

UWE SCHEFFLER

Atemalkoholanalyse bei Verkehrsstraftaten?

Vor einigen Jahren habe ich mehrfach in völlig anderen Zusammenhängen das Ordnungswidrigkeitenrecht als „Einstiegsdroge“ bezeichnet¹⁾: Wenn sich eine Neuerung für das Bußgeldverfahren mit der Begründung hat relativ leicht durchsetzen lassen, daß man es dort nicht so verkniffen sehen müsse, weil es ja nicht um „richtige“ Strafe gehe, würde sodann die Argumentation alsbald dahin gewechselt, daß etwas, das sich im Ordnungswidrigkeitenrecht bewährt habe, ja wohl im Strafrecht nicht falsch sein könne.

Die Diskussion um die Zulässigkeit der Atemalkoholmessung auch im strafrechtlichen Bereich ist ein Schulbeispiel für dieses Phänomen²⁾: Bekanntlich war die Atemalkoholanalyse als Beweismittel im Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht gerade einmal gut ein Jahr in § 24a Abs. 1 StVG normiert, als in Sachsen-Anhalt durch einen Runderlaß des Ministeriums des Inneren vom 7. Juni 1999 die Atemalkoholmessung auf den Bereich von § 316 StGB ausgedehnt werden sollte³⁾. Und hatte der 4. Strafsenat des BGH mit Beschluß vom 3. April 2001 erstmals die Atemalkoholmessung für § 24a StVG höchstrichterlich abegesegnet, so dauerte es nicht einmal sechs Wochen, bis die Ständige Konferenz der Innenminister und Innensenatoren der Länder „die Anerkennung dieses Verfahrens auch im strafrechtlichen Bereich für geboten“ hielt, weil es sich im Bußgeldverfahren „gut bewährt“ habe⁴⁾. Keine Rede davon, daß der BGH in seiner Entscheidung betont hatte, es könne „nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Gesetzgeber das in § 24a Abs. 1 StVG sanktionierte Verhalten nicht als kriminelles Unrecht, sondern nur als Ordnungswidrigkeit bewertet hat“, so daß insoweit eine „Vereinfachung des Verfahrensganges“ akzeptabel sei⁵⁾, und daß der Senat ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, gerade nicht die Voraussetzungen für die Atemalkoholanalyse im Bereich von § 316 StGB festgeschrieben zu haben⁶⁾.

Aber spielen wir dennoch einmal unter juristischen Gesichtspunkten die verschiedenen Möglichkeiten durch, de lege lata oder wenigstens de lege ferenda die beweissichere Atemalkoholanalyse auch im strafrechtlichen Bereich anzuerkennen:

1. Die erste denkbare Möglichkeit besteht darin, einen Atemalkoholgrenzwert festzulegen, der dem von der Rechtsprechung gebildeten Blutalkoholgrenzwert von 1,1 Promille entsprechen soll. Diese Überlegung kann schnell abgehakt werden: Der Versuch ist in Sachsen-Anhalt grandios gescheitert. Obwohl dort ein Atemalkoholwert von 0,8 mg/l gefordert wurde, der so hoch ist, daß er bei der § 24a StVG zugrundegelegten Umrechnung von 2:1 einem Blutalkoholspiegel von 1,6 Promille entsprechen würde⁷⁾, hat das OLG Naumburg die Entscheidungen von sachverständig beratenen Amtsgerichten bestätigt⁸⁾, daß bei einem Wert von gut 0,8 mg/l nur eine 99%ige Wahrscheinlichkeit der Überschreitung der „1,1-Promille-Grenze“ bestehe⁹⁾, die selbst bei einem Wert von 0,94 mg/l AAK nur auf 99,63 % steige¹⁰⁾.

Ich habe in meiner Entscheidungsanmerkung dieser Auffassung unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung zum Beweiswert der DNA-Analyse¹¹⁾ zugestimmt¹²⁾: Ein Gericht darf sich seine Überzeugung nicht ausschließlich aufgrund einer noch so hohen bloßen statistischen Wahrscheinlichkeitsaussage bilden, sofern kein weiteres Beweisanzeichen neben dem Atemalkoholwert vorhanden ist. Haben wir aber ein solches weiteres Beweisanzeichen, eigentlich fast nur denkbar in Form von Fahrfehlern, hat sich die Fragestellung ohnehin erledigt: Dann liegt relative Fahruntüchtigkeit vor, eines Grenzwertes bedarf es insoweit nicht.

2. Zu fragen wäre aber weiter, ob es eine Möglichkeit gibt, das Problem zu umschiffen. So wäre als nächstes daran zu denken, daß die Rechtsprechung ähnlich vorgeht wie bei der Bildung des Blutalkoholgrenzwertes: Der BGH könnte erklären, daß ab einer bestimmten AAK – etwa 0,55 mg/l oder auch höher – die Fahruntüchtigkeit unwiderleglich vermutet würde. – Davor, sich dieser Überlegung auch nur zu nähern, kann ich nur warnen. Es würde, so meine Prognose, die ganze Fragwürdigkeit der Konstruktion der absoluten Fahruntüchtigkeit aufgedeckt und damit in Zweifel gezogen. Hintergrund dieser Annahme ist, daß genaugenommen auch die Bildung eines absoluten Blutalkoholgrenzwertes von 1,1 Promille rechtsdogmatisch kaum haltbar ist. Der Satz, ab diesem Promillewert sei „jeder“ fahruntüchtig, ist nämlich auch nur eine statistische Aussage¹³⁾, zu absolut interpretiert von den Juristen. So ist schon dem Gutachten des Bundesgesundheitsamtes von 1966 zu entnehmen, daß bei einer BAK von 1,0 Promille (plus Sicherheitszuschlag) Fahruntüchtigkeit nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 99,865 % anzunehmen sei, was heißt, daß demnach jeder 740. Autofahrer trotz dieses Blutalkoholgehaltes noch nicht fahruntüchtig ist¹⁴⁾. Es sind auch praktisch Fälle ungewöhnlicher Alkoholtoleranzen beschrieben worden¹⁵⁾; selbst der BGH hat früher einmal bei einer BAK von 1,27 Promille das Vorliegen absoluter Fahruntüchtigkeit verneint¹⁶⁾. Daraus folgt, daß etwa die Kammerentscheidung des BVerfG von 1994, die die ständige Rechtsprechung zur absoluten Fahruntüchtigkeit stützt, von falschen Voraussetzungen ausgeht, wenn es auf die „1,1-Promille-Grenze“ bezogen ausgeführt: „Es gibt wissenschaftliche Erkenntnisse, denen eine unbedingte, jeden Gegenbeweis mit anderen Mitteln ausschließende Beweiskraft zukommt ... Wo eine Tatsache aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnis feststeht, ist für eine abweichende richterliche Feststellung und Überzeugungsbildung kein Raum mehr.“¹⁷⁾

Auch der Berliner Kriminologieprofessor EISENBERG bezeichnet diese Ausführungen, ebenfalls bezogen auf die Fahruntüchtigkeit, als „unzutreffend“ und resümiert: „Die Festsetzung eines Grenzwertes absoluter Nicht-Fahrsicherheit unter Versagung jeden Gegenbeweises läuft ... auf eine verfassungsrechtlich nicht unbedenkliche Schuldvermutung hinaus, die strafprozessual als zwingende Beweisregel ohne unbedingte gesetzmäßige Beweiskraft dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widerspricht ...“⁴¹⁸

Es ist offensichtlich, daß die Konstruktion der absoluten Fahruntüchtigkeit ausschließlich praktischen Erfordernissen geschuldet ist. Zwar wäre es beweisrechtlich noch möglich, jedem gebotenen Gegenbeweis in Form von Fahrproben oder Alkoholbelastungsversuchen mangels Geeignetheit dieser Beweismittel entgegenzutreten¹⁹); aber auch bei einem „non liquet“ muß im Strafrecht bekanntlich freigesprochen werden. Zumindest unbewußt wird die „1,1-Promille-Grenze“ in der Praxis dann auch weniger als Beweisregel denn als Tatbestandsmerkmal anstelle dem der Fahruntüchtigkeit behandelt, wie besonders deutlich eine Formulierung in einer aktuellen Entscheidung des LG Zweibrücken zeigt, die ich gerade für den „Blutalkohol“ redigiert habe²⁰): „§ 316 StGB fordert bei einem BAK-Wert unter 1,1 ‰ ..., daß der Alkoholgenuß zur Fahruntüchtigkeit geführt hat“ – darüber ist dies also demnach offenbar nicht gefordert ...

Bezeichnenderweise ist übrigens bisher kaum ernsthaft erwogen worden, auch für das Parallelproblem der verminderten und vor allem der fehlenden Schuldfähigkeit gemäß § 20 StGB infolge von Trunkenheit etwa 3,0 Promille BAK als absoluten Grenzwert festzulegen: Selbst der vor einigen Jahren schwelende Streit zwischen dem 1. und dem 4. Strafsenat des BGH²¹) ging lediglich um die Frage, ob ein entsprechend hoher BAK-Wert nur eine „grobe Orientierungshilfe“ bedeute oder den Spielraum in der Beweiswürdigung sogar „praktisch auf null“ schrumpfen lasse²²) – aber eben nicht absolut beseitige.

Zurück zum Atemalkohol: Es hieße, die dogmatisch außerordentlich wacklige Konstruktion der absoluten Fahruntüchtigkeit zu überfrachten, würde nun die Rechtsprechung auch noch ab einem bestimmten Atemalkoholgrenzwert einen unwiderleglichen Erfahrungssatz behaupten, der, insbesondere dann, wenn der Grenzwert aus kriminalpolitischen Gründen nahe 0,55 mg/l angesiedelt wäre, den tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall noch weiter als die „1,1-Promille-Grenze“ bei der BAK widersprechen könnte.

3. Aus dem gleichen Grunde dürfte sich eine Änderung von § 316 StGB verbieten, die etwa so formuliert sein könnte: „Fahruntüchtig ist auch, wer über 1,1 Promille Alkohol im Blut oder 0,55 [oder auch höher] mg/l Alkohol im Atem verfügt.“ Sie liefe ebenfalls, mit meinem Passauer Kollegen HAFFKE gesprochen, „auf eine strafprozessual ... und verfassungsrechtlich untersagte gesetzliche Schuldvermutung hinaus“²³).

4. Bedenkenswerter wäre dann schon die Formulierung, die MAATZ vorhin vorgeschlagen hat: Nach § 316 Abs. 1 StGB „wird auch bestraft“, wer im Straßenverkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er eine bestimmte BAK oder eine bestimmte AAK hat²⁴).

Ich will jetzt nicht weiter diskutieren, ob eine solche mit einer festen Grenze versehene Vorschrift nicht eher im Ordnungswidrigkeitenrecht, man vergleiche § 24a Abs. 1 StVG, seine Berechtigung hat, und ebensowenig erörtern, ob nicht letztendlich das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 316 StGB durch eine vorgeschaltete weitere Abstraktion überfrachtet werden würde²⁵). Entscheidend scheint mir zu sein, was der Tübinger Rechtsmediziner BRINKMANN mit seinen Mitarbeitern unter Zustimmung von MAATZ im Zusammenhang mit § 24a Abs. 1 StVG formuliert hat: „Die Ungleichbehandlung von Beschuldigten durch unterschiedliche Beweiserhebung bei identischer Deliktslage ist nicht akzeptabel.“²⁶) Die Entscheidung des Beschuldigten für oder gegen eine freiwillige Atemalkoholkontrolle liefe zumeist beinahe auf ein Roulettespiel hinaus. Der Insider jedoch wüßte, daß er sich in der Anflutungs- oder Resorptionsphase für die Blutabnahme, bei möglichem Restalkohol aber für das Pusten entscheiden müßte. Zu Recht werden deshalb in der juristischen Literatur „nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG“ betont²⁷).

Wie kurios das Ganze sein könnte, sei an folgenden zwei Beispielen illustriert:

Das erste Beispiel hat ein von meinem Kölner Kollegen SEIER berichtetes²⁸) Vorbild in der österreichischen Judikatur²⁹) – und hat sich vor kurzer Zeit auch beinahe entsprechend im deutschen Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht abgespielt³⁰): Der Beschuldigte willigt in eine Atemalkoholmessung ein und ist mit vielleicht 0,6 mg/l gerade über dem Grenzwert zur absoluten Fahruntüchtigkeit. Er läßt sich sofort im nächsten Krankenhaus die BAK bestimmen, die – Rückrechnungsprobleme seien hier ausgeklammert³¹) – sagen wir 1,0 Promille ergibt. Im Strafverfahren trägt er dies vor und behauptet ferner Meßfehler bei der Atemalkoholmessung. Das Gericht hält ihm entgegen, daß er erstens, indem er sich (auch) den Atemalkohol hat messen lassen, leider Pech gehabt hat, und daß zweitens Meßfehler schon deshalb ausscheiden dürften, weil die festgestellte BAK der gemessenen AAK ja doch recht nahe gekommen sei, „nicht im Widerspruch“ zu ihr stehe, wie es der österreichische Verwaltungsgerichtshof formulierte³²), nicht „schlechterdings unvereinbar“ mit ihr sei, wie das OLG Zweibrücken betonte³³).

Oder umgekehrt – das zweite Beispiel³⁴): Die AAK-Bestimmung bleibt relativ knapp unter dem Grenzwert zur absoluten Fahruntüchtigkeit. Mit der Begründung, daß jeder AAK-Wert einer „gewissen Bandbreite“³⁵) von BAK-Werten entspricht, geht die Polizei dennoch von einem genügenden Anfangsverdacht absoluter Fahruntüchtigkeit (weiterhin) aus und ordnet eine zusätzliche Blutprobe an ...

5. Will man aber partout dennoch die Atemalkoholkontrolle auch im strafrechtlichen Bereich zulassen, sei an das angeknüpft, was der 38. Verkehrsgerichtstag 2000 (allerdings in Verkennung der Rechtslage in § 24a StVG³⁶⁾) nach hitziger Diskussion mehrheitlich für das procedere im Bußgeldbereich forderte³⁷⁾: Der Beschuldigte – und nur er (!) – muß, hat er in eine Atemalkoholkontrolle eingewilligt, das Recht haben, eine zusätzliche Blutalkoholmessung zu verlangen – und diese muß dann im Zweifel Vorrang haben³⁸⁾:

In meinem ersten Beispielfall wäre danach also die absolute Fahrunfähigkeit zu verneinen, im zweiten wäre die BAK-Feststellung unbeachtlich.

Hier taucht natürlich die Frage auf, ob damit noch viel gewonnen wäre. Es könnte zu erwarten sein, daß sich dann letztendlich in der Praxis gegenüber dem jahrzehntelangen Verfahren mit den der BAK-Bestimmung vorgeschalteten Atemalkoholtests so gut wie nichts ändern würde. Mag sein³⁹⁾. Aber: Diese Befürchtung darf einen Juristen nicht dazu verleiten, nach fragwürdigeren Lösungen zu schielen.

Fußnoten:

- 1) Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 17 f.; GA 1995, 457; 20. Strafverteidigertag 1996, S. 274; zustimmend Seier, NZV 1996, 21.
- 2) So auch Seier, NZV 2000, 434 f.
- 3) BA 2000, 171 f.
- 4) BA 2001, 276.
- 5) BGH, BA 2001, 280 (283).
- 6) BGH, BA 2001, 280 (285).
- 7) Vgl. auch § 13 Nr. 2 c FeV.
- 8) AG Klötze, BA 2000, 194 m. Bespr. Krause/Wittig/Schmidt/Jachau/Bartels, BA 2000, 154 ff.; AG Magdeburg, BA 2000, 399; siehe auch LG Dessau, zfs 2000, 509.
- 9) OLG Naumburg, zfs 2001, 135 m. zust. Anm. Bode; OLG Naumburg, zfs 2001, 137.
- 10) OLG Naumburg, BA 2001, 190 m. zust. Anm. Scheffler.
- 11) BGHSt 38, 320.
- 12) Zweifelnd aber Maatz, BA 2002, 35 Fn. 42; König, NZV 2000, 299.
- 13) Instrukтив Arbab-Zadeh, NJW 1967, 274 f.
- 14) Näher Haffke, JuS 1972, 449 f.; Strate, BA 1983, 190 f.
- 15) Siehe Arbab-Zadeh, NJW 1967, 275 ff.; Reh, BA 1965/66, 199 ff.
- 16) BGHSt 31, 42.
- 17) BVerfG, NJW 1995, 125 (126); siehe auch BVerfG, NJW 1990, 3140.
- 18) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl. 2002, Rn. 1850a.
- 19) So BGHSt 10, 265.
- 20) LG Zweibrücken, Beschluß vom 6. März 2002 – 1 Qs 19/02 – (in diesem Heft S. 287 [288])
- 21) Vgl. nur BGHSt 37, 231 (= BA 1991, 259); 43, 66 (= BA 1997, 150).
- 22) Näher Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, S. 191 m. w. N.
- 23) Haffke, JuS 1972, 450 Fn. 29.
- 24) Siehe schon Maatz, BA 2002, 30.
- 25) Vgl. Schewe, FS Salger, 1995, S. 718: „Der Atemwert würde nicht – wie der Blutalkoholwert – die Gefährdung des Straßenverkehrs beweisen; er würde nur eine Gefährdung des Kraftfahrers bedeuten, unberechtigt wegen Gefährdung des Straßenverkehrs belangt zu werden.“
- 26) Köhler/Beike/Abdin/Brinkmann, BA 2000, 291; zustimmend Maatz, BA 2002, 28.
- 27) Riemenschneider, Fahrnsicherheit oder Blutalkoholgehalt als Merkmal der Trunkenheitsdelikte – zugleich ein Beitrag zur Rechtsentwicklung, 2000, S. 255; ähnlich Grüner/Bilzer, BA 1992, 105.
- 28) Seier, NZV 2000, 434.
- 29) ÖstVG, ZVR 1998, 422.
- 30) OLG Zweibrücken, BA 2002, 278 (in diesem Heft) m. Anm. Bode, zfs 2002, 202.
- 31) Siehe dazu Deutsche Gesellschaft für Rechtsmedizin, BA 1995, 233 („unabsehbare Schwierigkeiten“); Schewe, FS Salger, S. 719 f.; Riemenschneider, Fahrnsicherheit, S. 255.
- 32) ÖstVG, ZVR 1998, 422.
- 33) OLG Zweibrücken, BA 2002, 278 (280) (in diesem Heft).
- 34) Vgl. Janker, DAR 2002, 58 f.
- 35) BayObLG, BA 2000, 247 (248); OLG Zweibrücken, BA 2002, 278 (279) (in diesem Heft); dazu Bode, zfs 2002, 202.
- 36) Vgl. Hillmann III, DAR 2000, 289; 293; 294.
- 37) Siehe BA 2000, 103.
- 38) So auch Janker, DAR 2002, 54.
- 39) Siehe aber Hillmann III, DAR 2000, 289: „Obwohl z.B. die Oldenburger Polizei den Betroffenen entgegen der gesetzlichen Regelung ein Wahlrecht einräumt und jedem Betroffenen kumulativ die Blutprobe anbietet, hat bislang kein einziger Betroffener davon Gebrauch gemacht.“