

## Gesetzesentwurf zur Änderung der Anordnungs-kompetenz bei körperlichen Eingriffen nach § 81a StPO

von Dr. Thomas Kreuz\*

### Abstract

Der Gesetzgeber beabsichtigt, den in § 81a Abs. 2 StPO enthaltenen Richtervorbehalt für die Entnahme von Blutproben (wieder einmal)<sup>1</sup> einzuschränken und die Anordnungs-kompetenz in bestimmten Konstellationen generell auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen zu übertragen. Der Beitrag zeigt – ausgehend von einer Darstellung der aktuellen Rechtslage – die wesentlichen Änderungen durch den aktuellen Gesetzesentwurf auf, um diese im Anschluss zu bewerten.

### I. Einleitung

Die Bestimmung des § 81a StPO gestattet körperliche Untersuchungen und körperliche Eingriffe beim Beschuldigten und somit Eingriffe in das durch Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit. Der Beschuldigte ist aufgrund dieser Eingriffsermächtigung verpflichtet, die Untersuchung bzw. den Eingriff zu dulden. Er wird quasi zum passiven Personalbeweis gegen sich selbst und dient als Beweismittel zur eigenen Überführung. Über § 81a StPO wird ein breites Maßnahmen-spektrum ermöglicht, welches vom Brechmitteleinsatz bis zu Hirnuntersuchungen reicht. Die Rechte des Beschuldigten werden durch diese strafprozessualen Maßnahmen daher nicht unerheblich beeinträchtigt und dies zu einem Zeitpunkt, zu welchem die Unschuldsvermutung zugunsten des Beschuldigten noch gilt. Die Anordnung steht daher gem. § 81a Abs. 2 StPO dem Richter und lediglich hilfsweise – bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch eine zu befürchtende Verzögerung – der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen zu.

Der in der Praxis wohl bedeutendsten Unterfall<sup>2</sup> des körperlichen Eingriffs ist die Blutentnahme zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration bei vermuteter Trunkenheitsfahrt. Da es sich um einen gewöhnlich als weniger gravierenden und als ungefährlich angesehenen Eingriff handelt, wurde diese massenhaft vorkommende Maßnahme in der Praxis gewohnheitsmäßig von der Polizei

selbst angeordnet. Die Eilkompetenz wurde standardmäßig bereits deshalb bejaht, weil schon der körpereigene Alkoholabbau den Untersuchungserfolg gefährde. Dieser Praxis hat das BVerfG im Jahr 2007 jedoch einen Riegel vorgeschoben, was zu erheblichen Folgeproblemen führte.

### II. Aktuelle Gesetzesfassung

Die Anordnungs-kompetenz zur Vornahme einer körperlichen Untersuchung und eines körperlichen Eingriffs beim Beschuldigten ist in § 81a Abs. 2 StPO geregelt. Abgesehen von – dem Zeitgeist geschuldeten – sprachlichen Änderungen,<sup>3</sup> ist in § 81a Abs. 2 StPO daher im Wesentlichen unverändert<sup>4</sup> geregelt:

*„Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.“*

### III. Regelungsinhalt und Rechtsprechung

#### 1. Grundsätzlich richterliche Anordnung erforderlich

Nach geltender Rechtslage<sup>5</sup> ist somit grundsätzlich der Richter – bzw. im Vorverfahren der Ermittlungsrichter (§§ 162, 169 StPO)<sup>6</sup> – für die Anordnung einer Blutentnahme zuständig.<sup>7</sup> Hingegen sind die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen i.S. von § 152 GVG nur bei Gefahr im Verzug anordnungs-befugt.<sup>8</sup> Die Zuständigkeit der Ermittlungspersonen ist wiederum hinsichtlich ihres Rangverhältnisses umstritten: Uneinheitlich beurteilt wird, ob die Ermittlungspersonen gleichrangig neben der Staatsanwaltschaft zuständig sind oder nur (nachrangig) zur Anordnung befugt sind, sofern die Staatsanwaltschaft

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Stuttgart.

<sup>1</sup> Vgl. zu früheren Änderungsplänen beispielsweise: BT-Drs. 17/4232.

<sup>2</sup> Vgl. auch: BR-Drs. 792/16, S. 16; BT-Drs. 18/11272, S. 21.

<sup>3</sup> Ersetzung des Wortes „Hilfsbeamten“ durch „Ermittlungsbeamten“.

<sup>4</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 81 StPO ausführlich: Kreuz, Die Grenzen der Eingriffsermächtigung des § 81a StPO, 2016, S. 1 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zur Rspr. hinsichtlich der Anordnungs-kompetenz bei Blutentnahmen allg. auch: Fickentsscher/Dingelstadt, NSStZ 2009, 124; Peglau, jurisPR-StrafR 25/2009 Anm. 4; Metz, NSStZ-RR 2010, 232 (271); Trück, JZ 2010, 1106.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1955, 1765; vgl. auch: Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. (2005), § 81a Rn. 6; Trück, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2014), § 81a Rn. 27.

<sup>7</sup> BVerfG, NZV 2007, 581; vgl. auch: Ritzert, in: BeckOK-StPO, 27. Ed., Stand: 1.1.2017, § 81a Rn. 14; Senge, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 81a Rn. 8; Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. (2016), § 81a StPO Rn. 3; Pfeiffer, StPO, § 81a Rn. 6; Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27.

<sup>8</sup> BVerfG, NJW 2010, 2864; vgl. auch: Ritzert, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 14; Senge, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 81a Rn. 8; Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3; Pfeiffer, StPO, § 81a Rn. 6; Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30.

nicht erreichbar ist.<sup>9</sup>

Ein Verstoß gegen die (ggf. subsidiäre) Eilanordnungs-kompetenz der Ermittlungspersonen führt jedoch nach herrschender Meinung ohnehin nicht zu einem Beweis-verwertungsverbot,<sup>10</sup> so dass dieser Streit nur von be-grenzter praktischer Relevanz ist. Verwertungsprobleme treten lediglich bei der fehlerhaften Annahme von Gefahr im Verzug auf<sup>11</sup> oder wenn die Anordnungs-kompetenz – objektiv –<sup>12</sup> willkürlich angenommen wird.<sup>13</sup> Daher müs-sen die Voraussetzungen der angenommenen Gefahr im Verzug zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes durch die anordnenden Stellen „zeitnah“<sup>14</sup> in den Akten dokumentiert und begründet werden.<sup>15</sup> Nur bei zeitnaher Dokumentation sei eine umfassende und eigenständige, nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungs-voraussetzungen möglich.<sup>16</sup>

## 2. Voraussetzungen der subsidiären Anordnungs-kompetenz in Eilfällen

Nach dem Wortlaut des § 81a Abs. 2 StPO ist hinsichtlich der Gefahr im Verzug ausschließlich auf den drohenden Beweismittelverlust abzustellen, sonstige Gefahren – bei-spielsweise Gesundheitsgefahren – sind nicht relevant.<sup>17</sup> Der Begriff der Gefahr im Verzug ist darüber hinaus ge-nerell eng auszulegen.<sup>18</sup>

Nach heute herrschender Ansicht, sind die Voraussetzungen der Eilkompetenz („Gefahr im Verzug“) erfüllt, wenn bereits der vorherige Versuch, eine richterliche Anord-nung einzuholen, den Ermittlungserfolg wegen des damit verbundenen Zeitverlusts gefährden würde.<sup>19</sup> Die Eilkom-petenz setzt nach der Rechtsprechung daher im Regelfall den vergeblichen Versuch voraus, eine richterliche An-ordnung erlangt zu haben.<sup>20</sup> Bei der Bewertung der zeitli-chen Verzögerung ist auch zu berücksichtigen, dass eine richterliche Anordnung ausnahmsweise auch ohne schrift-

liche Antragsunterlagen, aufgrund mündlicher Informati-onen, mündlich bzw. telefonisch ergehen kann.<sup>21</sup>

## IV. Leerlaufen des Richtervorbehalts in der Praxis

In der Praxis wurde der Richtervorbehalt bei der Blutent-nahme bis ins Jahr 2007 regelmäßig „umgangen“. Entwe-der, weil der zuständige Richter nicht erreichbar war oder die Maßnahme als quasi polizeiliche Standardmaßnahme wahrgenommen wurde, ordnete die Polizei – insbeson-dere außerhalb der üblichen Geschäftszeiten der Gerichte und Staatsanwaltschaften – die Blutentnahme quasi ge-wohnheitsmäßig in Ausübung ihrer in § 81a Abs. 2 S. 1 StPO enthaltenen (subsidiäre) Eilkompetenz selbst an.<sup>22</sup>

Zwar verlangt § 81a Abs. 2 StPO als Voraussetzung der Eilkompetenz die Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung. Eine solche Gefährdung wurde je-doch quasi ausnahmslos bereits aufgrund des schnellen Abbaus der Blutalkoholkonzentration bzw. sonstiger be-rauschender Wirkstoffe unterstellt.<sup>23</sup>

## V. Kritik der juristischen Literatur

Jedenfalls von Teilen der juristischen Literatur wird die richterliche Anordnungs-kompetenz gerade im Zusam-menhang mit der Blutentnahme bei Trunkenheitsfahrten kritisch gesehen. Etliche Literaturstimmen sprechen sich im Interesse einer effektiven Strafverfolgung für eine Ab-schaffung des Richtervorbehalts bei der Entnahme von Blutproben zum Nachweis von Alkohol, Betäubungsmi-teln oder Medikamenten in den Fällen des § 315a StGB und §§ 315c - 316 StGB aus.<sup>24</sup> Denn die Einholung einer richterlichen Anordnung führe regelmäßig zu zeitlichen Verzögerungen. Da jedoch nicht die ermittelte Blutalko-holkonzentration zum Messzeitpunkt relevant ist, sondern der Wert zur Tatzeit, muss die gemessene Blutalkohol-konzentration im Sinne einer Hochrechnung auf den Wert

<sup>9</sup> Gleichrangig: *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30; offenlassend: *BVerfG*, BA 2011, 170 (172); *Peglau*, NJW 2010, 2850 (2851); *Müller/Trurnit*, StraFo 2008, 144 (147); nachrangig: *BVerfG*, StV 2007, 281; *Ritzert*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 14; *Senge*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8; *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3; vgl. allgemein zum Rangverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei bei § 81a Abs. 2 StPO: *Metz*, NStZ 2012, 242.

<sup>10</sup> *BVerfG*, BeckRS 2011, 48523; *BVerfG*, NStZ 2011, 289; *OLG Celle*, BeckRS 2010, 04833; *OLG Köln*, NStZ-RR 2011, 186; Kri-tisch auch: *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. im Einzelnen: *Ritzert*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 14, 26.

<sup>12</sup> *BVerfGE* 80, 48 (51); *BVerfGE* 51, 86; *BVerfGE* 59, 63.

<sup>13</sup> *OLG Hamm*, DAR 2009, 336; *OLG Dresden*, NJW 2009, 2149; *OLG Celle*, NZG 2009, 463; *OLG Oldenburg*, NJW 2009, 3591; *OLG Stuttgart*, NStZ 2008, 238.

<sup>14</sup> *BVerfG*, BeckRS 2007, 28256.

<sup>15</sup> *BVerfG*, NJW 2007, 1345 (1346); *BVerfG*, NJW 2008, 3053 (3054); *BVerfG*, 2010, 2864; vgl. auch: *Ritzert*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 16; *Senge*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27, 31.

<sup>16</sup> *BVerfG*, NStZ 2011, 289 Rn. 25, 26 m. Anm. *Rabe von Kühlewein*; *BVerfG*, StRR 2008, 21; *BVerfG*, NJW 2008, 3053; *OLG Jena*, Urt. v. 7.11.2011 – Az. 1 Ss 90/11; *OLG Celle*, NdsRpfl. 2009, 295; *OLG Brandenburg*, NStZ-RR 2009, 247; *OLG Bamberg*, NStZ 2009, 408; *OLG Dresden*, NJW 2009, 2149; *OLG Köln*, Urt. v. 15.1.2010 – Az. 83 Ss 100/09; *Senge*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 31.

<sup>17</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30.

<sup>18</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1221 (1222); *BVerfG*, NJW 2007, 1345 (1346); vgl. auch: *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30.

<sup>19</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30; *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146; *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123); *BGH*, JZ 1962, 609 (610).

<sup>20</sup> *BVerfGE* 103, 142 (155); *BVerfGE* 2, 254 (257); *BVerfG*, NJW 2007, 1345; *OLG Celle*, Urt. v. 6.8.2009 – Az. 32 Ss 94/09; vgl. auch: *Senge*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8; *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30.

<sup>21</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 2864 (2865); *OLG Karlsruhe*, BeckRS 2009, 24334; *Fickenscher/Dingelstadt*, NJW 2009, 3473 (3475); *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 30.

<sup>22</sup> Vgl. auch: BR-Drs. 792/16, S. 16; BT-Drs. 18/11272, S. 21.

<sup>23</sup> Vgl. auch: BR-Drs. 792/16, S. 16; BT-Drs. 18/11272, S. 21.

<sup>24</sup> *Ritzert*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 14a; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27; *Blum*, SVR 2008, 441 (442); *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671 (677); *Dencker*, DAR 2009, 257 (263); *Herbst/Theurer*, NZV 2010, 544, (546); *Krumm*, ZRP 2009, 71 (73 f.); weitergehend: *Busch*, ZRP 2012, 79 (81); einschränkend: *Peglau*, NJW 2010, 2850 (2852).

der Tatzeit rückgerechnet werden.<sup>25</sup> Dem Untersuchungsergebnis muss daher der zwischen der vermeintlichen Tat und dem Entnahmezeitpunkt abgebaute Alkohol hinzugegerechnet werden. Diese Rückrechnung unterstellt – zugunsten des Beschuldigten – zwar theoretisch vorkommende, aber tatsächlich regelmäßig nicht gegebene Abbauwerte.<sup>26</sup> Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist hierbei überdies stets der den Beschuldigten begünstigende Abbauwert zugrunde zu legen.<sup>27</sup>

Bei der Frage der Fahruntüchtigkeit ist beispielsweise eine niedrige Blutalkoholkonzentration vorteilhaft, so dass von einem gleichbleibend stündlichen Abbauwert von 0,1 ‰/h auszugehen ist,<sup>28</sup> obwohl der wirkliche Abbauwert im Allgemeinen höher (ca. zwischen 0,14 ‰/h und 0,17 ‰/h)<sup>29</sup> liegt wird.<sup>30</sup> Wirkt sich hingegen eine möglichst hohe Blutalkoholkonzentration zu Gunsten des Täters aus – wie beispielsweise hinsichtlich der Schuldfähigkeit gem. §§ 20, 21 StGB – ist nach der Rechtsprechung von einem Abbauwert von 0,2 ‰/h auszugehen.<sup>31</sup> Dies kann auch dazu führen, dass bei der Rückrechnung der Blutalkoholkonzentration letztlich zwei unterschiedliche Werte, nämlich einerseits der geringstmögliche Abbauwert von 0,1 ‰/h bei der Frage der Fahruntüchtigkeit und andererseits der höchstmögliche Abbauwert von 0,2 ‰/h bei der Frage der Schuldfähigkeit zugrunde zu legen sind.<sup>32</sup> Zeitliche Verzögerungen – insbesondere längere – erschweren in diesem Zusammenhang daher regelmäßig die effektive Strafverfolgung.

Es verwundert daher nicht, dass auch der Arbeitskreis I „Moderne Messmethoden“ und Blutentnahme im Verkehrsstrafrecht“ des 54. Deutschen Verkehrsgerichtstags in Goslar im Januar 2016 in seinen Empfehlungen gleich an erster Stelle forderte:

*„Der Arbeitskreis fordert, den für die Anordnung der Blutprobenentnahme bestehenden Richtervorbehalt in § 81 a Abs. 2 StPO zu streichen und eine originäre Anordnungs-kompetenz Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft zu schaffen.“*

## VI. Urteil des Bundesverfassungsgerichts

### 1. Entscheidung und Urteilsbegründung

Die derzeit gültige Rechtslage geht ganz wesentlich auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zurück: Dieses begann Anfang des Jahrtausends die ausufernde Praxis der Annahme der Voraussetzungen der Gefahr im Verzug, insbesondere bei Durchsuchungen, durch verschiedene Grundsätze einzuschränken und deren Voraussetzungen

zu konkretisieren.<sup>33</sup> Im Jahr 2007 übertrug das *BVerfG* die entwickelten Grundsätze schließlich auch auf die Regelung des § 81a Abs. 2 StPO.<sup>34</sup> Zur effektiven Durchsetzung des gesetzlichen Richtervorbehalts sah es das *BVerfG* für erforderlich an, dass auch bei der Blutentnahme in allen Situationen zunächst versucht werden müsse, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen.<sup>35</sup> Darüber hinaus gab das *BVerfG* vor, dass die Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht standardmäßig mit dem schnellen Wirkstoffabbau begründet werden könne, sondern mit einzelfallbezogenen Tatsachen zu begründen sei, die auch nachprüfbar in den Ermittlungsakten zu dokumentieren seien, falls nicht ausnahmsweise die Eilbedürftigkeit evident war.<sup>36</sup>

Das *BVerfG* erkannte aber offenbar die Schwierigkeiten, vor die die Praxis durch diese Entscheidung gestellt wurde, und gab dem Gesetzgeber einen möglichen Ausweg an die Hand: Es betonte in mehreren Entscheidungen, dass eine richterliche Anordnung aufgrund der geringen Eingriffsintensität einer Blutentnahme verfassungsrechtlich nicht erforderlich sei und der einfach gesetzliche Richtervorbehalt nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards zähle.<sup>37</sup> Denn anders als bei Wohnungsdurchsuchungen (Art. 13 Abs. 2 GG) und Freiheitsentziehungen (Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG), sehe das Grundgesetz für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG keinen Richtervorbehalt vor.

Das Leerlaufen des Richtervorbehalts verletze daher nicht das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Verletzt sei jedoch die von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Rechtsschutzgarantie. Denn ein effektiver Rechtsschutz sei nicht gewährleistet, sofern das zur nachträglichen Überprüfung berufene Gericht die Voraussetzung eines Exekutivakts – wie sie auch die Blutentnahme darstelle – nicht eigenverantwortlich nachprüfe bzw. aufgrund von Dokumentationsmängeln nicht nachprüfen könne.<sup>38</sup>

### 2. Auswirkungen der Entscheidung

Das Urteil des *BVerfG* führte letztlich zu einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen, welche die Voraussetzungen der Gefahr im Verzug weiter „konkretisierten“. Die Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung geht jedoch mittlerweile so weit, dass es dem Polizisten vor Ort – aufgrund des komplexen und verschachtelten Prüfungsaufbaus – nur noch mit erheblichem Aufwand möglich ist,

<sup>25</sup> BGHSt 21, 157 (163).

<sup>26</sup> Ritzert, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 14a.

<sup>27</sup> BGH, BA 87, 224; OLG Köln, VRS 1983, 426.

<sup>28</sup> BGHSt 25, 246; BGHSt 34, 29.

<sup>29</sup> Vgl. Gerchow u.a., BA 1985, 77 (104); Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 316 StGB Rn. 14.

<sup>30</sup> Vgl. zu zusätzlichen Berechnungsbesonderheiten wegen der Resorptionsphase: BGH, NJW 1974, 246; BGHSt 25, 246; OLG Köln, VM 1981, 60; OLG Zweibrücken, ZfS 1994, 385.

<sup>31</sup> BGHSt 37, 231 (237); BGH, VRS 1986, 207; BGH, NStZ 1995, 539.

<sup>32</sup> OLG Hamm, VRS 1971, 410.

<sup>33</sup> Vgl. beispielsweise: BVerfGE 103, 142 ff.

<sup>34</sup> BVerfGK 10, 270 (274).

<sup>35</sup> S. bereits oben unter: III. 2.

<sup>36</sup> BVerfGK 10, 270 (274).

<sup>37</sup> BVerfGK 14, 107 (113); BVerfG, EuGRZ 2011, 183 (185); BVerfG, NJW 2015, 1005 (1006); vgl. auch: Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27.

<sup>38</sup> BVerfGK 10, 270 (272f.).

festzustellen, ob die Voraussetzung zur Annahme der Gefahr im Verzug vorliegen.<sup>39</sup> Denn nach geltendem Recht muss der Polizeibeamte eine sehr komplizierte sowie von Ausnahmen und Gegenausnahmen gespickte Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung durch die Befassung des zuständigen Gerichts treffen.<sup>40</sup> So ist beispielsweise bei dieser Prognoseentscheidung zu berücksichtigen, dass der Richter bei einfach gelagerten Sachverhalten – welche bei der Blutentnahme regelmäßig angenommen werden – aufgrund rein mündlicher Informationen mündlich über die Anordnung entscheiden könne, so dass kaum ein Zeitverlust drohe.<sup>41</sup> Im Gegenzug spreche für die Annahme der Gefahr im Verzug, wenn ein richterlicher Bereitschaftsdienst nicht verfügbar ist oder sich der zuständige Richter nicht dazu in der Lage sieht, aufgrund rein mündlicher Informationen die Anordnung zu erlassen.<sup>42</sup> Die Erklärung des zuständigen Richters, aufgrund rein mündlicher Information nicht entscheiden zu können, soll hingegen keine Gefahr im Verzug begründen können und unbeachtlich sein, wenn es sich um eine allgemeine und pauschale Weigerung handle und nicht einmal geprüft wird, ob zumindest die Zeit für ein kurzes schriftliches Verfahren besteht.<sup>43</sup> Bei der Prognoseentscheidung vor Ort müssten überdies auch die Tageszeit, die Entfernung zum nächstliegenden Krankenhaus mit erreichbarem Arzt, dass Vorliegen einer AKK-Messung sowie etwaige Ausfallerscheinungen berücksichtigt werden.<sup>44</sup> Die subsidiäre Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungsperson sei tendenziell umso wahrscheinlicher gegeben, je unklarer das Erscheinungsbild der Situation ist, je komplexer der Sachverhalt ist und je exakter die Blutwertanalyse sein muss.<sup>45</sup> Auch die mit dem körpereigenen Alkoholabbau verbundene Nachweisschwierigkeiten sollen – entgegen der grundsätzlichen Aussage im Urteil des *BVerfG*, dass die abstrakte Gefahr des körpereigenen Alkoholabbau grundsätzlich nicht genüge –<sup>46</sup> wieder beachtlich sein, wenn der Alkoholisierungsgrad nah am Grenzwert der absoluten Fahruntauglichkeit liege,<sup>47</sup> wegen des Verdachts des Nachdrucks ein unklares Erscheinungsbild vorliege,<sup>48</sup> der Grad der Alkoholisierung vollkommen unklar sei,<sup>49</sup> die Schuldunfähigkeit nicht auszuschließen sei<sup>50</sup> oder der Verdacht bestehe, dass zusätzlich alkoholunabhängige berauschende Auswirkungen vorliegen.<sup>51</sup> Der Ausschnitt der nach dem Urteil des *BVerfG* entwickelten gerichtlichen

Voraussetzungen der Gefahr im Verzug zeigt, welchen rechtlichen Grauzonen Polizisten vor Ort bei ihren Prognoseentscheidungen ausgesetzt sind.

### 3. Kritik am Urteil des *BVerfG*

Auch das Urteil des *BVerfG* wurde in der Folgezeit von der juristischen Literatur kritisiert: Es wird insbesondere beanstandet, dass sich das Urteil des *BVerfG* nicht damit auseinandersetze, dass die mündliche Anordnung der Blutentnahme sehr wahrscheinlich bereits aufgrund der tatsächlichen Umstände – jedenfalls sofern der nächtliche Bereitschaftsdienst entscheide – zum Regelfall werden wird.<sup>52</sup> Zudem habe das *BVerfG* die bestehenden Vollstreckungsprobleme ausgeklammert: So sei es nicht auf die Bekanntgabe der Anordnung durch den Polizeibeamten vor Ort eingegangen, obwohl die Rechtsprechung in anderem Zusammenhang ausdrücklich klargestellt habe, dass die lediglich mündliche Eröffnung der richterlichen Entscheidung durch einen Polizeibeamten grundsätzlich nicht ausreiche.<sup>53</sup> In seinem Urteil zur Blutentnahme lasse das *BVerfG* mündliche Entscheidung durch das Gericht jedoch – jedenfalls ausnahmsweise – genügen. Es drohe daher jedenfalls für den Bereich der Blutentnahme, dass die richterliche Anordnung auch weiterhin – wenn nicht gar noch häufiger – anhand rein mündlicher Informationen ergehe und hierdurch der Richtervorbehalt letztlich entwertet werde.<sup>54</sup> Die Praxis werde letztlich zu einem rein mündlichen Antragsverfahren gezwungen, welches für den Beschuldigten keinerlei Transparenz biete.<sup>55</sup>

Schließlich werden von der juristischen Literatur die oben bereits dargestellten, erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund der vielen unterschiedlichen Entscheidungen zu den Voraussetzungen für die Annahme der Gefahr im Verzug bei der Blutentnahme kritisiert.<sup>56</sup>

## VII. Aktueller Änderungsvorschlag

### 1. Aktuelle Entwurfsfassung

Nach der aktuellen Entwurfsfassung des Regierungsentwurfs soll § 81a Abs. 2 StPO um einen zweiten Satz ergänzt werden, welcher bestimmt:

<sup>39</sup> Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. (2017), § 81a Rn. 25a ff.; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81 Rn. 32; *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597 (2598); *OLG Hamm*, NJW 2009, 242 (243); *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597 (2599); *OLG Hamm*, NJW 2009, 242 (244); *OLG Bamberg*, DAR 2010, 97; *OLG Frankfurt a.M.*, NStZ-RR 2011, 47; *KG Berlin*, NStZ-RR 2009, 243.

<sup>40</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 32; *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146 (2147).

<sup>41</sup> *OLG Stuttgart*, NStZ 2008, 238; *OLG Hamm*, BeckRS 2009, 10370; *OLG Karlsruhe*, BeckRS 2009, 34334.

<sup>42</sup> *OLG Hamm*, NJW 2009, 242 (243); *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146, (2148).

<sup>43</sup> *OLG Hamm*, NJW 2011, 469 (471); *BVerfG*, NJW 2010, 2864 (2865); *OLG Köln*, DAR 2013, 35.

<sup>44</sup> *OLG Bamberg*, DAR 2009, 278; *OLG Köln*, ZfS 2009, 50; *OLG Jena*, DAR 2009, 283; *Denker*, DAR 2009, 257; *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3.

<sup>45</sup> *OLG Jena*, DAR 2009, 283; *Denker*, DAR 2009, 257; *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3.

<sup>46</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 2864; *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146; *OLG Jena*, DAR 2009, 283; *OLG Düsseldorf*, NZV 11, 456; *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 81a StPO Rn. 3; *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 32.

<sup>47</sup> *OLG Hamm*, NJW 2009, 242 (244); *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146 (2147); *OLG Bamberg*, NZV 2010, 583 (584); *OLG Frankfurt a.M.*, NStZ-RR 2011, 46 (47); *OLG Koblenz*, BeckRS 2011, 011272; a.A. *Fickenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124 (127).

<sup>48</sup> *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597 (2598).

<sup>49</sup> *OLG Köln*, NStZ-RR 2010, 281; *OLG Bamberg*, NStZ-RR 2011, 378 (Leitsatz).

<sup>50</sup> *OLG Jena*, VRS 2011, 114 (117).

<sup>51</sup> A.a.O.

<sup>52</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 29.

<sup>53</sup> A.a.O.; ausf. *Trück*, JZ 2010, 1106 (1111).

<sup>54</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27; vgl. auch: *OLG Hamm*, StraFo 2009, 509; *LG Limburg*, NStZ-RR 2010, 80 (82); *Rabe v. Kühlwein*, JR 2007, 517 (519 f.); *Trück*, JZ 2010, 1106 (1108); *Wiesneth*, DRiZ 2010, 46 (51).

<sup>55</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 32.

<sup>56</sup> *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 32.

„Die Entnahme einer Blutprobe bedarf abweichend von Satz 1 keiner richterlichen Anordnung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a Absatz 1 Nummer 1, § 315c Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder § 316 des Strafgesetzbuchs begangen worden ist.“<sup>57</sup>

## 2. Verfahrensstadium

In der Sitzung des Bundestages am 9.3.2017 wurde interfraktionell vereinbart, den Gesetzesentwurf in der vorliegenden Fassung an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, den Innenausschuss, den Finanzausschuss, den Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend sowie den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit zu überweisen.<sup>58</sup> Die Stellungnahmen der Ausschüsse stehen derzeit noch aus.

## 3. Regierungsbegründung zur aktueller Entwurfsfassung

Die Bundesregierung nahm die Kritik der juristischen Literatur zumindest teilweise dankbar auf. Sie begründet ihren Gesetzesentwurf zur Einschränkung des in § 81a Abs. 2 StPO vorgesehenen Richtervorbehalts für die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe zum Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut daher insbesondere auch mit den durch die Rechtsprechungsänderungen zunehmend auftretenden Anwendungsschwierigkeiten.<sup>59</sup> Darüber hinaus sei eine vertiefte richterliche Prüfung der Anordnungsvoraussetzung regelmäßig ohnehin nicht möglich, da die Anordnung sehr eilbedürftig sei, der Richter lediglich eine begrenzte Sachverhaltskenntnis habe und ausschließlich auf die telefonisch mitgeteilten Information durch die Polizei vor Ort vertrauen müsse.<sup>60</sup>

Hingegen diene der Verzicht auf den Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme der Beweissicherung im Straf- und Bußgeldverfahren wegen des Verdachts eines Trunkenheitsdelikts. Der Einschränkung der Beschuldigtenrechte stehe daher ein besserer Schutz des öffentlichen Straßenverkehrs vor ungeeigneten Fahrzeugführern als gewichtiges Schutzgut gegenüber.<sup>61</sup>

Da nach der Rechtsprechung des *BVerfG* das Grundgesetz keinen einfach gesetzlichen Richtervorbehalt gebiete, sei die beabsichtigte Einschränkung der richterlichen Anordnungs Kompetenzen im Interesse der Sicherstellung einer effektiven Strafverfolgung in den im Entwurf näher bezeichneten Fällen sinnvoll.<sup>62</sup> Auch werde der Betroffene ohne den Richtervorbehalt nicht schutzlos gestellt, da eine gerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit weiter im Nachhinein analog § 98 Abs. 2 S. 2 ist StPO bzw. inzident

bei der Frage eines Beweisverwertungsverbots im Hauptverfahren möglich sei.<sup>63</sup> Durchgreifende Bedenken hinsichtlich des Anspruchs auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren bestünden daher nicht.<sup>64</sup>

## 4. Parlamentarischer Diskurs zur Entwurfsfassung

Im Rahmen der parlamentarischen Diskussion im Bundesrat nahm lediglich der Vertreter des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen Stellung zum Gesetzentwurf. Er betonte, dass „richterliche Ressourcen nicht für bloße Formalismen [...] verschwende[t]“ werden dürften.<sup>65</sup> Der richterliche Bereitschaftsdienst habe „wichtigeres“ zu tun, als über eine Blutentnahme „in einem bloße schematischen Abknicken am Telefon“ zu entscheiden.<sup>66</sup> Bei einem solchen Abknicken könne ohnehin nicht mehr davon gesprochen werden, dass der – nach der gesetzlichen Systematik vorgesehene – Sachleitungsbefugnis ausreichend nachgekommen werde.<sup>67</sup> Im Übrigen wisse „jedes Kind in unserem Lande“, „dass bei alkoholbedingten Verkehrsdelikten, bei denen die Feststellung des Blutalkohols zum Tatbestand gehört, ein Arzt eine Blutprobe entnehmen muss.“<sup>68</sup>

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung im Bundestag wurde mit Blick auf die Praxis betont, dass durch die Gesetzesänderung die Justiz beim „Massendelikt [...] der Trunkenheitsfahrt“ stark entlastet und die Arbeit der Polizei erleichtert würde.<sup>69</sup> Im Ergebnis würde die Änderung des § 81a Abs. 2 StPO „uns im Wesentlichen dorthin zurückführen, wo wir schon einmal waren“, da bis zum Urteil des *BVerfG* im Jahr 2007 „Polizisten diese Eingriffe trotz des Richtervorbehalts regelmäßig selbst anordnet[en]“.<sup>70</sup> Durch die Formulierung, dass es ausreichend sei, „wenn die Staatsanwaltschaft oder die Polizei die Blutentnahme anordnet“,<sup>71</sup> wurde überdies – zumindest die Möglichkeit – betont, eine gleichrangige Anordnungs kompetenz von Staatsanwaltschaft und Ermittlungspersonen zu implementieren.

Des Weiteren wurde betont, dass „zur Beschleunigung der Beweissicherung“ und zur Sicherstellung einer „jederzeit effektive[n] Verfolgung der Täter“ die Abschaffung des Richtervorbehalts geboten sei, um „den öffentlichen Straßenverkehr vor ungeeigneten Fahrzeugführern“ zu schützen.<sup>72</sup> Hingegen sei der Richtervorbehalt bei der Blutentnahme als „vergleichsweise milde[m] Eingriff“ aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten.<sup>73</sup> Auch zeigten „die Erfahrung und alle Berichte“, dass die Polizei „verantwortungsvoll mit dieser durchzuführenden Messmethode umgeh[e]“. <sup>74</sup> Noch stelle der Verzicht auf die richterliche Anordnung den Betroffenen „schutzlos“.<sup>75</sup>

<sup>57</sup> BT-Drs. 18/11272, S. 10; BR-Drs. 792/16, S. 2.

<sup>58</sup> BR-Drs. 18/221, S. 22237.

<sup>59</sup> BR-Drs. 792/16, S. 1; BT-Drs. 18/11272, S. 1.

<sup>60</sup> BR-Drs. 792/16, S. 1; BT-Drs. 18/11272, S. 21 (44); BR-Drs. 792/1/16, S. 2; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 2.

<sup>61</sup> BR-Drs. 792/16, S. 15; BT-Drs. 18/11272, S. 21.

<sup>62</sup> BR-Drs. 792/16, S. 17; BT-Drs. 18/11272, S. 22.

<sup>63</sup> BR-Drs. 792/16, S. 17; BT-Drs. 18/11272, S. 21.

<sup>64</sup> BR-Drs. 792/16, S. 17 f.; BT-Drs. 18/11272, S. 22.

<sup>65</sup> BR-Plenarprotokoll 953, 10. Februar 2017, S. 38.

<sup>66</sup> A.a.O.

<sup>67</sup> A.a.O.

<sup>68</sup> A.a.O.

<sup>69</sup> BT-Plenarprotokoll 18/221, 9. März 2017, S. 22284, 22285.

<sup>70</sup> BT-Plenarprotokoll 18/221, 9. März 2017, S. 22284.

<sup>71</sup> A.a.O., S. 22284.

<sup>72</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>73</sup> A.a.O., S. 22284, 22285.

<sup>74</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>75</sup> A.a.O., S. 22284.

Der Richtervorbehalt könne seiner Funktion als vorbeugende Kontrolle „aufgrund der Gegebenheiten in der Anwendungspraxis“ ohnehin nicht gerecht werden.<sup>76</sup> Insofern sei ausreichend, wenn der Betroffene die Rechtmäßigkeit der Anordnung analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO überprüfen lassen können.<sup>77</sup> Die reine „pro forma“ Rückfrage beim Richter brauche es nicht.<sup>78</sup> Im Ergebnis sei durch den Richtervorbehalt „ein rechtsstaatlicher ‚Mehrwert‘ für den Beschuldigten [...] selten ersichtlich.“<sup>79</sup>

Hingegen wurde seitens der Opposition argumentiert, dass der Richtervorbehalt erforderlich sei, da nur durch diesen „die strukturelle Ungleichheit im Verfahren ausgeglichen werden [könne]“.<sup>80</sup> Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Regierungsvertreter keine Belege dafür hätten, dass es „bedeutsame Defizite in der Erreichbarkeit von Richtern in der Nachtzeit“ gäbe und hierdurch die Beweissicherung gefährdet würde.<sup>81</sup>

Von anderen Teilen der Opposition wurde die Aufhebung des Richtervorbehalts aufgrund der uneinheitlichen, praktischen Handhabung zwar für sinnvoll erachtet. Es sei jedoch davon auszugehen, dass trotz der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, die Polizei als verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft ohne vorherige Weisung tätig werden würde. Es fehle „daher eine ausdrückliche Dokumentationspflicht der Polizei, sofern sie die Anordnung vornimmt“.<sup>82</sup> Nur durch eine solch „detaillierte Dokumentation der jeweiligen Gründe für die Anordnung [sei jedoch] im Zweifel eine umfassende nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme möglich.“<sup>83</sup>

## VIII. Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage

### 1. Partielle Ausnahme vom einfachgesetzlichen Richtervorbehalt

Der neue § 81a Abs. 2 S. 2 StPO schafft eine (partielle) Ausnahme vom bisher umfassend geltenden Richtervorbehalt.<sup>84</sup> Entgegen der bisherigen Rechtslage wäre für die Entnahme einer Blutprobe somit keine richterliche Anordnung mehr erforderlich, sofern „bestimmte Tatsachen“ den Verdacht einer Straftat nach §§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 316 StGB – bzw. über die ebenso geplante Änderung des § 46 Abs. 4 S. 1 OWiG, einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 24a, 24c StVG –<sup>85</sup> begründen.<sup>86</sup> In erster Linie geht es somit um die Beweismittelsicherung und Überführung des Täters durch die Blutentnahme bei Straßenverkehrsdelikten.<sup>87</sup> Die aufgrund obiger Taten

entnommene Blutprobe könnte nach der Entnahme jedoch ebenso für die Beurteilung der Schuldfähigkeit bzw. verminderten Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB sowie der Strafbarkeit nach § 323a StGB (Vollrausch) genutzt werden.<sup>88</sup>

### 2. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft

Bei den oben genannten Delikten wird die Anordnungsbefugnis somit vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen übertragen.<sup>89</sup> In erster Linie wäre hierbei (nach umstrittener Ansicht wohl) – aufgrund der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft – die Staatsanwaltschaft für die Anordnung der Blutentnahme zuständig.<sup>90</sup> Auf diese Weise würde die Anordnungscompetenz somit nur dann auf die Polizei übergehen, wenn der Untersuchungserfolg ansonsten aufgrund der Verzögerung gefährdet würde.<sup>91</sup> Die Voraussetzungen, unter denen eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs angenommen und somit die Eilkompetenz in Anspruch genommen werden könnte, sollen sich hingegen nicht ändern. Denn insoweit gilt die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung und insbesondere die Pflicht, die Eilsituation anhand von einzelfallbezogenen Tatsachen zu begründen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren.<sup>92</sup>

### 3. Übertragung der Anordnungscompetenz auf die Polizei

Die Staatsanwaltschaft ist jedoch befugt, die Art und Durchführung der Blutentnahme durch allgemeine Weisungen im Voraus zu regeln.<sup>93</sup> Denn bereits in der Gesetzesbegründung wird betont, dass die Staatsanwaltschaft ihre Anordnungscompetenz durch Verwaltungsvorschriften – wie beispielsweise durch gemeinsame Runderlasse der Landesinnen- und Landesjustizministerien – oder im Wege sonstiger Weisungen allgemein auf die Polizei übertragen könne.<sup>94</sup> Dieser allgemeinen Übertragung steht die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nicht entgegen.<sup>95</sup> Denn gemäß § 163 Abs. 1 S. 1 StPO kann die Polizei „alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen [...] treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten.“ Gemäß § 163 Abs. 1 S. 2 StPO kann sie hierzu Ermittlungen aller Art vornehmen, sofern dem keine anderen gesetzlichen Regelungen entgegenstehen. Die Regelung des § 81a Abs. 2 StPO stellt mit ihrem Richtervorbehalt bisher eine solch andere gesetzliche Regelung dar. Der neu einzuführende § 81a Abs. 2 S. 2 StPO-E würde hiervon jedoch in den oben benannten Konstellationen eine Gegen Ausnahme implementieren.<sup>96</sup> Aufgrund dieser Gegen Ausnahme würde wieder der allgemeine Grundsatz

<sup>76</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>77</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>78</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>79</sup> A.a.O., S. 22285.

<sup>80</sup> A.a.O., S. 22287.

<sup>81</sup> A.a.O., S. 22287.

<sup>82</sup> A.a.O., S. 22288.

<sup>83</sup> A.a.O., S. 22288.

<sup>84</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 33.

<sup>85</sup> BR-Drs. 792/16, S. 3; BT-Drs. 18/11272, S. 11.

<sup>86</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 33 f.

<sup>87</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>88</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>89</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>90</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34; vgl. zur Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft beispielsweise: *Krauß*, BeckOK-StPO, 27. Ed., Stand: 1.1.2017, § 205 RiStBV, Rn. 1 ff., 23; *Hegmann*, BeckOK-StPO, 27. Ed., Stand: 1.1.2017, § 110a Rn. 9; *Merten*, NSiZ 1987, 10 (14).

<sup>91</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>92</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31 f.; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>93</sup> Vgl. etwa *BGH*, NJW 2009, 2612 (2613).

<sup>94</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>95</sup> BR-Drs. 792/1/16, S. 1; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 1; BT-Drs. 18/11272, S. 44 f., 48.

<sup>96</sup> BR-Drs. 792/1/16, S. 2; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 1; BT-Drs. 18/11272, S. 44.

des § 163 Abs. 1 S. 2 StPO gelten, wonach die Polizei grundsätzlich neben der Staatsanwaltschaft – als deren verlängerter Arm –<sup>97</sup> zuständig wäre. Für die gleichrangige Anordnungscompetenz der Polizeibehörden neben der Staatsanwaltschaft spricht auch, dass die – im damaligen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz enthaltene – vorrangige Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft entfallen ist.<sup>98</sup> Denn der Regierungsentwurf bezieht sich nicht auf diesen, sondern ausdrücklich auf die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates vom 5.11.2010, der eine „gleichrangige Anordnungscompetenz“ vorsah.<sup>99</sup>

#### 4. Weiterhin bestehende Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft trotz allgemeiner Weisung

Auch in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft keine konkreten Einzelanweisungen zur Durchführung der Blutentnahmen gibt, sondern den Ermittlungspersonen situationsunabhängige, allgemeine Weisungen erteilt, ist sie jedoch – aufgrund ihrer Weisungskompetenz gegenüber den Ermittlungspersonen – für die rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung verantwortlich.<sup>100</sup> Die Staatsanwaltschaft müsste daher im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens auch bei allgemeinen Weisungen den tatsächlichen und örtlichen Besonderheiten ebenso Rechnung tragen, wie dem Umstand, dass eine vertiefte Prüfung der Anordnungsvoraussetzung aufgrund der hohen Eilbedürftigkeit sowie der Ortsabwesenheit weder durch die Staatsanwaltschaft noch durch den Richter geleistet werden kann.<sup>101</sup> Insoweit empfiehlt sich eine detaillierter Vorgabenkatalog zur Anordnungscompetenz und die Beschränkung der allgemeinen Übertragung auf rechtlich einfach gelagerte Sachverhalte.

### IX. Stellungnahme und Ausblick

Die Gesetzesinitiative zum Verzicht auf den Richtervorbehalt bei der Blutentnahme im Bereich bestimmter Delikte ist im Ergebnis zu begrüßen. Es ist selten, dass sowohl die Politik als auch die juristische Literatur – weitgehend unisono – eine Gesetzesinitiative unterstützen bzw. fordern. Denn letztlich gab es im Rahmen der parlamentarischen Diskussion lediglich zwei oppositionelle Gegenstimmen: Die erste Forderung betraf die zusätzliche Normierung einer Dokumentationspflicht der Polizei, wenn diese ihre Eilkompetenz wahrnehme. Hierbei handelt es sich letztlich um eine rein deklaratorische Klarstellung, da auch die aktuelle Rechtsprechung – welche auch zukünftig anwendbar sein soll – bereits fordert, dass die Voraussetzung zur Annahme der Eilkompetenz zeitnah, in nachprüfbarer Weise zu dokumentieren sind. Es verbleibt daher letztlich eine oppositionelle Gegenstimme, welche den Schutz des Beschuldigten anmahnte und den Richtervorbehalt aufgrund der „strukturellen Ungleichheit“ für

erforderlich ansieht. Gerade dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen: Denn nach derzeitiger Praxis entscheidet der anordnende Richter regelmäßig auf der Grundlage rein telefonischer Informationen des Polizisten vor Ort über die Anordnung.<sup>102</sup> Ein Mehrwert für die Beschuldigtenrechte durch den Richtervorbehalt wäre aber wohl primär dann denkbar, wenn der Richter tatsächlich in Gegenwart des Beschuldigten über die Anordnung der Maßnahme aufgrund der vollständigen Akten entscheiden würde. Dies ist aber bereits aufgrund von praktischen Zwängen und der schieren Masse der erforderlichen Anordnungen weder von praktischer Relevanz noch erstrebenswert. Es erscheint überdies unwahrscheinlich, dass der Verzicht auf den Richtervorbehalt sowie die allgemeine Übertragung der Anordnungscompetenz auf die Polizei zu einer ausufernden Anwendung führen wird. Denn stets droht dem anordnenden Polizeibeamten vor Ort, dass im Nachhinein festgestellt würde, dass er rechtswidrig gehandelt habe. Genau diese Gefahr ist jedoch faktisch die Einzige, die derzeit eine ausufernde Praxis verhindert (oder eben nicht).

Darüber hinaus betonte auch das *BVerfG* mehrfach, dass auf die richterliche Anordnungscompetenz auch verzichtet werden könne.<sup>103</sup> Berücksichtigt man zudem die praktischen Anwendungsschwierigkeiten bei der massenhaft erforderlichen Anordnung zur Blutentnahme, sprechen kaum valide Gründe gegen einen Verzicht.

Für die Praxis wird empfohlen, die Anordnungscompetenz allgemein auf die Polizei zu übertragen. Denn andernfalls droht, dass mit Blick auf die vorrangige Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und der lediglich subsidiären Zuständigkeit der Polizei bei Gefahr im Verzug, die derzeitigen Anwendungsschwierigkeiten lediglich eine Ebene tiefer verlagert und hingegen nicht beseitigt werden. Um ihre fortbestehende Verantwortlichkeit für die rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung sollte die Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen und die Grenzen zur Wahrnehmung der Anordnungscompetenz detailliert vorgeben. Sie sollte zudem vorgeben, dass in rechtlich schwierigen Konstellationen, die auch nach derzeitiger Rechtslage bereits als problematisch gelten (s.o.), die allgemeine Übertragung der Anordnungscompetenz nicht greift. Für die weitere Zukunft bleibt ohnehin zu hoffen, dass die Blutentnahme – jedenfalls beim Verdacht der Trunkenheitsfahrt – mittelfristig weitgehend durch AAK-Messungen ersetzt wird. Denn auch diese lassen bereits ausreichend rechtssichere Rückschlüsse auf die Fahrtauglichkeit des Betroffenen zu. Wenngleich die AAK-Messung stets die aktive Mitwirkung des Betroffenen voraussetzt, und die Blutentnahme bereits aus diesem Grund nicht gänzlich ersetzen können wird.

<sup>97</sup> *BGH*, NJW 2003, 3142 (3143); BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 2; BT-Drs. 18/11272, S. 44.

<sup>98</sup> BR-Drs. 792/1/16, S. 2; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 2; BT-Drs. 18/11272, S. 44.

<sup>99</sup> BR-Drs. 615/10; BT-Drs. 17/4232; BR-Drs. 792/16, S. 23; BR-Drs. 792/1/16, S. 2; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 2; BT-Drs. 18/11272, S. 44.

<sup>100</sup> BR-Drs. 792/16, S. 31; BT-Drs. 18/11272, S. 34.

<sup>101</sup> BR-Drs. 792/1/16, S. 2; BR-Drs. 792/16 (Beschluss), S. 2; BT-Drs. 18/11272, S. 44.

<sup>102</sup> Telefonische Entscheidung aufgrund einfacher Sachverhaltslage ausdrücklich als ausreichend erachtet: *Smok*, Anmerkung zu *BVerfG*, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 BvR 1046/08, Redaktion FD-StrafR 2010, 305323; kritisch *Trück*, JZ 2010, 1106 (1108).

<sup>103</sup> *BVerfGK* 14, 107 (113); *BVerfG*, EuGRZ 2011, 183 (185); *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006).