

Berlin, 15. August 2016

Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Ände- rung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung

Berichterstatter: Rechtsanwalt Jasper von Schlieffen, Berlin
Rechtsanwalt Dr. Leo Teuter, Frankfurt am Main

Vorbemerkung:

Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen ganzen Strauß einzelner Reformvorhaben vorgelegt, die auch im Zusammenhang der Expertenkommission für eine effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens diskutiert wurden.

Im Folgenden nehmen die Strafverteidigervereinigungen zu zwei der Einzelgesetzentwürfe ausführlicher Stellung. Es sei zugleich darauf verwiesen, dass auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Fahrverbots auf alle Straftaten bei den Strafverteidigervereinigungen auf Ablehnung stößt, schon, weil die Nebenfolge in keinem nachvollziehbaren Zusammenhang mit der Tat mehr steht, sondern es nur noch darum geht, den Betroffenen spürbar zu treffen. Die Argumente, die gegen den Vorschlag sprechen, sind in der Entwurfsbegründung selbst bereits umfangreich dargelegt (vgl. Entwurf, S. 9), sodass die Strafverteidigervereinigungen hier auf eine detaillierte Stellungnahme verzichten.

Stellungnahme

fanny-zobel-str. 11
d - 12435 berlin
(0)30- 57701769

info@strafverteidigertag.de
www.strafverteidigertag.de

geschäftsstelle:
jasper von schlieffen
thomas uwer

bankverbindung:
strafverteidigervereinigungen /
von schlieffen
nr. 122 034 104
blz: 100 100 10
postbank berlin

de87100100100122034104
bic: PBNKDEFF

steuernummer:
13/214/62074
finanzamt charlottenburg

mitgliedsvereinigungen:

baden-württembergische
strafverteidiger e.V.
initiative bayerischer
strafverteidigerinnen und
strafverteidiger e.V.
vereinigung berliner
strafverteidiger e.V.
hamburger arbeitsgemeinschaft
für strafverteidigerinnen und
strafverteidiger e.v.
vereinigung hessischer
strafverteidiger e.V.
schleswig-holsteinische
strafverteidigervereinigung e.V.
strafrechtsausschuss des kölnner
anwaltsverein e.V.
strafverteidigerinnen- und
strafverteidigerverein
mecklenburg-vorpommern e.V.
vereinigung niedersächsischer
und bremer strafverteidigerinnen
und strafverteidiger e.v.
strafverteidigervereinigung
NRW e.V.
vereinigung rheinland-pfälzischer
und saarländischer
strafverteidigerinnen und
strafverteidiger e.V.
strafverteidiger sachsen /
sachsen-anhalt e.V.

1. Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme

Nach geltendem Recht unterliegt die Blutprobenentnahme beim Beschuldigten dem Richtervorbehalt. § 81a Abs. 2 StPO ordnet die Primärkompetenz für die Anordnung der Blutprobenentnahme dem Richter zu und sieht eine subsidiäre Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung vor. Von dieser Subsidiärkompetenz wurde – worauf die Entwurfsbegründung hinweist -- extensiv Gebrauch gemacht, bis das Bundesverfassungsgericht dieser faktischen Aushöhlung des Richtervorbehaltes unterband und von den Ermittlern eine Dokumentation der Gründe der Gefährdung des Untersuchungszweckes und der Dringlichkeit verlangte. Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nahm ihren Ursprung im Bereich des Richtervorbehalts bei der Anordnung von Wohnungsdurchsuchungen, wo ebenfalls eine Praxis eingerissen war, die zu einer weitgehenden Aushöhlung des Richtervorbehaltes durch Annahme einer Eilzuständigkeit der Polizei führte. Die Praxis hat auf diese Effektivierung des Richtervorbehaltes im Bereich von Grundrechtseingriffen reagiert, in dem flächendeckend richterliche Rufbereitschaften eingerichtet wurden, die es Polizeibeamten auch nachts ermöglicht, eine richterliche Anordnung zu erhalten.

Obgleich die Praxis also auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reagiert hat, soll der Richtervorbehalt im Bereich von Straftaten bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen, abgeschafft werden. Primär soll die Anordnungszuständigkeit in diesen Fällen bei der Staatsanwaltschaft liegen und bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung bei ihren Ermittlungspersonen.

Stellungnahme

Zur Begründung der Abschaffung des Richtervorbehaltes bei den genannten »Verkehrsstraftaten« führen die Entwurfsverfasser an, der Richtervorbehalt sei in diesen Fällen nicht effektiv, weil Anträge der Polizei beim Ermittlungsrichter im Regelfall telefonisch gestellt würden und der Ermittlungsrichter faktisch keine Möglichkeit habe, die Richtigkeit der im unterbreiteten Tatsachen zu überprüfen. Im Übrigen gehöre der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zum rechtsstaatlich Unverzichtbaren.

Diese Argumente überzeugen nicht und verkennen die Bedeutung des Richtervorbehalts bei der Blutprobenentnahme grundsätzlich. Die Blutprobenentnahme gegen den Willen des Beschuldigten berührt unmittelbar seine Selbstbelastungsfreiheit (Nemo-Tenetur-Prinzip), die ein strafprozessuales Grundrecht von Verfassungsrang darstellt. Denn mit der erzwungenen Blutprobenentnahme muss der Beschuldigte dulden, dass in seinem Körper verborgene Indizien gegen seinen Willen ermittelt und gegen ihn verwendet werden. Er wird zum **Beweismittel gegen sich selbst** gemacht.

Bereits die Betroffenheit des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit spricht dringend für die uneingeschränkte Beibehaltung des Richtervorbehaltes bei der Blutprobenentnahme. Wenn durch die Maßnahme nicht nur in die körperliche Integrität des Beschuldigten, sondern auch in ein Verfahrensgrundrecht eingegriffen wird, sollte darüber ein Richter als unabhängiges und zur Neutralität verpflichtetes Kontrollorgan der Rechtspflege eingreifen. Beschuldigtenrechte im Strafverfahren sollten nicht zur Disposition der Staatsanwaltschaft und Polizei stehen. Die zwangsweise Blutentnahme bedeutet daher nicht nur eine **Verletzung der körperlichen Integrität des Beschuldigten**, deren Gewicht wiederum

schon von daher keineswegs unterschätzt werden darf, als die Zahl der Personen, die Angst vor Spritzen bzw. Nadeln haben (Trypanophobie oder Belonophobie) nicht unbeträchtlich ist. Nach Untersuchungen sollen über 20 Prozent der Befragten Furcht vor Spritzen und acht Prozent eine unverhältnismäßig große Angst vor Spritzen haben¹. Es handelt sich um eine spezifische Phobie nach F 40.2 der ICD-10. Für Betroffene stellt die Anordnung einer Blutprobenentnahme eine gravierende psychische Beeinträchtigung dar.

Hinzu kommt, dass die Anordnungsbefugnis sich nicht auf die Verletzung der körperlichen Integrität des Beschuldigten beschränkt, sondern darüber hinaus die **Annexkompetenz zur gewaltsamen Durchsetzung der Verletzung der körperlichen Integrität** umfasst. Denn die Befugnis zur Blutprobenentnahme beinhaltet zugleich die Kompetenz zur Beschränkung seiner Freiheit und zur Anwendung unmittelbaren Zwangs gegen ihn. Der Beschuldigte darf zur Durchführung der Blutprobenentnahme auf eine Polizeidienststelle verbracht und dort festgehalten werden bis der Arzt erscheint. Weigert er sich an der angeordneten Blutprobenentnahme mitzuwirken, darf ihm die Kleidung abgenommen werden, soweit dies zur Durchführung der Maßnahme erforderlich ist, und durch unmittelbaren Zwang – besser: Gewalt – darf sein Körper in die richtige Position gebracht werden. Man stelle sich vor, was dies für einen Phobiker bedeutet und welches Ausmaß an Zwang dies auslösen kann. Das materielle Strafrecht misst der körperlichen Unversehrtheit und der Willensautonomie des Bürgers hingegen einen erheblichen Stellenwert bei, der nicht zuletzt darin zum Ausdruck kommt, dass es auch dem unvernünftigen Willen des Bürgers schützt, die Unantastbarkeit seines Körpers zu wahren (bspw. bei Verweigerung medizinisch indizierter ärztlicher Eingriffe). In beide Rechtsgüter greift die zwangsweise Blutprobenentnahme kumulativ ein. Dies darf nicht ohne vorherige richterliche Kontrolle geschehen.

Der Gesetzesentwurf überzeugt auch deshalb nicht, weil ein einheitlicher Grundrechtseingriff in die körperliche Unversehrtheit und -- bei Anwendung unmittelbaren Zwangs -- die Willensfreiheit und körperliche Bewegungsfreiheit deliktspezifisch einem unterschiedlichen Anordnungsverfahren unterworfen sind. Maßstab für das Verfahren bei der Anordnung eines Grundrechtseingriffs sollte allein die Intensität des Grundrechtseingriffs sein. Diese ist vollkommen unabhängig von der Anlasstat. Es dürfte insofern auch ein strafprozessuales Novum darstellen, dass rechtsstaatliche Schutzmechanismen bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen vom Delikt abhängen sollen.

Dem gegenüber wiegt der Einwand der Ineffektivität des Richtervorbehalts bei Verkehrsdelikten gering. Er verkennt im Übrigen die Filterwirkung des Richtervorbehaltes. Nach geltendem Recht muss ein Polizeibeamter, der eine zwangsweise Blutprobenentnahme für erforderlich hält - wenn auch nur mündlich - verdachtsbegründende Tatsachen zur Begründung seines Begehrens präsentieren. Dies zwingt ihn zur Reflexion und Besinnung auf die rechtlichen Grundlagen seines Tuns und hat zur Folge, dass reflexhaft automatische Anordnungen ohne ausreichende Verdachtsgrundlage unterbleiben. Es ist zu befürchten, dass es bei Abschaffung des Richtervorbehalts im Bereich der »Verkehrsdelikte« künftig vermehrt zu zwangsweisen Blutprobenentnahmen aufs Geradewohl kommen wird.

Auch sind mit der Abschaffung des Richtervorbehalts im Bereich der »Verkehrsdelikte« keine wesentlichen Einsparungen verbunden. Der aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderliche richterliche Bereitschaftsdienst wird wegen der Fortgeltung des Richtervorbehalts im Rahmen von Wohnungsdurchsuchungen und anderer unter Richtervorbehalt stehender strafprozessualer Grundrechtseingriffe weiterhin fortbestehen müssen. Mit der Verlagerung der primären Entscheidungskompetenz auf die Staatsanwaltschaft, die dann einen vergleichbaren Bereitschaftsdienst unterhalten muss, wäre nichts gewonnen.

1 Nir Y, Paz A, Sabo E, Potasman, I. Fear of injections in young adults: prevalence and associations. Am J Trop Med Hyg 2003; 68: 341-344

Die zwangsweise Blutentnahme ist alles andere als eine Kleinigkeit. Sie ist ein Grundrechtseingriff, der einer besonderen Begründung und der schützenden Flankierung wenigstens durch einen Richtervorbehalt bedarf. Diesen hat der Gesetzgeber des »Gewohnheitsverbrechergesetzes« von 1933 eingeräumt, als er den § 81a erstmals in die StPO einführte. Der Richtervorbehalt darf nicht einfach aus fadenscheinigen Gründen der Zeit- und Kostenersparnis teilweise abgeschafft werden.

2. Erweiterung der Möglichkeiten für eine Zurückstellung suchtbedingter Freiheitsstrafen

Völlig zu Recht wird in dem vorliegenden Referentenentwurf die aus der BGH-Entscheidung vom 04.08.2010 (5 AR (Vs) 22/10) resultierende Rechtslage korrigiert. Dieser Änderungsentwurf wird von den Strafverteidigervereinigungen ausdrücklich begrüßt, brauchte nur leider sechs Jahre, ist dringend notwendig - und greift doch ganz erheblich zu kurz.

Eine hier vorzulegende Stellungnahme zu dem Referentenentwurf ist aus verschiedenen Gründen ungeeignet, alle Schwachstellen des BtMG oder auch nur der Rückstellungsregelungen der §§ 35,36 BtMG zu thematisieren. Im Folgenden soll deshalb zunächst nur ein - in der Praxis allerdings zentraler - Aspekt genauer beleuchtet werden, der in unmittelbarem Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Änderung der StPO steht: die sogenannte *Kausalität*. Denn ohne die Unterscheidung des Gesetzes, ob eine konkrete Straftat aufgrund der Betäubungsmittelabhängigkeit der Angeklagten begangen wurde oder nicht, würde es das nunmehr zu beseitigende Problem augenscheinlich gar nicht geben.

Dabei soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass - jedenfalls theoretisch - auch betäubungsmittelabhängige Personen Straftaten begehen können, deren Ursache nicht oder nicht primär in der Abhängigkeitserkrankung zu suchen ist. Dies ist allerdings die absolute Ausnahme.

»Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) definiert Drogenabhängigkeit als ,psychischen und zuweilen auch physischen Zustand, der sich aus der Wechselwirkung zwischen einem lebenden Organismus und einer Droge ergibt und sich äußert im Verhalten und in anderen Reaktionen, die stets den Zwang einschließen, die Drogen dauernd oder in Abständen zu nehmen, um deren psychische Wirkung zu erleben und das durch ihr Fehlen mitunter auftretende Unbehagen zu vermeiden.«²

Diese Definition ist richtigerweise noch zu ergänzen:

»Die wesentlichen Elemente der Drogenabhängigkeit sind die folgenden 4 Kriterien:

- ein unbezwingbares Verlangen nach der Droge;
- die Tendenz zur Dosissteigerung;
- die seelische und/oder körperliche Abhängigkeit;
- schädliche Auswirkungen für das Individuum und die Gesellschaft.«³

Demnach unterliegen Drogenabhängige also einem Zwangssystem, einem »unbezwingbaren Verlangen«, das nicht heute auftaucht und morgen verschwindet, sondern alle Lebensbereiche umfasst. Im amerikanischen DSM-5 ist dieser Zustand folgendermaßen beschrieben und gleichzeitig erklärt:

² MüKo-Kornprobst § 35 Rz. 38

³ zitiert nach: Malek, Betäubungsmittelstrafrecht, 4. Auflage S. 275

»Allen diesen [psychotropen L.T.] Substanzen ist gemein, dass sie bei exzessivem Konsum direkt das neuronale Belohnungssystem [im Gehirn L.T.] aktivieren, welches auch an der Verstärkung von Verhaltensmustern sowie an der Konsolidierung von Gedächtnis Spuren beteiligt ist. Die Aktivierung des Belohnungssystems kann so ausgeprägt ausfallen, dass normale Alltagsaktivitäten vernachlässigt werden. [...] Zu beachten ist, dass Sucht in dieser Klassifikation nicht als diagnostischer Begriff verwendet wird, obwohl er in vielen Ländern zur Beschreibung schwerer Probleme bei zwanghaften und gewohnheitsmäßigen Konsum von Substanzen üblich ist. Der neutralere Begriff Substanzkonsumstörung wird verwendet, um die große Variationsbreite der Störung von einer leichten bis zu einer schwergradigen Ausprägung eines andauernden, wiederholt rückfälligen, zwanghaften Substanzkonsums zu beschreiben.«⁴

Im § 35 BtMG findet bekanntlich in diesem Zusammenhang der Begriff der »Betäubungsmittelabhängigkeit« des Täters Verwendung. Nur unter dieser Voraussetzung besteht überhaupt die Möglichkeit, sich einer der Rehabilitation dienenden Behandlung zu unterziehen und deshalb die verhängte Freiheitsstrafe zurückgestellt zu bekommen. Von der Vorschrift des § 35 BtMG sind also gerade nicht die leichten Fälle der Substanzkonsumstörungen und schon gar nicht die Konsumformen, die gesundheitlich unbedenklich sind, erfasst. Insoweit ist § 35 BtMG mangels Therapiebedürftigkeit von vornherein nicht einschlägig. Es geht also immer nur um **Betäubungsmittelabhängigkeit**.

Drogenabhängigkeit bzw. Betäubungsmittelabhängigkeit im Sinne des § 35 BtMG ist damit als hirnorganischer Dauerzustand zu verstehen, der zunächst grundsätzlich bei allen Handlungen der Drogenabhängigen von Bedeutung sein dürfte und folglich auch bei allen Straftaten zu berücksichtigen ist. Wie bereits erwähnt mag es Ausnahmen geben, bei denen andere Aspekte eine wesentliche oder gar entscheidende Rolle spielen. Die Regel ist dies jedoch nicht.

Betäubungsmittelabhängigkeit ist vielmehr – gerade angesichts der bestehenden Prohibition – ein Krankheitszustand, der das Leben der Betroffenen **insgesamt bestimmt**, wenn nicht gar definiert. Ein einfaches und sehr häufiges Beispiel vermag dies zu illustrieren: Viele Drogenabhängige sind nicht mehr in der Lage, einer regelmäßigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Gleichzeitig stehen sie unter dem **Zwang**, sich Drogen zu beschaffen und wenden dafür das – wenige – zur Verfügung stehende Geld auf. Begehen sie nun, z.B. um sich Nahrungsmittel zu beschaffen, Eigentumsdelikte, so sind diese offensichtlich die mittelbare Folge der Betäubungsmittelabhängigkeit – und dies sogar im Sinne der ‚conditio sine qua non‘-Formel: Die Betäubungsmittelabhängigkeit kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass damit das Eigentumsdelikt nicht erfolgt wäre.

Dieser Tatsache wird die aktuelle Rechtslage und vor allem die Zurückstellungspraxis in keiner Weise gerecht.

Zwar ist in der Kommentarliteratur hinsichtlich der Kausalität durchaus Erfreuliches zu lesen, wenn dort steht:

»Sowohl direkte als auch indirekte Drogenbeschaffungsdelikte reichen [für die Annahme der Kausalität L.T.] aus. Es genügt ferner, wenn die Betäubungsmittelabhängigkeit erheblich mitursächlich für die Straftat war, wenn die Straftat sowohl zur Finanzierung des Lebensunterhalts als auch zur Beschaffung von Drogen und Ersatzdrogen diente, wenn die Betäubungsmittelabhängigkeit die Lebensweise des Drogenkonsumenten so veränderte, dass er keiner geregelten, legalen Arbeit mehr nachging, sondern von Straftaten lebte. War die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit aufgrund der Drogenabhängigkeit im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert, so kann an einer Kausalität zwischen Straftat und Abhängigkeit kein Zweifel bestehen.«⁵

4 Falkai/Wittchen-Hrsg. Diagnostische Kriterien DSM-5, deutsche Ausgabe, S. 260 ff.

5 K/P/V-Patzak § 35 Rz. 100

Aber selbst diese Auffassung, die nach unseren Erfahrungen in der alltäglichen Anwendungspraxis nur unzureichend Berücksichtigung findet, muss in zweierlei Hinsicht korrigiert bzw. erweitert werden. Zunächst entspricht es schlicht nicht der Rechtslage, wenn im Zusammenhang mit § 21 StGB davon gesprochen wird, es sei entscheidend, ob die Steuerungs- **und** Einsichtsfähigkeit zum Tatzeitpunkt erheblich gemindert wäre. Der Gesetzestext lässt es bekanntlich ausreichen, wenn die Steuerungs- **oder** Einsichtsfähigkeit erheblich gemindert ist.

Dies mag ein - seit vielen Auflagen des *Körner* fortgeschriebener - sprachlicher Lapsus sein oder auch nicht, wichtiger ist aber die folgende Überlegung: Nach der erwähnten Definition der WHO stehen Drogen**abhängige** unter einem dauernden Zwang, bzw. haben ein unbezwingbares Verlangen nach der Droge. Wie es dann möglich sein soll, dass unter dieser Maßgabe die Steuerungsfähigkeit der Drogenabhängigen **nicht erheblich eingeschränkt sein könnte**, erschließt sich nicht.

Damit steht fest, dass für die Straftaten von drogen**abhängigen** Personen, und dies sind keineswegs alle drogen**konsumierenden** Personen, die erheblich geminderte Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB und damit auch konsequenterweise die Kausalität im Sinne des § 35 BtMG mindestens die Regel darstellt. Ausnahmen sind zwar theoretisch möglich, müssten aber durch die Besonderheiten des konkreten Falls begründet werden.

Eine aus Sicht der Strafverteidigervereinigungen sinnvolle und nutzbringende Reform des § 35 BtMG würde folglich darin bestehen, diese Regelhaftigkeit der Kausalität von Straftaten drogenabhängiger Personen seitens des Gesetzgebers zu postulieren und eine entsprechende Regelung in diese Vorschrift aufzunehmen.

Diese könnte lauten:

»Ist die Betäubungsmittelabhängigkeit des Täters festgestellt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Tat hierauf beruht.«

Über eine solche - grundlegende und gesetzliche - Regelung der Kausalität im Kontext der §§ 35,36 BtMG hinaus, wäre es dringend angezeigt, die Rückstellungsregelung des BtMG einer grundlegenden Reform zu unterziehen. Denn der Grundsatz »Therapie statt Strafe« ist sinnvoll und erfolgreich. Ihn gilt es durch entsprechende Gesetzesänderungen zu stärken.⁶

Zu diesem weitergehenden Reformbedarf gehört unter anderem auch die insgesamt missglückte verfahrensrechtliche Regelung dieser Vorschriften. Zur Illustration hierfür mag alleine der im Beschluss des BGH vom 04.08.2010 wiedergegebene Verfahrensablauf dienen. Stellt man sich vor, dies sollte ein inhaftierter drogensüchtiger Mensch alleine bewerkstelligen - die Beiordnungspraxis hinsichtlich § 140 Abs. 2 StPO analog in Vollzugssachen ist bekanntlich recht restriktiv - so wird deutlich, dass hier dem Grundsatz »Therapie statt Strafe« unnötige verfahrensrechtliche Hindernisse in den Weg gelegt werden.

Auch die grundsätzliche Ausgestaltung des § 35 Abs. 1 Satz 1 BtMG als Ermessensvorschrift ist bedenklich und wird von einigen Rechtspflegerinnen und Rechtspflegern als Legitimation verstanden, nach persönlichem Gutdünken zu entscheiden. Wie schwierig und vielfach entsprechend demotivierend der dann einzuschlagende Rechtsweg ist, wurde bereits angedeutet.

Ebenso bedarf die Frage, welche Therapieform eine Rückstellung rechtfertigen kann, einer klärenden Regelung durch den Gesetzgeber. Die verwirrende aktuelle Rechtslage sei erneut an einem einzigen Beispiel dokumentiert. Im Standardkommentar zum BtMG heißt es zunächst wiederum recht erfreulich:

⁶ Zur Wirksamkeit der Regelung vgl. K/P/V-Patzak, § 35 Rz. 46

⁷ K/P/V-Patzak § 35 Rz. 150

»Die Justiz hat nach dem BtMG kein Recht, einem therapiewilligen Verurteilten die Therapieform vorzuschreiben bzw. die Zurückstellung von einer bestimmten Therapieform abhängig zu machen.«⁷

Man könnte nach diesem Satz meinen, die Justiz zeige hier eine sinnvolle Selbstbeschränkung. Aber nur wenige Seiten später liest man in demselben Kommentar:

»Zwar kann der Verurteilte nach Beratung durch Drogenberatung und durch Therapieeinrichtungen im Rahmen eines Rückstellungsantrages eine bestimmte Therapieart und eine bestimmte Therapieeinrichtung vorschlagen. Die Auswahlentscheidung liegt aber bei der Vollstreckungsbehörde.«⁸

Und es folgen an dieser Stelle der Kommentierung - anders als zu der zunächst vertretenen Auffassung, die Justiz habe kein Recht, dem Verurteilten Vorschriften zu machen - eine Vielzahl von obergerichtlichen Entscheidungen.

Also entscheiden Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger eben doch über Dinge, die sicher nicht Gegenstand ihrer Ausbildung waren und die obergerichtliche Rechtsprechung lässt sie gewähren. Dieser Umstand ist nicht nur bekannt, er ist dem Autor des Kommentars sogar durchaus bewusst. Denn

»ob die angetretene oder geplante Behandlung der Rehabilitation dient, kann die Justiz vielfach schwer beurteilen. Sie hat deshalb sich nicht als Therapieexperte für oder gegen eine bestimmte Behandlungsmethode einzusetzen.«⁹

Und wie nicht anders zu erwarten, fehlen auch zu dieser - an sich zutreffenden Überlegung - die entsprechenden Hinweise auf eine einschlägige Rechtsprechung. In der Praxis behält sich die Justiz eben doch die Entscheidung vor, welche Therapie geeignet sei, so jedenfalls die obergerichtliche Rechtsprechung.

Nach unserer Auffassung kommt damit nur zum Ausdruck, welche Ungereimtheiten sich fast schon als zwingende Folge des Versuchs darstellen, einem medizinisch/psychiatrischen Problem (Betäubungsmittelabhängigkeit) mit repressiven, also strafrechtlichen Mitteln begegnen zu wollen.

Deshalb muss jede Reform des BtMG, die das Abstinenzparadigma und die darauf gegründete Prohibition nicht grundlegend überprüft und letztlich überwindet, Stückwerk und Flickschusterei bleiben. Dies gilt auch für den vorliegenden Referentenentwurf. Aber selbst die Flicker können mehr oder minder bescheiden und damit ungenügend ausfallen. Der vorliegende Referentenentwurf stellt - um im Bild zu bleiben - einen absoluten Minimalflicker dar.

Zudem ist es auffallend und im Ergebnis unzutreffend, wenn es in dem Referentenentwurf unter C quasi stillschweigend heißt, es gäbe zu dem nun vorliegenden Entwurf keine Alternativen. Es mag keine Alternative im Sinne einer Gesetzesänderung zu § 454 b StPO geben. Aber Alternativen zum Prohibitionsansatz des BtMG, zur bestehenden halbherzigen Umsetzung des Grundsatzes »Therapie statt Strafe« oder auch nur zur bestehenden Kausalitätsregelung des § 35 BtMG gibt es aber sehr wohl.

8 K/P/V-Patzak § 35 Rz. 197

9 K/P/V-Patzak § 35 Rz. 154