

Anwaltskanzlei Quaas & Partner Postfach 80 10 60 70510 Stuttgart Deutschland

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas M.C.L.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht
Richter im Senat für Anwaltssachen beim BGH

Rechtsanwalt Dr. Jens-M. Kuhlmann
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Trefz
Fachanwalt für Medizinrecht

Rechtsanwalt Dr. Otmar Dietz

Rechtsanwalt Dr. Peter Sieben
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Dr. Till Flachsbarth

Nichtanwältlicher Kooperationspartner:
Prof. Dr. jur. Arnulf von Heyl

Möhringer Landstraße 5 (Schiller-Haus)
70563 Stuttgart (Vaihingen)
Deutschland
Telefon (0711) 9 01 32-0
Telefax (0711) 9 01 32-99
info@quaas-partner.de
www.quaas-partner.de

RECHTSGUTACHTLICHE STELLUNGNAHME

im Auftrag von

**Herrn Dr. med. Dr. rer. nat. Hans-Michael van de Loo,
Uferstraße 2, 73510 Schwäbisch Gmünd**

und

Herrn Michael Hemberger, Bahnhofstraße 2, 73033 Göppingen

erstattet von den Rechtsanwälten

**Prof. Dr. M. Quaas M.C.L., Dr. Jens-M. Kuhlmann, Dr. A. Kukk, Dr. U. Trefz,
Dr. O. Dietz, Dr. P. Sieben, Dr. T. Flachsbarth
Möhringer Landstraße 5, 70563 Stuttgart**

**hier: Rechtsanwalt Dr. P. Sieben
Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

A.
Sachverhalt und Aufgabenstellung

I.

Im Jahr 2005 wurden von der Deutschen Gesellschaft für Verkehrspsychologie e.V. (DGVP) und der Deutschen Gesellschaft für Verkehrsmedizin e.V. (DGVM) sog. Beurteilungskriterien für die Begutachtung der körperlichen und geistigen Eignung von Kraftfahrzeugführern veröffentlicht. Dieser hat im Jahr 2006 die Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) in die Anforderungen an Träger von Begutachtungsstellen für Fahreignung übernommen, diese wurde seitdem bundesweit angewandt. Zwischenzeitlich liegt eine zweite erweiterte und überarbeitete Auflage der Beurteilungskriterien vor. Diese sollen ab dem 01.01.2010 verbindlich angewandt werden.

II.

Durch die geänderten Beurteilungskriterien werden insbesondere die sog. „cut off-Werte“ deutlich gesenkt. Hierdurch besteht vermehrt die Gefahr, dass auch nach mehreren Abstinenzmonaten falsch positive Gutachten insbesondere bei langjährigen Hochkonsumenten von THC mit hohem Carbonsäurespiegel besteht. In die anzuwendenden Screeningprogramme werden neben Opiate, Kokain, Amphetaminen, Benzodiazepine und Cannabis generell Methadon aufgenommen. Darüber hinaus werden zur Probenanalyse nur noch solche Labore zugelassen, die nach DIN ISO/IEC 17025 zugelassen sind. Voraussetzung für diese Akkreditierung ist die Beschäftigung eines forensischen Toxikologen. Hierzu hat unser Herr Dr. Dr. von de Loo Folgendes mitgeteilt:

„In der grundlegenden Arbeit von Mußhoff und Madea über die Anforderungen an chemisch-toxikologische Analysen auf berauschende Mittel im Rahmen der Fahreignungsdiagnostik (1) wird unterschieden zwischen

hinweisgebenden und

beweisenden/gerichtsverwertbaren Analysen (1)

Bei den hinweisgebenden Verfahren kommen Immunoassays (EIA = Enzymimmunoassay) zum Einsatz. Die hinweisgebenden Verfahren gelten als Vorteste. Als Matrix dient in der Regel Urin.

Diese EIA-Verfahren haben die Eigenschaft, dass sie falsch positive Ergebnisse liefern können, insbesondere umso mehr, je tiefer der Schwellenwert (Cut-Off) angesetzt wird. Erklärungen bzw. Gründe für falsch positive Ergebnisse sind in der Literatur bekannt (2), so z. B. Kreuzreaktivität mit strukturähnlichen Verbindungen (z.B. Amphetamine/Cyclamat) oder auf Grund von Biotransformation.

Positive Ergebnisse in den hinweisgebenden Analysenverfahren müssen mit chromatographischen Verfahren (d.h. GC-MS, Gaschromatographie mit Massenspektrometrie) bestätigt werden, damit sie gerichtsverwertbar sind. Es wird nach CTU 3 gefordert (1, S. 491), dass die Untersuchung nach den Richtlinien der GTFCh stattzufinden hat, und zwar unter Leitung eines „forensischen Toxikologen oder eines forensischen Chemikers“ (und gleichzeitig in einem nach DIN 17025 akkreditierten Labor)— nach einer Übergangszeit vom 01.07.09 bis 31.12.09, also spätestens ab 01.01.10.

Enzymimmunoassays (EIA), insbesondere quantitative, sind seit ca. 30 Jahren eine gängige Analysenmethode des Laborarztes. Die s.g. Drogensuchtests mit Hilfe von Enzymimmunoassays werden seit vielen Jahren beim Laborarzt durchgeführt. Zur Verwendung kommen insbesondere Testkits der Firma Abbott, wobei diese, soweit bekannt, in den Vereinigten Staaten vorrangig zur Überwachung des militärischen Personals eingesetzt werden.

Die berufliche Aufgabe des Laborarztes ist insbesondere die Analytik von menschlichen Körpersäften und Exkrementen. Bislang wurde von den Landratsämtern bzw. Fahrerlaubnisbehörden diese Analytik anerkannt. Diese Analytik ist nicht laborarztfremd und nicht spezifisch für die Berufsausübung eines Toxikologen bzw. Chemikers.

Die Voraussetzung zur Erlangung des Fachtitels „forensischer Chemiker GTFCh“ erfordert eine mindestens 5-jährige Tätigkeit nach Abschluss des Universitätsstudiums in einer Weiterbildungsstätte (d.h. in einem forensisch-chemischen Labor) (3). Der Titel kann also praktisch aus zeitlichen Gründen nicht von einem Laborarzt, insbesondere von einem berufliche tätigen, zusätzlich erworben werden. Er müsste Chemie oder Toxikologie zusätzlich studieren und auch bei einem bestehenden Doppelstudium (Medizin und Chemie) sind 5 weitere Jahre Weiterbildung allein für diese Sparte Analytik unwirtschaftlich. (Studium Medizin + Studium Chemie + Weiterbildung Laborarzt, ggf. Weiterbildung Mikrobiologie + Tätigkeitsnachweis für Regierungspräsidium „Infektionsschutzgesetz“ (für Umgang mit menschenpathogenen Erregern) + 5 Jahre „forensischer Chemiker“ = Rentner).

Die in der Arbeit von Mußhoff (1, S. 489) geforderten Anforderungen für Qualitätssicherung (interne und externe Qualitätskontrolle) sind „fester Bestandteil der täglichen Laborarbeit“ eines Laborarztes.

Wenn gemäß (1, S. 491) zur Durchführung hinweisgebender Verfahren ein forensischer Toxikologe/Chemiker „laborleitend“ (1, ibid) gefordert wird, ist ein Laborarzt, der diese Person anstellt, meines Erachtens, nicht mehr für die erstellten Ergebnisse verantwortlich, d.h. diese Analytik ist für ihn fortan fachfremd. Das Fachfremde bringt es möglicherweise unter steuerlichem Aspekt mit sich, dass er mit diesen Ergebnissen Handel treibt. Er bezieht fachfremde Ergebnisse vom Toxikologen/Chemiker und veräußert sie weiter.

Soweit meine Ausführung zu den neuen Richtlinien der GTFCh.

Meine Stellungnahme zu Ihrer Bitte der Schilderung zu Ungenauigkeiten und Fehler der neuen Anforderungen:

Die geforderte Absenkung der Nachweisgrenze für die hinweisgebenden Verfahren ab 01.07.09 soll dem Nachweis einer absoluten Drogenfreiheit dienen. Sie bringt jedoch zur Zeit ungeklärte bzw. eigenartige praktische Probleme mit sich, die jedoch möglicherweise in einem Rechtsstreit nicht tragend sind:

1. Durch das Absenken der Schwellenwerte der EIAs in den Bereich der Nachweisgrenze von GC-MS-Methoden entstehen vermehrt falsch positive Ergebnisse. Die Probanden haben wenig Verständnis für eine teure Folgeanalytik (GC-MS GOÄ 4210, Faktor 1,15, 60,33 Euro pro Analyt); insbesondere da sie beteuern, diese Substanzen nicht konsumiert zu haben (z.B. Benzodiazepine: Cut-Off 50 ng/ml; gefunden im EIA 52 ng/ml).

2. Kontrollproben für die interne Qualitätskontrolle sind für diesen abgesenkten Messbereich der EIAs handelsmäßig - soweit bekannt - nicht beziehbar. Erläuterung für die Anforderung an die Kontrollproben: Die Kontrollproben für die interne Qualitätskontrolle - eine Probe mit hoher und eine mit niedriger Drogenkonzentration - müssen im linearen Messbereich des nunmehr abgesenkten Bereiches liegen. Die bislang eingesetzten, handelsmäßig erhältlichen Kontrollproben für die interne Qualitätskontrolle sind nicht verwendbar.

3. Die externe Qualitätskontrolle für den abgesenkten Messbereich kann - soweit bekannt - nur bei der GTFCh durchgeführt werden. Nicht bei den Ringversuchsinstituten Instand (4) und Institut für Klinische Chemie (5), wie bislang für Drogentests üblich.

4. Problem der Präanalytik

Die beste Analytik ist nicht aussagekräftig, wenn die Präanalytik (d.h. Probengewinnung ggf. inklusive Versand) fehlerhaft ist.

Eine Akkreditierung für die Präanalytik gibt es nicht (6), wohl hingegen Richtlinien der GTFCh (7). Letztere befasst sich jedoch nicht mit der Probengewinnung sondern nur über „Anforderungen an die zur Einsendung gelangten Proben“ und über „Maßnahmen Gewahrsamskette und zur Aufbewahrung der Proben“. Dies kann von einem Laborarzt bewerkstelligt werden und gehört zu seiner täglichen Arbeit.

Die Beurteilungskriterien (8) schreiben unter CTU 2, Abs.1 die Prozedur der Uringewinnung vor. Unter CTU 1 ist die Einbestellung des Probanden geregelt.

Gemäß CTU 2 erfolgt die Abgabe einer Urinprobe

- a. unter direkter Sicht eines Arztes oder Toxikologen oder
- b. in akkreditierten Institutionen unter Sicht „autorisierten Personals“. Der Schwachpunkt für den Fall a ist,
 1. dass der „Arzt“ zeitlich überfordert ist, die Urinproduktion seines Probanden auf dem WC persönlich zu überwachen.
 2. dass bei nicht gleichgeschlechtlichen Probanden eine zusätzliche Hilfskraft Zeuge der Uringewinnung sein muss, um das Problem des Vorwurfs sexueller Belästigung aus der Welt zu schaffen und
 3. dass nicht alle WCs in den Arztpraxen für 3 Personen räumlich ausgerichtet sind. Die Verwaltung randomisierten Einbestellens der Probanden und Terminabsprachen bei Urlaub der Probanden erfordern ein hohes Maß an Verwaltungsarbeit, dem der „Arzt“ allein nicht gewachsen ist. Er muss diese Prozedur an Mitarbeiter delegieren können. Der Arzt muss ferner aus Gründen der randomisierten Einbestellung der Probanden an allen (!) Werktagen in seiner Praxis bzw. am Ort seiner Tätigkeit verfügbar sein. Ferner unterliegt ein Toxikologe nicht einer Schweigepflicht. Einen angestellten Toxikologen in die Schweigepflicht zu übernehmen, kann nur ein Arzt. Die rechtliche und steuerrechtliche Seite (s. oben) erfordert meines Erachtens Abklärung: Wer ist bei wem angestellt, der Toxikologe beim Arzt oder der Arzt beim Toxikologen?

Im Fall CTU2 b hat der Proband akkreditierte Institute aufzusuchen (nicht alle akkreditierten Institute sind bereit, die Präanalytik zu überwachen (d.h. Einbestellung des

Probanden)). Dies hat zur Folge, dass der „Proband vom Lande“ in der Regel eine Tagesreise mit Bus/Bahn zu unternehmen hat. Es ist zu prüfen ob dies im Sinne einer erschwerten Wiedererlangung des Führerscheins beabsichtigt ist.“

III.

Die abgesenkten cut off-Werte haben unter anderem zur Folge, dass die von Probanden erreichten Werte nicht auf einen Drogen- oder Alkoholkonsum zurückzuführen sind. Es kann sich vielmehr um Werte handeln, die körper- bzw. lebensbedingt sind, etwa weil die Betroffenen eine besondere körperliche Konstitution aufweisen oder aber Nahrungsmittel konsumieren, die körpereigene Alkohol produzieren, welche über den abgesenkten cut off-Werten liegen. Insbesondere bei ETG wie auch bei Amphetaminen und Diazepamem gibt es zudem Hinweise darauf, dass eine Überschreitung der abgesenkten cut off-Werte nicht auf einen Alkohol- bzw. Drogenkonsum hinweist, weil auch in frei erhältlichen Medikamenten und üblichen Lebensmitteln Alkohole und drogenähnliche Stoffe sein können, die zu einer niedrigen, aber doch über der abgesenkten cut off-Grenze liegenden Wert im Urinscreening erreichen können.

IV.

Gegen die Beurteilungskriterien gibt es weitere fachliche Einwände:

„1. Fachliche Beurteilung zu CTU (Chemisch-Toxikologische Untersuchung), Kapitel 7, CTU-1 S. 173, Abs. 3:

Durch die Tatsache, dass die Deutsche Post AG einen 24-Stunden-Postweg nicht mehr gewährleisten kann, ist eine rechtlich abgesicherte Dokumentation des Zugangs einfacher Schreiben nicht mehr möglich. Problematisch ist zudem, dass die Begutachtungsstellen für Fahreignung in der Regel samstags nicht geöffnet haben. Dementsprechend ist ein Postversand am Samstag auch nicht möglich. Auch eine Einbestellung zur Urinentnahme auf den Samstag ist nicht möglich. Damit ist im Sinne der CTU-1 Nr. 1 schon von vornherein eine Einschränkung da, die nicht mehr im Sinne einer lückenlosen Kontrolle zu verstehen ist.

In Nr. 3 wird Anruf oder Posteingang mit einem entsprechenden Vertrag zum Kontrollprogramm als Informationsmöglichkeit angesehen. Hierbei ist zu beachten, dass vielen in der Industrie wie auch im Handwerk Arbeitenden es verboten ist, während der Arbeitszeit ihr privates Handy zu benutzen. Somit scheidet der Telefonanruf vielfach aus, weil dadurch ebenfalls keine rechtzeitige Einbestellung gewährleistet werden kann.

2. CTU-1 Nr. 4

Das Kriterium CTU-1 Nr. 4 sieht eine Terminvergabe vor, die für den Betroffenen unvorhersehbar ist. Dies ist jedoch nicht gewährleistet, weil die hier dargestellte Logik dazu führt, dass die Urinkontrolle von dem Betroffenen berechnet werden kann. Dazu folgendes Beispiel:

Ein Abstinenzcheck ist mit dem Institut für Fahreignungsprognose TÜV Süddeutschland in Aalen

vereinbart. Dieses Institut hat bekannterweise samstags nicht geöffnet. Wenn also ein Betroffener den Posteingang vom Donnerstag abwartet, ist der Zeitraum, ab wann eine Urinkontrolle erfolgt, bis zum darauffolgenden Mittwoch überschaubar. Da aber z. B. Ethylglucuronid gemäß S. 160 Tabelle 2 eine Nachweisbarkeitsdauer seit dem letzten Konsum von nur 1 bis 3 Tagen aufweist, ist der Konsum nicht mehr belegbar. Gerade beim Alkohol haben sich die CDT-Werte als besser geeignet herausgestellt. Die durch die CDT-Werte sich ergebenden Fehlinterpretationen sind aus fachlicher Sicht kleiner zu bewerten, als die durch ETG-Urinscreenings. Gerade bei älteren Alkoholkonsumenten ab dem 40. Lebensjahr ist eine Verlaufskontrolle der Leberparameter (Gamma-GT, GPT, GOT, MCV und CDT) eine deutlich sichere Variante als die Ethylglucuronidscreenings, die zwar für das jüngere Klientel geeigneter sind.

3. Kosten

Die Kosten für Urinscreenings sind in den letzten 5 Jahren drastisch in die Höhe geschneit. Ich stelle fest, dass mindestens eine Verdoppelung, teilweise eine Verdreifachung der Kosten sich einstellt. Insbesondere durch die Verschärfung der CTU seit dem 01.07.2009 ist eine wahre Kostenexplosion feststellbar. Gleichzeitig allerdings werden die Möglichkeiten, überhaupt Screenings durchzuführen, eingeschränkt, da nur noch Begutachtungsstellen für Fahreignung und nach der Fahrerlaubnisverordnung zugelassene Medizinbereiche die Preanalytik abwickeln können. Das führt im Ostalbkreis z. B. dazu, dass die bisherige Praxis der Urinkontrolle im Labor Van de Loo mit Datum zum 01.01.2010 nicht mehr möglich ist und Betroffene aus dem westlichen Ostalbkreis zur Probenentnahme an den TÜV Süd in Aalen gebunden sind. Allein die Distanzen, die sich dadurch ergeben, führen dazu, dass Betroffene das Screeningprogramm gar nicht wahrnehmen können, weil sie damit ihren Arbeitsplatz riskieren oder bei den Fahrtkosten (z. B. Harzt-IV-Empfänger) überfordert sind.

4. Methadon-Screenings

Es ist fachlich nicht gerechtfertigt, bei Cannabiskonsumenten der Fallgruppen D3 und D4 Methadon in die CTU aufzunehmen. Es gibt keinen fachlich qualifizierten Zusammenhang, denn

Cannabiskonsumenten fallen nicht durch den Konsum eines Substitutionsmittels auf, dass am Markt immer weniger zur Anwendung kommt. Auch bei Kokainkonsumenten ist Methadon ebenfalls keine typische Ausweichdroge, aber für Cannabiskonsumenten kann ich diese Vorgabe nur noch als krass bezeichnen.

Aus fachlicher Sicht muss eine Öffnung der CTU erfolgen, d. h., dass Ausnahmeregelungen im Einzelfall geschaffen werden können, die es erlauben, dass auch Betroffene auf dem Land (man denke nur an Mecklenburg-Vorpommern) glaubhafte Abstinenzbelege produzieren können, die *nicht* den strengen Kriterien der Beurteilungskriterien in der 2. Auflage folgen. Wie diese Ausnahmeregelungen aussehen sollen, wäre organisatorisch in den Fachgesellschaften möglichst unter Einbeziehung weiterer Fachbeteiligter, so z. B. dem BMV bzw. Vertretern aus den Führerscheinbehörden zu entwickeln.

5. Verlagerung der Kontrollen

Durch die Verlagerung der Kontrollen aus dem hausärztlichen Bereich heraus in den Bereich der Verkehrs- und Arbeitsmedizin ergibt sich auch eine psychologische Problemstellung, die in der Alkoholtherapie von großer negativer Bedeutung ist. Es ist für einen Betroffenen, der an seinen Hausarzt angebunden ist, suchtpsychologisch falsch, wenn die Betreuung durch den erfahrenen, langjährigen Hausarzt ausgesetzt wird und durch solch instabile Abstinenzkontrollen ersetzt wird.

Für den Drogenbereich, wo Drogenscreenings schon immer zum Nachweis der Abstinenz notwendig waren, ist das eine andere Sache, allerdings handelt es sich hier mehr um jüngere Betroffene. Aber auch hier sollte eine geregelte Öffnung zugunsten der hausarztmedizinischen Versorgung ermöglicht werden.

6. Fehlende Ausrichtung an Altersgruppen

Die Beurteilungskriterien sind in der CTU wie auch im psychologischen Bereich nicht auf die Altersgruppen ausgerichtet. Das ist aber notwendig, da eine Drogen- und Alkoholproblematik in jungen Jahren ganz andere Hintergründe hat als in späteren Jahren, wo die

Problemlagen der Betroffenen anders sind und anders bewältigt werden. Tatsache ist, dass aber gerade das ganz wesentliche Kriterien bei der Fahreignungsbegutachtung darstellt, allerdings sind sie hier nicht explizit herausgearbeitet worden. Insbesondere im Rahmen der CTU wird hier überhaupt nicht mehr darauf Rücksicht genommen.

7. Kriterien CTU-2:

Die Abgabe einer Urinprobe unter direkter Sicht eines Arztes oder verantwortlichen Toxikologen ist schon aufgrund der Verfahrensorganisation der Screeningprogramme gar nicht möglich. Es ist insofern rechtlich nicht nachvollziehbar, wieso akkreditierte Institutionen nach einem erfolgten Erstkontakt durch den Arzt oder Toxikologen angewiesenes und autorisiertes Personal mit geeigneter Fachausbildung die Urinentnahme durchführen kann und dies bei anderen, nicht akkreditierten Institutionen unmöglich sein soll. Hier ist eine Ungleichbehandlung vorhanden, die rechtlich nicht mehr nachvollziehbar ist.

8. Hypothese 3, Kriterien A-3.3k:

Aus suchtpsychologischer Sicht ist nicht nachvollziehbar, wie das Kriterium für eine angemessene Problembewältigung an Trinkmengen vollkommen widersprüchlich aufgezeigt wird. Zum einen soll sich die Häufigkeit der Trinkanlässe reduzieren (Nr. 3) und in Nr. 4 und Nr. 5 geht es schon wieder um einen durchschnittlichen Alkoholkonsum „pro Tag“. Dabei sind die dort angegebenen Mengen auf Fachliteratur (BÜHRINGER, G. et. al., 2000, Alkoholkonsum und alkoholbezogene Störungen in Deutschland und ANDERSON, B. und BAUMBERG, P., 2006, Alcohol in europa) bezogen, aber die hier dargestellte Interpretation zeigt doch auf, dass die Experten, die diese Beurteilungskriterien geschrieben haben, wohl sehr wenig von der Sache verstehen. Ein tägliches Trinken bedeutet, dass eine massive Gewöhnung an Alkohol da ist. Um zu einem reduzierten Alkoholkonsum zu kommen, ist es nicht nur notwendig, die Gramm-Alkoholmenge pro Tag zu reduzieren, sondern vor allem und insbesondere dort die Frequenzdichte ganz erheblich und entscheidend auszulichten. Es geht nicht nur um eine hohe Alkoholgewöhnung im Sinne von tatsächlich konsumiertem Alkohol, es geht vor allem auch um eine Gewöhnung an die psychologisch dafür genannten *Trinkanlässe*. Es reicht nicht aus, durch reduzierte Alkoholmengen eine geringere Alkoholverträglichkeit zu haben, sondern vor allem die sozialen Gewöhnungsfaktoren, bei jungen Menschen oft verbunden mit Peer-Group-Erlebnissen, sind ein ganz entscheidendes Indiz.

Auf Seite 99 (1) Kontraindikatoren werden auch Gesamtkonstellationen und Bedingungen genannt, die nicht unbedingt zusammenhängend auf ein Alkoholproblem hinweisen. Hier wäre jedoch ein Suchtmediziner zur Fachbeurteilung notwendig.

9. Zu Hypothese D-3 und D-4:

Es ist nicht nachvollziehbar, wie das Kriterium für das Vorliegen einer Drogengefährdung entstanden ist, da auch der sogenannte regelmäßige Konsum von Cannabis entsprechend der Anlage 4 der Fahrerlaubnisverordnung hier mit einbezogen worden ist. Tatsache ist, viele meiner

Klienten mit reinem Cannabiskonsum würde ich als früher Cannabis abhängig bezeichnen. Die hier vorliegenden Kriterien für eine angemessene Problembewältigung, ab Kriterium D-3.3, sind unrealistisch und werden dem teilweise massiv konsumierendem THC-Klientel nicht gerecht. Ganz im Gegenteil, hier entstehen „Schubladen“, die mit der Zeit dazu führen, dass gerade diese harte Klientel im Cannabiskonsum viel zu „flach“ begutachtet wird. Ich hege hier vor allem den Verdacht, dass das den Besuchern der Kurse der Pluspunkt GmbH zugute kommt, die ja bekannterweise alle beim konzerneigenen Begutachtungsinstitut, dem TÜV Süd Life Service, begutachtet werden.

10. Zur Hypothese 4 ist nicht nachvollziehbar, wie insbesondere das Kriterium D-4.3n denn überprüft werden kann.“

B.

Gutachtenfragen

Im Rahmen der rechtsgutachtlichen Stellungnahme sind folgende Fragen zu prüfen:

1. Gibt es eine rechtliche Grundlage dafür, die Beurteilungsrichtlinien verbindlich vorzuschreiben?
2. Verstößt die Herabsetzung der cut off-Werte mit der Folge falsch-positive Ergebnisse gegen höherrangiges Recht?
3. Verstößt die Regelung, dass nur noch Labore, die einen forensischen Chemiker beschäftigen, Untersuchungen im Rahmen der Eignungsprüfung durchführen können, gegen Artikel 12 Grundgesetz?

C.

Stellungnahme

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beurteilungskriterien kommt es zunächst entscheidend darauf an, welche rechtliche Qualität diese überhaupt haben. Die Kriterien selbst sind erkennbar weder Gesetz, noch Satzung oder Rechtsverordnung. Fraglich ist daher, ob es eine Grundlage dafür gibt, diese für, wie es die Bundesanstalt für Straßenwesen getan hat, verbindlich zu erklären.

1. Fahrerlaubnisverordnung

Gemäß § 13 Abs. 1 Fahrerlaubnisverordnung (FeV) ordnet die Fahrerlaubnisbehörde zur Vorbereitung von Entscheidungen über die Erteilung oder Verlängerung der Fahrerlaubnis oder über die Anordnung von Beschränkungen oder Auflagen an, dass ein ärztliches Gutachten gem. § 11 Abs. 2 Satz 3 beizubringen ist, wenn Tatsachen die Annahme von Alkoholabhängigkeit begründen oder ein medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Gemäß § 14 Fahrerlaubnisverordnung ordnet die Fahrerlaubnisbehörde an, dass zur Vorbereitung von Entscheidungen über die Erteilung oder die Verlängerung der Fahrerlaubnis oder über die Anordnung von Beschränkung oder Auflagen ein ärztliches Gutachten beizubringen ist, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen. Weiterhin ist gem. § 14 Abs. 2 die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens unter bestimmten

Voraussetzungen anzuordnen. Gemäß § 11 Abs. 5 Fahrerlaubnisverordnung gelten für die Durchführung der ärztlichen und medizinisch-psychologischen Untersuchung sowie für die Erstellung der entsprechenden Gutachten die in der Anlage 15 zur Fahrerlaubnisverordnung genannten Grundsätze. Im 4. Abschnitt der Fahrerlaubnisverordnung werden Voraussetzungen für die Anerkennung und Akkreditierung für bestimmte Aufgaben geregelt. Gemäß § 71 Abs. 1 Fahrerlaubnisverordnung geltend für die Durchführung der verkehrspsychologischen Beratung nach § 4 Abs. 9 Straßenverkehrsgesetz die Personen im Sinne dieser Vorschrift als amtlich anerkannt, die eine Bestätigung nach Absatz 2 der Sektion Verkehrspsychologie im Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. besitzen. Die Voraussetzungen, unter denen die Sektion Verkehrspsychologie im Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. die Bestätigung auszustellen hat, wenn in § 71 Abs. 2 Fahrerlaubnisverordnung präzisiert. Weiterhin müssen gem. § 72 Fahrerlaubnisverordnung Träger von Begutachtungsstellen für Vereinnung, technische Prüfstellen sowie Stellen, die Kurse zur Wiederherstellung der Kraftfahreignung durchführen, entsprechend der Norm DIN IN ISO/IEC 17020, Ausgabe November 2004, für die Voraussetzungen und Durchführung dieser Aufgabe jeweils akkreditiert sein. Die Aufgaben der Akkreditierung nimmt die Bundesanstalt für Straßenwesen nach der Norm DIN IN ISO/IEC 17011, Ausgabe Februar 2005, wahr. Vorschriften über die Akkreditierung von Untersuchungslabors enthält die Fahrerlaubnisverordnung nicht.

Anlage 15 zu § 11 Abs. 5 Fahrerlaubnisverordnung enthält in Ziffer 1 Grundsätze für die durchzuführende Untersuchung und in Ziffer 2 Grundsätze für die Erstellung des Gutachtens. Weder die Fahrerlaubnisverordnung noch die Anlage 15 verweisen auf eine Kompetenz des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung oder der Bundesanstalt für Straßenwesen, über die Fahrerlaubnisverordnung hinausgehende Anforderungen für die Akkreditierung von Untersuchungslabors oder die Durchführung von medizinisch-psychologischen Gutachten aufzustellen. Als Ermächtigungsgrundlage kommt auch nicht § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StVG in Betracht. Danach wird das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundestages zu erlassen über die Anforderungen an die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen, die Beurteilung der Eignung durch Gutachten sowie die Feststellung und Überprüfung der Eignung durch die Fahrerlaubnisbehörde nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit Absatz 4, 7 und 8 StVG. Bei den „Beurteilungsrichtlinien“ handelt es sich jedoch nicht um eine Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, weshalb schon aus diesem Grund § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StVG als Ermächtigungsgrundlage ausscheidet.

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Bundesanstalt der Straßenwesen, die Beurteilungsrichtlinien für verbindlich zu erklären, gibt es mithin nicht. Schon aus formalen Gründen können daher durch die Beurteilungsrichtlinien keine Anforderungen an die Labore im Hinblick auf deren Akkreditierung bzw. die zwingende Beschäftigung eines

forensischen Chemikers gemacht werden. Gleiches gilt für die Festsetzung der cut off-Werte.

2. Herabsetzung der cut off-Werte, Verstoß gegen höherrangiges Recht

Weiterhin ist der Frage nachzugehen, ob die Absenkung der cut off-Werte mit der Folge, dass vermehrt falsch-positive Labor-Ergebnisse erzielt werden, gegen höherrangiges Recht verstößt. In Betracht kommt insbesondere ein Verstoß gegen Artikel 2 Abs. 1 GG.

a) Eingriff in Artikel 2 Abs. 1 GG

Die Teilnahme am Straßenverkehr, auch mit Kraftfahrzeugen, unterfällt der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Dementsprechend ist gem. § 1 Fahrerlaubnisverordnung zum Verkehr auf öffentlichen Straßen jeder zugelassen, soweit nicht für die Zulassung zu einzelnen Verkehrsarten eine Erlaubnis vorgeschrieben ist. Beschränkungen der Teilnahme am öffentlichen Verkehr bedürfen als Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit einer Rechtfertigung.

Eingriffe hierin können nur gerechtfertigt sein, soweit dies die verfassungsgemäße Ordnung gebietet.

Zusammenfassend Murswiek in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage 2003, Art. 2 Rn. 103 mit weiteren Nachweisen.

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedürfen der Grundlage in einer gesetzlichen Regelung, die der Bedeutung des Rechts entsprechend hinreichend bestimmt gefasst sein muss.

Murswiek a.a.O., Art. 2 Rn. 107 mit weiteren Nachweisen.

b) Fehlende Eingriffsermächtigung

Schon aus dem Vorstehenden unter 1. ergibt sich, dass der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die Festsetzung von cut off-Werten, die falsch-positive Ergebnisse bringen können, nicht gerechtfertigt ist, weil es an einer gesetzlichen Grundlage für die verbindliche Erklärung der Richtlinien, welche diese cut off-Werte enthalten, fehlt.

c) Fehlende materielle-Rechtfertigung

Darüber hinaus ist der Eingriff materiell nicht gerechtfertigt. Die Festsetzung der niedriger cut off-Werte wäre nur dann gerechtfertigt, wenn dies erforderlich wäre, um sicher feststellen zu können, ob Probanden die jeweiligen Substanzen in einer Art und Weise zu sich genommen haben, welche Rückschlüsse auf ihre Fahrtauglichkeit ziehen lässt. Soweit es jedoch möglich ist, die cut off-Werte zu

überschreiten, in dem Menschen sich „normal“ ernähren, fehlt es an einer Rechtfertigung. Insoweit ist der cut off-Wert schon nicht geeignet, das Ziel – Feststellung der Fahreignung – zu erreichen. Der Angriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist daher schon unverhältnismäßig. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Festsetzung der niedrigen cut off-Werte erforderlich wäre, um auch Konsumenten der verbotenen Substanzen deren Konsum nachweisen zu können. Empirische Belege dafür, dass nach dem zuvor geltenden cut off-Werten in relevanter Anzahl Konsumenten der verbotenen Substanzen nicht entdeckt worden wären, gibt es jedoch nach den vorliegenden Unterlagen nicht. Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist daher nicht gerechtfertigt. Die Festsetzung derart geringer cut off-Werte ist daher mit höherrangigem Recht unvereinbar.

3. Verletzung von Artikel 12 Abs. 1 GG

Die sich aus den geänderten Richtlinien ergebende Vorgabe, dass nur noch für die Probenanalyse Labore zugelassen werden, die nach DIN ISO/IEC 17025 zugelassen sind, und die somit einen forensischen Toxikologen beschäftigen, könnte weiterhin gegen Artikel 12 Abs. 1 GG verstoßen.

a) Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Gemäß Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Unterhaltung eines Labors zur Probenanalyse unterfällt dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

Vgl. nur BVerfGE 96, 372 (375 f.) mit zahlreichen Nachweisen.

Die Vorgabe, nur noch solche Labore für die Probenanalyse zuzulassen, welche einen forensischen Toxikologen beschäftigen, hat zudem unmittelbar berufsregelnde Tendenz, weil damit die Anforderungen an die Ausübung des Berufes unmittelbar geregelt werden.

Vgl. Tettinger, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage 2003, Art. 12 Rn. 71 mit weiteren Nachweisen.

Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Diesem Regelungsvorbehalt liegt die verfassungspolitische Erwägung zugrunde, dass Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer parlamentarischen Entscheidung zulässig sein sollen, die sich der Gründe für und gegen eine Beeinträchtigung bewusst ist. Nur unter diese Prämisse kann ein gerechter Ausgleich zwischen der

Berufsfreiheit als Ausdruck des Schutzes menschlicher Persönlichkeit und dem Belangen der Allgemeinheit gewährleistet werden.

Vgl. BVerfGE 33, 125 (158 f.); 41, 251 (263 f.); 76, 171 (184 f.); ständige Rechtsprechung

Der Bedarf ist zunächst einer Kompetenz gemäß erlassenen berufsregelnden Norm, die darüber hinaus durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Vgl. BVerfGE 95, 193 (214); 102, 197 (213).

b) Fehlende formelle Voraussetzungen

Für die Anforderung, einen forensischen Toxikologen beschäftigen zu müssen, um zertifiziert zu werden und damit die Laboruntersuchungen durchführen zu dürfen, fehlt es wie unter 1.) ausgeführt schon an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Weder die StVZO noch die Fahrerlaubnisverordnung enthalten eine Ermächtigungsgrundlage hierfür.

c) Fehlende materielle Voraussetzungen

Darüber hinaus fehlt es an einer Rechtfertigung dieser Anforderung. Empirische Untersuchungen dazu, dass die bisherigen Labore nicht verwertbare Ergebnisse liefern würden, gibt es nicht. Unter Berücksichtigung der Trennung von hinweisgebenden und beweisenden Verfahren ist auch nicht erkennbar, dass schon bei den hinweisgebenden Verfahren Methoden angewandt werden müssen, die auch gerichtsverwertbar wären. Vernünftige Gründe des Gemeinwohls, welche die Anforderung, nur noch solche Labore mit den hinweisgebenden Untersuchungen betrauen zu können, welche einen forensischen Toxikologen beschäftigen, gibt es daher nicht. Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist daher nicht gerechtfertigt.

-

- Dr. P. Sieben -

Stuttgart, den 07. Dezember 2009

Rechtsanwalt

\\Linux\mk\Documents\2009\Dez\Rechtsgutachterliche Stellungnahme (i.S. Hemberger).doc