

**W**

**Deutscher Bundestag ■ Wissenschaftliche Dienste**

## **Substananalyse von Drogen („drug checking“)**

Rechtliche Implikation

- Ausarbeitung -



## **Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages**

Verfasser: [REDACTED]

Substananalyse von Drogen („drug checking“)  
Rechtliche Implikation

Ausarbeitung WD 7 - 3000 - 003/09

Abschluss der Arbeit: 16. Februar 2009

Fachbereich WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht,  
Umweltschutzrecht, Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Telefon: [REDACTED]

Ausarbeitungen und andere Informationsangebote der Wissenschaftlichen Dienste geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Die Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste sind dazu bestimmt, Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Beides bedarf der Zustimmung der Leitung der Abteilung W.

## - Zusammenfassung -

Die Zulässigkeit des „drug checking“ bestimmt sich nach den Voraussetzungen des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG). Im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Regelungen des BtMG ist die Durchführung einer Substanzanalyse von Drogen nicht erlaubnispflichtig. Die Tatbestände des § 3 Abs. 1 BtMG, die die erlaubnispflichtigen Verkehrsformen mit Betäubungsmitteln enthalten, sind nicht einschlägig, auch wenn das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) hierzu eine andere Rechtsauffassung vertritt und das „drug checking“ für erlaubnispflichtig hält. Während der Tatbestand des „Herstellens“ an dem Zweck der Bearbeitung des Betäubungsmittels scheitert, fehlt es dem des „Erwerbs“ an der freien Verfügungsgewalt des Untersuchenden.

Im Rahmen des Betriebes einer Apotheke bedarf es einer solchen Erlaubnis jedenfalls nicht. Dort ist bereits gesetzlich die Durchführung von Substanzanalysen erlaubt. Bei „mobilen“ Apotheken in Discos oder Clubs ist aber zu beachten, dass für sie aus zulassungsrechtlicher Sicht die allgemeine Apothekenerlaubnis nicht gilt. Damit entfällt allerdings zugleich der Ausnahmetatbestand des BtMG.

Viele Straftatbestände des BtMG sind bereits deshalb auszuschließen, weil sie zwingend auf ein „Handeln ohne Erlaubnis“ abstellen. Eine Ausnahme bildet jedoch der Tatbestand des (unerlaubten) Besitzes von Betäubungsmitteln. Denn dieser ist strafbar, obwohl er selbst keiner behördlichen Erlaubnis bedarf. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass dem Besitz stets eine der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG beschriebenen Handlungen vorausgeht. Praktisch erstreckt sich der (unerlaubte) Besitz aber auch auf solche Sachverhalte, bei denen die Sachherrschaft über Betäubungsmittel zwar besteht, diese aber eben nicht aufgrund einer erlaubnispflichtigen Verkehrsform erlangt wurde. So ist es beim Fund von Betäubungsmitteln. Innerhalb dieses schmalen Grenzstreifens ist auch die Substanzanalyse von Betäubungsmitteln anzusiedeln. Es zeigt sich also, dass die Analyse außerhalb einer Apotheke, trotz fehlender Erlaubnispflicht, gleichwohl einer solchen Erlaubnis bedarf, um die Strafbarkeit des Besitzes sicher auszuschließen.

Jede andere Person und jede Institution, die keine Apotheke ist, benötigt jedenfalls eine Erlaubnis, um sich zumindest nicht wegen unerlaubten Besitzes strafbar zu machen. Eine solche Erlaubnis kann beim BfArM unter strengen Voraussetzungen beantragt werden. Erteilt wird sie, wenn die Substanzanalysen im öffentlichen Interesse liegen. Ein solches Interesse kann in der Vermeidung der erheblichen Gesundheitsrisiken für Drogenkonsumenten durchaus gesehen werden. Allerdings vertritt das BfArM bisher die Ansicht, dass eine solche Erlaubnis nicht erteilt werden kann, da die Erlaubnisfähigkeit der Substanzanalyse im Gesetz abschließend geregelt sei. Das BfArM beruft sich dabei darauf, dass nur für Apotheken eine solche Erlaubnis gesetzlich vorgesehen ist

und § 10a BtMG die gesetzgeberische Tendenz enthalte, dass Substanzeanalysen von Drogen grundsätzlich nicht zulässig sein sollen.

Es besteht auch die Möglichkeit, Substanzeanalysen von Drogen durchzuführen, ohne dass der Untersuchende die unmittelbare Sachherrschaft an den Betäubungsmitteln erhält, etwa bei Selbsttests oder bei der Analyse in unmittelbarer Gegenwart des Konsumenten. In einem solchen Fall dürfte der Untersuchende weder einer Erlaubnis bedürfen noch sich strafbar machen. Dies gilt allerdings nur, sofern man in der Substanzeanalyse von Drogen nicht stets ein strafbares „Verschaffen einer Gelegenheit“ sieht.

Da im Rahmen des „drug checking“ auch Boten eingesetzt werden, welche Betäubungsmittel an ein zur Untersuchung berechtigtes Institut überbringen, wurde auch die Strafbarkeit einer solchen Botentätigkeit überprüft. Denn hier gibt es ebenfalls einige Schwierigkeiten mit dem Tatbestand des unerlaubten Besitzes. In der Literatur wird der Besitz durch einen solchen Boten allgemein verneint, weil ihm der Wille fehle, sich der ungehinderten Einwirkungsmöglichkeit über die Betäubungsmittel zu erhalten. Verschiedene Staatsanwaltschaften sind jedoch der Auffassung, es läge Besitz des Boten vor. In den Jahren 1998 und 1999 haben sich aber das Amtsgericht Tiergarten und das Landgericht Berlin der in der Literatur vertretenen Auffassung angeschlossen. Es kann allerdings nicht sicher davon ausgegangen werden, dass sich diese Auffassung in etwaigen Verfahren überall in der Justiz durchsetzen würde.

Um rechtliche Sicherheit zu schaffen, ist jedenfalls die Beantragung einer Erlaubnis durch das BfArM anzuraten. Ob solchen Anträgen stattgegeben würde, ist nicht abschätzbar. Die Vergabe von Erlaubnissen durch das BfArM ist jedoch im gesetzlichen Rahmen politisch steuerbar, denn als Bundesoberbehörde unterliegt es dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit und somit gemäß Art. 86 GG der Weisung durch die Bundesregierung.

Anderenfalls müsste zur weiteren Zulassung von Substanzeanalysen - neben der bestehenden Zulassung für Apotheken - eine Gesetzesänderung herbeigeführt werden. Diese könnte sich im Bereich der verwaltungsrechtlichen Regelungen des BtMG bewegen und zum Beispiel Ausnahmen für weitere Institutionen neben Apotheken schaffen. Sie könnten aber auch im Bereich des Strafrechtes vorgenommen werden und die Substanzeanalyse grundsätzlich von den Straftatbeständen ausnehmen.

## **Inhalt**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>2.</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Zulässigkeit</b>	<b>6</b>
2.1.	Erlaubnispflicht für die Substanzanalyse von Betäubungsmitteln	7
2.1.1.	Erlaubnispflicht für den Untersuchenden	7
2.1.2.	Bote	10
2.2.	Zwischenfazit	11
<b>3.</b>	<b>Strafrechtliche Zulässigkeit</b>	<b>12</b>
3.1.	Untersuchender	12
3.1.1.	(Unerlaubter) Besitz	12
3.1.2.	Verschaffen einer Gelegenheit	14
3.1.3.	Unerlaubte Abgabe	16
3.2.	Bote	16
3.3.	Zwischenfazit	17
<b>4.</b>	<b>Erlaubnis als Strafausschließungsgrund</b>	<b>17</b>
4.1.1.	Ausnahme von der Erlaubnispflicht für Apotheken	17
4.2.	Erlaubnisvoraussetzungen für Substanzanalysen außerhalb von Apotheken	19
4.2.1.	Wissenschaftlicher Zweck	19
4.2.2.	Anderer im öffentlichen Interesse liegender Zweck	20
4.3.	Antrag auf Erlaubnis	21
4.4.	Entscheidung des BfArM	22
<b>5.</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>23</b>

## 1. Einleitung

Das sogenannte „drug checking“ ist die chemische oder physikalische Analyse von zu- meist auf dem Schwarzmarkt gehandelten und zum Konsum bestimmten psychoaktiven Substanzen. Diese werden dabei auf ihre qualitative und quantitative Zusammensetzung untersucht. Dadurch sollen die gesundheitlichen Gefahren vermindert werden, die beim Konsum durch unerwünschte Inhaltsstoffe entstehen.

Vorreiter dieser Maßnahme in Deutschland war der in Berlin ansässige Verein Eve & Rave, der Mitte der Neunziger Jahre ein solches Programm in Zusammenarbeit mit der Berliner Charité durchführte. Gegen den Verein wurde ein Strafverfahren eingeleitet. Die Anklage wurde allerdings vom Amtsgericht Tiergarten und sodann vom Landge- richt Berlin nicht zugelassen. Trotzdem wurde das Projekt beendet. Seitdem wird „drug checking“ in Deutschland nicht mehr organisiert. In der Schweiz, in Frankreich, in Ös- terreich und den Niederlanden werden verschiedene „drug checking“- Programme durchgeführt.

Im Folgenden soll erörtert werden, ob das „drug checking“ unter den bestehenden ge- setzlichen Voraussetzungen auch in Deutschland zulässig ist. Diese Frage richtet sich maßgeblich nach dem Betäubungsmittelgesetz<sup>1</sup> (BtMG). Dieses umfasst im Wesentli- chen Verwaltungsrecht<sup>2</sup>, regelt den Verkehr mit Betäubungsmitteln und legt für ihn ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fest. Insoweit handelt es sich um besonderes Verwaltungsrecht in Form von Ordnungsrecht. Im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Zulässigkeit stellen sich die Fragen, inwieweit der Umgang mit Betäubungsmitteln einer Erlaubnis bedarf und wem unter welchen Voraussetzungen eine solche Erlaubnis erteilt werden kann.

Das BtMG enthält aber auch strafrechtliche Normen in den §§ 29 ff. BtMG. Sie dienen der Absicherung der verwaltungsrechtlichen Verbote. In der Praxis kommt ihnen die größere Bedeutung zu. Bei der Frage der Zulässigkeit der Substanzanalyse von Drogen gilt es daher zwischen der verwaltungsrechtlichen Erlaubnispflichtigkeit und der Straf- barkeit zu unterscheiden.

---

1 Betäubungsmittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. März 1994 (BGBl. I S. 358), zuletzt geändert durch Artikel 1 und Artikel 2 der Verordnung vom 18. Februar 2008 (BGBl. I S. 246).

2 Vgl. Nestler, Cornelius „Betäubungsmittelrechtliche Rahmenbedingungen von Drugchecking: Wie ist Drugchecking unter den derzeitigen gesetzlichen Bedingungen in Deutschland möglich?“, Vor- trag auf der Fachtagung Drugchecking - ein effektives Instrument zur Verbesserung der Drogenar- beit? vom 13. November 2008 in Berlin, [http://www.archive.org/details/Fachtagung\\_Drugchecking\\_Betaeubungsmittelrechtliche\\_Rahmenbe dingungen\\_von\\_Drugchecking\\_-\\_Nestler](http://www.archive.org/details/Fachtagung_Drugchecking_Betaeubungsmittelrechtliche_Rahmenbe dingungen_von_Drugchecking_-_Nestler) [Stand: 19. Januar 2009].

## 2. Verwaltungsrechtliche Zulässigkeit

Das BtMG gliedert die von ihm erfassten Betäubungsmittel gemäß § 1 Abs. 1 in drei Gruppen, die dem Gesetz in den Anlagen I bis III<sup>3</sup> beigefügt sind. Die meisten sogenannten illegalen Rauschmittel werden in der Anlage I aufgeführt<sup>4</sup>. **Grundsätzlich ist der Verkehr mit jedem dort genannten Betäubungsmittel verboten.**<sup>5</sup> Er ist gemäß § 3 BtMG nur dann legal, wenn das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) eine Erlaubnis erteilt. Damit der Verkehr mit der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung dienenden Betäubungsmitteln nicht fortwährend eines Erlaubnisverfahrens bedarf, enthält das BtMG auch gesetzliche Ausnahmen von der Erlaubnispflicht<sup>6</sup>.

So wird u.a.<sup>7</sup> der **Apothekenbetrieb** mit Betäubungsmitteln durch § 4 Abs. 1 Nr. 1 BtMG von der Erlaubnispflicht befreit.<sup>8</sup> Diese Befreiung gilt jedoch lediglich für Betäubungsmittel der Anlagen II und III des BtMG. Für den Verkehr mit Betäubungsmitteln der Anlage I des BtMG benötigt grundsätzlich auch der Betreiber einer Apotheke eine zusätzliche Erlaubnis.<sup>9</sup> Zur Untersuchung, zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung von Betäubungsmitteln berechnigte Stelle oder zur Vernichtung darf der Betreiber einer **Apotheke** allerdings gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG auch Betäubungsmittel der Anlage I des BtMG entgegennehmen.

Auch Bundes- und Landesbehörden bedürfen für ihren **dienstlichen Umgang** mit Betäubungsmitteln gemäß § 4 Abs. 2 BtMG keiner Erlaubnispflicht<sup>10</sup>. Dies gilt nicht für

---

3 Anlage 1 beinhaltet die **nicht verkehrsfähigen Betäubungsmittel**; Anlage II beinhaltet **verkehrsfähige, aber nicht verschreibungsfähige Betäubungsmittel**; Anlage III beinhaltet **verkehrs- und verschreibungsfähige Betäubungsmittel**.

4 Z.B. Heroin (Diacetylmorphin / Diamorphin), Ecstasy, Cannabis. Nicht dagegen Kokain, das in Anlage II und als Derivat in Anlage III aufgeführt ist.

5 Körner, Betäubungsmittelgesetz / Arzneimittelgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2001, § 3, Rn. 1.

6 Die ärztlichen Tätigkeiten wie Verschreiben, Verabreichen und Überlassen von Betäubungsmitteln unterliegen nicht den Ausnahmetatbeständen des § 4 BtMG, sondern vielmehr den Sonderregelungen des § 13 BtMG und der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung (BtMVV).

7 Ebenso bedarf ein Patient, der in Apotheken aufgrund ärztlicher Verschreibung Betäubungsmittel der Anlage III des BtMG erwerben will, keiner Erlaubnis durch das BfArM (z.B. Benzodiazepine) sowie Spediteure und Lagerhalter, die gewerbsmäßig für befugte Teilnehmer am Betäubungsmittelverkehr die Beförderung, Lagerung oder Aufbewahrung von Betäubungsmitteln übernehmen, vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 3 und 5 BtMG sowie Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 15 und 20.

8 Der Betreiber muss allerdings im Besitz einer Erlaubnis nach dem Gesetz über das Apothekenwesen (ApoG) und einer Erlaubnis nach dem Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG) sein.

9 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 2.

10 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 22.

wissenschaftliche Institute, Universitäten, Schulen, Drogenhilfe- oder Therapieeinrichtungen und Sportvereine.<sup>11</sup>

## 2.1. Erlaubnispflicht für die Substanzanalyse von Betäubungsmitteln

Einer Erlaubnis des BfArM bedarf gemäß § 3 Abs. 1 BtMG jeder, der 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. Für die Erteilung einer Erlaubnis für den Verkehr mit Betäubungsmitteln der Anlage I müssen zusätzlich die Anforderungen des § 3 Abs. 2 BtMG erfüllt sein<sup>12</sup> Fraglich ist, ob auch die Substanzanalyse von Betäubungsmitteln erlaubnispflichtig ist. Dies soll im Folgenden sowohl für den Untersuchenden als auch für den Boten von Betäubungsmitteln geklärt werden. Bote kann z.B. ein Drogenberater oder ein Vertrauenslehrer sein, der die Betäubungsmittel vom Konsumenten an sich nimmt, um diese zum Untersuchenden zu transportieren.

### 2.1.1. Erlaubnispflicht für den Untersuchenden

Die Entgegennahme von Betäubungsmitteln zur Untersuchung wird in der Kommentarliteratur allgemein als erlaubnispflichtig angesehen.<sup>13</sup> Auch die gesetzlich geregelte Ausnahme für Apotheken spricht auf den ersten Blick dafür. Eine genaue Subsumtion unter die Verkehrsformen des § 3 BtMG unterbleibt in der Literatur indessen. Die Verwirklichung einer dieser Verkehrsformen ist aber zwingende Voraussetzung für die verwaltungsrechtliche Erlaubnispflicht, denn der Kreis der erlaubnispflichtigen Tatbestände ist in § 3 BtMG<sup>14</sup> abschließend bestimmt; Tätigkeiten, die nicht zu diesen Handlungen gehören, sind nicht erlaubnispflichtig.<sup>15</sup>

---

11 Auch eine Analogie von § 4 Abs. 2 BtMG soll ausscheiden, da diese Vorschrift abschließend sei, vgl. Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 23.

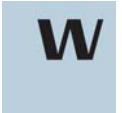
12 § 3 Abs. 2 BtMG enthält zusätzliche Anforderungen für die Erlaubnis des Verkehrs mit Betäubungsmitteln der Anlage I, jedoch **keine Erweiterung der Verkehrsformen**, die erlaubt werden können, Weber, Klaus in: Betäubungsmittelgesetz / Verordnungen zum BtMG, Kommentar, München 2003, § 3, Rn. 83.

13 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 23; Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 27; Kotz, Peter in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 – Nebenstrafrecht I, München 2007, § 4, Rn. 15; Hügel, Herbert / Junge, Wilfried / Lander, Carola / Winkler, Karl-Rudolf, Deutsches Betäubungsmittelrecht, Kommentar, Band I, Stuttgart 2007, § 29, Rn. 10.4.

14 Für Drogenkonsumräume zusätzlich in § 10a BtMG.

15 Weber (Fn. 12), § 3, Rn. 9.





Die Varianten des Anbaus<sup>16</sup>, der Ein- oder Ausfuhr, der Abgabe<sup>17</sup>, der Veräußerung<sup>18</sup>, des Handeltreibens<sup>19</sup> oder des Inverkehrbringens<sup>20</sup> von Betäubungsmitteln werden durch die Annahme zur Untersuchung und durch die Untersuchung selbst nicht erfüllt.

Auch die Verkehrsform der **Herstellung** von Betäubungsmitteln wird durch die Untersuchung des Betäubungsmittels nicht verwirklicht. Zwar subsumiert das Gesetz auch die Formen des Be<sup>21</sup>- oder Verarbeitens<sup>22</sup>, die bei der chemischen oder physikalischen Untersuchung von Betäubungsmitteln begrifflich vorliegen könnten, unter den Begriff des Herstellens und löst sich damit von der im allgemeinen Sprachgebrauch üblichen Begriffsbedeutung des Wortes „Herstellen“.<sup>23</sup> Die Herstellung von Betäubungsmitteln erfordert jedoch ein finales Handeln; es muss die Herstellung eines Betäubungsmittels als Endprodukt angestrebt sein.<sup>24</sup> Dieses finale Moment fehlt bei einer Analyse von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Information des Konsumenten über deren Inhaltsstoffe.

Letztlich wäre noch die Variante des **Erwerbes** durch die Entgegennahme des Betäubungsmittels zur Untersuchung möglich. Unter Erwerb versteht man jede auf Rechtsgeschäft beruhende Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel ohne Rücksicht auf das Eigentum und den Zweck des Erwerbs.<sup>25</sup> Zum Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt ist die Schaffung eines äußeren Verhältnisses zu dem Betäubungsmittel notwendig, vermöge dessen es dem Erwerber möglich ist, dar-

- 
- 16 Der **Anbau** hat die Produktion von Betäubungsmitteln mit landwirtschaftlichen Mitteln zum Ziel, vgl. Oberlandesgericht (OLG) Hamburg in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1978, S. 2349.
  - 17 Eine **Abgabe** liegt vor, wenn das Betäubungsmittel durch Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsmacht ohne rechtsgeschäftliche Grundlage und ohne Gegenleistung einem anderen so überlassen wird, dass er es nach Belieben verbrauchen oder sonst darüber verfügen kann, vgl. Bundesgerichtshof (BGH) in: Strafverteidiger (StV) 1991, S. 208.
  - 18 Die **Veräußerung** ist ein Unterfall der Abgabe (BT-Drs 8/3551, S. 43). Von ihr hebt sie sich dadurch ab, dass die Verfügungsgewalt aufgrund eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts übertragen wird, vgl. BGH, StV 1989, S. 210.
  - 19 Jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit, die die einverständliche Übertragung von Betäubungsmitteln auf eine andere Person zum Endziel hat, vgl. Franke, Ulrich / Wienroeder, Karl in: Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, Heidelberg 2008, § 29, Rn. 22.
  - 20 Das (sonstige) **Inverkehrbringen** ist eine Generalklausel zur Vermeidung von Lücken, es umfasst jedes, gleichwie geartete, Eröffnen der Möglichkeit, dass ein anderer die tatsächliche Verfügung über das Betäubungsmittel erlangt, vgl. Reichsgericht (RG) in: Juristische Wochenschrift (JW) 1929, S. 2280; BGH in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ) 1982, S. 190.
  - 21 Die Unterform des **Bearbeitens** wird als die Einwirkung auf einen Stoff mit physikalischen oder chemischen Verfahren, die die äußere Erscheinungsform verändert, aber die Substanz des Stoffes erhält (z.B. Schälen, Schneiden, Pressen oder Pulverisieren), bezeichnet, vgl. Rahlf, Joachim in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 – Nebenstrafrecht I, München 2007, § 2, Rn. 25.
  - 22 Die des **Verarbeitens** wird als die Einwirkung auf einen solchen Stoff und dessen dadurch bewirkte Veränderung der Substanz, ohne dass dessen chemische Zusammensetzung berührt wird bezeichnet, vgl. Rahlf (Fn. 21), § 2, Rn. 25.
  - 23 Lundt, Peter / Schiwy, Peter, Betäubungsmittelrecht, Kommentar, Band I, Percha 2008, § 2, S. 3.
  - 24 Lundt / Schiwy (Fn. 23), § 2, S. 3.
  - 25 Hügel / Junge / Lander / Winkler (Fn. 13), § 29, Rn. 10.1 mit weiteren Nachweisen (m.w.N.).

über frei wie über eine eigene Sache zu verfügen.<sup>26</sup> Übergibt der Konsument das Betäubungsmittel zur Untersuchung, so erlangt der Untersuchende zwar die faktische Gewalt darüber. Doch bedarf es zur Verwirklichung des Tatbestandes des Erwerbes noch etwas mehr als der faktischen Verfügungsgewalt. Notwendig ist nämlich die Erlangung der Verfügungsgewalt zur **freien Verfügung**.<sup>27</sup> Daran fehlt es hier jedoch.<sup>28</sup> Die Übergabe des Betäubungsmittels geschieht ausschließlich zu dem Zwecke der Untersuchung. Und nur mit dieser Zweckbindung wird es auch entgegengenommen. Mit dem Ausscheiden der freien Verfügbarkeit kann daher kein Erwerb mehr im Sinne des BtMG vorliegen.<sup>29</sup>

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das BfArM diesbezüglich eine andere Auffassung vertritt. Nach Auskunft des BfArM soll die Variante des Erwerbes durch den Untersuchenden regelmäßig erfüllt sein<sup>30</sup>. Für die Annahme einer grundsätzlichen Erlaubnispflicht der Substanzanalyse finden sich im Gesetz durchaus systematische Anhaltspunkte. So ist zum einen die Ausnahme des § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG zu nennen, die den Apothekenbetrieb von einer solchen Erlaubnis ausdrücklich freistellt. Eine solche Ausnahme spricht für das Vorhandensein einer entgegenstehenden Regel. Zum anderen muss auch berücksichtigt werden, dass § 10a BtMG die gesetzliche Erlaubnis für den Betrieb eines Drogenkonsumraumes ausdrücklich nicht auf die Erlaubnis zur Durchführung von Substanzanalysen erstreckt. Auch diese Regelung spricht für die gesetzgeberische Annahme einer grundsätzlichen Erlaubnispflicht. Aussagen über eine konkrete Verkehrsform, die die Durchführung einer Substanzanalyse darstellen soll, werden damit aber nicht getroffen. Wie sich anhand der obigen Ausführungen gezeigt hat, unterfällt die Entgegennahme der Betäubungsmittel im Rahmen des „drug checking“ keiner erlaubnispflichtigen Verkehrsform. Da der Gesetzeswortlaut allerdings die Grenze der Auslegung darstellen muss, müsste dieser Widerspruch zugunsten der hier vertretenen Auffassung zu lösen sein.

Für den Fall, dass der Untersuchende das Betäubungsmittel aus irgendeinem Grund ohne Einvernehmen mit dem vorherigen Inhaber an sich nähme, wäre hierin ohnehin kein Erwerb zu sehen. Vielmehr handelte es sich um ein Sichverschaffen.<sup>31</sup> Dieses ist grundsätzlich nicht erlaubnisfähig, da es jedes rechtswidrige Ansichbringen von Betäu-

---

26 Vgl. BGH NJW 1952, S. 754.

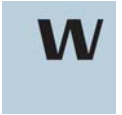
27 Weber (Fn. 12); § 29, Rn. 719.

28 So auch Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 44.

29 Kotz (Rn. 13), § 4, Rn. 15 und im Ergebnis ebenso Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 11 und Franke / Wienroeder (Fn. 20), § 29, Rn. 115.

30 Telefonische Auskunft von Herrn Dr. Winfried Kleinert, Abteilung 83 - Betäubungsmittelverkehr - des BfArM, vom 29. Januar 2009.

31 Betäubungsmittel verschafft sich in sonstiger Weise, wer über sie die tatsächliche und unbeschränkte Verfügungsmacht erlangt, ohne darüber mit deren vorigem Inhaber Einvernehmen erzielt zu haben, und diese Verfügungsmacht ausüben will, vgl. Kotz (Rn. 13), § 29, Rn. 843.



bungsmitteln, also auch durch Straftaten nach allgemeinem Strafrecht (z.B. Unterschlagung, Diebstahl, Raub, Erpressung), erfasst.<sup>32</sup>

Schließlich ist fraglich, ob durch eine eventuelle **Rückgabe** der untersuchten Betäubungsmittel ein erlaubnispflichtiger Tatbestand erfüllt wird. In Frage kommen hier die Varianten der Abgabe<sup>33</sup> und des Inverkehrbringens<sup>34</sup>. Ob durch eine solche Rückgabe der Tatbestand der Abgabe oder des Inverkehrbringens erfüllt ist, ist umstritten.

Eine Auffassung, der sich auch der Bundesgerichtshof (BGH) angeschlossen hat, sieht den Tatbestand der Abgabe dann als nicht erfüllt an, wenn der Kreis der Bezugspersonen zu dem Betäubungsmittel dadurch nicht erweitert wird, das Betäubungsmittel also demjenigen zurückgegeben wird, der es zur Untersuchung abgab.<sup>35</sup> Hiernach erfüllte die Rückgabe keinen erlaubnispflichtigen Tatbestand.

Eine andere Auffassung sieht den Tatbestand auch dann als erfüllt an, wenn das Betäubungsmittel an denjenigen zurückgegeben wird, der es zur Untersuchung abgab. Nach dieser Auffassung komme es darauf an, dass das Betäubungsmittel aus dem legalen Betäubungsmittelverkehr in den illegalen Verkehr zurückgeführt wird.<sup>36</sup> Danach wäre durch die Rückgabe entweder des Tatbestandes der Abgabe oder derjenige des Inverkehrbringens erfüllt.

Das „drug checking“ tritt zum Teil auch in Form von **Selbsttests** in Erscheinung. Dabei werden dem Konsumenten die notwendigen Untersuchungsmittel (Chemikalien) zur Verfügung gestellt und dieser führt dann die Substanzanalyse selbsttätig durch. Gegebenfalls erfolgt die Untersuchung unter Anleitung eines „Fachmanns“ (bspw. ein Apotheker), der den Konsumenten bei der Durchführung der Analyse und der Interpretation ihrer Ergebnisse unterstützt. Der „Untersuchende“ ist in diesem Fall nur beratend tätig, das Betäubungsmittel gelangt bei dieser Variante des „drug checking“ jedoch nicht aus den Händen des Konsumenten. Diese Form des „drug checking“ dürfte für den „Fachmann“ auch ohne eine verwaltungsrechtliche Erlaubnis möglich sein, da er keine erlaubnispflichtigen Tatbestände erfüllt.

### 2.1.2. Bote

Soll das Betäubungsmittel dem Untersuchenden aber doch übergeben werden, so kann sich der Konsument für die Übermittlung der Betäubungsmittel an den Untersuchenden

---

32 Vgl. Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 768.

33 Vgl. Fn. 17.

34 Vgl. Fn. 20.

35 BGH in: Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 30, S. 359; Körner (Fn. 5); § 29, Rn. 946; Kotz (Fn. 13), § 29, Rn. 1106; Rahlf (Fn. 21), § 29, Rn. 743.

36 Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 31; Hügel / Junge / Lander / Winkler (Fn. 13), § 29, Rn. 8.2.

aus unterschiedlichen Gründen (z.B. Angst vor der Strafverfolgung) eines Boten bedienen. So hat beispielsweise Mitte der Neunziger Jahre in Berlin der Verein Eve & Rave solche Übermittlungstätigkeiten für Drogenkonsumenten übernommen. Daher ist es geboten, auch für den Boten von Betäubungsmitteln an den Untersuchenden nach einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnispflicht zu fragen.

Hier müsste ebenso eine der erlaubnispflichtigen Verkehrsformen verwirklicht sein. Dabei kommen die Varianten des Anbaus, der Ein- oder Ausfuhr und des Handeltreibens nicht in Betracht. Der Erwerb durch den Boten scheidet aus den oben genannten Gründen aus.<sup>37</sup> Handelt der Überbringer im Einvernehmen mit dem Konsumenten, so hat auch der Überbringer keine freie Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel, sondern wird nur im Rahmen des vereinbarten Zweckes tätig.<sup>38</sup> Handelt er heimlich oder ohne Einverständnis, so ist der Tatbestand des Erwerbs auch deswegen nicht gegeben, weil die notwendige Einverständlichkeit nicht vorliegt. Der Tatbestand des Sichverschaffens scheidet wiederum aus, weil der Überbringer nicht den Willen hat, die tatsächliche Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken zu erlangen.<sup>39</sup>

Spätestens mit der Übergabe des Betäubungsmittels könnte er jedoch einen erlaubnispflichtigen Tatbestand verwirklichen. In der Regel wird allerdings keine Abgabe<sup>40</sup> vorliegen, da Abgebender nur sein kann, wer eigene Verfügungsmacht hat.<sup>41</sup> Daran fehlt es aber bei einem Boten oder Besitzdiener.<sup>42</sup> Dasselbe gilt dann auch für die Veräußerung als Unterfall der Abgabe. Schließlich liegt bei der Übergabe des Betäubungsmittels auch kein (sonstiges) Inverkehrbringen vor. Zwar umfasst das Inverkehrbringen als Generalklausel zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken jedes gleichwie geartete Eröffnen der Möglichkeit, dass ein anderer die tatsächliche Verfügung über das Betäubungsmittel erlangt<sup>43</sup> und infolgedessen nach Belieben mit dem Betäubungsmittel verfahren kann.<sup>44</sup> Doch auch hier fehlt es an der Einräumung freier Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel.

## 2.2. Zwischenfazit

Erfolgt die Übergabe von Betäubungsmitteln zur Substanzanalyse im Einvernehmen mit den jeweiligen an der Übergabe beteiligten Personen, so verwirklichen sowohl der Untersuchende als auch der eventuelle Bote keine der erlaubnispflichtigen Verkehrsfor-

---

37 Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 35.

38 Franke / Wienroeder (Fn. 19), § 29, Rn. 115.

39 Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 36 m.w.N.

40 Vgl. Fn. 18.

41 BGH StV 1981, S. 127.

42 Weber (Fn. 12), § 3, Rn. 40.

43 Vgl. RG JW 1929, S. 2280; BGH NSTZ 1982, S. 190.

44 BGH NSTZ 1982, S. 190; Weber (Fn. 12), § 3, Rn. 54.

men. Sie bedürfen daher im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Vorschriften keiner Erlaubnis.

Das für die Erlaubniserteilung zuständige BfArM vertritt allerdings die Auffassung, dass der Untersuchende durch die Annahme des Betäubungsmittels den erlaubnispflichtigen Tatbestand des Erwerbes erfüllt. Zu guter Letzt wird auch vertreten, dass der Untersuchende durch eine Rückgabe der Betäubungsmittel an den Konsumenten (sei es auch über einen Boten) den erlaubnispflichtigen Tatbestand der Abgabe oder den des Inverkehrbringens verwirklicht. Die h.L. und der BGH lehnen dies allerdings ab.

### 3. Strafrechtliche Zulässigkeit

Die meisten Straftatbestände des BtMG unterliegen dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät, das heißt, sie setzen das Fehlen einer Erlaubnis des BfArM voraus.<sup>45</sup> Die Erlaubnis hat tatbestandsausschließende Wirkung.<sup>46</sup> Daher ist stets festzustellen, ob die konkrete Tathandlung einer Erlaubnis bedurft hätte.<sup>47</sup> Verkehrsformen, die keiner Erlaubnis bedürfen, können daher auch grundsätzlich keinen Straftatbestand verwirklichen.

#### 3.1. Untersuchender

Die Annahme des Betäubungsmittels zum Zwecke der Substanzanalyse und deren Durchführung stellt, wie oben festgestellt, keine erlaubnispflichtige Verkehrsform des § 3 Abs. 1 BtMG dar. Trotzdem bleibt die Strafbarkeit wegen **Besitzes** von Betäubungsmitteln ohne gleichzeitigen Besitz einer Erlaubnis zum Erwerb gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG zu prüfen, denn dieser ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar, obwohl der Besitz selbst keiner Erlaubnispflicht unterliegt. Vielmehr geht das Gesetz davon aus, dass im legalen Betäubungsmittelverkehr dem Besitz immer eine der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG beschriebenen Handlungen vorausgeht<sup>48</sup>, weshalb der Tatbestand des Besitzes lediglich durch eine schriftliche Erlaubnis zum Erwerb straflos wird. Obgleich also der Untersuchende das Betäubungsmittel nicht erwirbt, könnte er eine Erlaubnis zum Erwerb benötigen, um der Strafbarkeit des Besitzes zu entgehen.

##### 3.1.1. (Unerlaubter) Besitz

Besitzen im Sinne des Betäubungsmittelstrafrechts setzt ein (bewusstes) tatsächliches Innehaben und Besitzwillen voraus.<sup>49</sup> Dabei besteht ein Unterschied zu der für den Er-

---

45 Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 2.

46 BGH NJW 1988, S. 202; Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 17.

47 Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 21.

48 Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 873.

49 BGH NSTz 1993, S. 327; Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 831.

werb notwendigen **freien** Verfügungsgewalt. Für den Besitz genügt nämlich der rein faktische Zugang über das Betäubungsmittel.<sup>50</sup> Es kommt nicht darauf an, ob der Untersuchende über das Betäubungsmittel frei wie über eine eigene Sache verfügen kann. Diese faktische Verfügungsmacht hat notwendigerweise auch der Untersuchende, um die Betäubungsmittel überhaupt analysieren zu können.

Zusätzlich ist für den Besitz auch Besitzwille erforderlich, der darauf gerichtet sein muss, sich selbst die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten.<sup>51</sup> Auch dieses Merkmal ist beim „drug checking“ erfüllt, sofern der Untersuchende das Betäubungsmittel zur Untersuchung in Empfang genommen hat, denn der Besitzwille wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er darüber nicht zu eigenen Zwecken verfügen will oder darf.<sup>52</sup> Motiv oder Zweck des Besitzes sind irrelevant.<sup>53</sup> Wer also Betäubungsmittel entgegennimmt, um sie selbst zu untersuchen, wird meist Besitz erlangen.<sup>54</sup>

Anders sieht es dagegen aus, wenn die Substanztanalyse mittels Selbsttests vorgenommen wird. Auch wenn dabei ein „Fachmann“ bei der Anwendung eines solchen Tests und der Interpretation seiner Ergebnisse behilflich ist, so liegt bei Vermeidung einer Übergabe der Betäubungsmittel jedenfalls kein Besitz des „Fachmannes“ vor.

Letztlich bleibt die Frage, ob der Untersuchende auch dann Besitz an den Betäubungsmitteln erlangt, wenn er die Untersuchung in unmittelbarer Gegenwart des Konsumenten vornimmt. In diesem Fall dürfte der Untersuchende lediglich Besitzdiener<sup>55</sup> sein. Der Besitzdiener kommt zwar auch als Täter des illegalen Besitzes von Betäubungsmitteln in Betracht.<sup>56</sup> Entscheidend ist aber, ob der Besitzdiener im Sinne einer bewussten Inhaberschaft ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zu dem Betäubungsmittel begründet.<sup>57</sup> Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn er sich von dem Besitzherrn räumlich entfernt.<sup>58</sup> Vollzieht der Untersuchende die Substanztanalyse in unmittelbarer Nähe und

---

50 BGHSt 27, S. 380; Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1069, Hügel / Junge / Lander / Winkler (Fn. 13), § 29, Rn. 13.2.2.

51 BGH in: Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht (NStE), Nr. 85 zu § 29 BtMG; Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 866.

52 Vgl. BGH NStZ 1982, S. 190; OLG Stuttgart NStZ 2002, S. 154; Weber (Fn. 12); § 29, Rn. 868; Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1085.

53 Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 858.

54 Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 860.

55 Vgl. § 855 BGB: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.“

56 BGHSt 26, S. 117.

57 Franke / Wienroeder (Fn. 19), § 29, Rn. 137.

58 Weber (Fn. 12), § 29, Rn. 853.

„unter den Augen“ des Konsumenten, so dürfte dies für die Verwirklichung des Tatbestandes des Besitzes nicht ausreichen, da in dieser Situation die Herrschaft bei dem da-  
beistehenden, beobachtenden Konsumenten verbleibt.<sup>59</sup>

### 3.1.2. Verschaffen einer Gelegenheit

Unabhängig von der Strafbarkeit des Besitzes stellt sich die Frage, ob durch die Substanzanalyse insgesamt eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb, zur unbefugten Abgabe oder zum unbefugten Verbrauch gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 10 oder Nr. 11 BtMG geschaffen wird. Diese Tatbestände sind ebenfalls nicht durch eine Erlaubnis auszuschließen.

Sowohl bei Nr. 10 als auch bei Nr. 11 wird unter dem Tatbestandsmerkmal „Verschaffen einer Gelegenheit“ das Schaffen günstiger äußerer Bedingungen verstanden, durch die die jeweilige Tatalternative **wesentlich erleichtert** wird.<sup>60</sup> Das Ausräumen entgegenstehender Hindernisse soll dafür genügen.<sup>61</sup> Streitig ist bei diesem Tatbestandsmerkmal allerdings, ob hierzu die Erschließung einer **neuen Drogenquelle** bzw. die **Erweiterung des Konsumentenkreises** notwendig ist.

**Gegen** das Erfordernis der Erschließung einer neuen Drogenquelle bzw. der Erweiterung des Konsumentenkreises zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Schaffung einer Gelegenheit“ wird angeführt, dass der Wortlaut des Gesetzes dies nicht hergebe und auch die Existenz der Regelung in § 10a BtMG erkennen lasse, dass der Gesetzgeber in der Substanzanalyse illegaler Drogen ein strafbares Verschaffen von Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch sehe.<sup>62</sup> Infolgedessen wird argumentiert, Händlern und Konsumenten wird durch das „drug checking“ eine solche Gelegenheit geschaffen, da das Untersuchungsergebnis zum einen das vor dem Konsum abschreckende Risiko schädlicher Nebenwirkungen nehme und damit dem Konsum entgegenstehende Hindernisse ausräume<sup>63</sup>, zum anderen als Gütezeichen, Verkaufsargument oder wert- und preisbestimmender Faktor die Absatzchancen vergrößere.<sup>64</sup> Auch die Vergabe von Testmitteln zur Eigenanalyse soll hiernach das Verschaffen einer Gelegenheit darstellen.<sup>65</sup>

**Für** das Erfordernis wird argumentiert, dass der Wortlaut des § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG mit seinem lediglich begrifflichen Verständnis gegen das verfassungsrechtliche

---

59 So für den Fall, dass der Beteiligte auf Anweisung unter den Augen der Haupttäter das Rauschgift aus dem Nebenzimmer holt, BGH StV 1983, S. 200.

60 Weber, (Fn. 12), § 29, Rn. 1095 und 1208.

61 BGH NJW 1956, S. 879; BGH NJW 1959, S. 1284; Weber, (Fn. 12), § 29, Rn. 1096.

62 Weber, (Fn. 12), § 29, Rn. 1105 ff. und 1216.

63 Weber (Fn. 12); § 4, Rn. 32.

64 So soll die Auffassung einzelner Staatsanwaltschaften sein, vgl. Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1438.

65 Weber (Fn. 12); § 4, Rn. 46.

Bestimmtheitsgebot verstoßen würde und daher restriktiv ausgelegt werden müsse.<sup>66</sup> Danach wird zumindest dem Konsumenten keine Gelegenheit verschafft werden, da ihm keine neue Drogenquelle erschlossen wird. Ob dem Händler eine solche verschafft wird, lässt sich zumindest anhand dieser Einschränkung nicht entscheiden, da es denkbar erscheint, dass durch die Substanzanalyse ein gewisser Qualitätsstandard geschaffen wird, welcher als Verkaufsargument oder wert- und preisbestimmender Faktor die Absatzchance vergrößern und damit auch den Konsumentenkreis erweitern könnte. Allerdings kann die Substanzanalyse auch das Gegenteil bewirken, sofern sie eine schlechte Qualität nachweist. Insofern dürfte sich das „drug checking“ in Bezug auf diesen Argumentationspunkt in Wirklichkeit als neutral darstellen.

Unabhängig von der Diskussion über Notwendigkeit der Erschließung einer neuen Drogenquelle bzw. der Erweiterung des Konsumentenkreises stellt sich jedoch die Frage, ob durch die Substanzanalyse überhaupt eine wesentliche Erleichterung des Konsums eintritt oder Hindernisse beseitigt werden. Die Auswirkungen solcher Substanzanalysen auf den Absatz von Betäubungsmittel und die Konsumhäufigkeit sind jedenfalls nur schwer vorhersehbar. Die Annahme, das Risiko möglicher unerwünschter Nebenwirkungen stelle ein ernstes Hindernis des Drogenkonsums dar, wird jedenfalls in der Wirklichkeit durch die Morbidität und Mortalität der Konsumenten aufgrund solcher Nebensubstanzen häufig widerlegt.

Überdies spricht auch die gesetzlich geregelte Zulässigkeit der Abgabe steriler Einmalspritzen gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 BtMG gegen die Qualifizierung des „drug checking“ als „Verschaffen einer Gelegenheit“. Diese bereits bestehende Regelung legt fest, dass die Abgabe steriler Einmalspritzen nicht als Verschaffen einer Gelegenheit anzusehen ist und zielt auf das gleiche Ergebnis, nämlich die Konsumenten von Drogen wenigstens vor unerwünschten, gesundheitsschädlichen Nebenwirkungen zu schützen. Dafür wird die Gefahr, dass sich der Drogenkonsum durch die Verfügbarkeit sauberer Spritzen einfacher, sicherer und damit besser darstellen könnte, in den Hintergrund gedrängt.

Den Bedenken, durch Substanzanalysen würden den Händlern durch die Schaffung eines Qualitätsmerkmals Gelegenheiten verschafft, könnte man auch begegnen, indem man die Untersuchungsergebnisse nur mündlich mitteilt.<sup>67</sup> Die Schaffung eines vorzeigbaren Qualitätsmerkmals wäre damit unterbunden.

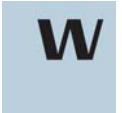
Daher spricht mehr dafür, in der Untersuchung der Betäubungsmittel kein Verschaffen einer Gelegenheit zu sehen.

---

66 Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1375 und 1421 f.

67 Vgl. Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1438.





### 3.1.3. Unerlaubte Abgabe

Schließlich stellt sich für den Untersuchenden noch die Frage, ob er sich durch die Rückgabe der analysierten Drogen wegen unerlaubter Abgabe<sup>68</sup> oder unerlaubten Inverkehrbringens<sup>69</sup> gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar machen kann. Ob die Rückgabe von Betäubungsmitteln einen dieser beiden Tatbestände erfüllt ist umstritten, wird aber von der h.L. und dem BGH verneint. Damit entfällt auch die Strafbarkeit der Rückgabe.<sup>70</sup>

### 3.2. Bote

Auch der mögliche Überbringer eines Betäubungsmittels an den (zur Untersuchung berechtigten) Untersuchenden macht sich nicht wegen unerlaubter Abgabe oder unerlaubten Inverkehrbringens strafbar, weil das Betäubungsmittel dem Apotheker nicht zur freien Verfügung überlassen wird.<sup>71</sup> Eine Strafbarkeit des Boten wegen unerlaubten Erwerbes scheidet mangels eigener, freier Verfügungsmacht ebenso aus.<sup>72</sup>

Schließlich stellt sich jedoch die Frage, ob sich der Bote wegen unerlaubten Besitzes<sup>73</sup> von Betäubungsmitteln strafbar machen könnte. Nimmt der Bote das Betäubungsmittel an sich, um es an eine zur Untersuchung berechnigte Stelle weiterzuleiten, so hat er zwar eine tatsächliche Sachherrschaft über die Betäubungsmittel. Allerdings muss für das Vorliegen des Besitzes ebenso eine subjektive Komponente erfüllt sein, nämlich der Besitzwille. Dieser muss darauf gerichtet sein, sich selbst die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten.<sup>74</sup> Genau diesen Willen dürfte ein Bote aber jedenfalls dann nicht haben, wenn er das Betäubungsmittel quasi als Übermittlungswerkzeug kurzfristig übernimmt, um es alsbald an eine zur Untersuchung berechnigte Stelle abzugeben. Es fehlt dann am Willen, sich die ungehinderte Einwirkungsmöglichkeit über die Betäubungsmittel zu **erhalten**.<sup>75</sup> Aus diesem Grunde wird der Besitz von Betäubungsmitteln bei einem Boten ganz überwiegend verneint.<sup>76</sup>

---

68 Vgl. Fn. 17.

69 Vgl. Fn. 20.

70 Vgl. Seite 10 zur Erlaubnispflichtigkeit der Rückgabe.

71 Vgl. die Ausführungen zum Erwerb durch den Untersuchenden unter Punkt 2.1.1.; ebenso Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 41.

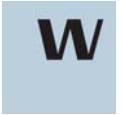
72 Franke /Wienroeder (Fn. 19), § 29, Rn. 115.

73 Zur Definition des Besitzes im Betäubungsmittelrecht vgl. die Ausführungen unter Punkt 3.1.1.

74 Vgl. Fn. 52.

75 Landgericht (LG) Berlin vom 1. März 1999, Az. 506 Ds 2/99, nicht veröffentlicht, abrufbar unter <http://www.eve-rave.net/abfahrer/download/eve-rave/mzdr102.pdf> [Stand: 3. Februar 2009]; Amtsgericht (AG) Tiergarten vom 2. Juni 1998, Az. 207 Ds 170/98, nicht veröffentlicht, abrufbar unter <http://www.eve-rave.net/abfahrer/download/eve-rave/mzdr101.pdf> [Stand: 3. Februar 2009]; Körner (Fn. 5), § 29, Rn. 1095.

76 OLG Hamm NStZ 2000, S. 600; OLG Stuttgart in: Monatsschrift des Deutschen Rechts (MDR), 1978, S. 595; OLG Zweibrücken in: Anwaltsblatt (AnwBl) 1983, S. 126; Kotz (Fn. 13),



### 3.3. Zwischenfazit

Der Untersuchende, obgleich auch er keiner behördlichen Erlaubnis bedarf, kann sich grundsätzlich wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln strafbar machen. Dazu muss er die tatsächliche Herrschaft über die Betäubungsmittel erlangen, was bei Selbsttests und Untersuchungen in unmittelbarer Gegenwart zum Konsumenten jedoch nicht der Fall sein dürfte. Außerdem muss er den Willen haben, sich der ungehinderten Einwirkungsmöglichkeit zu erhalten. Dies wird der Untersuchende, anders als der Bote, in der Regel wollen. Um überhaupt eine Untersuchung durchführen zu können, muss sich der Untersuchende der ungehinderten Einwirkungsmöglichkeit erhalten. Während der Bote bestrebt ist, das Betäubungsmittel alsbald wieder aus den Händen zu geben, benötigt der Untersuchende es gerade für die Untersuchung. Zudem kann sich der Untersuchende nach einer vertretenen Auffassung bei einer eventuellen Rückgabe des analysierten Betäubungsmittels strafbar machen.

Ein Bote kann sich nach allgemeiner Ansicht mangels Besitzwillen nicht strafbar machen, sofern er die Betäubungsmittel nur kurzfristig übernimmt und sie ohne Umwege der Untersuchungsstelle übergibt.

## 4. Erlaubnis als Strafausschließungsgrund

Um sich nicht der Gefahr einer Straftatverwirklichung auszusetzen, bedürfen also Personen und Institutionen, die Betäubungsmittel zur Durchführung von Substanzenanalysen annehmen, grundsätzlich einer Erlaubnis gemäß § 3 BtMG. Dabei offenbart sich ein Zirkelschluss, der dem oben dargelegten Widerspruch zwischen Systematik und Wortlaut des Gesetzes geschuldet ist. Die Untersuchung erfüllt keinen erlaubnispflichtigen Tatbestand. Eine Erlaubnis ist also nicht nötig. Trotzdem besteht das Risiko der Strafbarkeit. Eine Erlaubnis kann also in bestimmten Fällen doch nötig sein, um das Strafbarkeitsrisiko auszuschließen.

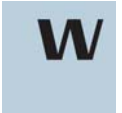
### 4.1.1. Ausnahme von der Erlaubnispflicht für Apotheken

Für die Substanzenanalyse von Drogen gibt allerdings eine normierte Ausnahme von der Erlaubnispflicht in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Zur Untersuchung, zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung von Betäubungsmitteln berechnete Stelle oder zur Vernichtung dürfen Betäubungsmittel aller Anlagen des BtMG vom Apothekenpersonal im Rahmen des Betriebes einer Apotheke entgegengenommen werden.<sup>77</sup> Da die Annahme zur Substanzenanalyse keine Verkehrsform verwirklicht, die einer behördlichen Erlaubnis bedarf, be-

---

§ 29, Rn. 940; Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 39; Hügel / Junge / Lander / Winkler (Fn. 13), § 29, Rn. 13.3.1; Nestler (Fn. 2).

<sup>77</sup> Vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 e) BtMG.



freit diese Ausnahmegesetzgebung deshalb nur von den Rechtsfolgen des tatbestandsmäßig gegebenen (unerlaubten) Besitzes.<sup>78</sup>

Dabei versteht § 4 Abs. 1 Nr. 1 BtMG unter Apotheke die öffentliche Apotheke<sup>79</sup> und die Krankenhausapotheke<sup>80</sup>. Die gesetzliche Befreiung bezieht sich auf den **Betrieb** einer öffentlichen Apotheke oder Krankenhausapotheke; sie bezieht sich nicht auf die Person des Apothekers.<sup>81</sup> Diese Ausnahme gilt nur, wenn der Inhaber im Besitz einer **apothekenrechtlichen Erlaubnis** ist.<sup>82</sup> Der Inhaber einer Apotheke und sein Hilfspersonal können daher nach aktueller Rechtslage im Rahmen des Apothekenbetriebes<sup>83</sup> von Konsumenten Drogen zur Substanzanalyse annehmen, ohne dazu einer Erlaubnis des BfArM zu bedürfen<sup>84</sup>.

Die Notwendigkeit einer apothekenrechtlichen Erlaubnis hat Konsequenzen für die Durchführung **ambulanter Substanzanalysen**, wie sie zum Beispiel am Rande von Musikgroßveranstaltungen platziert werden könnten. Denn die Betriebserlaubnis für eine Apotheke gilt nur für die in der apothekenrechtlichen Erlaubnisurkunde bezeichneten Apothekenräume.<sup>85</sup> 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. Überdies könnte er sich auch den **Straftatbestand des § 23 ApoG** erfüllen.<sup>86</sup>

Zwar besteht theoretisch die Möglichkeit, auch für eine mobile Apotheke eine apothekenrechtliche Erlaubnis zu erhalten<sup>87</sup>. Zuständig für die Erteilung von Betriebserlaubnissen von Apotheken sind die Länder. Auf diese Art und Weise könnte das ambulante „drug checking“ möglich gemacht werden, ohne dass Bundesrecht entgegenstände. Allerdings ist fraglich, ob eine solche Erlaubnis erteilt würde, denn § 17 Abs. 1 Satz 1 der Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO)<sup>88</sup> legt fest, dass Arzneimittel (und Betäubungsmittel der Anlage III) nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht und nur durch pharmazeutisches Personal ausgehändigt werden dürfen. Im Rahmen der Sub-

---

78 So auch Kotz (Fn. 13), § 4, Rn. 15, Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 11.

79 Vgl. §§ 1, 9, 16, 17 ApoG.

80 Vgl. § 14 ApoG.

81 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 2.

82 So das BfArM, vgl. Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 12.

83 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 12.

84 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 12.

85 Vgl. § 1 Abs. 3 ApoG.

86 Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 13.

87 Kotz (Fn. 13.), § 3, Rn. 7; Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 4; Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 13.

88 Apothekenbetriebsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1995 (BGBl. I, S. 1195) zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 2. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2338).

stanzanalyse sollen zwar keine Arzneimittel herausgegeben werden, die mobile Art des Betriebes darf aber nicht dazu führen, dass die Beratung durch das Apothekenpersonal beeinträchtigt wird.<sup>89</sup>

Solange Substanzenanalysen also in den durch die Apothekenerlaubnis bezeichneten Räumen stattfinden, sind sie dem Betreiber der Apotheke verwaltungsrechtlich erlaubt.<sup>90</sup> Sollen sie dagegen bei „mobilen Apotheken“ durchgeführt werden, fielen dies nicht unter die Ausnahmeregelung des BtMG. Es müsste bei den zuständigen Landesbehörden eine apothekenrechtliche Erlaubnis beantragt werden, deren Erteilung ungewiss ist.

#### 4.2. Erlaubnisvoraussetzungen für Substanzenanalysen außerhalb von Apotheken

Außerhalb von Apotheken ist dagegen eine betäubungsmittelrechtliche Erlaubnis<sup>91</sup> notwendig. Für Betäubungsmittel der Anlage I kann das BfArM sie nur ausnahmsweise erteilen und nur **zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken**<sup>92</sup>, deren Berücksichtigung sich als Regelung eines Ausnahmefalles darstellt und keine generellen Verbote oder den Schutzzweck des BtMG<sup>93</sup> berühren.

##### 4.2.1. Wissenschaftlicher Zweck

Damit dieses Tatbestandsmerkmal greift, müsste die Substanzenanalyse von Drogen daher mit einem solchen Zweck verbunden werden.<sup>94</sup> Dabei setzt ein Forschungsprojekt einen wissenschaftlichen Ansatz voraus, bei dem der Umgang mit dem Betäubungsmittel nicht einem konkreten Anwendungsbereich, sondern der Klärung noch unbekannter Sachverhalte dient.<sup>95</sup> Sollte die Substanzenanalyse beim „drug checking“ mit einem solchen Zweck begründet werden, so dürfte dem BfArM aufgrund des grundrechtlichen Schutzes von Wissenschaft und Forschung<sup>96</sup> lediglich eine qualifizierte Plausibilitäts-

---

89 In diesem Sinne urteilte das **Bundesverwaltungsgericht** (BVerwG) NJW 1999, S. 881, als es die Abgabe von Arzneimitteln an einem Autoschalter für nicht mit § 17 Abs.1 Satz 1 ApBetrO vereinbar hielt.

90 Kotz (Fn. 13), § 4, Rn. 15.

91 Für die Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrgeschäfte ist neben der Erlaubnis gemäß § 3 Abs. 1 BtMG eine gesonderte Erlaubnis des BfArM gemäß § 11 BtMG notwendig.

92 Vgl. § 3 Abs. 2 BtMG.

93 Die Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung bei so weit wie möglichem Ausschluss des Missbrauchs von Betäubungsmitteln, der missbräuchlichen Herstellung sowie des Entstehens oder Erhaltens einer Betäubungsmittelabhängigkeit, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG sowie Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 16.

94 Z.B hat sich das österreichische Projekt ChEck iT! Zum Ziel gesetzt, Daten über Zusammensetzung der auf dem illegalen Markt verfügbaren Betäubungsmittel, Motiven, Anliegen, Probleme und Konsumverhalten der Konsumenten zu erhalten, vgl. Kriener, Harald und Schmid, Rainer, Vorgestellt: ChEck iT! – Sekundärprävention in der Partyszene, in: Forschung und Praxis der Gesundheitsförderung, Band 19, Drogenkonsum in der Partyszene – Entwicklungen und aktueller Kenntnisstand, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), Köln 2002.

95 Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 40.

96 Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz (GG).

kontrolle zustehen.<sup>97</sup> Das BfArM hätte also zu prüfen, ob die vorgetragene(n) Tatsachen belegt sind, ob dem Projekt bestimmte ethische oder rechtliche Erwägungen entgegenstehen und ob Zweck und Ziel mit dem Projekt erreichbar sind; bei wissenschaftlichen Meinungsstreitigkeiten hätte sich das BfArM jedoch neutral zu verhalten.<sup>98</sup> Allerdings ist es umstritten, ob dem BfArM darüber hinaus auch eine weitergehende Prüfungskompetenz zusteht.<sup>99</sup>

#### 4.2.2. Anderer im öffentlichen Interesse liegender Zweck

Aber auch ein anderer im öffentlichen Interesse liegender Zweck kann eine betäubungsmittelrechtliche Erlaubnis begründen. Ein solches öffentliches Interesse liegt vor, wenn die Allgemeinheit betroffen ist und das Wohl der Allgemeinheit in Gegensatz zu den Rechten oder Vorteilen des einzelnen Staatsbürgers gestellt wird.<sup>100</sup> Ein Anknüpfungspunkt für die Substanzanalyse von Drogen könnte dabei die Reduzierung von erheblichen Gesundheitsrisiken sein, die mit der Beimengung unterschiedlicher Stoffe einhergeht. Denn auch die notwendige medizinische Versorgung einzelner oder mehrerer Personen bzw. der Bevölkerung kann im öffentlichen Interesse liegen.<sup>101</sup>

Allerdings vertritt das BfArM die Auffassung, wegen der **abschließenden Regelungen** im BtMG könne weder nach § 3 Abs. 1 BtMG noch nach Abs. 2 einer anderen Berufsgruppe als Apothekenbetreibern eine Erlaubnis (zur Untersuchung, zur Weiterleitung an eine zur Untersuchung von Betäubungsmitteln berechnigte Stelle oder zur Vernichtung von Betäubungsmitteln) erteilt werden.<sup>102</sup>

Diese Auffassung lässt sich zumindest durch eine **systematische Gesetzesauslegung** nachvollziehen.<sup>103</sup> Bis zum Jahr 2000 war die Substanzanalyse von Drogen im BtMG nicht erwähnt. Zum 1. April 2000 wurde aber dann eine gesetzliche Regelung zu Drogenkonsumräumen mit § 10a BtMG eingefügt.<sup>104</sup> Bestandteil dieser Regelung war auch § 10a Abs. 4 BtMG, der regelt, dass das in einem Drogenkonsumraum tätige Personal aufgrund der Erlaubnis, einen solchen Raum zu betreiben, nicht berechnigt ist, Substanzanalysen mitgebrachter Betäubungsmittel durchzuführen. Mit dieser Regelung

---

97 Vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 894 zur Prüfungsbefugnis von Tierschutzbehörden bei Erteilung von Genehmigungen für Tierversuche sowie das Verwaltungsgericht (VG) Berlin NJW 1997, S. 817.

98 Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 39.

99 So, ob das BfArM beispielsweise den Forschungs- und Durchführungsplan auf Lücken und Risiken im Einzelnen überprüfen darf und die Wissenschaftlichkeit ähnlich wie bei Arzneimittelprüfungen bewerten kann; vgl. VG Berlin, NJW 1997, S. 816; Körner (Fn. 5), § 3 Rn. 44 bis 46.

100 So Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 31.

101 BVerfG in NJW 2000, S. 3126 f.; VG Berlin NJW 1997, S. 818; Körner (Fn. 5), § 3, Rn. 31.

102 So Körner (Fn. 5), § 4, Rn. 12.

103 Nestler (Fn. 2); Weber (Fn. 12), § 4, Rn. 43.

104 Drittes BtMG-Änderungsgesetz vom 28. März 2000 (BGBl. I, S. 302).

wurde eine gesetzgeberische Tendenz in das BtMG eingefügt, die gegen die Zulässigkeit solcher Substanzenanalysen sprechen könnte.<sup>105</sup> Wenn bereits in Kosumräumen keine solchen Analysen vorgenommen werden dürfen, spricht systematisch einiges dafür, auch außerhalb von Apotheken keine Erlaubnisse zu erteilen, da solche Analysen nicht im öffentlichen Interesse sein können.<sup>106</sup>

#### 4.3. Antrag auf Erlaubnis

Wird dennoch eine Erlaubnis beantragt, so muss beim BfArM ein schriftlicher Antrag<sup>107</sup> gestellt werden.<sup>108</sup> Die Antragsanforderungen entsprechen im Wesentlichen den Versagungsgründen des § 5 Abs. 1 BtMG<sup>109</sup>:

Zunächst muss für jede Betriebsstätte eine Person angegeben werden, die verantwortlich für die Einhaltung der betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften und der Anordnungen der Überwachungsbehörden ist.<sup>110</sup> Dieser sogenannte **Verantwortliche** muss „aufgrund seiner Berufsausbildung und seiner Berufserfahrung“<sup>111</sup> die erforderliche Sachkenntnis haben.<sup>112</sup> § 6 BtMG konkretisiert die Anforderungen an die Sachkenntnis in Abhängigkeit von den verschiedenen Arten des Betäubungsmittelverkehrs. Das BfArM kann von diesen gesetzlichen Anforderungen im Einzelfall abweichen, wenn die Sicherheit und Kontrolle des Betäubungsmittelverkehrs gewährleistet sind.<sup>113</sup> Schließlich dürfen auch keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Verantwortlichen, des Antragstellers, seines gesetzlichen Vertreters oder bei juristischen Personen oder nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen der nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung oder Geschäftsführung Berechtigten ergeben.<sup>114</sup>

Des Weiteren müssen umfangreiche Angaben zu der **Betriebsstätte**<sup>115</sup> und den **Sicherungsvorkehrungen**<sup>116</sup> gemacht werden, das heißt geeignete Räume, Einrichtungen

---

105 Vgl. ebenso zur Erlaubnispflichtigkeit Seite 9.

106 Nestler (Fn. 2).

107 Vgl. § 7 BtMG, der auch die inhaltlichen Anforderungen an einen solchen Antrag enthält.

108 Ein **Antragsformular** kann auf der Internetseite des BfArM heruntergeladen werden: [http://www.bfarm.de/cIn\\_029/nn\\_424418/DE/Bundesopiumstelle/BtM/form/forminhalt.html#AnkerErlaubnis](http://www.bfarm.de/cIn_029/nn_424418/DE/Bundesopiumstelle/BtM/form/forminhalt.html#AnkerErlaubnis) [Stand: 21. Januar 2009].

109 Körner (Fn. 5), § 7, Rn. 2.

110 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BtMG.

111 Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 6.

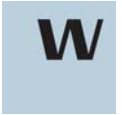
112 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 2 BtMG.

113 Vgl. § 6 Abs. 2 BtMG

114 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 3 BtMG: Darunter können Rauschgiftsucht, Trunksucht, Verurteilung wegen einschlägiger Straftaten, Mitgliedschaft in einer Rauschgift konsumierenden Sekte oder auch finanzielle Schwierigkeiten fallen, Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 8.

115 Körner (Fn. 5), § 7, Rn. 6.

116 Körner (Fn. 5), § 7, Rn. 7.



und Sicherungen für die Teilnahme am Betäubungsmittelverkehr müssen vorhanden sein und dargelegt werden.<sup>117</sup>

Schließlich müssen die Art, die **voraussichtliche Jahresmenge** der in den legalen Verkehr gelangenden Betäubungsmittel und deren Verwendung unter Beifügung notwendiger Unterlagen angegeben werden.

Bereits in der Notwendigkeit solcher umfangreichen Angaben könnten Hürden für die Substananalyse begründet liegen. Insbesondere bei ambulanten Analysepunkten erscheint die Konkretisierung einiger geforderter Angaben schwierig. Ob und wie diese Schwierigkeiten überwunden werden können, ist generell ebenso schwierig abzuschätzen wie die Frage, welche konkreten Angaben das BfArM in den einzelnen Fällen für ausreichend hält. Für stationäre Analysestellen erscheinen die notwendigen Informationen im Antragsverfahren jedenfalls einfacher anzugeben zu sein als für ambulante Möglichkeiten.

Wollte man die Erlaubnis mit wissenschaftlichen Zwecken begründen, so wären weitere Angaben notwendig.<sup>118</sup> Liegt der Betäubungsmittelverkehr, für den die Erlaubnis beantragt wird, im öffentlichen Interesse, so muss der verfolgte Zweck unter Bezugnahme auf die einschlägige wissenschaftliche Literatur im Einzelnen nachvollziehbar erläutert werden.<sup>119</sup>

#### 4.4. Entscheidung des BfArM

Die Entscheidung über einen Antrag soll das BfArM innerhalb von drei Monaten treffen.<sup>120</sup> Zwingend ist diese Frist jedoch nicht.<sup>121</sup> Werden bei der Antragsprüfung Mängel festgestellt und dem Antragsteller Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben, so wird die Dreimonatsfrist durch die Mängelbeseitigungsfrist gehemmt.<sup>122</sup> Werden die Mängel nicht fristgemäß beseitigt, kann dies zur Ablehnung des Antrags führen.<sup>123</sup>

Die Entscheidung ergeht durch Verwaltungsakt. Das BfArM hat nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sein **Ermessen**<sup>124</sup> auszuüben<sup>125</sup> und dabei die

---

117 Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 12.

118 So die wissenschaftlichen Fragestellungen, Zeitraum, Gebiet und Methode der Untersuchung, Probandenauswahl und einschlägige wissenschaftliche Literatur. Weiterhin muss das Projekt wissenschaftlich begleitet sein und dessen Verlauf kontrolliert werden, vgl. Körner (Fn. 5), § 3 Rn. 40.

119 Körner (Fn. 5), § 7, Rn. 11.

120 Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 BtMG.

121 Körner (Fn. 5), § 8, Rn. 4.

122 Vgl. § 8 Abs. 2 BtMG.

123 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 7 BtMG.

124 Gemäß § 3 Abs. 2 BtMG **kann** das BfArM die Erlaubnis erteilen.

125 BVerfG in NJW 2000, S. 3126 f.

Grundsätze und den Gesetzeszweck<sup>126</sup> des BtMG zu beachten.<sup>127</sup> Insbesondere prüft das BfArM dabei die Versagungsgründe des § 5 Abs. 1 BtMG. Liegt ein solcher Versagungsgrund vor, so ist streitig, ob der Antrag zwingend abgelehnt werden muss<sup>128</sup> oder Versagungsgründe im Rahmen des Ermessens durch eine mit Auflagen versehene Erlaubnis ausgeräumt werden können<sup>129</sup>.

Lehnt das BfArM die Erteilung der beantragten Erlaubnis ab, so kann zunächst Widerspruch beim BfArM eingelegt werden und bei Nichtabhilfe Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht (VG) erhoben werden.<sup>130</sup>

## 5. Ergebnis

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, lassen sich verbindliche Aussagen über die rechtliche Zulässigkeit *des* „drug checking“ nicht treffen. Das Gesetz regelt diesen Sachverhalt nicht ausdrücklich. Bei der Subsumtion unter die bestehenden Regelungen gibt es unterschiedliche Auffassungen und Ergebnisse je nach Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale.

Es spricht zwar mehr dafür, dass weder der Untersuchende noch der eventuelle Bote im Rahmen des „drug checking“ einer behördlichen Erlaubnis bedürfen, allerdings vertritt das BfArM als zuständige Erlaubnisbehörde eine andere Rechtsauffassung, für die sich auch vertretbare Gründe heranziehen lassen.

Der Untersuchende kann sich jedoch wegen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG strafbar machen. Er bedarf also doch, obgleich nicht aus verwaltungsrechtlicher Erlaubnispflicht, zum Ausschluss dieser Strafbarkeit einer Erlaubnis. Eine solche Erlaubnis kann unter strengen Voraussetzungen, die bei mobilen Analysen nur schwer einzuhalten sein dürften, beim BfArM beantragt werden.

Die Betreiber von Apotheken machen sich bei der Substanzanalyse von Drogen nicht strafbar, denn Apotheken sind solche Untersuchungen gesetzlich erlaubt. Gleichwohl kann sich der Betreiber einer mobilen Apotheke strafbar machen, sofern eine apothekenrechtliche Zulassung zum mobilen Betrieb fehlt. Denn dann gilt auch die Ausnahme des BtMG nicht mehr. Überdies besteht die Gefahr, sich gemäß § 23 ApoG strafbar zu

---

126 Vgl. Fn. 18.

127 Körner (Fn. 5), § 8, Rn. 6.

128 So das BfArM mit der Begründung, § 9 Abs. 2 BtMG erlaube nicht, mithilfe von Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen die zwingenden Erfordernisse des § 5 BtMG zu umgehen oder abzuschwächen, vgl. Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 2.

129 So dagegen das VG Berlin, NJW 1997, S. 818, sowie Körner (Fn. 5), § 5, Rn. 2.

130 Da der Sitz des BfArM zurzeit Bonn ist, ist das VG Bonn zuständig. Beklagte ist die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das BfArM.



machen, da sich die apothekenrechtliche Erlaubnis auf die Räume der Apotheke beschränkt. Schließlich ist es noch denkbar, dass der Untersuchende sich durch die Rückgabe der analysierten Betäubungsmittel wegen unerlaubter Abgabe strafbar machen könnte, wenngleich dies höchstrichterlich verneint wird.

Eine Strafbarkeit der Botentätigkeit scheidet, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, allem Anschein nach aus. Eine Garantie, dass die hier vertretene Auffassung innerhalb der Justiz vollständig geteilt wird, kann aber nicht gegeben werden.

Es zeigt sich also, dass für die Durchführung des „drug checking“ eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung notwendig ist, um Rechtssicherheit herzustellen.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass auch bei einer gesetzlichen Regelung der verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Zulässigkeit des „drug checking“ für die Konsumenten immer noch die Gefahr besteht, sich strafbar zu machen. Um das „drug checking“ zu ermöglichen, bedürfte es daher auch einer politischen Entscheidung bezüglich der strafrechtlichen Verfolgung von Konsumenten, die Drogen zur Untersuchung abgeben. Denn für die Konsumenten besteht die Gefahr, im Rahmen des „drug checking“ von Polizei oder Staatsanwaltschaft beobachtet zu werden. In diesem Fall wären Polizei und Staatsanwaltschaft aufgrund des Legalitätsprinzips aus §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 der Strafprozessordnung zum Eingreifen gezwungen, weil gegen den Konsumenten in der Regel der Anfangsverdacht einer Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz bestünde. Es müsste also eine politische Entscheidung geben, in den Fällen des „drug checking“ „wegzusehen“. Diese Entscheidung ist aber auch bei Drogenkonsumräumen notwendig. Sie ist in den Bundesländern, die diese Räume zulassen, bereits zugunsten der Drogenabhängigen gefallen.

