

**Verletzung des Richtervorbehalts und Beweisverwertungsverbot bei Rauschfahrten,  
OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2010 □III-3 RVS 7/10**

**Bei Rauschmittelkonsum folgt dem Beweiserhebungsverbot mangels richterlicher Anordnung der Blutentnahme nicht zwingend auch ein Beweisverwertungsverbot. Zwar beruht die Nichteinrichtung eines richterlichen Notdienstes auf einer Mißachtung des Richtervorbehalts und dies kann zu einem Verwertungsverbot führen. Dies kann jedoch auch bei jahrelanger und schwerer Missachtung der obergerichtlichen Rechtsprechung erst für dem Urteil vom 18.08.2009 nachfolgende Taten erkannt werden.**

Gründe:

**I.**

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 20,00 € verurteilt.

Zur Sache hat das Amtsgericht u.a. folgende Feststellungen getroffen:

„Der Angeklagte befuhr am 02.11.2008 in Minden gegen 23.05 Uhr mit einem Pkw der Marke VW Polo, amtliches Kennzeichen MI-XN 946, u.a. die Viktoriastraße in Richtung Meißen. Der Angeklagte stand unter dem Einfluss von Amphetaminen. Er fuhr aufgrund der rauschmittelbedingten Enthemmung innerhalb geschlossener Ortschaften mit einer Geschwindigkeit von ca. 80 km/h. Die Geschwindigkeit wurde durch die Polizisten POK Sandmann und PHM Plankert durch Nachfahren mit einem zivilen Einsatzfahrzeug mit ungeeichem Tacho über eine Strecke von ca. 650 m gemessen. Das Fahrzeug des Angeklagten vollführte 3-4 Schlenker, wobei der Angeklagte jedoch nicht über seine eigene Fahnbahn hinaus geriet. Vor der roten Lichtzeichenanlage an der Kreuzung Südbruch hielt er ordnungsgemäß an. Auf der Weiterfahrt kam es zu einem weiteren Schlenker. Der Angeklagte wurde sodann von Polizisten PHM Plankert und POK Sandmann angehalten. Seine Augen waren an den Bindehäuten gerötet, die Pupillen reagierten jedoch auf Lichteinfluss. Der Angeklagte trug Augentropfen bei sich. Er unterzog sich freiwillig einem Drogenvortest. Als er sich dazu in die offene Tür des Polizeiwagens setzte, zitterten seine Knie. Außerdem stellten die Polizeibeamten eine trockene Zunge fest. Da der Test positiv für Amphetamine ausfiel, ordnete POK Sandmann die Entnahme einer Blutprobe an. Ein richterlicher Eildienst war zu diesem Zeitpunkt im Bezirk des Landgerichts Bielefeld zwischen 21.00 und 6.00 Uhr nicht eingerichtet. Es wurde daher auch kein Versuch unternommen, einen Richter telefonisch zu erreichen. Die Entnahme der Blutprobe erfolgte um 23.30 Uhr. Der herbeigerufene Arzt stellte im Rahmen der Untersuchung u.a. einen sicheren Gang, sichere Finger-Finger- und Finger-Nasen-Prüfung, deutliche Sprache, unauffällige Pupillen, klares Bewusstsein, einen geordneten Denkablauf, beherrschtes Verhalten und auffällige Stimmung fest. Der Test ergab eine Menge von 200,1 ng/ml Amphetamin im Blut.

Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte der Angeklagte erkennen können und müssen, dass er aufgrund des Betäubungsmittelkonsums zum sicheren Führen des Kraftfahrzeuges nicht in der Lage war.“

Ausweislich der weiteren Urteilsfeststellungen sah das Amtsgericht den Angeklagten aufgrund der Aussage des Polizeibeamten POK Sandmann sowie des durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführten ärztlichen Berichts über die

Blutentnahme sowie des toxikologischen Berichts des Labors Krone vom 05.11.2008 über die Auswertung der entnommenen Blutprobe als überführt an.  
Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten mit der Verfahrensrüge der Verletzung des § 81a Abs. 2 StPO sowie mit der Sachrüge.

II.

Die zulässige Sprungrevision hat mit der erhobenen Sachrüge Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Minden (§§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 2 StPO).

A.

Die Verfahrensrüge der Verletzung des § 81a Abs. 2 StPO (Nichtbeachtung des Richtervorbehalts und fehlerhafte Annahme von „Gefahr in Verzug“) ist zulässig erhoben, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Die Beweiserhebung – die Entnahme der Blutprobe – ist unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a StPO erfolgt. Dies führt hier jedoch nicht zu der Unverwertbarkeit der so gewonnenen Beweise.

1.

Die Blutprobe ist unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO entnommen worden. Die Anordnung der Blutprobenentnahme ist nämlich durch einen Polizeibeamten – POK Sandmann – und nicht durch den nach § 81a Abs. 2 “StPO hierfür zuständigen Richter erfolgt.

a)

Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe grundsätzlich dem Richter zu. Nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehende Verzögerung besteht auch eine Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und – nachrangig – ihrer Ermittlungspersonen. Die Strafverfolgungsbehörden müssen daher regelmäßig versuchen, die Anordnung des zuständigen Richters einzuholen, bevor sie selbst die Blutentnahme anordnen. Gelingt dies nicht, so muss die nach § 81a Abs. 2 StPO zum Einschreiten berechtigte Gefährdung des Untersuchungserfolges mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (vgl. BVerfG, NJW 2007, S. 1345; OLG Schleswig, NStZ-RR 2010, S. 82; OLG Celle, BeckRS 2009, 27705; OLG Dresden, NJW 2009, 2149 ff.; OLG Bamberg, BeckRS 2010, 3699).

Bei diesem Vorgehen verbietet sich im Regelfall jedwede generalisierende Betrachtungsweise.

So kann zum einen die Gefährdung des Untersuchungserfolges nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlich zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen (OLG Köln, BeckRS 2010, 3706 m.w.N.).

Zum anderen kann bei Taten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen die typischerweise bestehende abstrakte – und damit gerade nicht einzelfallbezogene – Gefahr, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar verhindert wird, für sich allein noch nicht für die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges ausreichen (OLG Schleswig,

NStZ-RR 2010, S. 82; Senat, NJW 2009, S. 242; OLG Hamburg, NJW 2008, S. 2597).

Letztere muss sich stets nach dem Einzelfall beurteilen, wobei das Bestehen einer solchen Gefährdung der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden gerichtlichen Überprüfung unterliegt (BVerfG, NJW 2008, S. 3053; NJW 2007, S. 1345; NJW 2002, S. 1333; Senat, NJW 2009, S. 242; OLG Jena, BeckRS 2009, 4235). Für die im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO für den konkreten Einzelfall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig hätten erreichen können, ist zunächst grundsätzlich der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Staatsanwaltschaft bzw. -wie hier- ihre Ermittlungspersonen eine Eingriffsmaßnahme in Form der Blutentnahme für erforderlich hielten. Die mit der Sache befasste Ermittlungsperson muss für diesen Zeitpunkt eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung treffen (OLG Köln, BeckRS 2010, 3706; Senat, NJW 2009, S. 242). Dabei gilt, je unklarer das Ermittlungsbild oder je komplexer der Sachverhalt ist und je genauer die BAK-Ermittlung sein muss, um so eher wird man eine Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden bejahen müssen (OLG Köln, wie vor).

b)

Die Voraussetzungen für die polizeiliche Anordnungsbefugnis bei „Gefahr im Verzug“ lagen hier nicht vor.

Dem die Blutentnahme anordnenden Polizeibeamten war der Angeklagte aufgrund einer für überhöht befundenen Geschwindigkeit sowie wahrgenommener Fahrschlenker aufgefallen. Der Angeklagte hatte sich im Anschluss freiwillig einem Drogenvortest unterzogen. Ein unkooperatives Verhalten war insgesamt nicht festzuhalten. Als auffällig war danach – neben der trockenen Zunge, zitternder Knie beim Umsteigen sowie vorhandener Augentropfen – lediglich der positive Amphetaminbefund des durchgeführten Drogenvortests zu konstatieren. Dies genügt als ermächtigender Sachverhalt nicht.

Anders als bei der Feststellung des Blutalkoholgehalts, bei der wegen des rasch fortschreitenden Abbaus des Blutalkohols jede zeitliche Verzögerung bei der Blutentnahme zu größeren Ungenauigkeiten bei oder gar zu einer Unmöglichkeit der Rückrechnung des Blutalkoholgehaltes im Tatzeitpunkt führen kann, besteht bei Betäubungsmitteln eine vergleichbare Gefahrenlage nicht. Abweichend von den Gegebenheiten beim Alkoholkonsum eines Kraftfahrzeugführers ist eine Fahruntüchtigkeit nach Genuss von Drogen allein aufgrund eines positiven Wirkstoffspiegels im Blut nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft – noch nicht zu begründen (BGH, BeckRS 2009, 5128; [LG Verden, Beschl. v. 19.01.2009 – 1 Qs 255/08](#)).

Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund der mit der Einschaltung eines Richters verbundenen Verzögerung bei der Durchführung der Blutentnahme möglicherweise ein Beweismittelverlust hätte eintreten können, bestanden nicht. Da die weiteren Umstände des überschaubaren Sachverhalts ebenfalls keinen drohenden Beweismittelverlust bei unterlassenem Einschreiten nahegelegt haben, lässt sich eine Gefährdung des Untersuchungserfolges i.S. des § 81a Abs. 2 StPO nicht belegen.

Danach hätte es hier einer richterlichen Anordnung bedurft. Unerheblich ist, dass diese mangels Einrichtung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit tatsächlich möglicherweise nicht zeitnah eingeholt werden konnte.

c)

Der Senat hält im Anschluss an die Senatsentscheidung [vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08](#) (NJW 2009, S. 3109) daran fest, dass im Landgerichtsbezirk Bielefeld (auch) im Jahre 2008 die Einrichtung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit verfassungsrechtlich geboten war.

Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, bei der Beurteilung der Erforderlichkeit eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt grundlegend anders zu behandeln als verfassungsrechtlich gewährleistete Richtervorbehalte. Im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO gilt es, den grundrechtlich gewährleisteten Schutz der körperlichen Unversehrtheit in Anbetracht seiner jedenfalls einfachgesetzlichen Absicherung durch den dortigen Richtervorbehalt mit den gebotenen Mitteln zu gewährleisten. In der konkreten Abwägung der betroffenen Schutzgüter ist das Gut der körperlichen Unversehrtheit – wenn auch hinsichtlich der möglichen Eingriffsbefugnis verfassungsrechtlich nicht abgesichert – jedenfalls auch in einer Weise bedeutsam, dass an die gesetzlich geregelten Eingriffsbefugnisse nicht nur dem Grunde nach hohe Anforderungen zu stellen sind, sondern den insoweit gesetzlich vorgegebenen Eingriffsinstrumentarien darüber hinaus zur praktischen Umsetzung verholfen werden muss.

Hinzu kommt, dass, wie der Senat bereits in seinem [Urteil vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08](#) – ausgeführt hat, nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme stattfindet. Deshalb verbleibt es dabei, dass ein Organisationsverschulden der Justiz darin gesehen werden muss, dass ein richterlicher Eildienst vor dem 02.09.2009 nicht auch für die Zeit zwischen 21.00 und 4.00 bzw. 6.00 Uhr eingerichtet war.

d)

In dieser Rechtsprechung sieht sich der Senat durch aktuelle statistische Werte aus dem Landgerichtsbezirk Bielefeld bestätigt.

Der Senat hat sich zur weiteren Abklärung, ob ein über den Einzelfall hinausgehender praktischer Bedarf für die Einrichtung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit besteht, mit folgenden Anfragen an den Präsidenten des Landgerichts Bielefeld gewandt:

a)

*Seitdem 02.09.2009 ist im LG-Bezirk Bielefeld ein nächtlicher richterlicher Eildienst eingerichtet. Welche Geschäftsanfälle sind dort seitdem zu verzeichnen und wie schlüsseln diese sich nach den zugrundeliegenden Sachgebieten auf?*

b)

*Haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die zum Nachtdienst eingesetzten Richter ihre Aufgaben im Rahmen der Umsetzung der Richtervorbehalte nur unzureichend erfüllen können i.S. mangelnder Effektivität richterlicher Kontrolle der Eingriffsmaßnahme?*

c)

*In welcher Weise kommunizieren die Eildienstrichter mit den Ermittlungsbehörden (Telefon, Fax etc.)? □*

Diese Fragen hat der Präsident des Landgerichts Bielefeld unter dem 11.03.2010 wie folgt beantwortet:

a)

*Im Zeitraum September 2009 bis Februar 2010 ist folgender Geschäftsanfall im Rahmen des für die Zeit von 21 Uhr bis 6 Uhr eingerichteten richterlichen Eildienstes zu verzeichnen:*

b)

*Nach hiesigem Kenntnisstand bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die zum Nachtdienst eingesetzten Richter ihre Aufgaben im Rahmen der Umsetzung der Richtervorbehalte unzureichend erfüllen können. Wie der Direktor des Amtsgerichts Bielefeld und einige der den Eildienst wahrnehmenden Richter berichtet haben, sehen sie sich durchweg in der Lage, ihre Aufgaben in verantwortungsvoller Weise zu erfüllen und eine effektive richterliche Kontrolle der Eingriffsmaßnahmen zu gewährleisten.*

c)

*Die Eildienstrichter kommunizieren mit den Ermittlungsbehörden in den meisten Fällen zunächst telefonisch, ansonsten per Telefax. Sofern eine telefonische Kommunikation stattfindet, entscheidet der jeweilige Richter, ob er bereits auf Basis der ihm auf diese Weise mitgeteilten Informationen eine Entscheidung treffen kann, oder ob ersich schriftliche Unterlagen vorlegen lässt. Für deren Übermittlung stehen dienstliche Telefax-Geräte zur Verfügung, mit denen sämtliche im nächtlichen Eildienst tätigen Richter ausgestattet sind. □*

Nach dem vorgelegten Zahlenmaterial machen allein die einen offensichtlich strafverfahrensrechtlichen Bezug aufweisenden Maßnahmen einen Geschäftsanfall von etwa 100 Anordnungen/pro Monat aus.

Dies belegt zweifelsohne erneut den praktischen Bedarf für den nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst in einer über den Ausnahmefall hinausgehenden Weise.

e)

Die seitens des 4. Strafsenats des Oberlandesgerichts Hamm mit obiter dictum [vom 10.09.2009 \(4 Ss 316/09](#), BeckRS 2009, 26392) geäußerten Befürchtungen, eine effektive sachliche richterliche Kontrolle dahingehend, ob die Voraussetzungen für die Anordnung gegeben sind, könne bei telefonischem Antrag und entsprechender Entscheidung nur sehr eingeschränkt stattfinden, erweisen sich nach der Auskunft des Präsidenten des Landgerichts Bielefeld ebenfalls als unbegründet. Angesichts der mitgeteilten und im Landgerichtsbezirk Bielefeld gewonnenen praktischen Erfahrungswerte bestehen vielmehr keine Anhaltspunkte dafür, dass die dort im Rahmen des Eildienstes zur Nachtzeit eingesetzten Richter ihre Kontrollaufgaben im Rahmen der Ausübung der Richtervorbehalte nur unzureichend wahrnehmen (können) – wofür im Übrigen von vorneherein eigentlich nichts sprach. Insbesondere findet gerade keine ausschließlich telefonische Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten statt. Vielmehr ist es durch den Einsatz der zur Verfügung gestellten mobilen Fax-Geräte ohne weiteres möglich, bei entsprechendem Bedarf auch schriftlich Anträge zustellen bzw. Entscheidungen abzufassen.

Hinzu kommt, dass im Zuge unabhängiger richterlicher Entscheidungsfindung immer noch die Möglichkeit verbleibt, bei gleichwohl nicht für ausreichend befundener Entscheidungsgrundlage vor einer Entscheidung weitere Aufklärungsmaßnahmen anzuordnen oder von der Anordnung der Maßnahme ganz abzusehen.

2.

Die fehlerhafte Beweiserhebung führt hier indes nicht zur Unverwertbarkeit der so gewonnenen Beweise.

a)

Die Voraussetzungen, unter denen bei Missachtung des sich aus § 81a Abs. 2 StPO ergebenden Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot hinsichtlich der sich aufgrund der Blutentnahme ergebenden Beweismittel anzunehmen ist, sind gesetzlich nicht geregelt. Ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, ist dem Strafverfahrensrecht fremd (BGH, NJW 2007, S. 2269 m.w.N.). Die Frage, ob ein Verwertungsverbot eingreift, beurteilt sich nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes. Hierüber ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen anzuerkennen ist. Maßgeblich mitbeeinflusst wird das Ergebnis der entsprechend vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes. Dieses wiederum wird wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt (BVerfG, NJW 2008, S. 3053; BGH, NJW 2007, S. 2269; Senatsbeschl. v. 12.03.2009, BeckRS 2009, 10370).

b)

Für den Verstoß gegen § 81a Abs. 2 StPO bedeutet dies, dass ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist, wenn Gefahr in Verzug willkürlich angenommen und der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die Rechtslage bei Anordnung der Maßnahme in gleichwertiger Weise grob verkannt worden ist (OLG Köln, BeckRS 2010, 3706; OLG Celle, BeckRS 2009, 27705; OLG Nürnberg, Beschl. v. 07.12.2009 – 1 St OLG Ss 232/2009; OLG Oldenburg, NJW 2009, S. 3591 jeweils m.w.N.; zur Abwägung im Fahrerlaubnisentziehungsverfahren vgl. [OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.12.2009 – 12 ME 234/09](#); zum Verwaltungsverfahren zum Waffen- und Jagdrecht vgl. VGH Bayern, Beschl. v. 22.02.2010 – 21 Cs 09.2767).

aa)

Bei der hiernach vorzunehmenden Abwägung bietet der nach den tatrichterlichen Feststellungen zugrunde zu legende Sachverhalt für ein willkürliches Vorgehen des Polizeibeamten keine Anhaltspunkte. Mag der Polizeibeamte auch die Reichweite der auf einen Betäubungsmittelkonsum hinweisenden Umstände fehlerhaft bewertet haben, so stellt die Anordnung im Bewusstsein der Tatsache, dass kein richterlicher Eildienst vorhanden ist, zumindest hinsichtlich ihrer subjektiven Komponente kein als

willkürlich anzusehendes Vorgehen dar. Aus denselben Erwägungen heraus kann nicht von einer bewussten und gezielten Umgehung des Richtervorbehalts gesprochen werden. Zwar ist nicht generell auszuschließen, dass ein tatsächlich unternommener Versuch, auch zur nächtlichen Stunde einen Staatsanwalt bzw. Richter zu erreichen, u.U. hätte von Erfolg gekrönt sein können. Das gerichtsbezirksbekannte Nichtbestehen eines nächtlichen Eildienstes und die damit jedenfalls vertretbar erscheinende Annahme der Erfolglosigkeit lässt den insoweit unterlassenen Versuch jedenfalls nicht als gezielte Umgehung des Richtervorbehalts erscheinen.

Eine grobe Verkennung der Rechtslage ist ebenfalls nicht festzustellen, da die vorhandenen Anhaltspunkte in Form geröteter Augen, zitternder Knie, des auf Amphetamine positiven Drogenvortests sowie der Unregelmäßigkeiten im Fahrverhalten die Anordnung der Blutprobe zumindest nicht vollkommen unverständlich erscheinen lassen.

bb)

Die fehlende Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Tatzeit führt hier ebenfalls nicht zur Unverwertbarkeit der aufgrund der Blutentnahme gewonnenen Beweise.

Der Senat verbleibt bei seiner [im Urteil vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08](#) (NJW 2009, S. 3109) geäußerten Ansicht, dass die Nichtbeachtung eines Richtervorbehalts wegen Nichteinrichtung eines richterlichen Eildienstes unter gewissen Umständen, nämlich wenn dies auf einer „groben Fehlbeurteilung oder nicht mehr vertretbaren Missachtung der Bedeutung des Richtervorbehalts“ beruht, zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann (so bereits Senat, Beschluss vom 22.12.2009 – 3 Ss 487/09).

Das Senatsurteil vom 18.08.2009 betraf allerdings den verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG. Ein wesentliches Argument für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes war darin, dass die (verfassungsgerichtliche) Rechtsprechung für Wohnungsdurchsuchungen schon mehrere Jahre vor der abgeurteilten Tat klar die Einrichtung eines richterlichen Eildienstes bei entsprechendem tatsächlichem Bedarf „forderte“.

Insbesondere hatte der Senat betont, dass es sich bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Richtervorbehalt nicht mehr um eine ganz junge Entwicklung handelt. Vielmehr sei die Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht dem Richtervorbehalt grundsätzlich beimisst, mindestens seit der Entscheidung vom 20. Februar 2001 (NJW 2001, S. 1121) deutlich geworden (Senat, Urteil vom 18.08.2009, a.a.O.).

Der Senat hat im genannten Urteil weiter ausgeführt, dass insbesondere unter Berücksichtigung des besonderen Gewichts des verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen dessen gröbliche Verletzung durch die Justizverwaltung zu einem Verwertungsverbot führe (ebda.)

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 12.02.2007 (NJW 2007, S. 1345) die Entscheidung, ob die zur Wohnungsdurchsuchung entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf die

Maßnahme der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten nach § 81a StPO in vollem Umfang übertragbar sind, offengelassen. Im Beschluss vom 28.07.2008 (NJW 2008, S. 3053) hat es ausgeführt, dass der in § 81a StPO enthaltene Richtervorbehalt nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard zu zählen sein dürfte, da das Grundgesetz ausdrückliche Richtervorbehalte zwar für Wohnungsdurchsuchungen (Art. 13 Abs. 2 GG) und Freiheitsentziehungen (Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG), nicht aber für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1, 3 GG) enthalte.

Allerdings schließt die danach fehlende Gleichwertigkeit des verfassungsrechtlichen mit dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt nicht aus, dass die Missachtung des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts nicht ebenso einen besonders schwerwiegenden und ein Verwertungsverbot begründenden Fehler darstellen kann. In der konkreten Abwägung der betroffenen Schutzgüter ist das Gut der körperlichen Unversehrtheit – wenn auch hinsichtlich der möglichen Eingriffsbefugnis verfassungsrechtlich nicht abgesichert – jedenfalls auch in einer Weise bedeutsam, dass an die gesetzlich geregelten Eingriffsbefugnisse nicht nur dem Grunde nach hohe Anforderungen zu stellen sind, sondern den insoweit gesetzlich vorgegebenen Eingriffsinstrumentarien darüber hinaus zur praktischen Umsetzung verhelfen werden muss. Anderenfalls könnte der einfachgesetzliche Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO massenhaft sanktionslos missachtet und damit praktisch völlig unterlaufen bzw. ausgehöhlt werden. Das geringere Gewicht des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts würde dann durch die ungleich größere Anzahl der Verstöße (im Vergleich zum verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt) ausgeglichen.

Entscheidend gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes bei Verstößen gegen den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO bereits zum jetzigen Zeitpunkt und für Fälle, die vor der Veröffentlichung der Senatsentscheidung [vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08](#) – liegen, spricht aber folgende Erwägung:

Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals mit seinem Beschluss vom 12.02.2007 (NJW 2007, 1345) die Frage aufgeworfen (und zum Teil offen gelassen), ob die zur Wohnungsdurchsuchung entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf die Maßnahme der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten nach § 81a Abs. 2 StPO übertragbar sind (BVerfG NJW 2007, 1345, 1345 f).

Das Erfordernis eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit bei entsprechendem tatsächlichen Bedarf ist für die den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO betreffenden Fälle obergerichtlich erstmals durch das [Senatsurteil vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08](#) – entschieden worden.

Die jahrelange und dadurch schwerwiegende Missachtung einer eindeutigen obergerichtlichen Rechtsprechung (mit der Folge des Beweisverwertungsverbotes) kann damit für vor dem Senatsurteil vom 18.08.2009 liegende Fälle im Hinblick auf den Richtervorbehalt aus § 81a Abs. 2 StPO anders als für Art. 13 Abs. 2 GG gerade nicht festgestellt werden.

Da die Tat hier bereits am 02.11.2008 begangen wurde, scheidet ein Beweisverwertungsverbot aus.

B.

Mit der Sachrüge hat die Revision hingegen Erfolg.

1.

Die vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Verurteilung wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr nicht, denn sie belegen nicht in ausreichender Weise, dass der Angeklagte – im Zustand relativer Fahruntüchtigkeit – infolge des Genusses berauschender Mittel nicht in der Lage war, sein Fahrzeug sicher zu führen.

a)

Die im Blut des Angeklagten nachgewiesenen Amphetaminkonzentrationswerte allein rechtfertigen die Annahme seiner Fahruntüchtigkeit nicht.

Anders als beim Alkoholkonsum eines Kraftfahrers ist eine Fahruntüchtigkeit nach Genuss von Drogen allein aufgrund eines positiven Wirkstoffspiegels im Blut nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft (noch) nicht zu begründen (BGH, BeckRS 2009, 5128). Trotz der erheblichen Gefahren, die von der Teilnahme eines unter Rauschgifteinfluss stehenden Kraftfahrers im Straßenverkehr ausgehen können, kann der für die Erfüllung des geltenden § 316 StGB vorausgesetzte Nachweis der „relativen“ Fahruntüchtigkeit auch nach der gegenwärtigen Gesetzeslage grundsätzlich nur aufgrund des konkreten rauschmittelbedingten Leistungsbildes des Betreffenden im Einzelfall geführt werden. Dazu bedarf es außer, des positiven Blutwirkstoffbefunds regelmäßig weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen (BGH, NZV 1999, S. 48). Nicht unbedingt erforderlich ist, dass sich die rauschmittelbedingten Ausfallerscheinungen in Fahrfehlern ausgewirkt haben müssen; u. U. können auch Auffälligkeiten im Verhalten in der Anhaltesituation genügen, die konkrete Hinweise auf eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit geben (BGH, NZV 1999, S. 48). Hierfür können ggfs. mangelnde Ansprechbarkeit, Unfähigkeit zur koordinierter Bewegung sowie stark verlangsamte Reaktionen bei der polizeilichen Kontrolle im Zusammenhang mit offensichtlichen Fahrfehlern herangezogen werden. Allgemeine Merkmale, die üblicherweise mit Drogenkonsum einhergehen, wie gerötete Augen, erweiterte Pupillen (vgl. zum Reboundeffekt OLG Zweibrücken, BeckRS 2004, 5288) sowie nervöses oder unruhiges Verhalten rechtfertigen die Annahme relativer Fahruntüchtigkeit hingegen nicht ([OLG.Hamm, Beschluss vom 03.04.2003 – 4 Ss 158/03](#)). Auch erhöhte Geschwindigkeiten sind kein zwingendes Indiz für eine durch Drogenkonsum bedingte Fahruntüchtigkeit (OLG Düsseldorf, NZV 1999, S. 174). Zwar wird teilweise vertreten, bei hohen Wirkstoffwerten könne ein einzelnes weiteres Anzeichen genügen, wobei in diesem Fall hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit der festgestellten Ausfallerscheinung zu stellen sind und diese so gravierend sein muss, dass ein sicheres Fahren ohne weiteres ausgeschlossen werden kann (OLG Zweibrücken, BeckRS 2004, 5288). Hinzu kommen muss aber, dass das angefochtene Urteil ergibt, ob die festgestellten Werte im Sinne einer konkreten Dosis-Konzentrations-Wirkungsbeziehung überhaupt als „hoch“ anzusehen sind, was wegen der erheblichen Wirkungsunterschiede von Drogen in jedem Fall näherer Darlegung bedarf (BGH, BeckRS 2009, 5128; BGH, NZV 1999, S. 48).

b)

Hier fehlt es sowohl an einer umfassenden Würdigung der Beweisanzeichen im Einzelfall wie auch an der tatrichterlichen Auseinandersetzung mit der ermittelten Wirkstoffkonzentration.

Für den Bereich nach § 24a Abs. 2 StVG knüpft die Rechtsprechung daran an, dass der maßgebliche analytische Grenzwert bei Amphetaminen bei 25 ng/ml liegt. Oberhalb dieses Wertes ist sicher mit dem Auftreten von Ausfallerscheinungen, also

mit einer Einschränkung der Fahrtüchtigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zu rechnen (OLG München, NJW 2006, S. 1606; OLG Zweibrücken, NZV 2005, S. 430). Der hier festgestellte Amphetamingehalt von 200,1 ng/ml stellt das 8-fache dieses Wertes dar, worin zweifellos ein deutliches Indiz für eine Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit zu ersehen ist.

Eine kausale Verknüpfung zu den hier festgestellten Auffälligkeiten im Fahrverhalten lässt sich hingegen nach den trichterlichen Feststellungen auch in der Gesamtschau aller Umstände nicht belegen.

Die festgestellten Fahrtschlenker sind, da sie nicht über die Fahrbahnmitte hinausführten, nicht als schwerer oder ungewöhnlicher, durch andere Umstände nicht erklärbarer Fahrfehler anzusehen. Gleiches gilt für die von den Polizeibeamten für überhöht befundene Geschwindigkeit. Dies betreffend ist zunächst in den Blick zu nehmen, dass nach überwiegender Auffassung in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung für Geschwindigkeitsmessungen durch Hinterherfahren mit ungeeichtem Tacho gilt, dass bei guten Sichtverhältnissen, geringem Abstand zwischen vorausfahrendem Pkw und Messfahrzeug (etwa halber bis ganzer angezeigter Tachowert), ungefähr gleichbleibendem Abstand, ausreichend langer Nachfahrstrecke und Ablesen des Tachometers in kurzen Abständen ein Sicherheitsabschlag von 20 % vorzunehmen ist, um alle denkbaren Fehlerquellen und Ungenauigkeiten bei solchen Messungen auszugleichen (OLG Jena, BeckRS 2009, 86285).

Dies zugrundegelegt verbliebe eine Geschwindigkeit von allenfalls 64 km/h. Eine solche zu nächtlicher Stunde gefahrene Geschwindigkeit ist nicht als auffälliges – auf Drogenkonsum typischerweise zurückzuführendes – Fahrverhalten anzusehen. Im Zuge gebotener Gesamtschau war zudem berücksichtigen, dass der Angeklagte die Wechsellichtzeichen an der Ampel ordnungsgemäß befolgt und auch nach dem Anhaltevorgang kein auffälliges oder unkooperatives Verhalten gezeigt hat. Das Vorhandensein der trockenen Zunge sowie das Zittern der Knie im Zusammenhang mit dem Umsteigen in das Polizeifahrzeug sind nach dem Gesamtbild in der Reichweite ihrer Bedeutung ebenfalls nicht als signifikante, eine relative Fahruntüchtigkeit begründende Merkmale eines Drogenkonsums anzusehen. Mag die festgestellte Amphetaminkonzentration nach dem Ergebnis des toxikologischen Gutachtens durchaus als deutlicher Hinweis tauglich sein, so sind die Feststellungen zu ihrer kausalen Verknüpfung mit einem Zustand rauschmittelbedingter relativer Fahruntüchtigkeit nicht genügend. Es fehlt überdies an der ausreichenden trichterlichen Würdigung der Höhe der ermittelten Wirkstoffkonzentration im Blut des Angeklagten.

Insofern hätte – wie auch weiterhin – nahegelegen, die Einordnung und Bewertung der zweifellos hohen Amphetaminwerte im Zusammenhang mit den festgestellten Erscheinungen unter Zuhilfenahme sachverständiger Beratung vorzunehmen.

2.

Der Senat hat von einer Überprüfung einer Verurteilung nach § 24a StVG abgesehen (vgl. hierzu [OLG Braunschweig, Beschl. v. 27.01.2010 – Ss \(OWi\) 219/09](#); KG, Beschl. v. 04.01.2010 – 3 Ws (B) 667/09).

Im Hinblick auf die Höhe des Amphetamingehalts besteht bei erneuter Hauptverhandlung durchaus die Möglichkeit weiterer trichterlicher Feststellungen zum Zustand der relativen Fahruntüchtigkeit i.S. des § 316 StGB, so dass es der Zurückverweisung zu erneuter Behandlung und Entscheidung bedurfte.

3.

Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass auch der Rechtsfolgenausspruch des angefochtenen Urteils Rechtsfehler aufweist.

In dem angefochtenen Urteil sind keinerlei Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Angeklagten enthalten, so dass allein auf dieser Grundlage eine Überprüfung der Bemessung der Tagessatzhöhe nicht möglich ist.

Zur Person heißt es lediglich, dass der 23 Jahre alte, ledige und kinderlose Angeklagte bis vor kurzem als Maschinenführer tätig war, seinen Arbeitsplatz verloren und nunmehr Arbeitslosengeld beantragt hat. Daraus lässt sich eine bestimmte Einkommens- und damit Tagessatzhöhe nicht ableiten.