

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
des Sozialausschusses
Herrn Peter Eichstädt, MdL

– im Hause –

Ihre Nachricht vom: 24.10.2013

Mein Zeichen: L 201– 107/18

Bearbeiter:
Frank Plathhoff

Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
frank.plathhoff@landtag.ltsh.de

21. Mai 2014

Drug-Checking

Sehr geehrter Herr Eichstädt,

der Schleswig-Holsteinische Landtag hat in seiner Sitzung am 19. November 2013 auf Empfehlung des Sozialausschusses (Drs. 18/1234) beschlossen, dass der Wissenschaftliche Dienst für sogenannte Drug-Checking-Angebote Möglichkeiten der rechtskonformen Umsetzung prüfen soll. Hiernach ist zu prüfen, „... inwieweit zum Beispiel im Rahmen des Modellprojekts Odyssee verstärkt Aufklärung über konkrete Zusammensetzung und Inhaltsstoffe, die im Besonderen in Diskotheken erworben und konsumiert werden, erfolgen kann“ (Drs. 18/1234, S. 2 Ziff. 3).

In der Sitzung des Sozialausschusses am 16. Januar 2014 sind die Ausschussmitglieder unter Bezugnahme auf den Beschluss des Landtages gebeten worden, dem Wissenschaftlichen Dienst diesbezügliche Fragen zuzuleiten (Niederschrift der 24. Sitzung des SozA, S. 38). Ein Fragenkatalog ist dem Wissenschaftlichen Dienst von der Parlamentarischen Geschäftsführerin der Fraktion Bündnis90/Die Grünen übermittelt worden. Hierzu nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Nach der Auslegung des BVerfG ist die Strafbarkeit des Betäubungsmittelgesetzes durch die sog. „abstrakte Fremdgefahr“ begründet, also der theoretischen Gefahr für Andere, die mit dem Besitz der Betäubungsmittel einhergeht (vgl. BVerfGE 90, 145, 187). Ist unter Beachtung dieser Auslegung der zeitlich

kurze Besitz von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Auflistung, der (substanzvernichtenden) Analyse oder der Verbringung zu einer Analysestelle bzw. Apotheke im Rahmen eines wissenschaftlich begleiteten Modellprojekts gem. § 29 Abs. 1 BtMG zwangsläufig strafbar? Dabei ist davon auszugehen, dass durch geeignete Maßnahmen ausgeschlossen wird, dass es zur Möglichkeit einer anderweitigen Verbreitung der BtM-Proben und somit zu einer abstrakten Fremdgefahr kommt. Welche Möglichkeit besteht, ein Modellprojekt so auszugestalten, dass es der Strafbarkeit nicht unterfällt?

Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG¹ wird bestraft, wer Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein. Nach dem Wortlaut der Norm ist für die Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG der Eintritt einer konkreten Gefahr für andere Personen nicht erforderlich.² Gleichwohl dient die Vorschrift dem Schutz des Universalrechtsguts „Volksgesundheit“ vor den Gefahren, die vom Besitz von Betäubungsmitteln ausgehen (können) und stellt dementsprechend ein sogenanntes „abstraktes Gefährdungsdelikt“ dar.³ Bei abstrakten Gefährdungsdelikten stellt der Gesetzgeber Tätigkeiten oder Verhaltensweisen unter Strafe, die ihm generell als gefährlich erscheinen.

Die vorliegende Ausprägung der Strafrechtsnorm stellt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als verfassungskonform dar. Das Gericht hatte sich in der Entscheidung BVerfGE 90, 145 u. a. mit der Frage auseinanderzusetzen, ob § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG, soweit er den Besitz von Cannabisprodukten mit Strafe bedroht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Es hat diese Frage bejaht. Hierbei hat das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich darauf abgestellt, dass der unerlaubte Erwerb und der unerlaubte Besitz fremde Rechtsgüter schon insofern gefährden, als sie die *Möglichkeit einer unkontrollierten Weitergabe der Droge an Dritte* eröffnen (BVerfGE 90, 145, 187, Hervorhebung durch Verf.).⁴

¹ Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz – BtMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. März 1994 (BGBl. I S. 358), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 7 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154).

² Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 15 unter Hinweis u. a. auf BGH, Urteil vom 2. September 1981, Az. 2 StR 266/81.

³ Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 2; Kotz in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1143.

⁴ Insofern wird teilweise vertreten, dass eine abstrakte Fremdgefahr stets Voraussetzung für die Annahme der Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln sei, vgl. Nachweis bei Rausch, Drug-Checking, S. 44.

Das Gericht hat darüber hinaus aber auch ausgeführt, dass die generelle – und generalpräventiv begründete – Strafvorschrift auch dann nicht gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstößt, wenn man Fallkonstellationen von Probierern und Gelegenheitskonsumenten kleiner Mengen in den Blick nimmt, da in Fällen geringer Schuld und dem Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO⁵, ein Absehen von der Verfolgung gemäß § 31a BtMG oder in Eigenverbrauchsfällen ein Absehen von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG möglich ist.

Die Anwendung des § 29 Abs. 5 BtMG (Absehen von Strafe) sei vor allem dann nahelegend, „... wenn ein Probierer oder Gelegenheitskonsument eine geringe Menge der im Vergleich zu anderen gängigen Betäubungsmitteln weniger gefährlichen Cannabisprodukte ausschließlich für den Eigenverbrauch beschafft oder besitzt *und dadurch keine Fremdgefährdung verursacht wird*“ (BVerfGE 90, 145, 189, Hervorhebung durch Verf.). Hieraus wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Strafbarkeit des unberechtigten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG auch dann für verfassungskonform hält, wenn keine Fremdgefährdung vorliegt, da im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden sei, ob trotz der Strafbarkeit des Besitzes von der Verhängung einer Strafe abzusehen ist. Die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts dürften über den angesprochenen Fall des Eigenverbrauchs hinaus auch auf den Betäubungsmittelbesitz von Dritten (Nichtkonsumenten) übertragbar sein.

Eine Fremdgefährdung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts demnach nicht zwingende Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG. Selbst wenn eine solche Fremdgefährdung im Sinne der Fragestellung sicher ausgeschlossen werden kann, beseitigt allein dieser Umstand grundsätzlich nicht die Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG.

Zur Frage der Strafbarkeit des nur kurzzeitigen Besitzes von Betäubungsmitteln vgl. die Antwort auf die zweite Frage (dazu sogleich). Zu etwaigen Möglichkeiten einer

⁵ Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 4 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799).

straffreien Ausgestaltung eines Modellprojekts wird auf die zusammenfassende Stellungnahme am Ende des Gutachtens verwiesen.⁶

2. Steht einer Strafbarkeit gem. § 29 Abs. 1 BtMG entgegen, dass die jeweiligen DrogenberaterInnen bzw. MitarbeiterInnen des mobilen Aufklärungsteams im Rahmen des Drug-Checkings keinen subjektiven Besitzwillen im Sinne eines weiteren Verfügens über die BtM haben, weil ihr Wille darauf gerichtet ist, das BtM der substanzvernichtenden Analyse zuzuführen bzw. es so schnell wie möglich einer Analysestelle zu überbringen und ein Besitz somit nur eine notwendige Zwischenphase auf dem Weg zur Vernichtung bzw. Rückgabe darstellt?

Besitz im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes setzt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und Besitzwillen voraus, der darauf gerichtet ist, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten.⁷ Die in objektiver Hinsicht erforderliche Sachherrschaft über das Betäubungsmittel muss nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum für einen nennenswerten Zeitraum bestehen.⁸ „Besitzen“ kann hiernach verstanden werden als die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eines tatsächlichen, auf nennenswerte Dauer ausgerichteten und von einer Verfügungsmacht gekennzeichneten bewussten Herrschaftsverhältnis über das Betäubungsmittel unabhängig von dem verfolgten Zweck.⁹

Grundsätzlich wird man davon auszugehen haben, dass die in der Fragestellung genannten Mitarbeiter/-innen mit der Entgegennahme ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis an den übergebenen Betäubungsmitteln begründen.¹⁰ Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Straftatbestand wegen der möglicherweise nur kurzen zeitlichen Dauer

⁶ Auftragsgemäß erfolgte lediglich eine Begutachtung der aufgeworfenen strafrechtlichen Fragen. Etwaige haftungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Drug-Checking waren nicht Gegenstand der Untersuchung.

⁷ BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010, Az. 2 StR 246/10, NStZ 2011, S. 98 m.w.N.; Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 15 m.w.N.

⁸ BGH, Urteil vom 16. April 1975, Az. 2 StR 60/75, NJW 1975, S. 1470; BGH, Urteil vom 3. März 1978, Az. 2 StR 717/77, NJW 1978, S. 1696; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2013, Az. III-3 RVs 45/13, Rn. 6, zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 31. März 1978, Az. 3 Ss (7) 146/78, Leitsatz, zitiert nach juris; OLG Hamm, Beschluss vom 10. Juli 2000, Az. 2 Ss 547/2000, NStZ 2000, S. 600

⁹ Weber in: ders., BtMG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 1298 unter Hinweis auf OLG Hamburg, NStZ 2008, S. 287. Ebenso Patzek in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 15 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

¹⁰ Nach Kotz in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1186, wird die ungehinderte Einwirkungsmöglichkeit im Sinne des Besitztatbestandes auch bei der fürsorglichen Ansichnahme von Betäubungsmitteln u. a. durch Drogenberater herbeigeführt, da dadurch die Einwirkungsmöglichkeit des Vorbesitzers gerade ausgeschlossen wird. Im Ergebnis ebenso: Dähne/Meyer, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 16.

des Besitzes (a.) nicht verwirklicht wird, oder ob in der vorliegenden Konstellation gegebenenfalls der für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche Besitzwille zu verneinen ist (b.).

a. Nennenswerter Zeitraum des Besitzes

Wie bereits festgestellt wurde, wird die Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln in der Rechtsprechung in bestimmten Fallkonstellationen davon abhängig gemacht, dass das tatsächliche Herrschaftsverhältnis auf eine gewisse Dauer ausgerichtet sein muss oder jedenfalls eine nennenswerte Zeit besteht (vgl. *Weber*, BtMG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 1334 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen). Ein verlässlicher genereller Maßstab, über welchen Zeitraum sich der Besitz zur Begründung einer Strafbarkeit zu erstrecken hat, ist der Rechtsprechung jedoch nicht zu entnehmen (vgl. Beispiele aus der Rechtsprechung zu sog. „Transportfällen“ bei *Kotz* in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1163.).

Ob der Transport von Betäubungsmitteln zu einer (entfernten) Untersuchungsstelle die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die zeitliche Relevanz des Besitzes erfüllt, ist Tatfrage und hängt gegebenenfalls auch von Zufälligkeiten ab (bspw. Entfernung zur Untersuchungsstelle, Stau, Panne, Unfall, ...). Aus diesem Grund stößt die zeitliche Besitzkomponente in der Literatur gelegentlich auf Kritik.¹¹

Teilweise wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass ein unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG auch dann vorliege, wenn besorgte Personen die Betäubungsmittel eines Dritten an sich nehmen, um sie bspw. der Polizei zu übergeben. Da das Verbringen der Betäubungsmittel zur Polizei (wie auch zu einer entfernten Untersuchungsstelle) erfahrungsgemäß eine nicht ganz unerhebliche Zeit in Anspruch nehmen, müsse nach dieser Ansicht von einem auf eine gewisse Dauer angelegten und von einem entsprechenden Willen getragenen Besitz (dazu sogleich unter b.) von Betäubungsmitteln ausgegangen werden (der aber nach den Umständen des Einzelfalles ggf. als gerechtfertigt im Sinne des § 34 StGB anzusehen ist).¹²

Andererseits sind in Rechtsprechung und Literatur Tendenzen wahrnehmbar, diese Fallkonstellationen aus dem Besitztatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG aus-

¹¹ Vgl. *Kotz* in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1186.

¹² Str., vgl. *Rahlf* in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 946; *Patzek* in: *Körner, Betäubungsmittelgesetz*, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 45 m. w. N.

zuscheiden. Dies soll in aller Regel für den Kreis besorgter Personen gelten, die Betäubungsmittel zum Schutz des ursprünglichen Besitzers (Konsumenten) an sich nehmen, um diese *sofort* zu vernichten oder bei der Polizei oder einer Apotheke abzuliefern (Weber, BtMG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 1337). Sofern in diesem Zusammenhang nicht auf die (ggf. unzureichende) Besitzdauer abgestellt wird, wird in Zweifel gezogen, ob der erforderliche Besitzwille als weitere Strafbarkeitsvoraussetzung des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG bejaht werden kann.¹³

b. Besitzwille

Wie oben ausgeführt, muss das tatsächliche Herrschaftsverhältnis an Betäubungsmitteln von einem entsprechenden Besitzwillen getragen werden. Der Besitzwille muss darauf gerichtet sein, sich selbst die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten (Weber in: ders., BtMG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 1338 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Er ist vom Motiv zum Besitz oder dem Zweck des Besitzes zu unterscheiden. Während der Besitzwille nur darauf gerichtet ist, sich selbst die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten, bezeichnen das Motiv oder der Zweck die Gründe, die für den Besitz maßgeblich sind (Weber in: ders., BtMG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 1339).

In einem Einzelfall hat die (amts- und landgerichtliche) Rechtsprechung bei der strafrechtlichen Beurteilung der Entgegennahme und Weiterleitung von Betäubungsmitteln an ein medizinisches Universitätsinstitut zur chemischen Untersuchung (in der Absicht, die Untersuchungsergebnisse zu veröffentlichen) nicht auf die zeitliche Dauer des Besitzes, sondern auf den (vermeintlich fehlenden) Besitzwillen abgestellt, um zwischen strafwürdigen und straffreien Formen eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses über Betäubungsmittel zu differenzieren. Ein Besitzwille, der darauf gerichtet sei, sich die Möglichkeit der ungehinderten Einwirkung auf die Betäubungsmittel zu erhalten, soll hiernach dann nicht gegeben sein, wenn die tatsächliche Verfügungsgewalt mit der Intention aufrecht erhalten werde, die Sachherrschaft möglichst rasch wieder aufzugeben. Dies soll insbesondere dann gelten, wenn die Sachherrschaft nur begründet werde, um die Betäubungsmittel zu vernichten oder vernichten zu lassen – ggf. auch nach vorheriger Substanzanalyse.¹⁴

¹³ Vgl. hierzu Weber in: ders., BtMG, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 56 f. m.w.N.

¹⁴ In diesem Sinne: AG Berlin Tiergarten, Beschluss vom 2. Juni 1998, Az. 267 Ds 170/98, bestätigt durch LG Berlin, Beschluss vom 1. März 1999, Az. 506 Ds 2/99, vgl. Nachweise bei Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 59.

Allerdings wird diese Frage in der Literatur uneinheitlich beurteilt. Teilweise wird entgegen der dargelegten Rechtsprechung angenommen, dass derjenige, der Süchtigen Betäubungsmittel abnimmt, um sie zur Polizei zu bringen (Gleiches müsste auch bei der beabsichtigten Übergabe an eine Untersuchungsstelle gelten) für die Dauer des Transports den erforderlichen Herrschaftswillen habe. Der Besitzwille erfordere lediglich, dass der Ansichnehmende die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Betäubungsmittel – jedenfalls kurzfristig – erhalten möchte; dies sei auf dem Weg zur Polizei (dann wohl auch zur Analysestelle) „eindeutig“ der Fall.¹⁵

Abgesehen vom Besitztatbestand wird auch vertreten, dass besorgte Personen, die vorgefundene Betäubungsmittel zu einer Drogenberatungsstelle tragen, den Tatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG in den Begehungsformen des Erwerbs und des Sichverschaffens von Betäubungsmitteln erfüllen.¹⁶

c. Stellungnahme und Zwischenfazit

Gegen die aufgezeigte Tendenz in Rechtsprechung und Literatur, die Tatbestandlichkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln bei fürsorglichen Handlungen zu begrenzen, bestehen mit Blick auf die Erwägungen des Bundesgesetzgebers gewisse Bedenken. Bei Einführung der Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln¹⁷ hat der zuständige Ausschuss des Deutschen Bundestages ausdrücklich darauf hingewiesen, dass den Eltern, die ihren Kindern Betäubungsmittel wegnehmen, ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stehe. Das Gleiche gelte für Ärzte, Lehrer, Pfleger, Schwestern und andere, die Betäubungsmittel in Wahrnehmung ihrer beruflichen Verantwortung wegnehmen. Es sei nicht notwendig, dies ausdrücklich im Gesetz zu fixieren (vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Opiumgesetzes [u.a.], zu Drs. VI/2673, S. 4). Dies legt nach hier vertretener Auffassung den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber seinerzeit davon ausgegangen ist, dass auch besorgte Personen mit der Wegnahme der Betäubungsmittel grundsätzlich den Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln erfüllen, jedoch gleichwohl dann nicht

¹⁵ Patzek in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 56, m. w. N.

¹⁶ Körner, Die Zulässigkeit von Drug-Checking, 1997, S. 4, der in diesem Zusammenhang von der herrschenden Meinung spricht; Patzak in Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 45.

¹⁷ Der Bundesgesetzgeber hat seinerzeit darauf hingewiesen, dass die Einführung der Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln einerseits auf internationale Verpflichtungen zurückzuführen ist (vgl. insbes. Art. 3 Abs. 1 und 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen, Suchtstoffübereinkommen 1988, vom 20. Dezember 1988, BGBl. 1993 II S. 1136). „Zum anderen erweist es sich als notwendig, auch im Interesse einer wirkungsvolleren Bekämpfung des Rauschgifthandels diesen Tatbestand als strafwürdig zu charakterisieren“; BT-Drs. VI/2673, S. 4.

bestraft werden, wenn ihre „Tat“ als gerechtfertigt anzusehen ist (z. B. wegen der Abwendung gesundheitlicher Gefahren für Dritte).

Im Schrifttum wird teilweise kritisiert, dass seit jeher das Bestreben in Rechtsprechung und Literatur bestehe, die Ansichnahme von Betäubungsmitteln aus Gründen der Fürsorge (bspw. durch Eltern, Drogenberater, ...) aus dem Tatbestand des § 29 BtMG herauszulösen. „Allerdings zeigen gerade die den einzelnen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte, dass sich in ihnen die abstrakten Gefahren, denen das BtMG entgegenwirken will, bis hin zum Eintritt des Gefahrenerfolgs verwirklichen, so dass sich eine wie auch immer geartete teleologische Reduktion der in Betracht kommenden Tatbestände verbietet.“ Es sei „... auch schlechthin nicht erfindlich, weshalb nahezu zwanghaft versucht wird, die Strafbarkeit in solchen Fällen bereits an der Nichterfüllung des Tatbestands scheitern zu lassen, wo doch der Gesetzgeber selbst schon bei Einführung des Besitztatbestands klar gesehen hatte, dass Problemfälle auftreten können, die sich erst auf der Ebene von Rechtfertigungs- und Schuldabschließungsgründen (...) lösen lassen.“¹⁸

In der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung ist nicht abschließend geklärt, ob die aufgezeigten Folgerungen auch auf Fälle übertragbar sind, in denen sich die Vernichtung des Betäubungsmittels nur als (ggf. gewünschte) Nebenfolge des verfolgten Hauptzwecks – der Substanzanalyse – darstellt. Wesentliche Unterschiede werden darin zu sehen sein, dass die Vernichtung aufgrund vorhergehender Substanzanalyse in aller Regel lediglich die für die Beprobung erforderliche (geringste) Menge des Betäubungsmittels betrifft – dass es dem „besorgten Personenkreis“ demnach nicht darum geht, die Vorräte an Betäubungsmitteln insgesamt „aus dem Verkehr zu ziehen“. Ziel der die Substanz vernichtenden Analyse ist es vielmehr, dem ursprünglichen Besitzer der Betäubungsmittel eine Rückmeldung über das Untersuchungsergebnis zu geben, um ihn ggf. über (zusätzliche) Gefahren durch gesundheitsgefährdende Beimengungen informieren zu können. Von der Mehrheit im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages wurde in diesem Zusammenhang kritisiert, dass Drug-Checking als Maßnahme zur Schadensminderung (sog. „harm reduction“) ungeeignet sei, da den Konsumenten hierdurch eine Unbedenklichkeit des Drogenkonsums signalisiert werde, die in Wirklichkeit nicht gegeben sei.¹⁹

¹⁸ Kotz in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1182 unter Hinweis auf BT-Drs. VI/2673, S. 4.

¹⁹ Mitteilung von juris-online vom 12. Dezember 2012, „Gesundheitsausschuss votiert gegen die Einführung von „Drugchecking“.

Darüber hinaus weisen einige Stimmen in der Literatur darauf hin, dass der Bundesgesetzgeber in § 10a Abs. 4 BtMG „... ausdrücklich die Entgegennahme von Betäubungsmitteln zur Untersuchung, die Substanzanalyse und die Weiterleitung der Betäubungsmittel an eine befugte Untersuchungsstelle als nicht von der Erlaubnis nach § 10a BtMG umfasst angesehen und den Mitarbeitern von erlaubten Konsumräumen als die aktive Form der Unterstützung des Drogenkonsums verboten (...)“ hat.²⁰ „Dieses Verbot ist zwar auf erlaubte Konsumräume beschränkt, muss aber erst recht für alle übrigen Personen außerhalb des Erlaubnisrahmens von § 3 und § 10a BtMG gelten, sofern sie nicht wie Apotheker gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. e BtMG von einer Erlaubnispflicht befreit sind. In der Substanzanalyse ist daher eine strafbare aktive Konsumförderung und ein strafbares Verschaffen von Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 BtMG zu sehen.“²¹ Der Bundesgesetzgeber wollte „... unter Inkaufnahme gesundheitlicher Risiken das Drug-Checking und Drug-Testing von Privatpersonen, Lehrern und Drogenhilfe-Vereinigungen am Rande von Musik- oder Sportgroßveranstaltungen ebenso missbilligen (...) wie Substanzanalysen in Drogenhilfezentren.“²² Der § 10a BtMG ist am 1. April 2000 in Kraft getreten, weshalb ältere Rechtsprechung, die das Drug-Checking zum Gegenstand hatte (vgl. Fußnote 14), möglicherweise als überholt anzusehen sein könnte.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass es hinsichtlich der strafrechtlichen Würdigung des Drug-Checking keine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Insofern ist auch keine belastbare Aussage zur strafrechtlichen Würdigung durch die jeweils zuständigen Strafverfolgungsbehörden möglich.

3. Steht einer Strafbarkeit die Zielsetzung des § 29 BtMG entgegen, nämlich die Unterbindung einer außerhalb behördlicher Kontrolle stattfindende Verbreitung von BtM, weil die jeweilige Substanz durch den Analysevorgang vernichtet wird und somit der unkontrollierten Verbreitung entzogen wird?

Wie bereits in der Antwort zu Frage 2. ausgeführt wurde, werden vom Wortlaut des Straftatbestandes für den Besitz von Betäubungsmitteln möglicherweise auch Fälle erfasst, die nach dem Zweck des Gesetzes von diesem eigentlich nicht getroffen wer-

²⁰ § 10a Abs. 4 BtMG lautet: „(4) Eine Erlaubnis nach Absatz 1 berechtigt das in einem Drogenkonsumraum tätige Personal nicht, eine Substanzanalyse der mitgeführten Betäubungsmittel durchzuführen oder beim unmittelbaren Verbrauch der mitgeführten Betäubungsmittel aktive Hilfe zu leisten.“

²¹ Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 29 Rn. 60.

²² Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 10a Rn. 26.

den sollten.²³ Ob Sachverhalte im Zusammenhang mit dem Drug-Checking hierzu zu zählen sind, ist umstritten und könnte insbesondere nach den obigen Ausführungen zu § 10a Abs. 4 BtMB und der hiermit verfolgten Intention des Bundesgesetzgebers zweifelhaft sein. Letztlich ist es in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob aufgrund der Ziele des Betäubungsmittelgesetzes eine tatbestandliche Reduktion des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG zu erfolgen hat, oder ob der Tatbestand unabhängig von Sinn und Zweck der Vorschrift grundsätzlich weit zu verstehen und eine sachgerechte Lösung über eine etwaige Rechtfertigung „der Tat“ zu erzielen ist.

Im Zusammenhang mit der Substanzanalyse ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass regelmäßig nur die für die Untersuchung unbedingt erforderliche (geringste) Stoffmenge dem illegalen Betäubungsmittelverkehr entzogen werden soll. Es geht beim Drug-Checking – wie bereits ausgeführt wurde – nicht in erster Linie darum, Betäubungsmittel möglichst umfassend aus dem illegalen Kreislauf herauszulösen und zu vernichten. Ziel des Drug-Checking ist vielmehr die Untersuchung der Stoffzusammensetzung, um die betroffenen Kreise hierüber unterrichten und ggf. warnen zu können.

4. Ist es mit dem BtMG bzw. mit den Vorschriften des Apothekenrechts vereinbar, dass ApothekerInnen im Rahmen eines mobilen Aufklärungsteams eine Analyse auch außerhalb der Räumlichkeiten einer Apotheke durchführen?

Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG ist der Besitz von Betäubungsmitteln strafbar, wenn der Besitzer nicht zugleich eine schriftliche Erlaubnis für den Erwerb besitzt. Wer Betäubungsmittel erwerben will, bedarf nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMB grundsätzlich einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte. Einer Erlaubnis nach § 3 BtMG bedarf hingegen nicht, wer im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke oder einer Krankenhausapotheke (Apotheke) Betäubungsmittel der Anlagen I bis III zur Untersuchung, zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung von Betäubungsmitteln berechnigte Stelle oder zur Vernichtung entgegennimmt (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. e BtMG). Apotheken können demnach Betäubungsmittel zur Untersuchung, Weiterleitung oder Vernichtung entgegennehmen, ohne den Straftatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG auszulösen.

²³ Kotz in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1182.

Für den Betrieb einer Apotheke ist eine (apothekenrechtliche) Erlaubnis der hierfür zuständigen Behörde erforderlich (§ 1 Abs. 2 ApoG²⁴). Die Erlaubnis gilt nur für den Apotheker, dem sie erteilt ist, und nur für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume (§ 1 Abs. 3 ApoG). Nähere Anforderungen an die Beschaffenheit der Apothekenbetriebsräume sind in § 4 ApBetrO²⁵ bestimmt. Festzuhalten ist, dass sich die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke lediglich auf die von der Erlaubnis umfassten *Räumlichkeiten* erstreckt (vgl. Weber, BtMG, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 6 m.w.N.; Senge in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 196. EL 2013, § 1 ApoG Rn. 8). Die Erlaubnis zum Betrieb einer ortsfesten Voll- oder Filialapotheke erstreckt sich demgegenüber nicht zugleich auf den Betrieb eines „Apothekenmobils“ oder die Mitwirkung an einem mobilen Aufklärungsteam zur Substanzanalyse „vor Ort“.

Fraglich ist, ob eine „mobile Apotheke“ für die Substanzanalyse von Betäubungsmitteln nach dem geltenden Apothekenrecht genehmigungsfähig wäre. Obwohl nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 ApoG die apothekenrechtliche Erlaubnis lediglich für die bezeichneten *Räume* gilt, die darüber hinaus den Anforderungen des § 4 ApBetrO genügen müssen, wird in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die theoretische Möglichkeit bestehe, „auch für eine mobile Apotheke eine apothekenrechtliche Erlaubnis zu erhalten“.²⁶ Insofern bedürfe ein „Apothekeruntersuchungsmobil als Notfallregelung einer Sondergenehmigung der Apothekerkammer“ (Patzak in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 13).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Tätigwerden eines zugelassenen Apothekers außerhalb der von seiner Erlaubnis umfassten *Räumlichkeiten* nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs. 3 ApoG nicht von der apothekenrechtlichen Erlaubniswirkung für die ortsfeste Apotheke umfasst wird. Hiermit korrespondiert der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. e BtMG, der auf die Entgegennahme von Betäubungsmitteln *im Rahmen des Betriebs einer Apotheke* abstellt. Insofern greift die die Strafbarkeit ausschließende Befreiungsvorschrift in dieser Konstellation nicht zu Gunsten des

²⁴ Gesetz über das Apothekenwesen (Apothekengesetz – ApoG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 1980 (BGBl. I S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2420).

²⁵ Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung – ApBetrO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1995 (BGBl. I S. 1195), zuletzt geändert durch Art. 1a der Verordnung vom 19. Februar 2013 (BGBl. I S. 312).

²⁶ Dähne/Meyer, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 18 m.w.N., die die Erteilung einer solchen apothekenrechtlichen Erlaubnis allerdings für ungewiss halten, S. 19

Apothekers ein.²⁷ Ein Apotheker, der eine ambulante Substanzanalyse anbietet, „würde daher *de iure* wie ohne apothekenrechtliche Erlaubnis handeln und sich demzufolge auch nicht auf den Ausnahmetatbestand des BtMG berufen können.“ Darüber hinaus könnte er sich ggf. auch nach § 23 ApoG strafbar machen.²⁸

5. Ist das sog. Eigentestverfahren mit dem BtMG vereinbar, bei dem die KonsumentInnen unter Anleitung der DrogenberaterInnen oder MitarbeiterInnen des mobilen Aufklärungsteams die Substanzen selbst mit Hilfe einer zur Verfügung gestellten Reagenzlösung und einer Farbskalenschablone auf Inhaltsstoffe überprüfen können, ohne dass andere Personen das BtM berühren?

Bei dem sogenannten Eigentestverfahren bleibt das tatsächliche Herrschaftsverhältnis der Konsumenten/-innen an den Betäubungsmitteln bestehen. Die Mitarbeiter/-innen des Aufklärungsteams transportieren die Betäubungsmittel weder zu einem entfernten Untersuchungslabor, noch nehmen sie die Drogen entgegen, um diese selbst einer Substanzanalyse zu unterziehen. Demnach erlangen sie zu keiner Zeit ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis an den Betäubungsmitteln. Soweit ersichtlich wird auch nicht diskutiert, ob die Berater/-innen ggf. dadurch Besitz an den Betäubungsmitteln ausüben, dass das Analyseverfahren exakt nach ihren Vorgaben auf der Grundlage ihres überlegenen Wissens durch die unmittelbaren Besitzer vorgenommen wird. Der Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG wird durch die Anleitung eines Eigentestverfahrens nicht verwirklicht.²⁹

Allerdings können mit dem sog. Eigentestverfahren auf anderer Ebene rechtliche und tatsächliche Problemstellungen verbunden sein. So wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Drogenkonsumenten bei diesem Verfahren ihre Anonymität verlieren können. Ein Landeskriminalamt soll dem Veranstalter einer Eigentestaktion im Vorfeld angekündigt haben, „sämtliche Testsuchende abzufangen und strafrechtlich zu belangen“.³⁰

²⁷ Dähne/Meyer, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 18; Kotz in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 6, 2. Aufl. 2013, § 4 BtMG Rn. 7; Weber in: ders., BtMG, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 6, 44; a.A. wohl Körner, Die Zulässigkeit von Drug-Checking, 1997, S. 7.

²⁸ Dähne/Meyer, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 18 m.N. § 23 ApoG lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ohne die erforderliche Erlaubnis oder Genehmigung eine Apotheke, Krankenhausapotheke oder Zweigapotheke betreibt oder verwaltet, wird (...) bestraft.“

²⁹ Körner, Die Zulässigkeit von Drug-Checking, 1997, S. 7; Dähne/Meyer, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 13; Rausch, Drug-Checking, S. 46 f.

³⁰ Rausch, Drug-Checking, S. 48 m. N.

Ferner wird vertreten, dass im Anbieten eines Eigentestverfahrens „eine umfassende Anleitung, Beratung und praktische Unterstützung (durch das Bereithalten von Reagenzien und schriftlichen Beurteilungsunterlagen) von Drogenkonsumenten oder deren Beauftragten bei der Analyse von Drogen“ zu sehen sei, die „den Verbrauchern und den Händlern eine Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch, zum Erwerb und zur unbefugten Abgabe“ von Betäubungsmitteln verschaffe, was nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 BtMG strafbar sei.³¹

6. Besteht für den Generalstaatsanwalt bei dem OLG Schleswig die rechtliche Befugnis, die untergeordneten Staatsanwaltschaften bzw. Polizeidienststellen anzuweisen, § 29 Abs. 1 BtMG in der Weise auszulegen, dass eine Strafbarkeit bei den MitarbeiterInnen des Modellprojekts Drug-Checking nicht anzunehmen ist und daher keine Anklage zu erheben ist?

Die StA ist eine hierarchisch gegliederte und organisierte Behörde. Weisungen der weisungsberechtigten Instanz sind nach § 146 GVG³² – auch in Rechtsfragen – grundsätzlich zulässig (*Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 146 Rn. 1 ff.). Weisungen im Sinne des Gesetzes sind sowohl allgemeine Anordnungen, die etwa in Gestalt von Richtlinien der Einheitlichkeit der Strafverfolgung dienen, als auch Weisungen, welche die Sachbehandlung im Einzelfall betreffen. Das Weisungsrecht gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft steht den Vorgesetzten zu. Das sind die Personen, denen nach § 147 GVG die Dienstaufsicht obliegt (*Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 146 Rn. 7 m.w.N.).

Nach § 147 Nr. 3 GVG steht das Recht der Dienstaufsicht dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks zu. Erster Beamter der jeweiligen Staatsanwaltschaft ist der nach §§ 144, 145 GVG bestellte Staatsanwalt. Bei dem Oberlandesgericht ist dies der Generalstaatsanwalt, bei den Landgerichten der jeweilige leitende Oberstaatsanwalt. Die leitenden Oberstaatsanwälte sind dem Generalstaatsanwalt unterstellt, der für den gesamten Oberlandesgerichts-Bezirk zuständig

³¹ *Rausch*, Drug-Checking, S. 47 m. N.

³² Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799).

ist.³³ Insoweit ist der Generalstaatsanwalt bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht im Sinne der Fragestellung grundsätzlich weisungsbefugt.

Das Weisungsrecht des vorgesetzten Staatsanwalts wird inhaltlich begrenzt durch „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG). Mit einer Weisung darf nicht gefordert werden, was gegen geltendes Recht verstößt. Eine Weisung ist deshalb insbesondere unzulässig, soweit sie gegen das Legalitätsprinzip verstößt (*Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 146 Rn. 3). Das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO³⁴) besagt, dass die Staatsanwaltschaft, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, verpflichtet ist, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Der Vorgesetzte kann insofern „nicht Anklageerhebung trotz Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts und nicht Einstellung des Verfahrens trotz Vorliegens des hinreichenden Verdachts anordnen; er kann nicht (...) eine allen Erfahrungen und anerkannten Regeln widersprechende Beweiswürdigung verlangen. Wohl aber kann er, wenn die Sach- und Beweislage verschiedenartige Bewertungen der Erfolgsaussichten einer Anklageerhebung möglich und vertretbar macht, die Zugrundelegung der von ihm für richtig gehaltenen Beurteilung des hinreichenden Verdachts bindend vorschreiben“.³⁵ Hinsichtlich der Weisung in Rechtsfragen ist jeder weisungsberechtigte Staatsanwalt nach h. M. grundsätzlich an eine (etwaige) gefestigte Rechtsprechung gebunden. Soweit keine gefestigte Rechtsprechung vorliegt, kann durchaus ein Interesse an der (höchst-)richterlichen Klärung einer streitigen Rechtsfrage bestehen³⁶, um eine auch bundesweit einheitliche Anwendung des Strafrechts zu gewährleisten.

Polizisten sind – *nur* soweit sie als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft tätig werden (vgl. neben spezialgesetzlichen Zuweisungen insbesondere § 152 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GVG i.V.m. § 1 Nr. 3 Landesverordnung über Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft³⁷) – verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres

³³ Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht ist Landesoberbehörde (§ 6 LVwG), die Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten (Flensburg, Itzehoe, Kiel und Lübeck) sind untere Landesbehörden (§ 7 LVwG).

³⁴ Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987, BGBl. I S. 1074, 1319, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 23. April 2014, BGBl. I S. 410.

³⁵ *Lüttger*, GA 1957, S. 217, zitiert nach *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 146 Rn. 3 (Fn. 14).

³⁶ Nachweise sowie Kritik an der h. M. bei *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 146 Rn. 5.

³⁷ Landesverordnung vom 23. August 2010, GVOBl. S. 568.

Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten. Insoweit sind sie in das behördliche Weisungskonstrukt der Staatsanwaltschaften eingebunden.

7. Bedarf es für ein wissenschaftlich begleitetes Modellprojekt „Drug-Checking“ der Erlaubnis einer Bundesbehörde? Gegebenenfalls welcher?

Ob für ein wissenschaftlich begleitetes Modellprojekt die Erlaubnis einer Bundesbehörde erforderlich ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Projekts ab. Denkbar ist die Erforderlichkeit der Beteiligung einer Bundesbehörde insbesondere in Fällen, in denen eine Erlaubnis nach § 3 BtMG notwendig ist, um die Strafbarkeit nach § 29 BtMG auszuschließen. Dies kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn die Stoffanalyse nicht von einem Apotheker (im Rahmen des Betriebs einer Apotheke) durchgeführt werden soll. Apotheken sind – wie oben dargestellt wurde – von der Erlaubnispflicht nach § 3 BtMG entbunden. Da der Besitz von Betäubungsmitteln strafbar ist, wenn der Besitzer nicht zugleich eine schriftliche Erlaubnis für den Erwerb innehat (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG), wären mit der Substanzanalyse beauftragte Dritte gegebenenfalls auf eine entsprechende Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte angewiesen, um sich nicht wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln strafbar zu machen.³⁸

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte vertritt hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit entsprechender Anträge jedoch eine restriktive Sichtweise. So gelte der Ausnahmetatbestand des § 4 Abs. 1 BtMG ausschließlich für Inhaber einer apothekenrechtlichen Erlaubnis und für sein Hilfspersonal im Rahmen des Apothekenbetriebs und könne nicht auf andere Berufsgruppen übertragen werden. Wegen der abschließenden Regelung könne weder nach § 3 Abs. 1 noch nach § 3 Abs. 2 BtMG einer anderen Berufsgruppe eine Erlaubnis erteilt werden.³⁹

8. Abschließende Zusammenfassung

Die rechtliche Bewertung der Durchführung von Drug-Checking-Projekten ist aufgrund der damit verbundenen strafrechtlichen Implikationen komplex und umstritten.⁴⁰ Bis-

³⁸ Vgl. *Dähne/Meyer*, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Substanzanalyse von Drogen („drug checking“), S. 12 f.

³⁹ *Patzak* in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn.12.

⁴⁰ Ebenso: Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 16/4408, S. 10.

lang ist eine abschließende höchstrichterliche Klärung aller strafrechtlich relevanten Fragen nicht ersichtlich.

Während die eigentliche Substanzanalyse im Rahmen des Betriebs einer Apotheke grundsätzlich keinen rechtlichen Bedenken begegnet, könnte sich der Transport der Betäubungsmittel durch Boten zu der Untersuchungsstelle als strafrechtlich problematisch darstellen. Teilweise wird hier eine Strafbarkeit wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln angenommen, teilweise wird eine Strafbarkeit verneint. Hierbei kommt es mitunter auf Details des tatsächlichen Geschehensablaufes an.

Ein ambulantes Apothekenmodell (Apothekenmobil) wird nicht von der apothekenrechtlichen Erlaubniswirkung für eine ortsfeste Apotheke umfasst.

Die Substanzanalyse im Wege eines Eigentests unter fachkundiger Anleitung führt dazu, dass die Drogenberater/-innen keine tatsächliche Herrschaftsmacht über die Betäubungsmittel erlangen und sich daher nach wohl einhelliger Meinung nicht wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln strafbar machen. Allerdings wird teilweise vertreten, dass durch die umfassende Anleitung und Beratung hinsichtlich des Testverfahrens eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 BtMG begründet werden kann. Ein weiteres Problem könnte darin bestehen, dass sich Konsumenten – die regelmäßig zumindest auch den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln erfüllen dürften – ihrer Anonymität begeben. Da die Strafverfolgungsbehörden nach dem Legalitätsprinzip zur Verfolgung und Ahndung von Straftaten verpflichtet sind, wären sie ggf. dazu angehalten, die Eigentester bei entsprechenden offenen Projekten zu belangen.

Eine belastbare rechtliche Absicherung des Drug-Checking würde eine entsprechende Klarstellung im Bundesrecht erfordern. Die Mehrheit im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages lehnte die Einführung von Modellprojekten zum Drug-Checking allerdings zuletzt ab.⁴¹ Bestrebungen, Rechtssicherheit für „Drugchecking-Modelle“ durch eine Anpassung des Bundesrechts herbeizuführen (vgl. BT-Drs. 17/2050) haben im Deutschen Bundestag in der Vergangenheit keine Mehrheit gefunden.⁴²

⁴¹ Meldung bei juris-online vom 12. Dezember 2012: „Gesundheitsausschuss votiert gegen die Einführung von ‚Drugchecking‘“. Vgl. bspw. auch die Antworten der Bundesregierung auf entsprechende kleine Anfragen, Drs. 14/2479 und 16/12928.

⁴² Beschlussempfehlung Drs. 17/11911 sowie Plenarprotokoll 17/217, S. 26908.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff