

# DROGEN | RECHT

ONLINEMAGAZIN ZU DROGEN UND STRAFRECHT

HEFT 0 / 2025

**DROGENSTRAFRECHT  
IN DER 20. WAHLPERIODE:**

**FOLGT AUF DEN DROGEN-  
POLITISCHEN RAUSCH DIE  
ERNÜCHTERUNG?**



**BEITRÄGE DES 2. SYMPOSIUMS  
ZUM BETÄUBUNGS- UND  
ARZNEIMITTELSTRAFRECHT  
16. FEBRUAR 2024, GOETHE-UNIVER-  
SITÄT FRANKFURT A.M.**

Herausgegeben von **Mustafa Temmuz  
Oğlakcioğlu & Matthias Jahn**

# INHALT

Prof. Dr. Matthias Jahn  
Prof. Dr. Mustafa Oğlakcioğlu  
VORWORT 3

Patrick Welke  
TAGUNGSBERICHT 5

Dr. Sebastian Sobota  
HER MIT DER ZWEITEN  
SÄULE!  
DAS KCANG VON SEINER  
HÄSSLICHEN SEITE 7

Dr. Justine Diebel  
DAS MEDCANG IM SCHATTEN  
DER LEGALISIERUNG  
ARZNEIMITTELREGULIERUNG  
ODER DOCH BTMG LIGHT? 18

RiBGH Dr. Helmut Kreicker  
EINBLICKE IN DIE JÜNGSTE  
RECHTSPRECHUNG DES  
3. STRAFSENATS DES  
BUNDESGERICHTSHOFS  
ZUM BETÄUBUNGSMITTEL-  
STRAFRECHT 29  
MIT EINEM BESONDEREN  
FOKUS AUF DAS EINZIE-  
HUNGSRECHT

Dr. Jenny Lederer  
VERTEIDIGUNG VON UND GE-  
GEN KRONZEUGEN – IMMER  
NOCH EIN PULVERFASS?  
ODER: »§ 31 BTMG – MIT  
ANDEREN WORTEN... WERD  
VERRÄTER ODER GEH KNAST.  
ENTSCHEIDE DICH« 40

Prof. Dr. Mustafa Oğlakcioğlu  
NIEDRIGSCHWELIGE SUBS-  
TITUTION JETZT...ABER AUCH  
OHNE STRAFBARKEITSRISIKEN? 51

AUTOR\*INNEN 67

## IN VORBEREITUNG:

# Die Zeitschrift DROGEN | RECHT



Bis heute existiert keine spezifische Fachzeitschrift, die sich ausschließlich dem Recht rund um illegale Substanzen (BtMG, NpSG, GÜG) und das KCaNG widmet, was angesichts des Umstands, dass für weitaus speziellere Fachgebiete bereits mehrere Zeitschriften existieren, erstaunen muss. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass gerade die fehlende Wissenschaftlichkeit im Betäubungsmittelstrafrecht oftmals beklagt wird: Einer konstant umfassenden BGH-Judikatur (vor allem zu zentralen Tathandlungen wie etwa zum »Handeltreiben«, zu Konkurrenz- und strafzumessungsrechtlichen Fragen) steht eine zurückhaltende Strafrechtswissenschaft gegenüber, die erst nach und nach (v.a. aus der kriminalpolitischen und kriminologischen Perspektive) dazu überging, sich diesem »anrühigen« Gebiet anzunähern. Insofern erscheint es schon längst überfällig, die Rechtsprechung kritisch (und v.a. umfassend) zu dokumentieren, aktuelle Entwicklungen pointiert zusammenzufassen, Gesetzesänderungen publikumswirksam zu verbreiten, aber auch die Möglichkeit zu schaffen, instanzgerichtliche Urteile (vielleicht in einer »Nord-Süd-Rundschau«) zu veröffentlichen.

Das bisherige Angebot beschränkt sich v.a. auf den legalen Verkehr mit Gefahrstoffen: Im Mittelpunkt steht hier v.a. das Arznei- und Lebensmittelrecht (PharmR, A&R, ApoPrax); auch medizinrechtliche Zeitschriften beschränken sich oftmals auf das AMG, AntiDopG und HWG, blenden aber den illegalen Handel mit Betäubungsmitteln sowie den strafbaren Umgang zum Zwecke des Genusskonsums weitestgehend aus. Interdisziplinäre Fachzeitschriften zum Phänomen Sucht hingegen beschränken sich v.a. auf das Thema »Drogen und Alkohol im Straßenverkehr« oder beleuchten das Thema Abhängigkeit und Sucht aus kriminologischer Perspektive (Blutalkohol, BewH). Einige (renommierte) Zeitschriften, wie bspw. der StV, widmen dem Betäubungsmittelstrafrecht zwar – typischerweise einmal pro Jahr – Sonderausgaben, doch bieten diese eben nicht ausreichend Raum, um alle spannenden Entwicklungen sowohl auf judikativer, drogenpolitischer und interdisziplinärer Perspektive einzufangen.

Dieses bestehende Desiderat prallte auf die Idee, einen Tagungsband für das Zweite Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht zu veröffentlichen. Hiermit wollen wir uns also nun vorsichtig, aber doch bestimmt, an eine Zeitschrift mit dem Titel »Drogen | Recht« (D|R) herantasten. Jedenfalls im Zyklus der weiteren geplanten Tagungen (dann eher als Schriftenreihe), aber dann auch – losgelöst hiervon – halbjährlich soll mit dieser Zeitschrift die beschriebene Lücke im Open-Access-Format geschlossen werden. Da sich der Kreis potenzieller Herausgeber, der wissenschaftliche Beirat und schließlich auch derjenige etwaiger Unterstützer dieses Open-Access Formats noch erweitern kann, und der Tagungsband für sich auch in Zukunft »Sonderausgaben-Charakter« haben soll, haben wir uns für eine »Ausgabe« 0 entschieden, was zugleich den Experimentiercharakter der Zeitschrift unterstreicht.

Es wäre einfach zu schade gewesen, die hervorragenden (und trotz viel Tohuwabohu seit Inkrafttreten des CanG immer noch aktuellen) Beiträge der interessierten Leserschaft vorzuenthalten. Natürlich ist aber mit diesem Schritt die Hoffnung verbunden, dass das Projekt freundlich aufgenommen wird und wir mittel- bis langfristig eine Plattform schaffen können, in der man sich dem Phänomen der Drogenkriminalität aus unterschiedlichen Perspektiven – intra- und interdisziplinär – annähern und somit auch den rechtswissenschaftlichen Diskurs auf das Niveau anzuheben, welches dieses bis dato vernachlässigte Gebiet verdient.

Die Herausgeber\*innen  
Mustafa Oğlakcioğlu  
Thomas Uwer  
Sebastian Sobota  
Justine Diebel  
Patrick Welke

PROF. DR. MUSTAFA OĞLAKCIOĞLU  
PROF. DR. MATTHIAS JAHN

# VORWORT

## IMPRESSUM

### DIR \* DROGENRECHT ONLINEMAGAZIN ZU DROGEN UND STRAFRECHT

DIR wird herausgegeben von:  
Mustafa Oğlakcioğlu, Thomas Uwer, Sebastian Sobota, Justine Diebel & Patrick Welke

PROF. DR. MUSTAFA TEMMUZ OĞLAKCIOĞLU, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes

Postanschrift:  
Universität des Saarlandes,  
Campus  
66123 Saarbrücken  
Telefon: +49 681 302-2115  
Telefax: +49 681 302-792115  
E-Mail: [lehrstuhl-oglakcioglu@uni-saarland.de](mailto:lehrstuhl-oglakcioglu@uni-saarland.de)

### Inhaltliche Verantwortlichkeit Webauftritt

Soweit dieser Server journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote enthält, in denen vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben oder in periodischer Folge Texte verbreitet werden, ist verantwortlich: Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu.

Inhaltlich verantwortlich für die Webseite ist der Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes (Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu) zu erreichen unter: <https://www.uni-saarland.de/lehrstuhl/oglakcioglu/>

»Das Betäubungsmittelstrafrecht gilt als forensisch wichtigstes Nebengebiet des Strafrechts, dessen stiefmütterliche Behandlung in der Wissenschaft nicht im rechten Verhältnis zu seiner erheblichen Bedeutung in der Praxis steht.«

Dieser einleitende Satz aus der Dissertationsschrift des Mitherausgebers stand zugleich auf dem Programmflyer unseres ersten Frankfurter Symposiums zum Betäubungs- und Arzneimittelrecht. Er dürfte bis heute noch weitestgehend zutreffen: Auch wenn die aktuellsten Entwicklungen eine erhöhte Frequenz drogenpolitischer Statements in den Nachrichten und sozialen Medien herausgefordert haben, bleibt der (inter- und intradisziplinäre) Austausch auf der rechtswissenschaftlichen Ebene überschaubar: Vortragsveranstaltungen, Publikationen und Monografien zu diesem Rechtsgebiet sind nach wie vor Mangelware, obwohl die Drogenpolitik nach einer kleinen Verschnaufpause um die Jahrhundertwende weltweit wieder erheblich an Fahrt aufgenommen hat. Bereits 2016 war die Thematik rund um eine Legalisierung von Cannabis wieder aktuell geworden; daneben standen Maßnahmen der Harm Reduction (insb. das Drug-Checking) sowie das Problem des Umgangs mit neuen psychoaktiven Substanzen auf dem

Tableau. Das motivierte uns dazu, ein Forum für den Diskurs und Austausch für dieses vernachlässigte Rechtsgebiet zu schaffen, um Impulse aus der Rechtswissenschaft herauszufordern, die der Gesetzgebung (und auch Rechtsprechung) bis zu jenem Zeitpunkt gefehlt haben.

Bereits das erste Symposium im Jahre 2016 war ein voller Erfolg, sodass wir uns entschlossen haben, das Format während einer drogenpolitisch verheißungsvollen Legislaturperiode nochmals zu wiederholen. War das Thema »Legalisierung« in Deutschland (und Europa) trotz erster Liberalisierungsmodelle weltweit (Kanada, Portugal, Uruguay) bis vor kurzem noch – man könnte auch sagen: bis zur 19. Legislaturperiode – nur ein Gedankenspiel, steht es nunmehr das erste Mal überhaupt auf der gesetzpolitischen Agenda einer Regierungskoalition. Zum Zeitpunkt der Planung der Tagung war freilich noch nicht absehbar, in welche Richtung sich dieses Vorhaben entwickeln könnte: Sehr früh hatten sich Gegner des Gesetzes zunächst – unter Verweis auf das EU-Recht – gegen eine vollständige Legalisierung positioniert, um sodann eine (europarechtskonforme) Entkriminalisierungslösung als unzweckmäßig und gefährlich zurückzuweisen; insofern war ungewiss, wohin die Reise geht. Das war allerdings ein Grund mehr, das geplante Cannabisgesetz in das

Programm aufzunehmen, zumal wir uns von Anfang an einig waren, an der ursprünglichen Konzeption der Tagung festzuhalten: Es sollte sich gerade keine rein rechtspolitische – und somit auf das CanG verengte – Veranstaltung werden; vielmehr waren wir – wie auch schon 2016 – bemüht, möglichst viele verschiedene Facetten des Betäubungsmittelrechts bzw. der Drogen- und Arzneimittelkriminalität zu erfassen und hierbei v.a. die Praktizierenden anzusprechen. Daher stand auch das »täglich Brot« der Strafverteidigung, mithin das materielle Betäubungsmittelstrafrecht (#Einziehung, #Kronzeuge #Maßregelvollzug) auf der Agenda, während wir drogenpolitisch nicht beim Cannabisgesetz stehen geblieben, sondern mit der Substitution eine weitere drogenpolitische Baustelle in den Blick genommen haben. Alles in allem wollten wir auf diese Weise einen Beitrag zu einer rationalen und evidenzbasierten Gesetzgebungspolitik und Rechtsanwendung im Bereich des Drogenstrafrechts leisten.

Das Symposium fand (in hybrider Form) am 16.2.2024 an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. statt und wurde erneut gut aufgenommen. Neben ca. 50 Präsenzteilnehmenden, haben sich über 80 Teilnehmende online dazugeschaltet, wobei sich die interdisziplinäre Ausrichtung der Tagung auch im Publikum widergespiegelt hat: Erfreulicherweise haben sich nicht nur Jurist\*innen, sondern auch Soziolog\*innen, Angehörige aus der Suchtforschung sowie akzeptierenden Drogenarbeit angemeldet.

Das hat uns nicht nur motiviert, direkt zur Planung des 3. Symposiums (das dieses Mal nach kürzerem Abstand, nämlich 2026 stattfinden soll) überzugehen, sondern die Ergebnisse der zweiten Tagung allen Interessierten frei – mithin Open Access – zur Verfügung zu stellen.

Daher haben wir uns auch gegen das klassische Tagungsband-Format entschieden und stattdessen ein (freundlicherweise von der Freispruch-Redaktion bzw. vom Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen betreutes) Heft zusammengestellt, das fast alle Referate (partiell modifiziert und erweitert), aber darüber hinaus auch einen Tagungsbericht enthält. Dieses moderne Format eröffnet uns die Möglichkeit, den Autoren die größtmögliche Freiheit bei der Erstellung ihrer Manuskripte zu bieten, bspw. ihre Ausführungen um Illustrationen zu ergänzen sowie bestimmte Aussagen zu »highlighten«. Damit sollte der Versuch unternommen werden, wissenschaftliche Abhandlungen darstellerisch aufzuwerten, was – unserer Überzeugung nach – einer Veranschaulichung der Gedanken dienlich sein und auch zu einer besseren Lesbarkeit der Manuskripte beitragen kann. Insofern haben wir haben auch bewusst davon abgesehen, den Autorinnen und Autoren strenge Vorgaben hinsichtlich der Form der Manuskripte und des Fußnotenapparats zu machen. Die Texte unterscheiden sich in der Länge und im Stil (bspw. sind einige noch im »Vortragsduktus« gehalten). Zugleich könnte dieses Format den Startschuss für eine »Open-Access-Schriftenreihe« zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht bilden, wir lassen uns überraschen.

Sowohl die Durchführung der Tagung als auch die Veröffentlichung dieses Tagungshefts wäre ohne die Mitwirkung einer Vielzahl von Personen nicht möglich gewesen. Wir



bedanken uns daher zuallererst bei allen Referentinnen und Referenten, die uns ihre Vortragsmanuskripte zeitnah zur Verfügung gestellt haben. Zudem bedanken wir uns daher beim »Saarbrücker-Organisationsteam«, u.a. Aline Thome, Fatih Anıl Uzun, Deniz Özdemir, Alessandro Mariani und Selina Stein sowie für beim Frankfurter Team mit Fynn Wenglarczyk, Max Klarmann, Philipp Kupczik und Heike Brehler. Für die Durchsicht der Manuskripte danken wir Lara Osseili und RAin Rosa Mayer-Eschenbach.

Außerdem möchten wir uns zudem noch bei unseren Sponsoren bedanken, welche die Realisierung dieser Tagung möglich gemacht haben, namentlich: Die Kanzlei Amelung/Albrecht, Die Kanzlei Becker/Behlau/Welke, der Verlag C.H. Beck, sowie die Kanzleien H/T Defensio und Reubel Grubwinkler Rechtsanwälte. Schließlich gilt unser Dank dem Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (insb. ihren Geschäftsführern Thomas Uwer und Stefan Conen) für die sofortige Zusage ihrer Unterstützung bei der Erstellung des Tagungshefts.



# FOLGT NACH DEM DROGEN- POLITISCHEN RAUSCH DIE ERNÜCHTERUNG?

EIN TAGUNGSBERICHT VON PATRICK WELKE

Am 16. Februar 2024 fand an der Goethe Universität in Frankfurt am Main das 2. Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht statt. In der zweiten Ausgabe nach 2016 beschäftigte sich das Symposium mit aktuellen Themen, vorwiegend aus dem Betäubungsmittelstrafrecht. In den Grußworten bekräftigten der Schirmherr der Veranstaltung Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu und Gastgeber Prof. Dr. Matthias Jahn die Absicht, das Symposium in Zukunft regelmäßiger abzuhalten.

Im Anschluss gab es eine Videobotschaft des Bundesdrogenbeauftragten Dr. Burkhard Blienert. Diese betonte die Wichtigkeit eines wissenschaftlichen Austauschs zum Betäubungsmittelrecht und fasste die aktuelle drogenpolitische Agenda der Regierung zusammen. Daran anschließend war der Leiter des Stabs des Sucht- und Drogenbeauftragten der Bundesregierung Dr. Jörg Pietsch per Videokonferenz zugeschaltet. Er erläuterte die Arbeit des Drogenbeauftragten anhand aktueller Projekte, wie z.B. dem Drug-Checking. Im Hinblick auf das geplante Cannabisgesetz zeigte er sich zuversichtlich, dass es im Bundestag in der Folgewoche eine Mehrheit für das Gesetz geben würde. Auch rechne man damit, vom Bundesrat nicht blockiert zu werden. Die dann geplante Säule Zwei im Rahmen der Cannabisgesetzgebung solle im Anschluss ebenfalls schnell umgesetzt werden.

Das erste Panel unter dem Titel ›CanG - Fluch oder Segen?‹ widmete sich dann ganz dem geplanten Cannabisgesetz. Zunächst referierte Dr. Sebastian Sobota unter dem Titel ›Her mit der zweiten Säule! - Das KCan von seiner hässlichen Seite‹. Er informierte zunächst über die Strafvorschriften des neuen KCanG, um das Gesetz im Anschluss im Hinblick auf Legitimationen, dem möglichen Schutzgut der Strafvorschriften und den Strafrahmen einer kritischen Einordnung zu unterziehen. Er forderte eine kurzfristige Umsetzung der geplanten zweiten Säule, mittelfristig eine deutliche Nachbesserung im KCanG sowie einen langfristigen Paradigmenwechsel in Form einer Reform des BtMG. In der anschließenden Diskussion wurde insbesondere die Festsetzung der neuen nicht geringen Menge bei Cannabis thematisiert. Hierbei äußerte RiBGH Dr. Helmut Kreicker, dass man beim BGH nicht

gerade glücklich darüber ist, dass der Gesetzgeber die Bestimmung weiterhin der Rechtsprechung überlässt.

Unter dem Titel ›Das MedCanG im Schatten der Legalisierung - Arzneimittelregulierung oder BtMG light?‹ widmete sich Dr. Justine Diebel dem im Rahmen der Cannabisgesetzgebung etwas stiefmütterlich behandelten MedCanG. Insbesondere kritisierte sie dabei die vorgenommene Sonderregelung für medizinisches Cannabis anstelle einer Implementierung in das Arzneimittelgesetz sowie die weiterhin bestehende umfangreiche Kriminalisierung im Bereich des MedCanG.

Nach der Mittagspause folgte dann das zweite Panel unter dem Leitthema ›Das täglich Brot - aktuelles Betäubungsmittelstrafrecht‹. Hier gab zunächst RiBGH Dr. Helmut Kreicker anhand konkreter Entscheidungen Einblicke in die Rechtsprechung des 3. Strafsenats zum Betäubungsmittelstrafrecht.



**BILD:**  
Vor der  
Ernüchterung  
noch ein bisschen  
Rausch: die  
›Kiffer-WG‹.

Insbesondere standen dabei die diversen Fallgestaltungen im Bereich der Konkurrenzen und das Einziehungsrecht im Mittelpunkt. RiBGH Dr. Kreicker äußerte dabei auch Kritik an der gesetzgeberischen Erweiterung im Bereich der Einziehung.

Unter der Überschrift ›Verteidigung von und gegen Kronzeuginnen - immer noch ein Pulverfass?‹ referierte Dr. Jenny Lederer anschließend zu einer äußerst praxisrelevanten prozesualen Situation bei der Verteidigung im Betäubungsmittelstrafrecht. In einem anschaulichen Vortrag, unter anderem mit Zitaten aus dem Film ›Killers of the Flower Moon‹, brachte Frau Dr. Lederer ihre fundamentale Kritik an der Verwendung von Kronzeugen im Strafverfahren zum Ausdruck. In der anschließenden Diskussion wurde unter anderem die Frage aufgeworfen, warum im Wirtschaftsstrafrecht die Rolle als Kronzeugen offenbar weniger verpönt wird.

Im letzten Panel nach der Kaffeepause standen dann Neuerungen und aktuelle rechtspolitische Baustellen jenseits von Cannabis auf dem Programm. Die Vorsitzende Richterin am LG Susann Wettley behandelte das Thema ›Reform des Maßregelvollzugs und Auswirkungen auf die Sanktionspraxis in BtM-Sachen - erste Gehversuche‹. Die Reform des § 64 StGB wurde dabei einer grundlegenden Analyse unterzogen und die Rechtsprechung zu den Auswirkungen dargelegt. Insbesondere die von verschiedenen Oberlandesgerichten nunmehr legitimierte Erledigungserklärung über § 67d Abs. 5 StGB für Altfälle unter Anwendung der neuen Gesetzeslage stieß insbesondere bei den anwesenden Strafverteidigern auf Kritik.

Zum Abschluss befasste sich Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu mit der Möglichkeit der niedrigschwelligen Substitution. Er legte die Unterschiede

zwischen der Regelsubstitution und der niedrigschwelligen Substitution dar und kam in einer umfassenden Analyse der geltenden Rechtslage zum Fazit, dass eine niedrigschwellige Substitution mit den Regelungen des BtMG und der BtMVV bereits jetzt in Einklang zu bringen ist.

Insgesamt behandelte das Symposium zahlreiche aktuelle Themen aus dem Bereich des Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht. Insbesondere im Hinblick auf das inzwischen verabschiedete Cannabisgesetz erscheint eine schnelle und regelmäßige Wiederholung des Symposiums zur Analyse der Fortentwicklung des Rechts und der praktischen Auswirkungen wünschenswert. Die Veranstalter kündigten an, zeitnah die 3. Ausgabe des Symposiums vorzubereiten.



DR. SEBASTIAN SOBOTA<sup>1</sup>

# ‘HER MIT DER ZWEITEN SÄULE!’

## DAS KCanG VON SEINER HÄSSLICHEN SEITE

Der Beitrag stellt die strafrechtlichen Vorschriften des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) vor, um an ihnen die hässliche Seite der – grundsätzlich zu begrüßenden – Entkriminalisierung von Cannabis zu beleuchten. Dazu zählen nicht nur Lücken in der Strafbegründung (Rechtsgut), sondern auch Strafrahenfraktionen beim Grunddelikt sowie subtile Strafverschärfungen im Vergleich zum BtMG. Insbesondere die Verbrechenqualifikationen lassen nach wie vor eine Überkriminalisierung von konsumbezogenen Verstößen befürchten. Nach einer zusammenfassenden Würdigung wird über eine Schönheitskur für das KCanG nachgedacht.

### I. EINLEITUNG

Bevor ich zum eigentlichen Thema komme, sei aus gegebenem Anlass eine kleine Vorbemerkung gestattet zu Aspekten, über die ich nicht sprechen werde. Das betrifft zunächst die im Gesetzgebungsverfahren immer wieder aufgewärmte Grundsatzfrage, ob die Legalisierung/Entkriminalisierung von Cannabis kriminalpolitisch opportun ist.<sup>2</sup> Dagegen, Selbstschädigung durch Drogenkonsum ausgerechnet durch Kriminalstrafe zu regulieren, sprechen bereits durchgreifende straf- und verfassungsrechtliche Argumente – die längst ausgetauscht sind und

hier deshalb nicht wiederholt werden müssen.<sup>3</sup> Auch aus kriminologischer Perspektive ist erstaunlich, wie verbreitet der Glaube an die Wirksamkeit einer repressiven Politik ist, obwohl die Kriminalisierung nach über 70 Jahren, in denen die Verbreitung von Drogen und der Schaden durch Betäubungsmittelgebrauch zu- und nicht abgenommen haben, als gescheitert bewertet werden muss.<sup>4</sup> Die kaum messbaren positiven Effekte der Prohibition stehen in keinem Verhältnis zu ihren hohen sozialen Folgekosten, zumal stets die empirisch belegte dysfunktionale Wirklichkeit, »die dunkle Seite des Strafrechts«,<sup>5</sup> mitbedacht werden muss. Auf diesen Aspekt werde ich später noch einmal

<sup>3</sup> Grundlegend *Haffke* ZStW 1995, 761; rechtsphilosophisch *Köhler* ZStW 1992, 3; pointiert *Nestler* ZStW 2017, 467.

<sup>4</sup> MüKo-BtMG/*Oğlakcioğlu*, 4. Aufl. 2022, vor § 1 Rn. 7 m. Verweis u. a. auf das Fazit der GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY aus dem Jahr 2011.

<sup>5</sup> *Kölbel* NK 2019, 249.

<sup>2</sup> Näher dazu *Oğlakcioğlu/Sobota/Diebel* *Toxichem Krimtech* 2024, 32 ff.

<sup>1</sup> Verf. ist Habilitand an der Universität Mainz und daneben Rechtsanwalt in Wiesbaden. Es handelt sich um eine aktualisierte, überarbeitete und mit Literaturnachweisen versehene Fassung des Vortrags vom 16.02.2024 auf dem 2. Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt (Erstabdruck in *StV* 2024, 471). Der Stil wurde weitgehend beibehalten.

**BILD:**  
Mit einem Flügel kann  
kein Vogel fliegen...  
Die zweite Säule des  
KCanG sieht allerdings  
anders aus als im Bild.



## SIEHT SO ETWA EINE »LEGALISIERUNG« AUS?

### Die Strafvorschriften im Überblick (§ 34 KCanG):

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer
  1. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 1
    - a) mehr als 30 Gramm Cannabis, bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, an einem Ort besitzt, der nicht sein Wohnsitz oder sein gewöhnlicher Aufenthalt ist,
    - b) insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis, bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, besitzt oder
    - c) mehr als drei lebende Cannabispflanzen besitzt,
  2. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 2
    - a) mehr als drei Cannabispflanzen gleichzeitig anbaut oder
    - b) Cannabispflanzen nicht zum Eigenkonsum anbaut,
  3. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 3 Cannabis herstellt,
  4. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 4 mit Cannabis Handel treibt,
  5. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 5 Cannabis einführt oder ausführt,
  6. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 6 Cannabis durchführt,
  7. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 7 Cannabis ab- oder weitergibt,
  8. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 Cannabis zum unmittelbaren Verbrauch überlässt,
  9. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 9 Cannabis verabreicht,
  10. entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 10 Cannabis sonst in den Verkehr bringt,

zurückkommen.

Weiter werde ich mich nicht mit den ärgerlichen handwerklichen Fehlern im KCanG befassen. Beispielsweise will das Gesetz den privaten Anbau von drei Pflanzen erlauben (§ 3 Abs. 2)<sup>6</sup>, verbietet aber gleichzeitig bei Strafe jedes Herstellen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 34 Abs. 1 Nr. 3), worunter nach herkömmlichem Verständnis bereits die Ernte fallen würde.<sup>7</sup> Schließlich werde ich nicht die vielen unzweckmäßigen Regelungen im KCanG behandeln, wie z.B. die Konsumverbote im öffentlichen Raum oder die teils irrwitzigen Restriktionen für Cannabis-Clubs.<sup>8</sup> Stattdessen soll es um die Strafvorschriften gehen.

## II. § 34 KCANG IM ÜBERBLICK

Entgegen der politischen Botschaft einer »Legalisierung« wird der Umgang mit Cannabis immer noch von Straftatbeständen umzingelt. Dank der erheblichen Verschärfungen im parlamentarischen Verfahren übertrifft § 34 mit seinen fünf Absätzen – davon allein 16 Nummern mit z.T. mehreren Varianten in Abs. 1 – vom Umfang sogar § 29 BtMG. Der Strafrahmen des Grundtatbestands ist oben zwar leicht abgesenkt auf bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe, aber er pönalisiert nicht nur die Überschreitung der Anbau- und Besitzgrenzen (mehr als drei Pflanzen und 60 g Cannabis in der Wohnung oder mehr als 30 g außer Haus, § 34 Abs. 1 Nr. 1, 2), sondern auch zahlreiche typische

<sup>6</sup> §§ ohne Bezeichnung beziehen sich im Folgenden auf das KCanG, das seit dem 01.04.2024 größtenteils in Kraft ist.

<sup>7</sup> Näher und m.w.N. *Oğlakcioğlu/Sobota* ZRP 2023, 194 (195); Lösungsvorschlag bei *Sobota* NJW 2024, 1217 (1218 f.).

<sup>8</sup> Dazu *Pollähne*, Stellungnahme des RAW, [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20\\_14\\_0154-35\\_Republikanischer-Anwaeltinnen-und-Anwaeltverein-e-V-\\_Cannabis\\_nicht-barrierefrei-data.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-35_Republikanischer-Anwaeltinnen-und-Anwaeltverein-e-V-_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf); *Oğlakcioğlu/Sobota* ZRP 2023, 194 (196).

Vorbereitungs- und Begleithandlungen wie Herstellung, Extraktion, Einfuhr, Sich-Verschaffen – selbst in geringen Mengen, denn nur bei Erwerb/Entgegennahme setzt die Strafbarkeit erst über 25 bzw. 50 g ein (§ 34 Abs. 1 Nr. 12).<sup>9</sup> In Abs. 3 finden sich besonders schwere Fälle, die mit drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bewehrt sind, darunter als Regelbeispiele die gewerbsmäßige Begehung (Nr. 1) oder der Umgang mit einer »nicht geringen Menge« Cannabis (Nr. 4). Nicht einmal auf Verbrechensqualifikationen verzichtet § 34 KCanG. In Abs. 4 werden zwei bis 15 Jahre Freiheitsstrafe für die gewerbsmäßige Abgabe/Verbrauchsüberlassung an Minderjährige (Nr. 1) sowie bandenmäßiges (Nr. 3) oder bewaffnetes (Nr. 4) Handelreiben mit nicht geringer Menge angedroht. Das BtMG wird noch weiter nachgeholt.<sup>10</sup> Insbesondere wird das umstrittene, weil äußerst weit verstandene Handelreiben<sup>11</sup> übernommen (§ 34 Abs. 1 Nr. 4). Nochmals ausgedehnt ist die Strafbarkeit durch Versuch und Fahrlässigkeit (§ 34 Abs. 2, Abs. 5).<sup>12</sup>

## III. DIE »HÄSSLICHE SEITE« DES KCANG

Wie sind diese Vorschriften rechtsdogmatisch und kriminologisch ein-

<sup>9</sup> Zusammen mit § 35a (Opportunitätseinstellung, wenn mit geringer Menge zum Eigenkonsum umgegangen wird) ergeben sich Friktionen, die womöglich eine gespaltene Auslegung der »geringen Menge« notwendig machen (dazu *Sobota* NJW 2024, 1219). Die nachträglich geschaffene OWi-Gleitzone beim Besitz (§ 36 Abs. 1 Nr. 1: 25-30 bzw. 50-60 g) dürfte die Sache zusätzlich verkomplizieren.

<sup>10</sup> *Oğlakcioğlu/Sobota* ZRP 2023, 194 (196).

<sup>11</sup> Zur Kritik MüKo-BtMG/*Oğlakcioğlu* (Fn. 3), § 29 Rn. 321 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Hinzu kommt ein Ordnungswidrigkeitentatbestand mit 37 (!) Nummern (insbesondere Verstoß gegen die Konsumverbote, § 36 Abs. 1 Nr. 4), dessen Rahmen bis zu 10.000,- oder sogar 30.000,- Euro Geldbuße beträgt. Erste Kataloge sehen bspw. 500,- Euro für einen Verstoß gegen § 5 Abs. 2 vor, s. BayMBl. 2024 Nr. 152.

zuordnen?

## 1. GRUNDSÄTZLICHES: LEGITIMATIONS LÜCKE

Beginnen möchte ich mit einem Aspekt, der sich hier an der Universität Frankfurt geradezu aufdrängt. Das KCanG geht wie selbstverständlich davon aus, dass jeder Verstoß gegen das allgemeine Umgangsverbot (§ 2) ebenso wie die Überschreitung der Erlaubnistatbestände (§ 3) mit Strafe bewehrt sein muss, ohne dass ersichtlich wäre, worin genau der Strafgrund liegen soll, wenn z.B. geringe Mengen unter Erwachsenen abgegeben oder mehr als 30 g Cannabis besessen werden.<sup>13</sup>

Weil Cannabis aus dem BtMG herausgenommen wurde, verbietet sich der Rückgriff auf die §§ 29 ff. BtMG. Angesichts der »geänderten Risikobewertung«<sup>14</sup> würde er in der Sache ohnehin nicht weiterhelfen. Während das BtMG die »Volksgeundheit« vor gefährlichem »Rauschgift« schützen will,<sup>15</sup> sodass bereits jede abstrakte Gefahr der Verbreitung unter Strafe gestellt wird (so die gängige Rechtfertigung dafür, dass selbst der Besitz geringer Mengen Betäubungsmittel zum Eigenkon-

<sup>13</sup> Ausgespart wird im Folgenden, ob und inwieweit völker- und europarechtliche Verpflichtungen (Suchtstoffübereinkommen, EU-Richtlinien) zu der weitreichenden Pönalisierung im KCanG zwingen (s. zur Vereinbarkeit der 1. Säule die Ausarbeitung des Wiss. Dienst BT, Az. EU 6 024/23 v. 16.6.2023, <https://www.bundestag.de/analysen>), weil diese kein Rechtsgut ersetzen und der Bestrafung von rein konsumbezogenen Handlungen – insbesondere in Ansehung der deutschen Protokollerklärung zum Übereinkommen von 1988 – der nationale Verfassungsvorbehalt entgegensteht (s. Sondervotum Sommer zu BVerfGE 90, 145 [221 f.]; eingehend Krumdiek, Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisprohibition in Deutschland, 2006, S. 207 ff.; a. A. *Weber/Kornprobst/Maier-BtMG*, 6. Aufl. 2021, Einl. Rn. 209).

<sup>14</sup> RegE CanG, BT-Drs. 20/8704, S. 68 f., 93, 108, 130, 132.

<sup>15</sup> Stellvertretend für die h.M. etwa *Patzak/Volkmer/Fabricius-BtMG*, 10. Aufl. 2022, § 29 Rn. 206 ff. m.w.N.

sum strafbar ist),<sup>16</sup> heißt es in der Begründung zum CanG ausdrücklich: Volljährigen »wird ein verantwortungsvoller Umgang ... erleichtert.«<sup>17</sup> Hierzu werden erstmals notwendige Vorbereitungshandlungen erlaubt (§§ 3, 9, 17: Besitz, privater und gemeinschaftlicher Anbau; § 19: Weitergabe/Entgegennahme), deren Strafbarkeit die zuvor bereits nach BtMG theoretisch geltende Straflosigkeit des Konsums praktisch konkretisiert hat. Damit unterscheidet sich das KCanG grundlegend vom BtMG, dem ein unausgesprochenes Abstinenz-Paradigma<sup>18</sup> zu Grunde liegt – nur punktuell aufgebrochen durch die nachträgliche Einführung von Elementen der akzeptierenden Drogenhilfe (etwa Drogenkonsumräume, § 10a BtMG oder neuerdings drug-checking-Modellvorhaben, § 10b BtMG). Welches Rechtsgut § 34 dann noch schützen soll, verraten die Materialien jedoch nicht.<sup>19</sup>

## 2. KINDER- UND JUGENDSCHUTZ?

An vielen anderen Stellen wird betont, dass junge Menschen vor den vom Cannabiskonsum ausgehenden Gefahren geschützt werden sollen.<sup>20</sup> Da Minderjährige nach dem KCanG nicht eigenverantwortlich über diese Form der Selbstschädigung verfügen dürfen (§§ 3 Abs. 1, 2, 16 Abs. 1), wäre ihre ungestörte psychische und physische Entwicklung ein schützenswertes Rechtsgut, aber dieser Aspekt ist allenfalls dort einschlägig, wo es speziell um die Abgabe bzw. Verbrauchsüberlassung an unter 18-Jährige (§ 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 1) oder deren Einbindung in den Vertrieb geht (§ 34 Abs. 4 Nr. 2). Die-

<sup>16</sup> BVerfGE 90, 145 (186) = StV 1994, 295 (300); *Patzak/Volkmer/Fabricius-BtMG* (Fn. 14), § 29 Rn. 208, 993.

<sup>17</sup> RegE CanG, BT-Drs. 20/8704, S. 68.

<sup>18</sup> *Böllinger* KJ 1991, 393 (396).

<sup>19</sup> RegE CanG, BT-Drs. 20/8704, S. 130 ff.

<sup>20</sup> Allein der Begriff »Jugendschutz« taucht 64-mal im RegE auf, s. insbesondere BT-Drs. 20/8704, S. 68 ff.

**»DIE KAUM MESSBAREN  
POSITIVEN EFFEKTE DER  
PROHIBITION STEHEN  
IN KEINEM VERHÄLTNIS  
ZU IHREN HOHEN  
SOZIALEN FOLGEKOSTEN,  
ZUMAL STETS DIE  
EMPIRISCH BELEGTE  
DYSFUNKTIONALE  
WIRKLICHKEIT,  
»DIE DUNKLE SEITE  
DES STRAFRECHTS«,  
MITBEDACHT WERDEN  
MUSS.«**

se Varianten unterfallen allerdings nicht dem Grundtatbestand, sondern stellen erschwerte Begehungsweisen dar, die auf das Unrecht des § 34 Abs. 1 aufbauen. Dagegen ergibt es wenig Sinn, Erwachsenen den Besitz größerer Mengen zum Eigenkonsum zu verbieten, damit Jugendliche geschützt werden. Wenn die bloß abstrakte Gefahr, dass Cannabis letztlich irgendwie doch an Minderjährige gelangen könnte, Strafgrund sein sollte, würde es zudem an jeglicher Konsistenz fehlen. Denn wie ließe sich erklären, dass dieses weitreichende Verbot ausschließlich für das nach toxikologischer und gesetzgeberischer Bewertung nicht besonders gefährliche Cannabis gelten soll, während andere – objektiv gefährlichere – Stoffe von Volljährigen und z.T. Minderjährigen besessen werden dürfen (etwa Klebstoffe/Lösungsmittel, Alkohol oder sog. Lachgas) oder ihr Besitz zumindest nicht bestraft

## ES ERGIBT WENIG SINN, ERWACHSENEN DEN BESITZ GRÖßERER MENGEN ZUM EIGENKONSUM ZU VERBIETEN, DAMIT JUGENDLICHE GESCHÜTZT WERDEN.

wird (neue psychoaktive Stoffe i.S.d. NpSG)? Nicht einmal eine besondere Verbreitungsgefahr ist bei Cannabis ersichtlich, weil es im Gegensatz zu Alkohol und Tabak (jedenfalls auf Grundlage der 1. Säule) nicht im Einzelhandel erworben werden kann und daher schlechter verfügbar sein dürfte.

### 3. GESUNDHEITSSCHUTZ?

Auch der Rekurs auf den Gesundheitsschutz wirkt nur scheinbar plausibel.<sup>21</sup> Neben dem naheliegenden Einwand eines harten Paternalismus, wenn dem Einzelnen in Bezug auf Cannabis die Entscheidung über seine grundsätzlich disponible körperliche und geistige Unversehrtheit entzogen würde, ist erneut daran zu erinnern, dass der eigenverantwortliche Konsum selbst dann akzeptiert wird, wenn er im Übermaß praktiziert wird und zu Schäden führt. Präventiver Bedarf wäre nur bei darüberhinausgehenden Gefahren ersichtlich, also z.B. bei verunreinigtem

<sup>21</sup> Etwa in Bezug auf § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, bei dem wegen der geringen Gefährlichkeit von Cannabis aber fraglich erscheint, wie er jemals verwirklicht werden soll.

Cannabis, aber darauf stellt keine der unzähligen Varianten ab.<sup>22</sup> Im Übrigen wäre das eine Frage des Verbraucherschutzes, die sich an Cannabis-Clubs und nicht Endkonsumierende richten würde.<sup>23</sup>

### 4. BEKÄMPFUNG DER ORGANISIERTEN KRIMINALITÄT?

Für den vielfach beschworenen »Kampf gegen die Organisierte Kriminalität«<sup>24</sup> gilt ebenfalls, dass er nur Teile von § 34 trägt, womöglich das banden- oder gewerbsmäßige Handeltreiben (aber nicht zwingend, s. sogleich III. 3. b.). Demgegenüber ist nicht erkennbar, welchen Bezug die zahlreichen konsumbezogenen Tatvarianten zur Organisierten Kriminalität aufweisen. Wenn jemand seinem Nachbarn abends einen Joint weiterreicht (§ 34 Abs. 1 Nr. 8), hat das offensichtlich nicht das Geringste mit »straff organisierter«<sup>25</sup> Drogenkriminalität zu tun. Zudem ist der gesetzessimmanente Widerspruch mit den Händen zu greifen: Indem das KCanG den Verkauf von Cannabis in keiner Form erlaubt, schafft es doch gerade den Schwarzmarkt, den es gleichzeitig bekämpfen will. Dieser Zirkelschluss kann nur durch eine vollständige – regulierte – Freigabe durchbrochen werden!

### 5. VERWALTUNGSUNRECHT?

Ein ahndungswürdiger Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Gebote kann wiederum nur dort erblickt werden, wo es einen staatlich sanktionierten Herstellungs- und Vertriebsweg gibt, also bei Verletzungen der für Anbauvereinigungen gelten-

<sup>22</sup> Anders dagegen § 42 Abs. 1 Nr. 5 Cann-KG-E von 2018 (BT-Drs. 19/819, S. 23).

<sup>23</sup> Vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 14.

<sup>24</sup> Krit. zum Vokabular Scheffler FS Schwind, 2006, S. 123 (125 f.); Hettinger NJW 1996, 2263 f.

<sup>25</sup> So etwa BT-Drs. 8/3291, S. 5 zur Zielsetzung des BtMG. Ähnlich zuvor bereits BT-Drs. VI/1877, S. 5.

den Regularien, die aber wegen ihres geringen Unwerts zu Recht fast ausschließlich Ordnungswidrigkeiten sind (§ 36 Abs. 1 Nr. 7 ff.).

### 6. »VOLKSGESUNDHEIT LIGHT«

Damit bleibt das Rechtsgut speziell des Grundtatbestands nebulös und es muss ein Kollektivinteresse konstruiert werden, um einen verfassungsrechtlich geforderten legitimen Zweck<sup>26</sup> aus den Motiven herauszudestillieren. Im BtMG sollen die umfassenden Strafvorschriften nach h.M. die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im Ganzen (besonders jugendlicher) vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren schützen und das soziale Zusammenleben vor schädlichen Auswirkungen bewahren.<sup>27</sup> Schon gegen diese universelle Zielsetzung werden in der Literatur gravierende Bedenken erhoben.<sup>28</sup> Insbesondere Vertreter der Frankfurter Schule bezweifeln die Existenzberechtigung solcher Sammel-Rechtsgüter.<sup>29</sup> Der Rekurs auf vage Allgemeininteressen befördere ein rein symbolisches Gefährdungsstrafrecht, das weder eine konkrete Rechtsgutsverletzung noch eine Zurechnung zum Täter voraussetze.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Roxin FS Hassemer, 2010, S. 573 (577) weist darauf hin, dass das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm noch nie von einer »Rechtsgutsverletzung« abhängig gemacht hat, sondern im Rahmen der (verschärften) Verhältnismäßigkeitsprüfung beliebige »legitime Zwecke« genügen lässt.

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 145 (174) = StV 1994, 295 (296); BT-Dr 8/3551, S. 23 f.

<sup>28</sup> Böllinger KJ 1991, 393 (402 ff.); Köhler ZStW 1992, 3 (28 ff.); Nestler-Tremel StV 1992, 273 (275 ff.); Hassemer ZRP 1992, 378 (380 f.); Zaczyk StV 1992, 377 (378); Böllinger KJ 1994, 405 (409 f.); Kreuzer FS Miyazawa, 1995, S. 177 (184 ff.); Haffke ZStW 1995, 761 (781 ff.); Lang, Betäubungsmittelstrafrecht – dogmatische Inkonsistenzen und Verfassungsfriktionen, 2011, S. 55 ff.

<sup>29</sup> Zu ihrem Standpunkt (personale Rechtsgutslehre) NK-StGB/Neumann/Saliger, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 131 ff.

<sup>30</sup> Hassemer NStZ 1989, 553 (557); Hassemer ZRP 1992, 378 (381); Böllinger KJ 1991, 393 (405 f.).

Wenn es in der Begründung zum KCanG heißt, »Anreize zur Ausweitung des Cannabiskonsums sollen nicht geschaffen werden«<sup>31</sup> und zur Erläuterung der Strafvorschriften allgemein auf das BtMG verwiesen wird, lässt sich dieses Destillat am ehesten als »Volksgeundheit light« beschreiben. Gemeint ist damit das allgemeine Interesse, den Cannabiskonsum gesamtgesellschaftlich nicht unnötig zu befördern. Nach dieser Lesart sollen die Strafdrohungen – analog zum BtMG, nur etwas weniger streng – abstrakt dazu dienen, die Verbreitung von Cannabis einzudämmen. Der Umgang wird durch die 1. Säule eben (noch) nicht legalisiert, sondern allenfalls teilweise entkriminalisiert.

Über die genannten grundsätzlichen Einwände hinaus provoziert eine solche Zielsetzung erneut den Vorwurf des Paternalismus, weil am Ende mit dem Vehikel des gesellschaftlichen Funktionierens doch wieder der Einzelne vor sich selbst geschützt werden soll – trotz gleichzeitiger Akzeptanz des freiverantwortlichen Konsums. Das KCanG erhebt diffuse Ängste und Mythen zum Schutzgut, obwohl es den befürchteten Dammbbruch in anderen Ländern ungeachtet einer teils entgrenzten Kommerzialisierung (etwa in den USA) nicht gegeben hat.<sup>32</sup>

Nach alledem mangelt es den Strafvorschriften in weiten Teilen an hinreichender Legitimation und selbst wenn man über diese Lücke hinweggehen wollte, wäre zu begründen, dass es zur Erreichung des vagen Ziels einer maßvoll Cannabis konsumierenden Gesellschaft keine milde-

<sup>31</sup> RegE CanG, BT-Drs. 20/8704, S. 69.

<sup>32</sup> Zu den USA Meta-Gutachten »Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis«, S. 78 ff., <https://www.bundesgesundheitsministerium.de>; zu Kanada amtlicher Cannabis Survey, <https://health-infobase.canada.ca/cannabis/>.

ren Mittel geben soll als die schärfste Waffe des Staates – obendrein in einer extensiven (§ 34 Abs. 1, 2, 5) und übermäßigen Form (§ 34 Abs. 3, 4). Bei Cannabis scheint dem Gesetzgeber die Kriminalstrafe immer noch prima und nicht ultima ratio zu sein.

### IV. BESONDERES: STRAFRAHMEN

Weitere hässliche Seiten des KCanG zeigen sich beim Blick auf die Rechtsfolgen.

#### 1. GRUNDTATBESTAND

Die Strafdrohung des § 34 Abs. 1 ist wie gesagt etwas milder als § 29 Abs. 1 BtMG, jedoch immer noch identisch mit § 4 Abs. 1 NpSG, was angesichts der erheblich divergierenden Risiken nicht nachvollziehbar ist.<sup>33</sup> Es macht einen Unterschied, ob gut erforschtes Cannabis, das sogar in Blütenform als Medikament verschrieben werden kann,<sup>34</sup> verbreitet wird oder ein neuer psychoaktiver Stoff mit mindestens unbekanntem, potenziell sogar tödlichen Nebenwirkungen.

Ein weiterer Wertungswiderspruch liegt darin, dass das NpSG keine Besitzstrafbarkeit vorsieht, d.h. Erwachsene dürfen straflos ein (oder tausend!) kg hochpotente synthetische Cannabinoide besitzen, aber wer 31 g Cannabis schlechter Qualität mit sich führt, macht sich immer noch strafbar. Ganz zu schweigen von der Diskrepanz zur Regulierung von Alkohol. Für Erwachsene gelten keine Mengengrenzen und schon 14-Jährige dürfen – ggf. öffentlich – Bier/Wein konsumieren, solange eine sorgeberechtigte Person anwesend

<sup>33</sup> So bereits Oğlakçioğlu/Sobota ZRP 2023, 194 (196).

<sup>34</sup> Zu medizinischem Cannabis *Diebel Das MedCanG im Schatten der Legalisierung – Arzneimittelregulierung oder doch »BtMG light«?*, in diesem Heft.

## ERWACHSENE DÜRFEN STRAFLOS EIN (ODER TAUSEND!) KG HOCHPOTENTE SYNTHETISCHE CANNABINOIDE BESITZEN, ABER WER 31 G CANNABIS SCHLECHTER QUALITÄT MIT SICH FÜHRT, MACHT SICH IMMER NOCH STRAFBAR.

ist (§ 9 Abs. 2 JuschG).<sup>35</sup> Die Abgabe hochprozentigen Alkohols an Kinder ist lediglich eine Ordnungswidrigkeit (§ 28 Abs. 1 Nr. 10 JuSchG i. V. m. § 9 Abs. 1 JuSchG), wogegen bei Cannabis regelmäßig mindestens drei Monate Freiheitsstrafe drohen (§ 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 3a).

#### 2. (VERDECKTE) VERSCHÄRFUNGEN

So paradox es klingt, hat selbst die Herausnahme aus dem BtMG potenziell strafscharfende Konsequenzen.<sup>36</sup> Während die §§ 29 ff. BtMG noch andere, weitaus gefährlichere Stoffe wie z.B. Heroin oder Fentanyl erfassen, fallen unter § 34 nur noch Verstöße im Umgang mit Cannabis. Dem bisher bestimmenden Umstand,

<sup>35</sup> Was mindestens inkonsistent, wenn nicht gar willkürlich wirkt, wenn man bedenkt, dass gleichzeitig der Konsum von Cannabis in Anwesenheit eines 17-Jährigen oder in Sichtweite eines Spielplatzes (auch nachts!) eine Ordnungswidrigkeit darstellt.

<sup>36</sup> Was jedoch weniger an der Herausnahme liegt als an den überhöhten Strafraumen des § 34.

## SO PARADOX ES KLINGT, HAT SELBST DIE HERAUSNAHME AUS DEM BTMG POTENZIELL STRAFSCHÄRFENDE KONSEQUENZEN.

dass sich letzteres auf der richterrechtlichen Gefährlichkeitsskala des BtMG (Cannabis – Amphetamin – Heroin/Fentanyl/Kokain/Crack) am untersten Ende befindet,<sup>37</sup> kommt also keine Bedeutung mehr zu. Hier drohen gleich in zweierlei Hinsicht versteckte Verschärfungen, die es in sich haben:

Zum einen auf der Ebene der Strafrahmenwahl, wenn bei den Verbrechenqualifikationen über die Anwendung des minder schweren Falls zu entscheiden ist. Nach st. Rspr. ist anhand einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob »das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten ist.«<sup>38</sup> Dieser Durchschnitt speist sich bei § 34 Abs. 4 ausschließlich aus Cannabisdelikten. Dass sich die Tat nur auf eine »weiche Droge« bezieht, ist dann von vornherein kein Umstand mehr, der eine Abweichung begründen kann.

<sup>37</sup> BGH StV 2017, 295 m.w.N.; MüKo-BtMG/Oğlakcioğlu (Fn. 3), § 29 Rn. 573.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 21.6.2012 – 4 StR 77/12; BGH, Urt. v. 24.06.1998 – 5 StR 258/98 jeweils m.w.N.

Da genau dieser bislang allein oder in Verbindung mit weiteren Zumesungstatsachen (etwa Geständnis, Sicherstellung, Ersttat) häufig zur Annahme des minder schweren Falls geführt hat,<sup>39</sup> ist zu befürchten, dass jetzt deutlich mehr Angeklagte aus dem Normalstrafrahmen bestraft werden – und der ist mit zwei Jahren Mindeststrafe wesentlich strenger als z.B. der strengste minder schwere Fall im BtMG (§ 30a Abs. 3 BtMG: sechs Monate bis zehn Jahre). Allein die Verhängung des Minimums erlaubt dann noch die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 2 StGB).

Zum anderen kann sich dieser fehlende Milderungsgrund auf Ebene der konkreten Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten auswirken.<sup>40</sup> Zwar sind die Strafrahmen allesamt etwas niedriger als im BtMG, aber das betrifft bei § 34 Abs. 1 nur das Höchstmaß, das kaum eine Rolle spielt, weil rechtstatsächlich fast alle Strafaussprüche im unteren Drittel verbleiben<sup>41</sup> und die schwerwiegenden Formen fast immer besonders schwere Fälle (etwa § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4) oder Qualifikationen (insbesondere § 34 Abs. 4 Nr. 3, 4) erfüllen werden, bei denen wiederum das erhöhte Mindestmaß Probleme bereitet.

Nicht einmal, ob weiterhin auf die sogar im Vergleich zum legalen Alkohol eher geringe Gefährlichkeit von Cannabis abgestellt werden

<sup>39</sup> BGH NSTZ-RR 2019, 185; MüKo-BtMG/Oğlakcioğlu (Fn. 3), § 29 Rn. 573 jeweils m.w.N.

<sup>40</sup> Um fortan innerhalb des § 34 differenzieren zu können, ist absehbar, dass die Rspr. zum Wirkstoffgehalt als bestimmender Strafzumessungserwägung fortgeführt wird (BGH StV 2023, 450; MüKo-BtMG/Oğlakcioğlu [Fn. 3], § 29 Rn. 584), was aber fragwürdig wäre, weil der THC-Gehalt im gesamten KCanG – außerhalb der Anbauvereinigungen – keine Rolle mehr spielt und Erwachsenen der Umgang auch mit Cannabisprodukten höchster Reinheit erlaubt ist.

<sup>41</sup> Eingehend und mit empirischen Befunden Kasper, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag 2018, S. 16 ff.

kann, erscheint zweifelsfrei. Denn dieser Umstand ist vom Gesetzgeber (wenn auch unzureichend) bereits bei der Festlegung der Strafrahmen berücksichtigt worden. Andererseits ließe sich mit Blick auf die mehr als 16 verschiedenen Begehungsformen des § 34 Abs. 1 argumentieren, dass die oberen Bereiche der Skala den wenigen gravierenden Fällen vorbehalten sind, während die geringe Toxizität bei einer allenfalls abstrakten Abgabefahr (etwa bei Besitz, Einfuhr oder Erwerb zum Eigenkonsum) nach wie vor durchschlägt. In jedem Fall ist gegen eine zurückhaltende Strafzumessung – besonders bei konsumbezogenen Verstößen – nichts einzuwenden.

## V. QUALIFIKATIONSTATBESTÄNDE

Zuletzt noch zwei Anmerkungen zu den Verbrechenqualifikationen.

### 1. DIE »NICHT GERINGE MENGE«

Bedauerlicherweise hält der Gesetzgeber im KCanG an der nicht geringen Menge fest (§ 34 Abs. 4 Nr. 3, 4).<sup>42</sup> Gegen dieses Merkmal werden bereits im BtMG zahlreiche Einwände vorgebracht,<sup>43</sup> die das BVerfG im berühmten Cannabis-Beschluss von 1994 jedoch nicht aufgegriffen hat.<sup>44</sup> In Bezug auf Art. 103 II GG walten allgemein großzügige Maßstäbe, indem die Konkretisierung eines für sich

<sup>42</sup> Daneben fungiert sie als Regelbeispiel in § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4.

<sup>43</sup> Lang (Fn. 28), S. 240 ff. m.w.N.

<sup>44</sup> Das BVerfG hat keine eigenständige Prüfung am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG vorgenommen, sondern sich nur unter Verhältnismäßigkeitsaspekten mit der »nicht geringen Menge« befasst. Die Bestimmung durch die Rspr. wird jedoch nicht beanstandet mit dem Hinweis, dass sie änderbar sei und ggf. »verfassungskonform« zu erfolgen habe, BVerfGE 90, 145 (192) = StV 1994, 295 (301).

**BILD:**  
Unter diesem Christbaum feiert man besser alleine - ab drei Personen gilt man als »Bande«.

genommen zu unbestimmten Merkmalen durch eine st. Rspr. genügen soll – verbunden mit einem sog. Präzisionsgebot an die Gerichte.<sup>45</sup> Aus diesem Grund ist nicht zu erwarten, dass das BVerfG beim KCanG eingreifen wird. Gleichwohl halte ich die »nicht geringe Menge« für zu unbestimmt. Anhand von Wortlaut, System, Historie sowie Sinn und Zweck lässt sich schwerlich zwingend herleiten, ob sie mindestens 100, 1.000 oder 10.000 g beträgt. Und wovon eigentlich? Blüten, Haschisch oder THC? »Cannabis« i.S.d. Gesetzes erfasst all dies und noch mehr (§ 1 Nr. 8). Insoweit hilft auch die im BtMG praktizierte »Methodik«<sup>46</sup> nur bedingt weiter, weil das KCanG eben nur Cannabis betrifft und – anders als zuvor – die Gesundheitsgefährdung durch den Konsum explizit billigt, womit sich die Gefährlichkeitslogik des Betäubungsmittelrechts grundsätzlich nicht verträgt.

Die Unbestimmtheit wird zu regional unterschiedlichen Praktiken und einem Schwebезustand führen, während dessen das Risiko einer Verbrechenstrafbarkeit für Normadressaten unvorhersehbar bleibt. Darüber hinaus bleibt ein staatsorganisationsrechtliches Störgеfühl, wenn die Judikative durch ein bewusst ausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal zum

<sup>45</sup> Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 432 m.w.N. Kritik etwa bei MüKo-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2020, StGB § 1 Rn. 57 ff. m.w.N.

<sup>46</sup> Abzustellen ist vorrangig auf »äußerst gefährliche Dosis«, hilfsweise »übliche Konsumeinheit«; Bewertung der Gefährlichkeit vor allem durch Vergleich zu »ähnlichen Substanzen«, s. BGH, Urt. v. 02.11.2010 – 1 StR 579/09 = StRR 2011, 109.



Gesetzgeber gemacht wird. Allgemein gültig über derart schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit der Bürger zu disponieren und die Folgen der »geänderten Risikobewertung« für die strafrahmenrelevante Mengenlehre abzuwägen, ist Aufgabe der Legislative.

Klar ist nur: Weil die (Besitz-)Strafbarkeit erst über 30/60 g beginnt und die Gefährlichkeit von Cannabis neu bewertet wurde, muss der Wert deut-

lich höher bestimmt werden als die seit 1984 (!) nicht mehr aktualisierten 7,5 g THC.<sup>47</sup> Persönlich bin ich der Meinung: Wenn es überhaupt eine verbrechensbegründende nicht geringe Menge Cannabis geben sollte, dann nicht unter einem Kilogramm – wovon auch immer!<sup>48</sup>

<sup>47</sup> So ausdrücklich RegE CanG, BT-Drs. 20/8704, S. 132, 148.

<sup>48</sup> Näher Sobota NJW 2024, 1217 (1218 f.).

## 2. BANDENMÄSSIGES HANDELTREIBEN MIT NICHT GERINGER MENGE

§ 34 Abs. 4 Nr. 3 übernimmt schließlich eine weitere aus dem BtMG bekannte Qualifikation. Statt mindestens fünf wie in § 30a Abs. 1 BtMG werden im KCanG »nur noch zwei Jahre Freiheitsstrafe angedroht, aber auch dieser Verbrechenstatbestand schießt derart weit über das Ziel hinaus, dass er einschränkender Auslegung bedarf. In der Gesetzesbegründung heißt es, »eine Heraufsetzung der Mindeststrafe [...] ist dringend erforderlich, denn die bandenmäßige Tatbegehung ist der organisierten Kriminalität zuzurechnen und zeichnet sich durch einen hohen Unrechtsgehalt aus [...]. Es ist eines der Ziele des Gesetzesvorhabens, den Schwarzmarkt und die organisierte Kriminalität entschieden zu bekämpfen.«<sup>49</sup> Damit wiederholt der Gesetzgeber einen Fehler, der in der Literatur schon seit den sog. Bekämpfungsgesetzen der 1990er Jahre heftig kritisiert wird: Einerseits soll mit den verschärften Straftatbeständen ausschließlich die Organisierte Kriminalität adressiert werden, andererseits wird zu diesem Zweck ein grobschlächtiges Merkmal ohne jede Trennschärfe verwendet.<sup>50</sup> Denn eine Bande setzt nach h.M. lediglich den Zusammenschluss von mindestens drei Personen zur fortgesetzten Begehung der im Gesetz genannten Taten voraus.<sup>51</sup> Die unreflektierte Gleichsetzung von »Bande« mit »Organisierter Kriminalität« führt zu einer sinnlosen Überkriminalisierung von Deliktsformen, die mit Organisierter Kriminalität nicht das Geringste gemein haben.<sup>52</sup> Insbesondere dro-

<sup>49</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 20/10426, S. 136.

<sup>50</sup> Erb NSTz 1998, 537 (538).

<sup>51</sup> BGHSt 46, 321 = StV 2001, 399; BGH StV 2001, 407.

<sup>52</sup> Hassemer KJ 1992, 64 (66); Erb NSTz 2001, 561 (562); Sobota NSTz 2013, 509 (511).

hen nach wie vor Konsumierende aus Tatbeständen bestraft zu werden, die eigentlich für die international agierende Drogenmafia gedacht sind. Dazu ein kleines Beispiel:<sup>53</sup>

### FALLBEISPIEL »KIFFER-WG«

A, B und C leben in einer WG und beschließen, fortlaufend gemeinsam Cannabis anzubauen (15 Pflanzen, drei Ernten/Jahr). Die Hälfte des jeweiligen Ertrages von ca. 600 g getrockneten Blüten guter Qualität konsumieren sie selbst. Den Rest verkaufen sie für 10 Euro/Gramm im Bekanntenkreis, um mit dem Gewinn die Kosten für die Plantage (insbes. Strom) zu amortisieren. Strafbarkeit nach § 34 IV KCanG?

- »Handeltreiben« = jede eigennützige umsatzbezogene Tätigkeit

- »Bande« = drei oder mehr Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung der genannten Taten zusammengeschlossen haben

- »nicht geringe Menge« = ??? (deutlich mehr als 7,5 g THC)

= »bandenmäßiges Handeltreiben in nicht geringer Menge«

Hier könnten sich die Bewohner nach § 34 Abs. 4 Nr. 3 wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis in nicht geringer Menge strafbar gemacht haben. Handeltreiben ist nach st. Rspr. weit auszulegen und erfasst jedes eigennützige Bemühen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern.<sup>54</sup> Hier-

<sup>53</sup> Ein Dank gilt an dieser Stelle @Homegrow\_Pro, der das Fallbeispiel akribisch auf Plausibilität geprüft hat.

<sup>54</sup> BGHSt 6, 246; BGHSt 50, 252 = StV 2006, 634; BGH NSTz 2021, 53; zum Ganzen MüKo-BtMG/Oglakcioğlu (Fn. 3), § 29 Rn. 224 ff. m.w.N.

zu genügt bereits die teilweise Weiterverkaufsabsicht beim Anbauen, um den Eigenbedarf zu finanzieren (sog. Konsumentendealer). Und eine Bande liegt wie gesagt schon dann vor, wenn sich drei Personen zur fortgesetzten Begehung der genannten Taten (hier: Anbauen, Herstellen und Handeltreiben) zusammengeschlossen haben. Auf einschränkende Kriterien (übergeordnetes Bandeninteresse etc.) verzichtet die h.M., sodass auch ein bereits bestehender Zusammenschluss als Wohngemeinschaft nicht entgegensteht. Selbst mit einem engeren Begriff, wie ich ihn zum BtMG vertrete, würden nur reine Anbaugemeinschaften aus der Bande ausscheiden.<sup>55</sup> Wenngleich die neue »nicht geringe Menge« noch nicht beziffert ist, erscheint ihr Erreichen nicht ausgeschlossen, zumal je nach den Umständen des Einzelfalls (etwa gemeinsame Lagerung oder gesammelter Verkauf) mehrere Anbauvorgänge zu einer sog. Bewertungseinheit zusammenzufassen wären.<sup>56</sup> Damit droht der »Kiffer-WG« tatsächlich eine unbedingte Freiheitsstrafe!

Aus praktischer Sicht mag an dieser Stelle der Einwand naheliegen, dass – wie bei § 30a BtMG üblich – kurzerhand auf den minder schweren Fall ausgewichen wird. Das ist grundsätzlich möglich, setzt aber voraus, dass Konstellationen wie die teilweise handeltreibende Anbaugemeinschaft nicht allzu häufig auftreten – was zu belegen wäre, denn nochmals: Das KCanG erfasst nur noch Cannabisdelinquenz, während bspw. internationale Kokain-Kartelle, mit denen das bandenmäßige Handeltreiben primär assoziiert werden dürfte, weiterhin unter das BtMG fallen und nicht (mehr) als Vergleichsmaßstab herangezogen werden können.

<sup>55</sup> Sobota NSTz 2013, 509 (511 ff.).

<sup>56</sup> Patzak/Volkmer/Fabricius-BtMG (Fn. 14), § 29 Rn. 474, 489; MüKo-BtMG/Oglakcioğlu (Fn. 4), § 29 Rn. 455.

Eine dogmatische Lösung könnte daher beim Vergleichsmaßstab ansetzen. Konkret bietet sich eine Normativierung an, indem der »Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle« anhand der gesetzgeberischen Zielvorstellung gebildet wird (»Organisierte Kriminalität«).<sup>57</sup> Mir ist bewusst, dass die Rspr. den sog. normativen Normalfall als Orientierungspunkt für die konkrete Strafzumessung aus guten Gründen ablehnt.<sup>58</sup> Diese Einwände lassen sich allerdings schon deshalb nicht auf die Ebene der Strafrahmenwahl übertragen, weil sich der BGH hier bereits eines theoretischen und – seiner Bezeichnung zum Trotz – gerade nicht empirischen Bezugspunkts bedient, der einer teleologischen Normativierung ohne weiteres zugänglich ist. Auf diese Weise könnten Sachverhalte, die nicht dem typischen Bild von Organisierter Kriminalität entsprechen und gar nicht erst vom Qualifikationstatbestand erfasst sein sollten, zumindest aus dem milderen Ausnahmestrafrahmen bestraft werden.

## VI. ABSCHLIESSENDE BEWERTUNG

Auch wenn ich mich dem Titel folgend auf die »hässliche Seite« konzentriert habe, ist das CanG als erster wichtiger Schritt zu einer evidenzbasierten Drogenpolitik zu begrüßen.<sup>59</sup> Die Bedeutung der Reform sollte angesichts des hartnäckigen Widerstands nicht unterschätzt werden. Dennoch ist der neue Ansatz aus wissenschaftlicher Sicht unnötig restriktiv und in sich widersprüchlich. Das birgt verschiedene Gefahren.

<sup>57</sup> Etwa analog der vom BKA seit 1990 genutzten Arbeitsdefinition, s. BKA, Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2022, S. 12.

<sup>58</sup> BGHSt 34, 345 (351 ff.); s. dazu NK-StGB/Streng (Fn. 28), § 46 Rn. 140 f., 177 ff.; Sch/Sch-StGB/Kinzig, 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 59; MüKo-StGB/Maier, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 535 jeweils m.w.N.

<sup>59</sup> So bereits Oglakcioğlu/Sobota ZRP 2023, 194 (195).

Zunächst dürfte ein beträchtlicher Schwarzmarkt verbleiben – mit all seinen negativen Begleiterscheinungen. Zwar werden sicherlich Teile der Konsumierenden die legalen Versorgungswege nutzen. Hanffreunde, die fähig und willens sind, die detaillierten Vorgaben für Anbauvereinigungen einzuhalten und sich der strengen behördlichen Überwachung inkl. jahrelanger Speicherung der bezogenen Mengen auszusetzen, werden in Clubs ihr Bio-Cannabis züchten – mit Satzung, Kassenwart und Mitgliederversammlung. Ebenso wird es zahlreiche Hobby-Gärtner geben, die mit Hingabe ihre drei Pflänzchen pflegen. Der Rest – vor allem Gelegenheitskonsumierende oder die so. typische Klientel des BtMG – wird dagegen weiterhin auf dem Schwarzmarkt kaufen und verkaufen. Dort könnte auf den unteren Ebenen womöglich von den 25 g erlaubten Besitzes profitiert werden, weil ein Handel nicht immer nachweisbar und Erwerb bis zu dieser Grenze bewusst nicht unter Strafe gestellt ist. Dass der eine oder andere »Klein-Dealer« davonkommt, dürfte eher zu verschmerzen sein als der umgekehrte Befund, dass durch die Besitzstrafbarkeit Konsumierende verdeckt als Händler bestraft werden.<sup>60</sup>

Angesichts der Fülle an Strafvorschriften ist zu befürchten, dass es weiterhin zahlreiche Cannabis-Verfahren geben wird, die wiederum eine unnötige Belastung der Justizressourcen mit sich bringen. Unnötig, weil nach wie vor ohne hinreichenden Grund viele konsumbezogene Verhaltensweisen unter Strafe stehen und die extensiven Tatbestände zu solchen Ermittlungen geradezu einladen. Das lehrt jedenfalls die Erfahrung aus dem BtMG, das gerade einmal in ca. 20 % der Fälle Händler betrifft.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Schallert/Sobota StV 2013, 724 (726).

<sup>61</sup> 264.948 von 340.677 Verfahren (= 78 %) im Jahr 2022 waren konsumnah, s. BKA, Bundeslagebild Rauschgiftkriminalität 2022, S. 2, 5, 21.

**‘DASS DER EINE  
ODER ANDERE  
»KLEIN-DEALER«  
DAVONKOMMT, DÜRFTE  
EHER ZU VERSCHMERZEN  
SEIN ALS DER  
UMGEKEHRTE BEFUND,  
DASS DURCH DIE  
BESITZSTRAFBARKEIT  
KONSUMIERENDE  
VERDECKT ALS HÄNDLER  
BESTRAFT WERDEN.’**

Die ausufernde Strafbarkeit bringt noch einen weiteren unschönen Aspekt mit sich, nämlich die eingangs bereits erwähnte dunkle Wirklichkeit der Strafrechtspflege. Schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vollzieht sich nicht nur nach rechtlichen, sondern auch sozialen, demografischen und ethnischen Kriterien.<sup>62</sup> Besonders die massenhaft zu erwartenden Verstöße gegen Besitz- und Anbaugrenzen sowie Abgabe- und Überlassungsverbote sind sog. opferlose Kontrolldelikte, deren Aufdeckung ebenso vom Einsatz polizeilicher Ressourcen (wer und wo wird kontrolliert?) wie Anzeigeverhalten der Bevölkerung abhängt, worin ein erhebliches Diskriminierungspotenzial schlummert. Das Sanktionsrisiko wird also regional und sozial sehr unterschiedlich ausfallen – Bayerns »Cannabis-SEK«

<sup>62</sup> Näher und m.w.N. Köbel NK 2019, 249 (257 ff.).

**BILD:** Flyer des AK Kritische Jurist\*innen Mainz in Kooperation mit Spiegelbild (© gegenfeuer Berlin) anlässlich einer Lesung des Journalisten Ronen Steinke (Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich, 2022) in Wiesbaden.

lässt grüßen.<sup>63</sup> Bevor ich jedoch mit einem derart deprimierenden Befund abschließe, möchte ich lieber über Verbesserungsvorschläge sprechen.

## VII. SCHÖNHEITSKUR

Die Lösung ist erstaunlich einfach und führt zurück zum Vortragstitel: »Her mit der 2. Säule!« Ohne sie handelt es sich bei der ursprünglich groß angekündigten Legalisierung bloß um eine unvollkommene Entkriminalisierung, die viele Probleme der Prohibition verlängert. Erfahrungen aus anderen Ländern zeigen, dass nur ein niedrigschwelliger legaler Zugang den Schwarzmarkt nennenswert schrumpfen lässt und der Organisierten Drogenkriminalität ihr Betätigungsfeld nimmt.<sup>64</sup> Derartige Auswüchse existieren allein wegen der Verbotspolitik, während von illegalen Bierbrauer-Banden oder einer Wein-Mafia nichts bekannt ist. Ferner mindert ein legaler Markt auch für Konsumierende die Anreize, gegen das KCanG zu verstoßen, jedenfalls solange er wettbewerbsfähig ist. Entscheidend ist, dass Preis, Auswahl, Verfügbarkeit und Qualität mit dem illegalen Marktführer mithalten

<sup>63</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-legalisierung-gesetz-bundesrat-holetschke-zentrale-kontrolleinheit-bayern-csu/>.

<sup>64</sup> S. dazu Meta-Gutachten (Fn. 34), S. 81 (zu den USA); zu Kanada die offizielle Mitteilung des Canadian Centre on Substance Use and Addiction, <https://www.ccsa.ca/cannabis-legalization-legal-access-and-illegal-market>.

»  
Der Konsum von Drogen geht durch alle Schichten, die Bestrafung nicht.  
«

können.<sup>65</sup> Aus kriminologischer Perspektive dringend indiziert ist also die kurzfristige Einführung des seit April 2023 angekündigten »kontrollierten Vertriebs in Modellprojekten«,<sup>66</sup> die den Weg zu einem vollständig regulierten Markt für Cannabis zu Genusszwecken bereiten.

Mittelfristig wäre aus strafrechtsdogmatischer Sicht eine Reform des KCanG zu wünschen, nicht nur, um die o. g. Legitimationslücken, Friktionen und Überkriminalisierungen abzubauen, sondern auch, um die vielen handwerklichen Fehler zu beheben. Konkrete Vorschläge für eine globale Liberalisierung wurden im Gesetzgebungsverfahren bereits unterbreitet, aber fast vollständig ignoriert.<sup>67</sup> Die Chancen dürften daher schlecht stehen, wenngleich die Hoffnung erlaubt ist, dass die überfällige Lockerung der internationalen Verträge und des Europarechts, für die sich die Bundesregierung einsetzen möchte, im Anschluss die nationale

<sup>65</sup> Anders als § 19 Abs. 4 S. 2 suggeriert, gehört dazu unbedingt ein Versandhandel – den gibt es im Darknet nämlich längst...

<sup>66</sup> <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/eckpunkte-cannabis-12-04-23.html>.

<sup>67</sup> Oğlakcioğlu/Sobota/Diebel Toxichem Krimtech 2024, 32 (37 ff.).

Politik ermutigt, bei der Drogenregulierung weniger Strafrecht zu wagen.

Langfristig träume ich von einem echten Paradigmenwechsel, sprich einer umfassenden Reform des BtMG. Zur ganzen Wahrheit gehört nämlich, dass die Motive für das CanG ebenso für alle anderen Betäubungsmittel gelten. Das bezieht sich sowohl auf die normativen Argumente, eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung/-schädigung nicht mit Kriminalstrafe zu belegen, als auch auf die empirischen Befunde, wonach das Strafrecht die Probleme durch Drogengebrauch keinesfalls mindert, sondern sie verschärft und viele weitere erst erschafft (etwa den Markt für immer neue und womöglich gefährlichere synthetische Cannabinoide und andere Legal Highs).<sup>68</sup> Auch wenn die Wissenschaft Verständnis aufbringen muss, dass sich tiefgreifende politische Veränderungen stets in kleinen Schritten vollziehen, verengt sich die Diskussion bisher zu Unrecht auf den Umgang mit Cannabis. Immerhin bewegt sich nach Jahrzehnten des drogenpolitischen Stillstands überhaupt etwas – und die Richtung stimmt!

<sup>68</sup> Dazu Sobota/Klose/Reinold StV 2023, 282.



DR. JUSTINE DIEBEL

# DAS MEDCANG IM SCHATTEN DER LEGALISIERUNG

## ARZNEIMITTEL-REGULIERUNG ODER DOCH BTMG LIGHT?

Der medizinische Gebrauch von Cannabis hat sich als therapeutische Option, insbesondere für chronisch kranke Patient\*innen, etabliert. Mit dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis (CanG) sollen künftig auch die Rahmenbedingungen für die medizinische Anwendung von Cannabis reformiert werden. Zunächst setzt Art. 3 Nr. 5 CanG die geplante Herausnahme von Cannabis aus dem BtMG um. Medizinalcannabis unterliegt damit ausschließlich dem Arzneimittelrecht. Nach Art. 2 CanG wird Medizinalcannabis zudem durch das Gesetz zur Versorgung mit Cannabis zu medizinischen und medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken (MedCanG-E) reguliert, mithin erstmals in einen eigenständigen Regelungskatalog über-

führt und so von Konsumcannabis abgegrenzt. Während sich die Regulatorik von Arzneimitteln, die keine Betäubungsmittel sind, im Wesentlichen nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) richtet, geht der Beitrag der Frage nach, ob in Anbetracht zahlreicher Sonderbestimmungen das MedCanG genutzt wurde, um eine Annäherung an eine Arzneimittelregulierung zu erzielen und bestehende Herausforderungen aufzuarbeiten.

### I. EINLEITUNG

Nahezu gänzlich im Schatten der »Legalisierung« hat sich die Reform zum Umgang mit Medizinalcannabis bewegt. Diese eher stiefmütterliche Aufmerksamkeit hat sich bereits im Koalitionsvertrag »Mehr Fortschritt

wagen«<sup>1</sup> abgezeichnet. Unter dem Stichpunkt Drogenpolitik wurde seinerzeit ausschließlich der Umgang mit Konsumcannabis thematisiert sowie Rahmenbedingungen und Modi hierfür umrissen.<sup>2</sup> Die im Gesetzgebungsverfahren irgendwie geartete Einpreisung von Medizinalcannabis in grundlegende Änderungen der Regulatorik von Konsumcannabis ist tatsächlich und rechtlich keinesfalls implizit. So bestehen zwischen Genuss- und Arzneimitteln faktische sowie normative Unterschiede. Bei Bestimmungen des AMG geht es vor allem darum, Vertriebswege und deren Einhaltung sicherzustellen und Sorge zu tragen, potentiell von Arzneimitteln ausgehende Gefahren durch bestmögliche Qualitätssicherung zu minimieren. Hierdurch soll eine möglichst sichere Verbreitung

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP).

<sup>2</sup> S. 87 des Koalitionsvertrags.

gewährleistet werden, wohingegen das Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Konsumcannabis andere Zielsetzungen verfolgt.<sup>3</sup> Hierfür enthält es zahlreiche Einschränkungen (etwa zulässige Besitzmengen) und auch die Weitergabe und Verbreitung von Konsumcannabis soll begrenzt werden.<sup>4</sup> Eine Gleichschaltung von Genuss- und Arzneimitteln innerhalb der Reform wird allenfalls der Umstand gerecht, dass damals wie heute in Teilen der Gesellschaft ein Unverständnis oder Unglauben der therapeutischen Verwendung von Medizinalcannabis besteht.

Die Risiken und Nebenwirkungen einer unzureichenden Unterscheidung zwischen Genuss- und Arzneimittel bestehen im Tatsächlichen vor allem darin, dass das therapeutische Potential von Cannabis Gefahr läuft, unterschätzt zu werden. Hand in Hand einher gehen die zurückhaltende bis fehlende Akzeptanz und mangelnde Bereitschaft breit angelegter Studien und Forschungsvorhaben. Auch in der Judikatur hat sich ein grundlegender Argwohn eingeschlichen, vor allem wenn es darum ging, dass Beschuldigte Cannabis zur Selbsttherapie unerlaubt erworben oder angebaut haben. Ich erinnere mich in diesem Zusammenhang an einen Beitrag von Prof. Kudlich zu einer Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis zur Schmerzlinderung, dessen Überschrift das Dilemma nicht besser hätte auf den Punkt bringen können. Sie lautete »Das Zeug ist nur zur Schmerztherapie...mhh, na klar!«<sup>5</sup>

In rechtlicher Hinsicht steht zu befürchten, dass gesetzgeberisch ausgemachte Risiken von Konsumcannabis und die hierauf zugeschnittene drogenpolitische Zielsetzungen in arzneimittelrechtliche Bestimmun-

gen transferiert werden und sich das Stigma das BtMG in neuem Gewand fortsetzt. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur holzschnittartig, sondern würde einfachgesetzlich und grundrechtliche Wertentscheidungen auf den Kopf stellen. Strafbewehrte Regelungen zum Umgang mit Konsumcannabis sind Ausdruck einer Risikobewertung, bei welcher dem Gesetzgeber bis zur Grenze des Übermaßverbotes weitgehender Freiraum zugestanden wird. In der Konsequenz war bislang der Umgang mit Cannabis zu Genussmittelzwecken nicht erlaubnisfähig und konsumvorbereitendes Verhalten stets strafbar. Anders verhält es sich dagegen bei der Strafbarkeit des Umgangs mit Arzneimitteln. Einen »Patientenschutz vor sich selbst« ist dem AMG fremd. Anderen Maßstäben müssen zudem Beschränkungen der medizinischen Versorgung mit Cannabis gerecht werden, was auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts veranschaulicht. Während das Bundesverfassungsgericht im sog. »Cannabisbeschluss«<sup>6</sup> dem Recht auf Rausch i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG eine Absage erteilt hat, sind medizinische Zugangsbeschränkungen am grundrechtlichen Werthorizont von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu messen. Aufsehenerregend war in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2005, wonach die Erlaubniserteilung nach § 3 Abs. 2 BtMG für den Erwerb von Cannabis zur Behandlung einer MS-Erkrankung im öffentlichen Interesse liegen und damit erlaubnisfähig sein kann.<sup>7</sup> Etwas mehr als ein Jahrzehnt später entschied es zudem, dass der Eigenanbau von Cannabis zu therapeutischen Zwecken ebenfalls er-

laubnisfähig und die Ausübung des behördlichen Ermessens bei Erteilung einer Anbaugenehmigung wegen des von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Schutzes der körperlichen Unversehrtheit rechtlich zwingend zu Gunsten der Erlaubniserteilung vorgezeichnet sein kann.<sup>8</sup>

## II. AKTUELLE REGULATORIK VON MEDIZINALCANNABIS

Die Regulatorik zu Medizinalcannabis hat sich hieran anknüpfend bereits vor sieben Jahren deutlich von derer zu Konsumcannabis unterschieden. Sie war lange Zeit ideologisch motiviert, hat sich aber mit dem »Cannabis als Medizin Gesetz«<sup>9</sup> vom 6. März 2017<sup>10</sup> grundlegend geändert. Danach sind Cannabisblüten aus einem den Vorgaben der Art. 23 und 28 Abs. 1 ÜK 1961 entsprechenden staatlich kontrollierten Anbau sowie Zubereitungen nach Maßgabe von § 13 BtMG verschreibungsfähig geworden. Die hierfür eingerichtete Cannabisagentur<sup>11</sup> ist dabei als Pharmazeutisches Unternehmen und Großhändler tätig -sozusagen Dealer-, der Anbau erfolgt durch private Unternehmen, die über ein europaweites Ausschreibungsverfahren von der Cannabisagentur beauftragt wurden.<sup>12</sup> Für gesetzlich versicherte

<sup>8</sup> BVerwG, Urt. v. 6.4.2016 – 3 C 10/14.

<sup>9</sup> BGBl. I 2017, S. 403 ff.

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/8965, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw03-de-betaeubungsmittel-487044#:~:text=Patienten%20sollen%20k%C3%BCnftig%20getrocknete%20Cannabis,Wirkstoffen%20Dronabinol%20oder%20Nabilon%20geschaffen> (zuletzt 27.01.2024).

<sup>11</sup> Die am Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) errichtete Cannabisagentur ist für den kontrollierten Anbau, die Ernte, die Verarbeitung, die Qualitätsprüfung, die Lagerung, die Verpackung und die Abgabe an Apotheken der Cannabisblüten in Deutschland verantwortlich, [https://www.bfarm.de/DE/Bundesopiumstelle/Cannabis-als-Medizin/Cannabisagentur/\\_node.html](https://www.bfarm.de/DE/Bundesopiumstelle/Cannabis-als-Medizin/Cannabisagentur/_node.html).

<sup>12</sup> <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2019/pm1-2019.html>.

<sup>6</sup> BVerfGE 90, 145 ff.

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil vom 19. 5. 2005 - 3 C 17/04 = BVerwGE 123, 352 ff.; kritisch Wagner, PharmR 2008, 18 ff.; BVerfGE 123, 352, wobei die Verfassungsbeschwerde mangels Erschöpfung des Rechtswegs nicht zur Entscheidung angenommen wurde.

<sup>3</sup> Zum KCaNG, Sobota, in diesem Heft.

<sup>4</sup> BT-Drs. 20/8704 S. 76 ff.; Oğlakcioğlu/Sobota, ZRP 2023, 194 (196).

<sup>5</sup> JA 2017, 72.

**DIE RISIKEN UND NEBENWIRKUNGEN EINER UNZUREICHENDEN UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN GENUSS- UND ARZNEIMITTEL BESTEHEN IM TATSÄHLICHEN VOR ALLEM DARIN, DASS DAS THERAPEUTISCHE POTENTIAL VON CANNABIS GEFAHR LÄUFT, UNTERSCHÄTZT ZU WERDEN.**

Patient\*innen wurde in diesem Zuge ein Versorgungsanspruch nach § 31 Abs. 6 SGB V geschaffen. Ziel dieser Reform war, die ausreichende und standardisierte Versorgung von Patient\*innen sicherzustellen.<sup>13</sup> Schwerkranke Menschen müssten bestmöglich versorgt werden und die gesetzliche Krankenkasse die Kosten für die Therapie übernehmen. Da Medizinalcannabis bereits Teil des legalen Arznei- und Betäubungsmittelverkehrs ist, war damit zu rechnen, dass mit der geänderten Risikobewertung und Abschaffung des Betäubungsmittelstatus Restriktionen abgebaut und das Augenmerk auf die vorhandenen praktischen Schwierigkeiten innerhalb der bloßen Arzneimittelregulierung gelegt wird. Diese sind für eine sachgerechtere Regulierung richtungsweisend und führen sozusagen »aus sich selbst heraus« an den Arbeitstitel des Vortrags heran: Hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des MedCanG aktuelle Schiefen aufgefingren, um eine verbesserte und erleichterte Arzneimittelregulierung zu erzielen oder doch den Schwerpunkt auf eine eigene, ggf. abgeschwächte Betäubungsmittelregulierung gelegt?

## 1. PHARMAZEUTISCHE ANBAUER, HERSTELLER UND HÄNDLER

Während Medizinalcannabis Betäubungsmittel i.S.d. Anlage III des BtMG ist, bereitet die arzneimittelrechtliche Einordnung wesentlich von dessen Verarbeitungsstadium abhängt und Schwierigkeiten, da die Klassifizierung durch die Arzneimittelüberwachungsbehörden der Länder nicht harmonisiert ist.

Das AMG legt nicht fest, ab welchem Herstellungsschritt von einem Arzneimittel auszugehen ist, sodass es hierbei auf den Einzelfall ankommt. Cannabisblüten werden daher seit 2017 verschiedenartig, etwa als pflanzlicher Wirkstoff für

Rezepturarztneimittel, andernorts als pflanzliches Arzneimittel oder als Fertigarzneimittel eingestuft.<sup>14</sup> Die uneinheitliche Einordnung führt zu Rechtsunsicherheiten, da je nach Einstufung unterschiedliche rechtliche arzneimittelrechtliche Rahmenbedingungen für das Inverkehrbringen von Cannabisblüten einhalten müssen.<sup>15</sup>

## 2. ÄRZT\*INNEN

Die Verschreibung als Phytopharmakon erfolgt stets »off-label«<sup>16</sup>, da Cannabisblüten für keine Indikation zugelassen sind. Indes gilt die Wirkung cannabisbasierter Medikamente als gesichert für Indikationen, wo bereits cannabisbasierte Präparate zugelassen sind (etwa bei Multiple Sklerose oder chemotherapiebedingte Übelkeit).<sup>17</sup> Cannabis darf nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 BtMG verschrieben, verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überlassen werden, wenn die Anwendung am oder im menschlichen Körper begründet ist. Das Gesetz formuliert dabei eine Ultima-Ratio-Regel, wonach der beabsichtigte Behandlungserfolg auf andere Weise nicht erreicht werden darf. Für eine den Anforderungen des § 13 BtMG genügende Verschreibung haben Ärzt\*innen die jeweils zur Auswahl stehenden therapeutischen Methoden miteinander zu vergleichen und dabei mit nicht unerheblichem Aufwand Vorteile, Ri-

<sup>14</sup> Dazu etwa OLG Hamburg, Beschl. v. 22. 12. 2020 – 3 W 38/20 = PharmR 2021, 265; Gillhausen, PharmR 2022, 726; Köbler, PharmR 2021, 325; Kieser/Köbler, Leitfaden für die Verkehrsfähigkeit von Cannabisprodukten, 2021.

<sup>15</sup> So gelten für die Herstellung von Arzneimitteln und Wirkstoffen etwa die von der europäischen Kommission veröffentlichten Leitfäden (EG-GMP), wohingegen bei der Herstellung pflanzlicher Arzneimittel GACP Standards einzuhalten sind. Weiterhin sieht § 3 Abs. 2 AMWHV für Arzneimittel einerseits und Wirkstoffe zur Herstellung von Arzneimitteln andererseits unterschiedliche Anforderungen vor.

<sup>16</sup> Gemeint ist der zulassungsüberschreitende Gebrauch von Arzneimitteln außerhalb des genehmigten Anwendungsbereichs.

<sup>17</sup> MüKoStGB/Oglakcioglu, 4. Aufl. 2022, BtMG § 13 Rn. 27.

siken, Belastungen und Effektivität der zur Verfügung stehenden Maßnahmen abzuwägen. Spiegelbildlich hierzu sind unbegründete Verschreibungen nach § 29 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) BtMG strafbewehrt. Für Ärzt\*innen besteht nicht zu unterschätzender bürokratischer Aufwand und empirische Unklarheiten in der Verordnungspraxis, zudem stößt die medizinische Verwendung von Cannabis als zugleich am meisten konsumierte illegale Droge<sup>18</sup> teilweise gänzlich auf Ablehnung.

## III. PATIENT\*INNEN

Für Patient\*innen bestehen ebenfalls hohe gesetzliche Hürden im Genehmigungsverfahren mit den gesetzlichen Krankenkassen, ggf. in Verbindung mit den Begutachtungsverfahren durch den Medizinischen Dienst<sup>19</sup> (MD). Der Versorgungsanspruch ist restriktiv formuliert und steht bei der ersten Verordnung unter einem Genehmigungsvorbehalt. Entscheidungskriterien, die zur Zustimmung oder Ablehnung eines Genehmigungsantrags führen, sind dabei in den Vorgaben der Arzneimittel-Richtlinie (AM-RL) festgehalten. Gemäß § 4a AM-RL sollen Versicherte mit einer schwerwiegenden Erkrankung einen Anspruch auf Versorgung mit Cannabis in Form von getrockneten Blüten oder Extrakten in standardisierter Qualität und Arzneimitteln mit den Wirkstoff-

<sup>18</sup> Jahresbericht 2023 der deutschen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (DBDD), <https://www.dbdd.de/publikationen/jahresbericht-situation-illegaler-drogen-in-deutschland>; <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/147966/Cannabis-laut-Beobachtungsstelle-haeufigste-illegale-Droge>

<sup>19</sup> BSG, Urt. v. 10.11.2022 – B 1 KR 28/21 R = NJW 2023, 2217 ff.; Die Krankenkasse kann den Medizinischen Dienst einschalten, um sozialmedizinische Fragen im Zusammenhang mit der Genehmigung der Cannabis-Verordnung zu klären. Das heißt, die Krankenkasse entscheidet, in welchen Fällen sie den Medizinischen Dienst mit einer Bewertung des medizinischen Sachverhalts beauftragt; [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Fragen\\_Antworten/\\_FIN\\_FAQ\\_Cannabinoide.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Fragen_Antworten/_FIN_FAQ_Cannabinoide.pdf).

fen Dronabinol oder Nabilon<sup>20</sup> haben. Näheres regeln die §§ 44, 45 AM-RL.<sup>21</sup> Nach Angaben der Deutschen Gesellschaft für Schmerzmedizin (DGS) führt das Procedere derzeit zu langen Wartezeiten für Patient\*innen von mindestens fünf Wochen sowie monatelangen Widerspruchsverfahren, etwaige Ablehnungsquoten liegen bei ca. 30 bis 40%.<sup>22</sup> Mit dem Arzneimittel-Lieferengpassbekämpfungsgesetz und Versorgungsgesetz (ALBVVG)<sup>23</sup> sind insoweit Änderungen in § 31 Abs. 6 und 7 SGB V eingeführt worden, die u.a. Entscheidungs- und Stellungnahmefristen der gesetzlichen Krankenversicherung und des MD verkürzen sollen. Von großer Bedeutung ist das sich hierdurch ergebende Strafbarkeitsrisiko von Cannabispatient\*innen, die mangels Kostenübernahme versucht haben, ihren Bedarf durch Eigenanbau oder Erwerb auf dem Schwarzmarkt sicherzustellen. Jüngst hatte das Oberlandesgericht Hamm zu entscheiden, ob der unerlaubte Umgang mit Cannabis zur Abwendung schwerer Gesundheitsgefahren nach der

<sup>20</sup> Hierbei handelt es sich um vollsynthetisches Derivat.

<sup>21</sup> Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung – AM-RL.

<sup>22</sup> BT-Drs. 20/5561 S. 2; Grotenhermen F, Müller-Vahl KR. Cannabis und Cannabinoide in der Medizin – praktische Hinweise zum therapeutischen Einsatz. Suchtmed 2022; 23 (1): 1-8; Vorgaben bestehen auch betreffend die Verordnung der Cannabisarznei selbst, da Cannabisblüten gegenüber Fertigarzneimitteln nachrangig verordnet werden sollen. Forderungen aus der Ärzteschaft hatten dagegen zum Gegenstand, dass es aus medizinischer Sicht keinen Sinn mache, eine Ungleichbehandlung von Fertigarzneimitteln, standardisierten Cannabisextrakten und standardisierten Medizinalcannabisblüten vorzunehmen. Diese haben die Ergebnisse der Begleiterhebung des BfArM auf ihrer Seite. In der auf Grundlage des »Cannabis als Medizin Gesetzes« zwischen 2017 und 2022 durchgeführten Begleiterhebung zeigen Cannabisextrakte und -blüten bei vielen medizinischen Anwendungen sogar eine deutlich bessere Wirksamkeit und Verträglichkeit als die wenigen, für einzelne Indikationen zugelassenen Fertigarzneimittel und sind bereits als Therapieoptionen in Deutschland etabliert.

<sup>23</sup> BGBl. 2023 I Nr. 197.

Gesetzesänderung im Jahr 2017 über § 34 StGB gerechtfertigt sein kann.<sup>24</sup> Ausweislich des Leitsatzes erblickt das OLG Hamm in den §§ 13 BtMG, 31 Abs. 6 SGB V eine abschließende gesetzgeberische Wertentscheidung für den zulässigen Umgang mit Cannabisprodukten, weshalb Betroffene, die sich auf § 34 StGB berufen wollen gehalten sind, alle legalen Versorgungswege zunächst (erfolglos) zu beschreiten.<sup>25</sup>

## IV. DAS MEDCANG

Nach den Gesetzesunterlagen sollen keine Alternativen zum vorliegenden Entwurf des MedCanG bestanden haben, denn bloß verwaltungsrechtliche Vorgaben zu einem medizinischen Eigenanbau könnten weder den arznei- noch apothekenrechtlichen Vorgaben und auch den tatsächlichen Gesundheitsgefahren von Patient\*innen Rechnung tragen.<sup>26</sup> Da wäre auch noch das internationale Recht, welches die Marschroute für die künftige Regulatorik vorgezeichnet. Auch nach Inkrafttreten bleibt Deutschland Vertragsstaat der fundamentalen Suchtstoffübereinkommen (ÜK 1961, 1971 und 1988). Während die völkerrechtlichen Regelungen jedoch in Ansehung getroffen wurden, die medizinische und wissenschaftliche Verwendung von der Totalprohibition auszunehmen, lässt sich hier wegen der Einzelheiten und Reichweite trefflich streiten. Das ÜK 1961 will den therapeutischen Einsatz von Suchtstoffen nicht verhindern, vielmehr ist schon nach der Präambel die medizinische Verwendung von Suchtstoffen zur Linderung von Schmerzen und Leiden unerlässlich. Die Vorbehalte der Übereinkommen stellen nur Rahmenbedingungen auf

<sup>24</sup> OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – 1 QRs 27/23; ferner etwa BGH, Beschl. v. 28.06.2016 = NJW 2016, 2818; OLG Frankfurt aM, Urt. v. 05.06.2018 – 2 Ss 12/18; OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.05.2013 – 1 Ss 20/13; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.06.2004 – 3 Ss 187/03.

<sup>25</sup> Oglakcioglu/Diebel NStZ 2024, 424 ff.

<sup>26</sup> BT-Drs. 20/8704 S. 2.

# EIGENTLICH WIRD CANNABIS ZU MEDIZINISCHEN ZWECKEN AUCH IM LICHT SEINER GEÄNDERTEN RISIKOBEWERTUNG VERSCHREIBUNGSPFLICHTIGEN ARZNEIMITTELN WIE ETWA IBUPROFEN ODER PARACETAMOL GLEICHGESTELLT.

und gestehen dem Gesetzgeber für diese Zwecke weitreichende Spielräume zu. Grund für die gesonderte Regulierung waren demnach der Doppelstatus und die internationalen Verpflichtungen, insbesondere des ÜK 1961, wonach die Vertragsstaaten i.S.d. Art. 4 ÜK 1961 an die Schaffung »aller erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsvorgaben« gehalten sind und dabei die Herstellung, Verteilung und Verwendung auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke beschränken sollen.

## 1. ANWENDUNGSBEREICH UND GESETZESSTRUKTUR

Nach §§ 1, 2 Nr. 1, Nr. 2 MedCanG ist das Gesetz anzuwenden auf Cannabis zu medizinischen und medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken und erfasst Pflanzen, Blüten oder Blütenteile sowie Delta 9 THC, Dronabinol und Zubereitungen aller Stoffe. Pflanzen, Blüten und ihre Teile werden erfasst, wenn sie aus einem Anbau, der zu medizinischen Zwecken unter Kontrolle der Art. 23, 28 ÜK 1961 stammen. Für wissenschaftliche Zwecke gilt



mindestens selbiges, wobei nunmehr auch Haschisch aus einem erlaubten Anbau mit wissenschaftlicher Zweckbestimmung erfasst ist. Haschisch wird Anlage I des BtMG unterstellt. Darüber hinaus beinhaltet Cannabis zu medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken auch die in der Anlage I des BtMG geführten Tetrahydrocannabinole, ihre stereochemischen Varianten und die Zubereitungen dieser

Stoffe mit wissenschaftlicher Zweckbestimmung.

Das MedCanG ist mit 31 Vorschriften in acht Kapitel gegliedert, die wesentlich die Verschreibung, Abgabe, Genehmigungsvoraussetzungen, etwa zum Handel oder der Herstellung sowie die Überwachung festlegen. Auf dem ersten Anschein ist die Gesetzesstruktur dem BtMG

nachempfunden. Weiterhin enthält das Gesetz Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände sowie Einziehungsvorschriften und strafprozessuale Sondervorschriften. Die Regulatorik »unter doppeltem Boden«, also an der Seite des AMG ist im Zusammenhang mit dem BtMG wegen des Normbefehls in § 81 AMG eine reine Selbstverständlichkeit. Sie soll der Gefährlichkeit von Betäu-

bungsmitteln Rechnung tragen, was sich durch weitgefaste und in der Strafanndrohung deutlich höhere Tatbestände bemerkbar macht, sodass die Strafbestimmungen des AMG für BtM keine Rolle spielen.

## 2. AUSGEWÄHLTE BEISPIELE IM MEDCANG

Mit Blick auf die geänderte Risikobewertung von Cannabis wäre anzunehmen, dass die Bestimmungen des MedCanG nicht zum Ziel haben, die Verbreitung von Cannabisarzneimitteln einzudämmen, sondern vielmehr den bisherigen Vertrieb bestmöglich sicherstellen.

### a. Abgabe und Verschreibung § 3 MedCanG

Die erste wesentliche und wohl bedeutendste Lockerung findet sich in § 3 MedCanG. Danach darf Cannabis zu medizinischen Zwecken von Ärzt\*innen verschrieben oder im Rahmen einer ärztlichen Behandlung verabreicht oder unmittelbar zum Verbrauch überlassen werden.<sup>27</sup> Eine Begründetheit i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 2 BtMG ist künftig nicht mehr vorgesehen. Auch reduziert sich die mit dem Betäubungsmittelstatus zusammenhängende Bürokratie, Cannabis zu medizinischen Zwecken auf einem Betäubungsmittelrezept zu verschreiben. Die bloße Verschreibungs- und Apothekenpflicht ist vor allem beim Bundesrat aufgestoßen, welcher mit Verweis auf die Verkehrssicherheit eine Vereinheitlichung mit dem BtMG gefordert hat. Auch hieß es, der Verzicht auf das Ultima Ratio Prinzip laufe dem Gesetzeszweck zuwider, da »... zu befürchten sei, dass Cannabis künftig großzügiger und ohne ausreichende Prüfung der Begründung verschrieben wird.«<sup>28</sup> Derartige Forderungen und damit eine wesentliche Wertung des Betäubungsmittelrechts haben

<sup>27</sup> Ausgenommen sind Zahn- und Tierärzte, § 3 Abs. 1 S. 2 MedCanG.

<sup>28</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 187.

sich gleichwohl nicht durchgesetzt. Als Zugangsbeschränkung bleibt es damit bei der Verschreibungspflicht i.S.d. § 48 AMG und den damit verbundenen Anforderungen.

### b. Erlaubnispflicht § 4 MedCanG

Anders als im bisherigen Vergabeverfahren darf das Inverkehrbringen der inländisch geernteten Erträge zukünftig in marktwirtschaftlicher und rechtlicher Verantwortung durch Wirtschaftsbeteiligte erfolgen. Hierfür gelten die Vorschriften über das Erlaubnisverfahren der §§ 4 ff. MedCanG. Allerdings weist das Erlaubnisverfahren und die sich hieran anschließenden Verpflichtungen zahlreiche Parallelen zum BtMG auf, die andauernden bürokratischen Aufwand und behördliche Kontrolle bedeuten.

Nach § 4 Abs. 1 MedCanG ist für alle Verkehrsarten mit Cannabis zu medizinischen Zwecken und Cannabis zu medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken eine gesonderte Erlaubnis notwendig, die vor allem bei der Herstellung oder dem Vertrieb weiterer Arzneimittel Mehraufwand bedeuten kann. Die Erlaubnispflicht nach § 4 MedCanG ist nach ihrem Wortlaut der Regelung des § 3 BtMG nachgebildet und gilt zudem nach § 6 Nr. 3 MedCanG für jede einzelne Art (Varietät) von Cannabis. In der Gesetzesbegründung heißt es, was unter den einzelnen Verkehrsarten zu verstehen ist, folgt der bisherigen Rechts- und Verwaltungspraxis zu § 3 Abs. 1 BtMG.<sup>29</sup> Damit korrespondierend sieht § 5 MedCanG Ausnahmen von der Erlaubnispflicht des § 4 MedCanG vor, welche ebenfalls im Wesentlichen dem § 4 BtMG entsprechen. Beispielhaft entfällt im Falle einer Verschreibung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 MedCanG die Erlaubnispflicht beim Erwerb in der Apotheke. Eine Erlaubnis für den Umgang mit Cannabis zu medizinisch-wissenschaftlichen

kann dagegen –wie nach § 3 Abs. 2 BtMG – nur dann erteilt werden, wenn dies zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken erfolgt.

Der Erlaubnis Antrag ist wie bei einem BtM-Erlaubnis Antrag mit einem Sachkundenachweis zu versehen, wobei der Entwurf im Gleichlauf zum BtMG je nach Verkehrsart zwischen den Nachweisanforderungen differenziert, sich dabei aber an den Vorgaben für den BtM-Verantwortlichen nach § 7 BtMG orientiert. Ähnlich verhält es sich mit den Versagungsgründen nach § 9 MedCanG sowie den Vorgaben zur Befristung und dem Widerruf in §§ 10, 11 MedCanG. Wie in § 11 BtMG sieht auch das MedCanG eine weitere, gesonderte Genehmigung zur Ein- und Ausfuhr nach § 12 MedCanG vor. Die Durchführung untersteht dabei der zollamtlichen Überwachung nach § 13 MedCanG; Genehmigungsverfahren sowie die Einfuhr, Ausfuhr und Durchführung von Medizinalcannabis richten sich zudem nach § 14 MedCanG weiterhin nach den Vorschriften der BtM-AHV. Vorgaben zum Abgabeverfahren, wie sie in § 12 Abs. 2 BtMG vorgeschrieben sind, existieren dagegen nicht mehr. Gemäß § 16 MedCanG finden sich unabhängig von parallel fortgeltenden arzneimittelrechtlichen Dokumentationspflichten differenzierte Aufzeichnungspflichten für jede Betriebsstätte und jede Art von Cannabis, wobei Verstöße gegen § 16 nach § 27 Abs. 1 Nr. 6 bis 8 MedCanG bußgeldbewehrt sind.

<sup>29</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 140.

### c. Sicherungsanordnung

Bei der weiteren Durchsicht ist die Möglichkeit der Sicherungsanordnung nach § 21 MedCanG augenfällig, wonach das BfArM im Einzelfall Maßnahmen vor unbefugtem Zugriff erlassen kann. Fraglich erscheint die gesonderte Anordnungsbefugnis mit Rücksicht darauf, dass die einschlägigen arzneimittelrechtlichen Regelungen sowohl für Hersteller als auch für Händler entsprechende Vorgaben machen und von den zuständigen Landesbehörden im Rahmen von Inspektionen abgenommen werden.<sup>30</sup>

### d. Einnahmeverbot für Patient\*innen

§ 24 MedCanG ist ein Novum im Arzneimittel- und Betäubungsmittelrecht und durchbricht durch seine Gleichstellung zwischen Patient\*innen und Konsument\*innen die klare Trennung aus Genussmittelkonsum und medizinischer Einnahme. Während die Möglichkeit zur ortsunabhängigen Einnahme von Arzneimitteln eine Selbstverständlichkeit ist, sollen mit dem Konsumverbot -im Zusammenhang mit Medizinalcannabis heißt es überzeugendermaßen Einnahme- Konsumanreize für Kinder- und Jugendliche verhindert werden. Danach ist mit Verweis auf § 5 Abs. 2 KCanG-E<sup>31</sup> die inhalative Einnahme in bestimmten Einrichtungen, in ihrer Nähe in einem Bereich von 200 Metern oder in Fußgängerzonen zum Kinder- und Jugendschutz verboten. Bislang war die Einnahme von Cannabisarzneimitteln ortsunabhängig möglich. Das Verbot des § 24 MedCanG wird unter anderem damit begründet, dass Kinder und Jugendliche den Konsum nicht von medizinischer Einnahme unterscheiden könnten.<sup>32</sup> Würde man die Überlegung konsequent auf alle

<sup>30</sup> etwa die Arzneimittel- und Wirkstoffherstellungs- oder Arzneimittelhandelsverordnung.

<sup>31</sup> BT-Drs 20/8704, S. 15, wobei es nunmehr einhundert Meter heißt

<sup>32</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 173.

Arzneimittel anwenden und zu Ende denken, dürften in der Öffentlichkeit Schmerztabletten nicht geschluckt und Insulinspritzen nicht gesetzt werden. Schließlich wird auch in diesen Fällen nicht erkenntlich sein, ob die Pille verschrieben oder die Spritze ein Medikament oder doch eine Droge enthält. Im Sinne der geänderten Risikobewertung, aber schon des Status Quo wäre es konsequent, die medizinische Einnahme auch weiterhin uneingeschränkt zu erlauben, um eine indikationsgerechte Einnahme zu gewährleisten. Nicht immer wird es für Patient\*innen planbar sein, wo und wann sie ihr Arzneimittel einnehmen können. Dagegen birgt die nicht rechtzeitige Einnahme eigenständige Gefahren für Patient\*innen und auch die Allgemeinheit. Als Beispiel sei der Straßenverkehr genannt. Medizinalcannabis zählt zu den fahreignungsrelevanten Arzneimitteln, allerdings dürfen Patient\*innen grundsätzlich am Straßenverkehr teilnehmen, sofern ihre Fahrtüchtigkeit nicht eingeschränkt ist.<sup>33</sup> Das Fahren unter dessen Wirkung ist jedoch nur bei bestimmungsgemäßer Einnahme keine strafbewehrte Ordnungswidrigkeit, § 24a Abs. 2 S. 2 StVG. Auch sind Fahrerlaubnisse von einer ordnungsgemäßen Einnahme bedingt. Nach der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte führt eine Dauerbehandlung mit Medizinalcannabis nur dann nicht zum Verlust der Fahreignung, wenn u.a. Medizinalcannabis zuverlässig nach der ärztlichen Verordnung eingenommen und die Medikamenteneinnahme ärztlich überwacht wird.<sup>34</sup>

Im Arzneimittelrecht werden dagegen generalisierte Maßnahmen für den Kinder- und Jugendschutz ergriffen, Bestimmungen zu ausgewählten

<sup>33</sup> VGH Mannheim NJW 2023, 861; etwa Steinert, SVR 2022, 15 (17).

<sup>34</sup> Etwa VGH Mannheim NJW 2023, 861; VGH München, Beschl. v. 31.03.2023 – 11 CS 158.22.

Arzneimitteln existieren nicht. Das Credo lautet dabei nicht Schutz vor Patient\*innen, sondern Schutz vor Produktunsicherheiten. Der Kinder- und Jugendschutz realisiert sich daher weniger mit Verboten, sondern etwa in Kennzeichnungspflichten für Arzneimittel, welchen die Eignung für Kinder und Jugendliche abgesprochen wird. Im Übrigen wird ein Schutz etwa durch besondere Zulassungsanforderungen für Arzneimittel erreicht.

### e. Genehmigungsvorbehalt und Kostenübernahme

Insgesamt bleiben die Regelungen im und um das SGB V, die Patient\*innen unter den dort genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf Versorgung mit Cannabisarzneimitteln geben, unverändert. Das CanG ist nicht genutzt worden, um Anpassungen hinsichtlich der Kostenerstattung vorzunehmen.

## 3. STRAFVORSCHRIFTEN DES MEDCANG

Für eine Einordnung des MedCanG ist es unabdingbar, die Strafvorschriften in den Blick zu nehmen, denen entscheidende Signalwirkung und Stimmgewicht zukommt. Dass die Regulierung des Betäubungsmittelverkehrs etwa auch im Wesentlichen mit den Mitteln des Strafrechts erreicht wird, ergibt sich schon daraus, dass strafbewehrte Verbote zur Verhinderung einer Verbreitung das Mittel der Wahl sind. Strafvorschriften und Ordnungswidrigkeiten, welche auf im AMG verankerte Verbote Bezug nehmen, sind dagegen mehr oder weniger totes Recht und ihre Legitimation speisen sie aus der Generalpräventiven Wirkung, mithin aus ihrer das Verbot unterstreichenden Funktion.<sup>35</sup> Die voranschreitende Abnahme der praktischen Bedeutung des Arzneimittelstrafrechts ist auch dem Umstand geschuldet, dass Strafvorschriften regelmäßig ausgelagert

<sup>35</sup> Tsambikakis/Rostalski/Oğlakcioğlu, vor § 95 AMG Rn. 8.

werden.<sup>36</sup> Ein eigenständiger Straftatenkatalog ist zwar nicht untypisch, in der Vergangenheit aber nur dann für erforderlich gehalten worden, wenn die Bestimmungen des AMG unanwendbar sind, wie etwa beim NpSG.<sup>37</sup> NpS sind danach nicht als Funktionsarzneimittel i.S.d. RL 2001/83 einzuordnen, mithin nicht vom Anwendungsbereich des AMG erfasst.

### a. § 25 Abs. 1 MedCanG

Der Grundtatbestand des § 25 Abs. 1 MedCanG erfasst zahlreiche Handlungsweisen, die der tatsächlichen Verfügungsgewalt von Medizinalcannabis vorgelagert sind. So handelt nach Nr. 1 derjenige tatbestandsmäßig, der unvollständige oder unrichtige Angaben macht, um eine ärztliche Verschreibung zu erlangen. Anders als das Betäubungsmittelrecht kennt das Arzneimittelrecht keine vergleichbare Vorschrift, nach welcher das Erschleichen einer Arzneimittelverschreibung selbst inkriminiert wäre. Dagegen findet sich ein Pendant in § 29 Abs. 1 Nr. 9 BtMG, wobei hier stets fraglich war, ob unvollständige oder unrichtige Angaben auch dann als tatbestandsmäßig anzusehen sind, wenn die Verschreibung des BtM auch bei zutreffenden und umfassenden Angaben medizinisch begründet gewesen wäre.<sup>38</sup> Dahingehend hat sich jüngst das OLG Celle<sup>39</sup> in einem obiter dictum geäußert. Dann bliebe fraglich, welchen Anwendungsbereich die Norm überhaupt hätte, nicht zuletzt auch deshalb, weil es kaum feststehende Indikationen gibt. Die Strafandrohung fügt sich zudem nicht so recht ins MedCanG ein, CanG ein. Da das

<sup>36</sup> Dazu Tsambikakis/Rostalski/Oğlakcioğlu, vor § 95 AMG Rn. 10f.

<sup>37</sup> EuGH Urt. v. 10.7.2014 – C-181/14 = NStZ 2014, 461; BeckOK BtMG/Bohnen, 21. Ed. 15.12.2023, NpSG § 1 Rn. 11a; Patzak, NStZ 2017, 263 ff.

<sup>38</sup> MüKoStGB/Oğlakcioğlu, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 1350; Weber/Kornprobst/Maier/Weber, 6. Aufl. 2021, BtMG § 29 Rn. 1713.

<sup>39</sup> OLG Celle, Urt. v. 09.11.2018 - 1 Ss 63/17.

KCanG kein Abstinenzparadigma mehr vorsieht und sogar der Erwerb auf dem Schwarzmarkt in Grenzen nicht mehr bestraft werden soll, stellt die Bestrafung des Rezepterschleiers einen normativen Widerspruch dar.<sup>40</sup>

§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MedCanG sieht dagegen eine Strafbarkeit für den Fall der Abgabe ohne ärztliche Verschreibung vor, die das AMG bei verschreibungspflichtigen Humanarzneimitteln nach § 96 Abs. 1 Nr. 13 AMG mit Strafe bedroht. In diesem Fall kommen nach herrschender Meinung als Täter nur die der Pflicht aus § 48 AMG unterfallende Apotheker\*innen oder eine sonst zur Abgabe von Arzneimitteln befugte Person in Betracht.<sup>41</sup> Auch die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Nichtberechtigter nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG ist ein Sonderdelikt, welches ausschließlich pharmazeutische Unternehmer und Großhändler betrifft. Das Handeltreiben oder berufs- und gewerbsmäßige Abgeben verschreibungs- und apothekenpflichtiger Arzneimittel ist dagegen für Jedermann nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG strafbar.<sup>42</sup> Nicht umsatzbezogene, nicht gewerbsmäßige und auch nicht berufsmäßige Abgaben von Arzneimitteln werden nach dem AMG nicht pönalisiert. Anders gewendet: Die Ab- und Weitergabe von Arzneimitteln zu Rauschzwecken (etwa bei Dextromethorphan, Dimenhydrinat oder dem Opioid Loperamid) zwischen Verbrauchern ist nicht strafbar.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 131

<sup>41</sup> BGHSt 21, 291; OLG Hamburg NStZ 1995, 598; Spickhoff/Wachter, 4. Aufl. 2022, AMG § 96 Rn. 19; Patzak/Volkmer/Fabricius/Volkmer/Fabricius, 10. Aufl. 2022, AMG § 96 Rn. 221.

<sup>42</sup> Dazu OLG Stuttgart NStZ-RR 2012, 154 (155), siehe dazu auch die Wertung aus § 97 Abs. 1 Nr. 10 AMG, wonach die Abgabe entgegen § 43 AMG nur dann eine Ordnungswidrigkeit darstellt, wenn sie berufs- oder gewerbsmäßig erfolgt; Patzak/Volkmer/Fabricius/Volkmer/Fabricius, 10. Aufl. 2022, AMG § 95 Rn. 206.

<sup>43</sup> Dazu etwa Oğlakcioğlu, Kriminalisierter Umgang mit Suizidpräparaten, MedR 2019, 450 (455).

**DAS CREDO LAUTET NICHT SCHUTZ VOR PATIENT\*INNEN, SONDERN SCHUTZ VOR PRODUKTUNSIHERHEITEN. DER KINDER- UND JUGENDSCHUTZ REALISIERT SICH DAHER WENIGER MIT VERBOTEN UND DIESE SIND SCHON GAR NICHT AN PRIVATPERSONEN ADRESSIERT, SONDERN ETWA IN KENNZEICHNUNGSPFLICHTEN FÜR ARZNEIMITTEL.**

Von § 25 Abs. 1 Nr. 3 MedCanG werden dagegen sämtliche Verkehrsformen erfasst, also Anbauen, Herstellen, Ein- und Ausführen, Abgeben, sonst in den Verkehr bringen, Sich verschaffen, Erwerb, Handeltreiben, Besitz, sowie die Durchfuhr. Damit wird jede erlaubnispflichtige Handlung mit Medizinalcannabis unter Strafe gestellt und wie im BtMG fungiert auch eine Strafbarkeit wegen Besitzes nach § 25 Abs. 1 Nr. 4 MedCanG als Auffangtatbestand.<sup>44</sup> Wegen der Auslegung der Tatbestandsmerkmale kann sich darüber gestritten werden, ob die extensive Auslegung des Handeltreibens, der vor allem kriminalpolitische Gesichtspunkte

<sup>44</sup> S. 148.



zu Grunde lagen<sup>45</sup> auf das MedCanG passt. Während die weite Auslegung des Handeltreibens im BtMG auch auf die Formulierung in § 29 Abs. 1. Nr. 1 BtMG »ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert etc.« gestützt wird, erschöpft sich die Formulierung im MedCanG in einer bloßen Aufzählung. Im AMG existieren ferner bezüglich verschreibungspflichtiger Arzneimittel keine Tatbestände, die den Erwerb oder

den Besitz unter Strafe stellen, es sei denn, es lässt sich ein Drittbezug (etwa Tierschutz) herstellen. Ausschließlich entgeltliche, umsatzbezogene Handlungen in Bezug auf verschreibungspflichtige Arzneimittel, sozusagen am Apothekermonopol vorbei, sind durchweg verboten und werden durch das Handeltreiben erfasst. Die umfassende Strafandrohung überzeugt auch im weiterführenden Vergleich mit der Strafandrohung zum Umgang mit neuen psychoaktiven Stoffen nicht. Nach § 4 NpSG wurde sich auf wesentliche Veräußerungshandlungen wie das

Handeltreiben oder Inverkehrbringen, darüber hinaus den unmittelbar gefährdenden Handlungen des Verabreichens beschränkt. Auf eine umfassende Kriminalisierung ist trotz Risiken und Nebenwirkungen des Konsums von NpS verzichtet worden, obwohl sie nicht einmal als Arzneimittel zu werten sind. Deren Gefahren reichen – ich zitiere aus der Gesetzesbegründung des NpSG – »Übelkeit, heftigem Erbrechen, Herzrasen und Orientierungsverlust über Kreislaufversagen, Ohnmacht, Lähmungserscheinungen und Wahnvorstellungen bis hin zum Versagen

der Vitalfunktionen«.<sup>46</sup> Nach dem Stand der Wissenschaft existiert eine letale Dosis Cannabis dagegen nicht.

#### b. § 25 Abs. 2 MedCanG

In Entsprechung zum CanKG findet sich in § 25 Abs. 2 MedCanG ein tatbestandlicher Strafbarkeitsausschluss für die Tathandlungen des Anbaus, Sichverschaffens und Erwerbens, um Wertungswidersprüche mit dem KCanG zu vermeiden.<sup>47</sup>

#### c. § 25 Abs. 3 MedCanG

In § 25 Abs. 3 MedCanG wird die Versuchsstrafbarkeit normiert. Auch hier wird an abstrakte Gefährdungen angeknüpft, wie man es aus dem BtMG kennt. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass sich die Einordnung der Versuchsstrafbarkeit an dem Handlungsunrecht und der daraus resultierenden Gefahren insbesondere für den Gesundheitsschutz beim Verkehr mit Cannabis zu medizinischen Zwecken und Cannabis zu medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken orientiert.<sup>48</sup>

#### d. §§ 25 Abs. 4, Abs. 5 MedCanG

Weitere Strukturgleichungen zum BtMG finden sich in den qualifizierten Tatbeständen des MedCanG. So erfassen § 25 Abs. 4, Nr. 4, Abs. 5 Nr. 4 b) MedCanG straferschwerend eine nichtgeringe Menge, wobei sich jeder Verstoß i.S.d. Abs. 1 im Zusammenhang mit einer nichtgeringen Menge als normatives Regelbeispiel darstellt. Von der Strafschärfung des Abs. 5 sind Handlungsweisen mit Bandenbezug oder Bewaffnung erfasst. Im Unterschied dazu knüpft die bandenmäßige Begehung an Gefährdungen wie das Herstellen und Inverkehrbringen von gefälschten Arzneimitteln an. Der Zweck des MedCanG und der Grund für die Ausgestaltung und weitgehende Orien-

tierung an den Vorgaben des BtMG führt auch hier zu der Frage, welcher Schutzauftrag bezweckt wird. Cannabis zu medizinischen Zwecken i.S.d. Gesetzes erfasst nur solches, welches aus staatlich kontrolliertem Anbau zu medizinischen Zwecken stammt, weshalb etwa auch der Bereich der organisierten Kriminalität vom Anwendungsbereich ausgenommen wäre. Schwarzmarkthändler wird es kaum auf die medizinische Zwecksetzung des Anbaus oder Vertriebs ankommen, weshalb auch hier damit zu rechnen ist, dass das KCanG die nach wie vor weitreichende Strafandrohung auf Veräußererseite erfasst. Vorschriften reduzieren sich zwar damit auch wieder auf ein Symbolstrafrecht, wenn man nicht annehmen möchte, dass strafrechtlicher Schutz vor einer »Hersteller- oder Apothekerbande« erforderlich und Verstöße nicht hinreichend über die Vorgaben des AMG gedeckt sind.

#### e. § 27 MedCanG

Die Bußgeldvorschrift adressieren zusätzlich die industriellen Akteure und ahndet im Wesentlichen verwaltungsrechtliche Normverstöße, etwa gegen Aufzeichnungs- und Meldepflichten. Individuelle Verhaltensverstöße wie die Einnahme entgegen dem Konsumverbot nach § 24 MedCanG können durch die geplanten Änderungen des Bundesnichtraucherschutzgesetzes (BNichtrSchG) nach § 5 mit Geldbuße bestraft oder durch landespolizeirechtliche Gefahrenabwehrmaßnahmen reguliert werden.

## V. FAZIT

Nun sollte etwas Licht ins Dunkel gebracht und zu Tage gefördert worden sein, dass mit den bevorstehenden Änderungen Sonderbestimmungen für Medizinalcannabis geschaffen werden, mit denen Erleichterungen, aber auch systemfremde Bestimmungen verbunden sind. Der Zugang für Patient\*innen wird sich nicht nur faktisch erleichtern und Medizinalcannabis entstigmatisiert, auch der bürokratische Aufwand für Ärzt\*innen wird sich durch die geänderte Verschreibungspraxis verringern. Den Herausforderungen ist damit in Teilen gerecht geworden, grundlegende Forderungen aus der Praxis<sup>49</sup> sind jedoch offengeblieben. Dass das BtMG in weiten Teilen als Blaupause gedient hat, ist an zahlreichen Stellen der Gesetzesbegründung und im Gesetzestext deutlich geworden. Gleichwohl besteht die Chance auf einen mittelfristigen Perspektivwechsel, auch was die arzneimittelrechtliche Einordnung von Medizinalcannabis angeht. Mit der Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des BtMG wäre künftig eine Standardzulassung nach § 36 AMG denkbar.<sup>50</sup> Ob das MedCanG damit als Interim den Weg in eine herkömmliche Arzneimittelregulierung ebnet, bleibt abzuwarten.

<sup>45</sup> vgl. dazu BGHSt 50, 252, BGH 22.1.2004 – 5 ARs 46/03; BGH 27.1.2004 – 4 ARs 23/03; BGH 6.2.2004 – 2 ARs 276/03, NStZ-RR 2004, 183 und BGH 25.3.2004 – 1 ARs 21/3.

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/8579, S. 15.

<sup>47</sup> Nach § 25 Abs. 2 MedCanG ist nunmehr der Anbau, Erwerb und Besitz erfasst und das Sichverschaffen gestrichen worden.

<sup>48</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 148.

<sup>49</sup> Siehe etwa Stellungnahme des VCA e.V., Ausschuss-Drs. 20(14) 154/13; Kernpunktepapier des BPC, Ausschuss-Drs. 20(14) 154/28; Stellungnahme des PHA-GRO, Ausschuss-Drs. 20(14) 154/22.

<sup>50</sup> Dazu auch die Stellungnahme des Branchenverbands der Cannabiswirtschaft e.V., Ausschuss-Drs. 20(14)89(4).



# EINBLICKE IN DIE JÜNGSTE RECHT- SPRECHUNG DES 3. STRAFSENATS

## DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUM BETÄUBUNGSMITTEL- STRAFRECHT

### MIT EINEM BESONDEREN FOKUS AUF DAS EINZIEHUNGSRECHT

#### I. EINLEITUNG

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, dem ich angehöre und zu dessen aktueller Rechtsprechung ich hier vortragen darf, tritt nach außen vor allem durch seine Entscheidungen zum Staatsschutzstrafrecht in Erscheinung. Diese Sonderzuständigkeit des Senats nimmt einen erheblichen Teil der Arbeitskraft der Richterinnen und Richter in Anspruch. Das gilt weniger für Revisionsentscheidungen als vielmehr für Haftfortdauerverfahren – sogenannte Sechs-Monats-Prüfungen – sowie Beschwerden gegen Entscheidungen der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs und der erstinstanzlich

in Staatsschutzsachen tätigen Oberlandesgerichte. Im Jahr 2023 haben wir etwas mehr als 100 Haftfortdauerentscheidungen im besonderen Haftprüfungsverfahren nach den §§ 121 ff. StPO getroffen und über mehr als 80 Beschwerden befunden.

Gleichwohl: Die »allgemeine« Revisionsstätigkeit überwiegt. Der 3. Strafsenat ist für die Revisionen gegen Urteile der Landgerichte aus drei Oberlandesgerichtsbezirken zuständig: Oldenburg, Düsseldorf und Koblenz. In diesem Rahmen hat der Senat – wie alle anderen Strafsenate des BGH – auch über Revisionen gegen Verurteilungen wegen Betäubungs-

mitteldelikten zu entscheiden. Verfahren in Betäubungsmittelstrafsachen haben unter den »allgemeinen Revisionen« einen erheblichen Anteil: In den letzten drei Jahren hat ein Drittel der Revisionsverfahren, für die ich als Berichterstatter zuständig gewesen bin, Verurteilungen (vornehmlich) wegen BtM-Delikten zum Gegenstand gehabt. Festzuhalten ist aber auch, dass die meisten der BtM-Revisionen keine besondere Komplexität haben – weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht. Dies gilt auch deshalb, weil BtM-Verfahren für die Landgerichte zum täglichen Alltag gehören.



Gleichwohl gibt es auch in unserer Rechtsprechung der letzten Jahre, die ich in den Blick genommen habe, einige Entscheidungen, die unmittelbar das BtM-Strafrecht betreffen oder besondere Relevanz für BtM-Strafverfahren haben und die über den Einzelfall hinaus von Interesse sein dürften. Auf einiger dieser Judikate möchte ich aufmerksam machen. Dabei werde ich zunächst auf die Spezialmaterie des 3. Strafsenats zurückkommen – das Staatsschutzstrafrecht und damit das hierzu zählende »Vereinigungsstrafrecht« – Stichwort »BtM-Bande als kriminelle Vereinigung«.

## II. RECHTSPRECHUNG ZUM MATERIELLEN BETÄUBUNGSMITTELSTRAFRECHT

### 1. BETÄUBUNGSMITTELHÄNDLERGRUPPE ALS KRIMINELLE VEREINIGUNG

Der Straftatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen – § 129 StGB – hat derzeit gewisse Konjunktur, zumal er vor einigen Jahren neu gefasst wurde, und zwar mit dem Ziel, die bisherigen hohen Hürden für die Qualifizierung eines Personenzusammenschlusses als kriminelle Vereinigung abzusenken. Ich erwähne hier nur die Überlegungen mancher Staatsanwaltschaften, Aktivisten der Klimabewegung, die sich an Straßenblockaden beteiligten – Stichwort »Klimakleber« – wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung zur Verantwortung zu ziehen.

Wie ist es nun im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts? Sind gut organisierte »Betäubungsmittelbanden« nunmehr kriminelle Vereinigungen im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB? Das hätte übrigens nach dem Geschäftsverteilungsplan des BGH die Konsequenz, dass für »BtM-Dealerbanden« immer der 3. Strafsenat zuständig wäre, denn die »Staatsschutz-

zuständigkeit« erfasst alle Verfahren wegen § 129 StGB, unabhängig vom Betätigungsfeld der Gruppierung.

Die richtige Antwort ist eine typische Juristenantwort: Es kommt darauf an!

Allerdings: Im Regelfall ist die »BtM-Bande« nach neuer Rechtsprechung des 3. Strafsenats keine kriminelle Vereinigung.

Der Senat hat in jüngster Vergangenheit den Begriff der kriminellen Vereinigung, konturiert. Eine kriminelle Vereinigung ist nach der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Danach müssen, so der 3. Strafsenat, vier Elemente gegeben sein: ein organisatorisches Element, ein personelles Element, ein zeitliches Element sowie in interessenbezogenes Element.<sup>1</sup>

Das personelle Element verlangt einen Personenzusammenschluss von mehr als zwei Personen. Insofern besteht mithin kein Unterschied zur Bande.

Das organisatorische Element erfordert ein – wenngleich geringes – Maß an Organisiertheit. Der Senat spricht insofern von einer »gewissen Organisationsstruktur« und »instrumenteller Vorausplanung und Koordinierung in gewissem Umfang«. Das bedeutet: Wenn ein Betäubungsmittelhändler zwei »Läufer« engagiert, die ihn beim Verkauf von Betäubungsmitteln unterstützen, wird es häufig schon am erforderlichen Mindestmaß der Organisiertheit des Zusammenschlusses fehlen. Dagegen wird man bei einer Bande, die einen

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 39 ff.; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 9; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 19 ff.

strukturierten Ein- und Verkauf von Betäubungsmitteln mit höherem organisatorischem Aufwand betreibt, das organisatorische Element der kriminellen Vereinigung häufig zu bejahen haben.

Das zeitliche Element erfordert, dass der Zusammenschluss auf längere Dauer angelegt ist. Mithin reicht es nicht, wenn sich mehrere Personen zusammenschließen, um von vornherein nur zeitlich eng begrenzt in konzentriertem Zusammenwirken einige wenige Betäubungsmitteldelikte zu begehen.

Das entscheidende Element ist nach der neuen Rechtsprechung des 3. Strafsenats das interessenbezogene Element, also das erforderliche »übergeordnete gemeinsame Interesse«. Es muss ein Interesse vorliegen, das »gemeinsam« ist, also die Personen vereint. Zudem muss es »übergeordnet« sein, und zwar dem Ziel der Begehung konkreter Straftaten übergeordnet sein.<sup>2</sup>

Hieraus folgt: Wenn ein Personenzusammenschluss allein darauf gerichtet ist, Straftaten zu begehen, und sich das jeweilige Interesse der Beteiligten hierin erschöpft, fehlt es am »übergeordneten gemeinsamen Interesse«. Bei der »normalen« Bande, auch im Betäubungsmittelbereich, hat typischerweise jedes Mitglied nur das eigene, individuelle Interesse, durch die Tatbegehung, durch die Mitwirkung an Bandentaten eigene Einnahmen zu erzielen. Eine solche Parallelität von Einzelinteressen, die sich in der Tatbegehung und dem Erzielen von Erträgen aus den Taten erschöpfen, stellt kein übergeordnetes gemeinsames Interesse dar.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 40; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 10; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 20 f.; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 6.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 41; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 11; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 8.

Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse ist regelmäßig unschwer im Bereich der politisch motivierten Kriminalität zu bejahen. Hier geht es den Beteiligten darum, durch die Begehung von Straftaten ein »höheres Ziel« zu erreichen, dem sich die Vereinigungsmitglieder jenseits egoistischer Individualinteressen verpflichtet sehen.<sup>4</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass im Bereich der »nicht-politischen Kriminalität« keine kriminelle Vereinigung denkbar ist. Vielmehr kann auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität, der Internetkriminalität und der Betäubungsmittelkriminalität eine kriminelle Vereinigung vorliegen, wenn (auch) ein übergeordnetes gemeinsames Interesse besteht. Ob die Mitglieder eines solchen Personenzusammenschlusses ein derartiges Interesse jenseits einer individuellen egoistischen Tatmotivation der einzelnen Personen vereint, ist hier allerdings schwieriger festzustellen. Der 3. Strafsenat lässt es daher zu, aus den äußeren Umständen Rückschlüsse auf das Vorliegen des interessenbezogenen Elements zu ziehen. Ein wesentliches Indiz für ein übergeordnetes gemeinsames Interesse ist der Grad der Organisiertheit – hier taucht also das organisatorische Element wieder auf, wenngleich als Beweiszeichen für das übergeordnete gemeinsame Interesse. Kurzum: Je organisierter, je strukturierter, je gefestigter der Personenzusammenschluss, desto mehr spricht dafür, dass die Beteiligten das Interesse vereint, jenseits der eigenen Gewinnerzielung und unabhängig von der eigenen Person zum Erhalt des Zusammenschlusses und zu dessen Tätigkeit beizutragen, also ein übergeordnetes gemeinsames Interesse vorliegt.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 21.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 41; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 11 ff.; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 21 ff.; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 61/21, Rn. 9; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 9.

Letztlich kommt es damit auf den Einzelfall an. Sofern mafiose Strukturen oder typische Clanstrukturen existieren oder die Gruppierung hochprofessionell arbeitsteilig wie ein reguläres Unternehmen, etwa ein Handelsunternehmen, strukturiert ist, wird eine kriminelle Vereinigung häufig bejaht werden können. International arbeitende, hochprofessionell agierende und in großem Maße organisiert tätige und strukturierte Banden im Bereich des Betäubungsmittelhandels sind damit vielfach kriminelle Vereinigungen im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB. Bei solchen Zusammenschlüssen ist es statthaft, aus dem Ausmaß der Organisiertheit auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse der Mitglieder zu schlussfolgern.

Der 3. Strafsenat hat kürzlich – um das an einem Beispiel zu verdeutlichen – die Verurteilung der Verantwortlichen des »Cyberbunkers« im rheinland-pfälzischen Traben-Trarbach, die ein hochgesichertes Rechenzentrum betrieben sowie Serverspeicherplatz vermieteten und administrierten, auf dem namentlich Handelsplattformen für Betäubungsmittelverkäufe im Internet gehostet wurden, wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung gebilligt.<sup>6</sup>

Dagegen hat er ein Urteil des Landgerichts München I, mit dem eine »Dealerbande«, bestehend aus einem Hauptakteur und zwei ihn unterstützend tätigen Personen, die für ihre Tätigkeit mit Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum entlohnt wurden, als kriminelle Vereinigung eingestuft wurde, als rechtsfehlerhaft erachtet und die tateinheitliche Verurteilung des Angeklagten nach § 129 Abs. 1 StGB entfallen lassen.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 42 ff.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 4 ff.

### 2. BESTIMMUNG DES GRENZWERTES DER »NICHT GERINGEN MENGE«

Der 3. Strafsenat vertritt die (Rechts-) Auffassung, dass es sich bei der »nicht geringen Menge« im Betäubungsmittelstrafrecht um einen Rechtsbegriff handelt, mithin die Frage, wann die Grenze zur »nicht geringen Menge« erreicht ist, eine reine Rechtsfrage ist. Rechtsfragen hat zwar zunächst das Tatgericht zu beantworten, letztlich allerdings ist es originäre und zentrale Aufgabe des Bundesgerichtshofs, im Sinne einer Einheitlichkeit der Rechtsprechung Rechtsfragen faktisch verbindlich zu klären. Dies gilt auch für die Grenzwertbestimmung der »nicht geringen Menge«.

Der 3. Strafsenat überprüft Urteile der Landgerichte, mit denen bei »neuen« Betäubungsmitteln ein Grenzwert bestimmt worden ist, daher nicht auf eine Rechtsfehlerfreiheit der Vorgehensweise und des gefundenen Ergebnisses unter Zugrundelegung der vom Landgericht erhobenen (wissenschaftlichen) Tatsachen. Es erfolgt keine Urteilsaufhebung und Zurückverweisung der Sache, wenn der Senat insofern Unzulänglichkeiten erkannt hat. Sondern der Senat nimmt eine eigenständige Tatsachenermittlung und Bewertung vor. Das erfolgt im Freibeweisverfahren.

In jüngster Zeit hat der 3. Strafsenat wiederholt solche Festsetzungen vorgenommen und dafür in einem Fall auch – eine absolute Besonderheit im revisionsrechtlichen Alltag – ein Sachverständigengutachten eingeholt und dieses in einer Revisionshauptverhandlung mit dem Sachverständigen und den Verfahrensbeteiligten erörtert.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 462/22, Rn. 6 ff. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – 3 StR 372/21, Rn. 5 ff.; Beschluss vom 9. August 2022 – 3 StR 206/22, Rn. 4 f.; Beschluss vom 8. März 2022 – 3 StR 136/21, Rn. 11 ff.; Beschluss vom 27. Januar 2021 – 3 StR 155/21, Rn. 7 ff.

### 3. EINFUHR VON BETÄUBUNGSMITTELN

In der revisionsrechtlichen Praxis des 3. Strafsenats sind in letzter Zeit Fälle relevant gewesen, in denen ein Betäubungsmittelhändler mit der Einfuhr der tatgegenständlichen Betäubungsmittel aus dem Ausland einen Kurier beauftragte, also selbst in eigener Person die Einfuhr nicht vornahm. Wiederholt hat der Senat Verurteilungen beanstanden müssen, in denen der »Händler« wegen täterschaftlicher Einfuhr – konkret: mittäterschaftlicher Einfuhr – von Betäubungsmitteln verurteilt wurde. Zwar ist die Einfuhr kein Tatbestand, der eigenhändiges Handeln voraussetzt. Mittäter einer Einfuhr kann grundsätzlich auch ein »Hintermann« sein, der am Einfuhrgeschehen selbst (dem Verbringen der Betäubungsmittel über die Grenze) nicht unmittelbar beteiligt war. Es gelten aber die allgemeinen Grundsätze der Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme (hier: Anstiftung). Entscheidend kommt es – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – auf den Umfang und das Gewicht des eigenen Tatbeitrages des »Hintermannes« und dessen Tatinteresse an. Wichtig ist insofern, und das wurde in den zu entscheidenden Fällen nicht beachtet, dass insofern allein auf die Einfuhr und nicht auf das Gesamtgeschehen des Handeltreibens abzustellen ist. Ein „Hintermann“, der auf den Einfuhrvorgang selbst nicht steuernd Einfluss nimmt, ist daher nach der Rechtsprechung des 3. Strafsenats »nur« Anstifter und nicht Mittäter der Einfuhr.<sup>9</sup> Aber: Das führt in der Regel, weil es sich bei der fehlerhaften Beurteilung »nur« um eine falsche Rechtsanwendung handelt, zur Schuldspruchänderung durch den Bundesgerichtshof in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO (bei

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 14. November 2023 – 3 StR 375/23, Rn. 3; Beschluss vom 14. November 2023 – 3 StR 369/23, Rn. 6 ff.; Beschluss vom 8. August 2023 – 3 StR 210/23, Rn. 5 ff.; Beschluss vom 7. September 2022 – 3 StR 165/22, Rn. 17 f.; Beschluss vom 3. Mai 2022 – 3 StR 45/22, Rn. 7.

nicht geringer Menge in: Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Tateinheit mit § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 26 StGB), nicht aber zur Urteilsaufhebung und Zurückverweisung. Zudem lässt der Senat vielfach den Strafausspruch unbeanstandet, weil der Strafrahmen der Gleiche ist und das Gewicht der Tatschuld nicht von der anderen rechtlichen Beurteilung tangiert wird.

### 4. BEWAFFNETES HANDELTREIBEN – PFEFFERSPRAYS

Schwierigkeiten in der Strafverfolgungspraxis bereitet die Frage, ob Pfeffersprays ein sonstiger Gegenstand im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sind, also das Mitführen eines Pfeffersprays den Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handeltreibens erfüllt. Entscheidend ist für die Qualifikation, dass der Täter den Gegenstand zur Verletzung von Personen bestimmt hat.<sup>10</sup> Das wird allerdings vermutet, wenn es sich bei ihm um eine Waffe im technischen Sinne gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a WaffG oder eine gekorene Waffe nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG handelt.<sup>11</sup>

Pfeffersprays werden in der Praxis jedoch zumeist als »Tierabwehrsprays« gekennzeichnet und verkauft. Das hat seinen Grund: Tierabwehrsprays sind weder Waffen im technischen Sinne gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a WaffG noch gekorene Waffen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG.

Tierabwehrsprays sind daher nicht ohne weiteres sonstige Gegenstände im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG. Eine Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens aufgrund des Mitsichführens eines Tierab-

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 26.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 27; Beschluss vom 18. Oktober 2017 – 3 StR 78/17, Rn. 9.

wehrsprays kann daher nur Bestand haben, wenn einzelfallbezogen die Bestimmung zur Verletzung von Personen durch den Angeklagten festgestellt und vom Tatgericht tragfähig belegt worden ist.<sup>12</sup>

### 5. KONKURRENZFRAGEN

Der 3. Strafsenat hat erst kürzlich wieder die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung voneinander in den Ausführungshandlungen überschneidenden Aktivitäten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bestätigt: Wenn ein Betäubungsmittelverkäufer seinem Abnehmer bei einer Gelegenheit nicht nur Betäubungsmittel liefert und hierfür das vereinbarte Entgelt entgegennimmt, sondern zugleich eine Anzahlung für eine zukünftige Lieferung erhält, liegt nicht ein Handeltreiben im Sinne einer Bewertungseinheit – einer tatbestandlichen Handlungseinheit – vor, denn Bezugspunkt der Bewertungseinheit ist immer ein bestimmter BtM-Umsatz. Vielmehr ist hier wegen der Überschneidung der Ausführungshandlungen (gleichartige) Tateinheit gegeben.<sup>13</sup>

Entsprechendes gilt bekanntlich für den – untechnisch gesprochen – »Kommissionskauf«, also dann, wenn ein Angeklagter Betäubungsmittel zum Weiterverkauf von seinem Lieferanten erlangt und bei der Entgegennahme zugleich eine vorangegangene Lieferung bezahlt; auch das hat der 3. Strafsenat in jüngster Vergangenheit bestätigt.<sup>14</sup>

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass für den Angeklagten die Annahme einer Tat im materiellen Sinne (tatbestandliche Handlungseinheit,

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 28 f.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 20.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2022 – 3 StR 378/22, Rn. 5; Beschluss vom 22. Februar 2022 – 3 StR 6/22, Rn. 5. Siehe insofern auch BGH, Beschluss vom 10. Juli 2027 – GSSt 4/17, Rn. 13 ff.



Bewertungseinheit) nicht unbedingt günstiger ist, als von Tateinheit. Denn wenn mehrere Betäubungsmittelmengen vorliegen, ist bei einer Bewertungseinheit zur Beantwortung der Frage, ob die Wirkstoffmenge die Grenze zur »nicht geringen Menge« erreicht, auf die Gesamtmenge abzustellen, während bei Tateinheit die jeweiligen Mengen isoliert zu werten sind.

### 6. TENORIERUNGSFRAGEN

Der Bundesgerichtshof hat seine Eigenarten; das gilt auch für den 3. Strafsenat. Eine Eigenart ist, dass weder der 3. Strafsenat noch die übrigen Strafsenate eine Tenorierung von Betäubungsmitteldelikten als »unerlaubt« mögen. Daher findet man immer wieder Schuldspruchänderungen dahin, dass die Kennzeichnung von Taten im Tenor des angefochtenen Urteils

als »unerlaubt« entfällt.<sup>15</sup> Hintergrund ist, dass Straftaten nach dem BtMG stets den »unerlaubten« Umgang mit Betäubungsmitteln betreffen. Man sagt ja auch nicht »wegen unerlaubten Diebstahls«. Ich will aber konzedieren: Der Vergleich hängt, weil der Diebstahl bereits in der Alltagssprache ein verbotenes Tun bezeichnet, der Besitz von Betäubungsmitteln – etwa in den Händen eines Anästhesisten – dagegen vollkommen in Ordnung sein kann.

Kurzum: Eine Marotte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, zu der nur zu fragen ist, in welchen Fällen die Kennzeichnung als »unerlaubt« beanstandet wird und in welchen nicht. Insofern gilt in der Praxis des 3. Strafsenats: Wenn außer diesem unnötigen Zusatz das Urteil nicht zu bemängeln ist, wird die Tenorierung

<sup>15</sup> BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 – 3 StR 411/23 Rn. 9; Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 21; Beschluss vom 14. Dezember 2022 – 3 StR 378/22, Rn. 6; Beschluss vom 3. Mai 2022 – 3 StR 95/22, Rn. 8.

hingenommen. Wenn aber ohnehin aus anderen Gründen der Schuldspruch einer Änderung bedarf, wird er in vollem Umfang »richtiggestellt«.

## III. STRAFZUMESSUNG IN BETÄUBUNGSMITTEL-SACHEN

### 1. BERÜCKSICHTIGUNG DER ART DES TATGEGENSTÄNDLICHEN BETÄUBUNGSMITTELS

In jüngerer Zeit hat der 3. Strafsenat wiederholt die Einordnung von Amphetamin im Rahmen der Strafzumessung beanstanden müssen. Amphetamin ist ein Betäubungsmittel von mittlerer Gefährlichkeit. In Bezug auf die Gefährlichkeit des Betäubungsmittels und dessen Relevanz für die Strafzumessung ist Amphetamin daher »neutral«. Es darf weder strafmildernd noch schulderhöhend gewertet werden, dass diese Droge

Gegenstand der Tat war.<sup>16</sup> Verfehlt ist damit eine Strafzumessungserwägung zu Lasten des Angeklagten dahin, er habe mit einem gefährlicheren Betäubungsmittel Handel getrieben als Cannabis, beziehungsweise Amphetamin sei »kein unterdurchschnittlich gefährliches Betäubungsmittel«.

## 2. BERÜCKSICHTIGUNG DER SICHERSTELLUNG VON BETÄUBUNGSMITTELN

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln die Sicherstellung des tatgegenständlichen Rauschgifts schuld mindernd zu werten. Auch der 3. Strafsenat hebt Entscheidungen (im Strafausspruch) auf, sofern das unterblieben ist.<sup>17</sup> Noch nicht gänzlich geklärt ist, ob auch in reinen Eigenbesitzfällen beziehungsweise hinsichtlich von Eigenbesitzanteilen die Sicherstellung als bestimmender Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden muss und dies gemäß § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO in den Urteilsgründen anzuführen ist. Der 3. Strafsenat hält sich bislang bedeckt (»jedenfalls in Bezug auf solche Betäubungsmittel, die zum Weiterverkauf bestimmt waren«<sup>18</sup>). Der 4. und der 6. Strafsenat halten es demgegenüber immer für erforderlich, BtM-Sicherstellungen – als bestimmenden und damit zwingend in den Urteilsgründen anzuführenden Strafzumessungsgrund – strafmildernd in Rechnung zu stellen.<sup>19</sup>

## 3. BERÜCKSICHTIGUNG DER OBSERVATION DES ANGEKLAGTEN

Immer wieder monieren Revisoren, eine polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts, insbesondere die Observation eines Kuriers, sei nicht strafmildernd berücksichtigt worden. Nach der Rechtsprechung des 3. Strafsenats hat ein solches Vorbringen zwar in einigen Fällen, aber nicht stets Erfolg. Eine engmaschige und lückenlose Observation eines Kuriers, aufgrund derer keine Gefahr bestand, dass die transportierten Betäubungsmittel in den Verkehr gelangen konnten, ist regelmäßig strafmildernd zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Eine lediglich zeitweilige Beobachtung mit Unterbrechungen dagegen nicht.<sup>21</sup> Insbesondere hat die hier diskutierte Rüge der Nichtberücksichtigung einer polizeilichen Beobachtung dann keinen Erfolg, wenn die verfahrensgegenständlichen Betäubungsmittel tatsächlich in den Verkehr gelangten. Denn, und auch hierauf will ich hinweisen: Einen Anspruch eines Täters dahin, dass gegen ihn polizeilich eingeschritten und ein In-Verkehr-Gelangen der Betäubungsmittel durch die Strafverfolgungsbehörden verhindert wird, vermag die BGH-Rechtsprechung nicht zu erkennen.<sup>22</sup>

## IV. EINZIEHUNGSFRAGEN

### 1. ABGRENZUNG TATERTRÄGE EINERSEITS VON TATMITTELN UND TATOBJEKTEN ANDERERSEITS

Im Betäubungsmittelstrafrecht ist seit langem geklärt, dass die im Rahmen eines Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vom »Dealer« zum Weiterverkauf erlangten Betäubungsmittel keine Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB sind, sondern Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB, die gemäß § 33 BtMG der Einziehung unterliegen, sofern sie sichergestellt worden sind. Scheidet mangels Sicherstellung eine gegenständliche Einziehung aus, kommt keine Wertersatzeinziehung in Betracht, also keine Einziehung eines Geldbetrages in Höhe des Wertes der erlangten Betäubungsmittel, denn der bestimmungsgemäße Weiterverkauf ist keine Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB; zudem konnte der Täter kein Eigentum an den Betäubungsmitteln erlangen. Eine Wertersatzeinziehung ist in solchen Konstellationen vielmehr nur gemäß § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB möglich (und geboten) in Bezug auf den Erlös, den der »Dealer« durch den Weiterverkauf erlangte; nur dieser ist Tatertrag im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB.<sup>23</sup>

Das sind Binsenweisheiten, so dass sich die Frage stellt, warum ich dies hier anspreche.

Der Grund ist, dass die Angrenzung des »Regimes der §§ 73 ff. StGB« von dem »Regime der § 74 ff. StGB« in anderen Bereichen kontrovers diskutiert wird und der 3. Strafsenat kürzlich in mehreren Entscheidungen, welche die Sonderzuständigkeit des Staatsschutzes betrafen, die Rechtsprechung zur Abgrenzung der beiden Einziehungsregime nä-

her konkretisiert hat, und zwar in einer Weise, die als Bestätigung der gefestigten Rechtsprechung im BtM-Bereich gewertet werden kann.<sup>24</sup>

Die vom 3. Strafsenat zu beurteilenden Fälle betrafen einerseits das Sammeln von Spendengeldern für eine terroristische Vereinigung und deren Weiterleitung an diese, zum anderen das Vereinnahmen von Geldern und den Transfer an Dritte im Rahmen eines »Hawala-Banking-Systems« und durch eine kriminelle Vereinigung. Der Senat hat entschieden: Die Gelder sind, obwohl die Angeklagten sie als »Einsammler« nach einem natürlichen Sprachgebrauch »erlangten«, keine Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB. Damit scheidet, soweit die Gelder erfolgreich an die terroristische Vereinigung oder den Begünstigten des Hawala-Bankings transferiert wurden, eine Wertersatzeinziehung nach § 73c Satz 1 StGB aus, denn diese betrifft nur Taterlangtes im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB. Vielmehr sind die Gelder, so der 3. Strafsenat, Tatmittel beziehungsweise Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, abhängig vom jeweils einschlägigen Straftatbestand (Tatmittel bezüglich einer Strafbarkeit wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 5 StGB, Tatobjekte im Sinne einer Strafbarkeit nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG beim Hawala-Banking).

Man sieht: Der 3. Strafsenat wendet die im Betäubungsmittelstrafrecht geltenden Regeln an.

Die Begründung des Senats geht dahin, dass die beiden Einziehungsregime voneinander abzugrenzen sind, weil sie unterschiedliche Anforderungen stellen, etwa Einziehungen und Wertersatzeinziehungen nach §§ 73 ff. StGB obligatorisch, solche nach §§ 74 ff. StGB dagegen Ermessensent-

scheidungen des Gerichts sind. Zudem sind, wie der Vergleich zwischen § 73c StGB und § 74c StGB zeigt, die Anforderungen an die Einziehung des Wertes von Tatmitteln oder Tatobjekten höher als die an eine Einziehung des Wertes von Taterträgen.

Der Senat erkennt insofern einen Vorrang des »Regimes der §§ 74 ff. StGB« vor dem »Regime der §§ 73 ff. StGB« an, soweit begrifflich Einziehungsentscheidungen nach beiden in Betracht kommen. Dieser Vorrang wird argumentativ zum einen darauf gestützt, dass bei den inmitten stehenden Straftatbeständen, die eine Vielzahl von Einzelhandlungen (der Sammlung und des Transfers von Geld) rechtlich als eine tatbestandliche Handlungseinheit zusammenfassen, nicht isoliert der Teilakt des Erlangens in den Blick genommen werden darf, sondern der Blick auf die Tat in Gänze gerichtet werden muss, und der Schwerpunkt hier nicht auf der Erlangung der Gelder liegt, sondern auf deren Transfer. Hinzu kommt, dass das »Regime der §§ 74 ff. StGB« täterfreundlicher ist als das »Regime der §§ 73 ff. StGB«, so dass die den Täter begünstigenden Regelungen des erstgenannten Regelungswerkes nicht durch ein – rein begrifflich mögliches – Abstellen auf das zweitgenannte umgangen werden dürfen.

Für die vom Senat zu entscheidenden Staatsschutzverfahren bedeutete dies: Soweit die gesammelten Gelder erfolgreich an die terroristische Vereinigung beziehungsweise den Empfänger des Hawala-Bankings transferiert wurden, kommt eine Wertersatzeinziehung nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 74c StGB nicht erfüllt sind: Die Weiterleitung eines Objekts als Teil der tatbestandsmäßigen Handlung ist keine Vereitelung der Einziehung im Sinne der Vorschrift. Eine solche liegt nur vor, wenn nach Begehung der betreffenden Tat, bei welcher die Gelder Tatmittel oder Tatobjekt waren

und durch die sie zu solchen wurden, die Einziehung vereitelt wurde, nicht aber, wenn die Tatbegehung selbst die Einziehung faktisch unmöglich machte.<sup>25</sup>

Kurzum: Die Staatsschutzrechtsprechung des 3. Strafsenats betreffend die Einziehung bestätigt die ständige diesbezügliche BtM-Rechtsprechung!

## 2. EINZIEHUNG VON SICHERGESTELTEM BARGELD ALS ERLÖS AUS BETÄUBUNGSMITTELVERKÄUFEN

Für »Liebhaber des Einziehungsrechts« stellt sich die Frage, welche Form der Einziehung innerhalb des »Regimes der §§ 73 ff. StGB« anzuordnen ist, wenn bei einem Angeklagten Bargeld, bei dem es sich um den Taterlös aus einer urteilsgegenständlichen Tat handelt (etwa: Erlös aus Betäubungsmittelverkäufen), zwar gegenständlich sichergestellt, aber später auf ein Justizkonto eingezahlt worden ist. Der ursprüngliche Einziehungsgegenstand steht damit für eine Einziehung nicht mehr zur Verfügung, so dass eine – stets vorrangige<sup>26</sup> – gegenständliche Einziehung des Geldes als Tatertrag gemäß § 73 Abs. 1 StGB fraglich erscheint. In der Tat: Richtig ist es, in solchen Fällen die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe des sichergestellten Bargeldbetrages gemäß § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB anzuordnen.<sup>27</sup> Aber: Vielfach finden sich in den Urteilsfeststellungen keine Ausführungen dazu, was mit sichergestelltem Bargeld im Ermittlungsverfahren geschehen ist. Hier ist der 3. Strafsenat daher großzügig. Das Fehlen von Ausführungen hierzu

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 26; Beschluss von 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 3; Beschluss vom 23. Januar 2018 – 3 StR 586/17, Rn. 5.

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 5. September 2023 – 3 StR 217/23, Rn. 15; Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25; Beschluss vom 5. April 2023 – 3 StR 47/23, Rn. 6; Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 11; Beschluss vom 29. Juni 2021 – 3 StR 192/21, Rn. 4; Beschluss vom 6. Februar 2018 – 3 StR 629/17, Rn. 5.

<sup>18</sup> BGH, Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 11. Siehe auch BGH, Beschluss vom 5. April 2023 – 3 StR 47/23, Rn. 6.

<sup>19</sup> BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2023 – 4 StR 62/23, Rn. 2; Beschluss vom 19. September 2023 – 6 StR 295/23, Rn. 6.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25.

<sup>22</sup> Vgl. nur BGH, Beschluss vom 17. Januar 2024 – 5 StR 339/23, Rn. 17 mwN; Urteil vom 6. Januar 2022 – 5 StR 2/21, Rn. 13.

<sup>23</sup> St. Rspr.; siehe nur BGH, Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 3 ff.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 15 ff.; Urteil vom 20. Juli 2022 – 3 StR 390/21, Rn. 17; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 36; Urteil vom 15. Juni 2022 – 3 StR 295/21, Rn. 8 ff.

<sup>25</sup> BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 21 ff.; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 37; Urteil vom 15. Juni 2022 – 3 StR 295/21, Rn. 25 ff.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 31. August 2022 – 4 StR 153/22, Rn. 9, 13; Beschluss vom 4. März 2021 – 5 StR 447/20, Rn. 7.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31; Beschluss vom 25. August 2021 – 3 StR 148/21, Rn. 5 f.



begründet keinen Darstellungsmangel. Die Anordnung der gegenständlichen Einziehung des Bargelds als Tatertrag gemäß § 73 Abs. 1 StGB lässt der Senat unbeanstandet.

### 3. KEINE SALDIERUNG DER TATERTRÄGE AUS MEHREREN ABGEURTEILTEN TATEN

Insbesondere im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts kommt es regelmäßig vor, dass mehrere Taten Gegenstand eines Urteils sind, durch die jeweils Taterträge (etwa: Verkaufserlöse aus dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln) erlangt wurden. Wie ist in solchen Fällen zu verfahren, wenn der Einziehungsbeitrag hinsichtlich einer Tat zu hoch angesetzt worden ist, hinsichtlich

einer anderen Tat jedoch zu niedrig, im Ergebnis aber die ausgeurteilte Summe, dem nach den Urteilsfeststellungen insgesamt Erlangten entspricht oder niedriger ist? In einem vom 3. Strafsenat kürzlich zu entscheidenden Verfahren kam die Idee auf, »zu saldieren« und die Revision zu verwerfen, weil die Höhe der angeordneten Einziehung des Wertes von Taterträgen im Urteilstenor den Urteilsfeststellungen zu den Tatgeschehen im Ergebnis sogar begünstigte. Eine solche »Gesamtbetrachtung« ist indes nicht statthaft; vielmehr ist jede urteilsgegenständliche Tat für sich zu betrachten und zu prüfen, ob der diesbezüglich in den Urteilsgründen ausgewiesene Betrag des Erlangten von den Sachverhaltsfeststellungen

getragen wird.<sup>28</sup>

### 4. ERWEITERTE EINZIEHUNG (DES WERTES) VON TATERTRÄGEN

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis nach wie vor der Umgang mit den Regelungen zur erweiterten Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) und der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB), gerade auch in BtM-Verfahren. Insofern hat sich der 3. Strafsenat wiederholt veranlasst gesehen, auf Folgendes hinzuweisen:

<sup>28</sup> BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2023 – 3 StR 233/23, Rn. 6.

Wenn bei einer Durchsuchung beim Angeklagten Geld sichergestellt worden ist und das Gericht zu der Feststellung gelangt, es handele sich um Erlöse aus anderen Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln des Angeklagten als der verfahrensgegenständlichen Tat, darf nicht ohne Weiteres die erweiterte Einziehung des Bargelds angeordnet werden. Erforderlich ist vielmehr, dass die anderen Taten nicht aufklärbar erscheinen – sollte dies der Fall sein, darf die Einziehung nur im Rahmen eines (vorrangigen) Strafverfahrens wegen der anderen Tat(en) erfolgen.<sup>29</sup>

Wenn in einem Verfahren wegen eines Betäubungsmitteldelikts festgestellt wird, dass der Angeklagte auch noch weitere Taten beging (typischerweise: weitere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln), diese nicht näher aufklärbar sind und der Angeklagte aus diesen Taten nachweisbar Erlöse erzielte, die aber nicht gegenständlich sichergestellt worden sind (dann: § 73a Abs. 1 StGB), kommt eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB in Betracht. Allerdings stößt diese Regelung seit jeder auf Bedenken, weil sie ohne weitere Einschränkung die Gerichte dazu verpflichtete, anlässlich der Aburteilung einer Tat aufzuklären, ob der Angeklagte innerhalb der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 76b Abs. 1 Satz 1 StGB irgendwann einmal weitere, nicht mehr näher feststellbare Taten beging und aus diesen Erlöse erzielte, deren Wert dann – zwingend – einzuziehen wäre. Daher gilt: Eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB setzt voraus, dass das durch eine nicht konkretisierbare andere Tat Erlangte

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31; Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 11; Beschluss vom 26. Mai 2021 – 3 StR 58/21, Rn. 6. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2021 – 3 StR 381/21, Rn. 19.

bei Begehung der Anlasstat (der jetzt verfahrensgegenständlichen Tat) im Vermögen des Angeklagten gegenständlich oder in Form eines Surrogats vorhanden war.<sup>30</sup>

Dieses Erfordernis des »Vorhandenseins bei Begehung der Anlasstat« ist neuerdings vom 4. und 5. Strafsenat auch auf Fälle der erweiterten Einziehung des gegenständlich Erlangten selbst erstreckt worden, also auf Fälle der erweiterten Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB.<sup>31</sup> Das ist neu und wird vom 3. Strafsenat deutlich kritisiert.<sup>32</sup> Hier könnte sich eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen anbahnen.

Relevant im Bereich des BtM-Strafrechts ist diese Frage, wenn bei einem Angeklagten Bargeld gegenständlich sichergestellt worden ist, das aus anderen, nicht aufklärbaren Taten stammt. Dann ist nach der vorgenannten Rechtsprechung des 4. und 5. Strafsenats eine erweiterte Einziehung nur möglich, wenn das Bargeld gegenständlich im Besitz des Angeklagten war, als er die verfahrensgegenständliche Tat beziehungsweise eine der verfahrensgegenständlichen Taten beging. Eine solche Beschränkung der erweiterten Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist jedoch weder im Wortlaut der Einziehungsvorschriften angelegt noch rechtspolitisch sinnvoll.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31, 32 f., 59; Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 13; Beschluss vom 8. März 2022 – 3 StR 238/21, Rn. 14. Eine erweiterte Einziehung eines Surrogats als solches ist dagegen nicht statthaft; vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 33 mwN.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2022 – 4 StR 221/22, Rn. 6; Urteil vom 8. August 2022 – 5 StR 372/21, Rn. 36; Beschluss vom 4. März 2021 – 5 StR 447/20, Rn. 8 ff.

<sup>32</sup> BGH, Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 14. Siehe auch BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 78.

### 5. HINREICHEND PRÄZISE BEZEICHNUNG VON EINZIEHUNGSGEGENSTÄNDEN IM URTEILSTENOR

Immer wieder finden sich, gerade in Urteilen in Betäubungsmittelstrafsachen, allzu pauschale Tenorierungen zur Einziehung. Zu bedenken ist: Der Urteilstenor ist Grundlage für die Vollstreckung, auch von Einziehungsentscheidungen. Es muss also bereits aus dem Urteilstenor zweifelsfrei ersichtlich sein, welche Gegenstände der Einziehung unterworfen sein sollen.<sup>33</sup> Bei sichergestelltem Rauschgift ist hierfür die Anführung von Art und Menge der Betäubungsmittel erforderlich.<sup>34</sup> Sonstige Gegenstände sind so individualisiert zu benennen, dass sie von anderen, insbesondere ähnlichen, klar unterschieden werden können. Das kann zu sehr umfangreichen Urteilsformeln führen. Insofern aber billigt es die Rechtsprechung, im Urteilstenor lediglich die Einziehung der aus einer Anlage zur Urteilsformel ersichtlichen Gegenstände auszusprechen und die Objekte in einer – unbedingt zum integralen Bestandteil der Urteilsurkunde zu machenden und von den Unterschriften gedeckten – Anlage zum Urteilstenor zu benennen.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5; Beschluss vom 8. April 2020 – 3 StR 55/20, Rn. 3.

<sup>34</sup> BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5; Beschluss vom 1. Juni 2022 – 3 StR 118/22, Rn. 11.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 85; Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5.

## 6. EINZIEHUNG VON TATMITTELN

Salopp gesagt »lieblos« sind vielfach Urteilsgründe in Betäubungsmittelstrafsachen in Bezug auf die angeordnete Einziehung von Tatmitteln nach § 74 Abs. 1 StGB. Häufig findet sich in der Urteilsbegründung nur der Satz, bestimmte Gegenstände – etwa ein Mobiltelefon, Gerätschaften zur Portionierung und Verpackung von Betäubungsmitteln – unterlägen der Einziehung. Die Einziehung von Tatmitteln ist jedoch eine Ermessensentscheidung (»können eingezogen werden«). Zudem hat sie Sanktionscharakter und ist deshalb strafzumessungsrelevant.<sup>36</sup> Gute Urteile beachten beides, indem die Urteilsgründe auf die Ermessensausübung hinweisen und bei der Strafzumessung die Einziehung strafmildernd berücksichtigen. Der 3. Strafsenat ist insofern allerdings – was in den veröffentlichten Entscheidungen nicht aufscheint und nicht aufscheinen kann – recht großzügig, sofern es um Gegenstände geht, die offensichtlich wegen ihrer Gefahr zukünftiger Verwendung für Straftaten nicht zurückgegeben werden sollten (Stichwort »Feinwaage« – »Ermessensreduzierung auf null«) oder die ersichtlich keinen hohen Wert haben. Wenn aber beispielsweise Kraftfahrzeuge eingezogen werden, mit denen Betäubungsmittel transportiert wurden, haben der Straf- und Einziehungsausspruch keinen Bestand, wenn die Strafkammer nicht ersichtlich ihr Ermessen ausgeübt und die Einziehung nicht erkennbar bei der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt hat.

## 7. EINZIEHUNG NICHT TATRELEVANTER GEGENSTÄNDE

Wiederholt hat der 3. Strafsenat in

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 71; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 61/21, Rn. 25.

jüngerer Zeit Einziehungsentscheidungen beanstanden müssen, mit denen Betäubungsmittel oder Utensilien des Handeltreibens als Tatmittel oder Tatobjekte nach § 74 Abs. 1 und 2 StGB eingezogen worden sind, obgleich diese mit der abgeurteilten Tat konkret nichts zu tun hatten. Es scheint bei Strafkammern eine gewisse Neigung zu bestehen, bei einer Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts »alles Sicherstellte« einzuziehen, das der Angeklagte aus Sicht des Gerichts besser nicht mehr besitzen sollte und in irgendeinem Bezug zu dem Deliktstyp der abgeurteilten Tat steht, insbesondere – unabhängig vom Anklagevorwurf – alle sichergestellten Betäubungsmittel und auf Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bezogene Gegenstände. Das aber lässt § 74 StGB nicht zu.<sup>37</sup> Wenn der Tatvorwurf sich beispielsweise auf die Durchführung einer Kurierfahrt für einen Dritten bezieht und im Ermittlungsverfahren bei einer Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten Betäubungsmittel zum Eigenkonsum sichergestellt worden sind, scheidet eine Einziehung in dem Verfahren wegen der Kurierfahrt aus.<sup>38</sup> Insofern kommt auch eine Sicherungseinziehung nach § 74b StGB nicht in Betracht,<sup>39</sup> sondern allenfalls eine selbständige Einziehung nach § 76a StGB.

<sup>37</sup> BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 5; Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 27; Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 4 ff.

<sup>38</sup> BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 5.

<sup>39</sup> BGH, Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 28; Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 6; Beschluss vom 7. September 2021 – 3 StR 128/21, Rn. 8.

## 8. EINORDNUNG VON SPESENGELDERN FÜR BETÄUBUNGSMITTELTRANSPORTE

Wenn der Angeklagte – in der Regel ein Betäubungsmittelkurier – nicht nur für sein Agieren entlohnt wurde, sondern auch noch Geld bekam, um mit diesem, Aufwendungen für seine Tätigkeit zu bestreiten, kann nicht ohne weiteres der gesamte Betrag der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nach § 73 Abs. 1, § 73a Satz 1 StGB unterworfen werden. Taterträge für den Angeklagten, bei denen nach dem Bruttoprinzip ein Abzug von Aufwendungen ausscheidet (§ 73d Abs. 1 Satz 2 StGB), sind derartige Gelder nur, wenn der Angeklagte pauschal entlohnt wurde für seine Tat und die Vereinbarung dahin ging, der solle seine Aufwendungen selbst tragen.<sup>40</sup> Wenn dagegen ein bestimmter Teil des Erlangten ausdrücklich und gesondert zur Bestreitung von Aufwendungen für die Tat übergeben wurde (etwa Geld zur Anmietung eines Kraftfahrzeuges), handelt es sich bei dem Spesengeld um Tatmittel i.S.d. § 74 Abs. 1 StGB.<sup>41</sup> Sofern das Spesengeld beim Angeklagten gegenständlich sichergestellt worden ist (Sicherstellung des übergebenen Bargelds), kommt dessen Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB in Betracht. Sollte der Angeklagte das Spesengeld aber bestimmungsgemäß ausgegeben haben, scheidet eine Einziehung des Wertes von Tatmitteln nach § 74c Abs. 1 StGB aus. Denn der bestimmungsgemäße Verbrauch von Tatmitteln ist keine Vereitelung der Einziehung im Sinne dieser Vorschrift. Eine solche liegt nur vor, wenn die Vereitelungshandlung, also die Handlung, die eine gegenständliche Einziehung des erlangten Tatmittels

<sup>40</sup> BGH, Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 14; Beschluss vom 5. Juli 2012 – 3 StR 210/12, Rn. 2.

<sup>41</sup> BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 9; Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 16; Beschluss vom 5. Juli 2012 – 3 StR 210/12, Rn. 2.

unmöglich machte, der Tatbegehung zeitlich nachfolgte.<sup>42</sup>

## V. DIE MASSREGEL DER UNTERBRINGUNG IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT

Viel Arbeit macht allen Strafsenaten des BGH seit Oktober 2023 und derzeit noch die Neuregelung des Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB. Hierauf möchte ich an dieser Stelle allerdings in der Sache nicht eingehen, sondern mich auf einige Anmerkungen aus revisionsverfahrensrechtlicher Sicht beschränken:

Der Gesetzgeber hat keine Übergangsregelung geschaffen, wie mit Urteilen in der Revision umzugehen ist, die vor dem 1. Oktober 2023 und damit unter der alten Rechtslage ergangen sind. Insofern gelten die allgemeinen Bestimmungen: Gemäß § 2 Abs. 6 StGB ist über Maßregelungen nach dem zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht zu befinden. Für die Revision heißt das, wie sich aus § 354a StPO ergibt, dass die Strafsenate des Bundesgerichtshofs Maßregelungen seit dem 1. Oktober 2023 ausschließlich anhand des neuen Rechts rechtlich zu überprüfen haben. Die Revisionsgerichte müssen auch solche Urteile (teilweise) aufheben, die zuvor ergangen sind, am Maßstab des damals geltenden Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt rechtsfehlerfrei sind, aber dem neuen Recht, das verschärfte Anforderungen an eine Maßregelung stellt, nicht

<sup>42</sup> BGH, Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 17. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 21; Beschluss vom 11. August 2021 – 3 StR 268/20, Rn. 29 f.

(mehr) genügen.<sup>43</sup> Dadurch erklärt sich die gegenwärtig zu verzeichnen sehr hohe Zahl von Aufhebungen »im Bereich des § 64 StGB«. Das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO steht dem nicht entgegen. Denn auch wenn viele Angeklagte – jedenfalls in der Vergangenheit – die Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt als »Wohltat« empfanden, insbesondere auch vor dem Hintergrund der nach altem Recht möglichen Halbstrafenentlassung, so war und ist die Maßregelung in rechtlicher Hinsicht doch eine zusätzliche Belastung des Angeklagten, so dass bei einer Aufhebung des Maßregelausspruches auf seine Revision hin eine Entscheidung zu seinen Gunsten ergeht. Das bedeutet auch, dass das Revisionsgericht im Beschlusswege nach § 349 Abs. 4 StPO entscheiden kann – und so läuft es in der Praxis auch.

Das gilt auch für die Dauer eines Vorwegvollzugs eines Teils einer Freiheitsstrafe vor der Unterbringung. Während nach altem Recht die Vorwegvollzugsdauer nach dem »Halbstrafenzeitpunkt« zu bemessen war, so dass nach Vorwegvollzug und – erfolgreicher – Maßregel eine Halbstrafenentlassung möglich war, ist nach neuem Recht der »Zwei-Drittel-Zeitpunkt« Berechnungsgrundlage (§ 67 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 StGB). Nach neuem Recht ist daher regelmäßig ein längerer Vorwegvollzug geboten.

Ein nach altem Recht angeordneter, nunmehr »zu kurzer« Vorwegvollzug ist daher nach dem Gesagten vom Revisionsgericht zu beanstanden und führt insofern zur Urteilsaufhebung oder Änderung der Vorwegvollzugsdauer durch das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. Dies gilt auch

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 25. Januar 2024 – 3 StR 157/23; Beschluss vom 23. Januar 2024 – 3 StR 455/23; Urteil vom 11. Januar 2024 – 3 StR 280/23 Rn. 39; Beschluss vom 19. Dezember 2023 – 3 StR 411/23 Rn. 10; Beschluss vom 12. Dezember 2023 – 3 StR 343/23.

für eine Angeklagtenrevision, die im Übrigen die Dauer des Vorwegvollzugs nicht vom Revisionsangriff ausnehmen kann, wenn sich das Rechtsmittel »nur« gegen den Schuldspruch richtet.

Man könnte allerdings geneigt sein einzuwenden, der Angeklagte sei durch einen »zu kurzen« Vorwegvollzug nicht beschwert; der durch die Gesetzesänderung bedingte Rechtsfehler könne beziehungsweise müsse aus diesem Grund bei einer Angeklagtenrevision unbeachtet bleiben. Denn bei einem Vorwegvollzug nach altem Recht bliebe dem Angeklagten – jedenfalls theoretisch – die Möglichkeit einer »regulären« Halbstrafenentlassung unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB erhalten, die bei einer auf den Zwei-Drittel-Zeitpunkt berechneten Vorwegvollzugsdauer nunmehr praktisch ausscheidet.

Allerdings: Dieser interessanten Überlegung sind die Strafsenate, auch der 3. Strafsenat, nicht nähergetreten.<sup>44</sup> Insofern wird auf alte Rechtsprechung zur Beanstandung der Vorwegvollzugsdauer rekurriert: Ein richtig berechneter Vorwegvollzug sichere den Therapieerfolg durch die Möglichkeit einer Haftentlassung nach erfolgreich abgeschlossener Therapie.<sup>45</sup> Damit sei ein Angeklagter auch durch einen »zu kurzen« Vorwegvollzug beschwert. Zudem entscheidet der Bundesgerichtshof auch dann, wenn er einen »zu kurzen« Vorwegvollzug beanstandet, auf eine Angeklagtenrevision hin im Beschlusswege (nach § 349 Abs. 4 StPO).

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 11. Januar 2024 – 3 StR 280/23.

<sup>45</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 – 3 StR 458/21, Rn. 17.



# VERTEIDIGUNG VON UND GEGEN KRONZEUGEN – IMMER NOCH EIN PULVERFASS?

## I. PROLOG

Als ich angefragt wurde, ob ich anlässlich dieses ansonsten so spannenden Symposiums zu ausgerechnet dem Thema »Verteidigung von und gegen Kronzeug\*innen – immer noch ein Pulverfass?« referieren wollte, war meine Begeisterung zugegebenermaßen bescheiden.

Ich stellte und eigentlich stelle ich mir auch noch die Frage: was kann ich im Jahr 2024 schon Neues zu diesem Thema beitragen? Die Frage nach der Spannung und Brisanz, die das titelgebende Pulverfass (immerhin mit einem Fragezeichen versehen) zu versprechen tönt, müsste eigentlich verneint und bei dem Stichwort Kronzeugenregelung eher mit einem Gähnen oder – je nach Perspektive – defätistischen Schultzucken quittiert werden.

Um beidem zuvorzukommen, möchte ich mich erst einmal auf anderem, aktuellem Wege dem Aufklärungsgeländen und Verteidigung widmen, wenn schon die Aufklärungshilfe im

\* Der Vortrag wurde um Fußnoten ergänzt, der Vortragsstil beibehalten. Es handelt sich um eine etwas längere – nicht mit Blick auf die Zeitvorgaben des Vortrages gekürzte – Ursprungsfassung.

## oder: »§ 31 BTMG – MIT ANDEREN WORTEN... WERD VERRÄTER ODER GEH KNAST. ENTSCHEIDE DICH«

BtMG älter als ich selbst ist und die Debatten hierum ähnlich ergraut sind:

### 1. ...ER WIRD EINKNICKEN!

»Die einzige Hoffnung auf ein Geständnis lag daher bei Ernest Burkhart. »Man sah ihn sich an und erkannte sofort, dass er ein schwacher Charakter war«, beobachtete White. Ein Staatsanwalt, der mit White zusammenarbeitete, äußerte sich noch etwas direkter: »Unsere Wahl fiel auf Ernest Burkhart, weil er einknicken würde.«<sup>1</sup>

Diese erste Assoziation, hängt zum einen mit einer zuweilen zu beobachtenden Haltung der Ermittler\*innen zusammen, zum anderen, jedenfalls im Zusammenspiel, mit einer Auseinandersetzung mit den Aussagen und

<sup>1</sup> Grann, Das Verbrechen. Killers of the Flower Moon, 2018, S. 233 f.

der Geburtsstunde der Aussagen, die i.R.v. Kronzeugenangaben auch in aussagepsychologischer Hinsicht und unter Glaubhaftigkeitsgesichtspunkten mehr Bedeutung verdienen müssten, als dies oft der Fall ist (darauf komme ich später – ad D. II. – noch einmal eingehender drauf zurück):

Denn das Zitat stammt aus dem 2023er Scorsese Film »Killers of the Flower Moon«,<sup>2</sup> und gerade was die Aussage des Kron-Zeugen/-Angeklagten betrifft, die Aussagegenese, Aussageentwicklung von eben jenem Protagonisten Ernest Burkhart in seiner zuweilen Kronzeugen-Rolle und dem Ganzen, dem Mienenspiel und den Sorgenfalten eindrücklich

<sup>2</sup> Und dem zugrunde liegenden Buch, siehe FN 1.

## SPOILER-ALARM: IM FOLGENDEN GIBT ES EINE KURZZUSAMMENFASSUNG; WER SICH ÜBERRASCHEN LASSEN WILL, SOLLTE ERST DAS IN DER FUSSNOTE ANGEGEBENE VIDEO ANSCHAUEN, DA SOGLEICH DAS ENDE VERRATEN WIRD.

zu entnehmenden Hin und Her in den dortigen verschiedenen Verfahren gegen ihn, gegen seinen Onkel – Geständnis, Geständnis-Widerruf, Bezeichnung, Widerruf, Versprechungen des FBI, Einflussnahmen – teilweise letale, finale – auf Zeug\*innen etc. –, ist das schon sehr eindrücklich und bezeichnend; und wer nun spitzfindig stutzt wegen der titelgebenden »Killers« und nicht das BtM im Vordergrund zu stehen scheint, sei besänftigt: unter den vielen Verbrechen, die in dem Film und Buch und der dahinter liegenden wahren Geschichte begangen wurden, finden sich auch eine Vielzahl an Vergiftungen und ein Mordversuch mittels Heroin-Insulin-Injektion, Vergiftungsversuche von unliebsamen Zeugen... insofern durchaus und viele BtM-assozierte Delikte... wer ihn nicht gesehen hat: der Film wie auch das Buch lohnen sich, auch über die am Ende behandelten Strafverfahren und das Aussageverhalten und die Kronzeugenrolle (und meine Assoziationsketten) hinaus.

### 2. HIER WIRD NIX GESAGT!

Dass man pop- oder besser hiphopkulturell auch andere, näherliegende Verweise ziehen kann, liegt auf der Hand:

In dem Vortrag hätte ich vier Minuten füllen können mit dem Vorspielen eines Musikvideos zu »Snitch« von

Joyner Lucas,<sup>3</sup> in dem in einem dialogischen, einprasselnden Hin und Her auf einen Beschuldigten im Vernehmungsraum eingeredet wird, was ihn erwartet, was ihm droht.

Zum Beispiel einerseits: »Wenn du kooperierst, ist das deine Chance, dein Leben zu retten. Sag ihnen einfach, was sie wissen wollen, Und du wirst den Preis nicht zahlen, Manche würden es Verrat nennen, Aber ich nenne es: »Tu das Richtige.«

Und andererseits die Gegenposition, die – etwas weniger vornehm, sondern expliziter, als ich es hier machen werde – mit »vergiss »tu das Richtige« eingeleitet wird: »Lass es uns durchspielen (...). Jetzt bist du vielleicht frei, Aber du könntest getötet werden, wenn du Informationen preisgibst. Und wenn du nicht getötet wirst, dann ist es aus mit dir. Jeder wird dich als Ratte kennen. Du wirst für den Rest deines Lebens nicht mehr respektiert. Niemand will dich danach noch kennen. (...) Fehlende Moral und Integrität haben ihren Preis.«

Am Ende jedenfalls entsteht der Eindruck, der Beschuldigte gebe dem massiven Druck nach und verrate nun alles und vor allem: Jeden: »in Ordnung. Ich war's.« Er nennt weitere Namen, er sagt, wer der Drahtzieher war. Man sieht, wie es weitergeht, Festnahmen, die Mittäter schweigen, er spaziert raus... Und: Er wird erschossen.

Aber dann: wird alles nochmal nach vorne, auf Anfang gespult, der Beschuldigte zündet sich im Vernehmungsraum ruhig eine Zigarette an und sagt, ebenso ruhig zu den zwei Vernehmungsbeamten: »I wanna see my lawyer.«

<sup>3</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=74HajcmgUBw> (zuletzt aufgerufen am 15.02.2024). Der »Snitch« spielt in vielen Tracks eine prominente Rolle, so auch in dem titelgebenden von Obie Trice, bei dem es – mit ähnlicher Grundaussage wie bei Joyner Lucas – u. a. heißt: »Just don't – whatever you do – snitch cause you will get hit and pray I don't face you; ... Once he got pinched, coincided with law.«

Dass das bei unserem Thema hier nicht zwingend bedeuten muss, dass er nicht doch noch auspackt, sei hier mal dahingestellt... Aber auch damit beschäftige ich mich im Folgenden noch.

Oder natürlich Xatars »§ 31«<sup>4</sup> – im Videoclip<sup>5</sup> wird ein Teil des Gesetzestextes der titelgebenden Vorschrift abgebildet und es folgen eingeblendet die Schriftzüge: »mit anderen Worten... werd Verräter oder geh Knast. Entscheide dich.«

In den Lyrics heißt es u.a. »Beichtest beim Feind und fängst an zu unterschreiben! Was für Anwalt und Richter, ich hab' nichts zu berichten, Denn nur Gott kann mich richten! Wer will schlichten, hier wird nix gesagt, Alles oder Nix, ein Wort wie ein Vertrag! Denn bei uns ist Schweigen Gold, denn Blei kann folgen mit Tausend Sachen sind wir aufgewachsen, es sind Blaulichter und raue Gesichter, Graues Schicksal, kein Traum ist hier sichtbar.«

Diese Devise, Schweigen ist Gold, hätte den Vortrag bei dem Symposium und diesen Beitrag stark abgekürzt, wenn nicht gar überflüssig gemacht – wenn sie denn beherzigt würde; aber die andere Seite, dass Beschuldigte auspacken und damit die Verteidigung von Kronzeug\*innen, Verteidigung gegen Kronzeug\*innen, gibt es nichtsdestotrotz immer wieder – wie es heißt: es ist »an der Tagesordnung«,<sup>6</sup> »gehört zum Alltag«, die Vorschrift ist eine »seit Jahren etablierte Regel«<sup>7</sup>... Wenig überraschend findet sie sich in § 35 KCanG natürlich auch wieder.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Auch Schmidkonz, Kriminalistik 2023, 477, verweist hierauf.

<sup>5</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=tGTw4PwjJWc> (zuletzt aufgerufen am 15.02.2024).

<sup>6</sup> Vgl. Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl. 2022.

<sup>7</sup> Vgl. Salditt, StV 2009, 375, 376.

<sup>8</sup> Aber da es »nur« den Anwendungsbereich des KCanG betrifft, wird der »35er« sicherlich nicht den »31er« ablösen, genauso wenig, wie man bislang von dem »46b-ler« oder entsprechender popkultureller Verarbeitung gehört hätte.

**BILD:**  
Unter Druck eingeknickt.  
»Wenn du kooperierst, ist das  
deine Chance, dein Leben zu  
retten.«



Das heißt: immer noch ein vielleicht nicht zwingend Pulverfass – aber: immer wieder ein Ärgernis und eine Herausforderung.

Dies vorweggeschickt...

## II. (UN-)ENTBEHR- LICHE UNTOTE?

Offenbar um ihrem Ruf als ›große Untote‹ gerecht zu werden, erscheint die Kronzeugenregelung und damit auch die Kronzeug\*in auch immer wieder bei Tagungen in Referaten wiederaufzuerstehen. Sie – die Regelung und die Kronzeug\*in – sind und bleiben wohl eine Dauererscheinung,<sup>9</sup> auf die wir uns eingerichtet haben und die wir wohl leider – sagt die Verteidigerin, die ich bin – auch nicht mehr loswerden, so wenig ich sie missen würde.

Nach wie vor bleibt § 31 BtMG die eher apodiktisch behauptete denn empirisch belegte Erwartung schuldig, mittels der Vorschrift könnten national und international agierende Großdealer überführt, könnten Bandenstrukturen aufgebrochen und Rauschgiftkartelle zerschlagen und Depots und Bunker entdeckt werden –<sup>10</sup> dies lässt sich, auf höherer Hierarchieebene, gar auf höchster Ebene weder feststellen noch ist es zu erwarten angesichts der verstärkt konspirativ und in der Anonymität agierenden Protagonist\*innen im Internet, Darknet, mit Enchrochats und Co. Umgekehrt lassen auch die exzessive Ausweitung von Ermittlungsbefugnissen und ständigen strafprozessualen Erweiterungen es nahezu absurd anmuten, zum einen von einem (mittlerweile eigentlich erst recht als Dauer-)<sup>11</sup> Ermittlungs-

notstand zu sprechen, dem man zum anderen ausgerechnet mit einem Denunzianten, der eigene Interessen verfolgt, mit einem Zeugenbeweis eine so hohe Bedeutung und durchschlagende Kraft beizumessen.<sup>12</sup>

Nach wie vor Geltung entfaltet demgegenüber m. E. und meiner Erfahrung nach die Kritik, die seit jeher insbesondere seitens Verteidigerinnen, aber auch der Wissenschaft geübt wurde. Die Probleme der Kronzeugenregelung lassen sich nicht wegdiskutieren.

Dass die tragenden Säulen des Strafrechts, das Legalitäts- und Schuldprinzip, der Gleichheitsgrundsatz, mit der Unterschrift beim Feind, wie Xatar es formuliert, mit einem Freikaufen durch Denunziation kollidieren, galt 1981 und gilt auch 2024.

Auch, aber nicht nur, in Zusammenhang mit den Kronzeugenregelungen droht nach wie vor – und zwar nicht nur aus Strafverteidigerinnensicht – eine Abkehr von einem rechtsstaatlichen prinzipienorientierten Strafrecht verbunden mit einer verfehlten Zuwendung zum Vertragsgedanken in der präventiven Zweckorientierung.<sup>13</sup> Und mit dem Vertragsgedanken ist natürlich nicht der Xatar'sche »hier wird nix gesagt«-Vertrag gemeint, sondern die Kooperation. Das kooperative, konsensuale Moment, das auch der Kronzeugenregelung und ihrer Ausgestaltung in der Praxis immanent ist, entfernt sich immer mehr von den traditionellen Zielen eines Strafverfahrens mit der Feststellung der individuellen Schuld auf der Grundlage eines der Wahrheit möglichst weit ange-

näherten Sachverhaltes.<sup>14</sup> Sehenden Auges wird das eigentliche Bemühen, den wahren Sachverhalt gerichtlich zu ermitteln, kontaminiert.<sup>15</sup>

Vor Gericht ist – so wurde zu Recht in Zusammenhang mit der Einführung der allgemeinen Kronzeugenregelung geunkt – in Zukunft nicht mehr die Wahrheit das entscheidende Ergebnis, das ermittelt wird, sondern nur noch die Plausibilität.

Ein für alle Beteiligten akzeptabler Rechtsfrieden stiftender Kompromiss wird ausgehandelt. Zulasten von Dritten.

Die gegensätzlichen Positionen – der Kronzeuge sei gekommen, um als unerfreuliche Erscheinung zu bleiben, welcher aber nach wie vor, selbst nach seinen vielen Auferstehungen, kein Platz in einem strafprozessualen Paradies zustehe,<sup>16</sup> versus: Die Zeit sei über die Forderungen, nur in Extrem- oder Ausnahmefällen oder zurückhaltend Gebrauch zu machen, hinweggegangen, die Regelung sei ein unentbehrliches Instrument<sup>17</sup> – bestehen also fort.

## III. VERRÄTER\*INNEN, VERLÄSSLICHKEIT – ROLLENKONFLIKTE

In Zusammenhang mit der Einführung des § 46b StGB hatte König einmal den »fatalen Rollenkonflikt« für die Verteidigung dahingehend pointiert, dass Kronzeugenregelungen bei jeder Strafmaßverteidigung die Frage aufwerfen lasse, ob es da nicht noch irgendjemanden gebe, der sich anschwärzen ließe. Einen verlässlichen Ratschlag könne die Verteidigung jedenfalls nicht erteilen.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Vgl. hierzu König, StV 2012, 113; eine problematische Entwicklung hin zu einer Stärkung eines kooperativen Prozesses sieht auch Sch/Sch-Kinzig, StGB, § 46b Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. DAV, SN 69/2011, S. 4.

<sup>16</sup> So Conen, StraFo 2018, 227.

<sup>17</sup> So Weber, BtMG, § 31 Rn. 7.

<sup>18</sup> König, NJW 2009, 2481, 2483 f.

<sup>9</sup> Conen, StraFo 2018, 227.

<sup>10</sup> Zur (Un-)Wirksamkeit von Kronzeugenregelungen, was die Zerschlagung von OK betrifft, vgl. Ambos, ZStW 2020, 24, 46 ff., der auch in seinem Beitrag insgesamt einen guten Überblick über Kronzeugenregelungen verschafft.

<sup>11</sup> So schon pointiert Kunert/Bernsmann, NStZ 1989, 457, in Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 09.06.1989 (BGBl. I S. 1059).

<sup>12</sup> Bernsmann, JZ 1988, 539, 540, sah wenige Jahre nach Einführung des § 31 BtMG die »vielzitierten ›Hintermänner‹ des Rauschgifthandels bislang noch nicht in Furcht und Schrecken versetzt.«

<sup>13</sup> Albrecht, Schriftliche SN vom 24.03.2009, S. 4 ff. sowie mündliche Äußerungen in der Anhörung zu dem »Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (... StrÄndG) BT-Drucksache 16/6268« am 25.03.2009, Protokoll Nr. 133, S. 4.

Und die fehlende Verlässlichkeit gilt ja – auch mit Blick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung – auf so vielen Ebenen:

- Die nicht verlässliche Einschätzung der Beweislage gerade zu Beginn der Ermittlungen, insbesondere bei noch fehlender ausreichender Erkenntnisgrundlage und ohne umfassenden Überblick; damit flankierend: ein aktives Desavouieren des nemo-tenetur-Grundsatzes, weil eigentlich, dann auch in Gesprächen, Verhandlungsversuchen mit den Ermittlungsbehörden, die Schuld antizipiert, die Unschulds- in eine Schuldvermutung gewandelt wird; wohl bemerkt: aktiv durch die Verteidigung...

- die fehlende Garantie von Verbindlichkeit oder – wenn man schon nicht von einer Garantie oder Sicherheit sprechen will – eines Mindestmaßes an Kalkulationssicherheit der Polizei und Staatsanwaltschaft einerseits i.R.d. Präklusionsdruckes und bei einem erst späten und späteren Ermessen des Gerichts andererseits; eine zeitliche und kompetenzielle Verschiebung nach vorne findet statt, ohne dass sich die späteren Entscheidungsträger\*innen gebunden fühlen müssten; einher geht damit gleichsam eine Verpolizeilichung (im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in das kriminalpolizeiliche Vernehmungszimmer und damit aus der öffentlichen Hauptverhandlung und dem Hauptverfahren herausgelöst);

- die Unsicherheit der Bewertung etwa der Glaubhaftigkeit, der Konnexität, die immer wieder Gegenstand von BGH-Entscheidungen ist, des Wertes des Verrates.<sup>19</sup>

Im Grunde will man als Verteidiger\*in zu einem möglichst günstigen Verfahrensausgang verhelfen, der sich

<sup>19</sup> Vgl. etwa BGH 3 StR 440/22 (zum Konnex); BGHSt 63, 210 in einem Fall des Absehens von Strafe und indirekten und direkten Segelanweisungen an das Tatgericht.

aber kaum antizipieren lässt; ob sich eine Kooperation lohnt oder nicht, ist vielmehr eine Büchse der Pandora voller Mehrbelastung, Rückbelastung und Retourkutschen, Repressalien und enttäuschten Erwartungen: Viele Parameter sind unklar, und eigentlich verrät schon der Wunsch nach einer konkreten Berechenbarkeit den eigentlichen Verrat an den normalerweise hochgehaltenen Verteidigerprinzipien.<sup>20</sup> Im Gegenteil wäre zu fordern als ein Korrektiv bei all dem Kronzeugen-Wahnsinn, was bedauerlicherweise aber nie so richtig ernsthaft verfolgt, wenn auch wiederholt gefordert wurde – Transparenz dahingehend: Was wäre, vergleichbar mit der Vollstreckungslösung bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung, sonst verhängt worden, ohne Kronzeugenrabatt, ohne Aufklärungshilfe? Dann wäre in Folgeverfahren für die Verteidiger\*in gegen den Kronzeugen transparent, was der Lohn für den Verrat war.

Hier mit der Besonderheit vielleicht auch: bei der so häufig vorkommenden überschießenden Selbstbelastung im Zuge von Geständnissen könnte und sollte man für sich als Kronzeugen-Verteidiger\*in vielleicht noch die Gegen-Aufstellung als gedankliches, reflektierendes Korrektiv machen: hätte ich Kenntnis von der Akten- und Beweislage gehabt und nur das Nötigste wäre eingeräumt worden: was dann...

Aus meiner Verteidigerinnensicht ist mir – wegen vieler Vorbehalte, die ich gegen den § 31 BtMG (und seine Geschwister) hege – die ›Schweigen ist Gold‹-Devise durchaus am liebsten. Ein Kollege hat es einmal auf den Punkt gebracht: »Es mag Ausnahmen geben, aber eine Kurzformel für die Verteidigung kann hier lauten: Es ist abzuraten, weil die negativen Konsequenzen in der Sache (es werden möglicherweise mehr Taten bekannt als ohne die Aussage) und im persönlichen Bereich (Verlust des

<sup>20</sup> Ähnlich Conen, StraFo 2018, 227, 229.

## **‘ VOR GERICHT IST NICHT MEHR DIE WAHRHEIT DAS ENTSCHIEDENDE ERGEBNIS, DAS ERMITTELT WIRD, SONDERN NUR NOCH DIE PLAUSIBILITÄT. ’**

Beziehungsumfeldes oder sogar Bedrohung des familiären Umfeldes) die fraglichen und erst vom Gericht endgültig festzulegenden positiven Aspekte meist nicht aufwiegen.«<sup>21</sup>

Aber: auch damit belasse ich es an dieser Stelle nicht und beende Vor- und Beitrag, sondern werde noch ein paar Gedanken ausführen.

### **IV. »WAS FÜR ANWALT...?«**

#### **1. HALTUNG ODER: CHARAKTERBILD EINER/S KRONZEUG\*IN (-VERTEIDIGER\*IN)**

Mit Blick auf mein Selbstverständnis als Strafverteidigerin einerseits, meine grundsätzliche, höchstkritische Haltung zu Kronzeugenregelungen und meine Erfahrungen hiermit andererseits wird es wenig verwundern, dass ich auf nur sehr wenige Erfahrungen mit der Verteidigung von Kronzeugen berichten kann, wohingegen die Verteidigung gegen Kronzeugen Alltag ist. Beides mit wenig Freude verbunden. Während einige Kolleg\*innen sicherlich direkt darauf anspringen, wenn angekün-

<sup>21</sup> Gubitzi, StraFo 2023, 120, 122.

digt wird, was die Mandant\*innen alles auszusagen bereit wären und wen sie angeblich alle ans Messer liefern könnten und würden, sieht man mir meine fehlende Begeisterung schon an und ich erkläre meine Zurückhaltung. Interessanterweise scheinen die angeblichen Informationen dann doch oft nicht so wertvoll zu sein und der erste Aussagedrang schnell versiegen. ›I wanna see my lawyer‹ kann also in die eine wie die andere Richtung gehen.

Bei der Verteidigung von Kronzeugen muss ich an ganze zwei Fälle denken, und bei denen kam ich um diese Rolle als Kronzeugenverteidigerin nicht bzw. nicht mehr herum, muss ich zu meiner Verteidigung vielleicht hinzufügen; und an beide Fälle musste ich seufzend mit Blick auf die Patzak-Komentierung denken, dass es ja jedem Verteidiger und jedem Beschuldigten frei stehe, ob er die Voraussetzungen des § 31 erfüllen will oder nicht, weshalb er die Kritik der Mithilfe am Verrat und Hilfsbeamtentum als unbegründet betrachtet.<sup>22</sup> Denn:

Nicht herumkommen konnte ich um einen Kronzeugen/-angeklagten, da ich zu einem späten Zeitpunkt, kurz vor Beginn der Hauptverhandlung, erst als zweite Verteidigerin hinzukam und daher alles schon gelaufen war. Einerseits leider, weil der Mandant mir später – zwischenzeitlich unzufrieden mit dem Kollegen, der ihm zum Auspacken geraten und hierbei ›begleitet‹ hatte – aber leider auch zu spät sagte, dass und was denn alles nicht gestimmt habe an seinem eigenen ›Geständnis‹, das im Rahmen der Aufklärungshilfe mit dem ganzen Modus Operandi, all den – tatsächlichen, vermeintlichen, wer weiß das schon, wen interessiert es schon – Abnehmern und sonstigen Beteiligten notwendiges Übel schien und in stundenlangen Vernehmungen gleichsam abgenickt wurde.

Andererseits kann ich nicht sagen, ob und will ich nicht behaupten, dass

<sup>22</sup> Patzak, BtMG, § 31 Rn. 12.

ich mit meiner Herangehensweise, wenn ich von Beginn an dabei gewesen wäre oder alleine verteidigt hätte, auch zu dem insgesamt guten Ergebnis verholfen hätte. Wenn ich allerdings überlege, was durch oberflächliches, vorschnelles Abnicken von mehreren – offenbar ja auch unzutreffenden – Vorwürfen, bei denen womöglich auch einige Mittäter zu Unrecht mit hineingezogen wurden, und dankbares Zuhören und Aufschreiben der Ermittlungsbehörden strengenommen dann auch nicht hätte abgeurteilt werden können, ist es schwierig, in der Rückschau zu bewerten. So oder so: der Mandant war und ist nach wie vor nicht glücklich über die damaligen Entscheidungen.

Die Tatsache, wie viele Vernehmungen er über sich hatte ergehen lassen müssen, Beschuldigten-, Zeugenvernehmungen bei der Polizei, Zeugenvernehmungen in dann abgetrennten Ableger-Verfahren, über die er mich – als er keine Lust mehr hatte auf mühselige JVA-Transporte und Aussagen und immer wieder den Ärger darüber, womit er sich zu Unrecht auch belastet hatte – irgendwann informierte und ich mit dem Ziehen von § 55 StPO dem Ganzen ein Ende bereitete.

Mein Ärger über den Kollegen (der zwar schön anwesend bei den Vernehmungen war, aber das, was ein Richter in einem Aufsatz einmal pointiert hat – möglichst wenig Informationen für den größtmöglichen Nutzen – nicht gerade beherzigt und die Akten mit Blick auf Beweislage oder sonstige Fallstricke (oder auch generell) nicht ganz so gut kannte; aber immerhin: anders als ich war er auf Du mit den Ermittler\*innen und der Staatsanwältin...) war umso größer, als er sich mit Ende des polizeilichen Vernehmungsmarathons um gar nichts mehr scherte... Und als sich mehr und mehr herauskristallisierte, dass er die Aktenlage nicht kannte, es sich denkbar leicht gemacht hatte und auch zu keinem Zeitpunkt ein-

mal in Ruhe mit dem Mandanten besprochen und nicht nur auf etwaige Chancen, sondern auch potentielle negative Konsequenzen hingewiesen hatte. Und denkbar leichter als ich vermutlich, die in einem ersten Schritt große Zurückhaltung gezeigt und gewarnt hätte und in dem zweiten Schritt vorbereitet und notfalls interveniert hätte.

Wir erinnern die zwei gegenseitigen Pole: ›Du wirst den Preis nicht zahlen‹ vs. ›Fehlende Moral und Integrität haben ihren Preis.‹

Nicht nur in diesem Zusammenhang habe ich mich gefragt, ob man eigentlich neben das sehr lesenswerte satirisch-überspitzte »Charakterbild des Kronzeugen«, das in den 1980ern einmal mit den »sieben goldenen Regeln für den Kronzeugen« gezeichnet wurde,<sup>23</sup> nicht einmal auch ein »Charakterbild eines Kronzeugenverteidigers« stellen könnte und sollte; ob die dortige Regel Nummer 2 – »du bist (...) ein dreckiger Hund und ein Verräter, wenn du (...) ohne Not singst« in Form eines »Singenlassens« gespiegelt werden sollte, sei dahingestellt, aber einfallen würden mir spontan vielleicht nicht sieben, aber durchaus einige Regeln.

In einer anderen Sache war eine Vielzahl von Personen hochgenommen worden und mein Mandant war – ausgerechnet – der eingangs angesprochene Ernest Burkhardt: Ich erinnere nochmal: »Man sah ihn sich an und erkannte sofort, dass er ein schwacher Charakter war«; und: »Er würde einknicken.«

Schon die Aussicht auf Freiheitsentzug machte ihn fertig. Oder um einen Richter zu zitieren: »Insbesondere wenn sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet, kann es vorkommen, dass es durch die ersten Haftimpressionen zu einem Umdenken bezüglich der Kooperations- und Aussagebereitschaft kommt.«<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Baier zit. bei Kempf, StV 1999, 67.

<sup>24</sup> Schmidkonz, Kriminalistik 2023, 477, 478.

Schon bei dem Zugriff war mein Mandant auf die Möglichkeiten und Chancen einer Aussage gegen den Haupttäter – ich sag' mal so – »eindringlich hingewiesen« worden und wollte es auch um jeden Preis machen. Ich konnte ihn nicht abhalten, auch wenn sein eigenes Verfahren auch ohne belastende Aussage des Haupttäters bestimmt glimpflich ausgegangen wäre und ich ihn auf die Nachteile, neben dem unsicheren Vorteil, hinwies... Die Aussicht auf die Außervollzugsetzung des Haftbefehls überzog bei ihm und ich stand ihm zur Seite.

Einige Zeit nach unserem Verfahren sah ich mich in dem Ablegerverfahren gegen den Haupttäter mit – sicherlich nicht nur aus polizeilicher, staatsanwaltschaftlicher, sondern vermutlich auch Verteidigersicht des Haupttäters – schwachem, schnell einknickendem nun Zeugen wartend vor dem Sitzungssaal. Schlafmangel seit Tagen, die Schweißperlen auf der Stirn, am Rande des Nervenzusammenbruches, einiges schon mir gegenüber relativierend. Die Wartezeit zog sich, die Transpiration nahm zu. Dann die Erlösung: Sie werden nicht mehr benötigt. Der Angeklagte hat ein Geständnis abgegeben...

Auch insofern die große Frage, ob der nemo-tenetur-Grundsatz durch den Druck der existierenden Aussage nicht aufgeweicht wurde...

Nun gut, was davon, von jenem Geständnis, dann alles der Wahrheit entsprach, ist nicht mehr mein Problem gewesen, aber beides waren Erfahrungen mit Mandanten als Kronzeugen, die nicht dazu geführt haben, mein Mienenspiel zu überdenken und Enthusiasmus an den Tag zu legen, wenn Mandant\*innen vermeintlich umfassende Aussagebereitschaft ankündigen und sich Vorteile erhoffen.

## 2. BEFREIUNG DER GEPLAGTEN SEELN

Größeres Ärgernis ist vielmehr die Verteidigung gegen Kronzeugen.

Auch das eine schöne Koinzidenz: als die Anfrage für den Vortrag kam, schlug ich mich herum mit einem Kronzeugen auf der Anklagebank, der behauptete, mein Mandant und der weitere Mitangeklagte seien Mittäter und meiner vor allem: der Haupttäter. Und erst kurz vor dem Symposium und dem Vortrag ist das Verfahren – zwischenzeitlich gegen den Kronangeklagten abgetrennt – nach zähem Ringen nun endlich auch für meinen Mandanten und den Mitangeklagten beendet worden.

In jenem Verfahren fragte der Vorsitzende – und er meinte diese Frage nicht rhetorisch, oder ironisch, sondern ganz ernsthaft: »Warum sollte Herr X die Unwahrheit sagen?!« Um es hier schon einmal vorwegzunehmen: Mir als Verteidigerin eines Mitangeklagten gegen jenen Kronangeklagten X fielen sofort sehr viele Gründe ein, warum er die Unwahrheit sagen könnte und sollte und gesagt hat. U. a. seine Rolle und die erhofften Vergünstigungen...

Diese Frage kam immer wieder auf: im Rahmen einer vorläufigen rechtlichen Würdigung. Im Rahmen eines – wäre auch nur eine Nuance an dem Vorwurf dran, durchaus reizvollen – Verständigungsangebotes. Im Rahmen von Beweisanträgen. Im Rahmen des staatsanwaltschaftlichen Plädoyers und – selbstverständlich – auch der Plädoyers der Verteidigung. Und: im Rahmen der Urteilsverkündung.

Wenn auch – möglicherweise bedingt auch durch das Konnexitätserfordernis – Kronzeugenangaben nicht selten eine überschießende Selbstbelastung innewohnen und dadurch nicht selten – jedenfalls in der Rückschau, bei zwischenzeitlich erlangter umfassender Kenntnis der Akte und

Beweislage und Eindrücken aus der Hauptverhandlung – eine härtere Bestrafung drohen kann, ist umgekehrt m.E. – aber wahrscheinlich eben aus meiner Perspektive als verteidigender Verteidigerin und nicht strafverfolgungsunterstützender Verteidigerin – gravierender: die Fremd- und Falschbelastung.

Das Problem wird gesehen und erkannt, denn immer wieder wird hervorgehoben, dass Straftäter\*innen zur Vermeidung eigener Bestrafung oder jedenfalls Vermeidung erheblicher Rechtsfolgen zum Leugnen von Eigenverantwortung tendieren, flankiert durch ein Externalisieren und das Abwälzen auf Dritte und Fabulieren, was Mittäter\*innen und Taten betrifft. Immer wieder wird auf die hohe Missbrauchsgefahr, die Versuchung hingewiesen, Dritte grundlos und zu Unrecht zu belasten. Immer wieder wird konstatiert, dass die Gefahr von Fremd-/Falschbelastungen Dritter umso greifbarer ist, je höher der Anreiz und der Druck zur Selbstentlastung ist.

Manchmal frage ich mich – wenn die Polizei und Staatsanwaltschaft allzu begeistert auf Angaben von Kronzeug\*innen reagieren – ob nur wir Strafverteidiger\*innen dieses kritische Bild unserer Mandant\*innen haben...

Der Wahrheitsgehalt von Kronzeugenangaben wird immer wieder problematisiert, sowohl in ihrem eigenen Verfahren – wobei das meiner Erfahrung nach weniger der Fall ist, erst recht nicht, wenn eine Verständigung hinzukommt –, dann aber jedenfalls auch in den Verfahren gegen die betroffenen, denunzierten Dritten, wenn sie nicht parallel, gemeinsam verhandelt werden – und: wenn sie nicht dem Druck erliegen und ihrerseits gestehen. Das jedenfalls ist die Kern-Aufgabe der Verteidigung gegen Kronzeugen: den Wahrheitsgehalt der Aussagen zu hinterfragen, die Geburtsstunde der Aussagen zu erhellen, die Aussagegenese zu er-

## OB SICH EINE KOOPERATION LOHNT ODER NICHT IST EINE BÜCHSE DER PANDORA VOLLER MEHRBELASTUNG, RÜCKBELASTUNG UND RETOURKUTSCHEN, REPRESSALIEN UND ENT-TÄUSCHTEN ERWARTUNGEN.

hellen, Versprechungen transparent zu machen... Leider ist es nicht so wie in dem Buch oder Film der »Killers of the Flower Moon«, wo man die einzelnen Schritte bis hin zu der Begnadigung nach zehn Jahren Freiheitsentzug statt lebenslanger Strafe (nach US-Recht)<sup>25</sup> nachgezeichnet bekommt.

Anders als bei Regelungen wie dem TOA bedarf es i.R.d. § 31 BtMG ja auch nicht etwa einer Verantwortungsübernahme, eines Geständnisses oder gar Reue – solange er nur über Dritte aufklärt; nicht entscheidend sind – wie einmal formuliert wurde – »seine eigenen Wertvorstellungen und Gefühle wie etwa die Frage, ob er die Tat bereut oder zu einer Lebensumkehr bereit ist«.<sup>26</sup> Auf Schuldeinsicht, Reue, altruistische Aufklärungsmotivation kommt es jeweils nicht an. Oder, um ebenfalls

<sup>25</sup> Vgl. Grann (FN 1), S. 268 (Verurteilung zu »lebenslanger Haft und Schwerarbeit«) sowie S. 311 f. (Begnadigung nach »kaum mehr als zehn Jahren verbüßter Freiheitsstrafe«, die vermutlich »wenigstens teilweise auf seiner Kooperation im Rahmen der FBI-Ermittlungen« gegründet habe. Der Ermittler White habe es »stets Burkharts Geständnis zugeschrieben, dass er den Fall noch hatte retten können«, aaO.

<sup>26</sup> Endriß, StraFo 2004, 151, 152.

zu zitieren: die Gemeinheit der Denunziation schafft die Grundlage für die Strafmilderung, nicht die reuige Regung des Gewissens.<sup>27</sup>

Wobei das natürlich nicht ausgeschlossen ist und gut ankommen wird, wenn man sich besonders reuig zeigt. Bei den erwähnten »Killers of the Flower Moon« meinte ein Staatsanwalt zu erkennen, dass Ernest Burkhart »jetzt Jemand [sei], »dessen Geist im Reinen ist, weil er seine geplagte Seele von einem grausigen Geheimnis befreit [habe]«.«<sup>28</sup> Ja klar...

Es klingt immer so gut und trifft ja auch zu, dass den Gefahren von Falschbelastungen im Interesse der Wahrheitsfindung, im Interesse der Vermeidung von Fehlurteilen begegnet werden müsse, sowohl beim Denunzianten als auch beim Denunzierten.

So einfach ist das aber nicht – und der Kronzeugen-Verteidiger hat ein denkbar bequemeres Leben, wenn er frühzeitig seinen Job gemacht hat – immerhin Begleitung zu einer oder mehreren Vernehmungen – aber sich zu jenen frühen Zeitpunkten kaum mit der Akten- und Beweislage beschäftigen und sich einer wesentlich anstrengenderen, aufwendigeren Beschäftigung und Konfrontation mit dem Tatvorwurf<sup>29</sup> widmen musste... Und dann eher zurücklehnt und seinen Kronzeugen machen lässt und ihn sich seinem Schicksal nicht selten überlässt.

Aussagepsychologisch ist jedenfalls dann Augenmerk auf Aussagen der/des Kronzeug\*in zu legen, wenn er sich auch selbst belastet oder belastet hat. Und sagen wir es mal so: Er ist ja nicht ohne Grund Beschuldigter und muss mit Blick auf das Konnexitätserfordernis ja mit den Straftaten zu tun haben.

<sup>27</sup> Strate, ZRP 1987, 314.

<sup>28</sup> Grann (FN 1), S. 268.

<sup>29</sup> So auch Conen, StraFo 2018, 227, 230.

Wenn er – zutreffend – eigenes Erleben schildert, stellt sich immer die Frage, ob das, was er darüber hinaus – Taten, Täter\*innen, Beteiligte – schildert, auch Erlebnisgehalt aufweist.

Immerhin nach höchstrichterlichen Maßstäben sollte es so sein, dass wenn keine wesentlichen, die Glaubhaftigkeit steigernden Aspekte zu erkennen sind, wenn die belastenden Aussagen gerade nicht durch ein weiteres aussagekräftiges Indiz gestützt werden, man in einer Aussagegegen-Aussage-Konstellation ist und – gerade in motivatorischer Hinsicht, was den aus einer belastenden Aussage resultierenden Nutzen betrifft – kritisch hinterfragen muss.<sup>30</sup>

Und man muss als Verteidiger\*in gegen einen Kronzeugen entgegenhalten, dass sich aus dem lediglich Bekunden selbst erlebten Tatgeschehens für die Mitwirkung von angeblichen Mittätern z.B. regelmäßig keine glaubhaftkeitssteigernden Umstände ergeben,<sup>31</sup> sondern aus normalerweise für eine Glaubhaftigkeit einer Aussage heranzuziehende Parameter wie einer überzeugenden, widerspruchsfreien, detailreichen Schilderung zu Kern- und Randgeschehen, überzeugende und spontane Beantwortung von Fragen, hier nicht Platz greifen.

Gerade das Bagatellisieren und Relativieren des eigenen Beitrages und der Rolle, das Externalisieren auf Dritte und das Aufbauschen von Beiträgen Dritter gilt es – noch dazu in motivatorischem Zusammenhang – kritisch zu hinterfragen.

Dass man als geständiger Kron-Angeklagter in der Lage sein dürfte, einigermaßen konstant ein Kerngeschehen zu berichten, macht es

<sup>30</sup> BGH StraFo 2011, 358 f.

<sup>31</sup> Vgl. BGH, StV 2006, 683; StV 2007, 284 = StraFo 2007, 202; StraFo 2007, 294; BGH, Beschl. v. 06.02.2008 - 5 StR 597/07; vgl. auch BGH, Beschl. v. 08.12.2005 - 4 StR 198/05.

**BILD:**  
Ambiente des  
Verrats – Verhörraum  
ohne Wahrheit, dafür  
mit Kaffee.



nicht immer leicht, den übrigen Verfahrensbeteiligten zu verdeutlichen, dass hier die Unwahrheit gesagt wurde. Und – wie bereits erwähnt – manchmal wird man ja ernsthaft mit der Frage konfrontiert, warum ein Zeuge dies tun, also die Unwahrheit sagen, sollte...

Es wird also stets gemahnt, dass es einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung bedarf, dass das Tatgericht, wenn die Überzeugung des die Täterschaft bestreitenden Angeklagten entscheidend von der Glaubhaftigkeit des Mittäters abhängt, die für die Richtigkeit der Angaben des Belastungszeugen sprechenden Gesichtspunkte umfassend prüfen, würdigen und in dem Urteil deutlich machen muss, noch dazu, wenn die belastenden Angaben nicht mehr unmittelbar von dem – von seinen ursprünglichen Angaben abrückenden

– Mittäter repliziert werden, sondern nur mittelbar durch eine Ermittlungsperson wie den Berichterstatter eingeführt werden können;<sup>32</sup> wobei ich nur am Rande hinzufügen darf, dass nach meinem Eindruck jedenfalls die flankierenden Vorschriften der §§ 145d Abs. 3 und 164 Abs. 3 StGB niemanden davon abbringen dürften, die vermeintliche Kronzeugen-Chance zu ergreifen, wenn sie hierzu bereit sind und ggfs. auch anwaltlich und durch die Ermittlungsbehörden bestärkt werden.

Einhergehend mit den aussagepsychologischen Problemen muss man immer wieder konstatieren, was für einen Aufwand es zuweilen bedarf – wie viele Hauptverhandlungstage manchmal in Anspruch genommen werden, wie sehr das Verfahren auf-

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 09.01.2020 - 2 StR 355/19, Rz. 11.

gebläht wird –, um mühselig die Aussagegenese zu erhellen i.R.d. Beweisaufnahme; das Zustandekommen der Aussage, die Aussageinhalte zu hinterfragen, wenn wenig ergiebige Vernehmungsprotokolle durchzugehen sind; den Versuch zu unternehmen, etwaige Versprechungen herauszuarbeiten oder nicht protokollierte, nicht erwähnte, aber erahnte Vor- und Zwischen- und Nachgespräche zu hinterfragen. Da helfen auch zuweilen existierende audiovisuelle Vernehmungen nicht weiter, wenn jene nicht aufgezeichneten Gespräche fehlen... Aber immerhin sind audiovisuell dokumentierte Kronzeugen-Vernehmungen wesentlich hilfreicher – auch, was die zu beobachtende Interaktion der Beteiligten betrifft – als die bloße Zusammenfassung oder Niederschrift, bei der sich immer wieder bei der Befragung

– sei es des Kronzeugen, sei es der Vernehmungsbeamt\*innen – Defizite, Lücken, Fehler herauskristallisieren lassen...

Wenn man die früheren Kronzeugen erlebt, die möglicherweise abblocken, sich auf § 55 StPO berufen, ihre Aussage widerrufen, sich im Zeugschutzprogramm befinde, erlebt man so manch eine Überraschung.<sup>33</sup>

Die Frage, die ich mir zuweilen stelle – und die sich bei der Frage des Vorsitzenden aufdrängte, der sich nicht erklären konnte, warum denn unser Kronangeklagter lügen solle – ist manchmal, ob die Beteiligten nicht allzu schnell glauben und glauben wollen, was ihnen da präsentiert wird. Und das beginnt bei der Polizei (vielleicht auch bei dem Kronzeugen selbst, der ja nicht ohne Grund externalisiert und ihm sein Narrativ vielleicht auch besser gefällt als die Wahrheit, was seine eigene Rolle betrifft), droht dann aber, sich im Sinne eines Ankereffektes durch die Verfahren zu ziehen.

Hat man einen geständigen Kronzeugen\*in, kann oder sollte man die Augen nicht davor verschließen, dass zum einen das Geständnis nach wie vor als »Krone der Ermittlungsarbeit« gilt, was besorgen lässt (wie man leider ja auch alltäglich feststellen kann), dass die Strafverfolgungsorgane Geständnis und Wahrheit im Grundsatz gleichzusetzen scheinen. Umgekehrt stellen ja falsche Geständnisse keineswegs eine seltene Ausnahme dar.<sup>34</sup>

Wenn schon das Geständnis eine Art Krönung darstellt, dann umso mehr, wenn über das Geständnis hinaus ausgepackt wird. Was für ein Coup, was für ein Ermittlungserfolg.

<sup>33</sup> Bernsmann, JZ 1988, 539, 541, hat einmal von dem »mit einem etwas dramatischen Unterton berufene[n] Kronzeuge[n]« gesprochen, der dann in der Praxis »zum meist halbherzigen Kollaborateur mit der Polizei [schrumpfe], der aus sicherer Deckung heraus andere – nicht ganz selten zu Unrecht – belastet (...).«

<sup>34</sup> Vgl. Sicker, Das Geständnis, 2014, S. 245 f. mwN.

Dann erfährt man natürlich nicht gerne im Laufe des Verfahrens, einem Lügner aufgesessen zu sein – wenn es denn der Verteidigerin im besten Fall gelingt, die Lügen zu de-couvrieren.

Ob da – neben den höchstrichterlichen Vorgaben – eine sog. »Corroboration«-Regelung evtl. als ausdrückliche Regelung im Sinne eines Korrektivs weiterhelfen könnte, weiß ich nicht. Auch wenn höchstrichterliche Rspr. schon Vorgaben macht, könnte es evtl. dennoch charmant sein – und sei es auch »nur«, dass es einen psychologischen Effekt auf die richterliche Entscheidungsfindung hätte –, wenn man nun schon die Kronzeugenregelung selbst nicht mehr loswerden wird, dass es jedenfalls keine Verurteilung allein aufgrund der Aussage eines Kronzeugen geben dürfe. Evtl. – ich weiß es nicht, halte es aber für bedenkenswert – könnte man so mehr Sorgfalt und Sensibilisierung erwarten.<sup>35</sup>

Dass die Kammer in jenem erwähnten Verfahren nach vielen Hauptverhandlungstagen, an denen das Signal in eine ganz andere Richtung ging und ganz klar kommuniziert wurde, dass sie dem Kronangeklagten glauben und glauben will und einen Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens – selbstverständlich – wegen eigener Sachkunde ablehnte, bei unserer Urteilsverkündung dann doch noch umschwenkte und die Zweifel überwogen, hätte ich nicht mehr für möglich gehalten.

Auch wenn sein Leben in diesem Verfahren ein wesentlich bequemeres war: mit dem Kronzeugenverteidiger wollte ich nie tauschen.

Dass der Kronzeuge/Kronangeklagte in den sozialen Medien vor seiner Inhaftierung einmal ein Profilbild eingestellt hatte »Sag deine Wahrheit«, war eine schöne Pointe bei diesem Ergebnis. Darüber, dass ausgerechnet

<sup>35</sup> So auch König, StV 2012, 113, 115.

dieser Blender im Gefängnis meine absolut gegen ihn gerichtete Verteidigung lobte, musste ich lachen, als ich davon erfuhr.

## V. AVOCATA CREATIVA

Um langsam zu einem Ende zu kommen:

Bei anderer Gelegenheit, vor längerer Zeit und daher vielleicht auch etwas altklug daherkommend, habe ich bereits einmal problematisiert, dass aus einer advocata, die ich bin und als die mich sehe – also einer um Beistand Ersuchten, einer Be- oder Herbeigerufenen – eine advocata zu werden droht, eine Abberufene, eine – von ihren eigentlichen Aufgaben – Abgelenkte.

Das Janusköpfige ist, dass die Kronzeugenregelung dem (nicht nur, aber jedenfalls meinem Selbst-)Verständnis als Verteidigerin und des Verteidigerberufes diametral entgegengesetzt ist. Während unser Kritizismus doch nach wie vor – so oft, aber ja auch nicht ohne Grund dieses Alsberg'sche Dictum auch bemüht wurde und wird – den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will oder sollte, pervertiert der Kronzeugenvertreter diese Aufgabe, indem er – nicht selten gerade das: hochgemut und voreilig – aktiv zu der Überführung der eigenen Mandant\*in und anderer beiträgt. Die eigentliche Aufgabe eines Schutzes vor einer Abwehr von strafender staatlicher Gewalt droht aufgegeben zu werden, mit einer Rolle als stattdessen Vermittler\*in staatlicher Strafverfolgungsinteressen.

So viel auch hier vielleicht zu Moral und Integrität.

Ein ähnliches, vergleichbar unrühmliches Phänomen kann man zuweilen bei Strafverteidiger-Kolleg\*innen beobachten, die auch Nebenklage-Vertretungen übernehmen und plötzlich und ohne Schamgefühl einen erschreckenden Verfolgungseifer und



# NIEDRIG-SCHWELLE SUBSTITUTION JETZT...

## ABER AUCH OHNE STRAFBARKEITSRISIKEN?

### I. HINFÜHRUNG

Die Substitutionstherapie Opiatabhängiger beschreibt die Behandlung opioidabhängiger Personen durch kontrollierte Verabreichung von Ersatzstoffen wie Methadon oder Codein. Sie dient dazu, gefährlichen Konsum zu verhindern, das Risiko der Übertragungen von Krankheiten zu reduzieren und Abhängige sozial sowie beruflich zu rehabilitieren. Sie war bis in die späten 80er Jahre hinein noch stark umstritten, als ein vorherrschendes Abstinenzparadigma plötzlich auf suchterhaltende, graduelle Behandlungskonzepte traf.

Inzwischen ist die Substitution als Erfolgsmodell neben Drug-Checking-Angeboten und der Einrichtung von Drogenkonsumräumen ein fester Baustein moderner Drogenpolitik in ganz Europa. Ihre überragende Bedeutung für die Suchtpolitik ergibt sich bereits daraus, dass sie gleichsam alle Säulen der Nationalen Strategie in Drogen- und Suchtfragen betrifft (Prävention, Behandlung,

Schadensminimierung und Repression) und die Dokumentation ihrer Erfolge in keinem Drogenbericht mehr fehlt.

Trotz empirischer Studien, welche die Zweckmäßigkeit der Substitutionstherapie belegen,<sup>1</sup> hat diese in der Gesellschaft und auch in der Ärzteschaft keinen guten Stand. Substituierende

<sup>1</sup> Die Verbesserung der Lebensqualität für die betroffenen Menschen ist neben anderen Mehrwerten valide belegt. Sowohl Morbidität als auch Mortalität betroffener Menschen sind deutlich reduziert worden. Substitution trägt nachweislich zur Verringerung von Folgekriminalität bei und mindert den volkswirtschaftlichen Schaden, der jährlich durch Suchterkrankungen direkt und indirekt verursacht wird; zahlreiche Studien führen Lehmann/Kuhn/Schulte/Meyer-Thompson/Verthein, Gesundheitswesen 2021 (83), 651 auf, exemplarisch Degenhardt/Bucello/Mathers et al., Addiction 2010 (106), 32; Mattick/Breen/Kimber et al., Cochrane Database of Systematic Reviews, 2009 (3); Busch/Haas/Weigl, (DIMDI) DiffMDuI, Köln, Langzeitsubstitutionsbehandlung Opioidabhängiger, 2007; Soyka/Träder/Klotsche et al., Suchtmedizin in Forschung und Praxis, 2011 (13), 247.

Ärztinnen und Ärzte werden immer noch (wenn auch nur gelegentlich) als »Dealer in Weiß« bezeichnet und sehen sich selbst bis heute noch bereits »mit einem Bein« im Gefängnis.

Die Einrichtung eines Substitutionsangebots ist zudem mit einem enormen Verwaltungsaufwand, und damit auch mit hohen Kosten verbunden. Es mag daher nicht erstaunen, dass die Anzahl substituierender Fachpersonals stetig sinkt, während der Bedarf steigt und das Substitutionsangebot schon derzeit nur 50 Prozent der Opioidabhängigen erreicht.<sup>2</sup> Da sich Europas Opioidprobleme – das zeigt

<sup>2</sup> Vgl. nur <https://www.ptaheute.de/aktuelles/2019/03/12/aerztmangel-in-der-substitutionstherapie>. Entsprechend wird sowohl in den Gesetzesmaterialien als auch in den Leitfäden das Motiv hervorgehoben, »mehr Ärztinnen und Ärzte für eine Teilnahme an dieser Behandlung zu gewinnen und damit zur Verbesserung der Versorgung von Substitutionspatienten insgesamt beizutragen«, vgl. etwa BR-Drs. 222/17, S. 1 (zur Änderung der BtMVV 2017).

ein Bestrafungsbedürfnis bei ihrem Seitenwechsel an den Tag legen und ihre sonst gerne lautstark in foro reklamierten Maximen vergessen und verraten, wenn sie spätestens im Plädoyer die Strafvorstellungen der Staatsanwaltschaft überbieten.

Vielleicht entspricht es mittlerweile dem Zeitgeist, der immer mehr zugunsten von konsensualen und zulasten von konfrontativen Aufweichungen des Strafprozesses tendierenden Entwicklung wird Vorschub geleistet; ich kann mich indes nicht damit anfreunden. Ich weiß nicht, ob mein Verständnis, mein Selbstverständnis als Verteidigerin zeitgemäß ist, ob meine kritische Haltung und diejenigen vieler, die sich kritisch mit § 31 und seinen Geschwister-Vorschriften auseinandergesetzt haben, noch geteilt wird oder auf ungeteilte Zustimmung stößt;<sup>36</sup> Zweifel daran, dass Kritik geteilt wird, hatte ich wahrscheinlich das erste Mal, als ich anlässlich eines Gespräches zwischen einer Staatsanwältin, einem Kollegen und mir den Kollegen auf »Angebote« der Staatsanwältin hinsagen hörte: »das werde ich meinem Mandanten schon verkaufen können« – während ich innerlich schon das ganze als Zeitverschwendung abgetan hatte und dann nur dachte: Ich will meinem Mandanten ein sich so von einem m.E. gerechten individuellen Schuldausgleich entfernendes Angebot überhaupt nicht »verkaufen« müssen, ich will überhaupt nichts »verkaufen« und mich und – hochtrabend gesprochen: die Verteidigung – korrumpieren wollen...<sup>37</sup>

Aber ich jedenfalls will mich der Haltung aus den 1980ern anschließen:<sup>38</sup> Ich will und werde nicht von koope-

<sup>36</sup> Dies zweifelt auch Conen an, StraFo 2018, 227. Instrukтив ist die Befragung von Strafverteidiger\*innen zu § 46b StGB von Kaspar/Christoph, StV 2016, 318 ff.

<sup>37</sup> Vgl. schon Conen, StraFo 2018, 227, 230.

<sup>38</sup> Weider, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 11. Strafverteidigertag, 1987, S. 196, 198 ff.

rationsbereiten Beschuldigten zur Helferin der Ermittlungsbehörden gemacht werden, ich werde nicht meine Tätigkeit pervertieren, indem ich nicht mehr dem staatlichen Strafanspruch entgegenrete, sondern mich vielmehr überwiegend als Strafverfolgerin zur Überführung anderer Täter beteilige; ich werde mich nicht – noch dazu nicht unbeachtet – vor den Karren der Ermittlungsbehörden spannen lassen. Ich will und werde nicht Teil eines Heeres von Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft, indem ich

»zum Verrat rate (...), zwischen Aufklärungsgehilfen und Staatsanwaltschaft vermittele(...) und [meinen] (...) eigenen Beitrag zum Aufklärungserfolg, sprich der Festnahme und Überführung bis hin zur Verurteilung anderer leiste«,

ich will nicht Gehilfin der

»Erpressung meiner Mandanten werden wollen nach dem Motto »entweder du packst aus oder du erhältst eine harte Strafe.«<sup>39</sup>

Das »Rad zurückdrehen« wird mir ebenso wenig gelingen, wie dies seit den zitierten Ausrufen gelungen wäre; aber ich halte hoch, dass ich meine Verteidigungslinie jedenfalls nicht auf dem Verrat aufbaue und mein Bestes tue, um die Lügen von Kronzeugen zu decouvrieren und Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussagen zu säen...

Die Warnung vor einem Abgleiten in Fatalismus und gleichzeitige Ermunterung und Aufforderung nach mehr Kreativität, zu der Conen uns

<sup>39</sup> Vgl. auch Hannover, Terroristenprozesse, 1991, S. 142: gegenüber einem potentiellen Kronzeugen, der als »kleiner Fisch« eingestuft wurde, wurde unumwunden geäußert: »Hören Sie mal zu, sagen Sie was. Wenn Sie nämlich nicht aussagen, laufen Sie Gefahr, dass Sie ein großer Fisch werden.« Oder, wie es der Verteidiger des Denunzierten in seinem Plädoyer formulierte und zu Recht interpretierte: dass er zu einem großen Fisch gemacht wird.

Verteidiger\*innen aufgerufen hat,<sup>40</sup> bedeutet Arbeit und Engagement, Mühe und zuweilen Misserfolg. Aber wenn es dazu verhilft, Fehlerurteile zu verhindern, die auf Kronzeugenangaben beruhen würden, ist das der Anspruch, der zumindest mich in meinem Alltag und meinem Selbstverständnis begleitet.

### VI. EPILOG

Wenn ich den Vor- und Beitrag begonnen habe mit einigen Zitaten, möchte ich auch mit einem Zitat enden und komme zurück auf das Auferstehen der Untoten u. a. bei Vorträgen und auf das zu Beginn angesprochene, von mir antizipierte oder mich selbst dabei auch erwischende Gähnen, was das Thema »Kronzeugenregelung« betrifft:

Es stammt von meinem Doktorvater, der mir bei der Abschlussbeurteilung meines Rigorosums folgenden Tipp mit auf den Weg gab: »Liebe Frau Lederer, wenn Sie als Verteidigerin Ihre Plädoyers halten, sollten Sie die vielleicht mit etwas mehr Verve vortragen.«<sup>41</sup>

Daran habe ich seither oft gedacht – aber noch mehr bei der Vorbereitung des Vortrages hier, denn: vorgegebenes Thema meines damaligen Vortrages bei dem Rigorosum war:<sup>42</sup> »Die Kronzeugenregelung im Spannungsfeld der Strafverteidigung«.

<sup>40</sup> Conen, StraFo 2018, 227, 230.

<sup>41</sup> Das können die Leser\*innen dieses Beitrages – außer, sie waren auch bei dem Symposium anwesend – bedauerlicherweise nicht beurteilen, ob es dieses Mal wenigstens mit Verve vorgetragen wurde.

<sup>42</sup> Recht frisch nach Einführung des § 46b StGB.

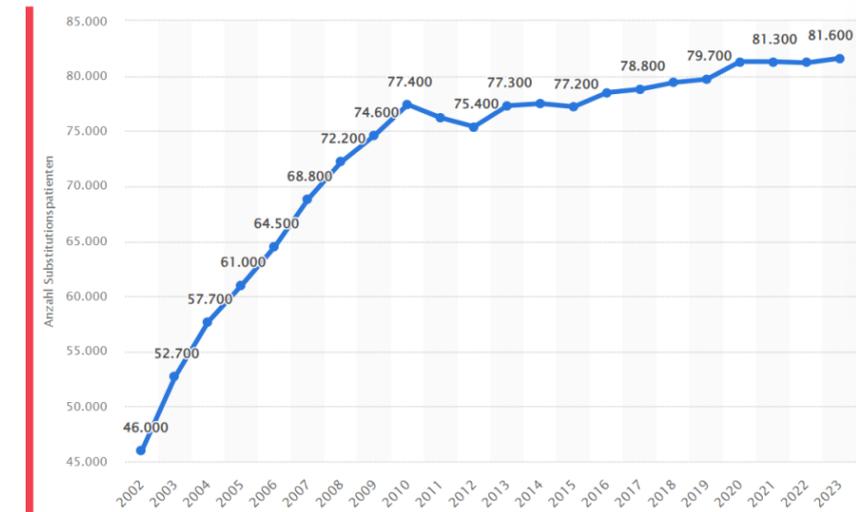


Abbildung links: Die Zahl der Substitutionspatient\*innen in Deutschland, Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte / Substitutionsregister

ein Blick in den Europäischen Drogenbericht – weiterentwickeln, neue Formen des Missbrauchs, neue Wirkstoffe auf dem Vormarsch (Benzimidazol, Carfentanyl) sind,<sup>3</sup> muss der Gesetzgeber weiterhin bemüht sein, das bestehende Substitutionsangebot zu erweitern und eine flächendeckende Versorgung zu gewährleisten.

**OPIOID-KRISE IN DEN USA**

**DEALER IM WEISSEN KITTEL**

Der Abstieg in die Drogen hat für tausende US-Amerikaner mit opioidhaltigen Schmerzmitteln begonnen. Besonders dramatisch ist die Lage in Tennessee. Dort kommen auf 100 Patienten 94 Rezepte. Auch Claire Patterson wollte eigentlich nur ein Medikament gegen Migräne – und wurde abhängig von Heroin.

Ausschnitt aus Bericht im Deutschlandfunk; <https://www.deutschlandfunk.de/opioid-krise-in-den-usa-dealer-im-weissen-kittel-100.html>.

Ein Ansatz besteht in der Lockerung der Anforderungen an die Durchführung einer Substitution, sowohl von den Abläufen als auch vom ‚helfenden Personal‘ her. Überwiegend wird die Substitution als langfristige Behandlungsform angeboten, was

freilich nicht immer auf das Klientelpass: Opiatabhängige werden durch die Notwendigkeit von Behandlungsverträgen, Therapieplänen und weitere formelle Rahmenbedingungen oftmals abgeschreckt. Dem kann durch eine niedrigschwellige Substitution begegnet werden, welche einen weniger bürokratischen Zugang zu Ersatzstoffen ermöglicht, und in erster Linie die primären Therapieziele der ›Sicherstellung des Überlebens‹ und ›Stabilisierung des Gesundheitszustandes‹ adressiert. Derartige Angebote, welche die Substitution ambulant bzw. eher als akute Behandlung (daher auch im Folgenden als Substitutionsambulanz oder Sofortsustitution bezeichnet) und weniger als Therapie anbieten, sind in Deutschland noch selten und befinden sich noch im Stadium eines ›Modellprojekts‹: Zu nennen sind hier u.a. das Projekt ›DROB-INN‹<sup>4</sup> in Hamburg oder das von der Stadt Nürnberg geplante Projekt ›SUB-Port‹.<sup>5</sup>

Fraglich ist aber, ob dieser – u.U. vom herrschenden Leitbild der Substitution als ›Langzeittherapie‹ abweichende – Ansatz durchgeführt werden kann, ohne gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes zu verstoßen. Die Substituierenden beklagen schließlich auch über die strengen Regularien im Rahmen einer Substitutionsbehandlung, die bei drohender Überlastung sogar in einen strafrechtlichen Vorwurf münden könnten.

Insofern müssen etwaige Unsicherheiten, die diesbezüglich bestehen, möglichst schnell und unmissverständlich ausgeräumt werden. Daher sollen im Folgenden zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen und auch (inzwischen erheblich eingeschränkten) Strafbarkeitsrisiken im Kontext der Substitution generell beleuchtet werden, um sodann auf die Besonderheiten der niedrigschwelligen Substitution einzugehen. Es ergibt insofern Sinn, die tatsächlichen Abläufe einer ›normalen‹ Substitutionsbehandlung zu skizzieren, da auf diese Weise auch die Unterschiede der niedrigschwelligen Substitution deutlich werden. Gerade der Umstand, dass das medizinische Fachpersonal in Umfragen zur Substitutionsbereitschaft u.a. auf die undurchsichtige Rechtslage verweist,<sup>6</sup> zeigt, dass hier noch Klärungsbedarf besteht und das geltende Recht auch mit den Behandelnden schlicht besser ›kommuniziert‹ werden muss.

Auch der Gesetzgeber ist bemüht, das Image der Substitution aufzupolieren und auch die Situation der Ärzteschaft etwas zu verbessern. Man blieb nicht bei der Zusage politischer Unterstützung stehen, sondern

<sup>3</sup> European Drug Report 2023, S. 22 f.

<sup>4</sup> Informationen zum Angebot und zur Drogennotfallprophylaxe sind auf der Seite <https://www.jugendhilfe.de/drobinn.de/gz-3.html> abrufbar, zuletzt abgerufen am 10.5.2024.

<sup>5</sup> Unlängst hat sich der Bezirk Mittelfranken für eine finanzielle Unterstützung des Projekts starkgemacht, <https://www.bezirk-mittelfranken.de/soziales-presse/zustimmung-fuer-das-projekt-sub-port>, zuletzt abgerufen am 10.5.2024.

<sup>6</sup> Lehmann/Kuhn/Schulte/Meyer-Thompson/Verthein, Gesundheitswesen 2021 (83), 651.

brachte auch Fortbildungsprogramme und Aufklärungskampagnen auf den Weg.<sup>7</sup> Va. aber ergriff man auch ganz entscheidende, gesetzgeberische Maßnahmen, die zumindest das strafrechtliche Risiko im Kontext der Substitution – wie auch intendiert – erheblich eingeschränkt haben:

Mit der Dritten Verordnung zur Änderung der BtMVV 2017<sup>8</sup> wurden die Vorschriften zur Substitution vollständig neu gefasst und insb. Regelungen, »die unmittelbar ärztlich-therapeutische Bewertungen betreffen«, in die Richtlinienkompetenz der BÄK überführt. Mit der »Entschlackung« des § 16 BtMVV verfolgte der Gesetzgeber explizit das Ziel, das seit längerer Zeit beklagte Strafbarkeitsrisiko für substituierende Ärzte weitestgehend zu beseitigen.<sup>9</sup> Weitere zunächst nur aufgrund der Pandemie eingeführte Lockerungen der BtMVV, auch im Bereich der Substitution, hielt man durch eine weitere BtMVV-Verordnung Ende 2022 bis heute aufrecht, weil – so der Verordnungsgeber die Erfahrungen mit den befristet eingeführten Ausnahmeregelungen zur Weitergewährleistung der Substitutionstherapie unter pandemischen Bedingungen gezeigt haben, »dass mehr Flexibilität in den Behandlungsabläufen die erfolgreiche Durchführung einer Substitutionstherapie nach § 5 BtMVV begünstigen kann, ohne dass es hierdurch zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Betäubungsmittelverkehrs kommt.«<sup>10</sup> Später hielt man im Koalitionsvertrag fest, dass man auch in Zukunft Modelle zum Drug-Checking und Maßnahmen der Schadensminderung ermöglichen und weiter ausbauen will.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Siehe hierzu die Kampagne »Wege zurück ins Leben« auf der Seite des Bundesdrogenbeauftragten, <https://www.bundesdrogenbeauftragter.de/substitution/>, zuletzt abgerufen am 10.5.2024.

<sup>8</sup> 22.5.2017, BGBl. I S. 1275, BR-Drs. 222/17.

<sup>9</sup> Vgl. BR-Drs. 222/17, S. 2.

<sup>10</sup> BR-Drs. 680/22, S. 1.

<sup>11</sup> Koalitionsvertrag 2021 – 2025, S. 68.

Aber: Diesen Entwicklungen steht eine immer noch grundsätzlich streng repressive, partiell reaktionäre Haltung in Bezug auf die Substitutionsbehandlung gegenüber. Gerade in bestimmten Regionen werden Verstöße gegen betäubungsmittelrechtliche Vorschriften rigoros verfolgt, obwohl sie nicht den Kontext des »Genusskonsums« betreffen, sondern die Schadensminimierung. Die einschlägigen Normen werden (man denke auch an die Drogenkonsumräume) von den zuständigen Behörden eher extensiv, denn einschränkend interpretiert. Das Stigma, das mit dem »Heroinkonsum« verbunden ist, geht so weit, dass Abhängige auf dem Weg zum Drogenkonsumraum »abgefangen« oder Drogenhilfeeinrichtungen bzw. Mitarbeiter der akzeptierenden Drogenarbeit observiert werden.<sup>12</sup> Das berühmte Stadt-Land-Gefälle zeigt sich nicht nur im Bereich der Bagatell-Drogenkriminalität, sondern eben auch im Bereich der Substitution. Erinnert sei auch an die in einigen Teilen der Republik immer noch katastrophalen Bedingungen der Substitution in der Haft.<sup>13</sup> Insoweit genügen bessere gesetzliche Rahmenbedingungen sowie ein kontinuierlicher Austausch mit den Behandelnden nicht. Es muss sich auch etwas in den »Köpfen« ändern.

Dennoch bleibt eine klare Kommunikation hierfür der erste Schritt. Um dem gerecht zu werden, seien die Ausführungen zur niedrigschwelligen Substitution im Folgenden zunächst auf folgende vier Thesen heruntergebrochen:

<sup>12</sup> Vgl. nur Sobota/Zopfs StV 2014, 639.

<sup>13</sup> Hierzu Fährmann/Schuster/Stöver/Häßler/Keppler NSTz 2021, 271; Sie bereits Schäffler/Zimmermann, Akzeptanzorientierte Drogenarbeit 2012, 9: 25 ff.

**1. Niedrigschwellige Substitution** lässt sich im Einklang mit den derzeitigen Vorschriften des BtMG durchführen, wenn zulässige Präparate verwendet und Standardprozeduren der Verschreibung eingehalten werden.

**2. Ein Ausbleiben eines herkömmlichen Therapieplans** ist unschädlich, weil die niedrigschwellige Substitutionsambulanz als Therapiekonzept i.S.d. BtMVV angesehen werden kann.

**3. Höchst hilfsweise** ist vor dem Hintergrund der Ausrichtung der niedrigschwelligen Substitutionsvergabe und deren grundrechtlicher eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Verbots- und Sanktionsvorschriften angezeigt.

**4. Da den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, eine »gerichtliche« Klärung dieser Frage abzuwarten, wäre es zu begrüßen, wenn der Verordnungsgeber die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Substitutionskonzepts (d.h. die ambulante Substitution und Sofortsubstitution) deklaratorisch festlegte.**

Im Folgenden sollen diese Thesen nun etwas unterfüttert werden, indem zunächst die Substitution als betäubungsmittelrechtlich regulierte Behandlungsform etwas näher erläutert wird. Im Anschluss sollen die denkbaren »Schwellen« hervorhoben werden, die herabgesetzt werden könnten, um solch einen Schritt sodann (straf-)rechtlich einzuordnen.

## II. REGELSUBSTITUTION VS. NOTFALLSUBSTITUTION VS. NIEDRIGSCHWELIGE SUBSTITUTION GEMEINSAMKEITEN UND UNTERSCHIEDE (?)

Der grundlegende Ablauf und die Anforderungen an den »Normalfall« einer Substitutionstherapie werden in zahlreichen Leitfäden und Praxis-Kompendien zusammengefasst.<sup>14</sup> So ist der Ablauf im Substitutionsleitfaden der Bayrischen Akademie für Sucht- und Gesundheitsfragen folgendermaßen gegliedert:<sup>15</sup>

### ABLAUF DER REGELSUBSTITUTION

1. Erstuntersuchung und Indikationsstellung
2. Einleitung der Behandlung, Behandlungsvereinbarung und Dokumentation
  - a. Behandlungsvereinbarung
  - b. Dokumentation
  - c. Substitutionsmittel und Dosierung
  - d. Behandlungskonzept
  - e. Komplettierung von Diagnostik und Anamnese

<sup>14</sup> Eine ausführliche Schilderung findet sich etwa im Substitutionsleitfaden der Bayrischen Akademie für Sucht- und Gesundheitsfragen (BAS), welche im Internet abrufbar ist: <https://www.bas-muenchen.de/aktivitaeten/substitution.html> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>15</sup> Dabei wird zunächst akzentuiert, dass die Vermittlung in eine substitutionsgestützte Behandlung durch Drogenhilfeeinrichtungen, Ärzte, Apotheker und in manchen Städten auch durch sog. Clearingstellen erfolge (vgl. BAS-Leitfaden, S. 14), denen freie Behandlungskapazitäten und die Behandlungskonzepte der Ärzte bekannt sind. An allererster Stelle (!) – sozusagen als »Vor-Voraussetzung« – steht somit genau diejenige Tätigkeit, der sich auch die niedrigschwellige Substitution verschrieben hat.

### 3. Praktische Durchführung

- a. Rezeptierung
- b. Verabreichungsorte und Ablauf der Vergabe (unter Sicht)
- c. Therapieverlauf

### 1. ERSTUNTERSUCHUNG UND INDIKATIONSSTELLUNG

Die Behandlung beginnt einer Erstuntersuchung (1.), die auch den Nachweis einer manifesten Opiatabhängigkeit zum Gegenstand hat (die Feststellung soll durch die Beobachtung von Entzugssymptomen sowie Opiatbefund im Urin erfolgen). Im Anschluss folgt die körperliche Untersuchung und Suchtanamnese, vorgesehen sind auch Blut- und Urinproben zur Feststellung von Begleiterkrankungen.

Es folgt die Indikationsstellung (2), wobei im Leitfaden oftmals der Ultima-Ratio-Charakter der Substitutionsbehandlung betont wird; passend hierzu finden sich einige therapeutische Überlegungen, die im Rahmen der Erstuntersuchung eine Rolle spielen sollen (bisherige Therapieversuche, Beikonsum, psychische Störungen, Sonderfall »Schwangerschaft und Drogenabhängigkeit, Doppelsubstitutionen).

Bis zu diesem Punkt bestehen keine Unterschiede zu niedrigschwelligen Substitutionsangeboten: Jedenfalls die bis dato im Raum stehenden Konzepte (z.B. das Nürnberger Projekt SUB-Port) beginnen nach Ausfüllung eines standardisierten Fragebogens über die persönlichen Hintergründe mit einer umfassenden Einganguntersuchung samt Urinkontrolle, in denen der Konsum-Status und die Zulässigkeit einer Substitution geklärt werden soll. Ergänzt werden diese Untersuchungen durch eine medizinische Anamnese. Allerdings stehen »niedrigschwellige Substitutionsangebote bestimmten Personengruppen per se nicht zur Verfügung«,

wobei etwaige Beschränkungen wiederum von Konzept zu Konzept divergieren können. Typischerweise sind aber ausgeschlossen:

- aktuell in Substitution befindliche Personen,
- offensichtlich stark intoxikierte Personen,
- akut psychotische Personen,
- aggressiv auftretende Personen.

Zudem gelte ein »besonderes Augenmerk darüber hinaus den besonders vulnerablen Gruppen«:

- Schwangere,
- Familien mit Kindern,
- Jugendliche.

Letztere vulnerablen Gruppen werden bspw. gem. der Nürnberger Kooperationsvereinbarungen sofort vermittelt; eine Substitution bleibe aber auch diesen Gruppen, namentlich bei Gefahr im Verzug und Nichterreichbarkeit von Alternativen (z.B. am Wochenende) denkbar.

### 2. EINLEITUNG DER BEHANDLUNG

Unterschiede zwischen Regelsubstitution und niedrigschwelliger Substitution ergeben sich aber im weiteren Verlauf der Behandlung (3.).

#### a. Behandlungsvereinbarung

So sieht der BAS-Leitfaden den Abschluss einer Behandlungsvereinbarung (3.a) vor, welcher Teil des umfassenden Therapiekonzepts sei, wie dieser in Anlage I der »Richtlinie Methoden vertragsärztlicher Versorgung« unter § 3 Absatz 9 Punkt 6 erwähnt werde.<sup>16</sup> Interessant ist, dass auch der Leitfaden davon ausgeht, dass sich die gemeinsam zu erarbeitenden Behandlungsziele »gerade in der Anfangsphase der Substitution rasch ändern können oder erst nach einer Latenzzeit deutlich werden«,

<sup>16</sup> Auch die Richtlinie der Bundesärztekammer sieht vor, dass der Patient über die geplanten Therapiemaßnahmen aufgeklärt wird und ausdrücklich einwilligen muss.

und sich »die »Behandlungsvereinbarung« zuerst über einen sehr begrenzten Zeitraum (z.B. drei Monate) erstrecken« sollte.<sup>17</sup>

Das ist von Relevanz, weil die niedrigschwellige Substitution partiell auch deswegen als problematisch erachtet wird, weil dort gerade keine langfristigen Therapieziele mit den zu Behandelnden kommuniziert werden und man auf eine ausführliche Behandlungsvereinbarung, die infolge ihres bürokratischen Charakters vielleicht auch abschreckend wirken kann, gerade verzichten will. Nimmt man aber die Notwendigkeit einer gewissen Flexibilität des Behandlungsvertrags in den Blick, besteht ein Unterschied zur normalen Substitutionstherapie in der Arztpraxis wohl eher auf dem Papier: Schließlich wird auch hier keine langfristige »Bindung« des Patienten erwartet, sodass sich zumindest tatsächlich keine erheblichen Unterschiede zum Fehlen einer Behandlungsvereinbarung (und damit auch eines individuellen, langfristig gedachten Therapieplans) ergeben dürften, jedenfalls nicht stets. So gesehen erscheint es fraglich, ob eine strafrechtlich andersgeartete Bewertung der beschriebenen Behandlungsformen legitimiert werden kann (vgl. noch im Folgenden), wenn sich doch die Bedingungen ex ante kaum unterscheiden. Insofern kann sich auch die Behandlung in der Arztpraxis als nur vorübergehende »Notfallsubstitution« entpuppen.

#### b. Dokumentation

Im Abschnitt »Dokumentation« verweist der BAS-Leitfaden wiederum auf die BtMVV, und listet die zu dokumentierenden Inhalte auf (u.a.: Anamnese, Befunde der körperlichen Untersuchung, v.a. aber auch die Erstellung eines individuellen Therapieplans, der Therapieziele beschreibt).<sup>18</sup>

Da im Rahmen der niedrigschwelli-

gen Substitution indessen ein Therapieplan fehlt, wird das Klientel konsequenterweise lediglich registriert und erhält eine elektronische Akte, in der alle weiteren Verläufe und Interventionen dokumentiert werden (v.a. die Vergaben mit Uhrzeit und Menge).<sup>19</sup>

#### c. Substitutionsmittel und Dosierung

Sodann finden sich im BAS-Leitfaden einige Hinweise zu den verschreibungsfähigen Medikamenten und zur Dosisfindung: So werden die substituierfähigen Substanzen aufgelistet (Zubereitungen von Levomethadon, Methadon, Buprenorphin bzw. Buprenorphin/Naloxon und in begründeten Ausnahmefällen Codein oder Dihydrocodein oder Diamorphin), wobei Angaben der Patienten bezüglich der bisher konsumierten Menge illegaler Opiate als Hinweis dienen könnten, aber durch weitere Informationen ergänzt werden müssen.<sup>20</sup> Im Rahmen der Dosisfindung soll auch ein möglicher Beigebrauch eruiert und der Patient auf das Substitutionsregister aufmerksam gemacht werden.

Im Rahmen niedrigschwelliger Substitution hingegen ist regelmäßig keine individuelle Dosisfindung vorgesehen, vielmehr erfolgt eine standardisierte, niedrig dosierte und daher risikoarme Sofortvergabe (i.d.R. 2 ml Polamidon/Methadon). Allerdings wird Patient\*innen die Möglichkeit eingeräumt, eine Veränderung der Dosis zu veranlassen, wobei hierfür ein Vorgespräch mit der psychosozialen Betreuung (PSB) und der behandelnden Person vonnöten ist.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> »Neben der standardisierten fallbezogenen Dokumentation der Klient:innenverläufe« soll zudem eine Dokumentation des Einrichtungsbetriebs (Nutzer\*innenkontakte, Zahl und Tätigkeit des Personals sowie besondere Vorkommnisse) in Form von Protokollen erfolgen.

<sup>20</sup> BAS-Leitfaden, S. 28, 33.

<sup>21</sup> Dabei ist derzeit noch unklar, ob man Höchstmengen festlegen (5ml) soll oder nicht zumindest Öffnungsklauseln notwendig erscheinen, da eine beschränkt insuffiziente Substitutionsbehandlung die Wahrscheinlichkeit eines gefährlichen Beigebruchs durch die substituierte Person erhöht.

**ÜBERWIEGEND WIRD DIE SUBSTITUTION ALS LANGFRISTIGE BEHANDLUNGSFORM ANGEBOTEN, WAS NICHT IMMER AUF DAS KLIENTEL PASST: OPIATABHÄNGIGE WERDEN DURCH DIE NOTWENDIGKEIT VON BEHANDLUNGSVERTRÄGEN, THERAPIEPLÄNEN UND WEITERE FORMELLE RAHMENBEDINGUNGEN OFTMALS ABGESCHRECKT.**

#### d. Behandlungskonzept

Der aus dem Blickwinkel des Substitutionsrecht neuralgische Punkt ist derjenige, der das »Behandlungskonzept« zum Gegenstand hat: Der Leitfaden unterstreicht die »Notwendigkeit eines umfassenden, individuellen Therapiekonzepts, das im Verlauf der Behandlung einer ständigen Überprüfung und Anpassung« bedürfe.<sup>22</sup> Der Therapieverlauf solle unter Zuhilfenahme von Orientierungsschemata und »Belastungsscores« ausgewertet und dokumentiert werden.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Dabei sei für »die individuelle Behandlungsabstimmung [...] eine gute Koordination zwischen ärztlicher Behandlung, Psychotherapie und psychosozialer Betreuung hilfreich.« In diesem Zusammenhang wird auf die möglichen Phasen verwiesen, die im Rahmen einer Substitutionsbehandlung durchlaufen werden, BAS-Leitfaden, Tabelle 8.

<sup>23</sup> BAS-Leitfaden, S. 35.

Hier liegt, wie bereits dargelegt, der elementare Unterschied zwischen Regelsubstitution und »Sofortsubstitution«, wo gerade keine langfristige Therapie geplant (und auch nicht angestrebt) wird: Insofern geht es bei der niedrigschwelligen Substitution auch darum, Klient\*innen aus unterschiedlichen Stadien der Behandlung (Akutphase, Stabilisierung, supportive Phase usw.) aufzunehmen, diese »einzuordnen« und wiederjenes »geregelten Bahnen« zuzuführen. Wo dies nicht möglich erscheint, soll zumindest der gesundheitliche Schaden so minimiert werden, so gut es eben geht.

Schon an dieser Stelle zeichnet sich insoweit ab, dass die Notwendigkeit eines Therapiekonzepts nicht als überindividuelle Zielsetzung betrachtet werden darf, an deren Einhaltung die Rechtsgemeinschaft in ihrer Gesamtheit ein berechtigtes Interesse hat, es damit auch nicht um die »Bevölkerungsgesundheit« geht, sondern ausschließlich die Gesundheit des Patienten im Mittelpunkt steht. Ein unmittelbar drittschädigender Missbrauch des niedrigschwelligen Substitutionsangebots – bspw. durch eine missbräuchliche Weitergabe – ist beim Sichtbezug (d.h. beim Bezug direkt vor Ort) ohnehin ausgeschlossen.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Auch eine mittelbare Schädigung durch eine »Berauschung« des Substitutionsklientels ist bei derartigen Opiaten (und bei solch einer Dosierung) ausgeschlossen; im Gegenteil dürfte das Risiko einer Beschaffungskriminalität durch das Angebot verringert werden.

### BESONDERHEITEN DER NIEDRIGSCHWELLEN SUBSTITUTION

1. Erstuntersuchung und Indikationsstellung
2. Einleitung der Behandlung, Behandlungsvereinbarung und Dokumentation
  - a. Behandlungsvereinbarung
  - b. Dokumentation
  - c. Substitutionsmittel und Dosierung
  - d. Behandlungskonzept
  - e. Komplettierung von Diagnostik und Anamnese
3. Praktische Durchführung
  - a. Rezeptierung
  - b. Verabreichungsorte und Ablauf der Vergabe (unter Sicht)
  - c. Therapieverlauf

Personelle Beschränkungen (Schwangere, Jugendliche, etc.)

Keine Verhandlungsvereinbarung  
Kein Therapiekonzept  
Angepasste Dokumentation

Ausschließlich Sichtbezug,  
kein Take-Home  
Kontrollen am Tag des Bezugs (Scanverfahren, Wartezeit)

#### e. Komplettierung von Diagnostik und Anamnese

Der Abschnitt zur Einleitung der Behandlung schließt mit einigen Ausführungen zur Komplettierung der Diagnostik und Anamnese. Um die Indikation zur substituiergestützten Behandlung zu prüfen, sei es erforderlich, weitere Informationen über den einzelnen Patienten einzuholen, die v.a. auch für die Umsetzung einer mittel- und langfristig erfolgreichen Therapie vonnöten sind.<sup>25</sup>

Auch hier dürften sich Unterschiede zur niedrigschwelligen Substitution auf tun, da der Umfang der »Durchleuchtung« des Patienten in einer gewissen Wechselbezüglichkeit zum Prinzip einer mittel- bis langfristig ausgerichteten Therapie steht.

<sup>25</sup> BAS-Leitfaden, S. 37 f.

#### 3. PRAKTISCHE DURCHFÜHRUNG

Ausführlich beschreibt der Leitfaden auch die praktische Durchführung der Behandlung: Dabei wird auf die besonderen Anforderungen an ein Betäubungsmittelrezept, speziell zu Substitutionszwecken erinnert (Kennzeichnung mit dem Buchstaben S, Unterschrift per Hand); im Übrigen wird auf die Angaben im Serviceteil verwiesen.<sup>26</sup>

#### a. Rezeptierung

Der Arzt verschreibt dem Patienten das Substitutionsmittel zum unmittelbaren Verbrauch. Aus § 5 Abs. 10 i.V.m. Abs. 6 BtMVV ergibt sich, dass diese nur in bestimmten Einrichtungen erfolgen darf: § 5 Abs. 10 BtMVV lautet (auszugsweise):

<sup>26</sup> BAS-Leitfaden, S. 41 ff.

(10) Substitutionsmittel nach Absatz 6 Satz 1 dürfen nur von folgenden Personen dem Patienten zum unmittelbaren Verbrauch überlassen, ihm verabreicht oder bei ihm gemäß dem in der arzneimittelrechtlichen Zulassung vorgesehenen Verfahren angewendet werden:

1. dem substituierenden Arzt in der Einrichtung, in der er ärztlich tätig ist,
2. dem vom substituierenden Arzt in der Einrichtung nach Nummer 1 eingesetzten medizinischen Personal oder
3. dem medizinischen, pharmazeutischen oder pflegerischen Personal in
  - a) einer stationären Einrichtung der medizinischen Rehabilitation,
  - b) einem Gesundheitsamt,
  - c) einem Alten- oder Pflegeheim,
  - d) einem Hospiz oder
  - e) einer anderen geeigneten Einrichtung, die zu diesem Zweck von der zuständigen Landesbehörde anerkannt sein muss,

sofern der substituierende Arzt nicht selber in der jeweiligen Einrichtung tätig ist und er mit der jeweiligen Einrichtung eine Vereinbarung getroffen hat.

Außerdem darf ein Substitutionsmittel nach Absatz 6 Satz 1 dem Patienten zum unmittelbaren Verbrauch überlassen, ihm verabreicht oder bei ihm gemäß dem in der arzneimittelrechtlichen Zulassung vorgesehenen Verfahren angewendet werden

4. in einer staatlich anerkannten Einrichtung der Suchtkrankenhilfe von dem dort eingesetzten und dafür ausgebildeten Personal, sofern der substituierende Arzt für diese Einrichtung nicht selber tätig ist und er mit der Einrichtung eine Vereinbarung getroffen hat.

Sodann finden sich im Konzeptpapier noch einige Informationen zum Ablauf der eigentlichen Vergabe des Substitutionsmittels: Die dort genannten »Aufsichts- und Kontrollpflichten« (u.a.: Identitätskontrolle, Aufbewahrung der Zubereitungen, Sichtkontrolle bzgl. Zustand des Patienten, Überprüfung auf Intoxikationszeichen, orale Einnahme des

Substituts vor den Augen des eingewiesenen Personals, Vergabezeiträume) gelten weitestgehend auch nach den bis dato veröffentlichten Vergabe-Konzepten der Substitutionsambulanz, die standardisierten Regeln folgen soll. Insbesondere erfolgt die Vergabe in der Praxis bzw. in der Apotheke unter Sicht. Mittels täglicher Kontrollen nach etabliertem Scanverfahren und Präsenzzeiten vor und nach der Vergabe (15 Minuten) wird zudem gesichert, dass der Zustand des Patienten überprüft und in Notfallsituationen sofort reagiert werden kann; die Identitätskontrolle und Vergabedokumentation erfolgt automatisiert und gelingt durch elektronische Registrierung der Klient\*innen.

Unterschiede ergeben sich allenfalls im Hinblick auf die – wie bereits erläutert – festen Mengen und Vergabetermine, was sich allerdings kaum auf die »Begründetheit« der Verschreibung oder Verbrauchsüberlassung auswirken dürfte.

#### b. Therapieverlauf

In einem weiteren (ausführlichen) Abschnitt beschreibt der Leitfaden sodann die Kontrollpflichten während des weiteren Therapieverlaufs: So müssten Behandlungsindikation, -motivation und -zielsetzung im Verlauf der Behandlung immer wieder thematisiert und überprüft werden und die notwendigen Konsequenzen (Änderung des Behandlungsvertrages/-konzeptes) gezogen werden. Auch hier gilt das bereits oben Angedeutete: Der Kontrollverlauf verfolgt im Falle der Regelsubstitution einen anderen Zweck als die Überprüfung der Klient\*innen im Kontext der Sofortsubstitution. Wo die Versorgung und die Sicherstellung des Überlebens im Vordergrund stehen, und die Klient:innen vermittelt werden sollen, ergibt solch ein Pflichtenkatalog keinen Sinn. Eine wiederholende Kontrollpflicht kann sich nur auf den akuten (gesundheitlichen) Zustand der Patient:innen

beziehen. Diesbezüglich sind aber im Rahmen der Substitutionsambulanz – wie bereits dargelegt – standardisierte Mechanismen vorgesehen.

#### 4. ZWISCHENFAZIT

Die Unterschiede zwischen niedrigschwelliger Substitution und dem (idealtypischen) Ablauf einer Regel-Substitution und niedrigschwelligen Substitution sind v.a. in der Ausrichtung begründet, die Konsequenzen in der Planung und dem Ablauf nach sich zieht: Während die Regel-Substitution mittel- und langfristig ausgerichtet ist, zielt die Notfall- und Sofortsubstitution auf die kurzfristige Vergabe »zur Sicherung des Überlebens« und »Stabilisierung des Gesundheitszustandes«, ohne aber die langfristigen Ziele der Behandlung aus den Augen zu verlieren. In der niedrigschwelligen Substitution ist damit kein Behandlungsvertrag und Therapieplan vorgesehen, was auch eine Ausstrahlungswirkung auf Reichweite und Umfang der Dokumentations- und Überprüfungspflichten hat. Außerdem ist die Vergabe im Konzept von SUB-Port im ersten Schritt »standardisiert«: Es fehlt an einem patientenbezogenen Terminplan, allerdings sind Individualisierungen möglich.

### III. BETÄUBUNGSMITTEL-STRAFRECHTLICHE EINORDNUNG DER SUBSTITUTIONS-BEHANDLUNG

Aus dem Blickwinkel derjenigen, die solch eine niedrigschwellige Substitution anbieten wollen, stellt sich nun die Frage, ob die geschilderten Unterschiede zwischen Regel- und Sofortsubstitution auch eine strafrechtliche Andersbehandlung zur Folge haben (können). Die Antwort lautet: Nein. Aber um das nachzuvollziehen, muss etwas ausgeholt und die strafrechtliche Systematik

im Kontext der Verschreibung von Betäubungsmitteln erläutert werden. Dabei muss auch auf die bereits angesprochenen Gesetzesänderungen eingegangen werden, bevor zur Veranschaulichung ganz konkrete Fallgruppen skizziert werden, in denen eine Strafbarkeit des medizinischen Fachpersonals nach den Vorschriften des BtMG in Betracht kommt. Das Kernstrafrecht kann indessen ausgeblendet werden, da es im Kontext des legalen Verkehrs allen Beteiligten darum geht, bereits minimale Verstöße gegen das geltende Recht auszuschließen. Anders gewendet: Wenn niedrigschwellige Substitution bereits nach betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften verboten bzw. sogar strafbar sein kann, ist es nicht von Relevanz, ob das Verhalten theoretisch auch eine (fahrlässige) Körperverletzung oder Tötung darstellte, wenn es zu solch einem Verlauf kommt.

#### 1. EINSCHLÄGIGE RECHTSVORSCHRIFTEN UND SYSTEMATIK

Wie bereits angedeutet, richtet sich die Zulässigkeit bzw. Legalität der Verschreibung, Verabreichung und Überlassung von Betäubungsmitteln nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtMG), das in Bezug auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung durch die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV) ergänzt wird. Das BtMG legt in § 1 BtMG die Substanzen fest, welche überhaupt als Betäubungsmittel gelten und konkretisiert in § 2 BtMG die Reichweite des Betäubungsmittelbegriffs im Übrigen.<sup>27</sup> So sind zahlreiche Substitutionspräparate in Anlage III (welche die verkehrs- und verschreibungsfähigen auflistet) aufgeführt: Hierzu zählen unter anderem auch L-Polamidon (Levomethadon) und Methadon, auf welche sich die mir bekannten niedrigschwelligen Substitutionsangebote beschränken sollen.

<sup>27</sup> Zusf. Oğlakcioğlu, in: Münchner Kommentar StGB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 2 ff.

In § 3 BtMG wird ein umfassendes Umgangsverbot bzw. eine Erlaubnispflicht für fast alle denkbaren Umgangsformen im Hinblick auf Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes aufgestellt. Verstoßen die Beteiligten gegen die Erlaubnis- oder sonstige über das BtMG verstreute Pflichten (diese betreffen v.a. den legalen Verkehr), handeln sie illegal.<sup>28</sup>

Der Erlaubnisvorbehalt des § 3 BtMG erfasst überwiegend Verhaltensweisen, welche die Entstehung, den »Vertrieb«, den Transport und den konsumorientierten Umgang mit den Betäubungsmitteln umschreiben. »Arztspezifische« Handlungen, mithin die Verschreibung, Verabreichung von Betäubungsmitteln oder die Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch unterliegen keinem Erlaubnisvorbehalt, sondern werden eigenständig reglementiert, namentlich in § 13 Abs. 1 BtMG. Der ärztlich angeordnete Folgeumgang (Erwerb/Besitz von Betäubungsmitteln), welcher v.a. bei Verschreibungen denkbar bleibt, ist dann gem. § 4 Abs. 1 BtMG von der Erlaubnispflicht befreit.<sup>29</sup>

Das heißt allerdings nicht, dass der Vertriebsweg keinen Regeln folgen würde. Vielmehr legt § 13 BtMG Pflichten der behandelnden Person im Rahmen einer Verschreibung von Betäubungsmitteln fest, wobei diese zum Teil unmittelbar in § 13 BtMG selbst, partiell allerdings auch (insbesondere auch die formalen Vorgaben an ein Betäubungsmittelrezept) in der BtMVV und mittelbar auch in den Richtlinien der Bundesärzte-

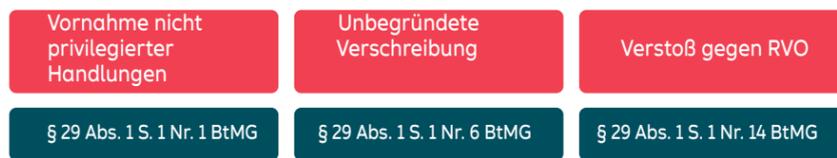
<sup>28</sup> Während leichtere Pflichtverletzungen als Ordnungswidrigkeiten gemäß § 32 BtMG geahndet werden, führen schwerwiegende Verstöße zu einer Strafbarkeit nach den § 29 ff. BtMG, einfürend Exner, JuS 2019, 211; zum Ganzen auch Oğlakcioğlu, in: Handbuch des Strafrechts, Band 6, 2021, § 54.

<sup>29</sup> Auf diese Weise wird die Kompetenz der Bundesbehörde, den Umgang mit Betäubungsmitteln zu erlauben, partiell in die Hände der Ärzteschaft gelegt, nämlich dann, wenn Betäubungsmittel der Anlage III zu medizinischen Zwecken verordnet werden sollen.

kammer konkretisiert werden. Das im Zentrum stehende Kriterium für die Frage, ob sich die behandelnde Person strafbar macht, ist hierbei die Begründetheit der arztspezifischen Handlung. Denn bei einer unbegründeten Verschreibung, Verabreichung oder Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch handelt man entgegen § 13 Abs. 1 BtMG und verwirklicht somit den Tatbestand des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6a BtMG. Zum Teil ist auch die Missachtung bestimmter formaler Vorgaben der BtMVV (etwa im Rahmen einer Verschreibung) gesondert unter Strafe gestellt, vgl. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 i.V.m. § 16 BtMVV. Schließlich machen sich die Beteiligten an diesem Versorgungssystem strafbar, wenn sie den »Vertriebsweg« gänzlich verlassen und hierbei eine Handlung verwirklichen, die in § 3 BtMG genannt ist. Zusammenfassend bestehen strafrechtliche Risiken für (substituierende oder sonstige Betäubungsmittel verschreibende) Ärzt\*innen und Arzthelfer\*innen ganz generell dann, wenn sie

- keine privilegierten arztspezifischen Handlungen vornehmen, sondern andere Verhaltensweisen in Bezug auf Betäubungsmittel vornehmen, die unter einem Erlaubnisvorbehalt stehen (v.a.: Abgabe von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG),
- unbegründet (d.h. nicht indiziert) Betäubungsmittel verschreiben, verabreichen oder zum unmittelbaren Verbrauch überlassen, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6a BtMG (v.a. denkbar, wenn es an jeglicher Diagnose, Anamnese oder etwaiger Verlaufskontrollen fehlt),
- gegen Vorschriften der BtMVV verstoßen, die im Katalog des § 16 BtMVV aufgelistet sind, mithin bereits die Missachtung der entsprechenden Vorschrift eigenständig als Verstoß gegen eine Rechtsverordnung gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 BtMG sanktioniert werden kann (v.a. bei der Überschreitung von Verschreibungshöchstmengen).

Abbildung rechts: Generelle Anknüpfungspunkte für eine Strafbarkeit im Rahmen der Verschreibung von Substitutionspräparaten



## 2. POTENZIELLE ANKNÜPFUNGSPUNKTE FÜR EINE STRAFBARKEIT IM RAHMEN DER VERSCHREIBUNG VON SUBSTITUTIONSPRÄPARATEN

### a. Strafbarkeit wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG

Bei einem bloßen Verstoß gegen die Notwendigkeit eines Therapieplans liegt ein »Verstoß« gegen § 3 BtMG (und somit auch eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) per se fern. Denn diese Vorschrift wird im Kontext ärztlichen Handelns nur relevant, wenn Betäubungsmittel Opiatabhängigen aus der Praxis abgegeben werden.

Die Abgabe wird hierbei als die Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsgewalt über ein Betäubungsmittel auf eine andere Person zu deren eigener freier Verfügung definiert.<sup>30</sup> Substitutionspräparate werden in Arztpraxen allerdings unter Sichtbezug – am sog. »Substitutionstresen« – vergeben; das Präparat wird gerade nicht ausgehändigt, sondern muss noch an Ort und Stelle konsumiert werden. Das gilt auch für die niedrigschwellige Substitution: Hier ist ebenso wenig ein Verfügungswechsel, mithin eine Abgabe der Substitutionspräparate, vorgesehen, sodass bei Einhaltung der jeweils bekanntgemachten Konzepte kein Strafbarkeitsrisiko nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG droht.

<sup>30</sup> Oğlakcioğlu, in Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2021, § 29 BtMG Rn. Rn. 836 mwN. Dass die Abgabe hierbei im Unterschied zum Veräußern die »unentgeltliche« Übertragung der Verfügungsgewalt betrifft, kann an dieser Stelle vernachlässigt werden, da dies lediglich das Verhältnis der in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG genannten Modalitäten zueinander betrifft.

### b. Strafbarkeit wegen unbegründeter Verschreibung, Verabreichung oder Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6a, b i.V.m. § 13 Abs. 1 BtMG

Vielmehr stellt sich die Frage, ob ein (potenzieller) Verstoß gegen die BÄK-Richtlinie zu einer unbegründeten Verschreibung führt, die gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BtMG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird. Demnach müssten die Behandelnden das Präparat entgegen § 13 Abs. 1 verschreiben, verabreichen oder zum unmittelbaren Verbrauch überlassen haben.

§ 13 Abs. 1 BtMG lautet hierbei wie folgt:

(1) Die in Anlage III bezeichneten Betäubungsmittel dürfen nur von Ärzten, Zahnärzten und Tierärzten und nur dann verschrieben oder im Rahmen einer ärztlichen, zahnärztlichen oder tierärztlichen Behandlung einschließlich der ärztlichen Behandlung einer Betäubungsmittelabhängigkeit verabreicht oder einem anderen zum unmittelbaren Verbrauch oder nach Absatz 1a Satz 1 überlassen werden, wenn ihre Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper begründet ist. Die Anwendung ist insbesondere dann nicht begründet, wenn der beabsichtigte Zweck auf andere Weise erreicht werden kann. Die in Anlagen I und II bezeichneten Betäubungsmittel dürfen nicht verschrieben, verabreicht oder einem anderen zum unmittelbaren Verbrauch oder nach Absatz 1a Satz 1 überlassen werden.

Mithin sind in § 13 BtMG Voraussetzungen genannt, unter denen eine Verschreibung, Verabreichung oder Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch zulässig ist (man könnte insofern von »Privilegierungsvoraussetzungen« sprechen, die sich zunächst

folgendermaßen zusammenfassen lassen:

- Arzteigenschaft,
- Betäubungsmittel der Anlage III,
- im Rahmen einer Behandlung (einschließlich der Behandlung einer Betäubungsmittelabhängigkeit), und
- Begründetheit der ärztlichen Handlung (wobei der ultima-ratio-Grundsatz des § 13 Abs. 1 S. 2 BtMG berücksichtigt werden muss).

Diese Voraussetzungen sind in umgekehrter Lesart Anknüpfungspunkte für Strafbarkeit (mithin deren Nichtvorliegen)<sup>31</sup>, wobei dann hinzutreten muss, dass der Täter hinsichtlich des Nichtvorliegens vorsätzlich (verkürzt und plakativ: mit Wissen und Wollen) agiert.

Von den drei genannten arztpezifischen Handlungen stehen im vorliegenden Konzept – wie bereits dargelegt – die Verschreibung und die Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch im Mittelpunkt. Denn die Substitutionspräparate werden im Rahmen der Substitutionsambulanz typischerweise nicht verabreicht; ebenso wenig ist eine Take-Home-Verschreibung vorgesehen. Vielmehr soll das verschriebene Substitutionspräparat an Ort und Stelle vergeben werden.

Die Ausführungen im Folgenden sollen sich dabei auf die wichtigste

<sup>31</sup> Was die Arzteigenschaft angeht, handelt es sich bei § 29 Abs. 1 Nr. 6 somit nicht um ein Sonderdelikt, das nur durch Ärzte verwirklicht werden könnte. Vielmehr knüpft der Erlaubnistatbestand des § 13 BtMG an die Arzt-Eigenschaft; oder umgekehrt formuliert: als Nichtarzt handelt man immer entgegen § 13 BtMG, außer das Gesetz – insb. die BtMVV gestattet das Handeln für den Arzt/die Ärztin, sodass die Überlassenden nur als »verlängerter Arm« des Behandelnden zu betrachten sind.

Voraussetzung für ein »rechtskonformes« Handeln beschränken: Die ärztliche Handlung muss begründet, also indiziert sein. Dies wird angenommen, wenn nach Ausschöpfung aller medizinischen Erkenntnisse und unter Beachtung rechtlicher Vorschriften und medizinischer Grundsätze eine Indikation für die Auswahl und Durchführung einer bestimmten Behandlungsmethode zum Wohle des Patienten besteht.<sup>32</sup>

Dabei ergeben sich die Anforderungen an die Auswahl und Durchführung der Behandlungsmethode sowie die (erhöhten) Sorgfaltspflichten des Arztes/der Ärztin bei der Verschreibung und Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch aus einem Normkompendium von Gesetzen, richterlicher Rechtsfortbildung und den Richtlinien der BÄK. Verstöße gegen Vorschriften außerhalb des BtMG können hierbei eine fehlende Begründetheit indizieren, umgekehrt kann solch ein Indiz durch andere Faktoren im Einzelfall (Zustand des Patienten, besondere Vorkehrungen des Behandelnden, Notfall) widerlegt werden.

Damit der Behandelnde aber überhaupt die Begründetheit der konkreten Behandlungsmethode eruieren kann, muss eine umfassende Untersuchung des Patienten erfolgen, zu der eine Anamnese, eine Belehrung sowie eine Diagnosestellung gehören.<sup>33</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang freilich auch § 13 I S. 2 BtMG, wonach die Verordnung insbesondere dann nicht begründet ist, wenn der beabsichtigte Zweck auf andere Weise erreicht werden kann. Es handelt sich nicht um einen von der Diagnose »abtrennbaren Akt«, sodass kaum vorstellbar ist, dass ein Verstoß gegen den ultima-ratio-Grundsatz, welcher in die Einschätzungsprerogative des Behan-

<sup>32</sup> So auch Patzak, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 11. Aufl. 2024, § 13 BtMG Rn. 16; vgl. auch OLG Celle Urt. v. 9. 11. 2018 – 1 Ss 63/17, BeckRS 2018, 29520.

<sup>33</sup> MK-StGB/Oğlakcioğlu, § 13 BtMG Rn. 18 ff.

delnden hineinwirkt, festgestellt werden könnte, wenn eine Diagnose und die Wahl für eine bestimmte Therapieform unzweifelhaft vorliegen. Anders gewendet: einen Verstoß gegen § 13 Abs. 1 S. 2 BtMG wird man ohne Schwierigkeiten nur feststellen können, wenn es bereits an einer Untersuchung, Anamnese bzw. Diagnose gefehlt hat.<sup>34</sup>

### bb. Weitere Vorgaben in § 5 BtMVV

Die in § 13 Abs. 1 BtMG aufgestellten Pflichten werden durch die BtMVV konkretisiert, insb. werden die Anforderungen an das Verschreiben von Substitutionsmitteln in 15 (!) Absätzen ausgeführt. Zum Teil formuliert § 5 BtMVV »harte Vorgaben« bzw. stellt ausdrücklich Verbote auf, was sich in Formulierungen wie »darf nur« manifestiert:

§ 5 Abs. 3 S. 1 BtMVV:  
»Ein Arzt darf einem Patienten Substitutionsmittel unter den Voraussetzungen des § 13 Absatz 1 des Betäubungsmittel-

<sup>34</sup> Dies manifestiert sich auch in den wenigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Begründetheit nach § 13 Abs. 1 BtMG aus neuerer Zeit, die interessanterweise beide eine Substitutionsbehandlung betrafen: In BGH NStZ 2012, 337 heißt es zunächst, dass eine »Substitutionsbehandlung [...] nach § 13 I 2 BtMG nur als ultima ratio zulässig (...) [ist].« und sodann: »Eine Verschreibung von Betäubungsmitteln ohne Indikationsstellung und ohne Prüfung von Behandlungsalternativen ist unbegründet und nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6a BtMG strafbar (...), weil sie nicht gewährleistet, dass gegebenenfalls andere und damit vorrangige Behandlungsmethoden zur Anwendung kommen.« Auch in der wesentlich umfangreicheren Entscheidung des Ersten Strafsenats, welche auch in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde (BGHSt 59, 150), wird die fehlende Indikationsstellung sowie die nicht ausreichende Prüfung von Behandlungsalternativen (§ 13 I 2 BtMG) als maßgeblich für die Frage einer fehlenden Begründetheit erachtet. Die Entscheidungen dürften auch das rechtstatsächliche Problem der verminderten Attraktivität der Substitutionsbehandlung verstärkt haben, die sich wohl nicht nur, aber zumindest auch auf das wahrgenommene Strafbarkeitsrisiko zurückführen ließ. Dass dieses Strafbarkeitsrisiko nicht merklich höher gewesen sein dürfte, als in allen anderen Fällen, in denen ein Arzt grob pflichtwidrig gegen gesetzliche Vorschriften verstößt oder gar eine Gesundheitsschädigung des Patienten billigend in Kauf nimmt, geriet infolge der kurzen Abfolge veröffentlichter (höchstrichterlicher) Entscheidungen im Kontext einer Substitution in den Hintergrund.

gesetzes verschreiben, wenn er die Mindestanforderungen an eine suchtmittelmedizinische Qualifikation erfüllt, die von den Ärztekammern nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft festgelegt werden (suchtmittelmedizinisch qualifizierter Arzt).«

§ 5 Abs. 4 S. 2 BtMVV:  
»Ein suchtmittelmedizinisch nicht qualifizierter Arzt darf gleichzeitig höchstens zehn Patienten mit Substitutionsmitteln behandeln. Er darf keine Behandlung nach § 5a durchführen.«

§ 5 Abs. 6 S. 1 BtMVV:  
»Als Substitutionsmittel im Sinne von Absatz 1 darf der substituierende Arzt nur Folgendes verschreiben:«

In diesen (und nur in diesen) Fällen dürften Verstöße gegen die BtMVV eine fehlende Begründetheit der Verschreibung (widerlegbar) indizieren.<sup>35</sup> Im Übrigen kann allerdings wegen etwaiger Verstöße gegen die BtMVV nicht per se auf die fehlende Begründetheit des Rezepts geschlossen werden.

### cc. Strafbarkeit wegen Verstoß gegen eine Rechtsverordnung gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 BtMG i.V.m. § 16 BtMVV

Doch kann ein bloßer Verstoß gegen die in der BtMVV aufgelisteten Pflichten losgelöst von der Frage der medizinischen Begründetheit zu einer

<sup>35</sup> Das Verhältnis von Verstößen gegen die BtMVV und Begründetheit der Verschreibung im Gefüge der §§ 29 I Nr. 6 und 14 ist umstritten, die Positionen allerdings nicht immer ganz klar. Der BGH positioniert sich zwischen den Extrempositionen (jeder Verstoß gegen die BtMVV führt zur Unbegründetheit; BtMVV hat keine Relevanz für die Begründetheit) und differenziert nach der Art des Verstoßes, wobei bestimmte Normen Konkretisierungen des Begründetheitbegriffs enthielten und in diesem Zusammenhang eine »verbindliche Richtschnur« festlegten (BGH, Urt. v. 02.02.2012 – 3 StR 321/11; BGH, NJW 2014, 1680 (1682)). Auch hier wird zwischen formellen und materiellen Vorschriften differenziert, allerdings angenommen, dass ein materieller Verstoß die fehlende Begründetheit allenfalls indiziert; Oğlakcioğlu, in: Erb/Schäfer, MüKo-StGB, Bd. 7, § 29 BtMG Rn. 1176 f.; so wohl auch Laurinat, in: Prütting, Medizinrecht, § 29 BtMG Rn. 18; zuzf. Anwar, Ärztliche Strafbarkeitsrisiken bei der ambulanten Behandlung von Patienten mit Betäubungsmitteln aus betäubungsmittelrechtlicher Sicht, 2. Teil. A. II. 2. g. dd), im Erscheinen 2024, welche sich der hier vertretenen Position anschließt.

Strafbarkeit gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 BtMG i.V.m. § 16 BtMVV führen.

Gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 BtMG wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einer Rechtsverordnung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2a oder 5 zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist. Die BtMVV ist eine Rechtsverordnung nach § 13 Abs. 3. In § 16 BtMVV werden alle Bezugsnormen enumerativ und abschließend aufgezählt, deren Missachtung eine Strafbarkeit nach sich ziehen kann.

Verstöße gegen Formvorschriften können hierbei für sich nicht zu einer Strafbarkeit wegen unbegründeter Verschreibung führen, da diese – siehe oben – nur in Ausnahmefällen die materielle Begründetheit des Rezepts betreffen, siehe oben. Das gilt trotz des Umstands, dass bspw. Dokumentationspflichten meist der Erleichterung des Nachweises einer fehlenden Begründetheit dienen sollen.

§ 16 BtMVV nahm vormals auch auf § 5 Abs. 1 BtMVV, mithin auf die allgemeine Vorschrift zur Substitution (und damit auch auf das Erfordernis eines Therapiekonzepts sowie auf die Therapieziele) Bezug:

§ 16 Abs. 1 Nr. 2 BtMVV a.F. lautete: »Nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 des Betäubungsmittelgesetzes wird bestraft, wer entgegen § 2 Abs. 1 oder 2 Satz 1, § 3 Abs. 1 oder § 5 Abs. 1 oder Abs. 4 Satz 2 für einen Patienten, andere als die dort bezeichneten Betäubungsmittel ... oder unter Nichteinhaltung der vorgegebenen Bestimmungszwecke oder sonstiger Beschränkungen verschreibt.«

Mit Art. 1 der Dritten Verordnung zur Änderung der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung<sup>36</sup> hat man diese Bezugnahme ersatzlos gestrichen. Die Einschränkung des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 verfolgte ausweislich

der Gesetzesbegründung das Anliegen, suchtmäßig qualifizierte Ärzte durch den Abbau von Unsicherheiten bei der rechtlichen Bewertung von Substitutionsbehandlungen zu mehr Substitutionsbehandlungen zu motivieren und »dadurch die Versorgungssituation in Deutschland spürbar zu verbessern.«<sup>37</sup>

Dies dürfte jedenfalls im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen gelungen sein, da die BtMVV nunmehr weniger Verstöße zum Gegenstand hat, welche eine Unbegründetheit »indizieren« könnten, vielmehr Verstöße deutlich benennt, welche trotz Begründetheit der Verschreibung als strafwürdig eingeordnet werden.

Unmittelbar auf das Substitutionsrecht nimmt § 16 BtMVV nur in Nr. 2 (nämlich auf § 5 Abs. 6 S. 1 BtMVV) und in Nr. 5 (nämlich auf § 5a Abs. 3 S. 1, im Spezialfall der Diamorphinbehandlung) Bezug. § 5 Abs. 6 S. 1 beschränkt hierbei die Substitution auf bestimmte Stoffe, nämlich auf:

- Nr. 1 ein zur Substitution zugelassenes Arzneimittel, das nicht den Stoff Diamorphin enthält,
- Nr. 2. eine Zubereitung von Levomethadon, von Methadon oder von Buprenorphin oder
- 3. in begründeten Ausnahmefällen eine Zubereitung von Codein oder Dihydrocodein.

Diesbezüglich bestehen keine Probleme, weil in der niedrigschwelligen Substitution ausschließlich die genannten (zulässigen) Stoffe verwendet und auch keine Höchstverschreibungsmengen überschritten werden.

Für einen besseren Überblick seien die Bezugsvorschriften in der oben abgebildeten Tabelle nochmals aufgeführt.

<sup>36</sup> v. 22.05.2017 BGBl. I S. 1275.

<sup>37</sup> BR-Drs. 222/17, S. 29.

**AUS DEM BLICKWINKEL DERJENIGEN, DIE SOLCH EINE NIEDRIG-SCHWELIGE SUBSTITUTION ANBIETEN WOLLEN, STELLT SICH NUN DIE FRAGE, OB DIE GESCHILDERTEN UNTERSCHIEDE ZWISCHEN REGEL- UND SOFORT-SUBSTITUTION AUCH EINE STRAFRECHTLICHE ANDERSBEHANDLUNG ZUR FOLGE HABEN (KÖNNEN). DIE ANTWORT LAUTET: NEIN.**

**3. ZWISCHENFAZIT**

Schon eine Darstellung der betäubungsmittelstrafrechtlichen Grundlagen lässt andeuten, dass sich die Strafbarkeitsrisiken für die Beteiligten an einem niedrigschwelligen Substitutionsangebot (wie DROB-INN oder SUB-PORT) zumindest »normtechnisch« im überschaubaren Rahmen halten, da sowohl eine unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG als auch ein Verstoß gegen eine Rechtsverordnung gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 BtMG fernliegt. Es bleibt lediglich genauer zu begutachten, ob die Verschreibung bzw. die Überlassung von Substitutionspräparaten zum unmittelbaren Verbrauch innerhalb solch eines Konzepts generell oder zumin-

dest im Einzelfall als »unbegründet« betrachtet werden muss.

Vorab konnten hierbei pflichtwidrige Handlungen herausgefiltert werden, bei denen ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 BtMG zumindest nahe liegt:

- es findet keine Eingangsuntersuchung mit Diagnosestellung statt,
- es fehlt an einer Indikationsstellung mit der Prüfung von Behandlungsalternativen,
- es besteht eine Kontraindikation,
- eine (zumutbare) Verlaufskontrolle unterbleibt.

Ein generelles Verbot der Sofortsstitution und Notfallsstitution lässt sich dem Gesetz hingegen nicht entnehmen. Dies erstaunt auch nicht, da die Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BtMG an die Begründetheit der Behandlung knüpft und diese immer eine Frage des Einzelfalls ist. Mittelbar könnte sich solch ein Verbot allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass Sofortsstitutionen als »Therapieform« per se gegen die BÄK-Richtlinien verstoßen, bspw. weil womöglich ein Therapiekonzept fehlt bzw. die im Rahmen der BÄK-Richtlinie aufgeführten Therapieziele nicht erreicht werden können. Somit ist zu klären, ob sich das Fehlen eines Therapieplans überhaupt als Verstoß gegen die BÄK-Richtlinie ansehen lässt, und bejahendenfalls: ob dies die Unbegründetheit der Verschreibung bzw. der Verbrauchsüberlassung zur Folge hätte?

§ 1 Abs. 1 S. 1	Notwendigkeit der Verschreibung von Betäubungsmitteln als Zubereitung	§ 16 Nr. 1
§ 2 Abs. 1, 2 S. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 6 für Patienten	Berücksichtigung von Höchstverschreibungsmengen und Beschränkungen auf bestimmte Wirkstoffe → Methadon: 3600 mg; → Levomethadon: 1800 mg	§ 16 Nr. 2a, b
§ 2 Abs. 4, § 3 Abs. 3 oder § 4 Abs. 4	Berücksichtigung der Verschreibungsanforderung für bestimmte Einrichtungen	§ 16 Nr. 3
§ 7 Abs. 2	Besonderheiten bei Verschreibung für die Ausrüstung von Kauffahrteischiffen	§ 16 Nr. 4
§ 5a Abs. 3 S. 1	Besonderheiten bei der Verschreibung von Diamorphin	§ 16 Nr. 5

**4. ANKNÜPFUNGSPUNKTE FÜR EINE STRAFBARKEIT IM RAHMEN DES »BETRIEBS« EINER SUBSTITUTIONS-AMBULANZ**

Zu denken wäre hier zunächst an einen Verstoß § 5 Abs. 1 und 2 BtMVV: Hier findet sich eine Legaldefinition der Substitution und eine Festschreibung der Therapieziele. Dabei wurde das oberste Ziel der Opiatabstinenz unlängst aufgeweicht und ist nunmehr als bloße Soll-Vorschrift formuliert (»im Rahmen der ärztlichen Therapie soll eine Opioidabstinenz des Patienten angestrebt werden«).

Dabei ist bereits fraglich, ob und inwiefern die § 5 Abs. 1 und 2 BtMVV und somit auch § 13 BtMG durch die BÄK-Richtlinie (i.S.d. § 5 Abs. 11 BtMVV) Konkretisierungen erfahren und somit Verstöße gegen die BÄK-Richtlinie zumindest mittelbar für die Frage einer Begründetheit von Relevanz sein können. Das muss – trotz der faktisch umgekehrten Wirkung der BÄK-Richtlinie als »antizipiertes Sachverständigengutachten« – schon im Hinblick auf § 5 Abs. 11 S. 4 BtMVV bereits mit einem klaren Nein beantwortet werden: Demnach wird die »Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft [...] vermutet, wenn und soweit die Fest-

stellungen nach den Sätzen 1 und 2 beachtet worden sind.«, d.h. die Einhaltung der BÄK-Richtlinien schließt positiv (wenn auch widerlegbar) eine »unbegründete Verschreibung« aus, doch kann nicht von einer umgekehrten Vermutungswirkung dahingehend ausgegangen werden, dass ein Verstoß stets zu einer unbegründeten Verschreibung führt.

Dies kann nach hier vertretener Auffassung aber dahinstehen, weil nach hier vertretener Ansicht eine Substitutionsbehandlung ohne Therapiekonzept bzw. -ziel ohnehin nicht zwingend als eindeutiger Verstoß gegen die BÄK-Richtlinie eingeordnet werden kann.<sup>38</sup>

Blickt man in die BÄK-Richtlinie zählt diese direkt im ersten Punkt die Therapieziele auf; diese überschneiden sich weitestgehend mit den in § 5 Abs. 2 aufgeführten Therapiezielen.

<sup>38</sup> Insofern wird an dieser Stelle auch nicht weiter der Frage nachgegangen, ob die BÄK-Richtlinie überhaupt auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage beruht, wo doch der Gesetzgeber mit § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BtMG den Fall der zulässigen Übertragung einer Entscheidungskompetenz abschließend geregelt zu haben scheint, zum Ganzen Anwar, Ärztliche Strafbarkeitsrisiken bei der ambulanten Behandlung von Patienten mit Betäubungsmitteln aus betäubungsmittelrechtlicher Sicht, 2. Teil. C. I. 3. a), im Erscheinen 2024, welche sich der hier vertretenen Position anschließt.



Hierzu zählen:

- Sicherstellung des Überlebens,
- Stabilisierung und Besserung des Gesundheitszustandes,
- Unterstützung der Behandlung somatischer und psychischer Begleiterkrankungen,
- Reduktion riskanter Applikationsformen von Opioiden,
- Reduktion des Konsums unerlaubt erworbener oder erlangter Opiode,
- Reduktion des Gebrauchs weiterer Suchtmittel,
- Abstinenz von unerlaubt erworbenen oder erlangten Opioiden,
- Verringerung der durch die Opioidabhängigkeit bedingten Risiken während einer

- Schwangerschaft sowie während und nach der Geburt,
- Verbesserung der gesundheitsbezogenen Lebensqualität,
- Reduktion der Straffälligkeit,
- Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und am Arbeitsleben.

Die niedrigschwellige Substitution adressiert in erster Linie die primären Therapieziele (!) der aktuellen BÄK-Richtlinien, nämlich »Sicherstellung des Überlebens« und »Stabilisierung des Gesundheitszustandes«. Dabei bedarf es bei dieser Form der Substitution zwar »keiner Absicht der Klient\*innen zu einer langfristigen Substitution«, doch wird auch dies seitens der Anbieter angestrebt, was sich darin manifestiert, dass das Konzept gerade auch dazu dient, den

Zugang zum Hilfesystem (und somit zu einer langfristigen Behandlung) zu erleichtern. Damit verfolgt die niedrigschwellige Substitution insgesamt eindeutig dieselben Prinzipien, die der BÄK-Richtlinie zu entnehmen sind.

Dies dürfte auch den etwas »problematischeren« Punkt einfärben, nämlich das Fehlen eines Therapiekonzepts: Hier heißt es in Punkt 3 (BÄK-Richtlinie, S. 8):

»Eine Opioidabhängigkeit wird in der Regel von psychischen und somatischen Erkrankungen sowie psychosozialen Problemlagen begleitet. Um der Vielfältigkeit der mit der Erkrankung einhergehenden medizinischen, psychiatrischen und psychosozialen Problemlagen gerecht zu werden, ist die substitions-gestützte Behandlung in

ein umfassendes individuelles Therapiekonzept einzubinden, das im Verlauf der Behandlung einer ständigen Überprüfung und Anpassung bedarf.«

Im Anschluss folgen »Unterpunkte« zu 3., d.h. Aspekte, welche die Richtlinie insoweit noch als konkretisierende Ausführungen zum Begriff des Therapiekonzepts betrachtet, u.a. die Abklärung der Indikation. Hier sind zahlreiche Punkte enthalten, die auch im Rahmen der Substitutionsambulanz Berücksichtigung finden (Fragebogen, Eingangs-UK usw.). Erst im Punkt 3.2. (Festlegung patientenbezogener Therapieziele) wird es nochmals etwas konkreter:

»Abhängig von der Indikationsstellung sind im Rahmen des Therapiekonzeptes die im Kapitel 1 aufgeführten Therapieziele zu identifizieren und mit dem Patienten abzustimmen. Hierzu gehören neben der Überlebenssicherung und der Behandlung der Opioidabhängigkeit, insbesondere

- die Behandlung komorbider psychischer und substanzbedingter Störungen,
- die Behandlung begleitender somatischer Erkrankungen,
- die Vermittlung in bedarfsgerechte psychosoziale Betreuungsmaßnahmen.

Die Ziele sind im Verlauf der Behandlung zu überprüfen, gegebenenfalls neu zu bewerten und entsprechend anzupassen.«

Insoweit lässt sich nicht von der Hand weisen, dass dem Gesetz und der BÄK-Richtlinie ein bestimmtes Leitbild der Regelsubstitution zugrunde liegt. Patient\*innen sollen langfristig eingebunden, kontrolliert und behandelt werden, um durch eine gewisse Kontinuität die Erreichung der Therapieziele zu gewährleisten. Soweit aber Wortlaut und Telos der einschlägigen Passagen abweichenden Modellen offenstehen, kann ein rekonstruierbares »Leitbild« nicht ausreichen, um von einem Verbot anderweitiger Konzepte wie derjenigen der Sofortsabstitution auszugehen. Zudem lässt bereits die BÄK-Richtli-

nie Abweichungen von solch einem Leitbild zu.

Im Rahmen der niedrigschwelligen Substitution ist jedenfalls keine langfristige Planung der Therapie und damit auch in dieser Hinsicht kein umfassendes Therapiekonzept vorgesehen, sodass eine Abweichung von jenem Leitbild anzunehmen ist. Allerdings bedeutet das nicht, dass nunmehr direkt danach gefragt werden müsste, ob eine »begründete Abweichung« vorliegt (was man wiederum bejahen könnte). Schließlich verfolgt die Behandlung im Rahmen der Sofort-Substitution auch ein Konzept, in dem es sich gerade auf diejenigen Personen fokussiert, bei denen u.U. ein umfassendes Therapiekonzept noch nicht angeschlagen hat bzw. dies nicht erfolgsversprechend erscheint: Das Fehlen eines »individuellen Langzeit-Konzepts« gehört also gerade zum Wesen der niedrigschwelligen Substitution.

Intendiert ist ein unbürokratischer Sofortbezug, bei der die primären Ziele der Schadensminimierung die langfristigen Ziele zumindest vorübergehend »suspendieren«, damit überhaupt noch die Chance besteht, dass die langfristigen Ziele jemals erreicht werden können. Eben diese Ausrichtung lässt sich durchaus als »Konzept« betrachten, die auch zu Beginn der Vergabe kommuniziert werden kann. Jedenfalls sind die Anforderungen der BÄK-Richtlinie im Wortlaut nicht derart entschieden, was die Festlegung eines Therapieplans und der entsprechenden -ziele angeht.

Da im Übrigen die Kontroll- und Überwachungsmechanismen bei der ambulanten Substitution standardisiert sind, liegen auch diesbezüglich Verstöße gegen die BÄK fern, zumal diese keine bestimmte Form der Überprüfung vorgibt. Insbesondere der Begriff der Urinkontrolle taucht in der BÄK-Richtlinie nicht auf. Insoweit sind die Vorgaben flexibel und können an die jeweilige Behandlungs- bzw. Vergabeform angepasst werden.

Nach alledem ist festzustellen, dass niedrigschwellige Substitutionsangebote nicht nur die primären Ziele der Richtlinie adressieren, sondern auch die darüberhinausgehenden Ziele anstreben und im Ablauf fast alle Vorgaben der BÄK-Richtlinie erfüllen. Wer annimmt, dass die niedrigschwellige Substitution nicht mit der BÄK-Richtlinie in Einklang zu bringen ist, kann nicht einfach eine strafbare Verschreibung bzw. Verbrauchsüberlassung annehmen. Hilfsweise liegt nämlich eine begründete Ausnahme, höchst hilfsweise – jedenfalls in den Fällen der Notfallsabstitution – eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nahe (bzw. eine rechtfertigende Pflichten-kollision, wenn die Verweigerung der Überlassung von Substitutionspräparaten zum Vorwurf einer Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 13 StGB führen könnte). Schließlich müsste derjenige, der davon ausgeht, dass die »Sofortsabstitution« überhaupt nicht reguliert ist, dazu übergehen, die allgemeinen Regeln zur Verschreibung von Betäubungsmitteln der Anlage III anzuwenden, mithin erneut überprüfen, ob die Sofortsabstitution im Einzelfall unbegründet ist. Dann müsste allerdings nachgewiesen sein, dass die kurzfristige Vergabe medizinisch nicht indiziert war und der Behandelnde Vorsatz diesbezüglich hatte. Da den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, eine »gerichtliche« Klärung dieser Frage abzuwarten, wäre es zu begrüßen, wenn der Ordnungsgeber die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Substitutionskonzepts (d.h. die ambulante Substitution und Sofortsabstitution) deklaratorisch festlegte.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Das gilt v.a. auch vor dem Hintergrund, dass mit der Take-Home-Vergabe eine aus dem Blickwinkel der »Bevölkerungsgesundheit« wesentlich riskantere Form der Substitutionsbehandlung und -vergabe rechtlich unzweifelhaft zulässig ist und sogar Lockerungen erfahren hat, die nach der Pandemie verstetigt wurden, weil es hierdurch – siehe oben – zu keiner Beeinträchtigung der Sicherheit des Betäubungsmittelverkehrs gekommen ist.

## 5. VERFASSUNGS-RECHTLICHE DIMENSION

Zu guter Letzt ist jenseits aller verwaltungsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Auslegungsfragen zu sehen, dass die niedrigschwellige Substitution darauf ausgerichtet ist, das Überleben der Abhängigen sicherzustellen bzw. deren Gesundheitszustand zu stabilisieren: Insofern lassen sich Substitutionsangebote als Teil eines staatlichen Schutzkonzepts betrachten, die im Hinblick auf das hochrangige Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) auch tatsächlich angezeigt sein können: Schließlich verbietet Art. 2 Abs. 2 GG nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, es insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen vonseiten anderer zu bewahren.

Diese verfassungs- bzw. grundrechtliche Dimension der Substitutionsbehandlung war bis vor kurzem – so schien es – nicht überall angekommen, was sich v.a. in der Praxis einiger (v.a. bayrischer) Justizvollzugsanstalten manifestierte, eine Substitutionsbehandlung für Häftlinge a priori zu untersagen. Spätestens mit der Entscheidung des EGMR in Sachen Wenner gegen Deutschland, in welcher der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Versagung einer Substitutionsbehandlung einen Menschenrechtsverstoß sah, dürfte die verfassungsrechtliche Tragweite der Substitutionsbehandlung auch in der Praxis angekommen sein.<sup>40</sup>

Es erstaunt insoweit nicht, dass ein verfassungs- bzw. menschenrechtlicher Anspruch auf Substitution inzwischen entschiedener in den Raum

<sup>40</sup> Genauer genommen hat der EGMR in der Unterlassung der zuständigen Behörden, die Notwendigkeit einer Substitution hinreichend zu prüfen, als rechtswidrig eingeordnet, vgl. EGMR, EuGRZ 2017, 260.

geworfen wird, wobei es nur konsequent anmutet, eine Vereitelung der Inanspruchnahme auch außerhalb der Haft als Verletzung des Art. 2 Abs. 2 GG zu betrachten.<sup>41</sup>

Dabei darf man nicht aus den Augen verlieren, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nur in seltenen Ausnahmefällen einen originären Anspruch auf staatliche Leistungen bereitstellt. Grundsätzlich gebietet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip nur, in Abwägung mit Schutzmaßnahmen für andere Rechtsgüter eine medizinische Versorgung für alle Bürger (sei es für Unglücks- oder Krankheitsfälle, sei es zur Vorsorge) bereitzustellen, sodass es eine Frage des Einzelfalls darstellen dürfte, ob sich die aus Art. 2 Abs. 2 GG bestehenden Abwehrrechte zu einem Anspruch auf »Schutz« bzw. Implementierung eines ausreichenden Substitutionsangebots verdichten. Dies muss an dieser Stelle allerdings auch nicht endgültig beantwortet werden.

Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf optimale Versorgung bzw. auf eine Sofortsubstitution hat, wird man die Ausrichtung des SUB-Port Konzepts zumindest im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit der Kriminalisierung der im Raum stehenden Handlungen berücksichtigen müssen. So wird man keinesfalls annehmen können, dass ein Konzept, das die legitimen Ziele der BÄK und des BtMG anstrebt, mit dem Mittel der Kriminalstrafe unterbunden werden dürfte, solange kein legitimes Gegen-Ziel für die Unterbindung der Sofortsubstitution ersichtlich ist.

<sup>41</sup> Entsprechend heißt es auch in einer relativ aktuellen Publikation von *Fährmann/Schuster/Stöver/Häßler/Keppeler* NStZ 2021, 271 zum Anspruch auf Substitutionsbehandlung im Gefängnis: »Zumindest bei einer schweren Opioidabhängigkeit stellt daher eine abgebrochene oder verweigerte Substitution ohne dokumentierten fundierten Grund und ohne Ausschöpfung aller anderen Möglichkeiten eine Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit dar.«

## IV. FAZIT

So ist man zum Schluss nochmals bei den Thesen angekommen:

1. Niedrigschwellige Substitution lässt sich im Einklang mit den derzeitigen Vorschriften des BtMG durchführen, wenn zulässige Präparate verwendet und Standardprozeduren der Verschreibung eingehalten werden.
2. Ein Ausbleiben eines herkömmlichen Therapieplans ist unschädlich, weil die niedrigschwellige Substitutionsambulanz als Therapiekonzept i.S.d. BtMVV angesehen werden kann.
3. Höchst hilfsweise ist vor dem Hintergrund der Ausrichtung der niedrigschwelligen Substitutionsvergabe und deren grundrechtlicher eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Verbots- und Sanktionsvorschriften angezeigt.
4. Da den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, eine »gerichtliche« Klärung dieser Frage abzuwarten, wäre es zu begrüßen, wenn der Verordnungsgeber die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Substitutionskonzepts (d.h. die ambulante Substitution und Sofortsubstitution) deklaratorisch festlegte.

# DIE AUTOR\*INNEN IN DER REIHENFOLGE DER BEITRÄGE IN DIESEM HEFT



Mustafa Oğlakcioğlu ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes. Er ist Richter am Saarländischen Oberlandesgericht im zweiten Hauptamt. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Betäubungs- und Arzneimittelrecht, im Wirtschaftsstrafrecht sowie an der Schnittstelle zwischen Sozialpsychologie, Sprache und Recht.



Justine Diebel ist Rechtsanwältin und Strafverteidigerin. Ihre Schwerpunkte liegen im Allgemeinen Strafrecht und im Betäubungsmittelrecht. Sie ist außerdem Lehrbeauftragte für Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. sowie an der Philipps-Universität Marburg.



Matthias Jahn ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtslehre sowie Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS) an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt. Er ist Richter im zweiten Hauptamt am OLG Frankfurt/Main (3. Strafsenat), Mitglied des Kriminalpolitischen Kreises, Mitglied der Redaktion des STRAFVERTEIDIGER (StV) sowie Mitherausgeber von WIRTSCHAFTS- UND STEUERSTRAFRECHT (WiStra).



Dr. Helmut Kreicker ist Richter am Bundesgerichtshof und Mitglied des dortigen 3. Strafsenats.



Rechtsanwalt Patrick Welke ist Fachanwalt für Strafrecht und seit 2014 Strafverteidiger in Heidelberg. Er verteidigt bundesweit in Betäubungsmittelverfahren, insbesondere in Verfahren im Zusammenhang mit Cannabis. Zudem ist er regelmäßig als Referent für Anwaltskollegen und Interessenverbände im Bereich Cannabis tätig.



Rechtsanwältin Dr. Jenny Lederer ist Strafverteidigerin in Essen seit 2010 und Fachanwältin für Strafrecht und Mitglied des Strafrechtsausschusses des DAV seit 2017. Sie organisiert den Arbeitskreis Psychologie im Strafverfahren.



Sebastian Sobota ist Habilitations-Stipendiat der Lang-Hinrichsen-Stiftung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und daneben selbständiger Rechtsanwalt in Wiesbaden. Den Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen und praktischen Tätigkeit bilden Strafrecht (insbesondere Betäubungsmittelstrafrecht, Jugendstrafrecht und Sanktionenrecht), Strafprozessrecht und Kriminologie.