

angesichts der dort gewahrten Systematik bereits verbindlich definiert hat, was hinsichtlich der Anwendung von Betäubungsmitteln im öffentlichen Interesse liegt (*Wagner, PharmR 2008, 17, 22 f.*). Dessen ungeachtet erteilte die Bundesopiumstelle bis zum Jahr 2016 unter Beachtung der obergerichtlichen Entscheidung in Einzelfällen Erlaubnisse zum Erwerb von Cannabis (Medizinal-Cannabisblüten oder Cannabis-Extrakt) zur ärztlich begleiteten Selbsttherapie. Eine solche Erlaubnis berechtigte zu im einzelnen limitierten Bezügen des Medikaments unter Bindung des Patienten an einen bestimmten Arzt und eine bestimmte Apotheke. Diese erhielt eine präzise gefasste und mit der Erwerberlaubnis für den Patienten genau abgestimmte Einzelfallerlaubnis zur Herstellung des Präparates in bestimmter Darreichungsform (vgl. *Biermann, PharmZ 2007, Nr. 34*). Die Bundesopiumstelle wies ausdrücklich auf den Ausnahmeharakter einer solchen Einzelfallentscheidung hin (s.a. *DAZ 2007, 3926*). Daraus ergab sich natürlich auch, dass es einen freien Markt mit THC-Medikamenten nicht geben würde und jeglicher Umgang mit thc-haltigen Substanzen außerhalb einer für den Einzelfall erteilten Erlaubnis rechtswidrig – und weiterhin strafbar – war. Das gilt insbesondere auch für den Anbau von Cannabis (s. dazu Rdnr. 2.2 zu § 29). Parlamentarische Initiativen (BT-Drucks. 16/7285 und 16/9749), die auf eine allgemeine Freigabe von Cannabis für medizinische Zwecke zielten, wurden im Bundestag nach eingehender Expertenanhörung abgelehnt (vgl. BT-Drucks. 16/11305). Daran hat die Bundesregierung in Kenntnis des internationalen Stands der Wissenschaft und trotz der Praxis der Erteilung von Erlaubnissen im Einzelfall ausdrücklich festgehalten (BT-Drucks. 17/3810).

Das dargestellte Erlaubnisverfahren war für die Versorgung von Patientinnen und Patienten nicht dauerhaft geeignet. Zwischen 2005 und Anfang 2017 stieg die Anzahl der Inhaber einer Ausnahmeverlautnis zum Erwerb von Cannabis auf über 1000 an. Von einer Ausnahme konnte längst keine Rede mehr sein. Zudem klagten einzelne Patienten gegen die Bundesrepublik Deutschland, da Ihnen der Selbstanbau von Cannabis nicht erlaubt wurde, obwohl ihnen das Cannabis aus der Apotheke aufgrund der hohen Kosten und der fehlenden Kostenübernahme durch die Krankenkassen nicht tatsächlich zur Verfügung stand. Am 6. April 2016 verurteilte das BVerwG die Bundesrepublik Deutschland in Gestalt des BfArM dazu, einem Patienten die Erlaubnis zum Anbau zu erteilen (*BVerwG – 3 C 10.14*). Eine Entscheidung mit weitreichenden Konsequenzen. Die Verantwortung für die Therapie mit Cannabis und die Herstellung von Cannabis als Arzneimittel wurde nun also gänzlich in die Verantwortung des Patienten gelegt. Eine Entwicklung, mit der die Mehrzahl betroffener Patienten überfordert sein dürfte.

Mit dem am 10. März 2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften hat der Gesetzgeber hier Abhilfe geschaffen. Die Möglichkeiten zur Verordnung von Cannabisarzneimitteln wurden erweitert. Die Verantwortung für die Therapie mit Cannabisarzneimitteln wurde in die Hände von

Ärztinnen und Ärzten gelegt, da wo sie hingehört. Der Eigenanbau wurde somit überflüssig. Die Versorgung erfolgt – wie für andere Betäubungsmittel auch – über die Apotheken.

- 18 Die vorsätzliche, fahrlässige oder nur versuchte Teilnahme am Betäubungsmittelverkehr ohne die nach Absatz 1 Nr. 1 erforderliche Erlaubnis oder die Herstellung ausgenommener Zubereitungen ohne Erlaubnis nach Absatz 1 Nr. 2 werden, soweit keine Ausnahmen nach den §§ 4 und 26 gegeben sind, nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 als **Straftaten** verfolgt.

12). Die Rechtsprechung sollte sich aber hüten, allzu leicht über die Feststellung einer Aussichtslosigkeit der Behandlung therapeutischem Nihilismus Vorschub zu leisten und den Drogenabhängigen einen einleuchtenden Grund für die Fortsetzung des Drogenmissbrauchs zu liefern. Aussichtslosigkeit der Behandlung kann nicht mit dem Argument bejaht werden, der Täter sei „**physisch entwöhnt**“, eine weitere psychische Entwöhnung sei nicht vorgesehen (OLG Köln, NJW 1978, 2350). Ebensowenig ist aus einer **früheren, letztlich erfolglos gebliebenen Therapie** oder aus bloßen Entgiftungen auf mangelnde Aussichten einer erneuten Behandlung zu schließen (BGH, *NSiZ-RR* 1997, 131), insbesondere dann nicht, wenn der Angeklagte therapiebereit ist (BGH, *Beschluss vom 10. 4. 1997 – 4 StR 130/97*). Zwar kommt mangelnder Therapiebereitschaft des Angeklagten ein Indizwert für die Verneinung von Erfolgsaussicht zu; das Gericht muss aber vor Ablehnung der Unterbringung eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit und dabei insbesondere der Gründe und Wurzeln des Motivationsmangels vornehmen und das Ergebnis im Urteil darstellen (BGH, *Beschluss vom 22. 9. 2010 – 2 StR 268/10*). Sind aber zahlreiche Therapieversuche erfolglos geblieben und lehnt der Angeklagte jede Entziehung kategorisch ab und sieht jede andere Behandlung als eine Methadon-Substitution als unzumutbar an, kann rechtsfehlerfrei von fehlenden Erfolgsaussichten ausgegangen werden (BGH, *Beschluss vom 4. 4. 2000 – 5 StR 94/00*). Gleichermaßen soll gelten, wenn die Therapiedauer mit mehr als zwei Jahren zu veranschlagen ist (BGH, JR 2010, 500 m. abl. Anm. *Trenckmann*). Allerdings wird das empirisch aus Erfahrungen der Suchttherapie kaum zu begründen sein und dürfte auf einer aus therapeutischer Sicht wenig bedeutsamen Annahme einer Konnexität zwischen Straflänge und Behandlungsdauer beruhen (vgl. die Stellungnahmen von Sachverständigen im Gesetzgebungsverfahren: BT-Drucks. 16/1110 und 16/1344; *Trenckmann*, JR 2010, 501 ff.; a. A. auch *LG Kleve, Strafverteidiger* 2010, 687). Überdies bleibt die durchschnittliche Verweildauer erfolgreich therapieter Untergebrachter bei dieser Betrachtungsweise unberücksichtigt (vgl. a. *LG Kleve, Strafverteidiger* 2010, 687).

Ist der **Behandlungserfolg ungewiss**, kann die Unterbringung dennoch angeordnet werden (nach dem bis zum 19. 7. 2007 geltenden Recht zwingend: *BHGSt* 28, 327; BGH, NJW 1989, 2337 m. Anm. *Lorbacher*; *NSiZ* 1990, 80). Insoweit steht dem Traftrichter ein Ermessensspielraum offen zu entscheiden, ob sich noch hinreichend konkrete therapeutische Beeinflussungschancen begründen lassen. Die neue Formulierung lässt aber befürchten, dass künftig Therapiemöglichkeiten eher restriktiv eingesetzt werden. In der Entscheidung muss der Traftrichter das ihm eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben und für den Revisionsrichter nachprüfbar darlegen (BGH, *NSiZ-RR* 2008, 226). Die Unterbringung darf nur ausgesprochen werden, wenn der – zur Zeit der Urteilsndung fortbestehende – Hang positiv festgestellt ist (BGH, *Beschluss vom 6. 7. 1983 – 2 StR 334/83*). Die danach gebotene Anordnung der Unterbringung darf auch nicht deshalb unterbleiben, weil die Vollstreckung der Strafe nach § 35 zurückgestellt werden könnte; § 64 StGB hat **Vorrang vor der Sonderregelung in §§ 35, 36** (BGH, *Strafverteidiger* 1993, 302 m. Anm. *Wagner*; BGH *Beschluss vom 19. 2. 1993 – 2 StR 647/92*; BGH, *Beschluss vom 16. 4. 1993 – 3 StR*

95/ 93; *BGH, Strafverteidiger 1995, 635; st. Rspr.*). Widersprüchlich ist es jedenfalls, einerseits die Unterbringung wegen mutmaßlicher Erfolglosigkeit anzulehnen und zugleich einer Zurückstellung nach § 35 zuzustimmen (*BGH, Beschluss vom 8. 8. 2001 – 3 StR 279/01*). Auch die Bereitschaft des Angeklagten, sich freiwillig einer ambulanten Therapie zu unterziehen, steht der Anordnung nach § 64 StGB nicht entgegen (*BGH, NSiZ-RR 1996, 196*), gibt aber Anlass zu der Prüfung, ob die Vollstreckung der Maßregel zugleich mit ihrer Anordnung mit der Weisung zur Bewährung ausgesetzt werden kann, sich der ambulanten Therapie zu unterziehen (§§ 67b, 56c Abs. 1 Nr. 3 StGB). Insofern hat der Tatrichter keinen Ermessensspielraum (*BGH, Beschluss vom 4. 9. 1996 – 2 StR 420/96*).

Ebensowenig darf die **Unterbringung neben sehr langen Freiheitsstrafen** unterbleiben, weil das Maßregelziel auch der Erreichung des Strafvollzugsziels dient (*BGH, Beschluss vom 15. 7. 1992 – 2 StR 274/92*); hier liegt die eigentliche Problematik in der Gestaltung der Vollstreckungsreihenfolge (s. Rdnr. 3.1.4). Das gilt insbesondere bei der – zulässigen – Anordnung neben der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe (s. dazu eingehend *Kreicker, NSiZ 2010, 239; BGHSt 37, 160*). Die gleichen Bestimmungen gelten auch bei **Jugendlichen** (§§ 7, 93a JGG; vgl. hierzu *Brunner, Rdnr. 3–7 zu § 7; BGH, NSiZ-RR 2002, 7*) und bei **Ausländern** selbst dann, wenn Sprachprobleme Therapieerfolge zweifelhaft erscheinen lassen (*BGH, NJW 1989, 2337 m. Anm. Lorbacher, NSiZ 1990, 80; Schneider, NSiZ 2008, 68, 70*; anders jetzt *BGH, Strafverteidiger 2008, 138*). Steht fest, dass ein Ausländer infolge der Verurteilung abgeschoben wird, unterbleibt die Unterbringung, deren Sicherungszweck dann nicht erreichbar ist (*LG Augsburg, bei Kotz/Rahlf, NSiZ-RR 2006, 225, 228*). Es fehlt dann auch an der Erfolgsaussicht, wenn der Täter die Tat als Durchreisender begangen hat und ausreisepflichtig ist, so dass seine Integration in Deutschland nicht zu erwarten ist (*BGH, NSiZ-RR 2017, 283*: Ermessensentscheidung; vgl. a. BTDrucks. 16/1344 S. 12, 16/5137 S. 10). Gleichermaßen gilt, wenn gegen den Angeklagten ein Europäischer Haftbefehl vorliegt und die Auslieferung bereits bewilligt ist (*BGH, Beschluss vom 21.06.2017 – 1 StR 193/17*). Jedenfalls aber bestimmt das Gericht in Fällen, in denen ein **Ausländer** vollziehbar zur Ausreise verpflichtet ist und sein Aufenthalt im Inland während oder unmittelbar nach der Haft beendet wird, dass die Strafe vor der Unterbringung vollstreckt wird (§ 67 Abs. 2 Satz 4 StGB). Ändert sich das während der Haft, kann die Entscheidung nachträglich aufgehoben werden (§ 67 Abs. 3 Satz 3 StGB). Neben der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist zusätzlich die Unterbringung in der **Sicherungsverwahrung** (§ 66 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 3 Satz 1 StGB) zulässig, sofern auch deren Voraussetzungen vorliegen (s. dazu a. *BGH, Urteil vom 8. 7. 2010 – 4 StR 210/10*); hinreichende Erfolgsaussichten für die Therapie stehen dem wegen der unterschiedlichen Zielsetzung der Maßregeln nicht entgegen (*BGH, NJW 2000, 3015 m. Anm. Janssen, Strafverteidiger 2000, 617 und Neubauer NSiZ 2001, 322; BGH, StraFo 2010, 299*). Bis 1989 erfolgte die Anordnung im Jahresdurchschnitt jeweils in ca. 100 Fällen (BT-Drucks. 11/4329 S. 17; 1999: 259 – nur Drogenräte). Die kumulative Anordnung ist zwingend, wenn der Erfolg der mildernden Maßregel (Entziehungsanstalt) ungewiss ist (*BGH, NSiZ-RR 2008, 226*).

Vor der Anordnung der Unterbringung ist in der Hauptverhandlung ein **Sachverständiger** zu hören (§ 246a StPO), wenn das Gericht die Anordnung der Unterbringung erwägt. Die entsprechende Begutachtung ist in der Hauptverhandlung mündlich zu erörtern; eine vorherige schriftliche Gutachtenerstattung ist zwar meistens sinnvoll, wird aber vom Gesetz nicht zwingend vorausgesetzt (*BGH, Urteil vom 14. 10. 2009 – 2 StR 205/09*). Die zu beantwortenden Fragen beziehen sich nicht nur auf den Hang und die künftige Gefährlichkeit, sondern auch auf die Prognose des Therapieerfolgs (dazu: *Schalast u. a., Sucht 2009, 21–29*). Bei zwingender Neigung zum Übermaßkonsum wird das stets nötig sein (*OLG Koblenz, Beschluss vom 28. 10. 1997 – 1 Ss 217/97*). Ein Verstoß hiergegen stellt einen absoluten Revisionsgrund dar (*OLG Hamm, Urteil vom 25. 11. 1977 – 3 Ss 477/77*). **Ziel der Behandlung** ist regelmäßig die Befreiung von dem der Anordnung zugrunde liegenden Hang. Dazu gehört auch die Stärkung der Affekttoleranz (*BGH, StRR 2011, 111*). Angesichts der von dem Gesetzgeber intendierten Verbesserung der Durchlässigkeit zwischen Zwangsmaßnahmen und der Behandlung Drogenabhängiger bei Einrichtungen freier Träger (§ 35), ist es aber auch legitim, **geschlossenen Anstalten** zunächst und vor allen Dingen die Motivationsarbeit mit Drogenabhängigen als Pflichtaufgabe zuzuweisen, sofern Therapiebereitschaft noch nicht besteht (so auch *Slotty, Bewährungshilfe 1982, 223, 229; OLG München, Beschluss vom 4. 4. 2011 – 5 StRR 18/11; OLG Schleswig, Beschluss vom 17. 3. 2011 – 2 Ws 53/11*), dass bei der Konfrontation mit einem therapeutischen Angebot zunächst helfender Zwang eingesetzt wird, steht erfolgreicher Behandlung durchaus nicht im Wege. Abhängigkeit bedeutet stets den Verlust der personalen Freiheit und Therapie deren Rückgewinnung, nicht deren Voraussetzung (*Binder, Sucht und Delinquenz, S. 211, 214*). Bei **drogeninduzierten Psychosen** mit Chronizierung des psychotischen Zustands ist im Falle der Gefahr weiterer erheblicher Straftaten die **Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus**, nicht dagegen in einer Entziehungsanstalt anzurufen (§ 63 StGB; vgl. *BGH, NStZ 1983, 429; BGH Beschluss vom 10. 10. 1984 – 3 StR 423/84*). Gleiches gilt, wenn die Drogenabhängigkeit auf einem psychischen Defekt beruht, der, ohne pathologisch bedingt zu sein, in seinem Schweregrad den krankhaften seelischen Störungen im Sinne von § 20 StGB gleichsteht (*BGH, NStZ 1994, 30; BGHSt 34, 22, 27; BGH, NStZ 2002, 197*).

Die Unterbringung ist bei der Bemessung einer Freiheitsstrafe mildernd zu berücksichtigen (*BGH, Urteil vom 2. 11. 1993 – 1 StR 609/93*). Die Unterbringung oder ein Teil davon wird in der Regel **vor der** gleichzeitig verhängten **Strafe vollstreckt** (§ 67 Abs. 1 StGB; zur Vikariierungsproblematik vgl. *Hanack, JR 1978, 399–403; Körner, Strafverteidiger 1982, 93f.; BayObLG, NJW 1981, 1522; BGH, NStZ 1984, 573* m. Zust. Anm. *Müller-Dietz, JR 1985, 119ff.*) und in diesem Fall **auf die Strafe ange-rechnet**, bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind (§ 67 Abs. 4 StGB). Diese Regelung hält *Ungewitter, MDR 1989, 685* für verfassungswidrig; sie wurde jedoch vom *BVerfG, Strafverteidiger 1994, 594*, ausdrücklich für **verfassungsgemäß** erklärt – *BGBI. 1994 I S. 3012; ebenso BVerfG, NJW 1995, 1080*. Seit der Gesetzesänderung

3.1.3
Behandlungs-
ziel

3.1.4
Reihenfolge
der Voll-
streckung