

Die Anordnungscompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO

Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung

Von Oberstaatsanwalt Dr. Christoph Ebert, München*

I. Einführung

Am 12.2.2007 nahm das Bundesverfassungsgericht in einer viel beachteten Kammerentscheidung¹ zur Frage der Anordnungscompetenz nach § 81a Abs. 2 StPO Stellung. Die Handhabung der Anordnung nach § 81a Abs. 2 StPO steht seither in vielfacher Diskussion.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Anlässlich einer auf einer richterlichen Anordnung basierenden Wohnungsnachschau wurden in der Wohnung des Beschwerdeführers Tabakreste in der Toilettenschüssel und eine Plastikdose mit vermeintlichen Cannabis-Anhaftungen aufgefunden. Die Gegenstände wurden nicht sichergestellt. Der Beschwerdeführer verweigerte die freiwillige Abgabe einer Urinprobe zur Überprüfung etwaigen Cannabis-Konsums. Daraufhin wurde durch die Staatsanwaltschaft um 9.00 Uhr eine Blutentnahme angeordnet und von einem Arzt durchgeführt. Das Amtsgericht bestätigte die Rechtmäßigkeit der Anordnung einer Blutentnahme. Das Landgericht verwarf die Beschwerde des Beschwerdeführers. Beide Gerichte erörterten die Anordnungscompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht.

Weil das Landgericht die Voraussetzungen der staatsanwaltschaftlichen Eilcompetenz überhaupt nicht geprüft hatte, sah sich das Bundesverfassungsgericht erst in der Lage, in der Sache selbst zu entscheiden.²

Das Bundesverfassungsgericht führte hierbei aus:

„Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu. Der Richtervorbehalt – auch der einfachgesetzliche – zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme in ihren konkreten gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Nur bei einer 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, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Die Gefährdung des Untersuchungserfolges muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezo-

gen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist. Das Vorliegen einer solchen Gefährdung unterliegt der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden gerichtlichen Überprüfung.“

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die folgerichtige Konsequenz des mit dem Grundsatzurteil³ eingeschlagenen Weges zum Begriff der „Gefahr im Verzug“ bei Wohnungsdurchsuchungen.

II. Allgemeines

Zunächst formuliert § 81a Abs. 2 StPO klar die Anordnungscompetenz für die Blutentnahme: „Die Anordnung steht dem Richter [...] zu“.

Die Anordnung ist originär⁴ und primär⁵ dem Richter vorbehalten. Dieser (einfachgesetzliche) Vorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme in ihren konkret gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab.⁶ Dies ist ein Gebot des effektiven Rechtsschutzes.⁷

Nur im Falle der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ (§ 81a Abs. 2 StPO) steht die Anordnungscompetenz ersatzweise⁸ auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG)⁹ zu. Es ist eine Ausnahme und daher nur subsidiär anwendbar.

Damit legt § 81a Abs. 2 StPO ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis fest.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergeben sich für dieses Regel-Ausnahmeverhältnis folgende Fragen:

- Wann ist dieses Regel-Ausnahmeverhältnis einschlägig?
- Was ist der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO?
- Wann ist dieser Erfolg gefährdet i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO?
- Wie ist das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen im Rahmen von § 81a Abs. 2 StPO zu beurteilen?

III. Einwilligung des Verdächtigen

1. Disponibles Rechtsgut

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 81a Abs. 2 StPO ist bedeutungslos, wenn der Tatverdächtige eingewilligt hat.¹⁰

* Der Autor ist Oberstaatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft München. – Mit diesen Ausführungen bedanke ich mich herzlich beim Jubilar, insbesondere für die vielen Jahre, in denen ich mit ihm zusammenarbeiten durfte und ihn über seine berufliche Tätigkeit hinaus kennen lernen konnte.

¹ BVerfG NJW 2007, 1345.

² Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers war unzulässig, soweit sie sich gegen die staatsanwaltschaftliche Anordnung der Blutentnahme und gegen den amtsgerichtlichen Beschluss, der die Rechtmäßigkeit der Anordnung bestätigt, wendete. Insoweit fehlt die Beschwer, nachdem diese Akte der öffentlichen Gewalt durch den landgerichtlichen Beschluss überholt sind.

³ BVerfG NJW 2001, 1121.

⁴ OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

⁵ OLG Bamberg NJW 2009, 349.

⁶ BVerfGE 96, 44; 103, 142 (151) m.w.N.; OLG Bamberg NStZ-RR 2009, 247.

⁷ OLG Karlsruhe StV 2009, 516.

⁸ OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

⁹ In Bayern z.B.: i.V.m. § 1 der Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 21.12.1995.

¹⁰ Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 81a Rn. 3 ff.; OLG Hamm StRR 2009, 262.

Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz im Strafverfahren, dass in den disponiblen Fällen der Rückgriff auf strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nicht notwendig ist, wenn der Betroffene einwilligt.¹¹ Der Tatverdächtige kann in die Blutentnahme einwilligen. Begründet wird dies damit, dass der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ein disponibles Rechtsgut betrifft.¹²

Die Grundrechtsgarantien setzen hier aber Grenzen (vgl. zum Beispiel § 136a Abs. 3 S. 1 StPO). Im Bereich der Blutentnahme ergibt sich diese Grenze auch aus Art. 2 Abs. 2 GG und letztlich indirekt insbesondere aus § 228 StGB. Umgekehrt gestattet die Einwilligung in letzter Konsequenz aber auch eine Blutentnahme entgegen § 81a Abs. 1 S. 2 StGB.¹³

2. Voraussetzungen der Einwilligung

Nur die freiwillige, ernstliche und in Kenntnis der Sachlage und des Verweigerungsrechts erteilte ausdrückliche Einwilligung ist beachtlich.

Der Tatverdächtige muss aktiv seine Einwilligung kundgeben. Er selbst muss nach seiner Verstandesreife Sinn und Tragweite der Einwilligung erfassen, ohne geschäftsfähig sein zu müssen.¹⁴

Damit ist die bloße Hinnahme des Eingriffs nicht ausreichend. Es genügt nicht, dass der Täter sich auf die Wache oder ins Krankenhaus bringen lässt, um die Blutentnahme an sich vornehmen zu lassen. Das nur kooperative Verhalten und die lediglich duldbare Hinnahme der Blutentnahme genügt nicht. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Betroffene vorher ausführlich über die Verweigerung der Blutentnahme und die Durchsetzung einer Anordnung zur Blutentnahme mit unmittelbarem Zwang belehrt wurde.¹⁵

IV. Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung

Entscheidend für die Klärung der Anordnungscompetenz nach § 81a Abs. 2 StPO ist, wie die gesetzlichen Anforderungen an die Ausnahmeregelung ausgelegt werden. Die gesetzliche Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn die „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ besteht.

1. Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO

a) Verfahrenserhebliche Tatsachen

Die Blutentnahme „darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind“ (§ 81a Abs. 1 S. 1 StPO). Hierdurch wird der Zweck der

Blutentnahme festgelegt: die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen.¹⁶

Zu diesen verfahrenserheblichen Tatsachen gehören all diejenigen, die zum Beweis der Straftat, der Täterschaft und der Schuld dienen oder für die Ahndung der Tat erheblich sind.¹⁷ Hierunter fällt auch die eine Rechtsfolgenentscheidung beeinflussende Tatsache.¹⁸

aa) Ebene des Tatbestands

Tatsachen im Rahmen der Straftat sind Umstände, die ein Merkmal des Tatbestandes betreffen. Eine bedeutsame Tatsache i.S.d. § 81a StPO ist zum Beispiel im Teilbereich der Straßenverkehrsdelikte (§§ 315c Abs. 1 lit. a, 316 StGB) oder des Vollrausches (§ 323a StGB) der Grad der Alkoholisierung bzw. die Zusammensetzung des Blutes (auch mit Fremdstoffen). Diese Tatsachen ermöglichen (unter Umständen alleine oder mit Hilfe weiterer Tatsachen) im Bereich der Straßenverkehrsdelikte den Beweis zu führen, dass der Täter im Zeitpunkt der Tat sich in einem Zustand befand, in welchem er nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (Fahrunsicherheit¹⁹). Zweck der Blutentnahme – bei einem Verdacht des Straftatbestandes der Trunkenheit im Verkehr – ist die Feststellung der Blutalkoholkonzentration bzw. der Konzentration der psychotrop wirkenden Substanzen beim Tatverdächtigen zur Tatzeit.

bb) Ebene der Schuld

Gerade im Bereich der Schuld ist der Grad der Alkoholisierung oder die Beschaffenheit des Blutes im Tatzeitpunkt ein wesentlicher Faktor zur Beurteilung der (verminderten) Schuldfähigkeit. Hier darf auf die Bedeutung der Blutalkoholkonzentration bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit hingewiesen werden, der zumindest die Eigenschaft eines Richtwerts zukommt.²⁰ Insoweit ist demnach auch die Beschaffenheit des Blutes eine verfahrenserhebliche Tatsache.

cc) Ebene der Rechtsfolgenentscheidung

Auch im Bereich der Rechtsfolgenentscheidung kann die Beschaffenheit des Blutes im Zeitpunkt der Tat eine verfahrenserhebliche Tatsache sein. So kann im Rahmen der Strafbemessung (§ 46 StGB) die Enthemmung durch Alkohol als Strafzumessungstatsache berücksichtigt werden,²¹ unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind.

Auch im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung kann die Beschaffenheit des Blutes, z.B. der Grad der Alkoholisierung im Zeitpunkt der Straftat, eine verfahrenserhebliche Tatsache sein. Zu beachten ist aber in diesem

¹¹ OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

¹² OLG Hamm StRR 2009, 262.

¹³ BGH NJW 1964, 1177; Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 3.

¹⁴ Krause, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn. 1; OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

¹⁵ OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

¹⁶ Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 6.

¹⁷ Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 16.

¹⁸ Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 6.

¹⁹ Meist auch bezeichnet als Fahruntüchtigkeit (vgl. hierzu Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 316 Rn. 6).

²⁰ Fischer (Fn. 19), § 20 Rn. 19.

²¹ Fischer (Fn. 19), § 46 Rn. 32.

Bereich stets, wie auch bereits bei der Schuld angeführt, dass diese Tatsache allenfalls ein (wesentlicher) Faktor zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit nach §§ 63, 66 StGB oder der (körperliche oder geistigen) Eignung nach § 69 StGB²² ist.

b) Bezogen auf einem bestimmten Zeitpunkt

Der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO ist die Feststellung dieser verfahrenserheblichen Tatsachen.

Die Beschaffenheit des Blutes kann nur festgestellt werden, wenn dieses untersucht werden kann. Damit muss die Ermittlungsbehörde das Blut erlangt haben. Die Erlangung des Blutes zur Untersuchung dessen Beschaffenheit ist nicht Selbstzweck. Sie hängt unmittelbar mit dem gesetzlich formulierten Grund der Erlangung zusammen: die Erlangung des Blutes zum Zwecke der Feststellung der beweisereblichen Tatsachen.

Die Erlangung der Erkenntnis über die Beschaffenheit des Blutes ist ein Grundziel der Untersuchung i.S.d. § 81a StPO. Dabei ist jedoch nicht die Feststellung der Beschaffenheit des Blutes als solches Ziel der Untersuchung, entscheidend hierbei ist die Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dieser Zeitpunkt ist abhängig von der Verfahrenserheblichkeit.

Dieser Zeitpunkt kann, wie bereits aufgezeigt, der Tatzeitpunkt sein, insbesondere bei Tatsachen, die den Tatbestand und/oder die Schuld betreffen. Auch andere Zeitpunkte im Verfahren können in Betracht kommen. So zum Beispiel, wenn die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten beurteilt werden soll.²³

c) Zwischenergebnis

Die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt ist Untersuchungserfolg des § 81a StPO. Der Zeitpunkt ist abhängig von der Verfahrenserheblichkeit, d.h. welcher Beweis mit der Tatsache geführt werden soll.

2. Gefährdung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO

a) Grundlagen

Zwei wichtige Punkte sind nun voneinander zu trennen, auch wenn sie durch die gesetzliche Formulierung eng miteinander verbunden sind: die Frage der *Gefährdung* des Untersuchungserfolges und die Frage der gesetzlich formulierten Einschränkung, dass diese Gefährdung durch eine *Verzögerung* eintreten muss.

aa) Auslegung

Dieser Rechtsbegriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ wird oftmals nur als „Gefahr im Verzug“ bezeichnet.²⁴ Diese Rechtsbegriffe sollen sich entsprechen.²⁵

Unabhängig von dieser Begrifflichkeit ist der Rechtsbegriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ eng auszulegen.²⁶ Diese Pflicht zur engen Auslegung ergibt sich nicht nur aus dem Ausnahmecharakter der richterlichen Anordnung, sondern vor allem aus der (grundrechtssichernden) Schutzfunktion des Richtervorbehalts.

bb) Formelle und materielle Verzögerung

Aus der Stellung im Gesetz ergeben sich aber auch – und hierauf ist besonders deutlich hinzuweisen – zwei alternative Bezugspunkte des Rechtsbegriffes „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“.

Zum einen ergibt sich ein Bezug innerhalb des § 81a Abs. 2 StPO. Hier wird das Verhältnis der gesetzlich beteiligten Personen zueinander angesprochen. Dieses Verhältnis ist die Anordnung mit und ohne richterliche Beteiligung, hier bezeichnet als formelle Verzögerung.

Zum anderen ergibt sich ein Bezug von § 81a Abs. 2 StPO zu § 81a Abs. 1 StPO. Hier wird das Verhältnis der gesetzlich verankerten Zeitpunkte angesprochen. Dieses Verhältnis betrifft den Zeitpunkt des Untersuchungserfolges (z.B. der Tatzeitpunkt) und den Zeitpunkt der Blutentnahme, hier bezeichnet als materielle Verzögerung.

b) Beurteilungszeitpunkt

Im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO kommt es für die im konkreten Fall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung hätten einholen müssen, auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft bzw. ihre Ermittlungspersonen eine Blutentnahme für erforderlich hielten.²⁷

Die mit der Sache befasste Person muss zu diesem Zeitpunkt eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen Verzögerung treffen.²⁸ Die Frage lautet: Ist die Gefährdung des Untersuchungserfolges objektiv zu befürchten?²⁹

Grundlagen dieser Prognoseentscheidung sind die tatsächlichen Erkenntnisse der über die Anordnung nach § 81a Abs. 2 StPO entscheidende Person. Oftmals ist das der Polizeibeamte am Kontrollort.

Hierin zeigt sich die Schwierigkeit des § 81a Abs. 2 StPO und hierin liegt die Ursache für das aktuelle Unbehagen in der obergerichtlichen Rechtsprechung. Neben einer mit dem Risiko der Fehlentscheidung behafteten Prognoseentscheidung ist auch eine wertende Betrachtung der Gefährdung vorzunehmen. Diese wertende Betrachtung ist eine Abwägung der sich widerstreitenden Interessen.

c) Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle Verzögerung

Der Untersuchungserfolg muss durch die mit der Einschaltung des Richters verbundenen zeitlichen Verzögerung ge-

²² Fischer (Fn. 19), § 69 Rn. 17.

²³ Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 17.

²⁴ Z.B. Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 25b.

²⁵ Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 66.

²⁶ BVerfGE 103, 142.

²⁷ BGHSt 51, 285 (289); OLG Hamm StRR 2009, 262.

²⁸ OLG Hamm StRR 2009, 262.

²⁹ OLG Karlsruhe StV 2009, 516.

fährdet sein.³⁰ Entscheidend ist damit die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehende Verzögerung.³¹

aa) Zwei Zeitpunkte der Blutentnahme

Zunächst müssen die beiden Zeitpunkte der Blutentnahme gegenübergestellt werden. Es ist der hypothetische Ermittlungsverlauf (in zwei Varianten) zu klären. Wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs die richterliche Anordnung zu erreichen den Erfolg der Maßnahme gefährden würde, dürfen die Strafverfolgungsbehörden selbst die Anordnung treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben.³² Mit anderen Worten: wenn die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden ist, kann die Ermittlungsbehörde ihre Eilkompetenz in Anspruch nehmen.

(1) Zeitpunkt der Blutentnahme mit Einholung einer richterlichen Anordnung

Die Ermittlung dieses hypothetischen Zeitpunkts macht in der Praxis nur vordergründig Schwierigkeiten. Letztlich lassen sich klare Kriterien herausarbeiten, die in den einzelnen Gerichtsbezirken variieren können, aber doch einen klaren Grundzug aufweisen.

(a) Gewöhnlicher Geschäftsgang

Die Ermittlungsperson hat eine Prognoseentscheidung zu treffen, wann eine Blutentnahme nach richterlicher Anordnung zu erlangen ist. Hierbei ist von einem gewöhnlichen, aber zügigen, Geschäftsgang auszugehen.

So geht das Oberlandesgericht Celle davon aus, dass an gewöhnlichen Werktagen – ohne besondere Umstände – auch im ländlichen Bereich bei kleinen Gerichten ohne Weiteres die richterliche Entscheidung bei einer Trunkenheitsfahrt und Anhaltezeit um 14.55 Uhr nach 35 Minuten herbeiführbar ist.³³ Dasselbe Oberlandesgericht sieht die Möglichkeit, dass in einem Zeitraum von 20 Minuten in der Mittagszeit eines Werktages eine richterliche Entscheidung einzuholen sei und verneint – mangels anderweitigen Anhaltspunkten – eine zeitliche (und damit formelle) Verzögerung.³⁴

(b) Grundsätzlich keine Aktenvorlage

Bei dieser hypothetischen Feststellung des Zeitpunkts der gerichtlichen Entscheidung ist davon auszugehen, dass bei einfach gelagerten und ohne Weiteres überschaubaren Sachverhalten ein angerufener Richter auch ohne Aktenvorlage fernmündlich die begehrte Anordnung treffen kann. Gegenteilige Auffassungen, die die richterliche Entscheidung durch begründeten Beschluss gemäß § 34 StPO und Bekanntgabe

nach § 85 Abs. 2 StPO fordern³⁵, überdehnen die Anforderungen im Bereich des § 81a Abs. 2 StPO. § 81a Abs. 2 StPO fordert nicht die Vorlage der schriftlichen Akten für die richterliche Anordnung.³⁶

Sobald der Richter die Vorlage der Akten fordert, ist grundsätzlich von einem Fall der Eilkompetenz auszugehen. Eine zeitliche Verzögerung tritt dann regelmäßig nicht ein.

Letztlich lässt sich bei intensiver Recherche der aktuellen Rechtsprechung und Literatur die Auffassung herausarbeiten, dass die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung binnen ca. 30 Minuten grundsätzlich möglich sein müsste, insbesondere im Hinblick auf die modernen Kommunikationsmittel.

(c) Außerhalb der Geschäftszeit des Gerichts

Interessant sind die Zeiten außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten der Gerichte, insbesondere bei Nachtzeiten und am Wochenende.

Zwei gegenteilige Meinungen stehen sich für die Frage der hypothetischen Erreichbarkeit gegenüber:

Vertreten wird, dass zeitliche Umstände zur Begründung der Eilkompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht herangezogen werden können.³⁷ Begründet wird dies mit der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters stets zu gewährleisten. Die Konsequenz daraus ist, dass auch in Zeiten außerhalb gewöhnlicher Geschäftszeiten die oben aufgezeigte Ermittlung des Zeitpunktes der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung Bestand hat.

Die Gegenmeinung stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab, die sich aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum richterlichen Eildienst ableiten lässt. In den Zeiten, die außerhalb des landesintern eingerichteten richterlichen Bereitschaftsdienstes³⁸ liegen, kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt an, ab welchem ein Richter tatsächlich erreichbar gewesen sein sollte. Dies kann frühestens – bei Zugrundelegung knappster Prüfungszeiträume – ca. 30 Minuten nach Beginn des richterlichen Bereitschaftsdienstes in den frühen Morgenstunden sein. Auf Grundlage einer solchen Entscheidung in den Morgenstunden würden ca. weitere 30 Minuten vergehen, bis eine Blutentnahme durchgeführt werden könnte. Damit ergibt sich ein hypothetischer Zeitpunkt der Blutentnahme ca. eine Stunde nach Beginn des richterlichen Bereitschaftsdienstes. Die Gefährdung des Untersuchungserfolges, zum Beispiel der drohende Beweismittelverlust für die Frage der Fahruntüchtigkeit wie auch unter dem

³⁰ OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

³¹ OLG Dresden NJW 2009, 2149.

³² BVerfGE 103, 142 (155 f.); OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

³³ OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

³⁴ OLG Celle StV 2009, 518.

³⁵ LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24.6.2008 – 5 Qs 93/08.

³⁶ BGHSt 51, 285 (295); Laschewski, NZV 2008, 215; a.A. LG Hamburg NZV 2008, 213, wonach bei bloß telefonischer Einschaltung des Richters dem Richtervorbehalt nicht Genüge getan wird.

³⁷ Brandenburgisches OLG NStZ-RR 2009, 247 (Antreffzeitpunkt am Samstagsabend um 21.10 Uhr).

³⁸ NRW: RV des JM v. 15.12.2007 – 2043 – I 3 – INBl. NRW 2007, S. 165.

Gesichtspunkt der Voraussetzungen der § 20, 21 StGB³⁹, ist in Zeiten außerhalb des richterlichen Bereitschaftsdienstes somit evident.

(2) Zeitpunkt der Blutentnahme ohne Einholung einer richterlichen Anordnung

Die Ermittlung des zweiten Zeitpunkts, die Zeit der Blutentnahme ohne richterliche Anordnung, macht in der Praxis keine Schwierigkeiten. Hier kann die mit der Sache befasste Person auf ihren Erfahrungsschatz zurückgreifen, aus der sich eine Abschätzung ergibt, wann die ärztliche Blutentnahme auf der Dienststelle oder im Krankenhaus erfolgen kann.

(3) Konsequenz

Es ergeben sich bei der Prognoseentscheidung grundsätzlich zwei Möglichkeiten: eine zeitliche Verzögerung tritt (hypothetisch) ein oder eine zeitliche Verzögerung tritt (hypothetisch) nicht ein.

Prognostiziert die Ermittlungsperson eine zeitliche Verzögerung aufgrund des Versuchs eine richterliche Anordnung zu erreichen, kann diese selbständig die Anordnung treffen. Sie muss sich nicht um die richterliche Anordnung bemühen.

Demgegenüber wird deutlich, dass die Eilkompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht greift, wenn bei gewöhnlichem Lauf eine zeitliche Verzögerung nicht eintritt.

d) Gefährdung des Untersuchungserfolges durch materielle Verzögerung

Die Prognoseentscheidung hat neben dem aufgezeigten Bezug zu den beteiligten Personen (formelle Verzögerung) alternativ auch einen Bezug zum Untersuchungserfolg (materielle Verzögerung). Die „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ ist nicht nur im zeitlichen Verhältnis der möglichen Anordnungen des Ermittlungsrichters zur Staatsanwaltschaft bzw. deren Ermittlungspersonen zu sehen, sondern auch im zeitlichen Verhältnis vom Untersuchungserfolg zum Zeitpunkt der Blutentnahme.

Dieses Verhältnis wird beeinflusst von der Abwägung der sich widerstreitenden Interessen. Dies findet seine klare Stütze im Gesetz. „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ hat nicht nur den Bezug zu den beteiligten Personen, und damit zur Blutentnahme mit und ohne richterliche Anordnung, sondern auch einen klaren Bezug zum Zweck der Blutentnahme, wie er sich aus § 81a Abs. 1 StPO ergibt.

Umstände dieser Abwägung der sich widerstreitenden Interessen können nur die vielzitierten Tatsachen sein, die auf den Einzelfall bezogen sind.⁴⁰

aa) Unbeachtliche Kriterien

In diesem Bereich sind Scheingefechte vorhanden, die die inhaltliche Diskussion eher bremsen statt fördern.

Der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a StPO ist – wie dargelegt – die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Nachdem die Beschaffenheit des Blutes einer ständigen Veränderung unterliegt, wäre es (vordergründig) naheliegend, den Begriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges“ abstrakt, d.h. losgelöst vom Einzelfall, zu definieren. Danach sei bei einem Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit Alkohol der Untersuchungserfolg durch Einschaltung weiterer Personen (sei es Staatsanwalt oder Richter) grundsätzlich gefährdet.

Die Blutentnahme sei grundsätzlich schnellst möglich durchzuführen. Auf eine (staatsanwaltschaftliche oder richterliche) Entscheidung könne nicht gewartet werden. Grund dafür ist die zentrale Bedeutung der möglichst genauen Feststellung des Grades des Rauschmitteleinflusses zum Tatzeitpunkt für den Tatnachweis.⁴¹ Jede zeitliche Verzögerung – zum Beispiel das Warten auf die Entscheidung – führe zu einer Ungenauigkeit hinsichtlich der zugrunde zu legenden Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit, nachdem die Blutwerte durch körperliche Vorgänge (Abbau und ggf. auch Aufbau der Werte) einer ständigen Veränderung unterliegen. Hintergrund dafür ist, dass die anerkannten Rückrechnungsmethoden zwischen Blutentnahme und Zeitpunkt der Tat zu größeren Ungenauigkeiten, je größer der Zeitabstand wird, führen. Der Abbau der Blutalkohol- bzw. Drogenkonzentration rechtfertige per se die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges.⁴²

Dieser Argumentation wird jedoch klar entgegen getreten.

Die bei Straftaten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen typischerweise bestehende abstrakte – und damit gerade nicht einzelfallbezogene – Gefahr ist, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar vereitelt wird. Dies allein kann für sich noch nicht die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges begründen.⁴³

Es existiert kein Rechtssatz, dass bei Straftaten unter Alkoholeinfluss generell – ohne Berücksichtigung des Schutzzwecks des Richtervorbehalts im konkreten Einzelfall – von der Gefährdung des Untersuchungserfolges i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO und damit dem Vorliegen von Gefahr im Verzug ausgegangen werden kann.⁴⁴ Damit kann dahingestellt bleiben, ob die bestehenden Rückrechnungsmethoden einen Ausgleich im Rahmen der Abwägung gewährleisten.

bb) Beachtliche Kriterien

Aus den Umständen der Tat und/oder dem Verhalten des Tatverdächtigen können sich somit beachtliche Tatsachen für den Abwägungsvorgang im Bereich der materiellen Verzögerung ergeben.

³⁹ OLG Hamm StV 2009, 462 mit Besprechung *Brüning*, ZJS 2010, 129.

⁴⁰ OLG Karlsruhe StV 2009, 516 f.

⁴¹ LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24.6.2008 – 5 Qs 93/08.

⁴² *Brocke/Herb*, NSTZ 2009, 124.

⁴³ OLG Hamm StRR 2009, 262; Brandenburgisches OLG NSTZ-RR 2009, 247.

⁴⁴ OLG Dresden NJW 2009, 2149.

(1) Konkrete Feststellung am Ort der Kontrolle

Zunächst können sich aus den konkreten Feststellungen am Kontrollort Umstände ergeben, die Einfluss auf den Abwägungsvorgang haben. Die Besonderheiten des Sachverhaltes legen dann die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen nahe.

Je klarer das Ermittlungsbild in der Situation der Kontrolle und je überschaubarer der Sachverhalt als solches ist, desto eher wird durch die Möglichkeit der Rückrechnung eine (kurzfristige) Verzögerung – bedingt durch die Einschaltung des Gerichts – ohne Weiteres ausgeglichen werden können. Grundsätzlich kann eine Eilzuständigkeit bei einer Atemalkoholkontrolle von 2,05 Promille und festgestellten Ausfallerscheinungen durch unsichere Fahrweise nicht angenommen werden.⁴⁵

Zu keinem anderen Ergebnis kommt letztlich der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz. Er wies in seinem 23. Tätigkeitsbericht⁴⁶ für den Berichtszeitraum 2007/2008 darauf hin, dass etwaige Beweisschwierigkeiten in Grenzfällen nicht dazu führen dürfen, dass die gesetzlichen Vorgaben des § 81a Abs. 2 StPO systematisch ignoriert werden. In den Fällen, in denen aufgrund der Umstände – etwa der Ergebnisse der Atemalkoholkontrolle – eine klare über dem Grenzwert liegende Blutalkoholkonzentration zu erwarten ist, muss eine eventuelle Unschärfe des Ergebnisses durch Rückrechnung in Kauf genommen werden. Dem ist im Hinblick auf den gesetzlich normierten und grundgesetzlich gebotenen Richtervorbehalt – etwa durch den Versuch, eine mündliche Entscheidung des Richters einzuholen – Rechnung zu tragen.

Die Annahme der Eilanordnung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO gebietet auch – durch Feststellungen im konkreten Einzelfall – die bestehende Nähe zu den durch die Rechtsprechung festgelegten Grenzen der Fahrunsicherheit. Nachdem diese Grenzen starr und unwiderleglich sind, entscheiden bereits geringfügige Messungsdifferenzen über die Frage der Strafbarkeit oder Straflosigkeit. Der Tatverdächtige mag dies – bewusst oder unbewusst – hinnehmen wollen, nachdem die beachtlichen Rückrechnungsmethoden sich zu Gunsten des Tatverdächtigen auswirken. Der Abbau der Stoffe im Blut findet grundsätzlich (weitaus) schneller statt, als dies die zu Gunsten des Tatverdächtigen anzunehmenden Rückrechnungswerte ergeben.

Anders formuliert:

Je unklarer das Ermittlungsbild in der Situation der Kontrolle oder je komplexer der Sachverhalt als solches sich in der Kontrolle darstellt und je genauer deswegen die Analyse der Blutwerte sein muss, desto eher werden die Ermittlungsbehörden die Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung annehmen können und notfalls ohne richterliche Entscheidung handeln dürfen.⁴⁷ Gerade in den Fällen, in

denen eine Rückrechnung nicht möglich ist (z.B. Betäubungsmittel- oder Medikamentenkonsum) ist dieses in Betracht zu ziehen.

Das kann zu der paradoxen Situation führen, dass der Richtervorbehalt bei „einfach gelagerten Fällen“ greift. In komplexen Fällen ist die Ausnahme des § 81a Abs. 2 StPO einschlägig. Gerade die vorbeugende Kontrolle wäre aber in letztgenannten Fällen von entscheidender Bedeutung. Dies ist ein sehr gewichtiges Argument, die Existenz des einfachgesetzlichen Richtervorbehaltes in § 81a Abs. 2 StPO zu überdenken.

(2) Verhalten des Tatverdächtigen nach der Tat

Die Gefährdung des Untersuchungserfolges kann sich auch aus dem Verhalten des Tatverdächtigen nach der Tat (insb. auch am Kontrollort) ergeben, z.B. wenn der Tatverdächtige den Atemalkoholtest verweigert, ein Nachtrunk im Raum steht⁴⁸ oder wenn der Tatverdächtige sich ohne eine polizeiliche Anordnung zur Blutentnahme zu entfernen versucht⁴⁹ und deshalb der Wert der Blutalkoholkonzentration bis zum Erhalt einer richterlichen Entscheidung nicht ermittelt werden kann bzw. erheblich verändert wird.⁵⁰

Die Annexkompetenz des § 81a StPO gibt den Ermittlungsbeamten die Möglichkeit den Tatverdächtigen festzuhalten.⁵¹ Sie können den Tatverdächtigen auch (bereits) zum Ort der Blutentnahme verbringen.⁵²

(3) Dennoch Richtervorbehalt?

Von einigen Stimmen in der Literatur wird im Falle der materiellen Verzögerung weiterhin gefordert, dass die Ermittlungsperson einen sich abzeichnenden zeitlichen Spielraum für den Versuch nützen muss – über den zuständigen Staatsanwalt oder unmittelbar –, um eine richterliche Anordnung zu erreichen.⁵³

Die Eilzuständigkeit wird mit einem derartigen Erfordernis durch die Hintertür wieder aufgehoben. Das ist mit dem klaren Wortlaut des § 81a Abs. 2 StPO abzulehnen. Die einmal greifende Ausnahme kann nicht durch weitere Umstände wieder rückgängig gemacht werden. Gegenteilige Überlegungen sind unserem Recht fremd. Deshalb ist auch die Auffassung abzulehnen, die im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO eine gespaltene Anordnungszuständigkeit im Falle des Sich-Entfernens des Tatverdächtigen annimmt.⁵⁴ Nach dem Willen des Gesetzgebers regelt § 81a Abs. 2 StPO eine einheitliche Anordnung; dies in zeitlicher Hinsicht, wie auch in materieller Hinsicht.⁵⁵ Bestehen die materiellen und formellen Vor-

⁴⁸ OLG Hamm StRR 2009, 262.

⁴⁹ OLG Hamm StRR 2009, 262.

⁵⁰ Eingehend hierzu *Brocke/Herb*, NSStZ 2009, 671 (672).

⁵¹ OLG Karlsruhe StV 2009, 516; OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

⁵² OLG Karlsruhe StV 2009, 516; OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

⁵³ *Meyer-Goßner* (Fn. 10), § 81a Rn. 25b m.w.N.

⁵⁴ *Fickenscher/Dingelstadt*, NSStZ 2009, 124.

⁵⁵ In diesem Sinne auch: *Brocke/Herb*, NSStZ 2009, 124.

aussetzungen für eine Ausnahmeanordnung nach § 81a Abs. 2 StPO gelten diese umfassend und stehen nicht unter einem Vorbehalt weiterer Tätigkeiten der Ermittlungspersonen. § 81a Abs. 2 StPO zeigt insoweit keine Grenze des Geltungsbereichs auf.⁵⁶

(4) Nach der Prognoseentscheidung eintretende Umstände

Ist der Ermittlungsrichter nicht erreichbar oder sieht er sich nicht in der Lage eine Entscheidung ohne Aktenstudium⁵⁷ zu treffen bzw. nur mit erheblicher Verzögerung⁵⁸ vorzunehmen, kann die Staatsanwaltschaft bzw. die Ermittlungsperson bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen die Blutentnahme anordnen. Es handelt sich um den Fall, dass die Richterschaft die Entscheidung über die Sache ablehnt bzw. die Entscheidung über die Sache nicht ohne (erhebliche) Verzögerung zu erlangen ist. Die Ablehnung der Entscheidung über die Sache darf nicht verwechselt werden mit der Ablehnung in der Sache.

IV. Dokumentation

Die Tatsachen, mit denen die Ermittlungsbehörden ihre selbständige⁵⁹ Anordnung begründen, müssen zeitnah in den (Ermittlungs-)Akten dokumentiert werden. Diese Niederschrift, die nicht durch eine nachträgliche dienstliche Stellungnahme ersetzt werden kann, versetzt den Tatverdächtigen in den Stand, die Maßnahme zu kontrollieren und Rechtsschutz zu suchen. Wie bereits erwähnt ist dies ein Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

Die Dokumentation kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn die Dringlichkeit der Blutentnahme evident ist.⁶⁰

V. Verhältnis von Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen

Aus dem Wortlaut des § 81a Abs. 2 StPO ergibt sich keine Rangfolge (Hierarchie) zwischen der Staatsanwaltschaft und den Ermittlungspersonen (§ 152 GVG).

Das Bundesverfassungsgericht geht von einer nachrangigen Entscheidungskompetenz der Ermittlungspersonen gegenüber der Staatsanwaltschaft aus.⁶¹ Auch in der Literatur wird diese Auffassung vertreten.⁶²

Eine Vielzahl von Obergerichten⁶³ folgt ohne inhaltliche Begründung dieser Auffassung, geht aber auch teilweise in der inhaltlichen Formulierung weiter („Eilanordnungskompe-

tenz der Staatsanwaltschaft und – subsidiär – ihrer Hilfsbeamten“⁶⁴).

Das Wort „nachrangig“ in der viel zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.2.2007⁶⁵ bringt nur zum Ausdruck, dass die Staatsanwaltschaft die Herrin des Ermittlungsverfahrens ist (§§ 158 f. StPO) ist.⁶⁶ Die Ermittlungspersonen sind verpflichtet den staatsanwaltschaftlichen Anordnungen Folge zu leisten (§ 152 Abs. 1 GVG). Eine von der Staatsanwaltschaft getroffene Entscheidung zur Anordnung der Blutentnahme ist für ihre Ermittlungspersonen bindend. Die Ermittlungspersonen sind nicht befugt, eine von der Entscheidung der Staatsanwaltschaft abweichende eigene Anordnung zu treffen. Ist die Staatsanwaltschaft am Verfahren aber noch nicht beteiligt, wie dies für die Fälle des Aufgreifens von betrunkenen Kraftfahrern typisch ist, so darf und kann die Ermittlungsperson die Anordnung einer Blutprobenentnahme in eigener Kompetenz treffen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.⁶⁷

Dem Gesetz ist eine Verpflichtung der Ermittlungsperson, in jedem Fall vor Ausübung der Eilkompetenz bei der zuständigen Staatsanwaltschaft nachzufragen, nicht zu entnehmen. § 81a StPO enthält keinen „Staatsanwaltsvorbehalt“⁶⁸. Aus dem Gesetz ist eine abgestufte Anordnungscompetenz je nach Schwere des Grundrechtseingriffs zu entnehmen. Eine Abstufung zwischen der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und derjenigen ihrer Ermittlungsbehörden ergibt sich aus dem Gesetz allerdings nicht, dennoch kann von einer Gleichrangigkeit⁶⁹ von Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen in § 81a Abs. 2 StPO – wie dargestellt – keine Rede sein.

VI. Beweisverwertungsverbot

Nicht jeder Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot führt zwangsläufig auch zu einem Beweisverwertungsverbot.

Allgemein anerkannt ist, dass im Falle des § 81a Abs. 2 StPO die Annahme eines Verwertungsverbotes von den Umständen des Einzelfalls, namentlich von der Art des verletzten Verbotes, vom Gewicht des Verstoßes sowie von der Abwägung der widerstreitenden Interessen, abhängt. Ausschlaggebend hierbei ist, ob die anordnende Person das Vorliegen der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ willkürlich angenommen hat und bewusst die Verwirklichung des Richtervorbehalts vereitelt hat.⁷⁰

Nachdem die Brisanz der Verletzung des Richtervorbehalts auch in den Kreisen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen hinreichend bekannt ist, nehmen erste Gerichte ein Verwertungsverbot wegen des Verstoßes gegen

⁵⁶ Meyer-Gößner (Fn. 10), § 81a Rn 25b.

⁵⁷ OLG Hamm StRR 2009, 262.

⁵⁸ OLG Celle StV 2009, 518.

⁵⁹ OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

⁶⁰ BVerfG NJW 2007, 1345.

⁶¹ BVerfG NJW 2008, 3053.

⁶² Meyer-Gößner (Fn. 10), § 81a Rn. 25a; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 81a Rn. 8; Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 66.

⁶³ Z.B.: Thüringer Oberlandesgericht DAR 2009, 283; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.10.2009 – 2 Ss 310/09; OLG Celle NJW 2009, 3524; OLG Dresden NJW 2009, 2149; OLG Hamburg StV 2008, 454.

⁶⁴ OLG Köln NStZ 2009, 406.

⁶⁵ BVerfG NJW 2007, 1345.

⁶⁶ Brandenburgisches Oberlandesgericht OLGSt StPO, § 81a Nr. 7.

⁶⁷ In diesem Sinne wohl auch Nack, in: Hannich (Fn. 62), § 98 Rn. 11.

⁶⁸ Fickenscher/Dingelstadt, NStZ 2009, 124.

⁶⁹ So aber das OLG Karlsruhe Beschl. v. 29.5.2008 – 1 Ss 151/07.

⁷⁰ BVerfG NJW 2008, 3053 (3054).

das Willkürverbot an bzw. kündigen eine Änderung ihrer Rechtsprechung an.⁷¹

VII. Zusammenfassung

Zweck der Untersuchung i.S.d. § 81a StPO ist bei einer Blutentnahme die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Die Frage der Anordnungs-kompetenz stellt sich nur, wenn der Tatverdächtige nicht in die Blutentnahme einwilligt. Die Anordnung nach § 81a StPO steht unter dem klaren Richtervorbehalt. Die Ausnahme des § 81a Abs. 2 StPO greift nur bei der Gefährdung des Untersuchungserfolges durch (formelle oder materielle) Verzögerung. Eine formelle Verzögerung ist dann gegeben, wenn der Versuch, die richterliche Anordnung zu erreichen, bereits zu einer zeitlichen Verzögerung der Blutentnahme führt. Alternativ hierzu ist eine materielle Verzögerung gegeben, wenn die konkret festgestellten Tatsachen im Einzelfall den Untersuchungserfolg unmittelbar in Frage stellen und damit ein Beweismittelverlust droht. Solange die Staatsanwaltschaft mit der Sache nicht befasst ist, können deren Ermittlungspersonen originär die Eilanordnung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO treffen.

⁷¹ KG StRR 2009, 342.