BayObLG, Beschluss v. 25.08.2021 – 203 VAs 274/21

Titel:

Vollstreckungsreihenfolge bei Zusammentreffen der Vollstreckung von Freiheitsstrafen und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt aus verschiedenen Erkenntnisverfahren – zur Zurückstellung der Vollstreckung (auch der Maßregel) nach § 35 BtMG

Normenketten:

StGB § 64, § 67
BtMG § 35
StVollstrO § 44b Abs. 1, Abs. 2

Leitsätze:

1. Die Vollstreckungsbehörde hat bei der Vollstreckung mehrerer Freiheitsstrafen bei zugleich angeordneter Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB die Vollstreckungsreihenfolge gemäß §§ 67 StGB, 44b Abs. 1, Abs. 2 StVollstrO größtmöglich flexibel so zu gestalten, dass der Verurteilte möglichst zeitnah die therapeutische Behandlung antreten kann, ohne aber einen Therapieerfolg durch eine später noch erforderlich werdende Vollstreckung von Freiheitsstrafen wieder zu gefährden. (Rn. 18)
2. Im Erkenntnisverfahren hat die Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB Vorrang vor einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG. (Rn. 32 – 33)
3. Im Vollstreckungsverfahren gilt dieser Grundsatz nicht mehr. (Rn. 34 – 35)
4. Die Vollstreckungsbehörde muss also in die Prüfung einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG vollständig eintreten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB durch das erkennende Gericht und dem Zeitpunkt der Entscheidung über eine Zurückstellung nach § 35 BtMG die Beurteilungslage zu Gunsten des Verurteilten verändert hat. (Rn. 35 und 37)
5. Lediglich die Anordnung einer isolierten Unterbringung ist von vorneherein nicht zurückstellungsfähig. (Rn. 36)
6. Darüber hinaus erscheint eine Zurückstellung nach § 35 BtMG auch dann ausgeschlossen, wenn die Unterbringung nach § 64 StGB bereits vollstreckt wird. (Rn. 42)

Schlagworte:

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, Freiheitsstrafen, Vollstreckungsreihenfolge, Zurückstellung, isolierte Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Fundstellen:

BeckRS 2021, 32415
StV 2022, 327
LSK 2021, 32415

Tenor

1. Auf den Antrag des Verurteilten vom 09.06.2021 wird die Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 05.05.2021 in der Gestalt des Bescheids der Generalstaatsanwaltschaft M. vom 01.06.2021 aufgehoben.

2. Die Staatsanwaltschaft T. wird verpflichtet, den Verurteilten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu verbescheiden.

3. Das Verfahren ist kostenfrei. Die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Verurteilten sind aus der Staatskasse zu erstatten.

4. Der Geschäftswert wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

5. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1
Das Amtsgericht Mühldorf am Inn hat den Antragsteller mit Urteil vom 17.10.2017 (Az.: 3 Ls 150 Js 977511/16) wegen vorsätzlichen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 2 tatmehrheitlichen Fällen in Tatmehrheit mit vorsätzlichem unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in 2 tatmehrheitlichen Fällen in Tatmehrheit mit vorsätzlichem Besitz zweier verbotener Waffen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Mit Beschluss des Amtsgerichts Mühldorf am Inn vom 03.02.2021 (Az.: BwR 3 Ls 150 Js 977511/16) wurde die gewährte Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung widerrufen.

2
Ferner hat das Amtsgericht Mühldorf am Inn den Antragsteller mit Urteil vom 16.11.2020 (Az.: 2 Ds 140 Js 30766/18) i.V.m. dem Urteil des Landgerichts Traunstein vom 08.03.2021 (Az.: 3 Ns 140 Js 30766/18) wegen 80 tatmehrheitlicher Fälle des vorsätzlichen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet.

3
Mit Verfügung vom 31.03.2021 hat die Staatsanwaltschaft T. die Vollstreckungsreihenfolge gemäß § 44b StVollstrO nach der folgenden Reihenfolge ausgestaltet: Die Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten aus dem Urteil vom 17.10.2017 wird vollstreckt, bis 1/2 der Strafe erreicht ist und Aussetzungsreife vorliegt. Im Anschluss wird die Maßregel aus dem Urteil vom 16.11.2020 vollzogen. Grund hierfür war es, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass der Verurteilte nach einem positiven Therapieverlauf sofort entlassen werden kann und sich nicht noch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe anschließt, die den Therapieverlauf wieder zunichte machen würde.

4
Mit Anwaltsschreiben vom 18.03.2021 beantragte der Verurteilte, die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe und der Maßregelanordnung aus dem Urteil vom 16.11.2020 sowie die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe aus dem Urteil vom 17.10.2017 gemäß § 35 BtMG zurückzustellen, da die Taten aufgrund der bei ihm bestehenden Betäubungsmittelabhängigkeit begangen worden seien.

5
Die Staatsanwaltschaft T. lehnte mit Verfügung vom 05.05.2021, ergänzt mit Verfügung vom 06.05.2021, diese Anträge ab, da die Taten des Verurteilten zwar (überwiegend) aufgrund einer Betäubungsmittelabhängigkeit begangen worden seien, aber vorrangig die Maßregel der Unterbringung gemäß § 64 StGB aufgrund des Urteils vom 16.11.2020 angeordnet sei. Positive Entwicklungen nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung, aber vor Antritt des Maßregelvollzugs (wie etwa eine erfolgreich verlaufende freiwillige Therapie), die eine neue Beurteilungsgrundlage liefern und somit die Zurückstellung des Maßregelvollzugs angezeigt erscheinen lassen könnten, lägen nicht vor.

6
Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 10.05.2021 erhob der Verurteilte gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 05./06.05.2021 sowie hilfsweise gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 31.03.2021 Beschwerde, der die Staatsanwaltschaft T. mit Verfügung vom 11.05.2021 nicht abgeholfen hat.

7
Mit Bescheid vom 01.06.2021, dem Verfahrensbevollmächtigten des Verurteilten zugestellt am 07.06.2021, hat der Generalstaatsanwalt in M. die Beschwerde des Verurteilten zurückgewiesen.

8
Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 09.06.2021, eingegangen am 10.06.2021, stellte der Verurteilte Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

9
Die Generalstaatsanwaltschaft M. beantragt mit Schreiben vom 09.07.2021, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung kostenfällig als unbegründet zu verwerfen.

10

Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers hat hierauf mit Schreiben vom 16.07.2021 erwidert.

11
Der Senat nimmt im Übrigen auf die genannten Entscheidungen, Verfügungen und Schreiben vollumfänglich Bezug.

II.

12
Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 23 EGGVG statthaft, wurde gemäß § 26 Abs. 1 EGGVG i.V.m. § 43 Abs. 2 StPO form- und fristgerecht eingelegt und ist auch nach § 24 Abs. 1 und 2 EGGVG zulässig, da das erforderliche Vorschaltverfahren (§ 21 StVollstrO) durchgeführt worden ist.

13
Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist auch begründet, da die Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 05.05.2021 in Gestalt des Bescheids der Generalstaatsanwaltschaft M. vom 01.06.2021 den Verurteilten in seinen Rechten verletzt (§ 28 Abs. 1 S. 1 EGGVG), soweit die Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG abgelehnt worden ist. Die Vollstreckungsbehörde hat hier ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt, indem sie von einem fehlerhaften Prüfungsmaßstab ausgegangen ist (nachfolgend unter Ziffern 4 und 5).

14
Die Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 31.03.2021 in Gestalt des Bescheids der Generalstaatsanwaltschaft M. vom 01.06.2021 hinsichtlich der Umstellung der Vollstreckungsreihenfolge nach § 44b StVollstrO ist dagegen nicht zu beanstanden (nachfolgend Ziffer 3).

15
1. Anfechtungsgegenstand in dem Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG sind die ursprünglichen Verwaltungsakte - hier also die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft T. vom 31.03.2021 und vom 05./06.05.2021 - in der Gestalt, die sie im Vorschaltverfahren (§ 24 Abs. 2 EGGVG, § 21 StVollStrO) - hier durch den Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft M. vom 01.06.2021 - gefunden haben (vgl. nur OLG Jena, Beschluss vom 25.01.2007 - 1 VAs 3/06, juris Rn. 16; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2009, 122, juris Rn. 7; OLG Koblenz, Beschluss vom 20.07.2017 - 2 VAs 15/17, juris Rn. 8; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 08.12.2016 - VAs 29/16, juris Rn. 7; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.12.2018 - 1 VAs 8/18, juris Rn. 12; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 24 EGGVG Rn. 7).

16
2. Gemäß § 28 Abs. 3 EGGVG hat der Senat die Entschließungen der Vollstreckungsbehörde auf Rechtsfehler bei der Anwendung gesetzlicher Bestimmungen, auf Ermessensfehler und darauf zu überprüfen, ob ihr ein zutreffend und vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde gelegt ist (h.M.; vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 28 EGGVG Rn. 10 m. zahlr. Nachw. aus der Rspr.). Dem Verurteilten steht nämlich kein Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung zu, sondern lediglich ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.

17
3. Die Vollstreckungsbehörde hat die Umstellung der Vollstreckungsreihenfolge nach § 44b StVollstrO beurteilungsfehlerfrei vorgenommen. Zur Begründung nimmt der Senat vorab in vollem Umfang Bezug auf die ausführlichen und insoweit in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft T. in deren Verfügung vom 31.03.2021 sowie im Bescheid des Generalstaatsanwalts in M. vom 01.06.2021. Die Vollstreckungsbehörde geht von einem vollständig ermittelten Sachverhalt aus und hält sich innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums.

18
Bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafen und Anordnung einer Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bemisst sich die Bestimmung der Vollstreckungsreihenfolge nach §§ 67 StGB, 44b StVollstrO. In diesen Fällen entspricht es der Rechtsprechung der beiden hiesigen Strafsenate (vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 17.07.2020, Az.: 203 VAs 204/20), die Vollstreckungsreihenfolge größtmöglich flexibel so zu gestalten, dass der Verurteilte möglichst zeitnah die therapeutische Behandlung antreten kann, ohne aber einen Therapieerfolg durch eine später noch erforderlich werdende Vollstreckung von Freiheitsstrafen wieder zu gefährden.

19
a) Für den Fall des Zusammentreffens der Vollstreckung von Freiheitsstrafen und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt aus verschiedenen Erkenntnisverfahren hat der Gesetzgeber eine Bestimmung der Reihenfolge nicht getroffen. Regelungen hierzu finden sich lediglich in der Strafvollstreckungsordnung (s. Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 25.07.2011 - JMBl. 2011, 82, ber. S. 162 - geändert durch Bekanntmachung vom 28.08.2017 - JMBl. 2017, S. 197), einer Verwaltungsvorschrift (vgl. BT-Drucks. 18/7244, Seite 26), die eine verwaltungsinterne Bindung bewirkt (vgl. Pohlmann/Jabel/Wolf, StVollstrO, 9. Aufl., Einl. Rn. 9 und § 44b Rn. 1).

20
Nach § 44b Abs. 2 Satz 1 StVollstrO wird die Reihenfolge der Vollstreckung von Strafe und Maßregel aus verschiedenen Urteilen von der Vollstreckungsbehörde bestimmt. § 44b Abs. 1 Satz 1 StVollstrO regelt, wie das der Vollstreckungsbehörde eingeräumte Ermessen auszuüben ist (vgl. OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 324, juris Rn. 7; OLG Hamm, NJW 1999, 535, juris Rn. 14; OLG Nürnberg, NStZ 1990, 152, juris Rn. 14). Danach wird die Maßregel vor der Strafe vollzogen, es sei denn, dass der Zweck der Maßregel durch den vorherigen Vollzug der Strafe oder eines Teils leichter erreicht wird.

21
Anders als § 43 Abs. 4 StVollstrO, der in seinem Anwendungsbereich die Änderung der Vollstreckungsreihenfolge vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig macht, erlaubt § 44b Abs. 2 StVollstrO der Vollstreckungsbehörde eine am Vollstreckungsziel (einer erfolgreichen Therapierung mit anschließender Wiedereingliederung) im Sinne größtmöglicher Flexibilität orientierte Handhabung der Vollstreckungsreihenfolge. Hierbei ist nach dem Sinngehalt des § 67 Abs. 1 bis 3 StGB zu verfahren (vgl. Röttle/Wagner, Strafvollstreckung, 8. Aufl., Rn. 361; Pohlmann/Jabel/ Wolf, StVollstrO, a.a.O. § 44b Rn. 2), da die dort enthaltenen Wertungen des Vorrangs der Heilung gegenüber der Bestrafung in § 44b Abs. 1 Satz 1 StVollstrO übernommen wurden (vgl. BT-Drucks. 18/7244, Seite 26; anderer Ansicht wegen der Verschiedenheit der tatsächlichen Sachverhalte OLG Hamm, NJW 1999, 535, juris Rn. 14). Der Therapie- und Heilungsgedanke spielt beim Zusammentreffen einer angeordneten Unterbringung nach § 64 StGB mit zur Verbüßung anstehenden Strafen somit eine zentrale Rolle. Demgemäß ist die im materiellen Recht insbesondere durch das Regel-/Ausnahmeverhältnis von § 67 Abs. 1 und 2 StGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung und Zielsetzung zu berücksichtigen, den einer Maßregel der Besserung und Sicherung unterworfenen Straftäter schnellstmöglich einer therapeutischen Behandlung zuzuführen (vgl. OLG Dresden, NStZ 2013, 173, juris Rn. 14).

22
Etwas anderes gilt nur dann, wenn gerade durch den Vorwegvollzug der Strafe der Zweck der Maßregel leichter erreicht werden kann, wenn also durch den sofortigen Beginn der Maßregel deren Erfolgsaussichten entscheidend gemindert werden würden (vgl. Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 20.01.2020, Az.: 204 VAs 2104/19; OLG Nürnberg, Beschlüsse vom 10.03.2014 - 1 VAs 17/13 -, vom 16.07.2014 - 2 VAs 8/14 -, und vom 07.08.2014 - 2 VAs 7/14 - [jeweils unveröffentlicht]; Fischer, StGB, 68. Aufl., § 67 Rn. 5 zur entsprechenden Regelung in § 67 Abs. 1 StGB).

23
Gerechtfertigt ist der Vorwegvollzug der Strafe somit, wenn der Verurteilte nach einer erfolgreichen Behandlung gemäß § 64 StGB unmittelbar in die Freiheit entlassen werden kann, weil ein sich anschließender Strafvollzug die positiven Auswirkungen des Maßregelvollzugs wieder gefährden würde (BGH, NJW 1986, 143, juris Rn. 9; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 324, juris Rn. 11; OLG Stuttgart, NStZ 1989, 344; OLG Nürnberg, NStZ 1990, 152; StraFo 2013, 36, juris Rn. 11; BT-Drucks. 16/1110, S. 11, 14; so auch - zu § 63 StGB - OLG Hamm, NStZ 1999, 535, juris Rn. 15 m.w.N.; BeckOK StVollstrO/ Wittmann, 8. Ed. 15.06.2021, § 44b Rn. 4). Das Ziel einer Entlassung in die Freiheit nach erfolgtem Maßregelvollzug entspricht auch dem verfassungsrechtlich fundierten Resozialisierungsauftrag (vgl. hierzu BVerfG, NJW 2012, 1784, juris Rn. 55). Aus diesem und aus der Pflicht, den Maßregelvollzug wegen des damit verbundenen Sonderopfers in besonderer Weise freiheitsorientiert und therapiegerichtet anzulegen (vgl. BVerfGE 128, 326, 374 f. = NJW 2011, 1931, juris Rn. 101), folgt, dass nur gewichtige Gründe es rechtfertigen können, im Maßregelvollzug erzielte Therapieerfolge durch eine anschließende Strafvollstreckung zu gefährden (vgl. BVerfG, NJW 2012, 1784, juris Rn. 62; BGH, StV 2012, 723, juris Rn. 3 und 7). In der Praxis des Maßregelvollzugs sind die Therapieprogramme demgemäß regelmäßig darauf angelegt, den Verurteilten nach Eintritt des Therapieerfolgs keiner weiteren Freiheitsentziehung

auszusetzen. Die Aussicht auf Wiedererlangung der Freiheit mit Bewährungsmöglichkeit wird als grundlegend für einen therapeutischen Erfolg angesehen, eine nachfolgende Strafvollstreckung einer nicht miterledigten, verfahrensfremden Freiheitsstrafe dagegen durchweg als für den Behandlungserfolg überaus nachteilig beurteilt (BVerfG, NJW 2012, 1784, juris Rn. 62; OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2005, 324, juris Rn. 11; Pohlmann/ Jabel/Wolf, StVollstrO, a.a.O., § 44b Rn. 2; Röttle/Wagner, a.a.O., Rn. 361).

24
Diesbezüglich ist auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung zu berücksichtigen, dass bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafen über drei Jahren vom erkennenden Gericht grundsätzlich der Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe anzuordnen ist, um im Anschluss an die Maßnahme eine Reststrafenaussetzung nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB zu ermöglichen. Die von § 67 Abs. 1 StGB abweichende Vollstreckungsreihenfolge dient nämlich auch der Sicherung des Therapieerfolgs, weil bei dessen Eintritt die Möglichkeit besteht, dass der Betreffende unter Anrechnung der Unterbringungsdauer schon zum Halbstrafenzeitpunkt entlassen wird (BGH, StV 2012, 723, juris Rn. 7). Im Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB darf somit nur dann, wenn aus gewichtigen Gründen des Einzelfalls eine andere Entscheidung eher die Erreichung eines Therapieerfolges erwarten lässt, namentlich bei aktuell dringender Therapiebedürftigkeit des Betreffenden (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 371, juris Rn. 4; StV 2012, 723, juris Rn. 3; BT-Drucks. 16/1110, S. 14), von einer solchen Anordnung abgesehen werden (BGH, NStZ-RR 2008, 142, juris Rn. 4; NStZ-RR 2008, 182, juris Rn. 5; StV 2012, 723, juris Rn. 3).

25
Damit sind zwei Grundsätze zu beachten: Einerseits soll gemäß der grundsätzlichen Anordnung in § 44b Abs. 1 Satz 1 StVollstrO, die Maßregel vor der Strafe zu vollstrecken, möglichst frühzeitig mit der Therapie begonnen werden. Andererseits soll ein erzielter Therapieerfolg nicht wieder durch eine sich anschließende Strafvollstreckung gefährdet werden. Im Hinblick auf die Konkordanz dieser beiden Grundsätze bietet § 44b Abs. 1 Satz 1 StVollstrO der Vollstreckungsbehörde die Möglichkeit, die grundsätzliche Vollstreckungsreihenfolge umzukehren, wenn der Zweck der Maßregel durch den vorherigen Vollzug der Strafe oder eines Teils leichter erreicht wird.

26
Die Vollstreckungsreihenfolge sollte also - in Orientierung am Leitmotiv des § 67 Abs. 2 StGB - derart gestaltet werden, dass nach erfolgreicher Behandlung in der Unterbringung die Möglichkeit besteht, alle zur Verbüßung anstehenden Strafen zur Bewährung auszusetzen. Im Ergebnis wird das Gebot der an größtmöglicher Flexibilität orientierten Handhabung der Vollstreckungsreihenfolge somit begrenzt durch die Möglichkeit der Anrechnung der Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die daneben verhängte (§ 67 Abs. 4 StGB) und auf die verfahrensfremde (§ 67 Abs. 6 StGB) Freiheitsstrafe sowie durch die Möglichkeit, die Vollstreckung der Reststrafen zur Bewährung auszusetzen (vgl. §§ 57, 67 Abs. 5 Satz 1 StGB; vgl. Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 18.06.2019, Az.: 203 VAs 434/19, sowie vom 20.01.2020, Az.: 204 VAs 2104/19).

27
b) Ausgehend von den genannten Gesichtspunkten hat die Vollstreckungsbehörde im Rahmen der Ermessensentscheidung eine Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um die Frage, wodurch der Zweck der Maßregel leichter erreicht wird, beantworten zu können.

28
Dieses Ermessen hat sie fehlerfrei ausgeübt. Sie hat hinreichend berücksichtigt, dass ein Therapieerfolg durch eine an den Maßregelvollzug anschließende weitere Vollstreckung einer Freiheitsstrafe gefährdet werden würde und es daher grundsätzlich zu vermeiden ist, dass nach einem erfolgreichen Abschluss der Maßregel nicht aussetzungsfähige Strafteile übrig bleiben.

29
4. Dagegen hält die Ablehnung der Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Vollstreckungsbehörde hat hier ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt, indem sie von einem fehlerhaften Prüfungsmaßstab ausgegangen ist.

30
a) Der Verurteilte hat die abgeurteilten Taten auch nach Auffassung der Vollstreckungsbehörde im Sinne des § 35 BtMG (überwiegend) aufgrund seiner Betäubungsmittelabhängigkeit begangen. Die Anordnung

der Maßregel nach § 64 StGB durch das erkennende Gericht steht entgegen den Ausführungen der Vollstreckungsbehörde einer solchen Zurückstellung nicht grundsätzlich entgegen.

31
b) Im Urteil des Amtsgerichts Mühldorf am Inn vom 16.11.2020 i.V.m. dem Urteil des Landgerichts Traunstein vom 08.03.2021 wurde neben der Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe zugleich eine Unterbringung des Antragstellers in einer Entziehungsanstalt angeordnet.

32
Der Anordnung der Unterbringung des § 64 StGB gebührt grundsätzlich der Vorrang gegenüber einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG, selbst wenn die Therapie im Rahmen des § 35 BtMG erfolgversprechender wäre als die Unterbringung im Maßregelvollzug (ganz h.M.; vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2002, Az.: 4 StR 330/02, NStZ-RR 2003, 12; Beschluss vom 30.06.2004, Az.: 2 StR 196/04, StraFo 2004, 359; Beschluss vom 20.07.2004, Az.: 3 StR 228/04, juris; Beschluss vom 20.07.2004, Az.: 5 StR 257/04, juris; Beschluss vom 27.09.2006, Az.: 2 StR 329/06, juris; Beschluss vom 27.03.2008, Az.: 3 StR 38/08, StV 2008, 405; Beschluss vom 08.08.2008, Az.: 2 StR 277/08, juris; Beschluss vom 25.11.2008, Az.: 3 StR 404/08, StV 2009, 353; Beschluss vom 04.03.2009, Az.: 2 StR 37/09, NStZ 2009, 441; Beschluss vom 24.06.2009, Az.: 2 StR 170/09, juris; Beschluss vom 30.07.2009, Az.: 4 StR 288/09, NStZ-RR 2009, 383; Beschluss vom 16.09.2009, Az.: 5 StR 334/09, juris; Beschluss vom 26.01.2010, Az.: 3 StR 2/10, juris; Beschluss vom 10.03.2010, Az.: 2 StR 34/10, StV 2010, 678; Beschluss vom 30.03.2010, Az.: 3 StR 88/10, NStZ-RR 2010, 216; Beschluss vom 15.06.2010, Az.: 4 StR 229/10, NStZ-RR 2010, Beschluss vom 29.06.2010, Az.: 4 StR 241/10, NStZ-RR 2010, 307; 319; Beschluss vom 22.02.2011, Az.: 4 StR 5/11, juris; Beschluss vom 10.05.2011, Az.: 4 StR 178/11, StraFo 2011, 323; Beschluss vom 24.01.2012, Az.: 4 StR 636/11, NStZ-RR 2012, 203; Beschluss vom 19.06.2012, Az.: 3 StR 201/12, NStZ-RR 2012, 314 (L), juris; Beschluss vom 11.07.2013, Az.: 3 StR 193/13, juris; Beschluss vom 03.03.2016, Az.: 4 StR 497/15, NZWiSt 2016, 323; Beschluss vom 05.04.2016, Az.: 3 StR 554/15, NStZ-RR 2016, 209; Beschluss vom 22.03.2017, Az.: 3 StR 38/17, NStZ-RR 2017, 283; Beschluss vom 28.05.2018, Az.: 3 StR 115/18, NStZ-RR 2018, 275; Beschluss vom 16.01.2020, Az.: 1 StR 490/19, NStZ-RR 2020, 170; aus der Rspr. des BGH allein zweifelnd - aber nicht tragend - Beschluss vom 08.06.2016, Az.: 5 StR 170/16, StraFo 2016, 431; Fischer, StGB, 68. Aufl., § 64 Rn. 26; Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 64 Rn. 20; BeckOK StGB/Ziegler, Ed. 01.05.2021, § 64 Rn. 17; MüKoStGB/van Gemmeren, 4. Aufl. 2020, StGB § 64 Rn. 144; MüKoStGB/Kornprobst, 3. Aufl. 2018, BtMG § 35 Rn. 10; BeckOK BtMG/Bohnen, 11. Ed. 15.06.2021, BtMG § 35 Vorbemerkung zu §§ 35 bis 38 Rn. 15 ff.; Körner/Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 9. Aufl., § 35 Rn. 9, Rn. 51, Rn. 526; Weber, BtMG, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu den §§ 29 ff. BtMG Rn. 1296, Vorbemerkungen zu den §§ 35 bis 38 BtMG Rn. 15).

33
Das erkennende Gericht hat also bei Vorliegen aller Voraussetzungen § 64 StGB anzuwenden und darf sich nicht auf die Möglichkeit des § 35 BtMG verlassen, selbst wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine Zurückstellung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst sein sollte.

34
c) Vorstehendes gilt allerdings nur im Stadium des Erkenntnisverfahrens. Tragender Grund für die unter b) dargestellte Ansicht ist nämlich, dass § 35 BtMG erst im Vollstreckungsverfahren eingreift und auf das Erkenntnisverfahren keinen Einfluss haben kann.

35
Im Vollstreckungsverfahren kann deshalb § 35 BtMG grundsätzlich uneingeschränkt zur Anwendung kommen, wie die gesetzliche Regelung des § 35 Abs. 1 Satz 1 BtMG zeigt, nach der neben der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe auch die Vollstreckung einer Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zurückstellungsfähig ist (vgl. Körner/Patzak/Volkmer/Fabricius, 9. Aufl. 2019, BtMG § 35 Rn. 122 f.; Weber, BtMG, 5. Aufl. 2017, § 35 BtMG Rn. 9; BeckOK BtMG/Bohnen, 11. Ed. 15.06.2021, BtMG § 35 Rn. 67, Rn. 71; MüKoStGB/Kornprobst, 3. Aufl. 2018, BtMG § 35 Rn. 27, Rn. 35; die grundsätzliche Zurückstellungsfähigkeit nach § 35 BtMG trotz angeordneter Unterbringung nach § 64 StGB setzen ebenfalls voraus: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.06.2018, Az.: 2 VAs 28/18, StV 2019, 347, sowie OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.04.2020, Az.: 4 VAs 4/20, juris Rn. 14 f.). Die Vollstreckungsbehörde muss also in die entsprechende Prüfung vollständig eintreten und darf eine solche umfassende Prüfung nicht unter Hinweis auf einen Vorrang des § 64 StGB ablehnen.

36
Lediglich die Anordnung einer isolierten Unterbringung ist von vorneherein nicht zurückstellungsfähig (vgl. Körner/Patzak/Volkmer/Fabricius, 9. Aufl. 2019, BtMG § 35 Rn. 122; BeckOK BtMG/Bohnen, 11. Ed. 15.06.2021, BtMG § 35 Vorbemerkung zu §§ 35 bis 38 Rn. 16, § 35 Rn. 70; MüKoStGB/Kornprobst, 3. Aufl. 2018, BtMG § 35 Rn. 26; Weber, BtMG, 5. Aufl. 2017, § 35 BtMG Rn. 8).

37
d) Dabei kommt es, worauf die Vollstreckungsbehörde aber maßgeblich abstellt, für die Möglichkeit einer Zurückstellung nach § 35 BtMG auch nicht darauf an, dass sich zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB durch das erkennende Gericht und dem Zeitpunkt der Entscheidung über eine Zurückstellung nach § 35 BtMG die Beurteilungslage zu Gunsten des Verurteilten verändert haben muss.

38
Die Vollstreckungsbehörde verweist für ihre Ansicht auf die Kommentierung bei BeckOK BtMG/Bohnen, 11. Ed. 15.06.2021, BtMG § 35 Vorbemerkung zu §§ 35 bis 38 Rn. 16a. Danach darf die Vollstreckungsbehörde gerade in Grenzfällen „positive Entwicklungen als Grundlage für die Prognoseentscheidung nicht unberücksichtigt lassen. Eine zwischenzeitlich, nach Eintritt der Rechtskraft, aber vor Antritt des Maßregelvollzuges begonnene freiwillige Therapie, die positiv verläuft, gebietet die Berücksichtigung dieser neuen Erkenntnisse und kann ggf. zur Zurückstellung der Unterbringung führen (OLG Karlsruhe, <Fundstelle geändert> Beschluss vom 22.06.2018, Az.: 2 VAs 28/18, StV 2019, 347).“

39
Dies ist allerdings nicht in der von der Vollstreckungsbehörde angenommenen Allgemeinheit zu verstehen, dass eine Zurückstellung nach § 35 BtMG stets nur dann in Betracht kommt, wenn solche positiven Veränderungen eingetreten sind. Gegenstand der vorzitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe war nämlich die Fallgestaltung, dass ein im Erkenntnisverfahren erholtes Sachverständigengutachten die Erfolgsaussichten einer Therapie im Rahmen des § 35 BtMG als äußerst gering eingeschätzt und sich deshalb ausdrücklich für eine Unterbringung nach § 64 StGB ausgesprochen hatte.

40
Auf ein solches Gutachten darf sich die Vollstreckungsbehörde maßgeblich bei ihrer Entscheidung nach § 35 BtMG stützen. Zwar kann es im Einzelfall zur Berücksichtigung einer auch nach Urteilserlass eingetretenen Entwicklung geboten sein, ein erneutes Gutachten einzuholen. Hierzu ist die Vollstreckungsbehörde aber nur dann gehalten, wenn sich Anhaltspunkte für eine zwischenzeitliche Änderung im Vergleich zur ursprünglichen Prognosegrundlage ergeben (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.04.2020, Az.: 4 VAs 4/20, juris Rn. 17).

41
Somit besteht kein rechtlich gebotener genereller Vorrang einer Unterbringung nach § 64 StGB vor einer Zurückstellung nach § 35 BtMG. Vielmehr kann lediglich die im Erkenntnisverfahren gewonnene Tatsachengrundlage wie etwa ein erholtes Sachverständigengutachten präjudiziell sein für die jetzt im Vollstreckungsverfahren erneut zu treffende Prognoseentscheidung. Nur insoweit sind dann im Einzelfall auch Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse von Bedeutung.

42
e) Eine Zurückstellung nach § 35 BtMG erscheint lediglich dann ausgeschlossen, wenn die Unterbringung nach § 64 StGB bereits vollstreckt wird (BeckOK BtMG/Bohnen, 11. Ed. 15.06.2021, BtMG § 35 Rn. 67, Rn. 71). Der Verurteilte wird dann nämlich bereits therapeutisch behandelt. Ein direkter Wechsel aus einer Entziehungsanstalt in eine Therapieeinrichtung nach § 35 BtMG widerspräche unter diesen Umständen dem Sinn und Zweck der Zurückstellungsregelungen (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.04.2020, Az.: 4 VAs 4/20, juris Rn. 14 f.).

43
Hier hat der Maßregelvollzug noch gar nicht begonnen; vielmehr wird gegenwärtig die Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten aus dem Urteil vom 17.10.2017 vollstreckt, bis der Halbstrafenzeitpunkt erreicht ist. Deshalb greift vorliegend auch nicht die vorgenannte Ausnahme.

44

5. Da somit die Verweigerung der Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG nicht tragbar begründet ist, ist eine neue Ermessensentscheidung erforderlich, die der Senat nicht anstelle der Vollstreckungsbehörde treffen kann.

45
Die Vollstreckungsbehörde wird demnach zu prüfen haben, ob schon allein aufgrund der Feststellungen im Erkenntnisverfahren eine Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG möglich ist (sofern dann auch die weiteren Voraussetzungen wie Zustimmung des Gerichts des ersten Rechtszuges, Kostenzusage und Therapieplatzzusage vorliegen). Eine grundsätzliche Zurückstellungsfähigkeit hinsichtlich beider Verfahren hat sie wohl bereits bejaht und eine Zurückstellung bislang maßgeblich wegen eines auch für das Vollstreckungsverfahren angenommenen prinzipiellen Vorrangs des § 64 StGB abgelehnt.

46
Ist bereits danach eine Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG möglich, ist es nicht darüber hinaus erforderlich, dass sich zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB durch das erkennende Gericht und dem Zeitpunkt der Entscheidung über eine Zurückstellung nach § 35 BtMG durch die Vollstreckunsgbehörde die Beurteilungslage auch noch zu Gunsten des Verurteilten verändert hat.

III.

47
Nach alledem hat der Antrag auf gerichtliche Entscheidung Erfolg, soweit die Vollstreckungsbehörde die Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG abgelehnt hat, und führt zur Aufhebung der ablehnenden Verfügung der Staatsanwaltschaft T. vom 05.05.2021 in der Gestalt des Bescheids der Generalstaatsanwaltschaft München vom 01.06.2021 sowie zur Rückgabe des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft T. zur erneuten Verbescheidung.

IV.

48
Eine Kostengrundentscheidung nach § 1 Abs. 2 Nr. 19, § 22 Abs. 1 GNotKG i.V.m. Nr. 15300 bzw. 15301 KV GNotKG war nicht veranlasst, da der Antrag weder zurückgenommen noch (insgesamt) zurückgewiesen wurde und (gerichtliche) Auslagen im Sinne von Teil 3, Hauptabschnitt 1 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG nicht angefallen sind.

49
Hinsichtlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Verurteilten entsprach es billigem Ermessen, diese der Staatskasse aufzuerlegen (§ 30 Satz 1 EGGVG).

50
Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 19, § 79 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG.

V.

51
Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen (§ 29 Abs. 2 EGGVG), da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.