

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| <b>Einleitung</b>              | 15 |
| <b>A. Problemstellung</b>      | 15 |
| <b>B. Gang der Darstellung</b> | 16 |

## 2. Kapitel

|   |    |
|---|----|
| <b>Rechtsprechung zur Belehrungspflicht bei der Atemalkoholmessung</b>              | 17 |
| <b>A. Gruppe 1: Ablehnung einer Belehrungspflicht</b>                               | 17 |
| I. OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.04.2013 – (2 B) 53 Ss-OWi 58/13 (55/13)        | 18 |
| II. KG, Beschluss vom 30.07.2014 – 3 Ws (B) 356/14 – 122 Ss 106/14                  | 19 |
| III. OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2019 – (1 B) 53 Ss-OWi 285/19 (169/19)    | 20 |
| IV. OLG Celle, Beschluss vom 20.08.2019 – 3 Ss (OWi) 178/19                         | 20 |
| V. Zwischenfazit  | 21 |
| <b>B. Gruppe 2: Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes</b>                       | 21 |
| I. AG Michelstadt, Urteil vom 22.11.2011 – 2 OWi 1400 Js 22301/11                   | 21 |
| II. AG Castrop-Rauxel, Urteil vom 14.11.2014 – 6 OWi 241/14                         | 22 |
| III. AG Springe, Urteil vom 21.09.2019 – 8 OWi 7791 Js 101102/18 (634/18)           | 23 |
| IV. Zwischenfazit   | 23 |
| <b>C. Gruppe 3: Annahme eines Beweisverwertungsverbotes</b>                         | 23 |
| I. LG Freiburg, Urteil vom 21.09.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09 – AK 92/09             | 24 |
| II. AG Leverkusen, Urteil vom 24.06.2002 – 52 OWi 217/02                            | 25 |
| III. AG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.01.2010 – 998 OWi 2022-955 Js/OWi 20697/09 | 25 |
| IV. Zwischenfazit   | 26 |
| <b>D. Gruppe 4: Annahme eines Beweisverwertungsverbotes mit Fernwirkung</b>         | 26 |
| <b>E. Fazit</b>   | 27 |

## 3. Kapitel

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Freiwilligkeit der Atemalkoholmessung</b>                                 | <b>28</b> |
| <b>A. Rechtliche Verankerung des nemo-tenetur-Grundsatzes</b>                | <b>28</b> |
| I. Historische Herleitung  | 29        |
| 1. Entwicklung in England  | 29        |
| 2. Entwicklung in Deutschland  | 29        |
| II. Gesetzliche Normierung   | 31        |
| III. Verfassungsrechtliche Verankerung                                       | 31        |
| 1. Materielles Freiheitsgrundrecht   | 32        |
| a) Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung                | 32        |
| b) Ausprägung des Rechts auf Selbstdarstellung und dem Schutz vor Ehrverlust | 34        |
| c) Ausprägung eines Rechts auf Selbsterhaltung                               | 36        |
| d) Zwischenfazit   | 38        |
| 2. Funktional notwendiges Element eines legitimen Strafverfahrens            | 39        |
| 3. Element eines fairen Verfahrens   | 41        |
| 4. Zwischenfazit   | 42        |
| <b>B. Sachlicher Schutzbereich</b>   | <b>43</b> |
| I. Selbstbelastungshandlungen  | 43        |
| 1. Verbale Selbstbelastung   | 43        |
| 2. Nonverbale Selbstbelastung  | 44        |
| 3. Selbstbelastung durch Mitwirkung an der Atemalkoholmessung                | 46        |
| a) Aktive Mitwirkung an der Messung  | 46        |
| b) Beweiswert des Messergebnisses  | 47        |
| aa) Beweiswert im Ordnungswidrigkeitenverfahren                              | 47        |
| bb) Beweiswert im Strafverfahren   | 48        |
| II. Geltungsbereich von nemo tenetur se ipsum accusare                       | 48        |
| 1. Geltung im Strafverfahren   | 48        |
| 2. Geltung im Ordnungswidrigkeitenverfahren                                  | 49        |
| a) Ableitung aus § 55 OWiG   | 49        |
| b) Streichung von § 44 Abs. 1 OWiG   | 50        |
| aa) Normierung im Ordnungswidrigkeitengesetz von 1952                        | 50        |
| bb) Auswirkungen auf das heutige Ordnungswidrigkeitenverfahren               | 51        |
| c) Anwendung über § 46 Abs. 1 OWiG   | 52        |
| aa) Nemo-tenetur als Teil der „allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren“  | 52        |
| bb) Sinngemäße Anwendung des nemo-tenetur-Grundsatzes                        | 53        |
| (1) Ethische Indifferenz von Ordnungswidrigkeiten                            | 54        |
| (2) Unmöglichkeit einer Grenzziehung   | 55        |

|   |           |
|---|-----------|
| d) Zwischenfazit .....  | 57        |
| <b>C. Personaler Schutzbereich .....</b>                                  | <b>57</b> |
| I. Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen .....                           | 58        |
| II. Zwischenfazit .....   | 59        |
| <b>D. Fazit .....</b>   | <b>60</b> |
| Exkurs: Freiwilligkeit der Atemalkoholmessung in anderen EU-Staaten ..... | 61        |

#### 4. Kapitel

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Atemalkoholmessung .....</b> | <b>64</b> |
| <b>A. Herleitung aus § 81a StPO .....</b>   | <b>64</b> |
| I. Körperliche Untersuchung oder körperlicher Eingriff .....                      | 65        |
| II. Duldungspflicht .....   | 66        |
| <b>B. Herleitung aus § 136 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StPO .....</b>                       | <b>67</b> |
| <b>C. Allgemeine Herleitung der Belehrungspflicht .....</b>                       | <b>68</b> |
| I. Analoge Anwendung von § 81a StPO .....   | 68        |
| II. Analoge Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StPO .....                      | 70        |
| 1. Ähnlichkeit der Fälle .....  | 70        |
| a) Sinn und Zweck von § 136 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StPO .....                          | 70        |
| b) Übertragbarkeit auf die Atemalkoholmessung .....                               | 73        |
| 2. Abschließende Regelung der Belehrungspflichten .....                           | 74        |
| a) Normierung einer Belehrungspflicht in § 81h Abs. 4 StPO .....                  | 75        |
| aa) Weiterentwicklung der Belehrungspflicht durch die Rechtspre-<br>chung .....   | 77        |
| (1) Pflicht zur qualifizierten Belehrung .....                                    | 77        |
| (2) Belehrungspflicht im Rahmen von § 81a StPO .....                              | 78        |
| (3) Zwischenfazit .....   | 78        |
| bb) Form und Inhalt der Belehrung gemäß § 81h StPO .....                          | 80        |
| b) „Hörfallen-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofes .....                         | 81        |
| aa) Historie der Aussagefreiheit .....  | 83        |
| bb) Weitere Ausführungen des Großen Senats .....                                  | 83        |
| cc) Zwischenfazit .....   | 84        |
| c) Erfassung von Mitwirkungshandlungen vom nemo-tenetur-Grund-<br>satz .....      | 85        |
| d) Fehlende gesetzliche Regelung der Atemalkoholmessung .....                     | 86        |
| e) Besondere Stellung der Aussage .....   | 87        |
| f) Anordnung einer Belehrungspflicht in den RiBA .....                            | 89        |
| 3. Zwischenfazit .....  | 90        |
| III. Grundsatz des fairen Verfahrens .....  | 90        |

|  |     |
|--|-----|
| 1. Wirksamer Rechtsschutz nur bei Rechtskenntnis (Geppert)   | 91  |
| a) Keine umfassende Aufklärungspflicht der Strafverfolgungsbehörden                                  | 91  |
| aa) Sanktionslosigkeit von selbstbegünstigenden Lügen des Beschuldigten                              | 93  |
| bb) Keine Erscheinenspflicht zur polizeilichen Vernehmung  | 94  |
| b) Zwischenfazit   | 96  |
| 2. Strafprozessuale Aufklärungspflichten als Konsequenz von nemo tenetur (Rogall)                    | 97  |
| Exkurs: Uniformgehorsam nach Leonard Bickman   | 98  |
| 3. Wirksamkeit der Einwilligung in Grundrechtsbeeinträchtigungen (Amelung)                           | 101 |
| a) Zulässigkeit der Einwilligung   | 102 |
| b) Freiwilligkeit der Einwilligung   | 103 |
| aa) Verhinderung weiterer staatlicher Eingriffe  | 104 |
| (1) Halbfreiwillige Einwilligungen   | 104 |
| (2) Übermaßverbot  | 105 |
| bb) Irrtümliche Annahme einer Rechtspflicht  | 106 |
| (1) Risikoverteilung bei Bitten oder Aufforderungen  | 107 |
| (2) Ausschluss des Irrtumsrisikos  | 108 |
| c) Einwilligungsfähigkeit des Einwilligenden   | 109 |
| d) Zwischenfazit   | 110 |
| 4. Zwischenfazit   | 111 |
| <b>D. Interministerielle Richtlinien</b>   | 113 |
| I. Außenwirkung der Richtlinien  | 113 |
| II. Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG  | 114 |
| 1. Gleichförmigkeit der Verwaltungspraxis  | 114 |
| 2. Vergleichbarkeit der Fälle  | 115 |
| <br><i>5. Kapitel</i>  |     |
| <b>Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes</b>  | 117 |
| <b>A. Funktion und Terminologie der Beweisverbote</b>  | 117 |
| I. Beweiserhebungsverbote  | 118 |
| II. Beweisverwertungsverbote   | 119 |
| 1. Selbstständige Beweisverwertungsverbote   | 119 |
| 2. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote   | 120 |
| <b>B. Gesetzliche normiertes unselbstständiges Beweisverwertungsverbot in § 136 Abs. 3 S. 2 StPO</b> | 121 |
| I. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO   | 122 |
| 1. Sinn und Zweck von § 136a StPO  | 122 |

|  |            |
|--|------------|
| 2. Voraussetzungen des Verwertungsverbots .....                          | 123        |
| II. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO analog .....                                 | 123        |
| 1. Voraussetzungen der analogen Anwendung .....                          | 123        |
| a) Vergleichbarkeit der Interessenlagen .....                            | 124        |
| b) Planwidrigkeit der Regelungslücke .....                               | 125        |
| 2. Verbotene Vernehmungsmethoden .....                                   | 126        |
| a) Täuschung .....   | 127        |
| aa) Falsche Belehrung des Betroffenen .....                              | 128        |
| (1) Fahrlässige Falschbelehrung .....                                    | 128        |
| (a) Begriff der Täuschung .....  | 128        |
| (b) Sinn und Zweck des Täuschungsverbot .....                            | 129        |
| (2) Zwischenfazit .....  | 131        |
| bb) Fehlende Belehrung des Betroffenen .....                             | 131        |
| (1) Rechtspflicht zur Aufklärung .....                                   | 132        |
| (a) Verletzung der Belehrungspflicht aus § 257c Abs. 5<br>StPO .....     | 133        |
| (b) Verletzung der Belehrungspflicht aus § 243 Abs. 5 S. 1<br>StPO ..... | 134        |
| (2) Zwischenfazit .....  | 135        |
| b) Alkoholisierung des Betroffenen .....                                 | 136        |
| 3. Zwischenfazit .....   | 138        |
| <b>C. Nicht normierte Beweisverwertungsverbote .....</b>                 | <b>138</b> |
| I. Kriterien zur Einzelfallbetrachtung .....                             | 139        |
| 1. Radikale Ansätze .....  | 139        |
| a) Grundsätzliche Annahme eines Beweisverwertungsverbotes .....          | 139        |
| b) Beweisbefugnislehre .....   | 140        |
| c) Kritik der Beweisbefugnislehre .....                                  | 141        |
| 2. Rechtskreistheorie .....  | 143        |
| a) Unterscheidung verschiedener Rechtskreise .....                       | 143        |
| b) Kritik der Rechtskreistheorie .....                                   | 144        |
| aa) Beweisverwertungsverbot aus §§ 69 Abs. 3, 136a StPO .....            | 144        |
| bb) Revisibilität bei Verletzung von § 53 StPO .....                     | 144        |
| cc) Umfassendes Rüge-recht der Staatsanwaltschaft .....                  | 145        |
| dd) Zwischenfazit .....  | 146        |
| 3. Informationsbeherrschungstheorie (Amelung) .....                      | 147        |
| a) Informationsbeherrschungsrechte .....                                 | 147        |
| b) Kritik der Informationsbeherrschungstheorie .....                     | 149        |
| c) Anwendung auf die Atemalkoholmessung .....                            | 150        |
| 4. Revisionsrechtliche Theorien .....                                    | 150        |
| a) Anwendung auf die Atemalkoholmessung .....                            | 151        |

|   |            |
|---|------------|
| b) Kritik der revisionsrechtlichen Theorien .....   | 151        |
| 5. Abwägungslehre .....   | 153        |
| a) Abwägung bei unterlassener Belehrung über die Mitwirkungsfreiheit .....                  | 154        |
| aa) Gewicht des Verfahrensverstößes .....   | 154        |
| bb) Schutzzweck der verletzten Vorschrift .....   | 155        |
| cc) Beeinträchtigung des Beweiswertes .....   | 155        |
| dd) Grenzen der zulässigen Wahrheitserforschung .....                                       | 156        |
| ee) Schutzbedürfnis des Beschuldigten .....   | 156        |
| ff) Staatliches Strafverfolgungsinteresse .....   | 157        |
| gg) Zwischenfazit .....   | 157        |
| b) Kritik der Abwägungslehre .....  | 157        |
| 6. Schutzzwecklehren .....  | 160        |
| a) Schadensvertiefungstheorie nach Grünwald .....   | 160        |
| aa) Anderweitige Erwägungen .....   | 161        |
| bb) Kritik der Schadensvertiefungstheorie .....   | 162        |
| b) Interessentheorie nach Rudolphi .....  | 164        |
| c) Lehre von der Schutzzweckhierarchie nach Beulke .....                                    | 166        |
| aa) Kategorisierung der Verwertungsverbote .....  | 166        |
| bb) Kritik der Lehre von der Schutzzweckhierarchie .....                                    | 168        |
| d) Schutzzweck der Belehrungspflicht über die Mitwirkungsfreiheit ...                       | 169        |
| e) Kritik der Schutzzwecklehren .....   | 171        |
| 7. Zwischenfazit .....  | 172        |
| II. Begrenzung der unselbstständigen Beweisverwertungsverbote durch Hypothesenbildung. .... | 173        |
| 1. Anforderungen an die Hypothesenbildung .....   | 173        |
| 2. Hypothesenbildung bei der Atemalkoholmessung .....                                       | 175        |
| III. Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofes .....                                       | 177        |
| <b>D. Übertragung auf das Ordnungswidrigkeitenverfahren .....</b>                           | <b>179</b> |
| I. Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung über die Aussagefreiheit ..               | 179        |
| II. Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung über die Mitwirkungs-                    |            |
| freiheit .....  | 180        |
| <b>E. Fazit .....</b>   | <b>181</b> |

## 6. Kapitel

|  |            |
|--|------------|
| <b>Fortwirkung und Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes .....</b> | <b>183</b> |
| <b>A. Unterscheidung zwischen Fernwirkung und Fortwirkung .....</b>    | <b>183</b> |
| <b>B. Fortwirkung des Beweiserhebungsfehlers .....</b>                 | <b>185</b> |
| I. Voraussetzungen der Fortwirkung .....                               | 186        |

|   |            |
|---|------------|
| II. Folgen der Fortwirkung .....  | 187        |
| 1. Umgehung der Anordnungspflicht .....                                     | 188        |
| 2. Unterbleiben der Anordnung .....   | 189        |
| III. Zwischenfazit .....  | 191        |
| <b>C. Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots .....</b>                    | <b>191</b> |
| I. Befürwortung der Fernwirkung in der Literatur .....                      | 192        |
| 1. Fruit of the poisonous tree doctrine .....                               | 192        |
| 2. Ansicht der deutschen Literatur .....                                    | 193        |
| a) Umgehungsargument .....  | 193        |
| b) Disziplinierungsgedanke .....  | 194        |
| c) Integrität des Strafverfahrens .....                                     | 196        |
| d) Informationsbeherrschung und Schadensvertiefung .....                    | 197        |
| II. Ablehnung der Fernwirkung durch die Rechtsprechung .....                | 199        |
| 1. Kriminalpolitische Bedenken .....  | 199        |
| 2. Wortlaut des § 136a Abs. 3 StPO .....                                    | 200        |
| 3. Fehlende Kausalität .....  | 201        |
| 4. Anerkennung von Ausnahmen .....  | 203        |
| III. Vermittelnde Auffassung .....  | 204        |
| IV. Fernwirkung des Verwertungsverbots hinsichtlich des Atemalkoholwerts .. | 205        |
| 1. Beruhen auf dem Verfahrensfehler .....                                   | 205        |
| 2. Schutzzweck der verletzten Vorschrift .....                              | 206        |
| 3. Umgehung der Voraussetzungen von § 81a StPO .....                        | 207        |
| 4. Unabhängige Verdachtsmomente .....                                       | 208        |
| <b>D. Fazit .....</b>   | <b>209</b> |

## 7. Kapitel

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>Fazit .....</b>                | <b>211</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b> | <b>213</b> |
| <b>Sachverzeichnis .....</b>      | <b>227</b> |