

Prof. Dr. jur. Cornelius Nestler
Universität zu Köln
Kriminalwissenschaftliches Institut

Anschrift:

e-mail:

Prof. Dr. jur. C. Nestler,

Tel.
Fax:

12. Oktober 2018

Rechtliche Bewertung

der **Konzeption für das Pilotprojekt:**

DRUGCHECKING IN BERLIN

„Ein trägerübergreifendes Beratungs – und Testangebot zu unbekanntem Substanzen
Erstellt von: Fixpunkt gGmbH, Schwulenberatung Berlin gGmbH, vista gGmbH,
Stand 25. Oktober 2018“

Vorwort

Das nachfolgende Rechtsgutachten dient der Überprüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Konzeption für das oben genannte Pilotprojekt DRUGCHECKING IN BERLIN [im Folgenden: *Konzeption*] und soll damit auch Rechtssicherheit für alle Beteiligten herstellen[so *Konzeption*, S.8] oder jedenfalls auf rechtliche Risiken aufmerksam machen.

Zunächst wird unter **A)** knapp der tatsächliche Ablauf dargestellt, der sich aus der *Konzeption* ergibt und auf den sich die nachfolgende rechtliche Bewertung bezieht.

Bei den rechtlichen Erörterungen unter **B)** wird vorab kurz darauf eingegangen, wie damit umzugehen ist, dass sich Personen, die psychoaktive Substanzen mit sich führen und zu den Drugchecking Einrichtungen bringen, generell wegen Besitz von Betäubungsmitteln strafbar machen. Der Hauptteil der rechtlichen Erörterungen unter **C)** behandelt die Frage, ob sich die Personen, die die Drugchecking Einrichtung betreiben und die Substanzen zum Zweck der Untersuchung entgegennehmen und dann zur Durchführung der Untersuchung an ein Labor weitergeben, strafbar machen und ob es für diese Tätigkeiten einer Genehmigung durch das Bundesinstitut für Arzneimittel bedarf. In einem weiteren Abschnitt unter **D)** wird dann erörtert, welche verschiedenen rechtlichen Grundlagen für die Untersuchung von mutmaßlichen Betäubungsmitteln in einem Labor in Betracht kommen. In einem letzten

Abschnitt unter E) werde ich im Rahmen einer Zusammenfassung der Ergebnisse des Rechtsgutachtens kurz darauf eingehen, welchen Stellenwert dieses Gutachten in der weiteren Planung des Pilotprojekts haben kann und auf die rechtlichen Schwierigkeiten hinweisen, die sich ergeben können, wenn das Pilotprojekt durch das Land Berlin als Bestandteil der Berliner Drogen – und Suchtpolitik umgesetzt werden sollte.

A) Die geplante Durchführung des Drugchecking – die einzelnen Schritte

Die *Konzeption* beschreibt die tatsächlichen Abläufe des geplanten Drugchecking an zwei Stellen.¹ Daraus ergibt sich eine Durchführung des Drugchecking in folgenden Einzelschritten, welche den Sachverhalt vorgeben, von dem bei der folgenden rechtlichen Begutachtung ausgegangen wird:

- (1) Im Anschluss an ein sog. Intake-Gespräch überlässt die Person, diese sich in die Einrichtung begeben hat, den Stoff, der für eine psychoaktive Substanz gehalten wird,² an die Mitarbeiter in einer der drei Einrichtungen, die nach außen hin die Anlaufstelle für das Drugchecking sind. In den Räumen der Einrichtung findet auch die Beratung der Person statt, die die Substanz einreichen will.³
- (2) Mitarbeiter der Einrichtungen nehmen die Substanz entgegen und bewahren sie in den Räumen der Substanz auf.
- (3) Die Substanz wird an ein Labor weitergegeben.
- (4) In dem Labor wird die Substanzanalyse vorgenommen.
- (5) Das Ergebnis der Substanzanalyse wird der Person, die die Substanz übergeben hat, durch Mitarbeiter der Einrichtung, bei der die Substanz abgegeben wurde, wahlweise persönlich vor Ort, persönlich telefonisch oder auch über einen personalisierten Online-Zugang mitgeteilt.

¹ Zunächst unter „Leistungen und Standards“, S. 11 f.; dann unter „Prozess“, S. 15.

² Es wird sich dabei in aller Regel um Substanzen handeln, die entweder Betäubungsmittel i.S.d. BtMG oder Neue Psychoaktive Substanzen i.S.d. NpSG sind.

³ Anmerkung: Nach der *Konzeption* ist als Ablauf des Intake-Gesprächs geplant: Zunächst Datenerfassung, dann Beratung, dann Probenentgegennahme [S.11, 15].

B) Rechtliche Zulässigkeit von Drugchecking – die Konsumenten

1. Überlassen der Substanz durch Konsumenten an die Einrichtung des Drugchecking

Die Person, die eine Substanz zum Drugchecking überlässt, hat sich regelmäßig schon strafbar gemacht, zumindest wegen unerlaubten Besitzes gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.⁴ Die Durchführung eines Drugchecking Programms setzt daher voraus, dass der Vorgang der Kontaktaufnahme und der Überlassung der Substanz an die Einrichtung des Drugchecking sowie alle weiteren Schritte beim Drugchecking nicht von den Strafverfolgungsbehörden zum Anlass genommen werden, strafrechtliche Ermittlungen wegen des Verdachts von (zumindest) unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gegen den ursprünglichen Besitzer der Substanz einzuleiten.⁵ Es bedarf somit im Hinblick auf die typischen Verhaltensweisen eines potentiellen Drogenkonsumenten und Besitzers von Betäubungsmitteln, der Drugchecking in Anspruch nimmt, einer faktischen Freistellung von strafrechtlichen Ermittlungen, wie sie praktisch in anderem Kontext schon von der Nicht-Verfolgung von Drogenkonsumenten, die sich in einen Drogenkonsumraum gem. § 10 a BtMG begeben, bekannt ist.⁶ Es muss weiterhin auch gewährleistet sein, dass die Informationen über die Person, die die Substanz einreicht, nach den Regeln, die generell für die Drogenberatung gelten, dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen sind.⁷

Die genauere Ausgestaltung dieses Schutzes vor strafrechtlichen Ermittlungen von Personen, die Drugchecking in Anspruch nehmen, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Denn dieser Schutz ist der notwendige Reflex einer erlaubten Durchführung von Drugchecking. Dessen praktische Umsetzung setzt ohnehin die Einbindung der Staatsanwaltschaft und deren Zustimmung zu dem Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung voraus, wonach das Drugchecking keine Straftatbestände erfüllt, um sicher zu sein, dass die bei dem Drugchecking mitwirkenden Personen sich keinem Risiko strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Diese Einbindung der Staatsanwaltschaft in das Pilotprojekt des Drugchecking ist

⁴ Für Stoffe, die dem NpSG unterfallen, gilt nach § 3 Abs.1 NpSG, dass der Besitz verboten ist, obwohl er nicht unter die Strafvorschriften des § 4 Abs. 1 NpSG fällt.

⁵ Da die Strafvorschriften des BtMG weiter gehen als die des NpSG [siehe Fn 4] und weil aus der Perspektive der Strafverfolgungsbehörden immer auch der Verdacht gegeben ist, dass es sich bei der mitgebrachten Substanz um ein Betäubungsmittel handelt, können die Vorschriften des NpSG in der weiteren Analyse vernachlässigt werden.

⁶ Vgl. hierzu Körner/Patzak, Betäubungsmittelgesetz [BtMG], 8. Aufl. 2016, § 29 Teil 21 Rn 61 sowie § 31 a Rn 127 ff.

⁷ Drogenberater haben ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3b) StPO. Daraus ergeben sich weitere Regeln zum Schutz vor dem Zugriff auf Daten der Personen, die Drogenberatung in Anspruch nehmen, insbes. nach §§ 97, 160a Abs. 2 StPO.

Die *Konzeption* sieht zwar vor, dass mit der Vergabe eines „Nicknamens“ [S. 11] die Identität des Klienten geheim gehalten wird, aber da Kontaktdaten des Klienten für die Ergebnismitteilung erfasst werden [siehe oben unter A) 5)], wäre über diesen Weg auch die Ermittlung der Identität des Klienten möglich.

somit im Hinblick auf die Nicht-Verfolgung der Nutzer des Drugchecking zwingend erforderlich.

C) 2. Entgegennahme der Substanz und Weiterleitung an ein Labor – die Mitarbeiter der Einrichtungen

2.1. Systematik von verwaltungsrechtlicher Regelung und Straftatbeständen

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG bedarf einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte [BfArM] wer

Betäubungsmittel anbauen, herstellen, mit ihnen Handel treiben, sie, ohne mit ihnen Handel zu treiben, einführen, ausführen, abgeben, veräußern, sonst in den Verkehr bringen oder erwerben (...) will.

Alle gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erlaubnispflichtigen Handlungen sind in § 29 Abs. 1 BtMG unter Strafe gestellt, wenn für die Tathandlungen keine Erlaubnis gegeben ist. Die Strafvorschriften des § 29 BtMG enthalten weiterhin über die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG genannten Tätigkeiten hinaus eine erhebliche Anzahl zusätzlicher Handlungen beim Umgang mit Betäubungsmitteln, die unter Strafandrohung gestellt sind.

2.2. Verwaltungsrechtliche Regelung

2.2.1. Entgegennahme von Substanzen

Die Entgegennahme einer Substanz, die für ein Betäubungsmittel gehalten wird, mit dem Ziel, dieses zu Untersuchungszwecken an ein Labor weiterzuleiten, ist keine der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG genannten Tätigkeiten. Die Entgegennahme von Betäubungsmitteln durch die Mitarbeiter der Einrichtungen des Drugchecking ist somit nicht erlaubnispflichtig,⁸ denn die Aufzählung der genehmigungspflichtigen Handlungen in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist abschließend.⁹

Soweit dennoch eine Erlaubnispflicht für die Entgegennahme von Betäubungsmitteln zu Untersuchungszwecken angenommen wird, kann diese somit nicht damit begründet werden, schon die Entgegennahme selbst sei erlaubnispflichtig. Denn eine Erlaubnispflicht für die Entgegennahme von Betäubungsmitteln ist nur dann gegeben, wenn diese der Sache nach unter eine der gem. § 3 Abs. 1 BtMG erlaubnispflichtigen tatbestandlichen Handlungen

⁸ Ebenso *Dähne/Meyer*, Substanzanalyse von Drogen („Drugchecking“), Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste 2009, WD 7 - 3000 - 003/09, S. 9.

⁹ Vgl. nur *Weber*, BtMG, 5. Aufl. 2017, § 3 Rn 12.

zählt.¹⁰ Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist insofern eindeutig.

2.2.2. Entgegennahme als anderweitig erlaubnispflichtige Handlung

Die Entgegennahme von Betäubungsmitteln erfüllt aber auch keine der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG genannten Handlungsvarianten. Das ist für die meisten der dort genannten Handlungen¹¹ selbst für den Laien nach dem Wortverständnis schon offensichtlich.¹²

Zu erörtern ist allein, ob die Entgegennahme von Betäubungsmitteln unter den Tatbestand des Erwerbs fällt. Anlass für diese Diskussion gibt eine Auskunft aus dem BfArM vom 29. Januar 2009,¹³ in der ein Vertreter des BfArM die Ansicht vertreten hat, für denjenigen, der Betäubungsmittel untersuche, sei regelmäßig die Variante des Erwerbs erfüllt.

Das ist nicht zutreffend. Erwerb wird in Rechtsprechung wie Kommentarliteratur ganz einhellig definiert als die auf abgeleitetem Weg, das heißt: im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer, erlangte eigene tatsächliche Verfügungsgewalt, so dass der Empfänger über die Betäubungsmittel frei verfügen kann.¹⁴ Zwar erhält derjenige, der die Betäubungsmittel vom Vorbesitzer zu Zwecken ihrer Untersuchung entgegennimmt, faktisch die Verfügungsgewalt über die Betäubungsgewalt, aber er erlangt sie gerade nicht zur freien Verfügung, wenn er sie ausschließlich zu dem Zweck erlangt hat, sie unverzüglich zur Substanzanalyse weiterzuleiten. Ohne das Tatbestandsmerkmal der „freien Verfügung“ scheidet aber eindeutig ein Erwerb i.S.d. BtMG aus.¹⁵

Zwischenergebnis: Die Entgegennahme von Betäubungsmitteln zum Zweck der Weiterleitung zur Substanzanalyse ist keine Handlung, die gem. § 3 Abs. 1 BtMG erlaubnispflichtig ist. Sie stellt damit auch keinen strafbaren Erwerb gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG dar.¹⁶

¹⁰ So richtig MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu, 3. Aufl. 2017, § 4 BtMG Rn 18; unklar Weber, aaO, § 4 Rn 42 ff. und Körner/Patzak, aaO, § 4 Rn 24.

¹¹ Dies sind: Anbauen, Herstellen, mit Betäubungsmitteln Handel treiben, sie, ohne mit ihnen Handel zu treiben, einführen, ausführen, abgeben, veräußern, sonst in den Handel bringen.

¹² Für eine knappe, aber detaillierte Wiedergabe der jeweiligen Definitionen vgl. Dähne/Meyer, aaO [o. Fn 8], S. 7 f.

¹³ Mitgeteilt von Dähne/Meyer, aaO, S. 9 in Fn 30.

¹⁴ Vgl. Körner/Patzak, aaO, § 29 Teil 10 Rn 4 f. m. N.

¹⁵ So auch ausdrücklich zur Entgegennahme von Betäubungsmitteln beim Drugchecking MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu, aaO, § 4 BtMG Rn 18; Weber, aaO, § 4 Rn 52; Franke/Wienröder, Betäubungsmittelgesetz [BtMG], 3. Aufl. 2007, § 29 Rn 115; wie hier auch Dähne/Meyer, aaO, S. 9.

¹⁶ Dähne/Meyer, aaO [o. Fn 8], vermuten, die Ansicht des BfArM beruhe darauf, dass das BfArM wegen der Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG, die Apotheken für die Durchführung von Substanzanalysen erlaubnisfrei stellt, und wegen der vom BfArM angenommenen Unzulässigkeit von Substanzanalysen beim Betrieb von Drogenkonsumräumen gem. § 10a Abs. 4 BtMG von einer grundsätzlichen Erlaubnispflicht

2.3. Strafbarkeit der Entgegennahme wegen Besitz, § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

Mit der Entgegennahme der Substanzen hat jedenfalls derjenige Mitarbeiter der Einrichtung des Drugchecking, dem die Substanz ausgehändigt wurde, Zugriff darauf. Diskutiert wird daher, ob mit der Entgegennahme der Substanzen beim Drugchecking strafbarer Besitz entsteht.¹⁷

Der Besitz von Betäubungsmitteln zählt nicht zu den erlaubnispflichtigen Handlungen des § 3 Abs. 1 BtMG. Aber der Straftatbestand des § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG knüpft mit der Formulierung „wer Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein,“ an die fehlende Erlaubnis für den Erwerb an.¹⁸

Strafbarer Besitz setzt objektiv ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Betäubungsmittel und subjektiv den Besitzwillen voraus. Dieser muss darauf gerichtet sein, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten.¹⁹ Es gibt daher eine langjährige und einhellige Rechtsprechung, wonach kein strafbarer Besitz gegeben ist, wenn das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über die Betäubungsmittel von vorneherein in der Absicht ausgeübt wird, es umgehend nach Erlangung der Betäubungsmittel wieder aufzugeben, indem die Betäubungsmittel bei staatlichen Behörden abgegeben oder durch Vernichtung entsorgt und dadurch dem Verkehr entzogen werden sollen.²⁰ Nach den Grundsätzen dieser Rechtsprechung haben Berliner Strafgerichte auch in den Jahren 1998/99 einen strafbaren Besitz für Mitarbeiter von Eve & Rave in Berlin verneint, welche die Substanzen, die ihnen zum Zweck des Drugchecking auf dem Postweg zugesandt worden waren, jeweils der Postsendung entnommen, kurzzeitig aufbewahrt und dann zur Substanzanalyse in ein Labor der Universitätsklinik Charité gebracht haben.²¹ Die Grundsätze dieser Rechtsprechung wurden auch in den Jahren nach den Entscheidungen der

zur Durchführung von Substanzanalysen ausgeht. Diese Regelungen, die weiter unten unter D) 5.1.1. und 4.2.2. erörtert werden, haben aber nichts mit der Verkehrsform des Erwerbs zu tun.

¹⁷ Dass die Entgegennahme von Substanzen zum Zweck ihrer Analyse nicht erlaubnispflichtig ist, schließt generell eine Strafbarkeit der Entgegennahme nicht aus, vgl. oben bei 2.1.

¹⁸ Der Besitztatbestand hat die Funktion eines sog. Auffangtatbestandes, der alle solche Fälle erfassen soll, in denen eine Tathandlung, die zum Besitz geführt hat, nicht nachweisbar ist, BGH NSTZ 1996, 604; *Weber*, aaO, § 29 Rn 1314.

¹⁹ BGHSt 26, 117; BGHR BtMG § 29 I Nr. 3 Besitz 2 [1994]; BGH NSTZ 2005, 155, 156; BGH NSTZ 2011, 98.

²⁰ Etwa OLG Stuttgart MDR 1978, 595; BGH NSTZ 1982, 190; OLG Zweibrücken AnwBl 1983, 126, bestätigt in OLG Zweibrücken NSTZ 1985, 558.

²¹ Nichteröffnungsbeschluss des AG Tiergarten v. 2. 6. 1998 - 267 Ds 170/98; die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Nichteröffnungsbeschluss wurde vom LG Berlin durch Beschluss v. 1. 3. 1999, 606 - Ds 6/99 - abgelehnt.

Der Autor war seinerzeit der Verteidiger in diesem Strafverfahren.

Berliner Gerichte beibehalten²² und sind auch durch den Bundesgerichtshof mehrfach²³ bestätigt worden.²⁴

Gegen diese ganz eindeutige Rechtslage werden in der Diskussion zur Zulässigkeit des Drugchecking mehrere Argumente vorgebracht, die sämtlich nicht tragen.²⁵

(i) *Patzak*²⁶ meint, der Besitzwille sei schon dann gegeben, wenn derjenige, der die Betäubungsmittel an sich nimmt, die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache - jedenfalls kurzfristig - erhalten will. Das sei etwa auf dem Weg zur Polizei wohl eindeutig der Fall. Der Entscheidung, auf die sich *Patzak* beruft,²⁷ liegt aber eine gänzlich andere Sachverhaltskonstellation zu Grunde, und der BGH stellt in dieser Entscheidung selbst ausdrücklich fest, dass es sich bei den Fällen, in denen die Betäubungsmittel möglichst bald vernichtet werden sollen,²⁸ um eine andere Fallkonstellation handele.²⁹

(ii) *Malek*³⁰ vertritt, die Ansicht der oben genannten Rechtsprechung sei unvereinbar mit dem Zweck der Vorschrift, ein kausales und nicht ein finales Verhalten zu erfassen. Dieses Argument reduziert den Anwendungsbereich des Straftatbestandes allein darauf, dass (kausal) eine tatsächliche Herrschaft begründet wird. Richtig daran ist die Überlegung, dass es beim Besitztatbestand nicht auf die Motive ankommt,³¹ was aber nichts daran ändert, dass

²² OLG Hamm NSTz 2000, 600.

²³ BGH, Urt. v. 15. 10. 1997, 2 StR 393/97; BGH NSTz 2005, 155, 156; BGH NSTz 2011, 98.

²⁴ Ebenso Franke/*Wienröder*, aaO, § 29 Rn 133, mit der Modifikation, dass es darauf ankomme, ob der Besitzwille sich auf ein auf gewisse Dauer ausgerichtetes Herrschaftsverhältnis erstrecke oder nicht, im Ergebnis auch *Weber*, aaO, § 4 Rn 57 und *Hügel/Junge/Lander/Winkler*, Deutsches Betäubungsmittelrecht, 2013, §29 BtMG Rn 13.2.1.

²⁵ Auf die gutachterlichen Stellungnahmen von *Dähne/Meyer*, aaO [o. Fn 8] und *Platthoff* [Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 18/2867, 21. Mai 2014], die bestreiten, dass es zu dieser Frage mit der ständigen Rechtsprechung eine eindeutige Rechtslage gibt, ist hier nicht vertieft einzugehen:

So kommt das Gutachten von *Dähne/Meyer* zu einem abweichenden Ergebnis [aaO, S. 12/13], ohne die einschlägige Rechtsprechung auch nur mit einem Wort zu würdigen.

Die Einwände von *Platthoff* sind schon aus methodischen Gründen verfehlt: Zunächst ist die Frage der Definition des Besitzes entgegen der anderslautenden Behauptung von *Platthoff* [aaO, S. 8] sehr wohl auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt, siehe oben bei Fn 18 - 22. Zweitens ändern weder die fernliegende Schlussfolgerung, die *Platthoff* aus den Gesetzesmaterialien zur Einführung des BtMG ziehen will [aaO, S. 7], und noch weniger die Tatsache, dass sich der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages im Jahr 2012 gegen die Einführung von Drugchecking ausgesprochen, also eine politische Stellungnahme abgegeben hat, etwas an dieser Rechtslage, so aber *Platthoff*, aaO, S. 8.

Das weitere Argument, der Besitzbegriff müsse im Hinblick darauf interpretiert werden, welche Konsequenzen die Regelung in § 10a BtMG für die Zulässigkeit des Drugchecking hat [aaO, S. 9], ist schlicht abwegig - beide Normen haben ganz unterschiedliche Regelungsbereiche und Regelungszwecke.

²⁶ *Körner/Patzak*, aaO, § 29 Teil 13 Rn 53; *Patzak* folgend auch *Platthoff*, aaO, S. 7.

²⁷ BGH StV 1988, 432, 433; bestätigt durch BGH NJW 1996, 1605.

²⁸ BGH StV 1988, 433 verweist dazu sogar auf OLG Stuttgart MDR 1978, 595; vgl. dazu oben bei Fn 19.

²⁹ Die Kommentierung von *Körner/Patzak* ist widersprüchlich, denn „im Ergebnis“ hält *Patzak* eine Strafbarkeit von „Drogentestern“ beim Drugchecking auch wegen Besitz für „zweifelhaft“, aaO, § 29 Teil 21 Rn 58.

³⁰ Betäubungsmittelstrafrecht, 4. Aufl. 2015, S. 90.

³¹ BGH StV 1988, 595.

strafbarer Besitz über die wissentliche Sachherrschaft hinaus zusätzlich einen Sachherrschaftswillen voraussetzt, der sich darin äußert, "sich selbst die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten."³² Wer aber Betäubungsmittel allein deswegen entgegennimmt, um sie umgehend zur Analyse und nachfolgenden Vernichtung weiterzuleiten, will sich eben gerade keine ungehinderte Einwirkung auf die Sache erhalten.³³

(iii) Der zentrale Einwand, der von *Kotz* gegen die Rechtsprechung erhoben wird, die einen Besitzwillen verneint, wenn die Betäubungsmittel der Vernichtung zugeführt werden sollen, lautet, dass diese Auslegung dem „Zufall Tür und Tor öffnen würde“, weil es unklar sei, wann derjenige, der die Betäubungsmittel letztlich loswerden wolle, dieses Vorhaben umsetze.³⁴ Besitz müsse daher schon mit dem Ansichnehmen der Betäubungsmittel und dem damit bewirkten Verlust der Einwirkungsmöglichkeiten durch den Vorbesitzer bejaht werden.

Das tatsächliche Problem, dass mit dieser Argumentation zum Ausgangspunkt der Auslegung des Besitzbegriffs wird, stellt sich aber bei einem staatlich lizenzierten und kontrollierten Drugchecking gar nicht. Das Verhalten der Mitarbeiter, die dort die Betäubungsmittel entgegennehmen und zur Substanzanalyse weiterleiten, findet nach den vorab geregelten Abläufen einer Best Practice statt, nach denen der „Zufall“, wann und wie die Weiterleitung erfolgt, gerade ausgeschlossen wird.³⁵

Auch der weitere Einwand, die Auslegung der Rechtsprechung, die einen Herrschaftswillen verneine, wenn die Betäubungsmittel allein deswegen entgegen genommen werden, um sie der Analyse und nachfolgenden Vernichtung zuzuführen, laufe der Funktion des Tatbestandes zuwider, „dem Inverkehrgelangen von BtM, auf welche Weise auch immer, entgegen zu wirken“³⁶, trifft nicht zu. Denn die Gefährdungslage, mit der die Strafbarkeit des Besitzes begründet wird, die darin liegen soll, dass der Besitz immer auch dazu führen

³² So aber auch *Malek*, aaO, S. 90; dass man ausgehend von den gleichen Grundsätzen wie *Malek* dennoch zum gleichen Ergebnis gelangen kann wie die ständige Rechtsprechung, zeigt die Kommentierung von *Franke/Wienröder*, aaO, § 29 Rn 133, 138.

³³ Auch die Entscheidung BGH StV 1988, 595, die sich auf die oben genannte Ansicht von *Malek* bezieht, wendet sich ausdrücklich nicht gegen die oben in Fn 18 - 22 genannte Rechtsprechung.

³⁴ MüKo-StGB/*Kotz*, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn 1186 ff [in der 3. Auflage ist der „Exkurs“ mit dieser Begründung nicht mehr enthalten].

³⁵ Für den Einzelfall genauso *Franke/Wienröder*, aaO, § 29 Rn 133, 138, der für die Feststellung, dass die Person, die Betäubungsmittel entgegengenommen hat, die Absicht zu alsbaldiger Vernichtung der Betäubungsmittel hatte, verlangt, dass das Fehlen des Willens, sich die Möglichkeit zur Einwirkung auf die Betäubungsmittel in anderer Weise als durch Vernichtung zu erhalten, dokumentiert ist.

³⁶ MüKo - StGB/*Kotz*, aaO, § 29 BtMG Rn 1199; zur gegenläufigen Argumentation mit dem Gesetzeszweck vgl. *Hügel/Junge/Lander/Winkler*, aaO, § 29 BtMG Rn 10.4.

kann, dass die Betäubungsmittel an andere Personen und damit in den Verkehr gelangen, besteht beim Drugchecking ja gerade nicht.

Somit widerspricht es auch nicht dem Gesetzeszweck der Besitzstrafbarkeit, beim Drugchecking einen strafbaren Besitz der Mitarbeiter einer solchen Einrichtung zu verneinen. Instruktiv ist die sog. Cannabis-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Sie begründet die Vereinbarkeit der Strafbarkeit auch des Besitzes kleinster Mengen zum Eigenkonsum mit der abstrakten Fremdgefahr der Möglichkeit einer unkontrollierten Weitergabe an Dritte, die mit dem Besitz von Betäubungsmitteln generell einhergehe.³⁷ Auch solche Fälle, in denen beim Besitz kleinster Mengen zum Eigenkonsum keine Fremdgefährdung verursacht wird, nimmt das BVerfG nicht aus der Strafbarkeit heraus, sondern sieht die angemessene Lösung für diese Fälle bei der Einstellung des Verfahrens und einem Absehen von Strafe. Denn auch in solchen Fällen, in denen nachträglich festgestellt wird, dass der Besitz kleinster Mengen dem Eigenkonsum gedient hat, war die Möglichkeit einer Weitergabe an Dritte nicht gänzlich ausgeschlossen. Aber genau diese Konstellation ist beim Drugchecking prinzipiell durch die institutionell geregelten Abläufe des Umgangs mit den übergebenen Substanzen und die Transparenz des Umgangs mit den Substanzen durch die Mitarbeiter in einer Einrichtung des Drugchecking typischerweise nicht gegeben. Kurz: Jegliche Gefahr der Weitergabe der zur Analyse überlassenen Substanzen, die zu einem unerlaubten Konsum führen kann, ist beim Drugchecking praktisch ausgeschlossen.

Zwischenergebnis: Der beim Drugchecking kurzfristig nach der Überlassung der Substanzen für die Mitarbeiter in der Einrichtung entstehende tatsächliche Zugriff auf die Substanzen begründet keinen strafbaren Besitz gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG. Dieses schon nach der Auslegung des Tatbestandes eindeutige Ergebnis wird zusätzlich dadurch bestätigt, dass der Zweck der Strafbarkeit des Besitzes gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG bei diesem Sachverhalt nicht gegeben ist.

3. Weitergabe an ein Labor – Botentätigkeit

Nach der *Konzeption* wird die Substanzeanalyse nicht in der Einrichtung des Drugchecking vorgenommen, so dass die Substanzen zu dem Labor gebracht werden müssen, in dem dann die Substanzeanalyse durchgeführt wird. Für die rechtliche Bewertung des Zugriffs auf die Substanzen, die der „Bote“ ggf. hat, der die Substanzen transportiert, gelten die selben Grundsätze wie für den Zugriff auf die Substanzen unmittelbar nach ihrer Entgegennahme.

³⁷ BVerfGE 90, 145, 187.

Auch der „Bote“ macht sich weder wegen Erwerb strafbar, denn er erhält keine Verfügungsgewalt über die Substanzen, noch wegen Besitz, denn er hat ebenfalls keinen Besitzwillen.³⁸

3.1. Strafbarkeit wegen Sonstigen Inverkehrbringens, § 29 Abs.1 S.1 Nr.1 BtMG

Das Sonstige Inverkehrbringen wird im Anschluss an das Reichsgericht³⁹ definiert als „jede, gleichwie geartete Möglichkeit, dass ein anderer die tatsächliche Verfügung über den Stoff erlangt und ihn nach eigener EntschlieÙung verwenden kann, also jede Verursachung eines Wechsels der Verfügungsgewalt der Betäubungsmittel“ an eine weitere Person.⁴⁰

Auf Grund dieser Definition könnte man erwägen, dass dieser Tatbestand im Hinblick auf die Weitergabe der in der Einrichtungen des Drugchecking entgegengenommenen Substanzen an die „Personen,“ die dann im Labor die Untersuchung vornehmen, einschlägig ist. Aber schon das Reichsgericht hat in seiner Leitentscheidung zu dieser weiten Definition deutlich gemacht, worum es bei diesem Straftatbestand geht: Es soll verhindert werden, dass über den Wechsel der Verfügungsmacht Betäubungsmittel an den Verbraucher gelangen können.⁴¹ Weiterhin wird das Sonstige Inverkehrbringen als Auffangtatbestand verstanden,⁴² für dessen Vorliegen ebenso wie beim Besitztatbestand⁴³ nicht nur der objektiv mögliche Zugriff auf die Substanz ausreicht⁴⁴ sondern es muß hinsichtlich der erlangten Verfügungsmacht eine Erweiterung des Personenkreises stattfinden, der nach Belieben mit dem Betäubungsmittel verfahren, es verbrauchen oder sonst verwenden kann.⁴⁵ Für die Übergabe an eine Person zur Untersuchung und der damit einhergehenden Vernichtung des Betäubungsmittels bedeutet dies, dass gerade keine freie Verfügungsmacht über die Substanz eröffnet wird.⁴⁶ Damit findet schon im Verhältnis der Person, die die Substanz zur Untersuchung in die Einrichtung mitbringt, und dem Mitarbeiter der Einrichtung, die die Substanz entgegennimmt, kein strafbares Sonstiges Inverkehrbringen statt, und das Gleiche

³⁸ Zur rechtlichen Gleichstellung von Personen, die zu Zwecken des Drugchecking die Substanzen vom Vorbesitzer entgegennehmen, mit etwaigen Boten vgl. auch *Dähne/Meyer*, aaO [o. Fn 8], S. 10 f.

³⁹ RGSt 62, 369, 389.

⁴⁰ Körner/*Patzak*, aaO, § 29 Teil 9 Rn 3 mN. zur ständigen Rspr.

⁴¹ AaO, oben Fn 39.

⁴² *Weber*, aaO, § 29 Rn 1149.

⁴³ Dazu oben unter 2.3. zum Besitzwillen.

⁴⁴ So lehnt BGH StV 1981, 127 (128) ein Sonstiges Inverkehrbringen mit dem Argument ab, der zwischenzeitliche Aufbewahrer der Betäubungsmittel haben diese nur in den Gewahrsam des Besitzers zurückgeführt, und das OLG Zweibrücken (NStZ 1986, 558) geht davon aus, dass für den, der bei ihm aufbewahrte Betäubungsmittel vom Balkon in den darunter liegenden Hof wirft, der Tatbestand des Sonstigen Inverkehrbringens greift, falls er damit die Möglichkeit eröffnet, dass ein anderer die Verfügungsgewalt über die Betäubungsmittel erlangt.

⁴⁵ *Weber*, aaO, § 29 Rn 1161 mN.

⁴⁶ *Weber*, aaO.

gilt selbstverständlich für den Mitarbeiter der Einrichtung oder auch den Boten, der die Substanz dann zur Untersuchung an das Labor weitergibt.⁴⁷

3.2. Erlaubnispflichtigkeit der Weitergabe der Substanz an das Labor

Dass die Weitergabe der Substanz an das Labor der Untersuchung keine strafbare Handlung darstellt, bedeutet aber nicht zwingend, dass dieses Verhalten auch nicht erlaubnispflichtig ist. Dafür, dass es dafür trotz Straflosigkeit einer Genehmigung des BfArM gem. § 3 BtMG bedarf, könnten die Regelungen der §§ 15 und 16 BtMG sprechen.⁴⁸ Da diese Frage in engem Kontext mit der Erlaubnispflichtigkeit der Untersuchung der Substanz zu sehen ist, wird sie erst später unter D) 5.2. behandelt.

4. Generelle Zulässigkeit von Drugchecking

Gegen die Zulässigkeit von Drugchecking wird weiterhin geltend gemacht, der Gesetzgeber habe mit der gesetzlichen Regelung für die Drogenkonsumräume in § 10 a BtMG die Unzulässigkeit des Drugchecking herbeigeführt und nach der gleichzeitig eingeführten Strafvorschrift des § 29 Abs. 1 Nr. 11 sei Drugchecking auch unter Strafe gestellt.

4.1. Verwaltungsrechtliches Verbot des Drugchecking im Hinblick auf die Regelung des § 10 a Abs. 4 BtMG

Mit dem durch das 3. BtMGÄndG v. 28. 3. 2000 neu geschaffenen § 10a BtMG hat der Gesetzgeber für das Betreiben von Drogenkonsumräumen eine gesetzliche Grundlage geschaffen.⁴⁹ Danach bedarf einer Erlaubnis der zuständigen obersten Landesbehörde, wer eine Einrichtung betreiben will, in deren Räumlichkeiten Personen, die von Betäubungsmitteln abhängig sind, eine Gelegenheit zum Verbrauch von mitgeführten, ärztlich nicht verschriebenen Betäubungsmitteln verschafft oder gewährt wird (sog. Drogenkonsumraum). In der Ermächtigungsgrundlage des § 10a Abs. 2 BtMG werden Mindeststandards „für die Sicherheit und Kontrolle beim Verbrauch von Betäubungsmitteln in Drogenkonsumräumen“ festgelegt. § 10a Abs. 4 BtMG stellt weiterhin klar, dass eine Erlaubnis nach Absatz 2 keine Berechtigung gibt, „eine Substanzanalyse der mitgeführten Betäubungsmittel durchzuführen.“

Die Kommentarliteratur geht zum Teil davon aus, dieses ausdrücklich Verbot der Substanzanalyse in Drogenkonsumräumen beinhalte auch eine generelle gesetzgeberische

⁴⁷ Detailliert zur Übergabe an den Boten Horn, NJW 1977, 2329, 2333.

⁴⁸ So etwa der Verweis auf § 16 BtMG bei Körner/Patzak (aaO, § 29 Teil 9 Rn 6) zu Fällen der Dereliktion.

⁴⁹ Zur Vorgeschichte vgl. Körner/Patzak, aaO, § 10a Rn 1 ff.

Missbilligung von Einrichtungen des Drugchecking.⁵⁰ Die Analyse von Wortlaut, Teleologie der Regelung und Systematik führt aber zu einem anderen Ergebnis:

(i) Nach dem Wortlaut der Vorschrift, die „das in einem Drogenkonsumraum tätige Personal“ adressiert, ist ausschließlich geregelt, dass die nach der Ermächtigungsgrundlage mögliche Erlaubnis für den Betrieb eines Drogenkonsumraums nicht die Erlaubnis umfasst, eine Substanzanalyse der mitgeführten Betäubungsmittel durchzuführen. Nach dem Wortlaut trifft die Vorschrift daher ausschließlich eine Regelung für Substanzanalysen in und durch das Personal von Drogenkonsumräumen.

(ii) Der Gesetzgeber hat umgekehrt kein ausdrückliches Verbot aufgestellt, wonach etwa andere Personen oder auch Einrichtungen der Drogenhilfe, die keine „Einrichtung“ betreiben, die als Drogenkonsumraum dient, von dieser Regelung betroffen sein sollen, die dazu geschaffen wurde, den Umfang der Erlaubnis beim Betrieb von Drogenkonsumräumen festzulegen. Vielmehr hat der Gesetzgeber es im Übrigen bei den Regelungen und der Systematik des BtMG belassen, wonach bestimmte Tathandlungen gem. § 3 BtMG einer Erlaubnis bedürfen und darüber hinaus auch unabhängig von den Regelungen des § 3 BtMG der Umgang mit Betäubungsmitteln unter die Straftatbestände des § 29 BtMG fallen kann. Des weiteren hat der Gesetzgeber auch die Regelungen des § 4 Abs. 2 und insbes. des § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG unangetastet gelassen, die es prinzipiell ermöglichen, dass Substanzanalysen erlaubnisfrei in Apotheken durchgeführt werden können.⁵¹

(iii) Der Regelung des § 10a Abs. 4 BtMG könnte daher nur dann ein generelles Verbot für die Einrichtung von Drogenhilfeangeboten, die der Durchführung des Drugchecking dienen, entnommen werden, wenn sich aus dem Regelungszweck des § 10a Abs. 4 BtMG über den Wortlaut und systematischen Kontext der Regelung hinaus, dem Betrieb von Drogenkonsumräumen, zwingend auch ein generelles Verbot von Substanzanalysen außerhalb des Betriebs von Drogenkonsumräumen ergäbe. Das ist nicht ersichtlich. So ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und den Plenardebatten vor der Verabschiedung des § 10a BtMG, dass das Verbot von Substanzanalysen gem. § 10a Abs. 4 BtMG in engem Zusammenhang gerade mit dem Betrieb von

⁵⁰ Die Begründungen sind eher unklar, vgl. Körner/Patzak, aaO, § 10a Rn 26: „aus dem Kontext (kann) entnommen werden“, sowie Weber, aaO, § 4 Rn 61: Klarstellung für jegliche Substanzanalyse, dass das Ziel der Harm Reduction die Erlaubnispflicht/Strafbarkeit nicht ausschließe.

⁵¹ Dazu näher unten unter D) 5.1.

Drogenkonsumräumen steht und dass es bei der Diskussion, die zu dieser Regelung geführt hat, gerade nicht um die generelle Zulässigkeit von Substanzeanalysen ging. So sind Drogenkonsumräume nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des § 10a BtMG als Orte für schwerstabhängige Heroinkonsumenten konzipiert,⁵² in denen der Verelendung dieser kranken Menschen begegnet werden soll.⁵³ Gegen die Befürchtung der Kritiker der Drogenkonsumräume, diese könnten auch Jugendlichen und Erstkonsumenten Gelegenheiten zum Konsum auch von anderen Drogen schaffen, wurde nicht nur argumentiert, dass etwa Cannabis und Ecstasy Freizeitdrogen seien, die vielfach in einer Partyatmosphäre konsumiert würden (und nicht unter den Bedingungen, unter denen verelendete Heroinabhängige konsumieren), dass es eine Trennung der Konsumentenszenen von Heroinabhängigen und Gebrauchern von Pillen und Cannabis gebe und dass es geradezu absurd sei anzunehmen, Drogenkonsumräume, in denen schwerstabhängige Heroinkonsumenten sich aufhalten, könnten auf Jugendliche oder Erstkonsumenten anziehend wirken,⁵⁴ sondern es wurde in der Debatte ausdrücklich klargestellt, dass Drogenkonsumräume ausschließlich für Menschen geschaffen werden sollten, die wegen ihrer schon bestehenden Drogenabhängigkeit ohnehin täglich Opiate konsumieren. Erstkonsumenten und Gelegenheitskonsumenten sollten gerade keinen Zutritt haben.⁵⁵ Diese Debatte macht nicht nur deutlich, dass es bei der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für den Betrieb von Drogenkonsumräumen vor allem um schwerstabhängige Opiatkonsumenten ging, sondern auch, dass umgekehrt jeglicher Anreiz für andere Drogenkonsumenten, diese Räume aufzusuchen, ausgeschlossen werden sollte. Dieses Ziel wird nicht nur explizit in der Regelung des § 10a Abs. 2 Nr. 7 BtMG deutlich, der eine genaue Festlegung des Benutzerkreises der Drogenkonsumräume verlangt, sondern mit dieser Zielsetzung musste auch jeglicher Anreiz vermieden werden, der andere Drogenkonsumenten, die nicht zu dem avisierten Kreis der Nutzer der Drogenkonsumräume zählen, dazu veranlassen könnte, die Drogenkonsumräume aufzusuchen. Die Durchführung einer Substanzeanalyse wäre ein solcher möglicher Anreiz gewesen und musste daher nach

⁵² Plenarprotokoll 14/79 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht 79. Sitzung Berlin, Donnerstag, 16. Dezember 1999, S. 7330 ff.

⁵³ Plenarprotokoll 14/79, aaO, S. 7331.

⁵⁴ Plenarprotokoll 14/79, aaO, S. 7331 f.

⁵⁵ Plenarprotokoll 14/90, aaO, Stenographischer Bericht 90. Sitzung Berlin, Freitag, 24. Februar 2000, S. 8329.

der Zielsetzung des § 10a BtMG in Drogenkonsumräumen eindeutig verboten werden.⁵⁶

Zwischenergebnis: Das Verbot des § 10a Abs. 4 BtMG, wonach die Durchführung einer Substanzanalyse in Drogenkonsumräumen verboten ist, beinhaltet kein generelles Verbot der Einrichtung von Drogenhilfeinstitutionen zum Zweck des Drugchecking.

Exkurs zur Konzeption des Drugchecking in den Räumen der Kontaktstelle SKA

Nach der *Konzeption* [S. 13] soll das Drugchecking in der Einrichtung der Kontaktstelle „im Anschluss an die Öffnungszeiten des offenen SKA-Kontaktbereichbetriebes und des SKA-Drogenkonsumraums“ stattfinden.

Wie zuvor ausgeführt wurde, ergibt sich aus dem Verbot für das „in einem Drogenkonsumraum tätige Personal“ (§ 10a Abs. 4 BtMG) zwar kein generelles Verbot von Substanzanalysen im Rahmen eines Drugchecking. Und die *Konzeption* will ersichtlich durch die Planung, dass der Drogenkonsumraum innerhalb der Räume der Kontaktstelle SKA während der Testsprechstunde geschlossen ist [S. 13], der Regelung des § 10a Abs. 4 BtMG gerecht werden. Man wird dennoch einwenden können, dass damit das Gebot, das sich aus der Gesetzgebungsgeschichte zu § 10a BtMG klar ergibt, wonach eine strikte räumliche Trennung zwischen einem Drogenkonsumraum und dem Angebot einer Substanzanalyse / Drugchecking einzuhalten ist, um dadurch eine möglichst strikte Trennung zwischen der Klientel herbeizuführen, die jeweils eine der beiden Einrichtungen aufsucht, nicht ausreichend beachtet wird – etwa wenn sich nach Schließung des Drogenkonsumraums dessen Nutzer noch in den Räumlichkeiten des SKA aufhalten und sich damit sowohl die Besucher der Testsprechstunde als auch die Nutzer der Drogenkonsumräume beide in den Räumlichkeiten der Einrichtung der Kontaktstelle SKA aufhalten. Es wird daher zumindest⁵⁷ notwendig sein, die organisatorischen Abläufe eindeutig und im Detail so zu gestalten, dass das oben dargestellte „Trennungsgebot“ eingehalten wird.⁵⁸

⁵⁶ Nicht verkannt wird, dass es zudem auch Gründe gegeben haben mag, warum der Gesetzgeber umgekehrt auch solchen Konsumenten, die zu dem Adressatenkreis der Drogenkonsumräume zählen, unter den Bedingungen des Drogenkonsumraums keine Substanzanalyse anbieten wollte.

⁵⁷ Mangels Kenntnis der Örtlichkeiten in den Räumen der Kontaktstelle SKA lassen sich an dieser Stelle keine weiteren konkreten Vorschläge machen, sondern das Problem kann nur abstrakt benannt werden.

⁵⁸ Das „Trennungsgebot“ erstreckt sich sicherlich auch auf die Mitteilung der Testergebnisse in den Räumen der Einrichtungen, wie sie in der *Konzeption* [S. 16 am Ende] kurz angesprochen wird.

4.2. Drugchecking als strafbares Verschaffen einer Gelegenheit

Weitere Strafnormen, die neben dem Besitztatbestand im Kontext von Drugchecking diskutiert werden, sind §§ 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG.⁵⁹ Hierbei geht es nicht darum, ob einzelne Handlungen, die beim Drugchecking erfolgen, wie etwa die Entgegennahme der Substanzen, strafbar sind, sondern es wird vertreten, dass der für das Drugchecking konstitutive Vorgang, die Substanzanalyse mit anschließender Mitteilung des Resultats,⁶⁰ selbst eine Strafbarkeit begründe.

4.2.1. § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG

§ 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG regelt zunächst das Verschaffen oder Gewähren einer Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln oder deren öffentliche oder eigennützige Mitteilung. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift, die sich in erster Linie an einen Täterkreis richtet, der seinen Betrieb, wie etwa eine Diskothek, zu einem „einträglichen Umschlagplatz für Rauschgifte“ macht,⁶¹ haben mit Drugchecking nicht zu tun. Denn beim Drugchecking findet kein Erwerb durch die Konsumenten⁶² oder eine Abgabe an sie statt, wie es der Tatbestand des § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG voraussetzt.

Es gibt daher überhaupt nur eine Konstellation, in der der Tatbestand des § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG einschlägig sein könnte.⁶³ So soll der Tatbestand erfüllt sein, wenn nach einer Substanzanalyse die Betäubungsmittel „zum Erwerb zurückgegeben werden.“⁶⁴ Ob diese Ansicht richtig ist, die zur Grundlage hat, dass der Begriff der „Gelegenheit“ nicht voraussetzt, dass eine Drogenquelle erschlossen wird, die vorher nicht bestand,⁶⁵ kann hier dahinstehen: Denn eine Rückgabe von Betäubungsmitteln, die zur Analyse übergeben werden, ist nach der *Konzeption* des Drugchecking nicht vorgesehen.

4.2.2. § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG

Gewichtiger ist daher der Einwand gegen das Drugchecking, die Substanzanalyse verschaffe eine „Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln“ gem. § 29 Abs. 1 Nr.

⁵⁹ Beispielfhaft *Dähne/Meyer*, aaO [o. Fn 8], S. 14 f.

⁶⁰ Vgl. zur Beschreibung oben unter A).

⁶¹ *Malek*, aaO, S. 122.

⁶² Dazu, dass Erwerb auch auf der Seite der Mitarbeiter einer Einrichtung des Drugchecking nicht stattfindet, vgl. oben unter 2.2.2.

⁶³ Ein „Verleiten“ zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln scheidet deswegen aus, weil unter Verleiten eine Willensbeeinflussung mit dem Ziel des Betäubungsmittelkonsums verstanden wird, MüKo-StGB/Kotz, aaO, § 29 BtMG Rn 1487. Das ist bei staatlich geregelten und überwachten Einrichtungen des Drugchecking konzeptionell ausgeschlossen.

⁶⁴ *Weber*, aaO, § 29 Rn 1741; *Körner/Patzak*, aaO, § 29 Teil 21 Rn 58; für Abgabe in diesem Fall *Hügel/Junge/Lander/Winkler*, aaO, § 29 BtMG Rn 19.2.

⁶⁵ So etwa *Weber*, aaO, § 29 Rn 1736; dagegen *MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu*, aaO, § 29 BtMG Rn 1434 ff.

11 BtMG.⁶⁶

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Verschaffens einer Gelegenheit“ ist gerade auch deswegen umstritten und unklar, weil der Wortlaut der Norm in beiden Begriffen kaum Konturen vorgibt. Eine Richtlinie für die Auslegung ergibt sich aber aus der Entscheidung des Gesetzgebers, mit der Einführung der Vorschrift auf eine „herrschende Auffassung“⁶⁷ zu reagieren, wonach der Betrieb eines Drogenkonsumraums den Konsum von Betäubungsmitteln unmittelbar fördert oder erleichtert und damit das Tatbestandsmerkmal des Verschaffens einer Gelegenheit erfüllt, weil die Einnahme in einem Drogenkonsumraum aus Sicht der Drogenabhängigen sonstigen Konsummodalitäten vorzuziehen sei.⁶⁸ Der Tatbestand des Verschaffens einer Gelegenheit stellt nach dieser extensiven Auslegung⁶⁹ somit auch unter Strafe, dass Bedingungen hergestellt werden, die dem Verbrauch unmittelbar förderlich sind, indem günstige Möglichkeiten zum Konsum eröffnet werden.⁷⁰

Die Auffassungen, die behaupten, auch durch eine Substanzanalyse und die Mitteilung ihres Resultats sei der Tatbestand des Verschaffens einer Gelegenheit erfüllt, sehen den Tatbestand somit nicht nur bei einer Erleichterung der Bedingungen, unter denen die Einnahme von Betäubungsmitteln stattfindet, erfüllt, sondern erstrecken den Anwendungsbereich der Vorschrift darüber hinaus auf die Mitteilung von Informationen zu Betäubungsmitteln, die ggf. für die Entscheidung, ob bestimmte Betäubungsmittel eingenommen werden, relevant sein können.⁷¹ Diese Differenz zwischen einer Erleichterung der *Einnahme selbst* und der Bereitstellung von Informationen, die für die *Entscheidung* für

⁶⁶ So vor allem *Weber*, aaO, § 29 Rn 1831.

⁶⁷ So *Franke/Wienröder*, aaO, Rn 203.

⁶⁸ Vgl. *Wienröder*, aaO.

⁶⁹ Die Gegenposition argumentierte, der Täter müssen eine neue Drogenquelle erschlossen oder durch die Tat den Kreis der Konsumenten erweitert haben; so *Körner*, BtMG, 6. Aufl. 2007, § 29 Rn 1795; *MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu*, aaO, § 29 BtMG Rn 1508.

In der Praxis der Staatsanwaltschaften hatte sich nach den Gutachten von *Körner* aus 1993 und 1994 zur Straflosigkeit des Betriebs von Gesundheitsräumen zunehmend die Einsicht durchgesetzt, das Betreiben von Gesundheitsräumen nicht als Verschaffen einer Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch zu werten und daher nicht durch Maßnahmen der Strafverfolgung zu behindern, vgl. zu dieser kriminalpolitischen Entwicklung *Körner/Patzak*, aaO, § 10a Rn 2 ff.

⁷⁰ BayObLG NSTz 1991, 496, 497; OLG Hamm, Beschl. v. 4. 4. 2002 – 3 Ss 209/02 –; *Körner/Patzak*, aaO, § 29 Teil 21 Rn 8; *Hügel/Junge/Lander/Winkler*, aaO, § 29 BtMG Rn 19. 2.; zumindest wesentliche Erleichterung des Drogenkonsums verlangt BGH NSTz 1982, 335; zustimmend *Malek*, aaO, S. 123.

⁷¹ Widersprüchlich *Körner/Patzak*: Während zu Recht abgelehnt wird, dass die Mitteilung von Testergebnissen eine Strafbarkeit gem. § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG nach begründen könne [aaO, § 29 Teil 21 Rn 58], wird in der Entgegennahme von Substanzen und der Substanzanalyse ein nach § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG strafbarer Verstoß gesehen [aaO, Rn 60], obwohl die Handlungen der Entgegennahme und der Substanzanalyse offensichtlich ohne die Mitteilung des Ergebnisses der Substanzanalyse kein Verschaffen einer Gelegenheit des unbefugten Verbrauchs begründen können. Auf diesen Widerspruch geht *Platthoff* [aaO, o. Fn 25, S. 9], der diese Kommentarstellen bei *Körner/Patzak* [Vorauslage] zustimmend referiert, nicht ein.

eine Einnahme relevant sein können, wird von Behauptungen wie jener gänzlich eingegeben, auch mit der Substanzanalyse „entstehe“ die Möglichkeit zum unbefugten Konsum,⁷² und selbst der Apotheker, der eine Substanzanalyse durchführe, verschaffe dem Konsumenten nicht nur bei einer Rückgabe der Betäubungsmittel, sondern auch dann eine Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch, „wenn (..) der Verbrauch der bei dem Konsumenten verbliebenen Betäubungsmittel durch den Test jedoch erleichtert wird.“⁷³

Diese Auslegung, auch die Mitteilung einer Information über die Qualität einer Substanz sei das Verschaffen einer Gelegenheit zu ihrem Verbrauch, überschreitet die Grenzen der Auslegung des Wortlauts und ist daher von vorneherein ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche geschützte Bestimmtheitsgebot.⁷⁴

Aber auch die Argumentation mit der Systematik der gesetzlichen Regelungen, auf die sich die Behauptung stützt, Drugchecking sei gem. § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG verboten und strafbar, trägt nicht.

(i) Ein Argument lautet, die Regelung des § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG, wonach die Strafbarkeit entfällt, wenn der Täter im Rahmen einer Erlaubnis nach § 10a BtMG handelt, bestätige diese Auffassung.⁷⁵ Das ist schlicht eine weitere Behauptung. Richtig ist, dass die Regelung des § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG jene Tathandlungen, die ggf. beim Betrieb eines Drogenkonsumraums gem. § 10a BtMG erfolgen, dann von der Strafbarkeit ausschließt, wenn der Betrieb erlaubt ist, und dass umgekehrt die Verschaffung einer Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch außerhalb eines genehmigten Betriebs eines Konsumraumes strafbar ist. Hintergrund dieser Regelung ist eine Klarstellung der zuvor unklaren Rechtslage hinsichtlich des Verbrauchs von Betäubungsmitteln beim Betrieb von Drogenkonsumräumen,⁷⁶ und flankierend wird klargestellt, dass die Verschaffung von Konsumgelegenheiten außerhalb einer nach § 10a BtMG genehmigten Einrichtung strafbar ist. Damit wird aber über den Regelungszusammenhang der Einnahme von Betäubungsmitteln hinaus keinerlei Aussage darüber getroffen, was ansonsten als ein Verschaffen einer Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln zu verstehen ist. Die Vorschrift des § 10a BtMG enthält daher auch keinerlei Aussage dazu, ob die Mitteilung des Ergebnisses einer Substanzanalyse unter den Begriff des Verschaffens

⁷² Weber, aaO, § 29 Rn 1831; Hervorhebung nicht im Original.

⁷³ Weber, aaO, § 4, Rn 47.

⁷⁴ So die ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 71, 108, 115; zuletzt: 126, 170, 197; Fischer, Strafgesetzbuch, 65. Aufl. 2018, § 1 StGB Rn 21.

⁷⁵ Weber, aaO, § 29 Rn 1831.

⁷⁶ MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu, aaO, § 29 BtMG Rn 1500, 1491; vgl. auch zur Geschichte Körner/Patzak, aaO, § 29 Teil 20 Rn 4 ff.

einer Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch fällt.

(ii) Zudem ist ein Rückschluss davon, was nicht erlaubt ist (die Durchführung einer Substanzanalyse beim Betrieb eines Drogenkonsumraumes) auf die Auslegung des Begriffs der Verschaffung einer Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch systematisch nicht möglich. So gibt ganz unbestritten § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG Apotheken die Erlaubnis zur Substanzanalyse, und in der Praxis ganz unbestritten umfasst diese Erlaubnis auch die Mitteilung der Ergebnisse gegenüber den Personen, die die Substanzen zur Analyse abgegeben haben.⁷⁷ Daher ist es widersprüchlich, wenn *Weber*⁷⁸ einerseits von der fehlenden Erlaubnis zum Drugchecking in Drogenkonsumräumen gem. § 10a Abs. 4 BtMG darauf schließt, dass das Drugchecking als Verschaffen einer Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch anzusehen sei, andererseits aber aus der eindeutigen Erlaubtheit der Substanzanalyse in Apotheken nicht den umgekehrten Schluss zieht, dass die Mitteilung von Testergebnissen kein Verschaffen einer Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch ist.

(iii) Die Auffassung, Drugchecking verschaffe eine Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln, ist aber nicht nur falsch, weil sie mit dem Wortlaut und der systematischen Auslegung der Vorschrift unvereinbar ist, sondern auch die tatsächlichen Annahmen, auf denen diese Auffassung beruht, treffen nicht zu. Die Behauptung lautet ja, dass der Verbrauch von Betäubungsmitteln „durch den Test“⁷⁹ - gemeint ist wohl: Durch die Mitteilung des Testergebnisses - erleichtert wird. Dass der Verbrauch selbst erleichtert wird, kann - anders als bei dem Betrieb von Konsumräumen - nicht gemeint sein. Es kann also nur um weitere „Erleichterungen“ im Hinblick auf den unbefugten Konsum gehen,⁸⁰ und hierzu bedarf es dann der Annahme, die ersichtlich auch die drogenpolitische Abwehrhaltung gegen das Drugchecking prägt, „das Untersuchungsergebnis würde den Verbrauchern das vor dem Konsum abschreckende Risiko schädlicher Nebenwirkungen nehmen.“⁸¹

Das ist (wiederum) eine schlichte und auf keinerlei Empirie gestützte Behauptung. Wie der

⁷⁷ Wäre dies anders, dann wäre die übereinstimmend in der Literatur geschilderte Praxis [*Weber*, aaO, § 4 Rn 45; MüKo-StGB/*Kotz/Oğlakcioğlu*, aaO, § 4 BtMG Rn 15 ff.], wonach die Landesapothekenkammern bei ihnen eingereichte Betäubungsmittel zur Substanzanalyse zum Zentrallabor nach Eschborn geben, ebenfalls strafbar; zur Praxis der Apotheken vgl. weiterhin die Mitteilung bei *Rausch*, Drug-Checking, abrufbar unter http://www.akzept.org/pdf/volltexte_pdf/nr24/drogenpo_na/rauschDrugchecking.pdf, ohne Jahresangabe, S. 23 ff., abgerufen am 8. 12. 2014.

⁷⁸ AaO.

⁷⁹ So *Weber*, aaO, § 4 Rn 62.

⁸⁰ Ob die Vorschrift in ihrem Anwendungsbereich generell so weit geht, ist ebenfalls mit guten Argumenten bestreitbar, zum Meinungsstand vgl. MüKo-StGB/*Kotz/Oğlakcioğlu*, aaO, § 29 BtMG § 29 BtMG Rn 1502.

⁸¹ So die Mitteilung bei *Körner/Patzak*, aaO, § 29 Teil 210 Rn 57 zu den Auffassungen „einiger Staatsanwaltschaften“.

tatsächliche Forschungsstand zu dieser Frage ist, kann der Autor (als Rechtswissenschaftler) nicht abschließend beurteilen, aber der mir bekannte Forschungsstand lässt doch folgende Einschätzung zu: Einerseits wird man es im Einzelfall nicht ausschließen können, dass die Mitteilung eines „guten“ Testergebnisses, wonach neben dem vom Einreicher erwünschten Wirkstoff der Substanz keine erkennbaren wesentlichen Verunreinigungen vorliegen, die Entscheidung zum Konsum der Substanz wegen deren (nur !) insoweit festgestellter Unbedenklichkeit erleichtert. Aber die vorliegenden wissenschaftlichen Untersuchungen zum Drugchecking legen nahe, dass diese Konstellation gerade nicht der Regelfall ist. So kommt die von der Europäischen Kommission geförderte, auf der Untersuchung von Drugchecking in den Städten Amsterdam, Hannover und Wien beruhende einschlägige wissenschaftliche Studie von *Benschop/Rabes/Korf*⁸² schon vor mittlerweile über 15 Jahren zu u.a. folgenden Ergebnissen, die auch durch andere Untersuchungen bestätigt werden:⁸³

- (i) Drugchecking Programme verzögern oder verhindern bei Unentschlossenen den Einstieg in den Konsum.
- (ii) Drugchecking führt nicht zu einer Steigerung des Konsums und wird den Kreis von Konsumenten mit großer Wahrscheinlichkeit nicht erweitern.
- (iii) Warnungen vor gesundheitsgefährdenden Substanzen haben ein höheres Maß an Glaubwürdigkeit und Akzeptanz, wenn sie im Rahmen von Drugchecking Programmen ausgegeben werden.

Dieser Stand der Erfahrung mit Drugchecking und seiner wissenschaftlichen Erforschung liegt ersichtlich auch der *Konzeption* zu Grunde.⁸⁴ Zusammengefasst zeigen die vorliegenden Erfahrungen mit Drugchecking, dass insbes. dann, wenn - wie auch nach der *Konzeption* vorgesehen - das Drugchecking nicht nur aus der Mitteilung der Testresultate besteht, sondern nach einem Modell erfolgt,⁸⁵ wonach

⁸² Pill-Testing – Ecstasy & Prävention, Eine wissenschaftliche Evaluationsstudie in drei europäischen Städten, 2002.

Untersucht wurden das Drugchecking in Amsterdam (Schnelltest und Einlieferung von Substanzen zur Analyse in einem zentralen Labor), das Testverfahren, das von der Drogenhilfe in Hannover ab Ende der 90er Jahre durchgeführt wurde (Schnelltests am Rande von Partys oder in der Drogenhilfeeinrichtung) und das Projekt CheckIT in Wien (Aufsuchende Sozialarbeit, die durch quantitatives Pill-Testing am Rande von Großpartys eine bestimmte Gruppe von Drogenkonsumenten erreichen will), vgl. aaO, jeweils S. 15 ff., 18 ff. und 21 ff.

⁸³ Vgl. Schmolke R., Drugchecking: Effektivität und Effizienz, Powerpoint Präsentation, <http://www.drugchecking.eu/pdf/schmolke.pdf>, 2008, abgerufen am 8. 12. 2014.

⁸⁴ Vgl. dort unter „Ziele“ [S. 9] sowie im Kontext des „Verfahrens“ [S. 19] zur Beachtung der in Europa für das Drugchecking üblichen und etablierten Standards.

⁸⁵ Auf europäischer Ebene existieren sowohl Richtlinien für die Einbettung von Drugchecking in Beratungsprogramme [Drugchecking Consultation and Counseling Guidelines, 2012] als auch für die

(i) generell nicht zum Drogenkonsum ermuntert, sondern über dessen Gefahren informiert wird, und

(ii) die Testergebnisse der Person, die die Substanz eingereicht hat, in einer Form mitgeteilt werden, die möglichst weitgehend eine Nutzung dieser Mitteilung als Mittel eines Gütezeichens ausschließt, also etwa keine Überlassung des Testergebnisses in Schriftform vorsieht

die Mitteilung der Testresultate beim Drugchecking typischerweise gerade nicht mit Effekten einhergeht, die den Konsum fördern oder erleichtern.⁸⁶

Somit kann selbst auf der Grundlage einer weitesten Auslegung des Tatbestandes des § 29 Abs. 1 Nr. 11 BtMG die Mitteilung der Testresultate beim Drugchecking nicht als eine Erleichterung oder Förderung des Konsums verstanden werden.⁸⁷

Zwischenergebnis: Drugchecking und hierbei insbes. die Mitteilung der Ergebnisse einer Substanzanalyse gegenüber dem Einreicher der Substanz ist nicht von den Straftatbeständen des § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG erfasst und stellt keine „Verschaffung einer Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch“ dar.⁸⁸

D) 5. Zulässigkeit der Substanzanalyse

Die *Konzeption* enthält zu der Frage, durch welches Labor die Substanzuntersuchungen durchgeführt werden sollen, nur den Hinweis, dass es möglichst ein Labor sein sollte, das keiner Genehmigung durch das BfArM bedarf, und dass das Labor über bestimmte „Kompetenzen“ verfügen sollte [S. 7]; diese Kompetenzen dürfte allerdings nur das Personal eines Labors aufweisen, das in einem wissenschaftlichen / forschenden Rahmen betrieben wird.⁸⁹ Weiterhin ist der *Konzeption* ein umfangreicher Anhang beigelegt [S. 22 ff.], der sowohl die Analyse-Methoden für Drugchecking als auch die verschiedenen technischen Verfahren, die dazu benutzt werden können, in ihren Vor- und Nachteilen darstellt.

Im Folgenden wird geklärt, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen schon existierende Labore zulässigerweise Substanzanalysen durchführen dürfen.

Methodologie des Drugchecking [Guidelines for Drugchecking Methodology, 2012], beide erstellt durch Trans European Drug Information (TEDI), dort auf der website abrufbar.

⁸⁶ So auch Factsheet on Drugchecking in Europe, (TEDI), October 2011.

⁸⁷ Ebenso Körner/Patzak, aaO, § 29 Teil 21 Rn 58; im Ergebnis ähnlich Dähne/Meyer, aaO [o. Fn 8], S. 15.

⁸⁸ Ebenso – trotz abweichender Einschätzung der Rechtslage – die Bewertung in der Sache von Körner/Patzak, aaO, § 29 Teil 21, Rn 57.

⁸⁹ So nennt die *Konzeption* die Kompetenz [S. 7], „die analytischen Ergebnisse in einen Zusammenhang mit aktuellen forensischen, toxikologischen und/oder notfallmedizinischen Erkenntnissen stellen zu können.“

5.1. Systematik der Möglichkeiten erlaubter Substanzanalyse nach dem BtMG

§ 4 BtMG regelt eine Reihe von Ausnahmen von der Verpflichtung, gem. § 3 Abs. 1 BtMG für bestimmte Formen des Umgangs mit Betäubungsmitteln eine Erlaubnis des BfArM zu benötigen. Speziell für die Untersuchung von Betäubungsmitteln enthält § 4 BtMG zwei Regelungen. In Abs. 2 werden (Bundes – und) Landesbehörden „für den Bereich ihrer dienstlichen Tätigkeit“ von der Erlaubnispflicht gem. § 3 BtMG befreit. Diese Befreiung gilt weiterhin auch für „die von ihnen mit der Untersuchung von Betäubungsmitteln beauftragten Behörden.“ Und in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist der erlaubnisfreie Umgang mit Betäubungsmitteln für eine Reihe von Tätigkeiten vorgesehen, die „im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke oder einer Krankenhausapotheke (Apotheke)“ anfallen. Erlaubnisfrei ist gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG auch die Entgegennahme von Betäubungsmitteln zur Untersuchung oder zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung berechnigte Stelle.

§ 4 BtMG regelt somit ausdrücklich für bestimmte Adressaten (Apotheken, Landesbehörden, von diesen beauftragte Behörden), dass sie für die Untersuchung von Betäubungsmitteln keiner Erlaubnis der BfArM bedürfen. Umgekehrt ergibt sich aus dieser Regelungssystematik, dass alle Institutionen und Personen, die nicht gem. § 4 BtMG für die Untersuchung von Betäubungsmitteln von der Erlaubnispflicht befreit sind, ohne eine Erlaubnis des BfArM keine Untersuchung von Betäubungsmitteln durchführen dürfen. Von dieser Auslegung, die der ganz herrschenden Meinung entspricht, wird auch hier bei den weiteren Überlegungen ausgegangen, obwohl § 3 Abs. 1 BtMG weder die Entgegennahme⁹⁰ noch die Untersuchung von Betäubungsmitteln unter den Handlungen auflistet, für die eine Erlaubnis gem. § 3 Abs. 1 BtMG erforderlich ist. Denn die Regelungen in § 4 BtMG zur ausdrücklichen Befreiung von der Erlaubnispflicht für Untersuchungen von Betäubungsmitteln sind nur damit erklärbar, dass der Gesetzgeber für alle anderen Institutionen und Personen davon ausgegangen ist, dass sie für die Untersuchung von Betäubungsmitteln einer Erlaubnis nach § 3 BtMG bedürfen.

Damit gibt es folgende Varianten, nach denen ein Labor erlaubt im Rahmen von Drugchecking Substanzanalysen durchführen darf:⁹¹

Das Labor

(i) ist Teil einer Apotheke gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG

⁹⁰ Dazu schon ausführlich oben unter B) 2.2.1.

⁹¹ Welche Labore für das Pilotprojekt in Berlin gerade auch im Hinblick auf ihre Ausstattung und die geplante wissenschaftliche Begleitforschung in Betracht kommen, ist nicht Gegenstand der folgenden Erörterungen.

(ii) ist in eine Landesbehörde integriert, und die im Rahmen des Drugchecking vorgenommene Substanzanalyse fällt unter den Bereich der dienstlichen Tätigkeit dieser Landesbehörde, § 4 Abs. 2, 1. Alt. BtMG

(iii) ist in eine Behörde integriert, die von einer Landesbehörde mit der Untersuchung von Betäubungsmitteln beauftragt ist, § 4 Abs. 2, 2. Alt. BtMG

(iv) hat eine Erlaubnis des BfArM für die Durchführung von Substanzanalysen gem. § 3 Abs. 1 BtMG

5.1.1. Substanzanalyse durch Apotheken

Die Befreiung von der Erlaubnispflicht des § 3 Abs. 1 BtMG von Apotheken in § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG wurde erst im Jahr 1992 eingeführt.⁹² § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG regelt, dass derjenige, der „im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke oder einer Krankenhausapotheke (...) in Anlage I, II oder III bezeichnete Betäubungsmittel zur Untersuchung, zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung von Betäubungsmitteln berechnigte Stelle oder zur Vernichtung entgegennimmt,“ keiner Erlaubnis gem. § 3 BtMG bedarf. Nach der Systematik des BtMG besteht der Sinn dieser Regelung darin, den Apotheker von den Rechtsfolgen möglicherweise gegebener Straftatbestände zu befreien.⁹³ Diese Klarstellung der erlaubnisfreien Entgegennahme von Betäubungsmitteln zur Untersuchung ist vor allem dann notwendig, wenn zu Unrecht (!)⁹⁴ davon ausgegangen wird, in Folge der Entgegennahme von Betäubungsmitteln entstehe ein strafbarer Besitz gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG.⁹⁵ Nach ganz herrschender Meinung ist damit die Entgegennahme von Substanzen, die Betäubungsmittel sind (oder sein können), sowie deren Untersuchung den Inhabern einer Apothekenerlaubnis und ihrem Hilfspersonal im Rahmen des Apothekenbetriebs generell erlaubt.⁹⁶ Für das Drugchecking ergibt sich daraus, dass die Substanzanalyse durch eine Apotheke vorgenommen werden kann, die über ein entsprechendes Labor verfügt.

5.1.2. Substanzanalyse durch eine Landesbehörde

Gem. § 4 Abs. 2 bedürfen auch Landesbehörden keiner Erlaubnis gem. § 3 Abs. 1 BtMG. So

⁹² Zur Vorgeschichte dieser durch Gesetzesänderung vom 9. 9. 1992 eingeführten Regelung vgl. Körner/Patzak, aaO, § 4 Rn 11/12.

⁹³ Richtig MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu, aaO, § 4 BtMG, Rn 15; zustimmend Dähne/Meyer, aaO [o. Fn 8], S. 18.

⁹⁴ Siehe oben unter 2.3.

⁹⁵ So auch Dähne/Meyer, aaO, S. 18.

⁹⁶ Körner/Patzak, aaO, § 4 Rn. 11/12; MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu, aaO, § 4 BtMG, Rn 15 ff.; Weber, aaO, § 4 Rn 43; Platthoff [aaO, o. Fn 24], S. 10.

dürfen etwa Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden keiner Erlaubnis, wenn sie Substanzenanalysen durchführen.

Für das Land Berlin ist mir bekannt, dass das Landesinstitut für gerichtliche und soziale Medizin eine Behörde im Sinne des § 4 Abs. 2 BtMG ist. Das bedeutet, dass dieses Landesinstitut für die Untersuchung auch solcher Substanzen, die dem BtMG unterfallen (können), keinerlei Genehmigung durch das BfArM bedarf, denn § 4 Abs. 2 BtMG regelt ja gerade den Fall, dass eine Landesbehörde „einer Erlaubnis nach § 3 *nicht*“ bedarf.⁹⁷ Soweit das BfArM in einer Bescheinigung aus dem Jahr 2006 eine „Berechtigung“ bescheinigt, „im Rahmen der durch Gerichte und Staatsanwaltschaft erfolgten Beauftragung für den Bereich der Forensischen Toxikologie“ Betäubungsmittel zu untersuchen, bedarf es der Bescheinigung dieser Berechtigung gar nicht, denn die Berechtigung ergibt sich schon aus den Aufgaben als Landesbehörde. Die Beschränkung der Berechtigung auf den Bereich der Forensischen Toxikologie ist ebenfalls gegenstandslos: Der Zweck der Untersuchung, die gem. § 4 Abs. 2 BtMG keiner Erlaubnis des BfArM gem. § 3 BtMG bedarf, wird nach der Gesetzessystematik und dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 nicht durch das BfArM festgelegt, sondern durch „den Bereich (der) dienstlichen Tätigkeit“ der Landesbehörde, der durch das Land festgelegt wird und nicht durch das BfArM.⁹⁸

5.1.3. Substanzenanalyse durch eine Behörde im Auftrag einer Landesbehörde, insbes. eine Einrichtung einer Universität

Diese nach § 4 Abs. 2, 2. Alt. BtMG mögliche Variante macht es möglich, dass Labore in Universitäten, die über die für das Drugchecking notwendige Analyseverfahren verfügen,⁹⁹ erlaubnisfrei Substanzenanalysen durchführen können. Denn Universitäten und ihre Institute sind zwar keine Landesbehörden, sind aber regelmäßig als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert und damit Behörden i.S.d. § 4 Abs. 2 BtMG.¹⁰⁰ Werden sie von einer Landesbehörde mit der Untersuchung beauftragt, gilt abgeleitet die Befreiung von der Erlaubnispflicht gem. § 4 Abs. 2, 2. Alt. BtMG auch für sie. Dasjenige Landesministerium,

⁹⁷ Hervorhebung hinzugefügt.

⁹⁸ Soweit das BfArM seine Kompetenz zur Erteilung einer Berechtigung für die Untersuchung von Betäubungsmitteln in der Bescheinigung aus 2006 daraus ableitet, es handele sich bei der Entgegennahme der zu untersuchenden Betäubungsmittel um einen Fall des „Erwerbs“ von Betäubungsmitteln, geht das BfArM von einer rechtlich unzutreffenden Prämisse aus; siehe dazu oben unter B) 2.2.2.

⁹⁹ In Betracht kommen insbes. Labore der forensischen Medizin und der Chemie.

¹⁰⁰ Vgl. *Weber*, aaO, § 4 Rn 130; anders nur *Hügel/Junge/Lander/Winkler* [aaO, § 4 BtMG Rn 4.4.] mit Hinweis auf BT-Drucks. 10/843, S. 11. Die dort geäußerte Ansicht der Bundesregierung, die den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 BtMG allein auf Aufgaben der Strafverfolgung beschränken wollte, ist von der Entwicklung der Gesetzgebung, die in der Drogenpolitik nicht mehr nur allein auf Repression, sondern auf Prävention und vor allem auch auf Schadensminimierung setzt (etwa die Regelungen in §§ 35 ff., 10 a BtMG), längst überholt.

in dessen Ressort die Drogenhilfe und damit auch die Zuständigkeit für das Drugchecking als Bestandteil einer auf Prävention und Schadensminimierung ausgerichteten Drogenhilfe¹⁰¹ fällt, kann somit Labore in universitätseigenen Forschungseinrichtungen mit der Substananalyse im Rahmen des Drugchecking beauftragen.

5.2. Entgegennahme und Aufbewahrung der Substanzen und Weitergabe zur Untersuchung an das Labor

Oben wurde schon darauf hingewiesen,¹⁰² dass die Entgegennahme und Aufbewahrung der Substanzen in einer der Einrichtungen des Drugchecking und deren Weiterleitung an das untersuchende Labor zwar keine Straftatbestände des BtMG erfüllen, aber dennoch erlaubnispflichtig sein könnten.

So bestimmt § 15 BtMG für die Teilnehmer am legalen Betäubungsmittelverkehr mit verkehrsfähigen Betäubungsmitteln die Einhaltung von Aufbewahrungs – und Sicherungspflichten und räumt dem BfArM die Befugnis ein, konkrete Sicherungsmaßnahmen anzuordnen. § 16 BtMG unterwirft selbst die Vernichtung von nicht mehr verkehrsfähigen Betäubungsmitteln bestimmten Formerfordernissen, und § 19 regelt, dass der gesamte Betäubungsmittelverkehr der Überwachung durch das BfArM (oder in bestimmten Ausnahmefällen der Landesbehörden) unterliegt.

Zwar sind die §§ 15, 16 BtMG nicht unmittelbar auf die Entgegennahme, Aufbewahrung und Weiterleitung von Substanzen in den Einrichtungen des Drugchecking anwendbar, weil es sich dabei nicht um eine genehmigte Teilnahme am legalen Betäubungsmittelverkehr mit verkehrsfähigen Betäubungsmitteln handelt, aber das Gesamtkonzept der §§ 15 und 16 und der Überwachungsvorschriften in den §§ 19 ff. BtMG macht deutlich, dass es mit dem Gesamtkonzept des BtMG unvereinbar wäre davon auszugehen, dass die Entgegennahme, Aufbewahrung und Weitergabe von Substanzen durch Mitarbeiter von Drogenhilfeeinrichtungen in einem rechtsfreien Raum außerhalb des Regelsystems des BtMG stattfinden kann.¹⁰³

Solange für das Pilotprojekt keine Erlaubnis des BfArM beantragt werden soll,¹⁰⁴ muß daher für das Pilotprojekt eine Konzeption gefunden werden, die diesem Einwand gerecht wird.

Ich sehe für eine solche Konzeption zwei Varianten:

¹⁰¹ Dazu ausführlich *Konzeption* S. 4 ff.

¹⁰² Unter C) 3.1. und 3.2.

¹⁰³ Systematisch ähnlich auch der Hinweis von Körner/Patzak (aaO, § 29 Teil 9, Rn 6), dass vor dem Hintergrund der Regelung jeglicher Umgang mit Betäubungsmitteln erlaubnispflichtig sein muß.

¹⁰⁴ Einen solchen Antrag würde das BfArM mit Sicherheit nicht bewilligen, dazu sogleich unter E).

(i) Die erste Variante belässt die Übergabe der Substanzen an das untersuchende Labor ausschließlich im Verantwortungsbereich der Person, die die Substanz untersucht haben will, so dass es zu keiner Entgegennahme, Aufbewahrung und Weiterleitung der Substanzen durch die Mitarbeiter der Einrichtung kommt. Die Person müsste dann die Substanz selbst¹⁰⁵ bei dem untersuchenden Labor einreichen. Die gewünschte obligatorische Verknüpfung zwischen Beratung, Untersuchung und Mitteilung des Untersuchungsergebnisses könnte bei dieser Variante dadurch erzielt werden, dass nur derjenigen Person das Untersuchungsergebnis mitgeteilt wird, die genauso, wie bislang schon nach der *Konzeption* vorgesehen, ihrer Mitwirkungspflicht bei der Beratung nachkommt. Der einzige konzeptionelle Unterschied dieser Variante gegenüber der *Konzeption* bestünde darin, dass die zu untersuchende Substanz nicht bei der Drogenhilfeeinrichtung, sondern direkt beim untersuchenden Labor einzureichen ist.

(ii) Die zweite Variante erstreckt die gem. § 4 Abs. 2 BtMG gegebene Erlaubnisfreiheit des untersuchenden Labors auf die Mitarbeiter der Einrichtung des Drugchecking. Diese würden dann als Hilfspersonal des Labors die Substanzen entgegennehmen. Die oben angesprochenen Sicherheitsfragen wären bei dieser Variante im Rahmen des § 15 BtMG zu beantworten, weil es sich dann bei Entgegennahme, Aufbewahrung und Weiterleitung der Substanzen an die Räumlichkeiten des eigentlichen Labors um eine aus § 4 Abs. 2 BtMG abgeleitete erlaubnisfreie Teilnahme am Betäubungsmittelverkehr handeln würde.

E) Zusammenfassung und Perspektive

Zusammenfassung der Ergebnisse:

(i) Die *Konzeption* des Pilotprojekts, das die Substanzanalyse in ein Angebot der obligatorischen Drogenberatung integriert, ist dem Grunde nach weder verboten, noch erlaubnispflichtig, noch machen sich die Mitarbeiter der Einrichtung wegen ihrer Tätigkeiten im Rahmen des Drugchecking strafbar.

(ii) Die Durchführung des Drugchecking setzt wegen des immer gegebenen Verdachts der Strafbarkeit wegen Besitzes von Betäubungsmitteln seitens der Einreicher der Substanzen voraus, dass die zuständige Staatsanwaltschaft von einer Strafverfolgung der Einreicher der Substanzen absieht.¹⁰⁶ Es ist davon auszugehen, dass dieses Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft nur hergestellt werden kann, wenn die Staatsanwaltschaft (wie das vorliegende Gutachten) ebenfalls davon ausgeht, dass die Vornahme von Drugchecking nicht von den Straftatbeständen des BtMG erfasst ist.

¹⁰⁵ Persönlich oder postalisch.

¹⁰⁶ Genauer dazu oben unter B).

(iii) Als Labor, in dem die Untersuchung der Substanzen erlaubnisfrei durchgeführt werden kann, kommen neben Apotheken nur Labore der Landesbehörden oder von Landesbehörden beauftragte universitäre Einrichtungen in Betracht.

(iv) Soll vermieden werden, dass die Substanzen von den Einreichern unmittelbar bei dem Labor eingereicht werden müssen, muß ein Weg gefunden werden, die Erlaubnisfreiheit des untersuchenden Labors auf die Entgegennahme, Aufbewahrung und Weiterleitung der Substanzen durch die Mitarbeiter der Einrichtung des Drugchecking zu erstrecken.

Perspektive:

Die vorliegende rechtliche Bewertung des Pilotprojekts gibt die Auffassung des Unterzeichners davon wieder, wie die Rechtslage ist. Dem Unterzeichner ist aus anderen Verfahren, die Projekte des Drugchecking zum Gegenstand haben, bekannt, dass das BfArM der hier dargelegten Auffassung von der Rechtslage in allen wesentlichen Punkten widerspricht und Projekte des Drugchecking, in welcher Rechtsform auch immer, für grundsätzlich unvereinbar mit dem BtMG hält.

Vor diesem Hintergrund sehe ich dann, wenn der Berliner Senat das Pilotprojekt für zulässig hält und genehmigt, eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Bundesregierung, vertreten durch das BfArM, gegenüber dem Land Berlin eine Untersagungsverfügung mit Anordnung des Sofortvollzuges erlässt. Dann könnte das Pilotprojekt erst dann durchgeführt werden, wenn das Land Berlin in diesem Rechtsstreit obsiegen würde.

(Cornelius Nestler)

Königstein, 14. 12. 2018