

# TITEL

*Akad. Rat. a.Z. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu*

## Über die Bestrafung des Umgangs mit neuen (vielleicht – sicherlich – hoffentlich?) gefährlichen, psychoaktiven Substanzen

### *Abstract*

Der Beitrag setzt sich mit einem Referentenentwurf des Bundesgesundheitsministeriums auseinander, welcher den Umgang mit neuen, psychoaktiven Substanzen unter Strafe stellen soll. Da Stoffe, die dem BtMG unterliegen, erst mittels Verordnung in eine den Betäubungsmittelbegriff konkretisierende Liste aufgenommen werden müssen, stellt sich das Problem, dass der Umgang mit neuen, leicht resynthetisierbaren Stoffen bis zur Aufnahme in die Liste nicht strafbar ist. Dem Phänomen der „legal highs“ will man mit einer Liste ganzer Stoffkombinationen begegnen, welche potentielle „Zutaten“ für Designerdrogen umfasst (mithin bestimmte chemische Ringsysteme und denkbare Seitenketten). Der Verfasser zeigt auf, dass die antizipierte Aufnahme von Stoffen, deren Wirkweise man nur vermuten kann, bereits für sich gesehen problematisch ist, aber darüber hinaus nicht dazu geeignet ist, dem Phänomen der Designerdrogen beizukommen. Stattdessen müsse über einen materiellen Betäubungsmittelbegriff nachgedacht und das Betäubungsmittelstrafrecht an anderen Stellen neu justiert werden. Hierfür könne der Entwurf eine Vorbildfunktion entfalten.

*Schlüsselwörter:* legal highs, Betäubungsmittelbegriff, NPSG, Referentenentwurf BMG, Positivliste

### *Abstract*

*This article deals with the draft bill of the Federal Ministry of Health, which incriminates the handling of new, psychoactive substances. At the moment, substances which are subjected to the BtMG have to be added to a list, which defines the term of “drug” beforehand by means of a statutory regulation. As a result, the handling of new substances that can easily be resynthesized is not punishable until that inclusion. To counter the phenomenon of “legal highs” a list of substance combinations was created which contains potential ingredients for designer drugs (e.g. certain chemical ring systems and side*

DOI: 10.5771/0934-9200-2016-1-19

*chains). The author shows that the anticipated inclusion of substances, whose effects can only be guessed, is itself problematic and furthermore not apt to counter the phenomenon of designer drugs. Instead there should be reflections about a new term of “drug” in material law, and the criminal law regarding drugs should be adjusted in other sections. This concept could serve as a role model.*

*Keywords: legal highs, the term of drugs, draft bill of the Federal Ministry of Health, whitelist*

#### *A. Die NPS – und die Rede ist nicht von der Wasserpfeife!*

Die Nargilem Professional Special (abgekürzt NPS) gilt als exklusives und besonders hochwertiges Nachfolgemodell einer der meistverkauften Wasserpfeifen in Deutschland. Wegen ihrer „neuen Innovationen wie dem magnetischen Kohleteller“ ermöglicht die NPS „ein vollkommen neues Raucherlebnis mit bis zu vier Schläuchen“, wobei die Innendurchmesser der Rauchsäule „so optimiert wurden, dass ein perfekter Durchzug garantiert ist“.<sup>1</sup> Das hört sich doch verlockend an. Wen überrascht es da, dass die NPS bei vielen Jugendlichen, die dem explosionsartigen Wasserpfeifentrend der letzten zehn Jahre nicht widerstehen konnten, auf der Wunschliste steht (Preis 189,00 €)? Wenn Sie also einen Teenager auf der Straße fragen, was er unter NPS versteht, so hat er zumindest schon einmal die richtige Assoziation. Denn irgendwie geht es um Sucht und gesundheitsgefährdende Stoffe. Freilich steht im „gesetzgeberischen Jargon“ das Kürzel für Neue Psychoaktive Stoffe, deren Umgang nach einem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit durch eine abgespeckte Version des BtMG (als NpSG bezeichnet) verboten werden soll.

Dies spielt dem Autor eines Beitrags, der sich mit dem Thema Sucht und Kriminalpolitik befassen soll, wahrlich in die Hände, denn jene zwei unterschiedlichen Ausführungen des Kürzels spiegeln auch die zwei Gesichter der (nicht nur) deutschen Drogengesetzgebung wider. Auf der einen Seite die Nargilem, die für das Shisha-Phänomen steht. Diese gibt ihre schädlichen Wirkungen nicht „akut“ preis und wird schon seit Anbeginn auf dieselbe Stufe wie das Zigarettenrauchen gestellt; dass es auch rechtlich keinen Unterschied macht, dass der Tabak „verdampft“ und nicht „verraucht“ wird, wurde verwaltungsgerichtlich bereits geklärt<sup>2</sup>. Selbst von militanten Nichtraucherern wird die Wasserpfeife (vielleicht auch aufgrund ihres fruchtigen Geschmacks und allenfalls mit Aromabädern vergleichbaren Geruchs) akzeptiert. „Popkulturell assimiliert“<sup>3</sup> konnte sich das Shisha-Rauchen schnell zum Massenphänomen, v.a. bei Jugendlichen, entwickeln, bevor der Gesetzgeber auch nur daran gedacht hätte, diesem Trend entgegenzuwirken. Da muss man fast schon ein wenig schmunzeln, wenn die

1 <http://www.nargilem.com/de/produkte/shishas/nps-line/> zuletzt abgerufen am 29.12.2015.

2 Vgl. etwa VG Augsburg LMRR 2013, 150.

3 Austausch orientalischer Ausstattung mit moderner Cluboptik; Futuristische Glasbowlen, Anpassung der Tabaksorten und deren Aufmachung, Tabaksorten mit Namen wie „Chilling Blue“, „Vanilla Explosion“ etc., vgl. <http://www.kukue.tv/gesellschaft/shishakult/>; zuletzt abgerufen am 29.12.2015.

TITEL

Bundesregierung das Tabakabgabeverbot auf E-Zigaretten und E-Shishas mit der Begründung ausdehnen will, „eine neue Kultur des Rauchens bei Kindern und Jugendlichen“ verhindern zu wollen.<sup>4</sup> Wenn man einen Blick in die entsprechenden Bars und Cafés wirft, scheint dies schon längst geschehen. Niemandem kommt derzeit ein striktes Totalverbot in den Sinn, das den Umgang mit (also das Handelreiben, die Abgabe, den Erwerb von) feuchtem, glycerindurchtränkten<sup>5</sup> Wasserpfeifentabak samt seiner Utensilien verbietet. Was den Pfeifentabak angeht, dürfte es – um den ebenso typischen wie polemisch wirkenden Topos in der Argumentation um das fehlende Verbot von Alkohol und Tabak aufzugreifen – auch nicht daran liegen, dass der Pfeifentabakhandel besonders lukrativ für den Fiskus ist. Der Anteil der Einnahmen aus dem Wasserpfeifentabak beträgt bei Gesamttabaksteuereinnahmen von rund 14,5 Mrd. Euro lediglich 0,3 %.<sup>6</sup> Vielmehr dürfte, wie eingangs angedeutet, auch das Rauchen einer Wasserpfeife aufgrund fehlender unmittelbarer Wirkungen (psychoaktiver, halluzinogener oder sedativer Art) als weniger „gemeingefährlich“ eingestuft werden, sodass man sich mit sicherheitsrechtliche Einschreiten begnügt. Nur der Jugendschutz wird mit einem strafrechtlich sanktionierten Abgabeverbot flankiert.<sup>7</sup> Läuft dies nun auf ein Plädoyer für ein allumfassendes Verbot der Wasserpfeife hinaus? Selbstverständlich nicht. Zwar hat die Gesetzgebungspolitik einen Punkt erreicht, wo fehlende strafrechtliche Sanktionierung automatisch Selbstregulierung zu bedeuten scheint. Außerdem werden die zahlreichen Schutz- und Regulierungsmechanismen (insbesondere das Gewerbe- bzw. Polizeirecht) von der Exekutive oft genug entweder nicht wahr- oder nicht ernst genommen.<sup>8</sup> Diese Entwicklungen würden aber gerade potenziert, wenn man ihnen mit einer Erweiterung des Strafrechts begegnen wollte. Vielmehr soll an dieser Stelle erst einmal der unbefangene Umgang des Gesetzgebers mit diesem Phänomen demonstriert werden, welcher darauf zurückzuführen ist, dass er (bzw. die Gesellschaft) sich

4 Vgl. becklink 2001858 sowie den Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/6858.

5 Vgl. § 3 TabakV sowie Anlage 1 Nr. 2 (Feuchthaltemittel), 3 der TabakV.

6 <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/shishas-in-deutschland-kaum-erforscht/12562434-3.html>. Dies mag wiederum darauf zurückzuführen sein, dass Tabakwerte mit einem bestimmten Glycingehalt in Deutschland verboten (Anlage 1 Nr. 2 TabakV), aber aufgrund des dichten Qualms bzw. optimierten Rauchentwicklung bei den Konsumenten besonders gefragt sind. Dies hat kriminogene Wirkung, weil sich Lieferanten dann erst Recht dazu veranlasst sehen, den Tabak zu schmuggeln. Das verwirklichte Unrecht wird dann über die Steuerfahndung und den §§ 370 AO ff. aufgearbeitet (vgl. etwa Harder in: Wabnitz/Janovsky (2014), 22. Kap., Rn. 98) und die Verstöße gegen die TabakV geraten vollkommen in den Hintergrund.

7 Wobei dieses Verbot kaum seine Ziele erreichen kann, wenn ein faktisch legaler Markt besteht – wie beim Kauf von Zigaretten und Alkohol schickt man dann eben den großen Bruder vor.

8 Wer sich darüber schlaue gemacht hat, wie Kommunen mit der Erteilung von Shisha-Bar-Genehmigungen umgehen („verstecken sie den Tabak und legen sie die Shishaz-Steine auf den Tresen“), der tippt auf letzteres. In diesem Zusammenhang: Im Hinblick auf den Umstand, dass weiterhin ständig neue Shisha-Cafés (auch in Bayern) eröffnen, mag man gar nicht glauben, dass das Rauchverbot nach bundesverfassungsrechtlich abgesegneter Rechtsprechung auch für den Wasserpfeifentabak gilt (vgl. etwa BVerfG NVwZ 2011, 294; BayVerfGH NVwZ-RR 2010, 946).

aufgrund fehlender sofortiger Wirkungen einerseits und Langzeitstudien andererseits nicht von einer erheblichen Gesundheitsgefährdung für das Individuum (wenn auch von einem Suchtpotential des Shisha-Rauchens) überzeugen kann bzw. nicht überzeugt ist.

Ganz anders sieht es dagegen hinsichtlich des zweiten Begriffs aus, für den das Kürzel „NPS“ steht, den „neuen, psychoaktiven Substanzen“. Stehen akute Wirkungen im Raum, die dazu führen, dass die Konsumenten zu Hause oder in der Gesellschaft die Kontrolle über sich verlieren, gelangen Gesetz- und Verordnungsgeber schnell zur „Überzeugung“, dass ein bestimmter Stoff besonders gefährlich bzw. als „Droge“ anzusehen ist. Diese Überzeugung manifestierte sich bis dato in einer konstitutiven Zuordnung des Stoffs als „Droge“, genauer „Betäubungsmittel“ durch die Aufnahme in einer abschließenden Liste, vgl. § 1 BtMG. Diese Liste ist – wie die meisten – nicht unabänderlich, soll sie jedoch erweitert werden, muss der Gesetzgeber seine Einschätzung durch die Einholung entsprechender Gutachten abklopfen und es dauert (zumindest eine gewisse Zeit), wenn man die ursprüngliche Liste erweitern wissen will. Dieses „Positivlistensystem“ ist eine Eigenheit des deutschen Rechts.<sup>9</sup> In vielen ausländischen Rechtsordnungen dienen Listen außenstehender Institutionen als Richtschnur für die Auslegung eines offenen bzw. materiellen Betäubungsmittelbegriffs. Im deutschen Betäubungsmittelstrafrecht unterfallen dem strengen Regelungsgefüge des Betäubungsmittelgesetzes gem. § 1 BtMG nur solche Substanzen, die in den Anlagen des Gesetzes aufgeführt sind. Freilich ging es dabei von Anfang an um eine konstitutive Wirkung und bessere Abgrenzbarkeit zu anderen Stoffen. Denn ob eine Substanz als Droge zu klassifizieren ist, lässt sich nicht abstrakt und abschließend zugleich bestimmen. Daher mutet die Zuordnung nicht selten irrational an, wenn zugleich zahlreiche mit den „klassischen Drogen“ jedenfalls in ihrer Wirkweise vergleichbare Stoffe freigegeben sind (bzw. werden müssen), sei es weil man sie gesellschaftlich akzeptiert, sei es weil sie aufgrund anderweitiger Zweckbestimmung nicht verboten werden können. „Irrational“ ist aber hier nicht mit „überhaupt keinen Regeln folgend“ zu verstehen, denn über die materiellen Voraussetzungen der Drogeneigenschaft ist man sich doch überwiegend einig.

Die meisten als Drogen klassifizierten Stoffe (die in den Anlagen des BtMG zu finden sind), können in Mengen konsumiert werden, die nicht tödlich sind, zugleich entsprechende (psychoaktive, halluzinogene oder sedative) Wirkungen entfalten, ausschließlich aus diesem Grund konsumiert werden, auf Dauer abhängig machen und die Gesundheit schädigen. Das „Irrationale“ bzw. „Emotionale“ an der Zuordnung ist eben, dass die Anforderungen an diese Parameter von Substanz zu Substanz unterschiedlich angesetzt werden, man denke an Alkohol, Wasserpfeifen, Cannabis und Kokain. Wie bereits angemerkt: Vor allem bei Substanzen mit akuter intensiver Rauschwirkung tendiert man im Allgemeinen schneller dazu, von einem Betäubungsmittel zu sprechen. Wenn aber die akuten Wirkungen allein schon zur „Überzeugung“ füh-

<sup>9</sup> Erläuterung bei Patzak in: Körner/Patzak/Volkmer (2015), § 1 Rn. 1 ff.; vgl. auch Oğlakcioğlu JZ 2015, 981, 983.

TITEL

ren, dass der Stoff das Prädikat „Droge“ erhält, erscheint das Verfahren, einen neuen psychoaktiven Stoff zu überprüfen und die Liste zu ergänzen, allzu aufwendig. Gerade in Zeiten, in denen das Nachbilden chemisch-ähnlicher Strukturformeln und das Kreieren neuer Designerdrogen (sog. „legal highs“) eine Hochkonjunktur erfahren hat und der Markt – wie es stets heißt – von Stoffen überschwemmt wird,<sup>10</sup> deren Gefährlichkeitspotential die Konsumenten (wie auch die Verkäufer) kaum einschätzen können, ist dies besonders hinderlich. Der Stoff kann frei gehandelt und konsumiert werden, bis die Liste aktualisiert wurde. Für einen Staatsanwalt mag sich das anfühlen wie die Betätigung der F5-Taste auf einem hoffnungslos veralteten Rechner. Und damit ist man beim Thema angekommen:

Der Gesetzgeber will nämlich diesen Vorgang der konstitutiven Bestimmung, weil er sie wohl nunmehr als überflüssige „Förmelei“ erachtet, mit einem neuen Gesetz – dem NpSG – mehr oder weniger abschaffen. Das Gesetz dient gem. § 1 des Entwurfs der Bekämpfung der Verbreitung von neuen psychoaktiven Stoffen, um die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen.<sup>11</sup> Dies soll durch ein Verbot gleich mehrerer denkbaren chemischer Kombinationen geschehen, wobei einerseits bestimmte immer wieder erweiterbare „Grundbausteine“ (im Entwurf werden die „andockfähigen“ Ringsysteme als „Kernstruktur“ bezeichnet<sup>12</sup>), andererseits denkbare „Erweiterungskits“ (kombinierbare Seitenketten, „Brückenreste“, Abwandlungen der Ringsysteme) erfasst werden. Damit will man Designerdrogenherstellern ihr Bastelwerkzeug bzw. die Zutaten wegnehmen, weswegen die Anlage des NpSG auch einem Chemielehrbuch gleicht. Das ist, um zu dem ursprünglichen Vergleich noch ein letztes Mal zurückzukehren, insofern bemerkenswert, als der Stoff bereits auf Verdacht (hier also im wahrsten Sinne des Wortes totalvorbehaltlich) einem Umgangsverbot unterstellt werden soll. Man könnte dies als „krasses Gegenmodell“ zum ursprünglichen Konzept ansehen. Fehlende Langzeitstudien, der Umstand, dass sich der Stoff ggf. als unbrauchbar entpuppen sollte, mithin die „fehlende Überzeugung“ hinsichtlich der übrigen materiellen Parameter bzgl. der Drogeneigenschaft stören hier nicht. Dabei bekennt sich der Referentenentwurf des Bundesministeriums offen zu der Ausgestaltung, den Umgang mit schlicht unbekanntem Stoffen, deren Gefährlichkeit nur zu vermuten ist, zu pönalisieren (denn es bestehe im Hinblick auf jede einzelne, verwandte chemische Verbindung ein „Gefahrenverdacht“<sup>13</sup>). Während also der Schildower Kreis, 120 Professoren und einige Abgeordnete es gerade einmal geschafft haben, die Diskussion zur Legalisierung bzw. zur Lockerung des Umgangs mit einem ganz bestimmten Stoff – Cannabis – wie-

10 [http://www.focus.de/gesundheit/news/gefahrllich-und-online-beziehbar-neuartige-legale-drogen-ueberschwemmen-den-markt\\_aid\\_996506.html](http://www.focus.de/gesundheit/news/gefahrllich-und-online-beziehbar-neuartige-legale-drogen-ueberschwemmen-den-markt_aid_996506.html); zuletzt abgerufen am 29.12.2015.

11 Solch ein „§ 1“ fehlt dem BtMG. Der übereinstimmende Zweck wird aus § 5 BtMG abgeleitet, wobei als Rechtsgut der Vorschriften u.a. die schon „begrifflich“ viel kritisierte „Volks-gesundheit“ ins Feld geführt wird. Politisch korrekt (freilich ohne materiellen Gehalt) könnte man von nun an vom Schutzgut der „Bevölkerungsgesundheit“ sprechen.

12 S. 22 des Referentenentwurfs.

13 S. 20 des Referentenentwurfs.

der anzukurbeln,<sup>14</sup> macht sich der Gesetzgeber gleichzeitig daran, 5000 neue Stoffe und mehr in ein (etwas gelockertes) Umgangsverbot zu pressen. Die fehlende Empirie (die im Hinblick auf die Cannabisentkriminalisierungsdebatte zu Recht beklagt wird<sup>15</sup>), wird im Rahmen der Strafbarkeitsbegründung zu einem Konzept erhoben. Besser kann man die heutige Situation der Drogenstrafgesetzgebung nicht abbilden.

*B. Der vermittelnde und damit zu verwerfende Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit*

Im Folgenden sollen nun – wenn auch nur knapp – einige Eckpunkte des Referentenentwurfs einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Nachdem die gesetzgeberische Vorgeschichte noch etwas präzisiert wurde (I.), wird sich zeigen, dass das Gesamtkonzept eines eigenständigen Gesetzes wenig Sinn macht, insb. weil die Ungleichbehandlung von neuen und „alten“, psychoaktiven Substanzen nicht vermittelbar ist (II.1). Dies gilt unabhängig davon, wie man grundsätzlich zu der Problematik der Erfassung von legal highs steht. Auch im Detail leidet der Entwurf an den typischen Symptomen eines „Bekämpfungsgesetzes“ (II.2). Zuletzt wird nochmals der Überlegung nachgegangen, ob überhaupt noch etwas vom Anlagesystem übrig bleibt (III.).

I. Worum geht es eigentlich? Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes

Die Geschichte des Vorhabens ist eigentlich schon erzählt. Die Anzahl neuer psychoaktiver Stoffe nimmt in den letzten Jahren ständig zu, und der Ordnungsgeber kommt in Zeiten der Hochkonjunktur von Designerdrogen nicht mehr hinterher. Allen voran die bayrische Justiz hat versucht, die Verbreitung der (zwischenzeitlich noch nicht dem BtMG unterfallenden Stoffe, siehe oben) nicht nur sicherheitsrechtlich zu unterbinden, sondern das Inverkehrbringen derartiger Stoffe strafrechtlich zu verfolgen, indem diese zumindest als (nicht zugelassene) Arzneimittel klassifiziert wurden.<sup>16</sup> Der EuGH hat allerdings diesem Ansatz eine Absage erteilt, da ein Stoff, der ausschließlich zu Rauschzwecken konsumiert werde, ohne dem Körper unmittelbar physiologisch zuträglich zu sein, nicht als Arzneimittel eingeordnet werden könne.<sup>17</sup> Diese (wenn auch nur zwischenzeitliche) strafrechtliche Lücke soll das NPSG schließen. Nun mag man sich fragen, warum der Gesetzgeber ausgerechnet jetzt dieses Bedürfnis sieht. Designerdrogen gab es selbstverständlich auch schon Ende der 80er Jahre, und auch damals mag man als Strafverfolgungsbehörde nicht auf die Idee gekommen sein,

14 <http://schildower-kreis.de/resolution-deutscher-strafrechtsprofessorinnen-und-professoren-an-die-abgeordneten-des-deutschen-bundestages/>; zuletzt abgerufen am 29.12.2015.

15 *Duttge/Steuer* MedR (2015), 799; der Verfasser hingegen hat stets angemahnt, die fehlende Rationalität der Diskussion durch eine Entdogmatisierung der Rechtsanwendung nicht potenzieren zu dürfen, vgl. *Oğlakcioğlu* 2013.

16 OLG Nürnberg PharmR 2013, 94; zum Ganzen einerseits *Nobis* NStZ 2012, 422; andererseits *Patzak/Volkmer* 2011, 422.

17 *Oğlakcioğlu* StV 2015, 166 ff; a.A. *Patzak/Volkmer/Ewald* NStZ 2014, 461.

TITEL

die bestehenden Lücken um jeden Preis (etwa über eine EU-rechtswidrige Auslegung des Arzneimittelrechts) schließen zu wollen. Doch dürfte der Staatsanwalt auch nicht so schnell mit der „neuesten Droge“ konfrontiert worden sein. Die synthetischen Cannabinoide und Phenylethylamin-Abwandlungen von „heute“<sup>18</sup> unterscheiden sich von MBDB,<sup>19</sup> PPP, MDPPP in ihrer Breitenwirkung: Sie werden publikumswirksamer (und damit auch von Jugendlichen eher) wahrgenommen, als die (nicht umsonst als „Szene“-Drogen bezeichneten) Designersubstanzen der frühen 90er Jahre. Dies mag gerade im Fall „Spice“ (als Präzedenz-Synthetik-Cannabinoid) nicht nur an der zum Teil „poppigen“ Aufmachung liegen, sondern gerade an der Nähe zu Cannabis, das im Verhältnis zu MDMA etc. als harmlos bzw. weiche Droge gilt. Dementsprechend ungefährlich mag ein Stoff wirken, der letztlich als „legale“ Variante von Gras angepriesen wird.<sup>20</sup> Potenziert wird dieser Effekt durch die Entwicklung des Internets als „digitaler Drogenumschlagsplatz“,<sup>21</sup> wo auf („sicherheitshalber“ im Ausland betriebenen) Seiten die noch legalen Substanzen unverblümt mit passendem Equipment zum Kauf und Lieferung frei Haus angeboten werden (anders bei den Amphetamin-Abwandlungen und Piperazinen, die als Lufterfrischer und Badesalze „zweckentfremdet“ werden mussten).

## II. Zugeständnisse – Der eingeschränkte Tathandlungskatalog und herabgesetzte Strafraumen

Schon bei einem ersten Blick auf die entsprechende Strafvorschrift des § 5 NPSG, welcher auf das in § 4 NPSG generierte Verbot Bezug nimmt, wird klar, dass das gesetzgeberische Konzept allzu simpel gestrickt ist, als dass es Zustimmung erfahren könnte. Die beiden entscheidenden Vorschriften (sollen) lauten<sup>22</sup>:

### § 4 NPSG

#### *Unerlaubter Umgang mit neuen psychoaktiven Stoffen*

(1) *Es ist verboten, mit einem neuen psychoaktiven Stoff Handel zu treiben, ihn in den Verkehr zu bringen, herzustellen oder einzuführen.*

(2) *Vom Verbot ausgenommen sind nach dem Stand von Wissenschaft und Technik anerkannte Verwendungen zu gewerblichen, industriellen oder wissenschaftlichen*

18 Die Modedroge „Spice“ ist erstmals 2008 aufgetaucht.

19 Als Homologon des MDMA (besser bekannt als Ecstasy) handelt es sich bei 2-Methylamino-1-(3,4-methylenedioxyphenyl)butan strukturell um ein Amphetamin, das von den Chemikern David Nichols und Alexander Shulgin synthetisiert wurde. Shulgin hat seine Untersuchungen zu den Phenylethylaminen im zweiten Teil seines Werks („Pihkal: A Chemical Love Story“) zusammengefasst. Dieser könnte auch gut als Quelle für die Anlage des Gesetzes (Ziffer 1: von Phenylethylamin abgeleitete Verbindungen) fungiert haben.

20 Dies mag auch der Grund dafür sein, dass viele Head-Shop-Betreiber kein „drogenethisches“ Problem mit dem Vertrieb von synthetischen Cannabinoiden hatten.

21 Vgl. zu dieser Entwicklung *Power* 2014.

22 Referentenentwurf, S. 3.

Zwecken sowie Verwendungen durch Behörden im Bereich ihrer dienstlichen Tätigkeit.

### § 5 NPSG

#### **Strafvorschriften**

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 4 Absatz 1 mit einem neuen psychoaktiven Stoff Handel treibt, ihn in den Verkehr bringt oder ihn zum Zweck des Inverkehrbringens herstellt oder einführt.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat,
2. als Person über 21 Jahre einen neuen psychoaktiven Stoff an eine Person unter 18 Jahren abgibt oder ihn ihr verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überlässt oder
3. durch eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung
  - a) die Gesundheit einer großen Zahl von Menschen gefährdet,
  - b) einen anderen der Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit aussetzt oder
  - c) aus grobem Eigennutz für sich oder einen anderen Vermögensvorteile großen Ausmaßes erlangt.

(4) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 oder des Absatzes 3 fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

#### 1. Das Arzneimittelstrafrecht als Vorbild?

Entschieden hat man sich also in Relation zum BtMG für einen „Mittelweg“, das den unerlaubten Umgang mit neuen psychoaktiven Stoffen unter Strafe stellt und dabei lediglich die absatzorientierten Verhaltensweisen wie das Handeltreiben, das Inverkehrbringen, die Herstellung oder die Einfuhr erfasst.<sup>23</sup> Letztere Modalität nimmt aufgrund des Umstands, dass sie auch zum Zwecke des Eigenkonsums erfolgen kann, eine Sonderstellung ein.

Der „Kompromiss“ besteht allerdings nicht nur darin, dass folglich konsumorientierte Verhaltensweisen (Erwerb, Besitz der NPS) wie auch weitere aus dem BtMG bekannte Handlungen (Finanzierung der Drogengeschäfte, Werben, Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit zum Konsum) etc. ausgenommen wurden, sondern auch in den grundsätzlich niedrigeren Strafraumen. Das kann nicht aufgehen. Dabei ist die Intention des Gesetzgebers im ersten Schritt zu begrüßen: denn die Einschränkung dürfte damit zusammenhängen, dass man das bedenkliche Konzept, bestimmte Stoffe, deren Wirkweisen man unter Umständen noch nicht auserforscht hat, von Anfang an zu

<sup>23</sup> § 4 II des Entwurfs ermöglicht – ähnlich wie die §§ 3, 4 BtMG – den Umgang zu wissenschaftlichen Zwecken (in der Pharmaindustrie) oder im Rahmen der Strafverfolgung (Beschlagnahme, kriminaltechnische Untersuchungen), vgl. S. 17 des Referentenentwurfs.

TITEL

verbieten, durch eine Einschränkung des Handlungskatalogs einerseits und eine Herabsetzung der Strafraumen andererseits abmildern will. Man scheint sich hier am Arzneimittelrecht orientieren zu wollen (das – zumindest schwerpunktmäßig – vollkommen andere Ziele verfolgt und dementsprechend in vielen Fragen anders ausgestaltet ist als das Betäubungsmittelrecht). Denn auch dort ist etwa der Erwerb von nicht zugelassenen Arzneimitteln zum Eigenkonsum nicht erfasst, und auch die Strafraumen sind nicht mit denjenigen des BtMG vergleichbar. Besonders deutlich wird die Analogie zum AMG einerseits bei der Tathandlung des Inverkehrbringens, das in § 2 NPSG legal definiert wird (wobei bereits die Auflistung von Legaldefinitionen als solches arzneimittel- und nicht betäubungsmittelrechtsspezifisch ist) und diese derjenigen des § 95 AMG entspricht, anders als im Betäubungsmittelstrafrecht, wo das *sonstige* (sic!) Inverkehrbringen neben dem Handelreiben nur eine Auffangfunktion hat.<sup>24</sup> Andererseits entspricht das in § 5 III konzipierte Regelbeispiel vollständig demjenigen in § 95 III AMG. Die Analogie passt selbstverständlich nicht, da die NPSG näher am Betäubungsmittel stehen als am Arzneimittel.

Dies spricht jedoch nicht gegen eine Einschränkung des Verbots per se. Auch der Verfasser hat an anderer Stelle zum Ausdruck gebracht, dass eine Unterscheidung zwischen verbotenem Handel einerseits und nicht strafbewehrtem Erwerb andererseits als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchaus vorstellbar ist. Und dementsprechend könnte man gerade in dieser Einschränkung des Verbots den verfassungsrechtlichen Parameter sehen, der den Umstand, dass es sich nur um „verdächtige“ Substanzen handelt, wieder ausgleicht; mithin treffen die Überlegungen zur Unterscheidung zwischen kriminalisiertem Handel und verbotenem Erwerb durch den Endkonsumenten hier erst Recht zu. Doch würde man dann kaschieren, dass es sich lediglich um einen „Zwischenzustand“ handelt, der in den Endzustand „BtMG“ übergehen soll. Die Ungleichbehandlung von Drogen, die bereits in den Anlagen des BtMG aufgeführt sind, und von Stoffen, die nur für einen kurzen Zeitraum dem NPSG unterliegen, erschließt sich nicht, wenn der Zwischenzustand lediglich durch die Aufnahme mittels Verordnung überwunden wird (also letztlich „nicht viel passieren“ muss, damit aus einer „neuen“ psychoaktiven Substanz ein Betäubungsmittel i.S.d. BtMG wird). Die scharfe Trennung zwischen Betäubungsmitteln und NPS wird in § 3 des Entwurfs auch manifestiert, wonach das Gesetz auf Betäubungsmittel i.S.d. BtMG und Arzneimittel i.S.d. des AMG nicht anzuwenden sei.

Mithin ist zwar gegen das grundsätzliche Konzept des NPSG, die Strafbarkeit auf bestimmte Verhaltensweisen zu beschränken, nichts einzuwenden. Im Zusammenspiel mit dem BtMG stellt sich jedoch die Frage, warum die hinzutretende Strafbarkeit der Erwerberseite, die Strafandrohungen und auch die Reichweite des Verbots vom Erlass der Rechtsverordnung abhängen soll. Dies gilt im Bereich des Verbots mit unerlaubten

24 Als sonstiges Inverkehrbringen wird jedes gleich wie geartete Eröffnen der Möglichkeit, dass ein anderer die tatsächliche Verfügung über das Rauschgift erlangt, definiert, also jede Verursachung des Wechsels der Verfügungsgewalt, vgl. *Rablf* in: Münchner Kommentar StGB, 2. Aufl. 2013, § 29 Rn. 972.

Substanzen, in der die Einschätzung, ob es sich um ein Betäubungsmittel handelt, von Nuancen abhängig ist, die nach außen schwer vermittelt werden können, soweit man selbst nicht eine feste Vorstellung davon hat, welche Kriterien die Zuordnung als solche beeinflussen. Es erscheint also bereits zweifelhaft, dass in der kurzfristigen Aufnahme des Stoffes in das BtMG eine Bestätigung des Verdachts des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers gesehen werden kann. Selbst wenn würde dies jedoch nicht die nunmehr erhebliche Erweiterung des Strafrahmens und der strafbaren Verhaltensweisen überhaupt legitimieren.

## 2. Immer wieder die gleichen Fehler – Handeltreiben und Co.

Doch selbst wenn man das „Stufensystem“ des Gesetzgebers befürwortet (auch im Sinne eines „schlimmer geht immer“), überzeugt das Regelwerk in seiner derzeitigen Ausgestaltung nicht. Dabei hat der Verfasser bereits mehrmals zum Ausdruck gebracht, dass man sich im Nebenstrafrecht von der unzulänglichen Tathandlung des Handeltreibens (bzw. jedenfalls von ihrer extensiven Auslegung) verabschieden muss.<sup>25</sup> Hier hat man sogar mit dem Inverkehrbringen eine Tatmodalität, die anders als im Betäubungsmittelstrafrecht nicht als Auffangtatbestand fungiert, sondern kasuistisch abschließend (und damit wesentlich bestimmter als „jede auf Umsatz Tätigkeit“) zahlreiche Handlungen erfasst, die unter das Handeltreiben subsumiert werden könnten. Der Gesetzgeber sollte also in jedem Falle die Tathandlung des Handeltreibens streichen. Will er den Umsatz in den Mittelpunkt rücken, sollte er die Tathandlung des Umsetzens aufnehmen (und dann wiederum das Inverkehrbringen streichen, um überflüssige Überschneidungen zu vermeiden). Weiterhin ist eine zusätzliche Sanktionierung von Versuch und Fahrlässigkeit überflüssig und schadet einem seriösen Normbefehl. Auch die fehlende Abstimmung des Regelbeispiels mit einem partiell betäubungsmittelstrafrechtsnahen Handlungskatalog gilt es in den Fokus zu nehmen (so setzt das Handeltreiben bereits eigennütziges Handeln voraus, mithin stellt die derzeitige Fassung des § 5 Nr. 3c NPSG einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 III StGB dar). Zumindest hat der Gesetzgeber davon abgesehen, den Umgang mit nicht geringen Mengen als Strafschärfungsmerkmal aufzunehmen.<sup>26</sup>

## III. Was vom Anlagensystem übrig bleibt...oder auch nicht.

All diese Ausführungen verhalten sich noch nicht zu der Frage, ob das System den Umgang mit noch nicht auserforschten, aber vermutlich psychoaktiv wirkenden Stoffen strafrechtlich sanktionsbewehrt zu verbieten, legitim ist. Im Hinblick auf die Reichweite unseres Strafrechts lässt sich dies bei vergleichender Betrachtung kaum abstreiten. Der Gesetzgeber hat ein legitimes Interesse daran, diese Substanzen der Be-

<sup>25</sup> *Oğlakcioğlu* JZ 2015, 981.

<sup>26</sup> Solange aber das Betäubungsmittelstrafrecht dieses Merkmal kennt, muss man spätestens mit Aufnahme der entsprechenden NPS die nicht geringe Menge festlegen.

TITEL

völkerung vorzuenthalten, ähnlich wie bei Giften, Chemikalien und sonstigen schädlichen Stoffen. Souverän wäre es, lediglich präventiv-polizeirechtlich einzuschreiten, soweit man an der konstitutiven Wirkung des Anlagensystems festhalten will und erst mit der Aufnahme des Stoffes in das BtMG (nach erstmaliger Bestätigung der konkreten Substanz als „berauschend“ bzw. „psychoaktiv“) die strafrechtliche Verfolgung aufnimmt. Dies will der Gesetzgeber allerdings nicht mehr. Er hat weder an der konstitutiven Wirkung noch an dem Prüfungsverfahren ein Interesse (womöglich aus der Überzeugung heraus, dass dieses im Hinblick auf das Prozedere nicht mehr an Erkenntnis bringen, als für notwendig erachtet wird). Ihm geht es nur noch um die Gefahren von Substanzen, die in ihrer äußeren Gestalt leicht verändert werden können, im Kern allerdings dieselben unerwünschten Wirkungen hervorrufen.

Bei solch einer Prämisse ist das Anlagensystem überholt, und es fragt sich, warum auch der Entwurf noch auf dieses zurückgreift. Schließlich gewährleistet die „vorgreifliche“ Zuordnung ebenso wenig, dass alle denkbaren Substanzen nunmehr erfasst wären. Dies muss selbst der Entwurf einräumen, weswegen er sich vorbehält, die „Zutatenliste“ (mithin die Anlage des NpSG) ggf. ebenso erweitern zu müssen, was er durch die Verordnungsermächtigung in § 8 des Entwurfs ermöglicht. Auch die Bundesärztekammer weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass allein 13 der neu entdeckten Substanzen keiner der leicht bestimmbareren chemischen Gruppen entsprachen und (wie der Entwurf ebenso anmerkt) die EBDD (Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht) vermehrt auch Meldungen über Stoffe aus eher seltenen chemischen Gruppen erreichen.<sup>27</sup> Welchen Mehrwert soll also die „teilweise“ Vorwegnahme von Stoffgruppen im Hinblick auf den vorgebrachten Zweck bringen, außer einem quantitativen? Zugegeben, im Hinblick auf die „war on drugs“-Mentalität erscheint es durchaus fraglich, ob die Rechtsordnung für einen „materiellen Betäubungsmittelbegriff“ bereit ist (bei dem in jedem Einzelfall festgestellt werden kann, ob es sich um ein Betäubungsmittel handelt oder nicht). Man würde auch viel an tatbestandlicher Bestimmtheit i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG aufgeben. Aber in Anbetracht dessen, dass die Anlagen des NPSG nicht ohne das Dritte Staatsexamen nachvollzogen werden können und an anderen Stellen des Betäubungsmittelstrafrechts wesentlich größere, verfassungsrechtliche Friktionen bestehen,<sup>28</sup> wäre eine Abschaffung des Listensystems kein herber Verlust.<sup>29</sup> Der Vorwurf der Verdachtsstrafe lässt sich ohnehin nur ausräumen, wenn man das geplante Konzept – nicht sicher psychoaktiv wirkende Substanzen zu

27 [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungennahmen/Stn\\_NpS-Gesetz.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungennahmen/Stn_NpS-Gesetz.pdf); zuletzt abgerufen am 29.12.2015.

28 Oğlakcioğlu JZ 2015, 981; hinsichtlich der Bestimmung, wann von einer nicht geringen Menge (als Merkmal das die Tatbestände von Vergehen zu Verbrechen macht) hat es bisher auch niemanden gestört, dass diese im Wege der Rechtsfortbildung festgesetzt werden (zu LSD etwa BGH NJW 1988, 2960); hier wäre eine Festlegung von „außen“ eher angezeigt, als bei der Frage, ob es sich überhaupt um Drogen handelt.

29 Wahrscheinlich in Bezug auf den gesetzgeberischen Willen die aufrichtiger Lösung (schließlich könnte man sich nach wie vor an den Listen orientieren).

verbieten – um eine negative Einzelfallklausel erweitert (in Form einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit, welche auf die Wirkung des Stoffes abstellt?).

### C. Fazit

Und damit dürfte auch falschen Schlüssen vorgebeugt sein. Wer wie hier von der Prämisse ausgeht, dass das Betäubungsmittelstrafrecht in seiner derzeitigen Ausgestaltung unverhältnismäßig ist, sieht die Lösung dann selbstverständlich nicht in einer schlichten Einbeziehung der NPS in das Betäubungsmittelgesetz (etwa durch eine Erweiterung des § 1 BtMG und einer neuen Anlage 4). Er kann sich aber womöglich mit der Idee anfreunden, im Entwurf ein Vorbild für eine Generalsanierung des BtMG zu sehen, mithin den Tathandlungskatalog auf die absatzorientierten Verhaltensweisen zu konzentrieren, freilich ohne die typischen Fehler von Bekämpfungsgesetzen und Regelwerken zu wiederholen, die den unerlaubten Umgang mit Substanzen betreffen. Hierzu zählen die Anordnung der Versuchs- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und die Tathandlung des Handeltreibens, siehe oben. Im Übrigen müssen die NPS – schlicht weil es sich schon traditionell um Betäubungsmittel handelt – einem einheitlichen Betäubungsmittelbegriff unterfallen (sei es durch eine Erweiterung der Anlagen samt Korrekturmöglichkeit für sich im Nachhinein als ungefährlich entpuppende Substanzen<sup>30</sup>, sei es durch Abschaffung der Positivliste). Denn wenn man nichts mehr von diesem System hält, braucht man auch nicht mehr daran festzuhalten. Dass man mit solch einem Ansatz die Probleme der Drogenstrafverfolgung nicht beseitigt, liegt auf der Hand. Aber zumindest verhindert man, dass diese sich noch weiter potenzieren.

### Literatur:

*Duttge / Steuer* Zur fehlenden Empirie in der aktuellen Debatte um eine Legalisierung von Cannabis, MedR 2015, 799-804

*Körner / Patzak / Volkmer* (2015) Betäubungsmittelgesetz BtMG, 7. Aufl.

*Nobis* „Legal-High“-Produkte – wirklich illegal? NstZ 2012, 422-425

*Oğlakcioğlu* (2013) Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts

*Oğlakcioğlu* Keine Macht den Handeltreibenden – zu den dogmatischen Unzulänglichkeiten des Betäubungsmittelstrafrecht JZ 2015, 981-989

*Oğlakcioğlu* Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 10.07.2014 (C-358/13) – Zur Einstufung cannabinoider Kräuter als Arzneimittel StV 2015, 166-168

30 Dieser Fall wird praktisch keine Rolle spielen, allerdings geht es ja auch um eine generalisierende Strafnorm und nicht um das strafbare Verhalten im Einzelfall.

TITEL

Power (2014) Dein Crack ist in der Post

Patzak / Volkmer / Ewald Praxiskommentar, in: EuGH: Neue psychoaktive Substanzen sind keine Funktionsarzneimittel NStZ 2014, 461-465

Wabnitz / Janovsky (2014) Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl.

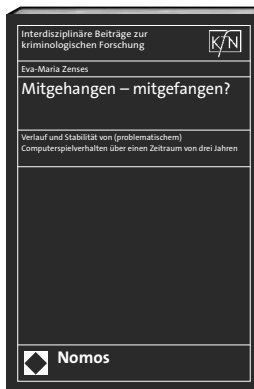
Kontakt:

Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu

Akademischer Rat a. Z.

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie  
(Prof. Dr. Hans Kudlich)

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.



### Mitgehen – mitgefangen?

Verlauf und Stabilität von (problematischem) Computerspielverhalten über einen Zeitraum von drei Jahren

Von Dr. Eva-Maria Zenses

2016, ca. 312 S., brosch., ca. 79,- €

ISBN 978-3-8487-3017-9

eISBN 978-3-8452-7401-0

(Interdisziplinäre Beiträge zur Kriminologischen Forschung, Bd. 49)

Erscheint ca. April 2016

[www.nomos-shop.de/27062](http://www.nomos-shop.de/27062)

Das Buch präsentiert eine Längsschnittstudie zur Computerspielabhängigkeit. Letztlich kann zusammengefasst werden, dass nur einige problematische Spieler stabil auffällig waren. Die meisten waren nicht problematisch gefangen im Computerspiel. Somit galt nur für wenige: mitgehen – mitgefangen.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter: [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.

Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**