

Ascherslebener Manuskripte

- Wissenschaftliche Schriften -

Susann Kroke/Dr. Marcus Bergmann

Rauschmittel
im Straf- und im Strafprozessrecht

Überblick anhand ausgewählter Fallbeispiele



Impressum

Ascherslebener Manuskripte

Herausgeber: Fachhochschule Polizei Sachsen-Anhalt
Schmidtmanstraße 86
06449 Aschersleben
E-Mail: rdk.fhs@polizei.sachsen-anhalt.de

Autoren: Susann Kroke
Dr. Marcus Bergmann

Erscheinungsjahr: 2013

Druck: Fachhochschule Polizei Sachsen-Anhalt
Bereich: Wissenschaftlicher Dienst

ISBN: 978-3-939678-23-6

© 2013 FH Pol Sachsen-Anhalt

Ascherslebener Manuskripte

- Wissenschaftliche Schriften -

Susann Kroke/Dr. Marcus Bergmann

Rauschmittel im Straf- und im Strafprozessrecht

Überblick anhand ausgewählter Fallbeispiele

Herausgegeben durch:

Fachhochschule Polizei
Sachsen-Anhalt

Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung.....	3
B) Alkohol im Straßenverkehr	4
I. Allgemeines	4
II. Ordnungswidrigkeit ab 0,5 ‰.....	4
III. Fahranfänger-Alkoholverbot	5
IV. Relative und absolute Fahruntüchtigkeit.....	6
C) Sonstige Drogen im Straßenverkehr.....	10
I. Allgemeines	10
II. Ordnungswidrigkeit – Nullwertgrenze.....	10
III. Fahruntüchtigkeit.....	12
D) Rauschmittelkonsum und Schuld	14
E) Die BAK-Grenzwerte im Überblick	16
F) Atemalkoholtest.....	17
I. Messverfahren.....	17
II. Strafprozessuale Voraussetzungen und Konsequenzen einer Messung.....	18
G) Blutentnahme.....	22
I. Voraussetzungen der freiwilligen Blutentnahme	22
II. Allgemeine Voraussetzungen der zwangsweisen Blutentnahme.....	23
III. Rückrechnung bei BAK-Werten	24
IV. Regelzuständigkeit des Richters	25
V. Eilzuständigkeit von Staatsanwaltschaft und Polizei	26
VI. Grenzen der Eilzuständigkeit und Konsequenzen	29
H) Exkurs: Brechmitteleinsatz	34
I. Hintergrund.....	34
II. Gesetzliche Voraussetzungen.....	35
III. Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention?	35
IV. Konsequenzen für die deutsche Rechtsanwendung	37
I) Literaturverzeichnis.....	40

A) Einleitung

Dass Autofahren unter Alkoholeinfluss zu Führerscheinverlust und „Punkten in Flensburg“ führen kann, weiß (fast) jeder. Verzwickt sind die Details. Diese **Übersicht zu strafrechtlichen und strafprozessualen Problemen im Zusammenhang mit Rauschmitteln** soll die wichtigsten Punkte beleuchten und richtet sich dabei an Polizeibeamte, die sich einen knappen Überblick verschaffen möchten, aber auch an interessierte Studierende.

In einem ersten Schritt soll es um das **materielle Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht** gehen, also um die Frage, für welche Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts und des Strafrechts ein Rauschmitteleinfluss relevant werden kann. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Einfluss von Alkohol. Auf andere Drogen wird eher am Rande eingegangen, die spezifischen Betäubungsmittelstraftaten bleiben ausgespart.

In einem zweiten Schritt soll es um die **strafprozessualen Regeln** gehen, die vor allem die **Feststellung von Alkoholeinfluss** betreffen. In diesem Zusammenhang machen wir auch einen Exkurs zum Brechmitteleinsatz, weil es hier gewisse Überschneidungen gibt.

Alle Punkte werden vor allem **im Lichte aktueller Rechtsprechung** vorgestellt. Die angegebenen Quellen sind deshalb zumeist Gerichtsentscheidungen. Um ein schnelles Nachlesen zu ermöglichen, haben wir nach Möglichkeit **Fundstellen aus dem Internet** angegeben. Die Entscheidungen des BGH sind zumeist in der Online-Zeitschrift HRR-Strafrecht angegeben und können im Internet unter <http://www.hrr-strafrecht.de/> abgerufen werden. Leider sind einige ältere Entscheidungen nicht im Internet sicher verfügbar. Bei allen Entscheidungen haben wir Entscheidungsdatum und Aktenzeichen angegeben, um eine Recherche auch in anderen Quellen – etwa Datenbanken – möglich zu machen.

Halle (Saale), im April 2013

Marcus Bergmann

Susann Kroke

B) Alkohol im Straßenverkehr

I. Allgemeines

Wer betrunken ist, ist in seiner geistigen Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Die Wahrnehmung ist gestört, Reaktionszeiten sind verringert, die Sprache ist verwaschen. Wie stark solche **Ausfallerscheinungen** auftreten, hängt zwar von der körperlichen Verfassung des Trinkenden, seiner Alkoholgewöhnung und auch seiner Veranlagung ab. Trotzdem ist es möglich, für Alkohol gewisse Mengen zu bestimmen, ab denen es bei *jedermann* – auch dem geübtesten Trinker – unvermeidbar zu Ausfallerscheinungen kommt. Diese Mengen werden als Atemalkoholkonzentration (AAK) oder als Blutalkoholkonzentration (BAK) angegeben.¹

Dies erklärt die große Bedeutung, die im Zusammenhang mit Alkohol den **Grenzwerten** zukommt. Diese Grenzwertbestimmung beruht auf naturwissenschaftlichen Erfahrungssätzen.

II. Ordnungswidrigkeit ab 0,5 ‰

Allerdings findet sich nur ein einziger gesetzlich definierter Grenzwert:

§ 24a StVG²: 0,5 Promille-Grenze

(1) Ordnungswidrig handelt, wer im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er 0,25 mg/l oder mehr Alkohol in der Atemluft oder 0,5 Promille oder mehr Alkohol im Blut oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer solchen Atem- oder Blutalkoholkonzentration führt.

(2) ...

(3) Ordnungswidrig handelt auch, wer die Tat fahrlässig begeht.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu dreitausend Euro geahndet werden.

(5) ...

Das Fahren mit einer BAK von mehr als 0,5 ‰ stellt also eine **Ordnungswidrigkeit** dar. Wegen § 24a Abs. 3 StVG ist die fahrlässige Begehung ebenfalls erfasst. Diese Ordnungswidrigkeit verwirklicht der Fahrer mit Überschreiten des Grenzwertes, ohne dass es darauf ankommt, ob er durch diesen BAK in seinem Fahrverhalten beeinflusst wird.³ Denn ab diesem Grenzwert wird die allgemeine (abstrakte) Möglichkeit

1 Im Folgenden wird immer die BAK zugrunde gelegt.

2 Straßenverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.03.2003, BGBl. I 2003, 310, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2011, BGBl. I 2012, 3044.

3 Schaefer, in: PK-StraßenverkehrsR, § 24a StVG Rn. 14.

angenommen, dass der Fahrer beeinflusst sein könnte.⁴ Die Norm stellt also auf eine sogenannte abstrakte Gefahr ab.⁵ Außerdem gilt dieser Grenzwert nach dem eindeutigen Wortlaut in § 24a Abs. 1 StGV **nur für Kraftfahrzeuge**, nicht also für Fahrräder.

Als **Folge der Ordnungswidrigkeit** kann eine Geldbuße bis 3000 € verhängt werden, § 24a Abs. 4 StVG. Für die fahrlässige Ordnungswidrigkeit beträgt die Höchstgeldbuße 1500 € wegen § 17 Abs. 2 OWiG. Als weitere Folge wird nach § 25 Abs. 1 S. 2 StVG in der Regel ein Fahrverbot festgesetzt. Nach § 25 Abs. 2 S. 2 StVG wird der Führerschein für die Dauer dieses Fahrverbots amtlich verwahrt. Der Inhaber muss ihn zu diesem Zweck bei der zuständigen Behörde abliefern.⁶ Macht er dies nicht freiwillig, wird der Führerschein beschlagnahmt.⁷

Eine inhaltlich identische Vorschrift findet sich für die Seeschifffahrt in § 3 Abs. 4 SeeSchStrO⁸ (mit entsprechender Bußgeldvorschrift in § 61 Abs. 1 Nr. 1b SeeSchStrO) und für die Binnenschifffahrt in § 1.02 Nr. 7 S. 2 und § 1.03 Nr. 4 S. 2 BinSchStrO⁹ (mit entsprechenden Bußgeldvorschriften in § 6 BinSchStrEV¹⁰ in Verbindung mit § 7 Abs. 1 BinSchAufgG¹¹). Auch im **Schiffsverkehr** gilt also der Grenzwert von 0,5 ‰.

III. Fahranfänger-Alkoholverbot

Seit 2007 gilt eine weitere Regelung für Alkohol im Straßenverkehr:

§ 24c StVG: Alkoholverbot für Fahranfänger und Fahranfängerinnen

(1) Ordnungswidrig handelt, wer in der Probezeit nach § 2a oder vor Vollendung des 21. Lebensjahres als Führer eines Kraftfahrzeugs im Straßenverkehr alkoholische Getränke zu sich nimmt oder die Fahrt antritt, obwohl er unter der Wirkung eines solchen Getränks steht.

4 Vgl. *Schaefer*, in: PK-StraßenverkehrsR, § 24a StVG Rn. 7.

5 *Schaefer*, in: PK-StraßenverkehrsR, § 24a StVG Rn. 14.

6 *Schaefer*, in: PK-StraßenverkehrsR, § 25 StVG Rn. 23.

7 *Schaefer*, in: PK-StraßenverkehrsR, § 25 StVG Rn. 24.

8 Seeschifffahrtsstraßen-Ordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.10.1998, BGBl. I 1999, 193, zuletzt geändert durch Art. 2 § 3 der Verordnung vom 20.12.2012, BGBl. I 2012, 2802.

9 Binnenschifffahrtsstraßen-Ordnung vom 16.12.2011, BGBl. I 2012, 1666, zuletzt geändert durch Art. 2 § 9 der Verordnung vom 20.12.2012, BGBl. I 2012, 2802.

10 Verordnung zur Einführung der Binnenschifffahrtsstraßen-Ordnung vom 16.12.2011, BGBl. I 2012, 1717, zuletzt geändert durch Art. 2 § 8 der Verordnung vom 20.12.2012, BGBl. I 2012, 2802.

11 Binnenschifffahrtsaufgabengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.07.2001, BGBl. I 2001, 2026, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 125 des Gesetzes vom 22.11.2011, BGBl. I 2011, 3044.

- (2) Ordnungswidrig handelt auch, wer die Tat fahrlässig begeht.
(3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

Diese **Ordnungswidrigkeit** unterscheidet sich in mehreren Punkten von der in § 24a StVG geregelten Ordnungswidrigkeit. Zunächst betrifft sie **nur den Alkoholkonsum**, nicht auch den Konsum anderer Drogen. Außerdem ist der Anwendungsbereich auf Personen begrenzt, die **jünger als 21 Jahre** sind oder (dies gilt dann auch für ältere Personen) sich noch in der **Probezeit** befinden, also noch nicht länger als zwei Jahre über eine Fahrerlaubnis verfügen (vgl. § 2a Abs. 1 S. 1 StVG).

Während des Fahrens ist das Konsumieren von Alkohol völlig verboten. Verboten ist außerdem, **unter der Wirkung von Alkohol** zu fahren. **Fahrfehler oder Ausfallerscheinungen sind dabei nicht erforderlich**, die „Wirkung“ muss also keine „Auswirkung“ auf das Fahrverhalten haben. Allerdings reicht es nicht, dass der Fahrer vor Fahrtantritt überhaupt Alkohol getrunken hat, die Norm stellt also keine BAK-Grenze von 0,0 ‰ auf.¹² Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Wirkung **ab einer BAK von 0,2 ‰** anzunehmen ist.¹³ Denkbar wäre es allerdings, auch bei einer niedrigeren BAK von einer Alkoholwirkung auszugehen, wenn im Einzelfall alkoholbedingte Fahrfehler auftreten.

Wegen § 24c Abs. 2 StVG ist die fahrlässige Begehung ebenfalls erfasst. Das Gesetz gibt in § 24c Abs. 3 StVG keinen Bußgeldrahmen an, deshalb gilt die allgemeine **Obergrenze** für Ordnungswidrigkeiten, die § 17 Abs. 1 OWiG auf **1000 €** festsetzt. Für die fahrlässige Ordnungswidrigkeit beträgt die Höchstgeldbuße 500 € wegen § 17 Abs. 2 OWiG.

IV. Relative und absolute Fahruntüchtigkeit

Im Strafrecht finden sich in § 315a, § 315c und § 316 StGB¹⁴ Straftatbestände, die das Fahren unter Alkoholeinfluss bestrafen können. Die **grundlegende Strafnorm** aus diesem Bereich ist § 316 StGB mit dem folgenden Wortlaut:

§ 316 StGB: Trunkenheit im Verkehr

(1) Wer im Verkehr (§§ 315 bis 315d) ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage

-
- 12 AG Herne, Urteil vom 17.12.2008 – 15 OWi 60 Js 584/08 – 5/08, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/135104.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 3.
13 AG Langenfeld (Rhld.), Urteil vom 20.04.2011 – 20 OWi 30 Js 1563/11 (42/11), abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1331.htm> (Stand: 20.03.2013). Das AG Herne, Urteil vom 17.12.2008 – 15 OWi 60 Js 584/08 – 5/08, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/135104.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 3, ging noch davon aus, dass der Grenzwert bei einer BAK von 0,26 ‰ läge.
14 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I 1998, 3322, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.01.2013, BGBl. I 2013, 95.

ist, das Fahrzeug sicher zu führen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 315a oder § 315c mit Strafe bedroht ist.
(2) Nach Absatz 1 wird auch bestraft, wer die Tat fahrlässig begeht.

Anders als § 24a Abs. 1 StVG gilt diese Strafnorm **nicht nur für den Straßenverkehr**, sondern (über den Verweis auf §§ 315 ff. StGB) auch für den Schiffs-, Schienenbahn-, Schwebbahn- und Luftverkehr. Außerdem kommt als Tatmittel **jedes Fahrzeug** in Betracht, nicht nur Kraftfahrzeuge. Umfasst sind daher im Straßenverkehr etwa auch Fahrräder, Laufräder, Kutschen¹⁵ und Ochsenkarren, nicht aber Rollschuhe, Skateboards, Schlitten oder Inline-Skates¹⁶, denn diese zählen nach § 24 Abs. 1 StVO¹⁷ nicht als Fahrzeuge. Fahrzeuge im Bahnverkehr sind neben E-Loks und Dieselloks etwa auch Dampfloks oder (Hebel- oder Tret-)Eisenbahn-Draisinen¹⁸. Im Schiffsverkehr zählen etwa auch Segelschiffe dazu.¹⁹

Außerdem nennt das Gesetz hier – anders als § 24a Abs. 1 StGB – **keinen Grenzwert**. Stattdessen wird bestraft, wer „nicht mehr in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen“. Dies wird in dem Begriff „**Fahruntüchtigkeit**“ zusammengefasst. Allerdings sind in der Rechtsprechung des BGH Grenzwerte anerkannt, ab denen aufgrund medizinischer Erkenntnisse vermutet wird, dass *niemand* mehr in der Lage ist, ein Fahrzeug sicher zu führen. Ab diesem Grenzwert spricht man auch von **absoluter Fahruntüchtigkeit** – die Vermutung der Fahrunsicherheit gilt absolut ohne Ausnahme. Der konkrete Grenzwert wird je Fahrzeugtyp unterschiedlich festgelegt.

Wegen der besonderen Risiken wird für Piloten im Luftverkehr „absolute Fluguntüchtigkeit“ ab einem Grenzwert von **0,2 %** angenommen.²⁰

Für Kraftfahrer, insbesondere **Auto- und Motorradfahrer**, aber auch für Mofa-Fahrer und die Fahrer motorisierter Krankenfahrstühle, wird absolute Fahruntüchtigkeit ab 1,0 % angenommen, zuzüglich eines Sicherheitszuschlags von 0,1 % wegen Messungenauigkeiten ergibt sich der **Praxisgrenzwert von 1,1 %**.²¹

15 Rengier, Strafr BT II, § 43 Rn. 3.

16 Dazu OLG Karlsruhe. Urteil vom 24.07.1998 – 10 U 60/98, VersR 1999, 590; ausführlich dazu Vogenauer, VersR 2002, 1345 ff.

17 Straßenverkehrs-Ordnung vom 16.11.1970, BGBl. I 1970, 1565, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 01.12.2010, BGBl. I 2010, 1737.

18 Vgl. dazu schon RG, Urteil vom 17.03.1879 – I 23/80, RGZ 1, 247 (252); Barnickel, in:

MüKo, StGB, § 315 Rn. 14; Kaufmann, in: Geigel, Haftpflichtprozess, Kap. 26 Rn. 3.

19 Vgl. Barnickel, in: MüKo, StGB, § 315 Rn. 14.

20 Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315a StGB Rn. 3. Andere nehmen demgegenüber absolute Fluguntüchtigkeit erst ab 0,5 % an, vgl. etwa Fischer, StGB, § 315a Rn. 6, m. w. N. Demgegenüber von einem Grenzwert von 0,0 % auszugehen scheint Groeschke, in: MüKo, StGB, § 315a Rn. 16; ders., in: MüKo, StGB, § 316 Rn. 27.

21 OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.12.2010 – 2 St OLG Ss 230/10, abrufbar im Internet:

<<http://www.gesetze->

Dieser Grenzwert von **1,1 %** gilt auch für den **Schiffsverkehr**.²²

Für **Fahrradfahrer** wird wegen der langsameren Geschwindigkeit, die mehr Zeit zu Reaktionen lässt, die absolute Fahruntüchtigkeit ab einer BAK von 1,5 % angenommen, zuzüglich eines Sicherheitszuschlags von 0,1 % wegen Messungenauigkeiten ergibt sich der **Praxisgrenzwert von 1,6 %**.²³

Erreicht die BAK nicht den entsprechenden Grenzwert, dann müssen die Indizien des Einzelfalls ausgewertet werden, um festzustellen, ob der Täter fahrunsicher ist (sogenannte **relative Fahruntüchtigkeit** bzw. – genauer – **Fahrunsicherheit**)²⁴. Der BGH stellt darauf ab, „dass die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrzeugführers infolge geistiger und/oder körperlicher Mängel soweit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern“.²⁵ Dies muss sich nicht in konkreten Fahrfehlern auswirken.²⁶ Allerdings muss es „**konkrete Hinweise auf eine schwerwiegende Beeinträchtigung seiner psychophysischen Leistungsfähigkeit**, insbesondere seiner Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit“²⁷, geben. Entzugserscheinungen, etwa Händezittern, Übelkeit, Schweißausbrüche, gestörtes Temperaturempfinden oder Konzentrationsschwierigkeiten, sind deshalb nur dann solche konkreten Hinweise, wenn sie sich auf die psychophysische Leistungsfähigkeit und damit auf die Fahrtüchtigkeit auswirken.²⁸ Denn es geht immer um die Frage, ob der Täter in der Lage ist, ein Fahrzeug sicher zu führen, nicht aber darum, ob er Alkohol getrunken hat – das ist *für sich genommen* für die Sicherheit des (Straßen-, Schienen-, Luft- oder Schiffs-)Verkehrs, die § 316 StGB schützt, unerheblich, solange der Grenzwert zur absoluten Fahruntüchtigkeit nicht überschritten wurde.

bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc_id=KORE407002010&st=ent&showdoccas e=1¶mfromHL=true (Stand: 20.03.2012), Rn. 13 ff., insbesondere Rn. 17; *Groeschke*, in: MüKo, StGB, § 316 Rn. 19 ff., vor allem Rn. 21.

- 22 *Groeschke*, in: MüKo, StGB, § 316 Rn. 26; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315a StGB Rn. 3.
- 23 OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.12.2010 – 2 St OLG Ss 230/10, abrufbar im Internet: http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc_id=KORE407002010&st=ent&showdoccas e=1¶mfromHL=true (Stand: 20.03.2012), Rn. 18; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.07.1997 – 2 Ss 89/97, NSZ-RR 1997, 356 f.; *Groeschke*, in: MüKo, StGB, § 316 Rn. 23.
- 24 BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12.
- 25 BGH, Urteil vom 03.11.1998 – 4 StR 395/98, BGHSt 44, 219 (221); BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12.
- 26 BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12.
- 27 BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12; vgl. BGH, Urteil vom 22.04.1982 – 4 StR 43/82, BGHSt 31, 42 (44 f.); BGH, Urteil vom 03.11.1998 – 4 StR 395/98, BGHSt 44, 219 (221 f.).
- 28 BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 13.

Die **Untergrenze** wird bei einer BAK von **0,3 ‰** gezogen. Hat der Fahrer weniger Alkohol im Blut, so beruhen Fahrfehler nicht auf der Wirkung des Alkohols, sondern auf anderen Faktoren wie Müdigkeit, Unaufmerksamkeit oder Unerfahrenheit. Tendenzen, bei einer BAK von nur 0,2 ‰ über eine Fahrunsicherheit nachzudenken, hat die Rechtsprechung eine Absage erteilt.

Durch § 315a StGB wird die **Gefährdung des Bahn-, Schiffs- und Luftverkehrs** bestraft. Hierfür genügt das bloße Führen eines Fahrzeugs als Tathandlung nicht mehr aus. Stattdessen muss ein Mensch in seiner Gesundheit oder seinem Leben oder aber eine fremde Sache von bedeutendem Wert in tatsächliche Gefahr (sogenannte **konkrete Gefahr**) gebracht worden sein. Eine parallel gefasste Regelung für die **Gefährdung des Straßenverkehrs** findet sich in § 315c StGB. Beide Vorschriften nennen als eine Möglichkeit, wie es zu dieser Gefahr kommen kann, dass der Fahrzeugführer infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht mehr in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (in § 315a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB und § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB). Hier gelten die gleichen Anforderungen an die Fahrtüchtigkeit, wie sie schon im Hinblick auf § 316 StGB erörtert wurden.

C) Sonstige Drogen im Straßenverkehr

I. Allgemeines

Neben dem Alkohol sind aber auch die legal nicht erhältlichen **Drogen**, die ähnliche Wirkungen entfalten können, von Bedeutung für die schon angesprochenen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts und des Strafrechts. Den größten Anteil daran nehmen in Deutschland **Cannabis**-Produkte (Haschisch, Marihuana) ein.²⁹ Allerdings ist es für den Wirkstoff **Tetrahydrocannabinol (THC)** nicht möglich, ähnliche allgemeingültige Grenzwerte wie für den Alkohol zu definieren.³⁰ Die abstrakte Gefahr, die bei Alkohol erst ab einer gewissen Schwelle vorliegt, wird beim Konsum von Cannabis-Produkten daher immer angenommen.

II. Ordnungswidrigkeit – Nullwertgrenze

Daraus erklärt sich auch der Wortlaut der Ordnungswidrigkeitenvorschrift des § 24a StVG, soweit es um Drogen geht:

§ 24a StVG: 0,5 Promille-Grenze

(1) ...

(2) *Ordnungswidrig handelt, wer unter der Wirkung eines in der Anlage zu dieser Vorschrift genannten berauschenden Mittels im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt. Eine solche Wirkung liegt vor, wenn eine in dieser Anlage genannte Substanz im Blut nachgewiesen wird. Satz 1 gilt nicht, wenn die Substanz aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrührt.*

(3) *Ordnungswidrig handelt auch, wer die Tat fahrlässig begeht.*

(4) *Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu dreitausend Euro geahndet werden.*

(5) ...

In der in § 24a Abs. 2 S. 1 StVG genannten Anlage wird unter anderem Cannabis als berauschendes Mittel mit Tetrahydrocannabinol als zugeordnete Wirksubstanz aufgeführt. Eine **Ordnungswidrigkeit** begeht nach § 24a Abs. 2 S. 2 StVG jeder, bei dem die Wirksubstanz einer Droge im Blut nachgewiesen wird. Es gilt nach diesem Wortlaut eine **Nullwertgrenze**.

Mittlerweile sind die technischen Messverfahren allerdings so genau geworden, dass auch kleinste Mengen (von **weniger als 0,5 ng/ml**) **THC** im Blut nachgewiesen

29 Bundeskriminalamt, Rauschgiftkriminalität, 25.

30 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.12.2004 – 1 BvR 2652/03, abrufbar im Internet: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 4 und 21.

werden können.³¹ Das BVerfG hat 2004 entschieden, dass die **ursprüngliche Vermutung** des Gesetzgebers, dass jede messbare Menge im Blut auch eine berauschende Wirkung entfaltet, angesichts solch geringer Mengen **nicht mehr uneingeschränkt gilt**.³² „Festgestellt werden muss vielmehr eine Konzentration, die es entsprechend dem Charakter der Vorschrift als eines abstrakten Gefährdungsdelikts als möglich erscheinen lässt, dass der untersuchte Kraftfahrzeugführer am Straßenverkehr teilgenommen hat, obwohl seine Fahrtüchtigkeit eingeschränkt war. Das wird in der Wissenschaft zum Teil erst bei Konzentrationen von über 1 ng/ml angenommen“³³. Das BVerfG hatte allerdings offen gelassen, ob es sich hierbei auf die THC-Konzentration im Blut oder im Blutserum bezog.

Auf der Grundlage damals aktueller Erkenntnisse hat das OLG Brandenburg 2007 auf einen **Grenzwert von 1 ng/ml im Blutserum** abgestellt.³⁴ Dies entspricht ungefähr einer Konzentration von 0,5 ng/ml im Blut.³⁵ Probleme können sich dann in der Praxis bei derartig geringen Mengen in Bezug auf den subjektiven Tatvorwurf ergeben. Die Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 StVG setzt nach § 24a Abs. 3 StVG **zumindest Fahrlässigkeit** voraus. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich dabei auch auf das Merkmal „unter der Wirkung“ in § 24a Abs. 2 S. 1 StVG beziehen.³⁶ „Fahrlässig handelt danach, wer in zeitlichem Zusammenhang zu einem späteren Fahrtantritt Cannabis konsumiert hat und sich dennoch an das Steuer seines Fahrzeugs setzt, ohne sich bewusst zu machen, dass der Rauschmittelwirkstoff noch nicht vollständig unter den analytischen Grenzwert abgebaut ist.“³⁷ Da der Nachweis

31 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.12.2004 – 1 BvR 2652/03, abrufbar im Internet:

<<http://www.bundesverfassungsgericht.de>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 2 und 25.

32 BVerfG, Beschluss vom 21.12.2004 – 1 BvR 2652/03, abrufbar im Internet:

<<http://www.bundesverfassungsgericht.de>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 24 ff.

33 BVerfG, Beschluss vom 21.12.2004 – 1 BvR 2652/03, abrufbar im Internet:

<<http://www.bundesverfassungsgericht.de>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 26.

34 OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet:

<<http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 11 ff.

35 OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet:

<<http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 4.

36 OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet:

<<http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.

37 OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet:

<<http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 18.

im Blut bzw. im Blutserum nun schon bezüglich kleiner Konzentrationen und in deutlichem zeitlichem Abstand zum Zeitpunkt des Konsums möglich ist, kann es sein, dass einem Fahrer, bei dem mehr als 1 ng/ml im Blutserum gemessen wird, gar nicht mit dieser Möglichkeit gerechnet hat und auch nicht rechnen konnte, also **nicht einmal fahrlässig** gehandelt hat.³⁸ Die Fahrlässigkeit muss daher bei so geringen Konzentrationen **sorgfältig geprüft** werden.³⁹

III. Fahruntüchtigkeit

Die Strafvorschrift des § 316 StGB gilt nicht nur für das Fahren unter Alkoholeinfluss. Auch wer „infolge des Genusses [...] anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen“, wird bestraft. Für Drogen ist es (noch) nicht möglich, allgemeine Grenzwerte zu bestimmen, ab denen jemand sein Fahrzeug nicht mehr sicher führen kann.⁴⁰ Deshalb kann man in diesem Zusammenhang den Begriff der „absoluten Fahruntüchtigkeit“ nicht verwenden.⁴¹ In Konsequenz dessen reicht der Nachweis, dass ein Fahrer Drogen genommen hat, allein nicht aus, um zu begründen, dass er sein Fahrzeug nicht mehr sicher führen konnte.⁴² Stattdessen müssen weitere **Anzeichen dafür** vorliegen, **dass sich die konsumierten Drogen auf die Fahrsicherheit auswirken**, also insbesondere die Beeinträchtigung der Wahrnehmungsfähigkeit oder des Reaktionsvermögens.⁴³ „Anhaltspunkte dafür liefert zunächst das Verkehrsverhalten, etwa ein Fahrfehler, der in symptomatischer Weise auf die nach einem Drogenmissbrauch typischerweise auftretenden physiologischen oder psychischen Folgen (z. B. Kritiklosigkeit, erhöhte

-
- 38 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet: <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung_psml&max=true&bs=10> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17 ff.
- 39 OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 – 1 Ss (OWi) 291B/06, abrufbar im Internet: <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE507322007&psml=sammlung_psml&max=true&bs=10> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19.
- 40 BGH, Beschluss vom 07.10.2008 – 4 StR 272/08, HRRS 2009 Nr. 257, Rn. 9; vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2007 – 4 Ss 159/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/411.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 41 Vgl. BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12.
- 42 Ebenso BGH, Beschluss vom 07.10.2008 – 4 StR 272/08, HRRS 2009 Nr. 257, Rn. 9; vgl. KG, Beschluss vom 15.09.2011 – (3) 1 Ss 192/11 (73/11), abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1532.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 43 BGH, Urteil vom 15.04.2008 – 4 StR 639/07, HRRS 2008 Nr. 535, Rn. 12; vgl. KG, Beschluss vom 15.09.2011 – (3) 1 Ss 192/11 (73/11), abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1532.htm> (Stand: 20.03.2013).

Risikobereitschaft und Selbstüberschätzung) hinweist, oder z. B. eine anders als durch kurz zuvor erfolgte Drogeneinnahme nicht erklärbare verspätete Reaktion auf ein polizeiliches Anhaltegebot⁴⁴.

Bloße Symptome des Drogenkonsums wie gerötete Augen, erweiterte Pupillen, schleppender Gang oder verwaschene Sprache **reichen nicht aus**, da sie kein sicheres Zeichen für die geminderte Gesamtleistungsfähigkeit sind.⁴⁵ Sie haben für sich genommen auch nichts mit dem Führen eines Fahrzeuges zu tun, da man dabei nicht gehen, reden oder ungerötete Augen haben muss.

Außerdem beruht **nicht jeder Fahrfehler** zwingend auf dem Drogenkonsum.⁴⁶ „Ein [...] Fahrverhalten, das durch erhöhte Risikobereitschaft geprägt ist, kann geeignet sein, die drogenbedingte Fahruntüchtigkeit anzunehmen. Es bedarf aber genauerer Feststellung zu der Art und Weise der Verkehrsverstöße [...]. Denn es muss feststehen, dass dem Angeklagten, wäre er drogenfrei gewesen, diese Fehler nicht unterlaufen wären. Allgemeine, nicht durch Tatsachen belegte Redewendungen [...] reichen insoweit nicht aus.“⁴⁷ Von Bedeutung ist es daher auch, „wie die Verkehrslage- bzw. dichte zur Tatzeit war, mit welcher Geschwindigkeit der Angeklagte annähernd fuhr, ob die einschreitenden Polizeibeamten einen Funkstreifenwagen führten oder nur in einem Zivilfahrzeug unterwegs waren und wie der Angeklagte auf die Anhalteaufforderung reagierte.“⁴⁸

-
- 44 OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2007 – 4 Ss 159/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/411.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 45 KG, Beschluss vom 15.09.2011 – (3) 1 Ss 192/11 (73/11), abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1532.htm> (Stand: 20.03.2013); OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2007 – 4 Ss 159/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/411.htm> (Stand: 20.03.2013); vgl. LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwaelte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013).
- 46 Vgl. KG, Beschluss vom 15.09.2011 – (3) 1 Ss 192/11 (73/11), abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1532.htm> (Stand: 20.03.2013); Übersehen eines Schildes mit Geschwindigkeitsbeschränkung muss nicht auf dem Alkohol- und Drogenkonsum beruhen. LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwaelte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013); Linksabbiegen ohne Blinken ist kein alkoholtypischer Fahrfehler, Überfahren der Mittellinie kann auf Streit mit dem Mitfahrer beruhen.
- 47 OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2007 – 4 Ss 159/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/411.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 48 OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2007 – 4 Ss 159/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/411.htm> (Stand:

D) Rauschmittelkonsum und Schuld

Neben den angesprochenen Auswirkungen des Rauschmittelkonsums im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auf Tatbestandsebene spielt der Rauschmittelkonsum auf der **Schuldebene** eine große Rolle. Bei erheblichem Konsum kann die **Schuldfähigkeit** entfallen oder vermindert sein.

§ 20 StGB: Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

§ 21 StGB: Verminderte Schuldfähigkeit

Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Dem Täter muss also die **Unrechtseinsicht fehlen** oder er muss **trotz Unrechtseinsicht außer Stande sein, von der Begehung der Straftat abzulassen**. Dies kann auf einem Alkoholrausch oder einem Drogenrausch beruhen, dann wird eine durch Alkohol oder Drogen indizierte krankhafte seelische Störung angenommen.⁴⁹ Im Zusammenhang mit der Schuldunfähigkeit bzw. der verminderten Schuldfähigkeit werden bei einem Alkoholrausch immer wieder BAK-Grenzwerte genannt. So soll verminderte Schuldfähigkeit ab einer BAK von 2,0 ‰, bei schwerwiegenden Gewalttaten und Tötungsdelikten wegen der höheren Hemmschwelle, die der Täter überschreiten müsse, ab 2,2 ‰ angenommen werden.⁵⁰ Für Schuldunfähigkeit wird eine BAK von 3,0 ‰ bzw. von 3,3 ‰ als Grenzwert genannt.⁵¹ Diese **Werte sind aber bloß (schwache) Indizien**, da es **keine Erfahrungssätze** über eine regelmäßig verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei Überschreiten dieser Werte gibt.⁵² Daher verbietet sich eine schematische Bewertung nach Grenzwerten, stattdessen ist immer eine **Bewertung**

20.03.2013).

49 *Fischer*, StGB, § 20 Rn. 8 und 11 ff.

50 Vgl. *Rengier*, StrafR AT, § 24 Rn. 9.

51 Vgl. *Rengier*, StrafR AT, § 24 Rn. 9.

52 OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.2007 – 3 Ss 484/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?/asp_beschluesse/beschluesseinhalte/589.htm> (Stand: 20.03.2013); *Fischer*, StGB, § 20 Rn. 19; *Rengier*, StrafR AT, § 24 Rn. 9, spricht allerdings noch von „Leitlinien“.

der Umstände der Einzelfalles vorzunehmen.⁵³ Dazu sind das Tatgeschehen und die Verfassung der Persönlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Tat einer Gesamtbewertung zu unterziehen.⁵⁴ Dabei ist zu beachten, dass – gerade bei alkoholgewöhnten Tätern – das äußere Verhalten durchaus zielstrebig und unauffällig ausfallen, trotzdem aber die innere Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgeschaltet sein kann.⁵⁵ Indizien für eine trotz hoher BAK fortbestehende Schuldfähigkeit sind daher „psychodiagnostische Kriterien, zu denen neben der bereits erwähnten Alkoholgewöhnung auch noch intaktes Erinnerungsvermögen, unauffälliges Verhalten oder situationsgerechtes Nachtatverhalten gehören können“.⁵⁶

Im Falle eines **erheblichen Drogenkonsums** helfen Grenzwerte ohnehin nicht weiter, es kommt also ebenfalls allein auf die Gesamtbewertung der genannten Umstände des Einzelfalles an.

53 *Fischer*, StGB, § 20 Rn. 17.

54 OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.2007 – 3 Ss 484/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/589.htm> (Stand: 20.03.2013); *Fischer*, StGB, § 20 Rn. 17.

55 Deutlich BGH, Beschluss vom 12.06.2007 – 4 StR 187/07, HRRS 2007 Nr. 845, Rn. 6, für eine BAK von 2,87 ‰. Vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.2007 – 3 Ss 484/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/589.htm> (Stand: 20.03.2013).

56 OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.2007 – 3 Ss 484/07, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/589.htm> (Stand: 20.03.2013).

E) Die BAK-Grenzwerte im Überblick

BAK Konsequenzen

- ab 3,3 ‰** Indiz für Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) bei Tötungsdelikten (wegen der höheren Hemmschwelle),
aber: kein starrer Grenzwert, Einzelfall entscheidend
- ab 3,0 ‰** Indiz für Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB),
aber: kein starrer Grenzwert, Einzelfall entscheidend
- ab 2,2 ‰** Indiz für krankhafte seelische Störung (verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB) bei Tötungsdelikten (wegen der höheren Hemmschwelle),
aber: kein starrer Grenzwert, Einzelfall entscheidend
- ab 2,0 ‰** Indiz für krankhafte seelische Störung (verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB),
aber: kein starrer Grenzwert, Einzelfall entscheidend
- ab 1,6 ‰** absolute Fahruntüchtigkeit von Radfahrern
(§§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, 316 Abs. 1 StGB)
- ab 1,1 ‰** absolute Fahruntüchtigkeit von Fahrern von Kraftfahrzeugen (Autos, Motorräder etc.)
(§§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 316 Abs. 1 StGB)
und absolute Fahruntüchtigkeit von Schiffsführern
(§§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 316 Abs. 1 StGB)
- ab 0,5 ‰** Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 1 StVG
- ab 0,3 ‰** ab hier kann relative Fahruntüchtigkeit im Sinne von §§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 316 Abs. 1 StGB für Fahrzeug- und Schiffsführer vorliegen
(zusätzlich sind alkoholbedingte Ausfallerscheinungen notwendig)
- ab 0,2 ‰** ab hier wird eine Alkoholwirkung angenommen:
Ordnungswidrigkeit für Fahranfänger (§ 24c Abs. 1 StVG),
absolute Fahruntüchtigkeit für Piloten im Luftverkehr
(§§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 316 Abs. 1 StGB)

F) Atemalkoholtest

I. Messverfahren

Um Alkoholgenuss nachzuweisen, bietet die **Messung der Atemalkohol-Konzentration** (AAK) eine schnelle, einfach zu handhabende und vor allem schonende Methode. Zur Messung werden sowohl Handalkomatens als auch stationäre Geräte eingesetzt. Der verbreitete Envitec AlcoQuant 6020 wird jedoch nur als Vortester eingesetzt, um eine nicht beweiskräftige Vorabkontrolle durchzuführen.⁵⁷ Denn lediglich die AAK-Messung mittels des **Dräger Alcotest 7110 Evidential MK III** ist als standardisiertes Messverfahren, das den Anforderungen der Normreihe DIN VdE 0405 genügt, anerkannt und hat daher eine Bauartzulassung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt erhalten.⁵⁸ Wird das Gerät turnusgemäß halbjährlich durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt geeicht, dann werden die Messergebnisse **als zur sicheren Feststellung der AAK geeignet durch die Strafgerichte anerkannt**.⁵⁹ Dazu ist es lediglich erforderlich, das Messverfahren und den Gerätetyp anzugeben sowie die Messergebnisse (Einzel- und Mittelwert) festzuhalten.⁶⁰

Weitere Voraussetzung ist, dass zwischen dem letzten Schluck Alkohol und dem Beginn der Messung **mindestens 20 Minuten zeitlicher Abstand** liegen.⁶¹ Erst dann

-
- 57 Vgl. LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwaelte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013).
- 58 Ständige Rechtsprechung, vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 21.08.2009 – 2 Ss OWi 713/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/478719.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 15; OLG Hamm, Beschluss vom 03.10.2001 – 3 Ss OWi 989/01, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/rspr/texte/ae_00019.htm> (Stand: 20.03.2013); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2002 – 2a Ss (OWi) 92/02 – (OWi) 33/02 III, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/021150>> (Stand: 20.03.2013).
- 59 OLG Hamm, Beschluss vom 03.10.2001 – 3 Ss OWi 989/01, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/rspr/texte/ae_00019.htm> (Stand: 20.03.2013); vgl. BGH, Beschluss vom 03.04.2001 – 4 StR 507/00, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/61079.html>> (Stand: 20.03.2013).
- 60 Ständige Rechtsprechung, vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 21.08.2009 – 2 Ss OWi 713/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/478719.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2002 – 2a Ss (OWi) 92/02 – (OWi) 33/02 III, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/021150>> (Stand: 20.03.2013); OLG Hamm, Beschluss vom 03.10.2001 – 3 Ss OWi 989/01, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/rspr/texte/ae_00019.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 61 Ständige Rechtsprechung, vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 21.08.2009 – 2 Ss OWi 713/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/478719.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 14, 17 f. und vor allem 19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2002 – 2a Ss (OWi) 92/02 – (OWi) 33/02 III, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/021150>> (Stand:

habe sich ein „definiertes Verhältnis zwischen AAK und BAK eingestellt [...], das kurzzeitigen Schwankungen nur noch im geringeren Maße unterworfen sei.“⁶² Außerdem muss eine sogenannte **Kontrollzeit von 10 Minuten vor der Messung** eingehalten werden, innerhalb derer die Person, deren AAK gemessen werden soll, gar keine Substanzen zu sich nehmen darf.⁶³ Diese Kontrollzeit dient dazu, sicherzustellen, dass sich im Mund keine Substanzen befinden, die das Messergebnis verfälschen können.⁶⁴ Wird diese Kontrollzeit nicht eingehalten, ist das Messergebnis insgesamt **unverwertbar**.⁶⁵

Es muss eine **Doppelmessung** durchgeführt werden, wobei zwischen den Messungen ein **Abstand von höchstens 5 Minuten** bestehen darf.⁶⁶ Diese Zeiten müssen nur dann im Urteil thematisiert werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie nicht eingehalten wurden.⁶⁷

Empfehlenswert ist daher eine **genaue Dokumentation** aller relevanten Zeiten, um Beweisprobleme und Unsicherheiten, die vor Gericht („in dubio pro reo“) zugunsten des Angeklagten gewertet werden müssen, zu vermeiden.⁶⁸

II. Strafprozessuale Voraussetzungen und Konsequenzen einer Messung

Die Messung der Atemalkoholkonzentration ist eine **Ermittlungsmaßnahme**, setzt also einen Anfangsverdacht voraus. Infolge dessen ist die Person, deren AAK gemessen werden soll, automatisch eine **beschuldigte** Person.

20.03.2013).

- 62 OLG Bamberg, Beschluss vom 21.08.2009 – 2 Ss OWi 713/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/478719.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19, unter Verweis auf ein Gutachten des Bundesgesundheitsamtes.
- 63 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2002 – 2a Ss (OWi) 92/02 – (OWi) 33/02 III, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/021150>> (Stand: 20.03.2013).
- 64 OLG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008 – 2 Ss OWi 37/08, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/578.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 65 OLG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008 – 2 Ss OWi 37/08, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/578.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 66 OLG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008 – 2 Ss OWi 37/08, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/578.htm> (Stand: 20.03.2013); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2002 – 2a Ss (OWi) 92/02 – (OWi) 33/02 III, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/021150>> (Stand: 20.03.2013).
- 67 OLG Bamberg, Beschluss vom 21.08.2009 – 2 Ss OWi 713/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/478719.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 15.
- 68 Vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008 – 2 Ss OWi 37/08, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/578.htm> (Stand: 20.03.2013).

Aus diesem **Beschuldigtenstatus** erwachsen **Konsequenzen**. Eine der wichtigsten Konsequenzen dürfte sein, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz (auch als **Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit** bezeichnet) greift. Dieser besagt,

„dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (nemo tenetur se ipsum accusare).“⁶⁹

Deshalb darf der Beschuldigte auch **nicht gezwungen werden, an der Aufklärung seiner eigenen Tat aktiv mitzuwirken**.⁷⁰ Dieses Recht findet seinen Niederschlag auch in einer konkreten Normen der StPO:

§ 136 StPO

- (1) Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist ferner darüber zu belehren, daß er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf, dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.*
- (2) Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen.*
- (3) Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten ist zugleich auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.*

§ 136a StPO

- (1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen*

69 Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.04.2010 – 2 BvL 13/07, abrufbar im Internet:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lk20100427_2bv1001307.html>

(Stand: 20.03.2013), Rn. 2; BVerfG, Beschluss vom 21.04.2010 – 2 BvR 504/08 – 2 BvR 1193/08, abrufbar im Internet:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100421_2bvr050408.html>

(Stand: 20.03.2013), Rn. 18, jeweils mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

70 BVerfG, Beschluss vom 27.04.2010 – 2 BvL 13/07, abrufbar im Internet:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lk20100427_2bv1001307.html>

(Stand: 20.03.2013), Rn. 2.

Vorteils sind verboten.

(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

Die **Messung der AAK** erfordert aber eine aktive Mitwirkung des Beschuldigten (das sogenannte „Pusten“), sodass er hierzu **nicht gezwungen** werden darf.⁷¹ Ein solcher Zwang wäre eine **verbotene Ermittlungsmethode**, vgl. auch § 136a Abs. 1 S. 2 StPO.

Die Mitwirkung an der AAK-Messung – das „Pusten“ - darf also **nur freiwillig** erfolgen.⁷² Damit dies möglich ist, muss der Beschuldigte **über seine Rechte** – und damit auch über eben dieses Recht, nicht mitwirken zu müssen – **belehrt** worden sein,⁷³ vgl. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Dass jemand eine Maßnahme – etwa eine Blutentnahme – über sich ergehen lässt, bedeutet nicht, dass er dies freiwillig tut oder in die Mitwirkung an einer AAK-Messung wirksam eingewilligt hätte.⁷⁴

Eine verbotene Zwangsausübung verstößt ggf. gegen § 136a Abs. 1 S. 2 StPO. Sie kann zur **Unverwertbarkeit der Messergebnisse** führen.

Grundsätzlich gilt, dass dann, wenn eine **Belehrung** über die eigenen Rechte, wie § 136 Abs. 1 S. 2 StPO sie vorschreibt, **unterblieben** ist und der Beschuldigte diese Rechte auch nicht kennt, etwaige **Aussagen des Beschuldigten nicht verwertbar**

71 LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwälte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013); AG Michelstadt, Urteil vom 22.09.2011 – 2 OWi 1400 Js 22301/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/307711.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 14 ff.

72 AG Frankfurt, Urteil vom 18.01.2010 – 998 OWi 2022 – 955 Js – OWi 20697/09, abrufbar im Internet: <<http://www.autorechtler.de/atemalkoholtest-3A-beweisverwertungsverbot-bei-fehler-belehrung.-1981.html>> (Stand: 10.03.2013); vgl. LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwälte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013).

73 LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwälte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013); AG Frankfurt, Urteil vom 18.01.2010 – 998 OWi 2022 – 955 Js – OWi 20697/09, abrufbar im Internet: <<http://www.autorechtler.de/atemalkoholtest-3A-beweisverwertungsverbot-bei-fehler-belehrung.-1981.html>> (Stand: 10.03.2013).

74 Deutlich LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwälte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013).

sind.⁷⁵ Wenn die Belehrung unterblieben ist, an der AAK-Messung nicht mitwirken zu müssen, haben Gerichte für die gewonnenen Messergebnisse ebenfalls ein **Beweisverwertungsverbot** angenommen.⁷⁶ Diese Frage ist in der Rechtsprechung jedoch umstritten, das AG Michelstadt hat ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt und das Messergebnis als Beweis zugelassen.⁷⁷

Geht man von einem Beweisverwertungsverbot aus, dann kann sich die AAK nur als Beweiszeichen eignen, selbst aber nicht zur Begründung von Zwangsmaßnahmen dienen. Daher ist es dann notwendig, **weitere Anhaltspunkte** heranzuziehen (die deshalb bei den Ermittlungen notiert werden sollten), um einen Anfangsverdacht zu begründen.

75 Vgl. AG Bayreuth, Beschluss vom 17.10.2002 – 3 Cs 5 Js 8510/02, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/030479>> (Stand: 20.03.2013).

76 AG Frankfurt, Urteil vom 18.01.2010 – 998 OWi 2022 – 955 Js – OWi 20697/09, abrufbar im Internet: <<http://www.autorechtler.de/atemalkoholtest-3A-beweisverwertungsverbot-bei-fehler-belehrung.-1981.html>> (Stand: 10.03.2013); AG Freiburg, Urteil vom 23.10.2009 – 27 Cs 540 Js 18733/09 – AK 2279/09; vgl. LG Freiburg (Bg), Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09, 9 Ns 550 Js 11375 – AK 92/09, abrufbar im Internet: <<http://www.potsdam-rechtsanwaelte.de/Urteile-Strafrecht/Verwertbarkeit-Atemalkoholmessung/1.000000322924.8.1>> (Stand: 20.03.2013).

77 AG Michelstadt, Urteil vom 22.09.2011 – 2 OWi 1400 Js 22301/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/307711.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 16 ff.

G) Blutentnahme

I. Voraussetzungen der freiwilligen Blutentnahme

Weigert sich ein Fahrer, an der Messung der AAK mitzuwirken, oder ist eine AAK-Messung nicht möglich oder nicht aussagekräftig genug, bleibt nur der Weg, Blut zu entnehmen und darin die BAK zu messen. Die zwangsweise Blutentnahme ist eine **Ermittlungsmaßnahme**, sodass der Fahrer immer **Beschuldigter** im Sinne der StPO ist. Die zwangsweise Blutentnahme ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 81a StPO zulässig, Verstöße können zu einem **Beweisverwertungsverbot** führen.

Eine Anordnung nach § 81a StPO ist allerdings nicht nötig, wenn der Beschuldigte in die Blutentnahme einwilligt.⁷⁸ Doch auch für eine **wirksame Einwilligung** müssen gewissen **Voraussetzungen** erfüllt sein: Der Beschuldigte (um einen solchen handelt es sich in jedem Fall) muss sich darüber bewusst sein, dass er ein **Verweigerungsrecht** hat, und eine **freie Entscheidung** treffen.⁷⁹ Denkt er, dass im Falle seiner Verweigerung eine Anordnung nach § 81a StPO eine reine Formalität ist, dann trifft er keine freie Entscheidung, weil er dann denkt, dass er ohnehin keine Wahl hat.⁸⁰ Weiß er nicht, dass er sich frei entscheiden kann, dann muss er darüber **belehrt** werden.⁸¹ Wird dem Beschuldigten gegenüber der Anschein erweckt, es werde *in jedem Fall* Blut entnommen – im Falle seiner Weigerung eben unter Zwang –, dann ist das keine wirksame Belehrung.⁸²

Außerdem muss der Beschuldigte die notwendige **Verstandesreife** besitzen, um erfassen zu können, was die Einwilligung bzw. eine Weigerung bedeutet.⁸³ Gerade

-
- 78 OLG Jena, Beschluss vom 06.10.2011 – 1 Ss 82/11, abrufbar im Internet: <<http://www.thueringen.de/de/olg/entscheidungen>> (Stand: 20.03.2013); OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/173826.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19; LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).
- 79 OLG Jena, Beschluss vom 06.10.2011 – 1 Ss 82/11, abrufbar im Internet: <<http://www.thueringen.de/de/olg/entscheidungen>> (Stand: 20.03.2013); OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/173826.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19; LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).
- 80 LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).
- 81 LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).
- 82 Vgl. LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).
- 83 OLG Jena, Beschluss vom 06.10.2011 – 1 Ss 82/11, abrufbar im Internet:

eine besonders hohe Alkoholisierung kann daher die Fähigkeit, wirksam einzuwilligen, ausschließen.⁸⁴

Die Einwilligung muss zudem **ausdrücklich erteilt** werden, die bloße Hinnahme der Blutentnahme ist gerade keine wirksame Einwilligung.⁸⁵

Liegen die Voraussetzungen der **Einwilligung nicht** vor, dann ist die **Blutentnahme unter Zwang** erfolgt und an den Voraussetzungen des § 81a StPO zu messen, um verwertbar zu sein.⁸⁶

II. Allgemeine Voraussetzungen der zwangsweisen Blutentnahme

Die Blutentnahme ist ein **körperlicher Eingriff**, die einschlägige Norm ist also § 81a StPO:

§ 81a StPO

(1) Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

(2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

(3) Dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen dürfen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind.

Blutproben müssen nach § 81a Abs. 1 S. 2 StPO von einem **approbierten Arzt** entnommen werden.⁸⁷ Eine Blutentnahme durch einen Krankenpfleger, eine Krankenschwester oder eine sonstige Person ist allenfalls im Rahmen einer

<<http://www.thueringen.de/de/olg/entscheidungen>> (Stand: 20.03.2013); OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09, abrufbar im Internet:

<<http://openjur.de/u/173826.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19.

84 Vgl. LG Saarbrücken, Beschluss vom 13.11.2008 – 2 Qs 53/08, abrufbar im Internet:

<<http://www.iww.de/quellenmaterial/090109>> (Stand: 20.03.2013).

85 OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09, abrufbar im Internet:

<<http://openjur.de/u/173826.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19 f.; OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 23 f.

86 Vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09, abrufbar im Internet:

<<http://openjur.de/u/173826.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 20 ff.

87 *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 7.

Einwilligung zulässig, nicht bei einer zwangsweisen Blutentnahme.

Die Blutentnahme muss nach § 81a Abs. 1 S. 1 StPO zur Gewinnung von **Tatsachen** angeordnet werden, die **für das Ermittlungsverfahren relevant** sind. Alkohol, Medikamente oder sonstige Drogen im Blut können sich dabei nicht nur strafbegründend auswirken, sondern auch für den Beschuldigten positiv und daher zu seinen Gunsten zu ermitteln sein.⁸⁸

Eine Grenze für die zwangsweise Blutentnahme zieht § 81a Abs. 1 S. 2 StPO: Sollte die Blutentnahme mit **gesundheitlichen Risiken** verbunden sein (denkbar etwa bei Blutern oder Personen, die stark gerinnungshemmende Mittel nehmen), dann ist sie **unzulässig**.

III. Rückrechnung bei BAK-Werten

Relevant ist die BAK zur Tatzeit. Gemessen wird aber meistens erst hinterher. Deshalb stellt sich die für die Praxis sehr relevante Frage, wie **von einer gemessenen BAK auf die Tatzeit zurückgerechnet** werden kann. Hier hat die Rechtsprechung gefestigte **Rückrechnungsregeln entwickelt**:

1. Niedrige Abbaurate: Wenn der BAK-Wert relevant ist für den Tatbestand eines Strafgesetzes, sich ein hoher Wert also **negativ für den Beschuldigten** auswirkt (etwa für die Strafbarkeit nach § 316 Abs. 1 StGB), ist aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro reo“ eine Berechnung zugrunde zu legen, die zu einem **möglichst niedrigen BAK-Wert** führt. Dazu geht man von einem Abbau von **0,1 % pro Stunde** aus und nimmt eine sogenannte **Resorptionsphase für die ersten zwei Stunden** nach Trinkende an, in denen gar kein Alkohol abgebaut wird.⁸⁹

2. Hohe Abbaurate: Wenn der BAK-Wert relevant ist für Umstände, die den Beschuldigten entlasten, sodass ein hoher Wert sich **positiv für den Beschuldigten** auswirkt (etwa mit Blick auf die Schuldfähigkeit), ist aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro reo“ eine Berechnung zugrunde zu legen, die zu einem **möglichst hohen BAK-Wert** führt. Dazu geht man von einem Abbau von **0,2 % pro Stunde** aus, nimmt keine Resorptionsphase nach Trinkende an und zählt noch einen **Sicherheitszuschlag** von weiteren **0,2 %** hinzu.⁹⁰

Möglich ist auch, dass ein BAK-Wert gemessen wird und der Beschuldigte **erst danach eine Tat** begeht, für die der BAK-Wert relevant wird. Es kann z. B. sein, dass eine Person, deren BAK gemessen wurde, danach am Steuer eines Fahrzeuges angetroffen wird. Dann ist es für den Beschuldigten günstig, von einer **hohen Abbaurate** auszugehen, wenn man von der vorherigen Messung aus rechnet.

88 Vgl. zum Zusammenhang zur Schuld oben den Abschnitt D) ab S. 14.

89 Vgl. BGH, Beschluss vom 11.12.1973 – 4 StR 130/73, NJW 1974, 246 f.

90 Vgl. BGH, Beschluss vom 03.12.1999 – 3 StR 481/99, NStZ 2000, 193.

Beispiel A: A trinkt Alkohol und fährt in diesem Zustand mit dem PKW. Vier Stunden nach Fahrtende wird eine BAK von 0,6 ‰ gemessen. Dem A wird eine Trunkenheitsfahrt vorgeworfen. Günstig für den Täter ist also ein niedriger Wert, daher legt man eine **niedrige Abbaurate** zugrunde. Deshalb geht man von einer zweistündigen Resorptionsphase aus, in der kein Alkohol abgebaut wird. Für die verbleibenden zwei Stunden wird ein Abbau von je 0,1 ‰ angenommen. Zum Tatzeitpunkt hat A also nach dieser Berechnung eine BAK von 0,8 ‰. Also liegt der Wert unter 1,1 ‰. T war also höchstens relativ fahruntüchtig, dazu müssen Ausfallerscheinungen zu beobachten gewesen sein.

Beispiel B: Bei B wird eine BAK von 1,1 ‰ gemessen. Vier Stunden später wird er am Steuer eines PKW gesehen, aber es wird nicht neu gemessen. Dem B wird eine Trunkenheitsfahrt vorgeworfen. Günstig für den B ist also ein niedriger Wert, daher legt man eine **hohe Abbaurate** zugrunde. Deshalb geht man von einem Abbau von je 0,2 ‰ pro Stunde aus, dies ergibt 0,8 ‰. Zuzüglich eines Sicherheitszuschlages von 0,2 ‰ hat B in den vier Stunden 1,0 ‰ abgebaut, also nur noch eine BAK von 0,1 ‰. B war also voll fahrüchtig.

Beispiel C: Drei Stunden, nachdem er den A verprügelt hat, wird bei C eine BAK von 1,4 ‰ gemessen. Ihm wird eine Körperverletzung vorgeworfen. Denkbar ist aber eine verminderte Schuldfähigkeit. Günstig für C ist also eine **hohe Abbaurate**. Deshalb geht man von einem Abbau von je 0,2 ‰ pro Stunde aus, dies ergibt 0,6 ‰. Zuzüglich eines Sicherheitszuschlages von 0,2 ‰ hatte C zur Tatzeit eine BAK von 2,2 ‰. Also kommt eine verminderte Schuldfähigkeit in Betracht, wenn weitere Umstände des Einzelfalles darauf schließen lassen, dass C das Unrecht seiner Tat nicht einsehen konnte oder unfähig war, nach dieser Einsicht zu handeln.

IV. Regelzuständigkeit des Richters

§ 81a Abs. 2 StPO schreibt vor, dass die Blutentnahme durch den **Richter** angeordnet wird. Dies erklärt sich durch den **Grundrechtseingriff**, der mit der Blutentnahme verbunden ist (Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).⁹¹ Zuständiger Richter ist der Ermittlungsrichter nach § 162 StPO.⁹² Nur dann, wenn die Einschaltung eines Richters zu einer **Verzögerung** führen würde, die **den Ermittlungserfolg gefährden** würde, darf die Anordnung ausnahmsweise durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei (Ermittlungspersonen nach § 152 GVG)

91 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, abrufbar im Internet:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110224_2bvr159610.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.

92 Vgl. zur Rolle des Richters auch BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 27.

erfolgen. Es muss also „**Gefahr im Verzug**“ drohen.⁹³

Das Gesetz geht also von einem **Regel-Ausnahme-Verhältnis** aus.⁹⁴ Die Anordnung ist regelmäßig dem Richter vorbehalten (**Richtervorbehalt**).⁹⁵

Allerdings hat das BVerfG festgestellt: „Der einfachrechtliche Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO gehört nicht zum Bereich des rechtsstaatlich Unverzichtbaren. [...] Der Richtervorbehalt nach § 81a Abs. 2 StPO beruht auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, nicht auf einer zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgabe.“⁹⁶ Deshalb gibt es immer wieder **gesetzgeberische Initiativen**, diesen Richtervorbehalt abzuschaffen. Solange dies noch nicht zu einer tatsächlichen Änderung des § 81a Abs. 2 StPO geführt hat, ist dieser **Richtervorbehalt zwingend zu beachten!**

V. Eilzuständigkeit von Staatsanwaltschaft und Polizei

Somit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft oder die Polizei **ausnahmsweise** die Blutentnahme selbst anordnen dürfen. Anhaltspunkte existieren zumindest für den besonders relevanten Fall einer **Alkoholisierung im Straßenverkehr**:

Nr. 243 RiStBV⁹⁷

(1) ...

(2) *Besteht der Verdacht, dass der Täter unter Alkoholeinwirkung gehandelt hat, so ist für eine unverzügliche Blutentnahme zur Bestimmung des Blutalkoholgehalts zu sorgen.*

(3) ...

Dies liest sich so, als könne bei dem Verdacht eines Alkoholeinflusses im Straßenverkehr immer die Anordnung durch die Ermittlungsbehörden erfolgen, weil

93 Vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2007 – 5 StR 546/06, HRRS 2007 Nr. 463, Rn. 25.

94 Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 37.

95 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070212_2bvr027306.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17; vgl. BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 37.

96 BVerfG, Beschluss vom 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110224_2bvr159610.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.

97 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 01.01.1977, geändert mit Wirkung vom 01.04.2012 durch Bekanntmachung vom 13.03.2012, abrufbar im Internet: <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm> (Stand: 20.03.2013).

die Blutentnahme **unverzüglich** erfolgen muss, also keine Verzögerung eintreten darf. Allerdings ist die RiStBV lediglich eine interne Verwaltungsanweisung, kein Gesetz. Die gesetzlichen Vorgaben müssen daher eine solche Interpretation zulassen. Weil das Gesetz aber von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgeht, darf der **Richtervorbehalt nicht standardmäßig unterlaufen** werden.

Das BVerfG hat schon 2001 ganz grundsätzlich für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen entschieden, dass „Gefahr im Verzug“ **eng auszulegen** ist, damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt bleibt.⁹⁸ Dass die Einschaltung eines Richters zu einer Verzögerung führt, die den Ermittlungserfolg gefährdet, muss deshalb **mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen** sind.⁹⁹ Gerichte und Strafverfolgungsbehörden müssen im Rahmen ihrer Möglichkeiten tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen treffen, damit auch in der Masse der Alltagsfälle regelmäßig der Richter die Entscheidung trifft.¹⁰⁰

Konkret für § 81a Abs. 2 StPO hat das BVerfG daher 2007 ebenfalls entschieden, dass **auf den Einzelfall bezogene Tatsachen** vorliegen müssen, aus denen sich eine **Eilzuständigkeit** ergeben kann.¹⁰¹ Diese müssen zudem **dokumentiert** werden.¹⁰² Da Staatsanwaltschaft und Polizei von einer Eingriffsbefugnis Gebrauch machen, die originär nur dem Richter zusteht, unterliegt (als Folge des Gebotes effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG) auch diese Dokumentations- und Begründungspflicht der richterlichen Kontrolle.¹⁰³

Erforderlich ist daher immer eine **Beurteilung anhand des konkreten Einzelfalls**. Es muss eine **Prognose** über den weiteren zeitlichen Ablauf getroffen werden, um

98 BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 32.

99 BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 53 ff.

100 BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 37.

101 BVerfG, Beschluss vom 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070212_2bvr027306.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.

102 BVerfG, Beschluss vom 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070212_2bvr027306.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17. Vgl. zu Details der Dokumentation auch OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 16 ff.

103 BVerfG, Beschluss vom 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070212_2bvr027306.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17 ff.

dann entscheiden zu können, ob eine sofortige Blutentnahme notwendig ist oder eine richterliche Entscheidung abgewartet werden kann.¹⁰⁴ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es ohnehin eine gewisse Zeit dauert, einen Beschuldigten, der im Straßenverkehr angetroffen wird, zu einem Arzt bzw. zur Dienststelle zu bringen. Dieses Zeitfenster kann daher genutzt werden, um zumindest zu versuchen, einen Richter oder einen Staatsanwalt zu erreichen.¹⁰⁵ Auch dieser Versuch muss dokumentiert werden.¹⁰⁶ In einfach gelagerten Fällen ist es auf diese Weise möglich, ohne Zeitverlust und somit ohne Verzögerung eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass außerdem die **Rückrechnung auf den Tatzeitpunkt anhand pauschalierter Abbauwerte möglich** ist.¹⁰⁷ Für bestimmte Fragen, etwa die der relativen Fahruntüchtigkeit oder die nach der **Schuldfähigkeit**, sind ohnehin die BAK-Werte von nachrangiger Bedeutung, hier kommt es **primär auf eine Analyse des Verhaltens** des Beschuldigten und deren Dokumentation an.

Eine **sofortige Blutentnahme** kann demgegenüber notwendig sein, wenn mit einem (nicht beweiskräftigen) Vortester eine **grenzwertnahe Atemalkoholkonzentration** gemessen wurde, sodass ein Zuwarten zu einem Abbau und damit zu einem Beweisverlust führen könnte.¹⁰⁸ Eine deutliche Alkoholisierung von 2,0 ‰ ist allerdings nicht „nah“ am Grenzwert von 1,1 ‰.¹⁰⁹

-
- 104 OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2010 – III-3 Rvs 7/10, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalt/1131.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 105 OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalt/868.htm> (Stand: 20.03.2013); vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 28; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 40 und Rn. 65.
- 106 OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19; OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalt/868.htm> (Stand: 20.03.2013); vgl. BVerfG, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, abrufbar im Internet: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 54.
- 107 OLG Jena, Beschluss vom 25.11.2008 – 1 Ss 230/08, Blutalkohol 2009, 214 (215), abrufbar im Internet: <http://www.bads.de/media/55935/Blutalkohol_2009.pdf> (Stand: 20.03.2012).
- 108 OLG Jena, Beschluss vom 07.12.2009 – 1 Ss 322/09, NSTZ-RR 2010, 271; vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn.19; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.06.2009 – 1 Ss 183/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/092595>> (Stand: 20.03.2013).
- 109 OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.10.2009 – 1 Ss 310/09, abrufbar im Internet:

Da Messergebnisse verfälscht zu werden drohen, ist auch bei **Verdacht auf Nachtrunk** eine sofortige Blutentnahme angezeigt.¹¹⁰ Dies gilt auch, wenn das **Ermittlungsbild unklar** ist,¹¹¹ etwa weil die Situation komplex ist, da der Beschuldigte **Alkohol und Betäubungsmittel** konsumiert hat.¹¹² Schließlich kann auch eine **bevorstehende notärztliche Versorgung** es erforderlich machen, eine sofortige Blutentnahme anzuordnen, bevor das Ergebnis durch das Verabreichen von Medikamenten verfälscht werden kann.¹¹³

V. Grenzen der Eilzuständigkeit und Konsequenzen

Werden diese Voraussetzungen, unter denen der Richtervorbehalt nicht greift und stattdessen die Eilzuständigkeit bestehen kann, **bewusst missachtet** oder **groß verkannt**, kann dies ein **Verwertungsverbot** für die so ermittelten Beweise im Strafprozess nach sich ziehen.¹¹⁴

Allerdings führt nicht jeder Verstoß zu einem Beweisverwertungsverbot.¹¹⁵ Stattdessen wägt das überprüfende Gericht die **Verhältnismäßigkeit im Einzelfall** ab.¹¹⁶ Gegenstand der Abwägung ist auf der einen Seite die Art und das Gewicht des Verfahrensverstößes, auf der anderen Seite die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und die Schwere des Rechtsgutseingriffs.¹¹⁷ Da der Richtervorbehalt nur

-
- <<http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/jportal/portal/t/s15/page/bslaredaprod.psm1?&doc.id=KORE231712009%3Ajuris-r01&showdoccase=1&doc.part=L>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 10.
- 110 OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19.
- 111 OLG Jena, Beschluss vom 07.10.2011 – 1 Ss 90/11, abrufbar im Internet: <<http://www.thueringen.de/de/olg/entscheidungen>> (Stand: 20.03.2013).
- 112 OLG Jena, Urteil vom 28.07.2011 – 1 Ss 42/11, ADAJUR Dok.Nr. 95899; vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?/asp_beschluesse/beschluesseinhalte/868.htm> (Stand: 20.03.2013).
- 113 OLG Jena, Beschluss vom 07.10.2011 – 1 Ss 90/11, abrufbar im Internet: <<http://www.thueringen.de/de/olg/entscheidungen>> (Stand: 20.03.2013).
- 114 So BGH, Urteil vom 18.04.2007 – 5 StR 546/06, HRRS 2007 Nr. 463, Rn.32 ff., vor allem Rn. 34, für den Fall einer Wohnungsdurchsuchung; vgl. für die Blutentnahme OLG Bamberg, Urteil vom 22.03.2011 – 3 Ss 14/11, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/490306.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 34 f.
- 115 OLG Celle, Beschluss vom 06.08.2009 – 32 Ss 94/09, abrufbar im Internet: <<http://app.olg-niedersachsen.de/efundus/volltext.php?id=5104>> (Stand: 20.03.2013).
- 116 OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.10.2009 – 2 SsBs 149/09, abrufbar im Internet: <<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KORE508602009&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.
- 117 Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 06.08.2009 – 32 Ss 94/09, abrufbar im Internet: <<http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/volltext.php?id=5104>> (Stand: 20.03.2013); OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.10.2009 – 2 SsBs 149/09, abrufbar im Internet: <<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KOR>

einfachgesetzlich geregelt ist und zudem nicht ohne Ausnahme besteht, erfolgt die Anordnung durch die Ermittlungsbeamten, die diese in Eilfällen ohnehin vornehmen dürfen, nicht fern jeder Rechtsgrundlage und wiegt daher nicht so schwer, als dass der Verstoß immer ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen müsste.¹¹⁸

Ein **grober Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze**, der unverhältnismäßig ist und daher zu einem **Beweisverwertungsverbot** führt, liegt allerdings bei **willkürlichem Handeln** vor.¹¹⁹ Denn **Willkür ist verfassungsrechtlich verboten**.¹²⁰

Einen **Verstoß gegen das Willkürverbot** nimmt das BVerfG an, „wenn die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende Rechtsanwendung **unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar** ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf **sachfremden** und damit willkürlichen Erwägungen beruht. Dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Vorwurf. Willkürlich im objektiven Sinne ist eine Maßnahme, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, **tatsächlich und eindeutig unangemessen** ist.“¹²¹

Objektiv willkürlich ist die fehlende Sorge dafür, dass der Bedeutung des Richtervorbehalts auf der Ebene des Polizeibeamten vor Ort Rechnung getragen wird.¹²² Die **pauschale Annahme, es liege immer Gefahr im Verzug vor**, sodass der Richtervorbehalt dauerhaft und ständig umgangen wird, **unabhängig von der**

-
- [E508602009&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true](#)> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.
- 118 Deutlich OLG Jena, Beschluss vom 25.11.2008 – 1 Ss 230/08, Blutalkohol 2009, 214 (216), abrufbar im Internet: <http://www.bads.de/media/55935/Blutalkohol_2009.pdf> (Stand: 20.03.2012); OLG Jena, Beschluss vom 28.07.2011 – 1 Ss 42/11, ADAJUR Dok.Nr. 95899; OLG Jena, Beschluss vom 06.10.2011 – 1 Ss 82/11, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_weitere_beschluesse/inhalte/1575.htm> (Stand: 20.03.2013); OLG Naumburg, Urteil vom 07.02.2011 – 1 Ss 38/10, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/86421.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 26.
- 119 BVerfG, Beschluss vom 21.01.2008 – 2 BvR 2307/07, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080121_2bvr230707.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 5; OLG Celle, Beschluss vom 06.08.2009 – 32 Ss 94/09, abrufbar im Internet: <<http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/volltext.php4?id=5104>> (Stand: 20.03.2013).
- 120 BVerfG, Beschluss vom 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110224_2bvr159610.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17.
- 121 BVerfG, Beschluss vom 21.01.2008 – 2 BvR 2307/07, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080121_2bvr230707.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 5; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10, abrufbar im Internet: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110224_2bvr159610.html> (Stand: 20.03.2013), Rn. 18.
- 122 OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.10.2009 – 2 SsBs 149/09, abrufbar im Internet: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc_id=KOR_E508602009&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true> (Stand: 20.03.2013), Rn. 19 ff.

Tageszeit und den Umständen des Einzelfalls, ist daher als willkürlich bewertet worden.¹²³ Dies gilt insbesondere, wenn ein richterlicher Eildienst eingerichtet wurde, ein Richter also tatsächlich erreichbar gewesen wäre.¹²⁴

Besonders plastisch wird die Problematik anhand eines Falles deutlich, der vom OLG Oldenburg zu entscheiden war. In diesem Fall hatte ein Polizeibeamter folgende E-Mail von dem Leiter der Polizeiinspektion erhalten:

*"Liebe Kollegen, der Präsident des AG Osnabrück hat in einem Telefongespräch mit dem Polizeipräsidenten der PD ... am 02.04.2008 eindringlich darauf hingewiesen, dass nach Rechtsauffassung des AG bei der Anordnung von Blutproben immer Gefahr im Verzuge vorliegt und somit eine richterliche Anordnung gem. § 81 a StPO nicht mehr erforderlich ist. Somit sind die Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten unter Beachtung der entsprechenden Rechtsvorschriften immer zur Anordnung einer Blutprobe ermächtigt. Dieses gilt am Tage und in der Nacht sowie Werktags und an Sonn- und Feiertagen.
Der PP hat in diesem Zusammenhang sowohl auf die bestehende Rechtsauffassung im Lande Niedersachsen (MI und MJ) als auch auf die Verfügungslage der PD hingewiesen, welche ebenfalls bei einschlägigen Sachverhalten immer das Vorliegen von Gefahr im Verzuge bejaht."¹²⁵*

Das OLG Oldenburg hielt eine solche **generelle Dienstanweisung**, bei Anordnung einer Blutentnahme zur Feststellung der BAK auf die Einholung einer richterlichen Anordnung **stets und ständig** zu verzichten, für **willkürlich**, und nahm demzufolge ein **Beweisverwertungsverbot** an.¹²⁶ Insbesondere dann, wenn ein Polizeibeamter „entsprechend einer langjährigen Praxis“ **niemals um eine richterliche Anordnung** nachsucht, sondern stets eine Verzögerung annimmt, handelt er in diesem Sinne willkürlich.¹²⁷ Spiegelbildlich hierzu wird seitens einiger Oberlandesgerichte die

123 OLG Celle, Beschluss vom 06.08.2009 – 32 Ss 94/09, abrufbar im Internet: <<http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/volltext.php?id=5104>> (Stand: 20.03.2013); vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet:

<http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/868.htm> (Stand: 20.03.2013).

124 OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/868.htm> (Stand: 20.03.2013).

125 OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.10.2009 – 2 SsBs 149/09, abrufbar im Internet: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc_id=KOR_E508602009&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true> (Stand: 20.03.2013), Rn. 3 ff.

126 OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.10.2009 – 2 SsBs 149/09, abrufbar im Internet: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc_id=KOR_E508602009&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true> (Stand: 20.03.2013), Rn. 17 f.

127 OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschluesse/beschluesseinhalte/868.htm> (Stand: 20.03.2013).

verfassungsrechtliche Verpflichtung angenommen, an den Amtsgerichten richterliche Bereitschaftsdienste einzurichten.¹²⁸ Das OLG Naumburg sieht diese Notwendigkeit für das Land Sachsen-Anhalt nicht.¹²⁹

Ob ein willkürlicher Verstoß gegen den Richtervorbehalt vorliegt, ist allerdings ebenfalls Frage des **Einzelfalls**. Geht ein Polizeibeamter in **realistischer Einschätzung** zu einer abendlichen Uhrzeit davon aus, keinen Richter erreichen zu können, so hat das OLG Jena es nicht als willkürlich angesehen, dass er dies erst gar nicht versucht hat.¹³⁰ Anders wäre die Bewertung aber wohl, wenn tatsächlich ein nächtlicher Bereitschaftsdienst bestanden hätte oder sich das Geschehen während der Dienstzeiten ereignet hätte.

Einzelne Landgerichte haben zwar angenommen, dass beim Verdacht auf eine **Trunkenheitsfahrt** eine **Blutentnahme immer dringlich** sei, um das **Beweisergebnis zu sichern**, sodass die Ermittlungsbehörden zur Anordnung der Blutentnahme berechtigt seien.¹³¹ Diese Gerichte sind der Annahme, einem Richter könne eine rasche Entscheidung (innerhalb ca. einer Stunde), etwa per Telefon, nicht zugemutet werden.¹³² Beruht die Anordnung der Ermittlungsbeamten auf einer entsprechenden Dienstanweisung, soll diese Anordnung jedenfalls nicht willkürlich sein.¹³³ Angesichts der entgegenstehenden Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte ist es zu bezweifeln, dass sich eine solche Sichtweise durchsetzen können.

Das OLG Karlsruhe betont in einer Entscheidung von 2009, dass eine derartige **Dienstanweisung** dem klaren **Gesetzeswortlaut des § 81a Abs. 2 StPO**

-
- 128 OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2010 – III-3 Rvs 7/10, abrufbar im Internet: <http://www.burhoff.de/insert/?asp_beschlusse/beschlusseinhalte/1131.htm> (Stand: 20.03.2013); vgl. OLG Jena, Beschluss vom 25.11.2008 – 1 Ss 230/08, Blutalkohol 2009, 214 (216), abrufbar im Internet: <http://www.bads.de/media/55935/Blutalkohol_2009.pdf> (Stand: 20.03.2012).
- 129 OLG Naumburg, Urteil vom 07.02.2011 – 1 Ss 38/10, abrufbar im Internet: <<http://openjur.de/u/86421.html>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 21.
- 130 Vgl. OLG Jena, Beschluss vom 25.11.2008 – 1 Ss 230/08, Blutalkohol 2009, 214 (217), abrufbar im Internet: <http://www.bads.de/media/55935/Blutalkohol_2009.pdf> (Stand: 20.03.2012).
- 131 LG Braunschweig, Beschluss vom 04.01.2008 – 9 Qs 381/07, BeckRS 2008, 6204; LG Hamburg, Beschluss vom 12.11.2007 – 603 Qs 470/07, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/dokumente/073785.pdf>> (Stand: 20.03.2013), 3; anderer Ansicht OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.06.2009 – 1 Ss 183/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/092595>> (Stand: 20.03.2013).
- 132 LG Hamburg, Beschluss vom 12.11.2007 – 603 Qs 470/07, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/dokumente/073785.pdf>> (Stand: 20.03.2013), 5; zustimmend LG Braunschweig, Beschluss vom 04.01.2008 – 9 Qs 381/07, BeckRS 2008, 6204.
- 133 Vgl. LG Braunschweig, Beschluss vom 04.01.2008 – 9 Qs 381/07, BeckRS 2008, 6204.

widerspreche.¹³⁴ Eine solche Dienstanweisung sei seitens der Rechtsprechung zwar **in der Vergangenheit als vertretbar** erachtet worden, weshalb es zwar rechtswidrig, aber eben **nicht willkürlich** sei, ihr Folge zu leisten.¹³⁵ Das OLG Karlsruhe scheint aber davon auszugehen, dass dieser Schluss ab dieser Entscheidung nicht mehr zwingend ist.¹³⁶

134 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.06.2009 – 1 Ss 183/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/092595>> (Stand: 20.03.2013).

135 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.06.2009 – 1 Ss 183/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/092595>> (Stand: 20.03.2013).

136 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.06.2009 – 1 Ss 183/08, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/092595>> (Stand: 20.03.2013).

H) Exkurs: Brechmitteleinsatz

I. Hintergrund

Der **Brechmitteleinsatz** hat nur ganz am Rande mit den in dieser Übersicht angesprochenen Rauschmitteln zu tun. Der große Bereich der **Betäubungsmitteldelikte** soll hier ausgespart bleiben. Für diesen ist der Brechmitteleinsatz von größerer Relevanz. Um **Drogen** oder andere Betäubungsmittel zu verstecken, füllen Drogendealer diese bisweilen in kleine Plastiksäckchen, um diese sogenannten „**Bubbles**“¹³⁷, „**Bömbchen**“¹³⁸, „**Bodypacks**“¹³⁹ oder **Kügelchen** zu verschlucken.

Der Grund, weshalb hier auf den Brechmitteleinsatz eingegangen werden soll, liegt darin, dass es sich dabei wie bei der Blutentnahme um eine **körperliche Untersuchung** nach § 81a Abs. 1 StPO handelt, bei der ebenfalls ein **körperlicher Eingriff** vorgenommen wird.¹⁴⁰ Dem Beschuldigten wird mit einer Nasen-Magen-Sonde das Brechmittel (meistens Sirup Ipecacuanha) zwangsweise verabreicht, wenn er es nicht freiwillig nehmen will.¹⁴¹ Die Alternative zu dieser Art der **Exkorporation** besteht darin, ein Abführmittel zu verabreichen oder abzuwarten, bis die Bubbles durch den normalen Stuhlgang ausgeschieden werden.¹⁴² Wegen der Gefahr, dass der Beschuldigte die Bubbles beiseite schafft (**Verdunkelungsgefahr**), ist in diesem Fall auch eine **Untersuchungshaft** („Stuhlhaft“) denkbar.¹⁴³

In **Sachsen-Anhalt** wird der Brechmitteleinsatz nach schriftlicher Auskunft des Ministeriums der Justiz vom 01.02.2007 für grundsätzlich zulässig erachtet, ist bis dahin aber nicht zum Einsatz gekommen.

137 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet:

<<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 11.

138 *Rixen*, NStZ 2000, 381.

139 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.05.2004 – 2 Ws 77/04, abrufbar im Internet:

<http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=4456> (Stand: 20.03.2013), Rn. 2.

140 Vgl. *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 6.

141 *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 14.

142 *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 14; zu Verfahrensdetails vgl. OLG Karlsruhe,

Beschluss vom 07.05.2004 – 2 Ws 77/04, abrufbar im Internet: <http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=4456> (Stand: 20.03.2013), Rn. 3 ff.

143 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.05.2004 – 2 Ws 77/04, abrufbar im Internet:

<http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=4456> (Stand: 20.03.2013), Rn. 7, allerdings zur Fluchtgefahr.

II. Gesetzliche Voraussetzungen

Für den Eingriff nach § 81a StPO gelten die bereits zur Blutentnahme dargestellten Voraussetzungen. Der Beschuldigte muss über seine Rechte belehrt werden.¹⁴⁴ Besondere Bedeutung erlangt hier die Einschränkung des § 81a Abs. 1 StPO, dass für den Beschuldigten **kein Nachteil für dessen Gesundheit zu befürchten** ist. Das Einflößen mittels Nasen-Magen-Sonde ist nicht völlig risikolos.¹⁴⁵ Mögliche Folgen sind Reizungen und Verletzungen, die zu Magenschmerzen führen können.¹⁴⁶ Daher dürfen **Brechmittel nicht standardmäßig** eingesetzt werden, um die schnelle Sicherstellung von verschluckten Gegenständen zu Beweis Zwecken zu bewirken.

Aufgrund dieser Gesundheitsrisiken ist vielmehr eine **Abwägung** der relevanten Umstände vorzunehmen, um zu bestimmen, ob ein Brechmitteleinsatz **verhältnismäßig** ist.¹⁴⁷ Auf der einen Seite sind die Gesundheitsgefahren und Auswirkungen auf die Gesundheit sowie die physischen und auch psychischen Leiden zu berücksichtigen, denen der Beschuldigte ausgesetzt ist.¹⁴⁸ Auf der anderen Seite kommt es darauf an, ob der Eingriff für die Erlangung von Beweisen **unerlässlich** ist, auf welche Art und Weise der Eingriff vorgenommen wird und welches Gewicht die Straftat ausweist.¹⁴⁹

III. Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention?

Intensive körperliche Eingriffe im Rahmen der Strafverfolgung sind insoweit problematisch, als dass sie eine **Form der Folter** sein können. Folter ist jedoch verboten:

Art. 3 EMRK¹⁵⁰: Verbot der Folter

Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

144 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.05.2004 – 2 Ws 77/04, abrufbar im Internet:

<http://lrwb.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&n=4456> (Stand: 20.03.2013), Rn. 2.

145 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 28; vgl. auch die Nachweise bei EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 43 f. und Rn. 78.

146 Vgl. dazu EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 81.

147 Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, § 81a Rn. 1 und Rn. 18; *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 1.

148 BayObLG, Beschluss vom 01.08.1956 – BReg. 1 St 109/56, NJW 1957, 272 (274).

149 BayObLG, Beschluss vom 01.08.1956 – BReg. 1 St 109/56, NJW 1957, 272 (274); *Meyer-Goßner*, StPO, § 81a Rn. 18.

150 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK) vom 04.11.1950, BGBl. II 1952, 686.

Um zu bewerten, ob ein Eingriff als Folter zu bewerten ist, müssen verschiedene Aspekte in eine **Gesamtbewertung** einbezogen werden.

Der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** hatte 2006 folgenden Fall zu entscheiden, der sich in Deutschland ereignet hatte:¹⁵¹ Ein Straßendealer bewahrte die Drogen, die er verkaufen wollte, in Bubbles in seinem Mund auf. Als die Polizei seiner habhaft wurde, verschluckte er ein Bubble. Da er freiwillig kein Brechmittel schlucken wollte, wurde er von vier Polizeibeamten festgehalten. Ihm wurde das Brechmittel zwangsweise mittels einer Nasen-Magen-Sonde eingeflößt. Er stand dann unter Aufsicht und erbrach schließlich ein Bubble mit Heroin.

Der **EGMR** hält in seinem Urteil den Einsatz eines Brechmittels für **nicht unerlässlich** zur Beweisgewinnung, da bei einem Straßendealer, der mit geringen Mengen handelt, die Ausscheidung auf natürlichem Wege hätte abgewartet werden können.¹⁵² Die zwangsweise Verabreichung des Brechmittels war für den Beschuldigten mit Furcht und Schmerzen verbunden.¹⁵³ Der EGMR hat es als „psychisches Leid“ und als entwürdigend gewertet, unter Aufsicht auf die Wirkung des Brechmittels warten und sich dann erbrechen zu müssen.¹⁵⁴ Daher wird der Brechmitteleinsatz als **unmenschliche und erniedrigende Behandlung** im Sinne des Art. 3 EMRK und folglich als Verstoß gegen diese Vorschrift gewertet,¹⁵⁵ auch wenn er noch nicht als Folter zu qualifizieren ist.

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die verfahrensbezogenen Rechte, die die EMRK gewährt:

Art. 6 EMRK: Recht auf faires Verfahren

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muß öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die

151 Zum Sachverhalt EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 11 ff. und 79.

152 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 77.

153 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 79.

154 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 79.

155 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet: <<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 82 f.

Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen oder - soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

(2) Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.

(3) ...

Der Verstoß gegen Art. 3 EMRK führt zu einem **Beweisverwertungsverbot**, die Verwertung im Strafprozess führt zu einem **Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren** nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.¹⁵⁶

IV. Konsequenzen für die deutsche Rechtsanwendung

In der Konsequenz ist der Brechmitteleinsatz **nicht grundsätzlich rechtswidrig**, stattdessen ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besonders zu berücksichtigen, ob der Brechmitteleinsatz **im konkreten Einzelfall** geeignet ist, „bei dem Betroffenen Angst, Furcht und ein Gefühl der Unterlegenheit hervorzurufen und dadurch demütigend und entwürdigend wirkt“, sodass es sich um eine **unmenschliche und erniedrigende Behandlung** handelt.¹⁵⁷ Dann aber ist die **Verwertung des gewonnenen Beweismittels** wegen des Verstoßes gegen Art. 3 und 6 EMRK **verboten**.¹⁵⁸

Ende 2004 ereignete sich in Bremen der folgende Fall, der die **Auswirkungen des EGMR-Urteils auf die deutsche Rechtsanwendung** verdeutlicht:¹⁵⁹ Polizeibeamte nahmen einen Straßendealer fest, der einige Kügelchen mit Drogen im Mund aufbewahrte. Kurz vor der Festnahme schluckte er die Kügelchen herunter, was die Polizisten aufgrund der deutlichen Schluckbewegungen bemerkten. Ein Polizeibeamter ordnete den Einsatz von Brechmitteln an, um die Kügelchen zu bergen und den Beschuldigten zu überführen. Da der Beschuldigte sich weigerte, das Brechmittel zu nehmen, fesselten die Polizisten den Beschuldigten mit Kabelbindern und Handschellen an einen Stuhl. Der herbeigerufene Arzt vom ärztlichen Beweissicherungsdienst flöbte dem Beschuldigten mittels eine Nasen-Magen-Sonde das **Brechmittel und große Mengen Wasser** ein. Der Beschuldigte musste sich erbrechen, „**filterte**“ aber. Dazu biss er die Zähne zusammen, sodass nur Flüssigkeit austrat. Die Kügelchen schluckte er wieder herunter. Immer wieder flöbte der Arzt nun große Mengen Wasser in den Magen. Durch das ständige Erbrechen und

156 EGMR, Urteil vom 11.07.2006 – 54810/10, *Jalloh*, abrufbar im Internet:

<<http://www.iww.de/quellenmaterial/062887>> (Stand: 20.03.2013), Rn. 95f. und 116 ff., vor allem Rn. 122 f.

157 *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 14 a. E.

158 *Senge*, in: Hannich, KK-StPO, § 81a Rn. 14.

159 Zum Sachverhalt BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 5 ff.

Herunterschlucken gelangte **Erbrochenes in die Lunge des Beschuldigten**. Es kam zu Bewusstseinstürbungen, auf Schmerzreize reagierte der Beschuldigte nur gering. Nachdem der Arzt einen Notarzt gerufen und dieser den Beschuldigten untersucht hatte, setzte der Arzt die Auslösung des Brechreizes fort, obwohl der Beschuldigte inzwischen schon zwei Kügelchen erbrochen hatte. Schließlich setzte der Arzt auch einen Spatel ein, um den Brechreiz durch Druck auf die Zunge auszulösen. Der Zustand verschlechterte sich immer weiter, bis der Beschuldigte **ins Koma fiel** und schließlich einige Tage später **verstarb**. Zu diesem Zeitpunkt hatte er zwei weitere Kügelchen erbrochen, ein fünftes Kügelchen wurde bei der Obduktion im Magen des Beschuldigten gefunden.

Bereits ab der Bergung des ersten Kügelchens war der Beschuldigte der Straftat (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG¹⁶⁰) **überführt**, sodass der **Untersuchungserfolg nicht mehr im Sinne des § 81a Abs. 2 StPO durch Verzögerung gefährdet** werden konnte, weshalb die Voraussetzungen der **Eilkompetenz** des anordnenden Polizeibeamten ab diesem Zeitpunkt **nicht mehr vorlag**.¹⁶¹ In diesem Zeitpunkt wäre der Brechmitteleinsatz daher abzubrechen und ggf. eine richterliche Anordnung auf zwangsweise Exkorporation der vermuteten weiteren Kügelchen zu beantragen gewesen. Außerdem war der Brechmitteleinsatz ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Beweissicherung unerlässlich und daher **unverhältnismäßig**.¹⁶² Die Herbeiführung des Brechreizes mittels des Spatels erfolgte zudem nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst (vgl. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO), denn diese birgt erhöhte gesundheitliche Risiken des Verschluckens und Erstickens.¹⁶³

Der BGH hat die Fortsetzung des Brechmitteleinsatzes nach Erlangung des ersten Kügelchens in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR als **entwürdigende** und daher **unmenschliche und erniedrigende Behandlung** angesehen und infolgedessen einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK (sowie gegen das Gebot aus Art. 1 Abs. 1 GG, die Menschenwürde zu achten) angenommen.¹⁶⁴

In Konsequenz dessen hat der BGH eine **Körperverletzung mit Todesfolge** (§§ 223 Abs. 1, 227 StGB) angenommen, die **nicht durch § 81a StPO gerechtfertigt** war.¹⁶⁵ Da sich der Fall aber eineinhalb Jahre vor der Entscheidung des EGMR ereignete, hat der BGH angesichts der damaligen allgemeinen Anerkennung des Brechmitteleinsatzes in der Rechtsprechung insoweit für diesen Einzelfall einen

160 Betäubungsmittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.03.1994, BGBl. I 1994, 358.

161 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 26.

162 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 26.

163 Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 30.

164 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 34 f.

165 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 23.

schuld ausschließenden Irrtum für möglich gehalten.¹⁶⁶

Für *nachfolgende* Fälle bedeutet dies aber, dass nun die Erwägungen des EGMR bei der Rechtsanwendung in Deutschland **zwingend zu berücksichtigen** sind. Es muss also **für jede Zwangsmaßnahme im Sinne des § 81a Abs. 1 StPO** sichergestellt sein, dass sie keine **unmenschliche und erniedrigende Behandlung** ist. Diese Überlegungen sind in die ohnehin anzustellende Verhältnismäßigkeitsabwägung vor Anordnung der Maßnahme einzubeziehen. Auch bei Durchführung einer Zwangsmaßnahme nach § 81a StPO ist zu **überwachen, ob die Voraussetzungen noch vorliegen**. Erforderlichenfalls ist die Maßnahme abzurechnen.

Für den Fall, dass von der **Eilkompetenz** der Ermittlungsbehörden nach § 81a Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht wurde, ist ebenfalls zu **überwachen**, ob diese Voraussetzungen bei der Durchführung noch vorliegen, und die Zwangsmaßnahme **abzurechnen**, wenn diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind.

166 BGH, Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10, HRRS 2010 Nr. 488, Rn. 23 und Rn. 42.

I) Literaturverzeichnis

Bundeskriminalamt (Hrsg.), Rauschgiftkriminalität, Bundeslagebild 2011, Wiesbaden 2011, abrufbar im Internet: <http://www.bka.de/nm_193372/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Rauschgiftkriminalitaet/2011RauschgiftBundeslagebildZ.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/2011RauschgiftBundeslagebildZ.pdf> oder menügeführt über <<http://www.bka.de>> → Publikationen → Jahresberichte & Lagebilder → Rauschgiftkriminalität (Stand: 20.03.2013)

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012

Geigel *siehe unter: Haag, Kurt* (Hrsg.)

Haag, Kurt (Hrsg.), Geigel, Der Haftpflichtprozess, mit Einschluss des materiellen Haftungsrechts, 26. Auflage, München 2011

Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zu StPO, mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Auflage, München 2008

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4: §§ 263-358 StGB, §§ 1-8, 105, 106 JGG, München 2006, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, StGB

Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, Mit GVG und Nebengesetzen, 47. Auflage, München 2004

MüKo, StGB *siehe unter: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.)

PK-StraßenverkehrsR *siehe unter: Xanke, Peter* (Hrsg.)

Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2012

Rixen, Stephan, Verfassungsmäßigkeit körperlicher Eingriffe, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95, NStZ 2000, 381

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010

Vogelauer, Stefan, Die zivilrechtliche Haftung von Inlineskatern im Straßenverkehr (Teil I), VersR 2002, 1345

Xanke, Peter (Hrsg.), Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht, Münster 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: PK-StraßenverkehrsR