolgreiche Behandlung nicht erwarten, wenn zugleich gewichtige prognoseungünstige Faktoren vorliegen, wie etwa langjähriger Rauschmittelkonsum oder dissoziale Charakterstruktur (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019, 4 StR 421/19, bei juris Rn. 19). Wenn nun durch die in § 64 Satz 2 StGB-E vorgesehene Änderung normativ erhöhte prognostische Anforderungen statuiert werden, erhöht dies – bezogen auf eine positive Anordnungsentscheidung – den Einfluss prognose-

ungünstiger Risikofaktoren wie Therapieunwilligkeit oder unzureichender Sprachkenntnisse. Hierdurch dürfte sich zugleich die vor allem für den Gutachter bestehende Schwierigkeit abmildern, trotz solcher ungünstigeren Faktoren valide eine positive Behandlungsprognose im Zeitpunkt der tatgerichtlichen Entscheidung abzugeben.

Verfassungsrechtlich bestehen gegen die vorgeschlagene Einschränkung der Erfolgsprognose keine Bedenken, da es sich bei der Anordnung nach § 64 StGB um eine belastende Maßnahme handelt. Das verfassungsrechtliche Gebot, das zur Einführung des Satzes 2 des § 64 StGB durch die Neuregelung von 2007 geführt hat (siehe hierzu oben unter I. 4. Buchstabe c Doppelbuchstabe aa), bezieht sich konsequenterweise nur auf die Vermeidung nicht geeigneter Anordnungen. Umgekehrt gibt es kein verfassungsrechtliches Gebot, das den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Maßregel der Unterbringung auch in Fällen zweifelhafter Erfolgsaussicht zur Verfügung zu stellen, solange er durch die Ausgestaltung des Strafvollzugs im Übrigen den aus dem verfassungsrechtlich verankerten Gebot der Resozialisierung folgenden Anspruch genügt. Aus demselben Grund können bei der Prognose auch für den Therapieerfolg ungünstige Konstellationen, die außerhalb der Person des Angeklagten liegen, berücksichtigt werden, da solche Gesichtspunkte ausschließlich eingriffsbegrenzend wirken.

Die in § 64 Satz 2 StGB-E vorgeschlagene Änderung hat im Übrigen auch Bedeutung für die Erledigung der Unterbringung nach § 67d Absatz 5 StGB. Denn dort ist in Satz 1 vorgesehen, dass das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt erklärt, wenn die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB nicht mehr vorliegen.

#### **d) Statt Halbstrafenzeitpunkt Zweidrittelzeitpunkt als regelmäßiger gesetzlicher Strafaussetzungstermin**

Der Entwurf schlägt vor, in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E eine Angleichung an den in § 57 Absatz 1 Satz 1 StGB normierten „Regelzeitpunkt“ der Strafaussetzung zur Bewährung von zwei Drittel der verhängten Strafe vorzunehmen. Hierbei wird wie bei § 57 Absatz 2 StGB ein richterliches Ermessen eingeräumt, wonach (ausnahmsweise) eine Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt möglich bleibt. Der Zweidrittelzeitpunkt wird auch als Regelzeitpunkt für die Berechnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe bestimmt (§ 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E).

Damit sollen vor allem die folgenden Ziele erreicht werden:

#### **aa) Minderung des ungewollten Anreizes, durch eine Anordnung nach § 64 StGB eine „Milderung“ einer hohen Freiheitsstrafe zu erlangen**

Die skizzierte Anreizwirkung vor allem für Täter mit hohen Begleitstrafen, durch die zusätzliche Anordnung einer Unterbringung nach § 64 StGB eine Milderung ihres Strafübels zu erlangen (vgl. oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (1)), würde deutlich reduziert. Das Privileg einer (zumindest erhofften) frühzeitigen Reststrafenaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt würde entfallen. Stattdessen würden sich die Voraussetzungen für eine Reststrafenaussetzung grundsätzlich nach denselben Kriterien wie bei der Strafvollstreckung (§ 57 StGB) richten mit der Folge, dass eine Aussetzung in der Regel erst nach Erledigung von zwei Drittel der verhängten Begleitstrafe möglich ist. Nur unter erhöhten Voraussetzungen und bei entsprechender Legalprognose bleibt ausnahmsweise auch eine Aussetzung schon zum Halbstrafenzeitpunkt möglich.

Da der Zweidrittelzeitpunkt auch bei der Berechnung eines Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe bei Begleitstrafen von über drei Jahren gelten würde, würden sich sowohl dieser Vorwegvollzug verlängern als auch das Ziel einer Aussetzung zum Zweidrittelzeitpunkt dokumentiert, was ebenfalls die Anreizwirkung senken dürfte.

Zwar mögen weiterhin andere Umstände, wie etwa landesrechtliche Vorgaben zur Dauerbeurlaubung im Maßregelvollzug, die Anordnung einer Unterbringung nach § 64 StGB als vermeintliche Möglichkeit zur Milderung des Strafübels erscheinen lassen. Eine solche Dauerbeurlaubung würde aber zukünftig in der Regel zumindest später einsetzen, weil sie in der Regel auf eine vollständige Entlassung erst zum Zweidrittelzeitpunkt auszurichten wäre.

**bb) Der Zweidrittelzeitpunkt würde den tatsächlichen Vollstreckungsverläufen besser entsprechen**

Wie erläutert, erfolgt in der Praxis schon jetzt – bei einer positiven Legalprognose – eine Aussetzung eher zum Zweidrittelzeitpunkt (siehe oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (2)). Die Neuregelung orientiert demnach den Vorwegvollzug realitätsnäher als Regelfall am Zweidrittelzeitpunkt, ohne eine frühere Entlassung schon zum Halbstrafenzeitpunkt auszuschließen.

Bei Begleitstrafen bis zu drei Jahren führt die Umstellung dazu, dass trotz der verlängerten Therapiedauern eine Aussetzung nahe zum gesetzlichen Regelzeitpunkt wieder realistisch wird: Auch wenn die erfolgreiche Therapie zwei Jahre andauern sollte, kann bei einer Begleitstrafe von drei Jahren zum Zweidrittelzeitpunkt ausgesetzt werden.

**cc) Der Zweidrittelzeitpunkt würde die Regelungen zum Vorwegvollzug näher an die Praxis rücken, so dass diese ihre Entlastungswirkung besser entfalten könnten**

Bei Begleitstrafen über drei Jahren führt die gleichzeitige Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt als Regelzeitpunkt für die Berechnung des Vorwegvollzugs (§ 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E) ebenfalls dazu, dass sich auch die Vorgaben des § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB zum Vorwegvollzug wieder stärker an die Realitäten der Praxis angleichen.

So würde auch bei einer prognostizierten Behandlungsdauer von zwei Jahren mit einer Begleitstrafe von über drei Jahren – entsprechend den gesetzlichen Vorgaben – ein Vorwegvollzug wieder möglich. Damit könnte auch bei Begleitstrafen von über drei bis zu vier Jahren § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB seinem Ziel, zu einer Entlastung der Entziehungsanstalten beizutragen, wieder gerecht werden.

Zugleich könnte die Umstellung der derzeitigen Praxis entgegenwirken, wonach die Unterbringungsdauer mit der Höhe der Begleitstrafe immer weiter steigt und für die Entziehungsanstalt und vor allem für die untergebrachte Person Anreiz sein, die prognostizierte Behandlungsdauer – anders als dies gegenwärtig offenbar der Fall ist (siehe oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (1) und (2)) – auch tatsächlich einzuhalten:

Würde ein größerer, nämlich in der Regel am Zweidrittelzeitpunkt orientierter Teil der Begleitstrafe vorab vollzogen, würde die Anrechnungsgrenze nach § 67 Absatz 4 StGB in der Entziehungsanstalt früher erreicht, nämlich grundsätzlich mit Ablauf der prognostizierten Behandlungsdauer, da sich dann sowohl die Berechnung des Vorwegvollzugs als auch die Anrechenbarkeit der vorab vollzogenen Maßregelzeit auf die Strafe am Zweidrittelzeitpunkt orientieren würde. Bei einem Vorwegvollzug und einer prognostizierten Behandlungsdauer zum Beispiel von zwei Jahren wäre also nach diesen zwei Jahren in der Entziehungsanstalt die Anrechnungsgrenze erreicht, gleich ob die Begleitstrafe zum Beispiel vier, fünf oder sechs Jahre betragen würde. Derzeit unterbleibt bei einer Begleitstrafe von vier Jahren hingegen ein Vorwegvollzug (siehe oben zu I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (3)), so dass die Anrechenbarkeitsgrenze in der Entziehungsanstalt erst nach zwei Jahren und acht Monaten erreicht wird, bei einer Begleitstrafe von fünf Jahren wird sie nach zwei Jahren und zehn Monaten und bei einer Begleitstrafe von sechs Jahren nach drei Jahren erreicht. Da nach der Neuregelung die Anrechnungsgrenze immer mit der prognostizierten Behandlungsdauer erreicht wird, hat vor allem die untergebrachte Person keinen Anlass mehr, über

die prognostizierte Behandlungsdauer hinaus untergebracht zu sein, um so ihre Strafe so weit wie möglich durch Anrechnung zu erledigen.

Die Behandlungshöchstfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB würde sich zwar ebenfalls verringern, aber nicht in einem Maße, dass Unzuträglichkeiten wegen einer zu kurzen Behandlungszeit zu befürchten wären: Ausgehend von einer prognostizierten Behandlungsdauer von wiederum zwei Jahren könnte die Therapie bei einem am Zweidrittelzeitpunkt orientierten Vorwegvollzug der Strafe vielmehr bis zu vier Jahre und damit das Doppelte der prognostizierten Zeit andauern, und zwar wieder unabhängig davon, ob die Begleitstrafe vier Jahre<sup>8)</sup>, fünf Jahre<sup>9)</sup> oder sechs Jahre<sup>10)</sup> betragen würde. Der längere Vorwegvollzug verkürzt also im gleichen Umfang nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB die maximale Höchstfrist für eine nachfolgende Therapie. Dass bei einer prognostizierten Behandlungsdauer von zwei Jahren selbst nach vier Jahren noch Bedarf für die über diese vier Jahre hinausgehende Therapie bestehen soll, dürfte nahezu ausgeschlossen sein. Jedenfalls erschiene es fraglich, inwieweit eine derart lange Unterbringung und damit Freiheitsentziehung noch verhältnismäßig wäre. Betrüge die prognostizierte Behandlungsdauer nur ein Jahr und sechs Monate, würde sich auch die Höchstfrist in den genannten Fällen einheitlich um sechs Monate auf drei Jahre und sechs Monate verkürzen<sup>11)</sup>, betrüge sie zwei Jahre und sechs Monate, würde sich die Höchstfrist einheitlich um sechs Monate auf vier Jahre und sechs Monate verlängern<sup>12)</sup>.

#### **dd) Weitere Vorteile des Zweidrittelzeitpunkts als Regelzeitpunkt**

Die Neuregelung soll keine starre Orientierung am Zweidrittelzeitpunkt beinhalten, sondern es dem Gericht ermöglichen, unter den erhöhten Voraussetzungen von § 57 Absatz 2 StGB auch schon zum Halbstrafenzeitpunkt den Straferst auszusetzen (§ 67 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 2 StGB-E). Das erkennende Gericht kann auch schon bei der Berechnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe von diesem Zeitpunkt ausgehen, wenn es ausnahmsweise die hinreichend konkrete Aussicht bejaht, dass schon zu diesem Zeitpunkt eine Reststrafenaussetzung voraussichtlich möglich sein wird; im nicht gesondert zu begründenden Regelfall wird es aber auch hier vom Zweidrittelzeitpunkt ausgehen (siehe nochmals im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 5 Buchstabe a).

Zudem kann die Neuregelung in ganz bestimmten Fallkonstellationen Anordnungen nach § 64 StGB ermöglichen, die bislang wenig sachgerecht aufgrund der Orientierung des Vorwegvollzugs und der prognostizierten Therapiedauer am Halbstrafenzeitpunkt unterbleiben müssen. Denn die bisherige Regelung kann dazu führen, dass bis zum Erreichen des Halbstrafenzeitpunkts schlicht nicht genug Zeit für Therapie und Vorwegvollzug zur Verfügung steht, auch wenn der Tatrichter einen solchen teilweisen Vorwegvollzug der Strafe für erforderlich hält, um die Erfolgsaussicht für die nachfolgende Therapie bejahen zu können (vgl. den Sachverhalt, der BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris, zugrunde lag). Dass in einem solchen speziellen Fall die Unterbringung unterbleiben muss,

---

<sup>8)</sup> Nach acht Monaten Vorwegvollzug blieben bis zum Zweidrittelzeitpunkt nach § 67 Absatz 4 StGB zwei Jahre Maßregelzeit anrechenbar, die die Höchstfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 1 StGB von zwei Jahren nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB auf vier Jahre verdoppeln würden; geltendes Recht: Da ohne Vorwegvollzug bis zum Zweidrittelzeitpunkt bis zu zwei Jahre und acht Monate Maßregelzeit auf die Strafe angerechnet werden können, erhöht sich die Höchstfrist von zwei Jahren auf vier Jahre und acht Monate.

<sup>9)</sup> Nach einem Jahr und vier Monaten Vorwegvollzug blieben wiederum zwei Jahre Maßregelzeit anrechenbar, die Höchstfrist würde wieder vier Jahre betragen; geltendes Recht: Nach sechs Monaten Vorwegvollzug bleiben zwei Jahre und zehn Monate Maßregelzeit auf die Strafe anrechenbar, was die Höchstfrist auf vier Jahre und zehn Monate erhöht.

<sup>10)</sup> Nach zwei Jahren Vorwegvollzug blieben wiederum zwei Jahre Maßregelzeit anrechenbar, die Höchstfrist würde wieder vier Jahre betragen; geltendes Recht: Nach einem Jahr Vorwegvollzug bleiben drei Jahre Maßregelzeit auf die Strafe anrechenbar, was die Höchstfrist auf fünf Jahre erhöht.

<sup>11)</sup> Bei einer Begleitstrafe von zum Beispiel vier Jahren wären nach einem Jahr und zwei Monaten Vorwegvollzug noch ein Jahr und sechs Monate Maßregelzeit auf die Strafe anrechenbar.

<sup>12)</sup> Bei einer Begleitstrafe von erneut vier Jahren wären nach zwei Monaten Vorwegvollzug noch zwei Jahre und sechs Monate Maßregelzeit auf die Strafe anrechenbar.

obwohl sowohl das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit als auch das Resozialisierungsinteresse der verurteilten Person eine Anordnung nach § 64 StGB gebieten würden, hat in der Literatur bereits den Ruf nach dem Gesetzgeber laut werden lassen (vgl. Peglau, NJW 2020, 1826, 1829, und Kett-Straub, NStZ 2020, 474, 477). Stehen hingegen zwei Drittel einer relativ langen Freiheitsstrafe zur Verfügung, erweitert sich der Spielraum, auch in solchen Fällen eine Anordnung zu erlassen. Nennenswerte zusätzliche Belastungen der Entziehungsanstalten sind dadurch indes nicht zu befürchten. Dass ein Vorwegvollzug aus therapeutischen Gründen konkret und nachweisbar erforderlich ist (eine bloße Zweckmäßigkeit genügt nicht), stellt bereits die Ausnahme dar (vgl. Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 14 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 7. Juli 1986, 3 StR 258/86, juris; MüKo-Maier, StGB, 4. Auflage 2022, § 67 Rn. 59, 61 ff. mit weiteren Nachweisen). Noch seltener werden die Fälle sein, denen erst die längere Berechnungsgrundlage genau die Zeit gibt, um Vorwegvollzug und Therapie „unterzubringen“.

Bei erfolgreichen Therapien, die kürzer als prognostiziert andauern, kann dank der Neuregelung schließlich die untergebrachte Person früher als geplant entlassen werden. Wegen des längeren Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe kann in solchen „gut laufenden Fällen“ unter den Voraussetzungen des § 57 Absatz 2 StGB schon eine Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt erfolgen. Nach dem geltenden Recht ist dies hingegen nicht möglich: Trotz kürzerer Therapiedauer kann keine vorzeitige Entlassung erfolgen, weil wegen des geringeren Vorwegvollzugs der Halbstrafenzeitpunkt noch nicht erreicht ist.

#### **ee) Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt als Regelzeitpunkt auch verfassungsrechtlich ohne Bedenken**

Die gesetzliche Neuregelung erfolgt unter Berücksichtigung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere im Hinblick auf die Ausführungen in den Beschlüssen vom 16. März 1994 (2 BvL 3/90, bei juris Rn. 93 f., Rn. 191 ff.) und vom 27. März 2012 (2 BvR 2258/09, bei juris Rn. 60 bis 64, 78). Der Halbstrafenzeitpunkt ist hiernach grundrechtlich weder in genereller Hinsicht noch als Berechnungsgrundlage für den Vorwegvollzug eines Teils der Strafe geboten.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung des § 67 StGB und das vikariierende System grundsätzlich für verfassungskonform erklärt. Zentraler grundrechtlicher Maßstab für die Verhängung und den Vollzug sowohl der Freiheitsstrafe als auch der Maßregel des § 64 StGB ist das Freiheitsgrundrecht aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG. Dieses verlangt, dass Strafe und Maßregel einander so zugeordnet werden, dass die Zwecke beider möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dabei in das Freiheitsrecht des Verurteilten mehr als notwendig einzugreifen; bei der Kumulation beider Maßnahmen darf die Freiheitsentziehung „insgesamt nicht übermäßig“ werden (BVerfG, Beschluss vom 27. März 2012, 2 BvR 2258/09, bei juris Rn. 60). Dabei begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, die Strafe oder einen Teil der Strafe ohne eine Möglichkeit der Anrechnung der Zeit des Freiheitsentzugs nach § 67 Absatz 2 StGB vor der Maßregel zu vollziehen, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90, bei juris Rn. 94 zu § 67 Absatz 2 StGB a. F.). Auch den in § 67 Absatz 4 StGB normierten Anrechnungsausschluss für das letzte Drittel der Strafe hat das Bundesverfassungsgericht als zulässig angesehen, da dieser (auch) den Zweck verfolgt, „den Untergebrachten zur Mitwirkung an der Therapie zu motivieren oder den Erfolg der Suchtbehandlung zu stützen und zu sichern“ (vgl. wiederum BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90, bei juris Rn. 94, 101 f. sowie Orientierungssatz 7; im Kern bestätigt im Beschluss vom 27. März 2012, 2 BvR 2258/09, bei juris Rn. 60 bis 64 und 78). Andererseits darf aber die Anrechnung auch nicht pauschal unterbleiben – insbesondere, wenn sonst die teils divergierenden, teils gleichlaufenden Zwecksetzungen von Strafe und Maßregel (Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung) vereitelt würden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. März 2012, 2 BvR 2258/09, bei juris Rn. 78 ff.).

§ 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E bewegt sich innerhalb dieser grundrechtlichen Grenzen, wonach das Wechselspiel von Freiheitsstrafe und Maßregel des § 64 StGB im Regelfall zu Freiheitsentziehungen zu führen hat, die die Addition von ausgeurteilter Strafe und Unterbringungsdauer einerseits nicht erreichen, andererseits aber auch nicht hinter dem durch das Gebot schuldangemessenen Strafens und den Zweck der Maßregel – Reduktion der Gefahr zukünftiger Straftatbegehung – geforderten Maß zurückbleiben. Auch werden die verfassungsrechtlich zulässigen Vorgaben zur Anrechenbarkeit von Zeiten des Maßregelvollzugs auf die Strafe (§ 68 Absatz 4 StGB) durch die geplante Neuregelung nicht geändert.

Dass der Wechsel auf den Zweidrittelzeitpunkt in Einzelfällen, insbesondere bei längeren Begleitstrafen mit Vorwegvollzug eines Teils der Strafe zu einem längeren Gesamtfreiheitsentzug als im geltenden Recht führt, lässt sich als inhärente Folge des abstrakt gewählten und zulässigen Ansatzes rechtfertigen. Dies gilt namentlich für die Fälle, in denen sich die Therapiedauer unvorhergesehen verlängert und sich der Vorwegvollzug demnach trotz sachgerechter Prognose in der Rückschau eigentlich als zu lang bemessen erweist. Dauert zum Beispiel bei einer Begleitstrafe von dreieinhalb Jahren eine auf eineinhalb Jahre prognostizierte Therapie tatsächlich zwei Jahre, würde der gegenüber dem geltenden Recht verlängerte Vorwegvollzug von zehn Monaten (28 Monate Zweidrittelzeitpunkt minus 18 Monate Therapie) statt drei Monaten (21 Monate Halbstrafenzeitpunkt minus 18 Monate Therapie) zu einem sieben Monate längeren Gesamtfreiheitsentzug als im geltenden Recht führen. Die Fortsetzung des Freiheitsentzugs im Interesse der Therapie verletzt aber auch dann jedenfalls solange nicht das grundrechtliche Freiheitsrecht, wie in der Summe nicht die Grenze der vollen Addition von Strafe und Maßregel erreicht wird – das aber ist spätestens durch Eingreifen der Höchstfrist des § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB sichergestellt, zumal sich diese Höchstfrist in gleichem Umfang verkürzt wie der Vorwegvollzug steigt (siehe bereits oben unter Doppelbuchstabe cc). Entscheidend bleibt, dass sich auch in solchen Fällen nach dem zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt zugänglichen Erkenntnisstand sowohl der Vorwegvollzug als auch die Maßregel als auch die kombinierte Länge von beiden jeweils durch die mit Strafe und Maßregel verfolgten Zwecke rechtfertigen lässt. Dass der verlängerte Vorwegvollzug die Gesamtdauer des Freiheitsentzugs verlängert, liegt im Übrigen daran, dass nach § 67 Absatz 4 StGB eine Anrechnung der Therapiezeit auf die Strafe nur erfolgt, soweit die Maßregel ganz oder zum Teil vor der Strafe vollzogen wird. Dieser Anrechnungsausschluss wurde aber, wie vorstehend erläutert, vom Bundesverfassungsgericht zu § 67 Absatz 2 StGB a. F. bereits als grundsätzlich zulässig angesehen.

Die sich bei dem Wechsel auf den Zweidrittelzeitpunkt ergebenden Folgen in konkreten Einzelfällen müssen ferner in der Gesamtschau der zu erwartenden Wirkungen betrachtet werden. Die Neuregelung lässt nämlich auch für den Verurteilten begünstigende Wirkungen erwarten (siehe auch bereits vorstehend unter Doppelbuchstabe dd):

- Bei Therapiedauern, die kürzer als prognostiziert ausfallen, kann mit der Neuregelung (wegen des längeren Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe und der weiterhin bestehenden ausnahmsweisen Möglichkeit der Halbstrafenaussetzung unter den Voraussetzungen des § 57 Absatz 2 StGB) früher als geplant entlassen werden.
- Der Zweidrittelzeitpunkt gibt mehr Raum für einen Vorwegvollzug mit einer sich anschließenden Therapie, wenn dieser Vorwegvollzug für die Erfolgsaussicht der Therapie zwingend ist, und kann damit eine Unterbringung auch in solchen Fällen gestatten, in denen dies bisher nicht möglich ist (vgl. erneut BGH, Beschluss vom 5. Februar 2020, 3 StR 565/19, juris).

Eine Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt stößt verfassungsrechtlich auch deshalb nicht auf Bedenken, weil vor der erst 2007 eingeführten bindenden Vorgabe von § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB bei der Berechnung eines Vorwegvollzugs eine Orientierung am Zweidrittelzeitpunkt üblich war (vgl. erneut BeckOK-Ziegler, StGB, 51. Edition, Stand 1. November 2021, § 67 Rn. 5; LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 75), ohne dass insofern

verfassungsrechtliche Einwände erhoben worden wären. Hinsichtlich der Gesamtdauer der Freiheitsentziehung entspricht die vorgeschlagene Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt sogar heute noch deutlich besser den tatsächlichen Vollstreckungsverläufen; denn in der Praxis kommen Aussetzungen zum Halbstrafenzeitpunkt allenfalls äußerst selten vor, in der Regel erfolgt eher eine Orientierung am Zweidrittelzeitpunkt (siehe oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (2)). Die auch nach der Neuregelung verbleibende Möglichkeit der Halbstrafenaussetzung verhindert schließlich eine Schlechterstellung gegenüber den Bedingungen der Strafvollstreckung und gibt hinreichend Raum, um besonders positiven Therapieverläufen durch eine frühzeitige Reststrafenaussetzung gerecht zu werden.

#### **ff) Bedeutung der Umstellung für die Unterbringung nach § 63 StGB**

Neben der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB wird von der Neuregelung in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB erfasst. Die Neuregelung lässt hier jedoch kaum praktische Bedeutung erwarten:

Zunächst bezieht sich der obligatorische Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe in § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB („Soll“-Bestimmung) nicht auf die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Der Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe wird aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten des Vorwegvollzugs der Maßregel in § 67 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 StGB deutlich seltener angeordnet. Auch nach den Erkenntnissen der Mitglieder der Bund-Länder-Arbeitsgruppe findet ein Vorwegvollzug in diesem Bereich praktisch nicht statt.

Würde dennoch ausnahmsweise ein Vorwegvollzug nach § 67 Absatz 2 Satz 1 StGB angeordnet, würde sich dieser zudem nicht an dem Halbstrafenzeitpunkt orientieren: § 67 Absatz 2 Satz 3 StGB bezieht sich durch die Formulierung „dieser Teil“ nach dem Sinn der Vorschrift vielmehr nur auf solche Teile, deren Vorwegvollzug nach § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB angeordnet wurde (vgl. hierzu ausdrücklich Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 67 Rn. 11).

Die Neuregelung kann die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus somit lediglich im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB berühren, also bei der Frage, wann beim Regelfall des Vorwegvollzugs der Maßregel eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung erfolgen kann. Aber auch diese Frage spielt bei der Unterbringung nach § 63 StGB aus mehreren Gründen eine deutlich geringere Rolle als bei der Unterbringung nach § 64 StGB. So wurde 2019 bei knapp 82 % der nach § 63 StGB untergebrachten Personen wegen deren Schuldunfähigkeit überhaupt keine Strafe verhängt (Strafverfolgungsstatistik 2019, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, S. 338: 81,8 %), so dass § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB schon gar nicht einschlägig ist. Aufgrund ihres grundsätzlich unbefristeten Charakters dauert die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zudem deutlich länger als die in einer Entziehungsanstalt. Nach einer am 30. Juli 2021 auf der Homepage des Ministeriums veröffentlichten „Evaluierung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften vom 16. Juli 2016 (BGBl. I S. 1610)“, die teilweise auf Angaben der Mitglieder der hiesigen Bund-Länder-Arbeitsgruppe zurückgeht, konnte der langjährige Anstieg der durchschnittlichen Unterbringungsdauer durch das Novellierungsgesetz zu § 63 StGB zwar gebremst werden: Nach einem Höchstwert der durchschnittlichen Dauer – jeweils zum 31. Dezember (ohne Baden-Württemberg und Bayern) – im Jahr 2015 von 8,11 Jahren sank dieser Wert bis 2019 auf 7,64 Jahre. Dennoch liegt dieser Wert immer noch deutlich über der durchschnittlichen Dauer einer Unterbringung nach § 64 StGB von knapp zwei Jahren (siehe oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (2)). Die längeren Unterbringungszeiten bei § 63 StGB führen dazu, dass auch bei den verbleibenden gut 18 % der Fälle mit einer Begleitstrafe die Möglichkeit

der Vollstreckungsaussetzung durch Anrechnung der Unterbringungszeit bereits zum Halbstrafenzeitpunkt nochmals deutlich seltener relevant sind als bei einer Unterbringung nach § 64 StGB. Diese Annahme wird durch die empirische Auswertung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe für mehrere Länder bestätigt: 2019 erfolgte in Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Thüringen eine Entlassung nur in 3 % (5 von 183) aller Fälle „eher zum Halbstrafenzeitpunkt“. Für 2020 ergab die Auswertung für Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen und Thüringen gar, dass überhaupt keine solche Entlassung erfolgte (0 von 52 Fällen). Zugleich waren in den elf Ländern Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Saarland, Sachsen und Thüringen die bei einer Unterbringung nach § 63 StGB verhängten Begleitstrafen 2019 durchschnittlich 4,78 Jahre lang. Damit liegt die durchschnittliche Unterbringungsdauer von derzeit knapp acht Jahren (2019: 7,64 Jahre, siehe vorstehend) nicht nur ganz erheblich über dem Halbstrafenzeitpunkt dieser durchschnittlichen Begleitstrafe (2,39 Jahre), sondern auch deutlich über deren Zweidrittelzeitpunkt (3,19 Jahre). Es ist daher nicht zu erwarten, dass die hier vorgeschlagene Verlängerung des Zeitraums, ab dem regelmäßig eine Vollstreckungsaussetzung möglich ist (zwei Drittel statt Hälfte der Begleitstrafe), nennenswerte Auswirkungen auf die Praxis haben wird. Dies gilt umso mehr, als in den Fällen, in denen ein sehr positiver Therapieverlauf ausnahmsweise doch schon eine Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt gestattet, eine solche entsprechend § 57 Absatz 2 StGB möglich bliebe.

**e) Klarstellung der sofortigen Vollziehbarkeit für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bei sofortiger Beschwerde des Verurteilten**

Schließlich spricht sich der Entwurf für eine Ergänzung des § 463 Absatz 6 Satz 3 StPO um einen Halbsatz 2 aus, der klarstellt, dass es für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB im Falle einer sofortigen Beschwerde des Verurteilten bei dem Grundsatz der sofortigen Vollziehbarkeit (§§ 307, 462 Absatz 3 Satz 2 StPO) bleibt.

Zusammengefasst soll damit bundeseinheitlich eine zeitnahe (Rück-)Verlegung der Personen in den Strafvollzug ermöglicht werden, bei denen die Behandlung erfolglos war und das Gericht die Unterbringung in der Entziehungsanstalt deshalb für erledigt erklärt hat. Die Klarstellung kann somit einen Beitrag zur zahlenmäßigen Entlastung der Entziehungsanstalten leisten und dabei helfen, dass das therapeutische Klima nicht durch bis zur Rechtskraft in der Entziehungsanstalt verbleibende Personen negativ beeinflusst wird. Zu den Einzelheiten wird auf die Ausführungen oben unter I. 4. Buchstabe e verwiesen.

Zwar ließe sich entsprechend den Entscheidungen des OLG Hamm (Beschluss vom 8. März 2016, III-3 Ws 72/16, juris) und des OLG Stuttgart (Beschluss vom 29. Juni 2020, 4 Ws 127/20, juris) vertreten, dass der Regelungsvorschlag den bereits geltenden gesetzlichen Regelungen in §§ 307, 462 Absatz 3 Satz 2 StPO entspreche und es systematisch nicht überzeuge, in einer Sondervorschrift eine Regelung zu treffen, die lediglich die Geltung dieser allgemeinen Regelungen für einen ganz bestimmten Fall bestätige.

Dies würde allerdings unberücksichtigt lassen, dass eine gegenteilige Rechtsauffassung nicht nur von nicht unerheblichen Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung (siehe die Nachweise unter I. 4. Buchstabe e) vertreten wird, sondern verbreitet auch in der StGB- und StPO-Kommentarliteratur. Dass konkret in den Fällen einer Erledigterklärung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auch bei einer sofortigen Beschwerde des Betroffenen weiter zu vollstrecken ist, wird beispielsweise vertreten von: Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 67d Rn. 22; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 67d Rn. 14; MüKo-Veh, StGB, 4. Auflage 2020, § 67d Rn. 46; Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Auflage 2022, § 67d Rn. 18; LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 40. In den Standardkommentaren zur StPO wird sogar in entsprechender Anwendung des Grundgedankens des § 449 StPO von einer generellen Ausnahme von der Vorgabe des § 307 Absatz 1 StPO ausgegangen, wenn die Vollstreckbarkeit oder weitere

Vollstreckung eines Urteils oder einer abschließenden Beschlussentscheidung vom Ergebnis einer sofortigen Beschwerde abhängt (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Auflage 2021, § 307 Rn. 1; KK-Zabeck, StPO, 8. Auflage 2019, § 307 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Matt, StPO, 26. Auflage 2014, § 307 Rn. 3). Auch der Einfügung von § 463 Absatz 5 Satz 2 StPO (heute § 463 Absatz 6 Satz 3 StPO) lag offenbar diese (angreifbare) Rechtsauffassung zugrunde (vgl. Bundestagsdrucksache 16/1993, S. 27).

Der Entwurf zielt nicht darauf ab, in einer vollstreckungsrechtlichen Gesamtschau die generelle Berechtigung von etwaigen Ausnahmen von der Vorgabe des § 307 Absatz 1 StPO (keine Vollzugshemmung durch die Einlegung der sofortigen Beschwerde) zu überprüfen. Aus den vorstehend und im Einzelnen unter I. 4. Buchstabe e genannten Gründen bedarf es jedenfalls für die Fälle des § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB der Klarstellung, dass durch die sofortige Beschwerde des Verurteilten der Vollzug der gerichtlichen Entscheidung nicht gehemmt wird (unter Beibehaltung der Sonderregelung in § 462 Absatz 3 Satz 2 StPO für die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft).

Der Verurteilte wird durch diese Klarstellung nicht rechtlos gestellt. Vielmehr bleibt es ihm unbenommen, einen Antrag nach § 307 Absatz 2 StPO zu stellen, die Vollziehbarkeit der angefochtenen Entscheidung auszusetzen (vgl. dazu auch OLG Hamm, Beschluss vom 8. März 2016, III-3 Ws 72/16, bei juris Rn. 11; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Juni 2020, 4 Ws 127/20, bei juris Rn. 25).

### **III. Alternativen**

Keine Anpassung des Sanktionenrechts des Strafgesetzbuches an aktuelle Entwicklungen und damit auch keine Stärkung von Resozialisierung und Prävention sowie des Schutzes vor Diskriminierungen.

Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Änderungsvorschläge:

- Bei der Ersatzfreiheitsstrafe wurde alternativ deren vollständige Abschaffung vorgeschlagen (vgl. Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 18. April 2018, Bundestagsdrucksache 19/1689, welcher anstelle einer uneinbringlichen Geldstrafe lediglich die freiwillige Ableistung gemeinnütziger Arbeit vorsah). Eine weitere Alternative bestünde darin, den Umrechnungsmaßstab 2:1 auch auf die Umrechnung von Geldstrafe in „primäre“ oder „eigentliche“ Freiheitsstrafe zu übertragen (so der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 17. März 2004, Bundestagsdrucksache 15/2725, für § 51 Absatz 4 Satz 1 und § 54 Absatz 3 StGB, nicht aber § 47 Absatz 2 Satz 2 StGB). Beide Vorschläge sind aus den oben unter II. 1. genannten Gründen abzulehnen.

Zudem könnte erneut die Einführung der gemeinnützigen Arbeit als primäre Ersatzstrafe bei uneinbringlichen Geldstrafen erwogen werden, bei der die Ersatzfreiheitsstrafe erst zur Anwendung kommt, wenn die gemeinnützige Arbeit nicht ordnungsgemäß erbracht wird (vgl. erneut Bundestagsdrucksache 15/2725, dort insbesondere Artikel 1 Nummer 4 und Artikel 2 Nummer 16 und 17). Dadurch könnte sich in der Praxis – um den Preis eines vermutlich erheblichen Mehraufwandes für die Justiz und einer deutlichen Verlängerung des Vollstreckungsverfahrens – zwar womöglich der Anteil der verurteilten Personen erhöhen, die statt die Geldstrafe zu zahlen gemeinnützige Arbeit leisten; es wäre aber zu befürchten, dass das eigentliche Ziel, die Zahl der zu vollstreckenden Ersatzfreiheitsstrafen zurückzudrängen, nicht erreicht werden kann, weil die Personen, die bereits jetzt keine gemeinnützige Arbeit erbringen wollen oder können, allein durch diese rechtliche Umstellung (die Arbeit würde unmittelbar zur Abgeltung der Geldstrafe geleistet statt zur Abgeltung der Ersatzfreiheitsstrafe, die an die Stelle der Geldstrafe tritt) nicht dazu motiviert oder in die Lage versetzt würden (so auch, mit sehr deutlich formulierten Bedenken, die Stellungnahme des Bundesrates in Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 36 bis 39). Unterstützt wird diese Annahme durch die Erkenntnisse der unter I. 1. Buchstabe a erwähnten Bund-Länder-Arbeitsgruppe

zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“. Nach deren Abschlussbericht von 2019 konnte in Nordrhein-Westfalen zwischen 2012 und 2016 trotz einer deutlichen Ausweitung des Angebots an Beschäftigungsstellen und der Unterstützung der betroffenen Personen durch Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter die Quote derjenigen, die nach einem entsprechenden Angebot tatsächlich zur Erbringung gemeinnütziger Arbeit gebracht werden konnten, nicht erhöht werden (im Gegenteil sank diese Quote auf 6,7 %). Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hielt daher auch die Einführung gemeinnütziger Arbeit als selbständige Sanktion zur Problemlösung für nicht geeignet.

- Zur Überarbeitung des Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) wurde deren Umgestaltung in eine Vorbehaltslösung vorgeschlagen (Koller/Müller, StV 2021, 265 ff.), die unter anderem dazu geführt hätte, dass 97 bis 98 % aller bislang in der Entziehungsanstalt Untergebrachten zukünftig nicht mehr primär dort untergebracht würden, sondern im Strafvollzug. Diese Lösung ist aus den im Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (vgl. oben unter I. 4., Seite 47 ff.) genannten Gründen abzulehnen.

#### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (Strafrecht, Gerichtsverfassung, gerichtliches Verfahren). Der Kompetenztitel „Strafrecht“ umfasst auch die Regelungen zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung.

#### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar; dies gilt insbesondere für die vorgesehene Erweiterung von § 46 StGB: Sie entspricht den Zielen der Europäischen Union im Hinblick auf die Bekämpfung von Hasskriminalität, der „Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020 – 2025“, der „Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020 – 2025“ sowie den Vorgaben des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), insbesondere dessen Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe a (siehe oben unter I. 2. Buchstaben a und c und im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 2).

#### **VI. Gesetzesfolgen**

##### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Mehrere der vorgesehenen Neuregelungen dienen vor allem der Klarstellung und damit der Rechtsklarheit. Dies gilt insbesondere für die ausdrückliche Erwähnung geschlechtsspezifischer und gegen die sexuelle Orientierung gerichteter Beweggründe in § 46 Absatz 2 StGB-E (siehe oben unter II. 2.), die ausdrückliche Regelung der Therapieweisung in § 56c Absatz 2 Nummer 6, § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 5 StGB-E und § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 StPO-E (siehe oben unter II. 3. Buchstabe a) und die Klarstellung in § 463 Absatz 6 Satz 3 Halbsatz 2 StPO-E, dass es für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bei einer sofortigen Beschwerde des Verurteilten bei der sofortigen Vollziehbarkeit bleibt (vgl. oben unter II. 4. Buchstabe e).

## **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Der Entwurf steht im Einklang mit dem Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie, die der Umsetzung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen mit ihren 17 Zielen für nachhaltige Entwicklung (Sustainable Development Goals – SDGs) dient.

Indem der Entwurf die Aufnahme geschlechtsspezifischer Beweggründe in § 46 Absatz 2 StGB-E vorschlägt (siehe oben unter II. 2), leistet er einen Beitrag zur Verwirklichung von SDG 5 („Geschlechtergleichstellung erreichen und alle Frauen und Mädchen zur Selbstbestimmung befähigen“). Denn dieses Nachhaltigkeitsziel verlangt in Unterziel 5.2 die „Beendigung aller Formen von Gewalt gegen Frauen und Mädchen im öffentlichen und privaten Raum“. Der Entwurf fördert die Erreichung dieses Ziels, da er zu einer angemessenen Ahndung von Gewalt gegen Frauen und Mädchen beitragen soll. Gleichermäßen dient die Aufnahme von gegen die sexuelle Orientierung gerichteten Motiven der Verwirklichung von SDG 10 „Ungleichheit in und zwischen Ländern verringern“.

Die Vorschläge zur Ersatzfreiheitsstrafe, zu den Auflagen und Weisungen und zum Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (siehe oben unter I. 1., 3. und 4. sowie II. 1., 2. und 4.) dienen auch der Förderung der Resozialisierung der betroffenen Straftäterinnen und Straftäter. Sie unterstützen damit die Umsetzung von SDG 16 („Friedliche und inklusive Gesellschaften für eine nachhaltige Entwicklung fördern“), einschließlich des Unterziels 16.1 („Erhebliche Verringerung aller Formen von Gewalt und der damit verbundenen Todesfälle überall“).

Eine zielgenauere Unterbringung in eine Entziehungsanstalt (siehe erneut oben unter I. 4. und II. 4.) trägt zugleich zur Erreichung des zu Ziel 3 („Ein gesundes Leben für alle Menschen jeden Alters gewährleisten und ihr Wohlergehen fördern“) verfolgten Unterziels 3.5 („Verstärkung der Prävention und Behandlung von Drogenmissbrauch, einschließlich des Missbrauchs von Alkohol“) bei.

## **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Es werden keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand erwartet.

## **4. Erfüllungsaufwand**

Für die Bürgerinnen und Bürger und für die Wirtschaft entsteht kein Erfüllungsaufwand.

Für die Länderhaushalte gilt das Folgende:

### **a) Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB-E)**

Durch die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes bei der Umrechnung von Geld- in Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 StGB-E (siehe oben unter II. 1.) können sich grundsätzlich die Anzahl der zu vollstreckenden Tage Ersatzfreiheitsstrafe halbieren und damit die mit dem Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafen verbundenen Kosten erheblich reduzieren.

2019 lagen die Haftkosten im Durchschnitt bei 119,35 Euro pro Tag und Gefangenen (ohne Investitionskosten, gemessen an der Belegungsfähigkeit). Gleichzeitig waren 2019 bundesweit durchschnittlich täglich 4 570 Verurteilte wegen einer Ersatzfreiheitsstrafe inhaftiert (Durchschnittswert, ermittelt anhand der monatlichen Stichtagsbelegung, Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs 2019, jeweils Spalte AS, Zeile 19; da wegen der Covid19-Pandemie viele Länder den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafen im Jahre 2020 aussetzten, wurden hier die

Zahlen von 2019 zugrunde gelegt). Die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe kostete danach die Landeshaushalte 2019 bundesweit durchschnittlich etwa 545 000 Euro pro Tag, bezogen auf das Jahr gut knapp 200 Millionen Euro.

Allerdings wird man nicht davon ausgehen können, dass sich diese Kosten durch die Halbierung des Umrechnungsmaßstabes ebenfalls genau halbieren. Denn ein Teil der mit dem Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe verbundenen Kosten entsteht unabhängig von seiner Dauer durch den bei Aufnahme und Entlassung entstehenden Aufwand (wie Aufnahmegespräch und -untersuchung, Einkleidung, Entlassungsvorbereitung; dieser reduziert sich oder entfällt nur, wenn der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe zwischen oder nach dem Vollzug einer anderen Freiheitsstrafe oder Untersuchungshaft erfolgt). Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Halbierung im Einzelfall eine verurteilte Person dazu verleiten kann, das zeitlich reduzierte Übel der Ersatzfreiheitsstrafe doch anstelle der Tilgung der Geldstrafe auf sich zu nehmen, auch wenn sich dies auf Ausnahmefälle beschränken dürfte (siehe oben unter II. 1). Obwohl die Einsparungen für die Landeshaushalte daher nicht genau vorherzusagen sind, dürften sich diese im höheren zweistelligen Millionenbetrag bewegen. Ginge man davon aus, dass von der potenziellen Einsparmöglichkeit sich etwa zwei Drittel realisieren ließen, würden die Einsparungen 60 bis 70 Millionen Euro betragen.

#### **b) Erweiterung § 46 Absatz 2 StGB-E**

Durch die Erwähnung geschlechtsspezifischer und gegen die sexuelle Orientierung gerichteter Beweggründe in § 46 Absatz 2 StGB-E (siehe oben unter II. 2.) ist kein substantieller Erfüllungsaufwand der Länder zu erwarten, da es sich vorrangig um Klarstellungen handelt. Auch wenn diese zu schärferen Strafen für entsprechende Delikte führen sollten, lassen sich daraus keine konkreten Mehrkosten für den Strafvollzug ableiten, zumal solche Taten im Anwendungsbereich des § 46 StGB-E nur ausnahmsweise mit vollstreckbarer Freiheitsstrafen zu ahnden sind.

#### **c) Auflagen und Weisungen (§§ 56c, 59a StGB, § 153a StPO-E)**

Durch die ausdrückliche Aufnahme der Therapieweisung in den §§ 56c Absatz 2 Nummer 6, 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 5 StGB-E und § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 StPO-E sowie die Aufnahme der Anweisung, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen, in § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E (siehe oben unter II. 3.), sind ebenfalls keine substantiellen Mehrkosten bei den Ländern zu erwarten, da es sich in den Fällen der Therapieweisung lediglich um Klarstellungen handelt und diesbezügliche Therapiekosten grundsätzlich von der verurteilten Person selbst zu tragen sind (vgl. MüKo-Groß/Kett-Straub, 4. Auflage 2020, § 56c Rn. 38 mit weiteren Nachweisen); § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E kann sogar, wenn auch in beschränktem Umfang, zu einer Reduzierung von zu vollstreckenden Ersatzfreiheitsstrafen beitragen (siehe oben unter I. 3. Buchstabe b). Der Gesetzentwurf begründet auch keine Pflicht zur Schaffung weiterer forensischer Ambulanzen oder zusätzlicher Vermittlungsstellen für gemeinnützige Arbeit, wobei die Länder im Rahmen des Ausbaus forensischer Ambulanzen und der Möglichkeiten zur Ableistung gemeinnütziger Arbeit zur Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen bereits entsprechende Strukturen aufgebaut haben (zu letzterem vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2007, Rn. 53).

#### **d) Maßregelrecht: Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB**

Für die Länder dürften auch die Neuregelungen im Bereich der Unterbringungen nach § 64 StGB (siehe oben unter II. 4.) insgesamt jedenfalls nicht zu Mehrkosten führen. Dabei würden Einsparungen im Vollzug der Unterbringungen nach § 64 StGB Mehrkosten für den Vollzug von Strafhaft gegenüberstehen. Diese Mehrkosten dürften aber deutlich unterhalb der Einsparungen liegen, auch wenn deren genauer Umfang nicht prognostiziert werden kann.

So dürften auf Seiten des Maßregelvollzugs die engeren Anordnungsvoraussetzungen nach § 64 StGB-E (zu den Punkten „Hang“, „symptomatischer Zusammenhang“ und „Erfolgsaussicht“, siehe oben unter II. 4. Buchstaben a bis c) und die in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E vorgesehene Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt als Regelfall der Strafaussetzung zur Bewährung aufgrund einer geringeren Anreizwirkung (siehe oben unter II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe aa) zumindest zum Abbremsen des langjährigen Anstiegs der Unterbringungsanordnungen führen und damit auch des langjährigen Anstiegs der Anzahl der untergebrachten Personen.

Die ebenfalls vorgesehene Orientierung des Vorwegvollzugs an diesem Zweidrittelzeitpunkt bei Freiheitsstrafen über drei Jahren (mit der Folge eines längeren Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe, siehe oben unter II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe cc) sowie die Klarstellung in § 463 Absatz 6 Satz 3 Halbsatz 2 StPO-E zur sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB trotz einer sofortigen Beschwerde des Verurteilten mit der Möglichkeit der rascheren Rückverlegung in den Strafvollzug (siehe oben unter II. 4. Buchstabe e) dürfte zu einer Verringerung der Dauer der Therapieunterbringung und damit ebenfalls zumindest zu einem Abbremsen des langjährigen Anstiegs der Zahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen führen.

Die durchschnittliche Zahl der Unterbringungen nach § 64 StGB lag 2020 bei 5.280 Personen (siehe oben unter I. 4.). Unterstellte man, dass durch die vorgeschlagenen Neuregelungen zukünftig die durchschnittliche Zahl der untergebrachten Personen 5 % geringer wäre als ohne diese Neuerungen, würde dies – bezogen auf die Unterbringungen 2020 – die jährliche Durchschnittszahl um 264 Personen senken, was zu 96.360 weniger Unterbringungstagen (264 Personen x 365 Tage) pro Jahr führen würde. Nach den in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitgliedern der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden lagen die Unterbringungskosten 2019 pro Tag durchschnittlich bei 321,37 Euro (ohne Investitionskosten, gemessen an der tatsächlichen Belegung)<sup>13)</sup>. Eine Absenkung der Zahl der durchschnittlichen Unterbringungen um jährlich 94 170 Tage würde demnach zu Einsparungen (beziehungsweise geringeren Mehrbelastungen) von etwa knapp 31 Millionen Euro pro Jahr (96 360 Tage x 321,37 Euro = 30 967 213 Euro) bei den Entziehungsanstalten führen.

Inwieweit die vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen aber tatsächlich den langjährigen Anstieg der Zahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen bremsen können, kann nicht prognostiziert werden. Erst recht kann keine Prognose über die absolute Entwicklung der Bestandszahlen gemacht werden, da unbekannt ist, wie sich diese ohne die geplanten Neuregelungen entwickeln würden und auf welcher Grundlage daher eine vorstehend unterstellte Verringerung um 5 % erfolgen würde.

Einsparungen im Maßregelvollzug stünden Mehraufwendungen beim Strafvollzug gegenüber, insbesondere durch den vollständigen Verzicht auf eine Unterbringung nach § 64 StGB (siehe oben unter II. 4. Buchstaben a bis c) und damit auf Zeiten des Maßregelvollzugs, die auf die Strafe angerechnet werden können, und durch längere Zeiten des Vorwegvollzugs von Freiheitsstrafen nach § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E (siehe oben unter II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe cc); in geringerem Umfang kann auch die raschere Rückverlegung von untergebrachten Personen wegen wegfallender Erfolgsaussicht in den Strafvollzug (siehe oben unter II. 4. Buchstabe e) zu dortigen Mehrkosten führen. Schließlich kann in den Einrichtungen des Justizvollzugs auch ein erhöhter Aufwand für die Behandlung von Straftätern mit Suchtproblemen entstehen.

---

<sup>13)</sup> Bundesweiter Durchschnitt, bei dem bewusst auf das Jahr 2019 abgestellt wurde, um die pandemiebedingten Sonderkosten des Jahres 2020 außen vor zu lassen.

Dabei liegen die Haftkosten, insbesondere für den Vollzug der Freiheitsstrafe, pro Tag deutlich über 60 % niedriger als die Unterbringungskosten. 2019 lagen die Haftkosten im Durchschnitt bei 119,35 Euro pro Tag und Gefangenen (ohne Investitionskosten, gemessen an der Belegungsfähigkeit).

Unterstellte man, dass knapp zwei Drittel (65 %) der durchschnittlich 5 % weniger Unterbringungen pro Jahr (= 65 % von 96 360 Tagen = 62 634 Tage) auf zukünftig unterlassenen Anordnungen nach § 64 StGB beruhen würden und diese – stark vereinfacht – infolge einer wegfallenden Anrechenbarkeit von Maßregelzeiten auf Strafe zu zwei Drittel (vgl. § 67 Absatz 4 StGB)<sup>14)</sup> durch einen entsprechenden Anstieg der durchschnittlich in Strafhaft verbrachten Tage (= 41 756 Tage) ausgeglichen würden, würde dies zu jährlichen Mehrkosten von knapp 5 Millionen Euro (41 756 Tage x 119,35 Euro = 4 983 579 Euro) beim Strafvollzug führen.

Nähme man weiter an, dass ein weiteres Viertel (25 %)<sup>15)</sup> der unterstellt reduzierten Unterbringungszeiten (= 25 % von 96 360 Tagen = 24 090 Tage) auf längeren Vorwegvollzügen von Freiheitsstrafe beruhten, weil diese zukünftig regelmäßig nach dem Zweidrittelzeitpunkt zu berechnen wären (siehe oben II. 4. Buchstabe d), könnte dies – wiederum stark vereinfacht – zu einer entsprechenden Zunahme der Hafttage<sup>16)</sup> führen. Bei einer Begleitstrafe von fünf Jahren und einer prognostizierten Therapiedauer von zwei Jahren wären danach beispielsweise in der Regel 16 statt sechs Monate Freiheitsstrafe vorweg zu vollziehen, mit der (erhofften) Folge, dass bei einem positiven Therapieverlauf die Aussetzung von Maßregel und Strafe entsprechend früher, zumindest deutlich häufiger als bisher zu dem vom erkennenden Gericht prognostizierten Therapieende erfolgen könnte (siehe oben zu I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (2) und II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstaben bb und cc). Entsprechende 24 090 zusätzliche Hafttage würden zu einer jährlichen Mehrbelastung von knapp 2,9 Millionen Euro führen (24 090 Tage x 119,35 Euro = 2 875 141 Euro).

Käme man nach diesem Ansatz schließlich dazu, dass die restlichen 10 % der eingesparten Unterbringungszeiten (10 % von 96 360 Tagen = 9 636 Tage) auf einer schnelleren Rückverlegung von untergebrachten Personen, deren Therapie wegen Erfolglosigkeit beendet

---

<sup>14)</sup> Diese Orientierung an der maximalen Anrechnungsgrenze des § 67d Absatz 4 StGB dürfte die zum Ausgleich notwendigen Strafzeiten jedenfalls nicht zu niedrig, bei erfolglosen Therapien womöglich sogar eher zu hoch ansetzen: Sie geht bei erfolgreichen Therapien davon aus, dass Maßregel und Reststrafe schon derzeit – trotz der Möglichkeit der Halbstrafenaussetzung – ganz überwiegend erst dann zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn zwei Drittel der Strafe durch Anrechnung erledigt sind (vgl. oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe b (2), wonach in knapp 82 % der Fälle die Beendigung nahe oder nach dem Zweidrittelzeitpunkt erfolgt, nur in gut 18 % nahe dem Halbstrafenzeitpunkt). Zum anderen unterstellt sie aber aus Vereinfachungsgründen, dass auch erfolglose Therapien in der Regel bis zur Anrechnungsgrenze andauern, obwohl tatsächlich ein nicht ganz unerheblicher Teil deutlich früher beendet werden dürfte („Frühabbrecher“) und daher – insbesondere bei längeren Begleitstrafen – deutlich mehr als ein Drittel der Reststrafe noch im Strafvollzug vollstreckt werden muss.

<sup>15)</sup> Dass hier der Entlastungseffekt mit 25 % deutlich niedriger als bei den unterbliebenen Anordnungen (65 %) angesetzt wird, erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil nur bei 31 % der 2019 untergebrachten Personen ein solcher Vorwegvollzug stattfand (siehe oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe b (3)); dieser Anteil kann zwar durch die vorgeschlagene Umstellung auf den Zweidrittelzeitpunkt erhöht werden, aber doch fokussiert auf einen relativ begrenzten Bereich (siehe oben unter II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe c: Begleitstrafen zwischen drei und vier Jahren).

<sup>16)</sup> Diese Annahme dürfte die zum Ausgleich notwendigen Strafzeiten bei einem positiven Therapieverlauf zwar etwas zu niedrig ansetzen. So wird es auch nach der Neuregelung Fälle geben, in denen die – erfolgreiche – Unterbringung tatsächlich länger dauert als prognostiziert und daher dem verlängerten Vorwegvollzug keine gleichlange Verkürzung der Therapiedauer gegenübersteht. Andererseits wird bei einem erfolglosen Verlauf der Unterbringung und einer damit verbundenen negativen Legalprognose der längere Vorwegvollzug in der Regel zu einer entsprechend kürzeren, in Strafhaft zu vollstreckenden Reststrafe führen, so dass die Neuregelung in diesen Fällen zu gar keinen zusätzlichen Haftzeiten führen würde (im genannten Beispiel mit fünf Jahren Freiheitsstrafe wären bei Beendigung der Therapie nach 24 Monaten wegen Erfolglosigkeit aufgrund des längeren Vorwegvollzugs nur noch 20 Monaten zu vollstrecken, nicht mehr 30 Monate; die Gesamtzeit der vollstreckten Freiheitsstrafe läge – wie im geltenden Recht – bei 36 Monaten).

wurde, in den Strafvollzug beruhen würde und in maximal 60 %<sup>17)</sup> dieser Fälle (= 5 782 Tage) die Zeit zwischen Rücküberstellung und deren Rechtskraft nach § 67 Absatz 4 StGB nach einer durchschnittlichen Therapiedauer von zwei Jahren noch auf die Strafe anrechenbar gewesen wäre, weil diese mehr als drei Jahre beträgt (vgl. oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (1)), würde diese zu maximal 5 782 zusätzlichen Hafttagen (60 % von 9 636 Tagen) und damit Mehrkosten von knapp 0,7 Millionen Euro (5 782 Tage x 119,35 Euro = 690 082 Euro) führen.

Über die Mehrkosten durch zusätzliche Hafttage hinaus können den Ländern Mehrkosten durch die Notwendigkeit eines vermehrten Behandlungsangebots im Strafvollzug für Inhaftierte mit einer Suchtproblematik entstehen. Diese Mehrkosten können aber nur schwer geschätzt werden. Zum einen ist unklar, wie viele der Personen, die statt in der Unterbringung nach § 64 StGB mehr Zeit im Strafvollzug verbringen würden, dort einer Behandlung ihrer Suchtproblematik bedürften. Allenfalls wird man annehmen können, dass zusätzliche Behandlungsangebote vorrangig für solche verteilten Personen in Betracht kommen können, bei denen aufgrund der Neuregelungen eine Unterbringung nach § 64 StGB zukünftig ganz unterbleibt (für diese Gruppe wurden vorstehend 41.756 zusätzliche Hafttage unterstellt). Dies kann zukünftig namentlich bei Personen der Fall sein, bei denen die Substanzkonsumstörung nicht den in § 64 Satz 1 Halbsatz 2 StGB-E vorgesehenen Schweregrad erreicht oder bei denen die Tat nicht „überwiegend“ auf dieser Störung beruht (vgl. dazu erneut die vorstehenden Ausführungen unter II. 4. Buchstaben a und b), deren Behandlung im Strafvollzug aber dennoch angezeigt erscheint. Auf wie viele Personen dies tatsächlich zuträfe, lässt sich jedoch nicht prognostizieren. Zum anderen können auch die Mehrkosten für solche Behandlungsangebote nicht genau beziffert werden, weil auch die erforderlichen, möglicherweise zu schaffenden therapeutischen Angebote und deren Kosten letztlich nicht feststehen und diese Kosten in den Ländern auch bisher nicht gesondert pro inhaftierter Person ausgewiesen werden, sondern Teil des allgemeinen Tagessatzes sind. Soweit hier einzelne Zahlen vorliegen, deuten diese jedoch darauf hin, dass die Mehrkosten für diese Behandlungen pro Tag sich im einstelligen Bereich bewegen dürften<sup>18)</sup>. Auch wenn man unterstellen würde, dass bei allen Personen, bei denen zukünftig aufgrund der Neuregelungen eine Unterbringung nach § 64 StGB unterbleibt, eine im Strafvollzug für Inhaftierte mit Suchtproblematik übliche Behandlung angezeigt wäre, und man die Mehrkosten für diese

---

<sup>17)</sup> Die Angabe „maximal“ beruht darauf, dass in den Fällen vorangegangenen Vollzugs von Untersuchungshaft, „Organisationshaft“ oder Freiheitsstrafe nach § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB der Anrechnungszeitraum von zwei Dritteln der Strafe trotz einer Begleitstrafe von über drei Jahren bereits im Zeitpunkt des Rückverlegungsbeschlusses ausgeschöpft sein kann (vgl. oben unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe b (3)). Tatsächlich kann daher eine Anrechnung nur in deutlich weniger Fällen möglich sein, ohne dass sich dies zahlenmäßig abschätzen lässt. Umgekehrt kann sich in den Fällen, in denen die Therapie deutlich vor zwei Jahren Unterbringungsdauer wegen Erfolglosigkeit beendet wird („Frühhabbrecher“), auch bei Begleitstrafen bis drei Jahren noch eine Anrechnungsmöglichkeit ergeben; auch diese Fälle können aber nicht beziffert werden. Die relativ geringen Mehrkosten von knapp 0,7 Millionen Euro dürften aber aus weiteren Gründen jedenfalls nicht zu niedrig angesetzt sein: Die in § 463 Absatz 6 Satz 3 Halbsatz 2 StPO-E enthaltende Klarstellung wäre nicht bundesweit bedeutsam, sondern nur in den Fällen, in denen Gerichte und Staatsanwaltschaften das Recht bislang davon abweichend anwenden und zusätzlich die Zurückverlegung vom Betroffenen tatsächlich angefochten beziehungsweise bis zur Rechtskraft hinausgeschoben wird.

<sup>18)</sup> Die „Bundeseinheitliche Erhebung zur stoffgebundenen Suchtproblematik im Justizvollzug“ der länderübergreifenden Arbeitsgruppe „Stoffgebundene Suchtproblematik“ kam 2019 aufgrund einer Auswertung von Daten aus 12 Ländern zu dem Ergebnis (Seite 2), dass zum Stichtag 31. März 2018 bei 44 % der 41 896 erfassten Inhaftierten eine stoffgebundene Suchtproblematik (Abhängigkeit und Missbrauch) zum Zeitpunkt des Haftantritts festzustellen war, wobei bei 27 % der Inhaftierten von einer Abhängigkeit und bei 17 % ausschließlich von einem schädlichen Gebrauch (Missbrauch) von psychotropen Substanzen, einschließlich Alkohol, ausgegangen wurde. Gleichzeitig ist bekannt, dass z. B. in Bayern [2016] die Kosten für die Betreuung suchtfährdeter oder abhängigkeitserkrankter Gefangener durch vollzugsexterne Fachkräfte bei einem Gefangenenbestand zum 31. März 2016 von etwa 11.300 Personen über 2,8 Millionen Euro betragen (vgl. <https://www.justiz.bayern.de/justizvollzug/justizvollzug-in-bayern/behandlung/>, abgerufen am 4. November 2021). Unterstellte man auch für Bayern, dass von den inhaftierten Personen 44 % (4 927 von 11 300) eine stoffgebundene Suchtproblematik aufwiesen, ergäben sich zusätzliche Haftkosten pro Tag von unter 2 Euro (2,8 Millionen Euro : 4 972 Personen : 365 Tage).

Behandlung mit zehn Euro pro Hafttag ansetzen würde, ergäben sich damit jährliche Mehrkosten von nicht mehr als gut 0,4 Millionen Euro (41 756 Hafttage x 10 Euro = 417 560 Euro). Würde man sogar alle hier durch die vorgesehenen Neuregelungen angenommenen zusätzlichen Hafttage mit entsprechenden Mehrkosten von zehn Euro belegen, lägen die Mehrkosten bei gut 0,7 Millionen Euro (41 756 + 24 090 + 5 782 = 71 628 Hafttage x 10 Euro)<sup>19)</sup>.

Damit stünden den Einsparungen im Maßregelvollzug von etwa knapp 31 Millionen Euro Mehrkosten im Strafvollzug von etwa 9 bis 9,3 Millionen Euro gegenüber. Allerdings ist nochmals zu betonen, dass es sich hierbei um keine Prognose handelt, sondern alle Schätzungen auf der bloßen Unterstellung beruhen, dass die Neuregelungen die Zahl der Unterbringungen nach § 64 StGB um 5 % gegenüber der Zahl der Unterbringungen ohne diese Neuregelungen verringern würden.

Zu erwarten ist daher lediglich, dass die Einsparungen im Maßregelvollzug die Mehrkosten im Strafvollzug deutlich übersteigen würden.

## 5. Weitere Kosten

Es sind keine substantiellen Mehrkosten im justiziellen Kernbereich bei Bund und Ländern zu erwarten. Die vorgeschlagenen Neuregelungen enthalten nur die Änderung eines kraft Gesetzes wirksamen materiell-rechtlichen Umrechnungsmaßstabes (§ 43 StGB-E), bekräftigen Kriterien für die Strafzumessung (§ 46 StGB-E), bekräftigen und erweitern moderat mögliche Auflagen und Weisungen (§§ 56c, 59a StGB-E) und konkretisieren und modifizieren überwiegend bereits vorhandene Anordnungs- und Prognosemerkmale (§§ 64, 67 StGB-E), so dass mit keiner statistisch nachweisbaren Zunahme von Strafverfahren bzw. deren Dauer zu rechnen ist.

Insoweit ist ergänzend zu den Änderungsvorschlägen für die Ersatzfreiheitsstrafe, die Strafzumessung und bei Auflagen und Weisungen das Folgende anzumerken:

- Die vorgeschlagene Halbierung des Umrechnungsmaßstabes bei § 43 StGB-E tritt kraft Gesetzes ein, bedarf also keiner gerichtlichen Entscheidung. Die Neuregelung kann sogar entlastende Wirkung haben, da bei einer unterbliebenen Gesamtstrafenbildung aus einer Freiheits- und einer Geldstrafe, welche bereits im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wurde, in der Regel im Rahmen der Strafzumessung kein Härteausgleich mehr erforderlich sein wird (siehe im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 1).
- Die Ergänzungen des § 46 Absatz 2 StGB-E sollen zwar die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer und gegen die sexuelle Orientierung des Opfers gerichtete Tatmotive befördern, haben aber dennoch vorrangig klarstellenden Charakter (siehe oben unter I. 1. Buchstabe d und II. 2.). Der gerichtliche Aufwand für die Strafzumessung wird damit nicht komplexer, sondern nur stärker auf diesbezügliche Motivlagen fokussiert.
- Durch die ausdrückliche Aufnahme der Therapieweisung in den §§ 56c Absatz 2 Nummer 6, 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 5 StGB-E und § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 StPO-E (siehe oben unter II. 3. Buchstabe a) ist kein substantieller Mehraufwand für

---

<sup>19)</sup> Davon abweichend zu unterstellen, die betroffenen Personen müssten aufgrund ihrer Suchtproblematik in nennenswerten Umfang in sozialtherapeutischen Anstalten oder Abteilungen des Justizvollzugs – deren Tagessatz deutlich über dem des „normalen“ Strafvollzugs liegt – untergebracht werden, erschiene hingegen nicht sachgerecht. Diese Anstalten und Abteilungen dienen überwiegend der sozialtherapeutischen Behandlung von Sexual- und Gewaltstraftätern (vgl. nur § 9 Absatz 2 des Strafvollzugsgesetzes des Bundes). Dies zeigen auch die Daten der jährlichen Stichtagserhebung der Kriminologischen Zentralstelle e.V. (KrimZ) zur Sozialtherapie im Strafvollzug, wonach zum 31. März 2020 nur bei 0,5 % (7 von 1.970) der in einer sozialtherapeutischen Einrichtung behandelnden Personen der Deliktsschwerpunkt ein Betäubungsmitteldelikt darstellte und bei keinem ein Vollrausch nach § 323a StGB (Elzer, Sozialtherapie im Strafvollzug 2020, KrimZ, BM-Online Band 22, Seite 101 Tabelle 26).

die Gerichte zu erwarten, da die diesbezügliche Konkretisierung der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung, insbesondere zur Vernehmung eines Sachverständigen, bereits seit 2013 in § 246 Absatz 2 StPO bestimmt wird (siehe oben unter I. 3. Buchstabe a). Die Aufnahme der Möglichkeit, die verwarnte Person zur Erbringung von sonst gemeinnützigen Leistungen anzuweisen, in § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E soll zwar eine häufigere Anwendung der Verwarnung mit Strafvorbehalt ermöglichen (siehe oben unter II. 3. Buchstabe b); eine tatsächliche Zunahme dieser Verfahren kann aber nicht prognostiziert werden.

Zu den Änderungsvorschlägen zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB ist ergänzend anzumerken:

- Wird die Anordnungsvoraussetzung „Hang“ nun vom Bestehen einer Substanzkonsumstörung abhängig gemacht (siehe oben unter II. 4. Buchstabe a), erfordert dies zwar erweiternde Feststellungen der Gerichte und der hierfür beauftragten Sachverständigen; messbare Mehrkosten sind jedoch hierdurch nicht zu erwarten; zugleich kann die Angleichung an medizinische Begrifflichkeiten die Arbeit der Sachverständigen sogar erleichtern (siehe oben unter II. 4. Buchstabe a Doppelbuchstabe bb).
- Im Ergebnis das Gleiche gilt für die Schärfung des Kausalitätserfordernisses (symptomatischer Zusammenhang) zwischen Hang und Anlasstat (siehe oben unter II. 4. Buchstabe b), mit dem sich die Feststellungen der Gerichte und gegebenenfalls der Sachverständigen künftig darauf beziehen müssen, dass die Anlasstat überwiegend auf den Hang zurückzuführen ist. Auch hier sind messbare Mehrkosten nicht zu erwarten und können die Feststellungen womöglich sogar erleichtert werden.
- Auch die Änderung von § 64 Satz 2 StGB und die Beschränkung auf diejenigen Fälle, in denen das Erreichen des Behandlungsziels aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist (siehe oben unter II. 4. Buchstabe c), erfordert zwar diesbezügliche Feststellungen der Gerichte und gegebenenfalls der Sachverständigen, lässt hierdurch jedoch keine messbaren Mehrkosten erwarten; vielmehr kann die vorgesehene Umstellung die entsprechenden Feststellungen sogar erleichtern (siehe erneut unter II. 4. Buchstabe c).
- Die Festlegung von zwei Dritteln der Strafe als Regelzeitpunkt einer Strafrestaussetzung zur Bewährung in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E (siehe oben unter II. 4. Buchstabe d) lässt ebenfalls keine messbare Veränderung des Prüfaufwands der Gerichte oder etwaig eingesetzter Sachverständigen erwarten.
- Schließlich lassen weder die (regelmäßige) Orientierung an diesem Zweidrittelzeitpunkt bei der Berechnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe nach § 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E bei Freiheitsstrafen über drei Jahren (siehe oben unter II. 4. Buchstabe d) noch die Klarstellung in § 463 Absatz 6 Satz 3 StPO-E, dass es für Entscheidungen nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB bei einer sofortigen Beschwerde des Verurteilten grundsätzlich bei der sofortigen Vollziehbarkeit bleibt (siehe oben unter II. 4. Buchstabe e), einen Mehraufwand der Gerichte erwarten.

Auswirkungen auf Einzelpreise und das allgemeine Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

## **6. Weitere Gesetzesfolgen**

Die Regelungen sind geschlechtsneutral formuliert. Die vorgeschlagene Ergänzung der Strafzumessungsvorschrift des § 46 Absatz 2 StGB-E um „geschlechtsspezifische“ Beweggründe und Ziele des Täters (siehe oben unter II. 2.) wird sich vorwiegend auf Taten beziehen, die gegen Frauen gerichtet sind. Sie soll dazu beitragen, dass Taten, die handlungsleitend von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit geprägt sind, namentlich zu Lasten von Frauen, in der Strafzumessung stärker als bisher berücksichtigt werden und

damit die Bedeutung der Gleichwertigkeit der Geschlechter auch in diesem Rechtsbereich noch stärker betont wird (siehe oben unter I. 2. Buchstaben a und d und II. 2.). Insoweit sind von dem Vorschlag auch Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung zu erwarten. Verbraucherpolitische oder demografische Auswirkungen sind nicht zu erwarten.

## **VII. Befristung; Evaluierung**

Eine Befristung ist nicht angezeigt.

Bei den Änderungen im Bereich der Ersatzfreiheitsstrafe (siehe oben unter II. 1.) soll anhand der Angaben des Statistischen Bundesamtes (siehe die Nachweise unter I. 1.) fünf Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelung untersucht werden, wie sich die Zahl der an den monatlichen Stichtagen wegen einer Ersatzfreiheitsstrafe inhaftierten Personen in Relation zur Anzahl der insgesamt verhängten Geldstrafen entwickelt hat.

Im Hinblick auf die Änderungen im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (siehe oben unter II. 4.) soll beobachtet werden, wie sich die Zahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen (einschließlich der Zahl der Anordnungen und der durchschnittlichen Dauer der Unterbringung als Untergrößen) nach Inkrafttreten der Neuregelungen fortentwickelt. Zu diesem Zweck sollen die jährlichen Angaben des Statistischen Bundesamtes zur Anzahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen (Maßregelvollzugsstatistik in der für das Bundesministerium der Justiz fortgeführten Zusammenstellung), die jährlichen Zahlen des Statistischen Bundesamtes zu den Anordnungen nach § 64 StGB (Rechtspflege, Fachserie 10 Reihe 3) und Angaben der Länder zur durchschnittlichen Dauer der Unterbringung ausgewertet werden (zur vergleichbaren, am 30. Juli 2021 veröffentlichten Evaluierung des Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften vom 16. Juli 2016, siehe oben unter II. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe ff). Dabei wird es vor allem darum gehen, ob der seit vielen Jahren zu beobachtende Anstieg der Zahl der nach § 64 StGB untergebrachten Personen gebremst werden kann. Da die genannten statistischen Erkenntnisse in der Regel erst mit einem Nachlauf von einem bis eineinhalb Jahren vorliegen (vgl. die vorstehend genannte Evaluierung zur Unterbringung nach § 63 StGB, dort Seite 2 oben), soll diese Auswertung fünf Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelungen vorgenommen werden, um mindestens einen praktischen Anwendungszeitraum von rund dreieinhalb Jahren abzudecken.

Für die Änderungen in den Bereichen Strafzumessung und Auflagen und Weisungen (siehe oben unter II. 2. und 3.) kommt eine Evaluierung anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes mangels diesbezüglicher Erhebungen nicht in Betracht. Sie erscheint jedenfalls insoweit auch nicht geboten, als die Änderungen zu den Auflagen und Weisungen vorwiegend klarstellenden Charakter haben. Ob die – ebenfalls vorwiegend klarstellenden – Änderungen bei der Strafzumessung einer rechtstatsächlichen Untersuchung zugeführt werden sollten, soll anhand der Erkenntnisse der aktuell vom Bundesministerium der Justiz ausgeschrieben Studie über die Anwendung des § 46 StGB im Hinblick auf die zum 1. August 2015 in diese Vorschrift aufgenommen „rassistischen, fremdenfeindlichen und sonstigen menschenverachtenden“ Beweggründe und Ziele des Täters bewertet werden. Auch eine solche Evaluierung sollte nicht vor Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten der Neuregelungen erfolgen.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)**

#### **Zu Nummer 1 (Änderung von § 43 StGB)**

Zu Anlass, Ziel und Inhalt der vorgesehenen Halbierung des Umrechnungsmaßstabes von Geldstrafe auf Ersatzfreiheitsstrafe in § 43 Satz 2 StGB-E wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 1. und II. 1. verwiesen. Der zusätzliche Vorschlag, in § 43 Satz 1 und 2 StGB-E einheitlich von „Ersatzfreiheitsstrafe“ statt von „Freiheitsstrafe“ zu sprechen, soll den bloßen Surrogatscharakter der Ersatzfreiheitsstrafe verdeutlichen. Auch dies entspricht einem Prüfvorschlag im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB“ von 2019 (siehe oben im Allgemeinen Teil I. 1. Buchstabe a).

Folge der Halbierung des Umrechnungsmaßstabes ist es, dass bei einer unterbliebenen Gesamtstrafenbildung aus einer Freiheits- und einer Geldstrafe, welche bereits im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wurde, in der Regel kein Härteausgleich mehr zu gewähren sein wird (zur derzeitigen Rechtsprechung, die einen Härteausgleich vornimmt: BGH, Beschluss vom 28. April 2021, 2 StR 67/21, bei juris Rn. 3; Urteil vom 5. November 2013, 1 StR 387/13; Beschluss vom 30. Januar 2001, 4 StR 587/00, bei juris Rn. 2; Urteil vom 2. Mai 1990, 3 StR 59/89, bei juris Rn. 5; vgl. auch Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 55 Rn. 21). Denn dadurch, dass der Verurteilte nur halb so viele Tage inhaftiert war wie Tagessätze ausgeurteilt wurden, hat er bei der Vollstreckung der Geldstrafe bereits eine Vergünstigung erhalten, die die bei Einbeziehung der Geldstrafe in die Gesamtfreiheitsstrafe zu erwarten gewesene Vergünstigung zumindest so ausgleichen dürfte, dass regelmäßig kein Härtefall mehr vorliegt.

Gesetzliche Anpassungen im Hinblick auf die An- und Umrechnungsregelungen in § 51 Absatz 4 und § 54 Absatz 3 StGB, die bewusst nicht verändert werden sollen (siehe die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 1. Buchstabe c), sind nicht erforderlich. Dass es bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung aus Freiheitsstrafe und bereits durch Verbüßung von Ersatzfreiheitsstrafe teilweise vollstreckter Geldstrafe für den vollstreckten Teil der Geldstrafe beim neuen Umrechnungsmaßstab des § 43 Satz 2 StGB-E bleibt, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 51 Absatz 2 StGB: Wird eine rechtskräftig verhängte Strafe (hier: Geldstrafe) in einem späteren Verfahren durch eine andere Strafe ersetzt (hier: Gesamtfreiheitsstrafe), so wird auf diese die frühere Strafe angerechnet, soweit sie vollstreckt (...) ist. Die Geldstrafe wird durch den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt (so ausdrücklich BGH, Beschluss vom 28. April 2021, 2 StR 67/21, bei juris Rn. 3), wobei nach der vorgeschlagenen Neuregelung durch einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe zwei Tagessätze Geldstrafe als vollstreckt gelten. Es handelt sich also nicht um einen Fall der Erledigung durch Anrechnung von Geldstrafe auf „primäre“ Freiheitsstrafe (für diese gilt nach § 51 Absatz 4 Satz 1 StGB unverändert der Umrechnungsmaßstab von 1:1), sondern um eine Erledigung durch Vollstreckung. So wird der verurteilten Person, die die Geldstrafe teilweise durch das höhere Strafübel der Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt hat, durch die nachträgliche Einbeziehung der Geldstrafe in die Gesamtfreiheitsstrafe der Vorteil der doppelten Anrechnung nicht nachträglich wieder genommen. Für den noch nicht vollstreckten Rest der Geldstrafe bleibt es für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung bei der Vorgabe des § 54 Absatz 3 StGB, so dass diese unverändert im Maßstab 1:1 in Ansatz zu bringen ist, um die bereits bestehende Freiheitsstrafe (Einsatzstrafe) nach § 54 Absatz 1 Satz 2 StGB zu erhöhen. Im Übrigen dürfte die praktische Relevanz dieser Fälle gering sein, da die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe – insbesondere nach Inkrafttreten der Halbierung des Umrechnungsmaßstabes – oftmals in wenigen Wochen erledigt sein dürfte und die nachträgliche Einbeziehung in eine Gesamtstrafenbildung genau in diesen Zeitraum fallen müsste. Zudem bestimmt § 49 Absatz 3 Satz 2 der Strafvollstreckungsordnung, dass bei gesamtstrafenfähigen Geldstrafen die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe in der Regel bis zur Bildung der Gesamtstrafe zurückzustellen ist.

Ergibt die Umrechnung von Geld- in Ersatzfreiheitsstrafe im Maßstabe 2:1 einen Bruchteil von Tagen, weil das Urteil auf eine ungerade Zahl von Tagessätzen lautet, bestimmt bereits jetzt § 459e Absatz 3 der Strafprozessordnung (StPO), dass wegen dieses Bruchteils die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht angeordnet werden darf. Die zu vollstreckende Ersatzfreiheitsstrafe wird also auf volle Tage abgerundet (vgl. MüKo-Nestler, StPO, 1. Auflage 2019, § 459e StPO Rn. 7; KK-Appl, StPO, 8. Auflage 2019 § 459e Rn. 5; Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 43 Rn. 5). Für den entsprechenden Rest der Geldstrafe bleibt die verurteilte Person zwar wie bisher haftbar (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2020, 3 StR 567/19, bei juris Rn. 5; § 50 Satz 2 der Strafvollstreckungsordnung). Wie bisher braucht die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung aber nicht zu betreiben, wenn und soweit sie keine Erfolgsaussicht sieht (§ 459c Absatz 2 StPO).

### **Zu Nummer 2 (Änderung von § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB)**

Zu Anlass und Inhalt des Vorschlags, den Katalog der Strafzumessungsgründe in § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB ausdrücklich um „geschlechtsspezifische“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Beweggründe zu ergänzen, wird zunächst auf den Allgemeinen Teil der Begründung verwiesen (dort unter I. 2. und II. 2.).

Wie dort erläutert, dient diese Ergänzung zunächst der Verdeutlichung und Bekräftigung der bereits jetzt geltenden Rechtslage, wonach Hass gegen Frauen und LSBTI-Personen als Tatmotiv unter die Formulierung der „sonst menschenverachtenden“ Beweggründe fällt und so bei der Strafzumessung grundsätzlich strafscharfend zu berücksichtigen ist.

Zum anderen soll der Begriff „geschlechtsspezifisch“ nicht nur die unmittelbar auf gruppenbezogenen Hass gegen Menschen eines bestimmten Geschlechts beruhende Beweggründe erfassen, sondern auch die Fälle einbeziehen, in denen die Tat handlungsleitend von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit geprägt ist.

Eine solche Motivlage ist namentlich dann zu bejahen, wenn die Beweggründe des Täters dadurch geprägt sind, dass er Frauen nicht dasselbe Selbstbestimmungsrecht zugesteht wie Männern, und etwa die gegen den aktuellen oder früheren Partner ausgeübte Gewalt Ausdruck eines patriarchalischen Herrschafts- und Besitzanspruches gegenüber dem Opfer ist. Damit erfasst der Begriff der „geschlechtsspezifischen“ Beweggründe nicht nur die Fälle gruppenbezogener Hassmotive im engeren Sinne, bei denen sich die Tat als symbolischer, stellvertretender Akt gegen das durch das Opfer mit seiner Gruppenzugehörigkeit symbolisierte Anderssein richtet und etwa in einem „Hass auf alle Frauen“ zum Ausdruck kommen kann (vgl. Bundestagsdrucksachen 18/3007, S. 15 und 19/17741, S. 19). Vielmehr werden auch die Fälle erfasst, in denen der Täter aus einer häufig patriarchal geprägten Einstellung eine dominante Haltung gegenüber der Ehefrau, der Lebenspartnerin oder auch einer Familienangehörigen (zum Beispiel der bereits erwachsenen Tochter) entwickelt, die die Beziehung in ein Macht- und Unterwerfungsverhältnis überführt und damit den anderen nicht mehr als Gleichen und auch in Konflikten in seiner Würde zu respektierenden Partner ansieht; aber auch so motivierte Taten sind im Kern Hassstaten (so ausdrücklich Zabel, JZ 2021, 1035, 1038 unter Verweis auf Russell, in: PATH, InterCambios, MRC & WHO [Hrsg.], Strengthening Understanding of Femicide: Using research to galvanize action and accountability, 2009, S. 26, 27, 31).

Die in der Tatmotivation zum Ausdruck kommende Vorstellung von geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit spiegelt sich auch in den auf internationaler Ebene verabschiedeten oder geplanten Umschreibungen von „geschlechtsspezifischer“ Gewalt gegen Frauen wider (vgl. Artikel 3 Buchstaben a und c der Istanbul-Konvention und deren Präambel: Gewalt als eine Form der Beherrschung und Diskriminierung der Frau, die gegen eine Frau gerichtet ist, weil sie eine Frau ist; ganz ähnlich Artikel 4 Buchstabe a und Erwägungsgrund 7 des Entwurfs einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt vom 8. März 2022, COM(2022) 105 final). Nach

den Arbeiten einer vom Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz beauftragten Arbeitsgruppe, die – unter anderem zum Zwecke der statistischen Erfassung – die Möglichkeiten für eine bundeseinheitliche Definition von geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichteten Straftaten prüft, wird ebenfalls erwogen, darauf abzustellen, dass die Motivation des Täters im weiblichen Geschlecht des Opfers begründet liegt und dessen Tat von einer ablehnenden Einstellung zur Gleichstellung und Gleichberechtigung geprägt ist.

Die Hervorhebung des Merkmals der geschlechtsspezifischen Beweggründe ist damit als Hinweis an die Rechtspraxis zu verstehen, eine entsprechende Motivationslage namentlich bei Straftaten zu Lasten von Frauen, auch bei Beziehungstaten, stärker zu berücksichtigen.

Praktische Bedeutung kommt dem vor allem im Bereich der Sexualdelikte zu, wo eine Nähebeziehung zwischen Täter und Opfer von der Rechtspraxis häufig als Grund gegen eine Strafschärfung, nicht selten sogar als Grund für eine Strafmilderung angesehen wird (siehe im Allgemeinen Teil unter I. 2.). Durch die ausdrückliche Erwähnung „geschlechtsspezifischer“ Beweggründe soll auch insoweit betont werden, dass eine von Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit bestimmte Tatmotivation grundsätzlich als strafschärfender Umstand in die nach § 46 Absatz 2 Satz 1 StGB durchzuführende Gesamtabwägung der für und gegen den Täter sprechenden Umstände einzustellen ist. Sie soll zum anderen verdeutlichen, dass eine solche Tatmotivation es in der Regel auch verbietet, ein Näheverhältnis zwischen Täter und Opfer – anders als bei anderen Delikten – strafmildernd zu berücksichtigen (so zumindest im Ansatz, wenn auch zu eng, die Rechtsprechung des BGH, wonach das Vertrauensverhältnis nicht strafmildernd berücksichtigt werden kann, wenn die Tat „Bestrafungscharakter“ hat oder der Täter sich nicht mit der Trennung vom Opfer abfinden will, vgl. die Nachweise im Allgemeinen Teil unter I. 2.). Ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot ist mit einer so verstandenen Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Beweggründe bei Sexualdelikten nicht verbunden. Denn eine Tatmotivation, die auf einer ablehnenden Einstellung des Täters zur Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung der Geschlechter beruht, geht über die tatbestandliche Missachtung des sexuellen Selbstbestimmungsrechtes des Opfers hinaus, das zum Beispiel auch bei gleichgeschlechtlich verübten Taten oder solchen zur ausschließlichen Befriedigung des Sexualtriebs verletzt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2000, 3 StR 370/00, bei juris Rn. 6; Beschluss vom 12. Dezember 1990, 3 StR 400/90, bei juris Rn. 6; Urteil vom 18. Oktober 1979, 4 StR 517/79, bei juris Rn. 17). Bei Beziehungstaten kommt hinzu, dass die Strafschärfung dann – wie schon bislang bei anderen Delikten auch – zumindest auch auf den damit verbundenen Vertrauensbruch und/oder die besonderen psychischen Folgen für das Opfer gestützt werden kann. Damit kann im Ergebnis auch im Bereich der Sexualdelikte die Vorgabe von Artikel 46 Buchstabe a der Istanbul-Konvention umgesetzt werden, wonach ein solches Näheverhältnis aufgrund des damit verbundenen Vertrauensbruches und/oder besonderer psychischer Folgen für das Opfer grundsätzlich strafschärfend berücksichtigt werden kann.

Bei vorsätzlichen Tötungsdelikten entscheidet die Bewertung des Motivs des Täters hingegen grundsätzlich darüber, ob die Tat als Totschlag nach § 212 StGB oder als Mord nach § 211 StGB zu werten ist. Handelt der Täter aus niedrigen Beweggründen und kommt auch keine Milderung namentlich nach § 21 StGB in Betracht, so ist die Rechtsfolge lebenslange Freiheitsstrafe; aufgrund dieser „Punktstrafe“ ist daher für eine Strafzumessung nach § 46 StGB und damit eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift grundsätzlich kein Raum (vgl. nur Fischer StGB, 69. Auflage 2022, § 211 StGB Rn. 99 ff.). Allerdings kann die ausdrückliche Einordnung von „geschlechtsspezifischen“ Beweggründen in § 46 StGB als „menschenverachtend“ unter Einschluss der Fälle, in denen die Tat handlungsleitend durch Vorstellungen geschlechtsbezogener Ungleichwertigkeit motiviert war, auch auf die Auslegung der Motivgeneralklausel des § 211 StGB ausstrahlen (vgl. Schneider, ZRP 2021, 183, 186, der Änderungen des § 46 StGB eine die gesamte Strafrechtsordnung umspannende Signalwirkung zuspricht). Gerade bei Trennungstötungen, in denen die Tat durch ein patriarchalisches Herrschafts- und Besitzdenken des Mannes gegenüber seiner trennungswilligen Frau oder Partnerin bestimmt wird (siehe im Allgemeinen Teil unter I. 2. Buchstabe a,

in der Literatur werden solche Trennungstötungen als ein Hauptanwendungsfall sogenannter „Femizide“ genannt, vgl. Zabel, JZ 2021, 1035, 1038; Schneider ZRP 2021, 193), wird eine in diesem Sinne „geschlechtsspezifische“ und damit ausweislich des § 46 StGB-E menschenverachtende Tatmotivation Anlass für die Rechtsanwendungspraxis sein, das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes im Sinne des § 211 StGB noch ernsthafter als bisher in Erwägung zu ziehen, und zwar auch dann, wenn die Tat durch einen in Deutschland sozialisierten Täter begangen wurde (siehe erneut im Allgemeinen Teil unter I. 2. Buchstabe a).

Darüber hinaus umfassen „geschlechtsspezifische“ Beweggründe auch solche Motive, die sich gegen die trans- oder intergeschlechtliche Identität oder die (sonstige) nicht-binäre Geschlechtsidentität des Opfers richten. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits für Artikel 3 Absatz 3 des Grundgesetzes betont, dass der dortige Begriff „Geschlecht“ auch ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich erfasst und damit auch für Fälle der Inter- geschlechtlichkeit gilt (Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16, bei juris Rn. 58 ff.), und weiter ausgeführt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union den Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung schon 1996 auf transgeschlechtliche Personen erstreckt hat (BVerfG, a. a. O. Rn. 63; EuGH, Urteil vom 30. April 1996, Rs. C-13/94, bezogen auf das Diskriminierungsverbot wegen des „Geschlechts“ gemäß Richtlinie 76/207/EWG). Daher erscheint eine Subsumtion dieser – teilweise auch unter den Begriff der „geschlechtlichen“ oder auch „sexuellen Identität“ gefassten – Fallkonstellationen unter den Begriff der „geschlechtsspezifischen“ Beweggründe ohne weiteres möglich, zumal das Adjektiv „geschlechtsspezifisch“ gerade im Hinblick auf transgeschlechtliche Menschen sogar noch leichter ein weites, sowohl das biologische als auch des empfundene Geschlecht erfassendes Verständnis ermöglichen dürfte als ein allein auf „das Geschlecht“ des Opfers bezogenes Motiv.

Aufgrund dieses weiten Verständnisses des Begriffs „geschlechtsspezifisch“ kann zur Erfassung der sonstigen gegen LSBTI-Personen gerichteten Motive auf das Merkmal der „sexuellen Orientierung“ zurückgegriffen werden. Es stellt auf die Beziehungsebene ab und erfasst alle Formen der Präferenz bei der Wahl eines Sexualpartners und damit – im Hinblick auf mögliche Hassmotive – namentlich auf Beweggründe, die sich gegen die Homo-, Bi-, Pan- oder auch Asexualität des Opfers richten. Der Begriff ist als Synonym zu dem Begriff der sexuellen „Ausrichtung“ zu verstehen, wie er zum Beispiel in der deutschen Übersetzung von Artikel 1 der Richtlinie 2000/78/EG (im Englischen und Französischen: „orientation“) verwandt wird. „Sexuelle Orientierung“ formulieren auch bereits der am 22. September 2021 in Kraft getretene § 192a StGB und die beiden amtlichen Begründungen zu den letzten Änderungen des § 46 StGB (Bundestagsdrucksachen 19/17741, S. 19 und 18/3007, S. 15; ebenso der am 1. Januar 2023 in Kraft tretende § 2 Absatz 2 Nummer 7 des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes vom 16. Juli 2021, BGBl. I S. 2959).

Die im Koalitionsvertrag 2021 – 2025 von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP vorgesehene Formulierung, nur „homosexuellenfeindliche“ Beweggründe explizit in § 46 Absatz 2 StGB aufzunehmen, erscheint aus den vorstehend genannten Gründen als zu eng.

### **Zu Nummer 3 (Änderung von § 56c StGB)**

Der Katalog des § 56c Absatz 2 StGB wird ausdrücklich um die Weisung ergänzt, „sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung)“. Zu den Gründen für diese Erweiterung und ihren wesentlichen Inhalt, insbesondere der grundsätzlich entbehrlichen Einwilligung, wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 3 Buchstabe a und II. 3 Buchstabe a verwiesen.

Im Übrigen kann für die konkreten Anforderungen an eine solche Therapieweisung auf Rechtsprechung und Literatur zum geltenden § 56b sowie ergänzend § 68b Absatz 2 Satz 2 StGB verwiesen werden (mit hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Weisung vgl.

etwa OLG Hamm, Beschluss vom 6. Mai 2021, 4 Ws 77-78/21, bei juris Rn. 20; KG, Beschluss vom 30. Oktober 2020, 5 Ws 198-199/20, bei juris Rn. 7 ff., [beide fordern Angaben zur Art und zur stationären oder ambulanten Durchführung der Behandlung, zur Therapieeinrichtung oder zum Therapeuten, zur Dauer der Therapie und zur Art und Häufigkeit der Termine]; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21. Mai 2014, 4 Ws 158/14, bei juris Rn. 8 ff. [dort auch zur Möglichkeit einer abgestuften Weisung, um zunächst die Rahmenbedingungen für die eigentliche Therapie festzustellen]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. August 2008, 3 Ws 765/08, bei juris Rn. 8; Beschluss vom 7. Mai 2003, 3 Ws 528/03, bei juris Rn. 4; Matt/Renzikowski-Bußmann, StGB, 2. Auflage 2020, § 56c Rn. 17; großzügiger OLG Hamm, Beschluss vom 16. Juli 2007, 3 Ws 436/07, bei juris Rn. 7; OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Dezember 2015, 2 Ws 660/15, bei juris Rn. 22 und OLG Hamm, Beschluss vom 18. Januar 2000, 2 Ws 12/00, bei juris Rn. 4 [beide zu § 68b Absatz 2 Satz 2 StGB]; LK-Hubrath, StGB, 13. Auflage 2020, § 56c Rn. 19; MüKo-Groß/Kett-Straub, StGB, 4. Auflage 2020, § 56c Rn. 42; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 68b Rn. 24, enger aber bei § 56c Rn. 11; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Ostendorf, StGB, 5. Auflage 2017; MüKo-Groß/Ruderich, StGB, 4. Auflage 2020, § 68b Rn. 27).

#### **Zu Nummer 4 (Änderung von § 59a StGB)**

#### **Zu Buchstabe a (§ 59a Absatz 2 Satz 1 StGB-E)**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa (§ 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E)**

Der Auflagen- und Weisungskatalog des § 59a Absatz 2 Satz 1 StGB wird um die Möglichkeit erweitert, die verwarnte Person anzuweisen, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Zu den Gründen für diese Ergänzung und den Verzicht auf eine stundenmäßige Beschränkung dieser Anordnung wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 3. Buchstabe b und II. 3. Buchstabe b verwiesen. Es handelt sich primär, wie bei § 56b Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB und § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 StPO, um eine Auflage, die der Genugtuung dient; die neutrale Formulierung „anweisen“ schließt es aber auch hier nicht aus, eine entsprechende Anordnung auch aus spezialpräventiven Gründen zu treffen (vgl. auch insoweit die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 3. Buchstabe b und II. 3. Buchstabe b).

Zum Inhalt des Begriffs „sonst gemeinnützige Leistungen“ kann auf die entsprechenden Formulierungen in § 56b Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB und § 153a Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StPO verwiesen werden. Danach ist insbesondere an die Erbringung gemeinnütziger, also der Allgemeinheit zugutekommender Arbeit bei einer Gemeinde oder einer nicht-gewerblichen Institution zu denken, zum Beispiel die Verrichtung unentgeltlicher handwerklicher Arbeiten oder von Hilfsdiensten, etwa in einem Krankenhaus oder einer Schule oder bei einem Sportverein, während finanzielle Leistungen, wie das Wort „sonst“ im Verhältnis zu § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB zeigt, nicht darunter fallen (MüKo-Groß/Kett-Staub, StGB, 4. Auflage 2022, § 56b Rn. 22).

Trotz des Verzichts auf eine explizite Begrenzung der Anzahl der möglichen Arbeitsstunden dürften allerdings auch bei einer Anweisung nach § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E an die Lebensführung der verwarnten Person keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden und darf diese nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der begangenen Tat stehen (vgl. § 59a Absatz 2 Satz 2 StGB-E, siehe nachfolgend zu Buchstabe d). Ähnlich wie bei § 56b Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB wird sich daher die Höchstzahl der zu leistenden Stunden an der maximal möglichen Geldstrafe (hier: 180 Tagessätze) zu orientieren haben (zur entsprechenden Begrenzung auf 360 Tagessätze bei § 56b Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB vgl. Dölling/Duttge/Rössner-Braasch, Gesamtes Strafrecht, 5. Auflage 2022, § 56b StGB Rn. 8; MüKo-Groß/Kett-Staub, StGB, 4. Auflage 2022, § 56b Rn. 24).

Die Anordnung verstößt nicht gegen das Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit nach Artikel 12 Absatz 2 und 3 des Grundgesetzes (vgl. zu § 56b Absatz 2 Nummer 3 StGB

BVerfG, Beschluss vom 14. November 1990, 2 BvR 1462/87, Müko-Groß/Kett-Straub, a. a. O., Rn. 23 mit weiteren Nachweisen). Wie bei § 56b Absatz 2 Nummer 3 StGB muss die Auflage zur Erbringung gemeinnütziger Arbeit aber hinreichend bestimmt sein, insbesondere muss das Gericht zumindest die Art und den Umfang der geforderten Arbeitsleistung sowie den Zeitraum, innerhalb dessen diese zu erbringen ist, festlegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. September 2015, 2 BvR 2343/14, bei juris Rn. 22; Müko-Groß/Kett-Straub, a. a. O., Rn. 24, wiederum mit weiteren Nachweisen).

Aus Bestimmtheitsgesichtspunkten schlägt der Entwurf auch nicht vor, anstelle der expliziten Nennung dieser Anweisung den Katalog des § 59a Absatz 2 Satz 1 StGB schlicht durch die Formulierung „namentlich“ oder „insbesondere“ zu öffnen, zumal auch in § 56b Absatz 2 Satz 1 StGB und § 153a Absatz 1 Satz 2 StPO, die solche Öffnungsklauseln enthalten, dennoch die Erbringung von „sonst gemeinnützigen Leistungen“ ausdrücklich als Auflage genannt wird. Dies entspricht auch dem Regelungsvorschlag im Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts von 2004 (vgl. Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 29).

### **Zu Doppelbuchstabe bb (§ 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 5 StGB-E)**

Die Neuregelung dient der Klarstellung, dass die Anweisung, sich einer ambulanten Heilbehandlung zu unterziehen, auch eine Therapieweisung umfasst, also die Anweisung, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen. § 246a Absatz 2 StPO setzt diese Möglichkeit bereits voraus, ohne dass dies in § 59a Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 StGB bislang ausdrücklich bestimmt ist. Im Übrigen wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 3. Buchstabe a und II. 3. Buchstabe a verwiesen.

### **Zu Doppelbuchstabe cc (§ 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 6 und 7 StGB-E)**

Die Neunummerierung ist eine Folgeänderung zur Einfügung der neuen Nummer 4 in § 59a Absatz 2 Satz 1 StGB-E (siehe vorstehend zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa).

### **Zu Buchstabe b (§ 59a Absatz 2 Satz 2 StGB-E)**

Der in § 59a Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 2 StGB ausdrücklich betonte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist auch auf die Ergänzungen des Katalogs der Auflagen und Weisungen (siehe vorstehend zu Buchstaben a Doppelbuchstaben aa und bb) zu erstrecken, insbesondere auf die neue Auflage, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen.

### **Zu Nummer 5 (Änderung von § 64 StGB)**

#### **Zu Buchstabe a (§ 64 Satz 1 StGB-E)**

Die Einführung gesetzlicher Anforderungen an das Vorliegen eines „Hangs“ in § 64 Satz 1 Halbsatz 2 StGB-E beschränkt diese bislang weit ausgelegte Anordnungsvoraussetzung stärker auf Fälle, in denen die angeklagte Person tatsächlich der Behandlung in einer Entziehungsanstalt bedarf (vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe a). Die engere Bindung der Maßregelverordnung an die Behandlungsbedürftigkeit trägt dazu bei, die Ressourcen des Maßregelvollzugs zielgenauer zu nutzen, und entspricht verfassungsgerichtlichen Anforderungen, wonach die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur für Fälle vorgesehen werden darf, in denen eine positive Prognose darüber getroffen werden kann, dass durch eine Behandlung des Täters ein Schutz der Allgemeinheit vor Wiederholungstaten erreicht werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90 u. a., juris).

Das neue gesetzliche Merkmal „Substanzkonsumstörung“, das für das Vorliegen eines Hangs konstitutiv ist, begrenzt ihn auf bestimmte medizinisch definierte Kategorien schwererer – und deshalb behandlungsbedürftiger – Formen des übermäßigen Konsums berauschender Mittel, ohne dass diese Kategorien in das Gesetz übernommen werden (vgl. auch

hierzu im Einzelnen die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4.). Erfasst werden substanzbezogene Abhängigkeitserkrankungen (ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .2: „Abhängigkeitssyndrom“) und schwere Formen des „Schädlichen Gebrauchs“ (ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .1: „Schädlicher Gebrauch“) bzw. – nach der Terminologie des ICD-11 – Fälle eines „Schädlichen Gebrauchsmusters“ (ICD-11 6C40 ff., Erweiterung .1: „Harmful pattern of use“, z. B. 6C40.1: Harmful pattern of use of alcohol“). Bei einem „einfachen“ „Schädlichen Gebrauch“, auch wenn dieser unter ICD-10-GM F10 bis F19, Erweiterung .1 fällt, oder einem „Vorübergehenden schädlichen Gebrauch“ (ICD-11 6C40 ff., Erweiterung .0, z.B. 6C40.0 „Episode of harmful use of alcohol“) soll dagegen eine Unterbringung nicht (mehr) möglich sein.

Darüber hinaus setzt die Feststellung eines Hangs voraus, dass sich die Behandlungsbedürftigkeit der Substanzkonsumstörung in einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung mindestens eines von mehreren Bereichen der Lebensführung manifestiert hat (vgl. hierzu ebenfalls im Einzelnen die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4.). Die störungsbedingte Beeinträchtigung bedarf selbständiger Feststellung im Urteil. Damit werden äußere, überprüfbare Veränderungen in der Lebensführung des Angeklagten maßgeblich für die Unterbringungsanordnung. Vorausgesetzt wird eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung, die allerdings nicht die gesamte Lebensführung, sondern lediglich einen von mehreren abgegrenzten Bereichen betrifft. Hiermit wird einerseits die Unterbringung insbesondere auch im Bereich des „Schädlichen Gebrauchs“ auf schwerere, behandlungsbedürftige Fälle beschränkt, ist aber andererseits auch möglich, wenn der Angeklagte trotz einer behandlungsbedürftigen Konsumstörung seine psychosoziale Funktionsfähigkeit in einigen Lebensbereichen aufrechterhalten hat.

Schließlich wird ein kausaler Zusammenhang zwischen Substanzkonsumstörung und Beeinträchtigung vorausgesetzt, d. h. die Störung muss Ursache der Beeinträchtigung sein (siehe bereits die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe a).

Eine Unterbringung nach § 64 StGB setzt das Bestehen eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen „Hang“ und Anlasstat voraus. Die Tat muss demnach auf den „Hang“ zurückgehen. Die Alternative, dass die Tat im Rausch begangen worden ist, ist demgegenüber lediglich ein Unterfall (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Februar 2016, 3 StR 6/16, bei juris Rn. 4) und kann daher entfallen.

Durch die Ergänzung des Wortes „überwiegend“ soll nunmehr gesetzlich konkretisiert werden, unter welchen Voraussetzungen ein kausaler Zusammenhang zwischen „Hang“ und „Anlasstat“ angenommen werden kann. Nur für den Fall, dass die rechtswidrige Tat überwiegend auf den Hang der Person, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, zurückgeht, ist ein solcher künftig anzunehmen.

„Überwiegend“ ursächlich ist der „Hang“ für die „Anlasstat“, wenn dieser mehr als andere Umstände für die Begehung der Tat ausschlaggebend war (vgl. ergänzend hierzu ausführlich die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe b). Die Mitursächlichkeit des Hangs für die Tat ist für die Annahme der Kausalität also nur noch dann ausreichend, wenn sie quantitativ andere Ursachen überwiegt. Eine Mitursächlichkeit des „Hangs“ für die „Anlasstat“ unterhalb dieser Schwelle reicht für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht mehr aus.

Das Vorliegen dieses Kausalzusammenhangs ist durch das Tatgericht – ggf. unter sachverständiger Beratung – positiv festzustellen.

#### **Zu Buchstabe b (§ 64 Satz 2 StGB-E)**

Durch die Änderung des § 64 Satz 2 StGB wird die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auf diejenigen Fälle begrenzt, in denen das Erreichen des Unterbringungsziels „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten“ ist. In Anlehnung an vergleichbare Regelungen im Strafgesetzbuch, etwa in § 63 Satz 1 StGB, ist für eine solche

Erwartung eine „Wahrscheinlichkeit höheren Grades“ erforderlich (vgl. zu § 63 StGB etwa BGH, Beschluss vom 2. März 2021, 4 StR 543/20, bei juris Rn. 16; ferner Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 63 Rn. 35 mit weiteren Nachweisen). Gegenüber der bisher – in Gestalt der „hinreichend konkreten Aussicht“ – verwendeten Formulierung, für die eine durch Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolges verlangt wird (siehe BGH, Beschluss vom 14. August 2019, 4 StR 147/19, bei juris Rn. 3; Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 13; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 64 Rn. 14), werden damit die Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose moderat angehoben (zum Hintergrund siehe die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe c mit I. 4. Buchstabe c).

Dass die günstige Behandlungsprognose auf entsprechenden tatsächlichen Anhaltspunkten basieren muss, entspricht bereits der Auslegung im geltenden Recht (vgl. Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 64 Rn. 14 mit weiteren Nachweisen). Gleichwohl soll eine solche Regelung bereits in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden, um die Bedeutung einer tatsächlichen Fundierung und damit auch die Notwendigkeit einer entsprechenden Sachverhaltsermittlung und -feststellung klarstellend hervorzuheben. Dabei bleibt es dabei, dass die Beurteilung der Erfolgsaussicht im Rahmen einer richterlichen Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgebenden Umstände vorzunehmen ist. Im Urteil ist jedenfalls in Fällen, in denen sich dies angesichts der Feststellungen nicht von selbst versteht, näher darzulegen, welche konkret zu benennende Anhaltspunkte sich dafür finden lassen, dass es innerhalb des nach § 64 Satz 2 StGB maßgeblichen Zeitraums nicht mehr zur Begehung hangbedingter, erheblicher rechtswidriger Taten kommen wird.

Für die Gesamtwürdigung sind namentlich Behandlungsfähigkeit und Behandlungsbereitschaft des Angeklagten in den Blick zu nehmen. Es geht damit in erster Linie um in der Person und Persönlichkeit des Täters liegende Umstände, insbesondere solche, die seine Sucht und deren Behandlungsfähigkeit unmittelbar kennzeichnen – also vor allem Art und Stadium der Sucht, bereits eingetretene physische und psychische Veränderungen und Schädigungen, frühere Therapieversuche sowie eine aktuelle Therapiebereitschaft.

Die Anhebung der Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose führt dazu, dass im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt häufiger als bisher ausscheiden wird:

- Das kann etwa Fälle betreffen, in denen der Angeklagte eine Behandlung nachdrücklich ablehnt und nicht zu erwarten steht, dass der Angeklagte sich im Maßregelvollzug nach einer gewissen Anpassungszeit der Notwendigkeit der Behandlung öffnen und an ihr mitwirken wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994, 2 BvL 3/90 u. a., bei juris Rn. 86). Denn ohne die Mitarbeit der untergebrachten Person ist eine erfolgversprechende Therapie regelmäßig nicht durchführbar. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung sind dabei auch die Gründe und Wurzeln des Motivationsmangels festzustellen (BGH, Beschluss vom 3. Juli 2012, 5 StR 313/12, juris; MüKo-van Gemeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 67). So wird eine Anordnung regelmäßig nicht in Betracht kommen, wenn die Therapieablehnung infolge krimineller Identifikation erfolgt (vgl. NK-Pollähne, StGB, 5. Auflage 2017, § 64 Rn. 58; Kammeier/Pollähne-Trenckmann, Maßregelvollzugsrecht, 4. Auflage 2018, L.215).
- Andererseits kann auch aus einer ausdrücklich erklärten Therapiebereitschaft noch nicht ohne Weiteres auf die nach § 64 Satz 2 StGB erforderliche Erwartung erfolgreicher Behandlung geschlossen werden. Das gilt insbesondere, wenn zugleich gewichtige ungünstige Umstände vorliegen. Solche Umstände sind etwa gegeben, wenn der Angeklagte bereits mehrere Therapien abgebrochen oder sie zwar durchgestanden hat, aber immer wieder rückfällig geworden ist, wenn ein verfestigter und langjähriger Rauschmittelkonsum vorliegt oder eine ausgeprägte zusätzliche Persönlichkeitsstörung, die die Suchtproblematik eher in den Hintergrund stellt, sowie wenn in der Person

des Angeklagten eine kaum änderbare defizitäre Kränkungs- und Frustrationstoleranz sowie eine fehlende Reflexions- und Introspektionsfähigkeit oder -bereitschaft gegeben ist (vgl. Kammeier/Pollähne-Trenckmann, Maßregelvollzugsrecht, 4. Auflage 2018, L.215; MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 65; NK-Pollähne, StGB, 5. Auflage 2017, § 64 Rn. 58; Schönke/Schröder-Kinzig, StGB, 30. Auflage 2019, § 64 Rn. 16). Auch der Umstand, dass der Angeklagte vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann als ungünstiger Umstand Berücksichtigung finden (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2008, 5 StR 472/08, juris; Beschluss vom 13. Februar 2010, 5 StR 493/09, juris; Beschluss vom 7. Mai 2019, 1 StR 150/19, bei juris Rn. 12 f.). Denn ein derartiger Status beim Angeklagten kann sich nicht selten als therapeutisches Hemmnis für eine erfolgreiche Behandlung erweisen, insbesondere, weil er die Auseinandersetzung mit der eigentlichen persönlichen Suchtproblematik überlagern würde und der für einen Therapieerfolg notwendigen Erprobung durch Gewährung von Lockerungen und Schaffung eines geeigneten sozialen Empfangsraums durch Entlassung in stabilen Wohn- und Arbeitsverhältnissen entgegensteht.

- Zu nennen sind ferner die Fälle mangelnder Sprachkenntnisse oder unzureichender Sprachkompetenzen: Die Erwartung erfolgreicher Behandlung wird in der Regel dann nicht berechtigt sein, wenn der Angeklagte nicht über die für die Behandlung in der Entziehungsanstalt erforderlichen Sprachkenntnisse verfügt (anders noch Bundestagsdrucksache 16/5137, S. 10). Notwendige Sprachkompetenzen können auch aufgrund erheblicher intellektueller Defizite, wie etwa Minderbegabung, hirngorganischer Störungen oder Schädigungen, fehlen (vgl. BGH, Beschluss von 4. Dezember 2018, 4 StR 509/18, bei juris Rn. 4; MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 68). Die Therapie in der Entziehungsanstalt ist eine primär verbale, sprachbasierte Therapie, bestehend (insbesondere) aus diversen Einzel- und Gruppen-Psychotherapien. Die Aufarbeitung der eigenen Lebensgeschichte, des Suchtmittelkonsums und dessen Ursachen sowie der Zusammenhänge zwischen Sucht und Delinquenz sowie die Erarbeitung von rückfallprophylaktischen Strategien, der Erwerb von Fähigkeiten sowie ggf. die Bearbeitung von Suchtmittelrückfällen stellen das Kernstück der Therapie im Maßregelvollzug nach § 64 StGB dar. Die Behandlung kann daher nur dann erfolversprechend sein, wenn eine echte, d. h. therapeutisch sinnvolle, Kommunikation zwischen Therapeut(in) und Patient(in) möglich ist (so auch MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 71; Kammeier/Pollähne-Trenckmann, Maßregelvollzugsrecht, 4. Auflage 2018, L.200 f.; Patzak/Volkmer-Volkmer, BtMG, 10. Auflage 2022, § 35 Rn. 519), zumal es bei Sprachbarrieren äußerst schwierig sein kann, Nuancen und Affekte wahrzunehmen bzw. diese zum Ausdruck zu bringen. Zwar werden bereits Deutschkurse in den forensischen Kliniken angeboten. Verfügt eine untergebrachte Person jedoch über keine hinreichenden Sprachkenntnisse, ist während der Zeit des Spracherwerbs eine qualifizierte Therapie nicht möglich, und es bleibt ungewiss, ob die Bemühungen um den Spracherwerb letztlich von Erfolg gekrönt sein werden (insoweit kritisch auch BGH, Beschluss vom 23. November 2021, 2 StR 380/21, bei juris Rn. 12 ff., bei einem Täter mit nur rudimentärer Schulausbildung). Auch wird der Einsatz von Dolmetschern oder fremdsprachigen Therapeuten in den Einrichtungen als weitestgehend unpraktikabel – wenn nicht gar unrealistisch – erachtet (vgl. MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2020, § 64 Rn. 71, und auf diesen Bezug nehmend Kammeier/Pollähne, Maßregelvollzugsrecht, 4. Auflage 2018, L 201; Walther, JR 2020, 296, 303; Korn, JR 2015, 411, 412; kritisch auch Kaspar, R&P 2021, 156, 157 und Lutz/Titze/Streb/Dudeck, R&P 2021, 133; zu weitgehend daher BGH, Beschluss vom 8. Juni 2021, 2 StR 91/21, bei juris Rn. 8 f.); insbesondere könne in Gruppentherapie-Stunden nicht für jede Muttersprache ein Dolmetscher oder gar ein diese Sprache beherrschender Therapeut zur Verfügung stehen, obgleich Psychotherapie sinnvollerweise in der Muttersprache durchzuführen wäre, um die Wahrnehmungen und Gedanken möglichst treffend zu benennen. Auch im Bereich der individuellen Psychotherapie gestaltet sich der Einsatz von Dolmetschern nach den Praxisberichten der in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der obersten Landesgesundheitsbehörden wegen des Hinzutretens einer dritten

Person in eine von besonderem Vertrauen geprägte therapeutische Beziehung äußerst schwierig. Die auch bei „freiwilligen“ Therapiebeziehungen auftretenden Probleme, wie z. B. Fragen der Schweigepflicht, die Problematik der Kultursensibilität sowie die erforderliche Kontinuität der dolmetschenden Person und deren intensive Begleitung, erweisen sich in der forensischen Praxis unter Berücksichtigung der häufig erst zu weckenden Therapiemotivation häufig als kaum lösbar. Dabei zeigt eine aktuelle Studie, dass gerade bei Unterbringungen nach § 64 StGB der Anteil der Personen mit geringen Sprachkenntnissen (Sprachniveau A, insbesondere A 1, nach dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen) höher ist als bei Unterbringungen nach § 63 StGB und auch nach sieben Monaten der Unterbringung bei diesem Ausgangsniveau keine signifikante Verbesserung der Sprachkenntnisse feststellbar war (Titze/Lutz/Franke/Streb/Dudeck, R&P 2021, 140, 143 f., für den bayerischen Maßregelvollzug). Etwaige Defizite in diesem Bereich stehen der Erwartung erfolgreicher Behandlung daher regelmäßig nur dann nicht entgegen, wenn aufgrund in der Person liegender, feststellbarer Umstände (Motivation, Lernfähigkeit, Vorkenntnisse) sowie der außerhalb oder innerhalb der Einrichtungen zur Verfügung stehenden Angebote, etwa auch solcher in einem vorangehenden Strafvollzug, konkret zu erwarten ist, dass diese Defizite kurzfristig und in ausreichendem Maß behoben werden und dadurch das für die Therapiemaßnahmen erforderliche Kommunikationsniveau sichergestellt werden wird (in diese Richtungweisend bereits BGH, Beschluss vom 23. November 2021, 2 StR 380/21, bei juris Rn. 12 ff.). Mit Unterstützung des am Verfahren ohnehin beteiligten Sachverständigen (vgl. § 246a Absatz 1 Satz 2 StPO) ist dem Gericht auch eine Einschätzung dazu möglich, ob der Angeklagte über die für eine Behandlung in der Entziehungsanstalt erforderlichen Sprachkenntnisse und Sprachkompetenzen verfügt oder im Fall von Defiziten deren rechtzeitiger Erwerb zu erwarten ist.

Mangelnde Sprachkenntnisse stehen einer Anordnung auch dann nicht entgegen, wenn ausnahmsweise bereits abzusehen ist, dass eine Überstellung des Angeklagten in sein Heimatland zum Maßregelvollzug möglich ist und voraussichtlich auch vollzogen wird (vgl. auch MüKo-van Gemmeren, StGB, 4. Auflage 2022, § 64 Rn. 71 a. E.; in diesem Sinne nun auch BGH, Beschluss vom 25. Januar 2021, 3 StR 493/21, bei juris).

### **Zu Nummer 6 (Änderung von § 67 StGB)**

#### **Zu Buchstabe a (§ 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E)**

Über die Ergänzung in § 67 Absatz 2 Satz 3 StGB-E wird der in § 67 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 StGB-E neue „Regelzeitpunkt“ der Strafaussetzung zur Bewährung von zwei Dritteln der verhängten Strafe (vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe d sowie nachfolgend zu Buchstabe b) auch für die Berechnung des Vorwegvollzugs neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren maßgeblich. Hierdurch wird die Prognoseentscheidung der tatsächlichen Anwendungsrealität angepasst, in der Aussetzungen zum Halbstrafenzeitpunkt in der Regel gerade nicht erfolgen und ein zu kurzer Vorwegvollzug, der durch einen entsprechend längeren Maßregelvollzug ausgeglichen werden muss, vermieden (siehe auch insoweit die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe d).

Durch die explizite Bestimmung des Zweidrittelzeitpunkts als „in der Regel“ maßgeblicher Bezugspunkt für die Berechnung des Vorwegvollzugs wird klargestellt, dass das erkennende Gericht – ohne dies gesondert begründen zu müssen – grundsätzlich von diesem Zeitpunkt auszugehen hat. Gesondert begründen muss es hingegen, wenn es davon abweichend ausnahmsweise bei der Berechnung auf den Halbstrafenzeitpunkt abstellen will (zum ähnlichen Verhältnis von § 67 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 StGB vgl. MüKo-Maier, StGB, 4. Auflage 2020, § 67 Rn. 8). Denn eine solche Entscheidung erfordert, dass das erkennende Gericht schon im Urteilszeitpunkt ausnahmsweise die hinreichend konkrete Aussicht bejaht, dass aufgrund der Therapie eine Reststrafenaussetzung voraussichtlich bereits entsprechend § 57 Absatz 2 StGB möglich sein wird. Aufgrund der geschilderten

Praxis, in der Aussetzungen zum Halbstrafenzeitpunkt offenbar nur äußerst selten erfolgen, wird gerade eine darauf bezogene konkrete Erwartung bereits bei der Entscheidung des erkennenden Gerichts nur höchst selten zu bejahen sein. Erst recht darf das erkennende Gericht nicht „in dubio pro reo“ auf den Halbstrafenzeitpunkt abstellen.

### **Zu Buchstabe b (§ 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E)**

Mit der Neuregelung in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E erfolgt die Angleichung an den in § 57 Absatz 1 Satz 1 StGB normierten „Regelzeitpunkt“ der Strafaussetzung zur Bewährung von zwei Drittel der verhängten Strafe. Zusätzlich wird wie bei § 57 StGB ein richterliches Ermessen einräumt, wonach (ausnahmsweise) unter den Voraussetzungen des § 57 Absatz 2 StGB eine Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt möglich bleibt.

§ 67 Absatz 5 Satz 1 StGB räumt dem Verurteilten, bei dem eine Maßregel vor der Strafe oder dem Rest der Strafe vollzogen wird (das kann bei der Unterbringung nach § 63 StGB [psychiatrisches Krankenhaus] oder § 64 StGB [Entziehungsanstalt] der Fall sein, nicht aber bei der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB), bisher die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung regelmäßig bereits zum Halbstrafenzeitpunkt ein. Diese bisher bestehende Privilegierung gegenüber § 57 Absatz 1 Nummer 1 StGB (bei der Aussetzung des Strafrestes wird hier als Regelfall auf den Zweidrittelzeitpunkt abgestellt) wird aus den im Allgemeinen Teil erläuterten Gründen (dort unter I. 4. Buchstabe d und II. 4. Buchstabe d) aufgehoben.

Nach § 67 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 StGB-E setzt das Gericht die Vollstreckung des Strafrestes (der zeitigen Freiheitsstrafe) unter den Voraussetzungen des § 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3 und Satz 2 StGB nunmehr zur Bewährung aus, wenn zwei Drittel der Strafe erledigt sind.

Inhaltlich setzt eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes – zukünftig zum Zweidrittelzeitpunkt – also weiterhin voraus, dass dies unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann und die verurteilte Person einwilligt. Bei der Entscheidung sind die in § 57 Absatz 1 Satz 2 StGB genannten Umstände zu berücksichtigen. Dies wird mit der Ergänzung der Wörter „und Satz 2“ nunmehr ausdrücklich klargestellt.

Eine weitere Angleichung an die Vorgaben des § 57 Absatz 1 StGB besteht darin, dass die Aussetzung nicht im Ermessen des Gerichts steht, sondern beim Vorliegen der Voraussetzungen zu erfolgen hat („setzt“), auch wenn bereits zum geltenden Recht vertreten wird, dass sich bei Erreichen des Zweidrittelzeitpunkts das bislang in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB normierte Ermessen in der Regel zu einer Verpflichtung zur Aussetzung verdichtet, wenn die Voraussetzungen des § 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3 StGB vorliegen (vgl. LK-Peglau, StGB, 13. Auflage 2022, § 67 Rn. 54 mit Nachweisen).

Der Zweidrittelzeitpunkt ist erreicht, wenn zwei Drittel der Strafe erledigt sind, insbesondere aufgrund der Anrechnung von Zeiten des Maßregelvollzugs auf die Strafe nach § 67 Absatz 4 StGB.

Mit der Angleichung an § 57 StGB wird in § 67 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 2 StGB ein richterliches Ermessen eingeräumt, wonach (ausnahmsweise) unter den Voraussetzungen entsprechend § 57 Absatz 2 StGB eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrests schon nach Erledigung der Hälfte der (zeitigen) Begleitstrafe möglich ist.

Zu unterscheiden ist zwischen den Alternativen („oder“) der Nummer 1 („Erstverbüßer“) und der Nummer 2 (sonstige besondere Umstände). In beiden Fällen müssen die „übrigen Voraussetzungen“ des § 57 Absatz 1 StGB erfüllt sein. Die Mindestverbüßungszeit beträgt sechs Monate, die natürlich auch durch Anrechnung nach § 67 Absatz 4 StGB erledigt sein kann. Aufgrund der in der Regel deutlich längeren Dauer erfolgreicher Behandlungen (siehe

im Allgemeinen Teil unter I. 4. Buchstabe d Doppelbuchstabe bb (2)) wird diese zeitliche Vorgabe in der Praxis keine relevante Bedeutung haben.

Nach § 57 Absatz 2 Nummer 1 StGB ist Voraussetzung, dass die verurteilte Person erstmals eine Freiheitsstrafe verbüßt und diese zwei Jahre nicht übersteigt. Keine Bedeutung hat diese Alternative daher im Bereich des § 67 Absatz 2 Satz 2 StGB, wenn das Gericht einen Vorwegvollzug der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bestimmt, weil die zeitige Freiheitsstrafe über drei Jahre beträgt.

Nach § 57 Absatz 2 Nummer 2 StGB ist Voraussetzung, dass die Gesamtwürdigung von Tat, Persönlichkeit der verurteilten Person und ihrer Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass besondere Umstände vorliegen. Dabei handelt es sich um Milderungsgründe von besonderem Gewicht, die eine Strafaussetzung trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, nicht als unangebracht und als den vom Strafrecht geschützten Interessen nicht zuwiderlaufend erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 1982, 4 StR 666/81, bei juris Rn. 4). Die „Entwicklung während des Strafvollzugs“ wird sich im Anwendungsbereich von § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB-E vor allem auf die Entwicklung im Maßregelvollzug und den dort erreichten Therapieerfolg beziehen.

Durch die entsprechende Anwendung der Voraussetzungen von § 57 Absatz 2 StGB kann im Übrigen auf die Rechtsprechung zu § 57 Absatz 2 StGB und durch den dortigen Verweis auf die „übrigen Voraussetzungen“ des § 57 Absatz 1 StGB auch auf die dort entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden.

## **Zu Artikel 2 (Änderung der Strafprozessordnung)**

### **Zu Nummer 1 (Änderung von § 153a StPO)**

#### **Zu Buchstabe a (§ 153a Absatz 1 Satz 2 StPO-E)**

In Anlehnung an die Ergänzungen von § 56c Absatz 2 und § 59a Absatz 2 StGB-E (siehe Artikel 1 Nummer 3 und 4) wird auch der Katalog möglicher Weisungen in § 153a Absatz 1 Satz 2 StPO-E um eine neue Nummer 8 ergänzt, wonach die oder der Beschuldigte angewiesen werden kann, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen. Auch hier setzt § 246a Absatz 2 StPO diese Möglichkeit bereits voraus, ohne dass dies im Katalog des § 153a Absatz 1 Satz 2 StPO bislang ausdrücklich bestimmt ist.

Unverändert bleibt der in § 153a Absatz 1 Satz 8 StPO bereits enthaltene Verweis auf die entsprechende Anwendung von § 246a Absatz 2 StPO. Wie sich aus der weicheren Formulierung in dessen Absatz 2 („soll [...] vernommen werden“) im Verhältnis zu Absatz 1 („ist [...] zu vernehmen“) ergibt, ist die dort vorgesehene Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der Behandlungsbedürftigkeit indes nicht zwingend und sind Staatsanwaltschaft und Gericht nicht gehindert, das Verfahren auch ohne Anhörung eines Sachverständigen unter Erteilung einer Therapieweisung einzustellen (vgl. MüKo-Trüg/Habetha, StPO, 1. Auflage 2016, § 246a Rn. 17, 20; Löwe/Rosenberg-Becker, StPO, 27. Auflage 2019, § 246a, Rn. 19).

Im Übrigen wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 3. Buchstabe a und II. 3 Buchstabe a verwiesen.

#### **Zu Buchstabe b (§ 153a Absatz 1 Satz 3 StPO-E)**

Für die Durchführung einer psychiatrischen, psycho- oder sozialtherapeutischen Behandlung erscheint die längere Erfüllungsfrist von bis zu einem Jahr, wie sie bereits für die Nummern 4 und 6 in § 153a Absatz 1 Satz 3 StPO gesetzlich vorgesehen ist, angezeigt, zumal teilweise auch Wartezeiten bis zum Beginn einer Therapie zu berücksichtigen sind. Innerhalb dieser Höchstfrist obliegt die Festsetzung der konkreten Erfüllungsfrist im jeweiligen

Einzelfall der Staatsanwaltschaft (§ 153a Absatz 1 Satz 3 StPO), nach Anklagerhebung dem Gericht (§ 153a Absatz 2 Satz 2 StPO). Sofern ein Sachverständiger zur Beurteilung der Behandlungsbedürftigkeit hinzugezogen wurde (§ 153a Absatz 1 Satz 8 in Verbindung mit § 246a Absatz 2 StPO), werden dessen Ausführungen eine Hilfestellung bei der Bemessung der Frist darstellen. Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass die festgesetzte Frist nicht ausreicht, ist nach § 153a Absatz 1 Satz 4 StPO auch hier die Verlängerung um drei Monate möglich.

#### **Zu Nummer 2 (Änderung von § 246a Absatz 2 StPO)**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zur expliziten Nennung der Therapieweisung in § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 StPO-E und § 56c Absatz 2 Nummer 4 StGB-E (siehe zu Artikel 1 Nummer 3 und Artikel 2 Nummer 1) sowie zur Einfügung der neuen Nummer 4 in § 59a Absatz 2 Satz 1 StGB-E mit der Folge der Neunummerierung.

#### **Zu Nummer 3 (Änderung von § 459e Absatz 2 StPO)**

§ 459e Absatz 2 StPO soll um einen Satz ergänzt werden. Danach ist die verurteilte Person vor der Anordnung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe noch einmal ausdrücklich auf die Möglichkeiten der Ratenzahlung und der Abwendung der Vollstreckung durch freie Arbeit hinzuweisen, wobei dies entweder schriftlich oder mittels Einschaltung anderer geeigneter Stellen, insbesondere auch der Gerichtshilfe, geschehen kann (vgl. hierzu die Begründung zu Nummer 5). Zum Hintergrund und Zweck der Regelung wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 1. Buchstabe c und II. 1. vor Buchstabe a verwiesen.

#### **Zu Nummer 4 (Änderung von § 463 Absatz 6 Satz 3 Halbsatz 2 StPO)**

Zu Anlass und Inhalt des § 463 Absatz 6 Satz 3 Halbsatz 2 StPO-E wird auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 4. Buchstabe e und II. 4. Buchstabe e verwiesen.

Systematisch knüpft die Ergänzung an die Sonderregelung in § 463 Absatz 6 Satz 3 StPO an.

Der im neuen Halbsatz 2 enthaltene Verweis auf § 307 StPO insgesamt und damit auch auf dessen Absatz 2 verdeutlicht, dass es auch bei einer Erledigterklärung nach § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB dabei bleibt, dass von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung ausgesetzt werden kann; die verurteilte Person wird also durch die vorgesehene Klarstellung im Hinblick auf den Grundsatz der sofortigen Vollziehbarkeit der Entscheidung nicht rechtlos gestellt (siehe bereits im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe e).

Auf eine Erstreckung der Klarstellung auf Entscheidungen nach § 67d Absatz 6 Satz 1 bis 3 StGB wurde schon deshalb verzichtet, weil bei einer solchen Erledigterklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eine (Rück-)Verlegung in den Strafvollzug generell deutlich seltener vorkommt (2019 wurde überhaupt nur in 18 % der Anordnungen nach § 63 StGB eine Begleitstrafe verhängt, gegenüber über 97 % der Anordnungen nach § 64 StGB, vgl. Strafverfolgungsstatistik 2019, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, Seite 338; siehe auch bereits im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe d, Doppelbuchstabe ff) und sich daher die bei Unterbringungen nach § 64 StGB geschilderte Problematik gar nicht stellt. Insbesondere bei einer Erledigterklärung wegen einer ansonsten unverhältnismäßig langen Unterbringung wird eine (Rück-)Verlegung in den Strafvollzug fast nie erfolgen; eine Erledigung allein wegen Erfolglosigkeit der Behandlung sieht § 67d Absatz 6 Satz 1 bis 3 StGB nicht vor. Im Übrigen bleibt es dabei, dass mit dieser punktuellen Ergänzung zu § 67d Absatz 5 Satz 1 StGB keine generelle Überprüfung und Bewertung der Reichweite des § 307 Absatz 1 StPO verbunden sein soll (siehe auch hierzu bereits im Allgemeinen Teil unter II. 4. Buchstabe e).

### **Zu Nummer 5 (Änderung von § 463d StPO)**

Derzeit enthält § 463d StPO eine konkretisierende Regelung zur Einschaltung der Gerichtshilfe nur für den Fall des Widerrufs der Strafaussetzung zur Bewährung. Dieser Regelungsgehalt soll beibehalten und in den neuen Satz 2 Nummer 1 überführt werden.

Durch die neue Nummer 2 soll der Vollstreckungsbehörde ausdrücklich nahegelegt werden, die Gerichtshilfe auch vor der Entscheidung über die Anordnung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe einzuschalten, um die Bereitschaft der verurteilten Person zu Ratenzahlungen oder gemeinnützigen Arbeitsleistungen zu fördern und so die Anordnung oder Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe so weit wie möglich zu vermeiden. Die Einschaltung der Gerichtshilfe, mit der zugleich die Hinweispflicht des neuen § 459e Absatz 2 Satz 2 StPO-E erfüllt werden kann, soll aber im Ermessen der Vollstreckungsbehörde stehen und kann unterbleiben, etwa, wenn die verurteilte Person das Angebot von Zahlungserleichterungen oder der Ableistung freier Arbeit bereits endgültig abgelehnt hat oder wenn beispielsweise ein freier Träger die Beratung der verurteilten Person im Wege der aufsuchenden Sozialarbeit übernommen hat, wie dies derzeit bereits in einigen Ländern praktiziert wird. Im Übrigen wird zu Hintergrund und Zweck der Regelung auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil unter I. 1. Buchstabe c und II. 1. vor Buchstabe a verwiesen.

### **Zu Artikel 3 (Änderung des Wehrstrafgesetzes)**

Entsprechend der Neuregelung des Umrechnungsmaßstabs in § 43 Satz 2 StGB-E (siehe Artikel 1 Nummer 1) soll auch bei der Regelung der Ersatzfreiheitsstrafe in § 11 Satz 2 des Wehrstrafgesetzes (WStG) der Umrechnungsmaßstab zwischen Tagessatzzahl und Strafresttagen auf 2:1 umgestellt werden. Der Strafrest besteht nach § 9 Absatz 2 WStG in Freiheitsentziehung. Auch wenn er in der Regel so vollzogen wird, dass der Soldat am Tagesdienst teilnimmt und erst in seiner anschließenden Freizeit (einschließlich freien Tagen und Wochenende) in der Arrestzelle untergebracht wird (vgl. nur Erbs/Kohlhass-Dau, Strafrechtliche Nebengesetze, 238. Ergänzungslieferung September 2021, § 9 WStG Rn. 7), übersteigt auch hier das Übel der Freiheitsentziehung in der Regel die mit der Einbuße eines Tageseinkommens verbundenen Nachteile (in diesem Sinne schon Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 50, auch unter Hinweis auf die ähnliche Situation im offenen Vollzug). Zudem gebieten schon systematische Gründe diese Angleichung: Strafrest darf als Ersatzfreiheitsstrafe nach § 11 Satz 1 WStG nur festgesetzt werden, wenn Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen verhängt worden ist (dies entspricht auch der Höchstgrenze des Strafrestes nach § 9 Absatz 1 WStG von sechs Monaten). Wird eine Geldstrafe mit mehr als 180 Tagessätzen verhängt, bestimmt sich daher die Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 3 Absatz 1 WStG nach § 43 StGB (Erbs/Kohlhass-Dau, a. a. O., § 9 WStG Rn. 7). Ohne Anpassung des § 11 WStG würde damit für Geldstrafen bis 180 Tagessätzen ein anderer Maßstab (1:1) gelten als für Geldstrafen über 180 Tagessätze (2:1) und Geldstrafen über 180 Tagessätzen würden mit niedrigeren Ersatzfreiheitsstrafen belegt als Geldstrafen unter dieser Grenze.

### **Zu Artikel 4 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch)**

#### **Zu Nummer 1 (Änderung von Artikel 293 Absatz 3 EGStGB)**

Die Ergänzung von Artikel 293 Absatz 3 EGStGB ist eine Folgeänderung zur Erweiterung des Katalogs möglicher Auflagen und Weisungen in § 59a Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 StGB-E um die Anweisung, sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen (vgl. oben zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa). Damit sind, wie dies bereits für die Parallelregelungen in § 56b Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 StGB und § 153a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 StPO gilt, die arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben des Artikels 293 Absatz 2 EGStGB auch für diese Fälle gemeinnütziger Leistungen anwendbar. Sie führen in Verbindung mit § 139 Absatz 1 Satz 2 des Sozialgesetzbuches Drittes Buch (SGB III) insbesondere dazu, dass die gerichtlich angeordnete gemeinnützige Tätigkeit nicht zu einem Ausschluss von Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach dem SGB III mangels Verfügbarkeit führt

(vgl. näher Bundestagsdrucksache 13/4941, S. 237 f., 243, zur Vorgängerregelung in § 103 Absatz 4 des Arbeitsförderungsgesetzes).

### **Zu Nummer 2 (Einfügen von Artikel 316... EGStGB)**

Die Übergangsvorschrift sieht vor, dass bei Geldstrafen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtskräftig verhängt wurden, noch der alte Umrechnungsmaßstab von 1:1 nach § 43 StGB (und § 11 WStG) bei der Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe anwendbar bleibt. Sie dient der Klarstellung und soll vor allem praktische Probleme bei bereits laufenden Vollstreckungsverfahren vermeiden. Die Regelung vermeidet auch Ungleichbehandlungen, wenn mehrere Personen in derselben Sache gleichzeitig nach bisherigem Recht zu Geldstrafen verurteilt wurden, dann aber die Vollstreckungsverfahren unterschiedlich schnell abgewickelt werden. Indem der Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung als maßgeblich für die gegebenenfalls zu vollstreckende Ersatzfreiheitsstrafe erklärt wird, soll auch taktischen Vollstreckungsverzögerungen der verurteilten Person bis zum Inkrafttreten der Neuregelung vorgebeugt werden (vgl. bereits Bundestagsdrucksache 15/2725, S. 33).

Soweit in der Übergangsregelung eine Abweichung von § 2 Absatz 3 StGB zu sehen wäre (zu dessen Reichweite bei sonstigen, auch vollstreckungsrechtlichen Rechtsfolgen der Tat vgl. Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2019, § 2 Rn. 4 und LK-Dannecker/Schuh, StGB, 13. Auflage 2022, § 2 Rn. 30, § 1 Rn. 401 f.; zum Bewährungswiderruf vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 8.4.2008, 2 Ws 183/07, bei juris Rn. 13 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 16. Juni 1996, 2 Ws 222/96), wäre sie aus den genannten Gründen sachgerecht und auch verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. September 2008, 2 BvR 1817/08 bei juris Rn. 14, BGH GSSt 2/95 = BGHSt 42, 113, 120; Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2019, § 2 Rn. 14, Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 2 Rn. 12).

### **Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.