

stand, der nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, dem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. §§ 244 Abs. 1 Nr. 1a, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB hingegen lassen es dem Wortlaut nach ausreichen, wenn der Täter beim Diebstahl bzw. beim Raub ein gefährliches Werkzeug bei sich führt. Umstritten ist, ob für das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeuges andere Voraussetzungen gelten müssen, je nachdem ob der Täter es bei § 224 StGB verwendet oder bei §§ 244, 250 StGB bei sich führt. Vertreten werden subjektive Lösungsansätze im Sinne einer Verwendungsabsicht oder eines Verwendungsvorbehalts<sup>10</sup> oder auch objektive Abgrenzungskriterien<sup>11</sup>, die alle jene Werkzeuge berücksichtigen wollen, die zu Verletzungszwecken eingesetzt werden können. Es ist daher für den Normadressaten nicht vorhersehbar, wann der Tatbestand erfüllt ist. *Schlothauer* spricht zutreffend von einer „Chaotisierung des Rechts“<sup>12</sup>.

Nach dem Wortlaut des Änderungsentwurfes zu § 113 StGB ist für das Beisichführen ausdrücklich eine subjektive Komponente vorgesehen („um diese bei der Tat zu verwenden“), wobei der Vorsatzgrad bislang umstritten ist<sup>13</sup>. Dies ist grundsätzlich begrüßenswert, da die tägliche Rechtspraxis zu §§ 244, 250 StGB zeigt, dass durch eine objektive Auslegung zum Teil unbillige Ergebnisse entstehen. Jedoch sollte auch das Folgeproblem berücksichtigt werden. Eine ausdrückliche subjektive Normierung in § 113 StGB kann im Umkehrschluss auch weiterhin zu einer strengen objektiven Auslegung des „Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges“ beim Diebstahl mangels ausdrücklicher Klarstellung führen. Sachlich gerechtfertigt wäre eine einheitliche gesetzgeberische Entscheidung in der Form einer übereinstimmenden subjektiven Normierung.

### III. Einbeziehung von Feuerwehrleuten und Rettungskräften in dem Anwendungsbereich

Mit der Privilegierung des Widerstandsübenden geht eine Schlechterstellung des Vollstreckungsbeamten einher, von der

künftig auch Feuerwehrleute und Rettungskräfte nachteilig betroffen wären.

Feuerwehrleute und Rettungskräfte sind bereits durch die vorhandenen Tatbestände der Nötigung, der Körperverletzung und der gefährlichen Körperverletzung umfassend vor Angriffen und Nötigungshandlungen geschützt. § 113 StGB hingegen wurde explizit zum Schutz von staatlichen Vollstreckungspersonen geschaffen. Mit der Schaffung eines „Super-tatbestandes“ für alle Berufsgruppen, die an der konfliktreichen Schnittstelle Staat – Bürger agieren, wäre eine sinnvolle Abgrenzung zwischen „klassischen Vollstreckungstätigkeiten“ und „sonstigen Tätigkeiten zur Gefahrenabwehr“ kaum noch möglich und weitere Reformbegehren wären absehbar. Der fragmentarische Charakter wäre aufgeben.

*Dr. Sebastian Messer hat am 27.01.2011 eine mündliche Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu der geplanten Gesetzesänderung vorgetragen. Er ist Rechtsanwalt bei der Partnerschaftsgesellschaft KellerRechtsanwälte in Heidelberg mit dem Schwerpunkt Wirtschafts- und Steuerstrafrecht und ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie an der Universität zu Kiel*

#### Fußnoten:

- 1 *Rosenau* in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage, 2009, § 113, Rn. 5.
- 2 *Fischer*, StGB, 58. Auflage, 2011, § 113, Rn. 3.
- 3 *Kunz*, Kriminologie, 5. Auflage 2008, § 25, Rn. 6 f.
- 4 *Kunz*, aaO, § 25, Rn. 9 mwN; BML/BMJ (Hg.): Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 2006, S. 685 f.
- 5 *Schöch*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Festschrift für *Hans-Heinrich Jescheck*, S. 1.104 f.
- 6 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik.
- 7 *Messer*, Die polizeiliche Registrierung von Widerstandshandlungen, 2009, S. 82 f., 85.
- 8 *Stadtler*, ZRP 2010, S. 157.
- 9 BVerfG NJW 2008, 3627.
- 10 OLG Stuttgart NJW 2009, 2756, 2757.
- 11 BGH NJW 2008, 2861.
- 12 BGH StV 2004, 655, 656.
- 13 *Paeffgen* in: Nomos-Kommentar zum StGB, 3. Auflage, 2010, § 113, Rn. 86 mwN.

## Wehret den Anfängen!

### Gegen die Abschaffung des Richtervorbehalts in § 81a Abs. 2 StPO/§ 46 Abs. 4 OWiG bei zwangsweiser Entnahme von Blutproben im Zusammenhang mit Verkehrsordnungswidrigkeiten und Verkehrsstraftaten

*Sönke Gerhold*

Die geplante Änderung:

Artikel 1, Änderung der Strafprozessordnung

§ 81a Abs. 2 StPO werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:

„Einer richterlichen Anordnung bedarf es nicht in den Fällen der §§ 315a und 315c bis 316 des Strafgesetzbuchs, wenn eine Blutprobenentnahme dem Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut dienen soll. § 98 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

Artikel 2, Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten

§ 46 Abs. 4 OWiG wird folgender Satz 4 angefügt:

„§ 81a Absatz 2 Satz 2 der Strafprozessordnung gilt bei Verkehrsordnungswidrigkeiten entsprechend.“

Am 05.11.2010 stimmte der Bundesrat einer Gesetzesinitiative des Landes Niedersachsens<sup>1</sup> zu, mit der die Anordnungscompetenz für die zwangsweise Entnahme von Blutproben bei Verkehrsordnungswidrigkeiten und Verkehrsstraftaten vom Richter auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen übergehen soll.

Die Zeiten, in denen § 81a StPO auch von Parlamentariern höchst kritisch gesehen wurde, sind damit also endgültig vorbei<sup>2</sup>. Die Erwägungen, § 81a StPO ersatzlos zu streichen oder zumindest auf das Merkmal „ohne Einwilligung“ zu verzichten, da die Vorschrift – die Protokolle der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 26.07.1950 frei zusammengefasst – eine unübersehbare Nähe zum Polizeistaat habe, ohne die NS-Gesetzgebung und den Geist der damaligen Zeit im deutschen Recht nicht hätte eingeführt werden können und man sich mit einer entsprechenden Norm vom Rechtsstaat sehr weit entferne<sup>3</sup>, sind vom Tisch. Der entgegengesetzte Weg, hin zu mehr polizeilichen Kompetenzen, wird beschränkt<sup>4</sup>.

Die Tendenz, richterlichen Schutz zurückzudrängen und die freie Beweiswürdigung durch den gewaltsam erzwungenen Sachbeweis zu ersetzen, setzt sich fort<sup>5</sup>.

Besonders plastisch belegen dies die §§ 81e, 81g und 81h StPO<sup>6</sup>, aber auch die Erwägung aus dem Jahr 2008, die Onlinedurchsuchung im BKAG ohne Richtervorbehalt zu implementieren, fällt in diese Kategorie.

Eine entsprechende Gesetzesvorlage scheiterte dann allerdings im Bundesrat, so dass der Vermittlungsausschuss, um das Gesetz zeitnah auf den Weg zu bringen, für die Anordnung des Richtervorbehalts auch in Eilfällen votierte und die so geänderte Gesetzesfassung zum 01.01.2009 in Kraft trat.

Ob das Bundesverfassungsgericht eine Gesetzesfassung ohne Richtervorbehalt als verfassungswidrig aufgehoben hätte, kann ebenso wenig prognostiziert werden, wie die Frage, ob der Richtervorbehalt in § 81a StPO zwingend erforderlich ist. Im Zweifel würde das BVerfG die Entscheidung des Gesetzgebers wohl tolerieren<sup>7</sup>. Rechtspolitisch kommt es hierauf allerdings gar nicht an.

Die Forderung, auf jeden rechtsstaatlichen Schutz so weitgehend zu verzichten, wie es verfassungsrechtlich gerade noch möglich wäre, kann wohl kaum ernsthaft erhoben werden. Dies gilt erst Recht für eine Koalition mit gelber Beteiligung und ein FDP geführtes Bundesjustizministerium, wenn sich die FDP an ihrem Wahlspruch, FDP, die Partei der Bürgerrechte und des Rechtsstaates, sowie ihrem Parteiprogramm festhalten lassen will<sup>8</sup>. Im Folgenden sollen daher unter kritischer Würdigung der im Entwurf vorgebrachten Argumente einige Gefahren für die Grundrechtsverwirklichung sowie für den Rechtsstaat als solchen benannt werden, die nach einer Auffassung die Verfassungswidrigkeit eines nicht vom Richtervorbehalt gedeckten Eingriffs durch zwangsweise Blutentnahmen in Art. 2 Abs. 1 und 2 GG begründen<sup>9</sup>, zumindest aber Zweifel an der Richtigkeit der Abschaffung des Richtervorbehalts in § 81a Abs. 2 StPO/§ 46 Abs. 4 OWiG aufkommen lassen und klar für seine Beibehaltung sprechen.

### 1. Teil: Allgemeines zu Sinn und Zweck des Richtervorbehalts und dem Gedanken der Gewaltenteilung

Nach Auffassung des BVerfG zielt ein Richtervorbehalt auf eine vorbeugende Kontrolle von Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz<sup>10</sup>. Das Grundgesetz gehe davon aus, dass Rich-

ter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren könnten. Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, das die Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung führe, sei der Richter – entsprechend der Trennung von Anklagebehörde und Gericht im deutschen Strafprozess – unbeteiligter Dritter, der nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig werde. Es sei Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden.

Zusammengefasst hat der Richtervorbehalt also eine gesetzeswahrende Funktion, die den Betroffenen vor rechtswidrigen Grundrechtseingriffen durch nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane schützen soll<sup>11</sup>. Dies ist notwendig, da sich der Betroffene bei überraschenden oder geheimen Ermittlungsmaßnahmen nicht selbst wehren kann und nicht rechtsschutzlos gestellt werden soll<sup>12</sup>.

Der Richtervorbehalt ist damit unmittelbarer Ausdruck des Prinzips der Gewaltenteilung bzw. der Funktionentrennung, das als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG Verfassungsrang besitzt und ebenfalls Machtmissbrauch vorbeugen und die Freiheit der Bürger sichern soll<sup>13</sup>.

Vor diesem Hintergrund hat der Richtervorbehalt bei zwangsweisen und irreparablen Grundrechtseingriffen nun immer eine gewisse Berechtigung. Sich gegen ihn auszusprechen erfordert gute Argumente. Solche vorzubringen, ist die Entwurfsbegründung nicht in der Lage.

## 2. Teil: Stellungnahme zu den im Entwurf vorgebrachten Argumenten

In der knappgehaltenen Entwurfsbegründung lassen sich vier Argumentationsstränge ausmachen. Erstens, dass die Verzögerung durch die richterliche Anordnung der Blutentnahme die Effektivität der Strafverfolgung gefährde, zweitens, dass die unterschiedliche Auslegung des Begriffs Gefahr im Verzug zu so erheblichen Unsicherheiten in der Praxis führen könne, dass dort möglicherweise von Blutentnahmen abgesehen würde, drittens, dass die derzeitige Rechtslage ein zentrales Anliegen des Strafverfahrens, Fahrten unter Alkoholeinfluss effektiv zu ahnden, in rechtsstaatlich nicht gebotener Weise erschwere, und schlussendlich, dass auch nach der gegenwärtigen Gesetzeslage eine vorbeugende und unabhängige Kontrolle durch den Richter nicht gewährleistet sei.

An diesen Argumenten orientiert sich die folgende Gliederung.

### I. Die Verzögerung durch die richterliche Anordnung der Blutentnahme gefährde die effektive Strafverfolgung

Zunächst wird im Entwurf auf die Notwendigkeit einer zeitnahen Blutentnahme hingewiesen. Jede Verzögerungen der Blutentnahme vermindere wegen des schnellen Abbaus der Alkohol- bzw. Wirkstoffkonzentration im Blut die Genauigkeit der Feststellung<sup>14</sup>. Mit der Einholung einer richterlichen Anordnung sei nun aber stets eine gewisse zeitliche Verzögerung verbunden, die dazu führen könne, dass eine Blutalkoholkonzentration angenommen werden müsse, die den Straftäter einer Sanktionierung entziehe, oder eine Straftat folgenlos bleibe, weil die Blutalkohol- oder Wirkstoffkonzentration zum Tatzeitpunkt nicht mehr festgestellt werden könne<sup>15</sup>. Die Abschaffung des Richtervorbehalts sei daher durch das Ziel effektiver Strafverfolgung als wichtigem verfassungsrechtlichem Grundsatz gerechtfertigt<sup>16</sup>.

Zu diesem Argument ist zunächst anzumerken, dass die zwangsweise Blutentnahme nach § 81a StPO keine Maßnahme der Gefahrenabwehr darstellt, die durch die Beamten selbst vollzogen werden könnte. Vielmehr müssen diese zunächst einen Arzt verständigen, der zunächst zur Polizeidienststelle gelangen muss oder im umgekehrten Fall muss der Betroffene zunächst zum Arzt verbracht werden. In beiden Fällen vergeht jedoch einiges an Zeit, die in jedem Fall ausreicht, analog §§ 163 Abs. 2 Satz 2, 165 StPO<sup>17</sup> einen Bereitschaftsrichter telefonisch über die jeweiligen Beweisanzeichen zu unterrichten und eine entsprechende mündliche Anordnung zu erwirken<sup>18</sup>. Eine Verzögerung ist mit diesem Anruf nicht verbunden<sup>19</sup>. Sollte der Richter nicht erreichbar sein oder in dem entsprechenden Landgerichtsbezirk zu bestimmten Zeiten kein Notdienst eingerichtet sein, kann auch nach der geltenden Rechtslage im Wege der Ausnahmekompetenz eine Anordnung der Strafverfolgungsbehörden ergehen<sup>20</sup>.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die herrschende Meinung einschließlich des BVerfG die Anordnungs-kompetenz der Polizei gegenüber der Anordnungs-kompetenz der Staatsanwaltschaft zutreffend als nachrangig betrachtet<sup>21</sup>, so dass im Falle des neu gefassten § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO ein Bereitschaftsstaatsanwalt informiert werden müsste. Das Problem würde schlicht verlagert. Die geplante Rechtsänderung bringt insofern unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung keinen Vorteil.

Auch das Argument von *Laschewski*, dass der Zwang, Blutentnahmen richterlich anzuordnen, bei Massendelikten wie der Trunkenheitsfahrt die Arbeit der Ermittlungsrichter über Gebühr belasten würde<sup>22</sup>, gilt für die Staatsanwaltschaften entsprechend. Zudem darf das Argument, etwas sei ein Massengeschäft, nicht dazu führen, die Zuständigkeit der Richter in Frage zu stellen<sup>23</sup>. Unzweifelhaft fallen auch Ladendiebstähle und die einfache Körperverletzung in diese Kategorie, ohne dass sie für die Einführung eines Polizeistrafrechts sprächen. Für ein polizeiliches Strafverfahrensrecht gilt dasselbe. Es müssen schlicht die erforderlichen Stellen zur Verfügung gestellt werden<sup>24</sup>. Ist dies (finanz-)politisch nicht gewünscht oder nicht durchsetzbar, müssen die Nachteile wie Verfahrensverzögerungen etc. in Kauf genommen werden.

## II. Die unterschiedliche Auslegung des Begriffs Gefahr im Verzug führe zu erheblichen Unsicherheiten in der Praxis, so dass von Blutentnahmen abgesehen würde

Als zweites Argument heißt es, die Beurteilung der Frage, wann und durch wen die Entnahme einer Blutprobe unter dem Gesichtspunkt der Gefahr im Verzug angeordnet werden dürfe, sei mit erheblichen Unsicherheiten verbunden<sup>25</sup>. Unterschiedliche Auslegungen des Gesetzes hätten hier zu Unschärfen und Anwendungsschwierigkeiten geführt, die zur Folge haben könnten, dass angesichts der Rechtsunsicherheiten von der erforderlichen Anordnung einer Blutprobenentnahme abgesehen würde.

Diese Befürchtung lässt sich praktisch jedoch nicht belegen. Die Vielzahl an Entscheidungen zur Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit von Blutproben, die ohne Gefahr im Verzug und ohne richterliche Anordnung erlassen wurden, spricht jedenfalls klar gegen die Richtigkeit einer solchen Vermutung.

Zudem ließe sich das Problem, die These als Argument ernst genommen, besser durch eine Konkretisierung des Begriffs Gefahr im Verzug erreichen. Die entsprechenden Vorgaben hat das BVerfG bereits im Jahre 2001 gemacht<sup>26</sup>.

Entscheidend ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt. Der Kernpunkt des Streits und der Unsicherheiten betrifft die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Blutproben. Der Begriff der Gefahr im Verzug ist weitgehend geklärt. Aus zwei abweichenden Entscheidungen einmal des LG Hamburgs<sup>27</sup> und einmal des LG Braunschweigs<sup>28</sup>, die sowohl in Rechtsprechung<sup>29</sup> als auch Literatur<sup>30</sup> auf großen Widerstand gestoßen sind, kann keine allgemeine Unsicherheit abgeleitet werden.

Zumindest ist dieser Streit aber nicht geeignet, einen Beamten davon abzuhalten eine Maßnahme anzuordnen, denn entweder rechnet der Beamte damit, dass Gefahr im Verzug vorliegt und die Ergebnisse verwertbar sind, oder er erwirkt eine richterliche Anordnung. Dass er von der Anordnung einer Blutentnahme absieht, weil er unsicher ist, ob Gefahr im Verzug vorliegt oder nicht, ist lebensfremd.

Auch der (akademische) Streit um die Auswirkungen eines fehlenden Notdienstes bei Gefahr im Verzug betrifft praktisch nur die Verwertbarkeit der erlangten Beweismittel. Hierbei ist vor allem zu beachten, dass noch kein einziges OLG aus diesem Grund die Verwertbarkeit einer Blutprobe abgelehnt hat<sup>31</sup>, teils weil ein Notdienst nicht für erforderlich gehalten wird<sup>32</sup>, teils weil der Richtervorbehalt nicht bewusst durch die Polizeibeamten umgangen wird, wenn sich ihnen tatsächlich keine andere Möglichkeit bietet<sup>33</sup>. Die Rechtsprechung muss im Ergebnis als erstaunlich einheitlich bezeichnet werden<sup>34</sup>.

Der Beamte vor Ort wird sich vor diesem Hintergrund aber wohl kaum von wissenschaftlicher Kritik an den stets gleich lautenden Entscheidungen beeinflussen lassen, da Gefahr im Verzug mit guten Gründen angenommen werden kann, wenn der Ermittlungsrichter erst wieder viele Stunden später erreichbar ist. Entscheidet er sich jedoch wider Erwarten gegen die Anordnung, beweist er ein ausgesprochen hohes Maß an rechtsstaatlichem Feinsinn, dass man sich auch für den Antrag des Landes Niedersachsen wünschen würde<sup>35</sup>.

Bedenken, dass sich die Rechtslage künftig in den einzelnen OLG-Bezirken so kompliziert gestaltet, dass der einzelne Beamte nicht mehr abschätzen kann, ob eine Blutentnahme durchgeführt werden darf oder nicht, bestehen ebenso wenig. Zum einen kann ihnen mit der Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zur Verbesserung der Erreichbarkeit von Richternotdiensten<sup>36</sup> vorgebeugt werden, zum anderen würde eine anders lautende OLG-Entscheidung eine Anrufung des BGH nach Maßgabe des § 121 Abs. 2 GVG voraussetzen, die erneut Rechtsklarheit bringen würde.

Nach alledem ist also auch das zweite Argument der Entwurfsbegründung in Gänze verfehlt.

## III. Die derzeitige Rechtslage erschwere das zentrale Anliegen des Strafverfahrens, Fahrten unter Alkoholeinfluss effektiv zu ahnden, in rechtsstaatlich nicht gebotener Weise

Als drittes Argument wird vorgebracht, die derzeitige Rechtslage erschwere das zentrale Anliegen des Strafverfahrens, Fahrten unter Alkohol-, Betäubungsmittel- oder Medikamenteneinfluss effektiv zu ahnden, in rechtsstaatlich nicht gebotener Weise<sup>37</sup>. Der Richtervorbehalt für die Entnahme von Blutproben werde weder durch das Grundgesetz vorgeschrieben, noch sei er aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Rechtsstaatliche Bedenken gegen seine Abschaffung bestünden daher nicht<sup>38</sup>. Die (durch einen Arzt vorgenommene) Entnahme einer Blutprobe sei zudem ein geringfügiger Eingriff. Gleich im nächsten Satz wird der Eindruck erweckt, mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung und der damit ggf. verbundene zeitliche

Verzögerung sei ein weitergehender Grundrechtseingriff verbunden, die Abschaffung des Richtervorbehalts diene also der schonenden Umsetzung der Maßnahme und den Rechten des Betroffenen.

Um dieses Argument zu überprüfen, ist nun zum einen die Eingriffsintensität in die Rechte des Beschuldigten festzustellen, zum anderen der Gewinn für den Verfassungswert einer effektiven Strafverfolgung. Zudem sind weitere rechtsstaatliche Bedenken vorzubringen, die in der Entwurfsbegründung schlicht gelehnet werden.

## 1. Eingriffsintensität

### a. Gewicht des strafprozessexternen Grundrechtseingriffs

Die Einschätzung der Schwere des Eingriffs variiert deutlich. So spricht beispielsweise *Kramer* von einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff<sup>39</sup>, wohingegen die Rechtsprechung überwiegend von einem Eingriff geringerer Intensität und Tragweite in das – unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehende – Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausgeht<sup>40</sup>. Das BVerfG selbst hat bisher ausdrücklich offen gelassen, ob es sich bei der Anordnung einer Blutentnahme um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt oder nicht<sup>41</sup>.

Der Grund dieser unterschiedlichen Beurteilung ist insbesondere in der jeweils betrachteten Maßnahme zu sehen, da von der Rechtsprechung und den ihr folgenden Stimmen in der Literatur nur die Blutentnahme selbst in den Blick genommen wird, im Übrigen jedoch zugleich der Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Gegenstand der Betrachtung gemacht wird.

Eine solche Gesamtbetrachtung ist dabei die allein zulässige. Eine Maßnahme nach § 81a StPO erschöpft sich nämlich so gut wie nie in der schlichten Blutentnahme, sondern der Betroffene wird entweder auf die nächstgelegene Dienststelle oder in ein Krankenhaus verbracht, durch die Ingewahrsamnahme entsteht ein belastender öffentlicher Verdacht, der dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Hinblick auf die Fallgruppe der persönlichen Ehre unterfällt, und zugleich wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein zweites Mal unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt<sup>42</sup>. Wirkt der Betroffene zudem nicht freiwillig an der Blutentnahme mit, muss die Anordnung mit Gewalt vollzogen werden, was weitere Grundrechtsbeeinträchtigungen nach sich zieht. Eine zweite Blutentnahme kann unter Umständen erforderlich werden. Schlussendlich sehen die bundeseinheitlichen Richtlinien zur Feststellung von Alkohol-, Medikamenten und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten<sup>43</sup> in Nr. 7.1.2 aber auch bei jeder zwangsweisen Blutentnahme die Beschlagnahme des Führerscheins vor, so dass sich der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zumindest bis zur Auswertung der Blutprobe erstreckt, was einige Tage in Anspruch nehmen kann<sup>44</sup>. Die Berufsausübungsfreiheit des Betroffenen kann für diese Zeit auf verschiedene Weisen beeinträchtigt werden<sup>45</sup>.

Die einzelnen Grundrechtsbeeinträchtigungen können dabei jede für sich genommen von einigem Gewicht sein, erst Recht sind sie es in ihrer Kombination. So muss insbesondere in Revieren der Flächenstaaten mit großem örtlichen Zuständigkeitsbereich regelmäßig mit einem länger andauernden Freiheitsentzug gerechnet werden, da sowohl die Fahrt zur Dienststelle als auch zum Krankenhaus einige Zeit in Anspruch nimmt<sup>46</sup>. Die persönliche Ehre kann in gesteigerter Form betroffen sein, wenn der Betroffene vor den Augen von Freun-

den, Kollegen und Schaulustigen in Gewahrsam genommen wird, und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wenn der Untersuchungszweck von den anordnenden Beamten nicht präzise bestimmt wird. Auch der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit nimmt an Stärke zu, wenn sich der Betroffene der polizeilich angeordneten und ggf. rechtswidrigen Blutentnahme als letztes Mittel widersetzt und zum Vollzug der Blutentnahme fixiert werden muss. Bis zur Rückgabe des Führerscheins nach Auswertung des Bluttest ist der Betroffene auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen, muss seinen PKW auf eigene Kosten abholen und sich gegebenenfalls von seiner Arbeit beurlauben lassen, soweit er hierfür auf das Auto angewiesen ist.

Das Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung ist in einem solchen Fall beträchtlich, so dass sich die gesetzliche Schutzvorschrift des § 81a Abs. 2 StPO im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an diesem zu orientieren hat.

Ein gänzlich untergeordneter Grundrechtseingriff, wie ihn der schlichte Einstich durch den Arzt gegenüber einer mitwirkungsbereiten Person darstellt, ist dagegen nur in absoluten Ausnahmefällen anzunehmen. Die Antragsbegründung Niedersachsens verkennt daher, dass Eingriffe nach § 81a StPO kumulativ das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das Recht auf Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzen können und jeder Eingriff für sich genommen die Erheblichkeitsschwelle überschreiten kann.

Hierin liegt beispielsweise der wesentliche Unterschied zur Identitätsfeststellung nach § 163b StPO, wo der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deutlich betont wird, obwohl die Eingriffe kein solches Gewicht erreichen können, wie im Rahmen des § 81a StPO<sup>47</sup>. Schwerwiegende Eingriffe auf Grundlage des § 163b StPO sind wohl nicht vorstellbar. Konsequenter implementiert das Gesetz daher auch keinen Richtervorbehalt in § 163b StPO wie auch bei anderen gänzlich untergeordneten Eingriffen nicht<sup>48</sup>. Hat der Eingriff eine gewisse Qualität ist das Gesetz bislang bemüht, einen Richtervorbehalt vorzuschreiben, für Eilanordnungen jedoch Ausnahmen vorzusehen. Ist die Eingriffsqualität sogar als hoch zu bewerten, verzichtet das Gesetz sogar wie im BKAG vollständig auf Ausnahmezuständigkeiten für Eilfälle.

Eine Streichung des Richtervorbehalts in § 81a StPO für Verkehrskontrollen würde daher den Maßstab der für einen Richtervorbehalt erforderlichen Eingriffsintensität deutlich nach oben verschieben. In diesem Fall stünde zu befürchten, dass dieser neue Maßstab eine Fernwirkung entfaltet und künftig auch auf andere Eingriffsnormen erstreckt wird. Eine Gesetzesinitiative wie die der Onlinedurchsuchung ohne Richtervorbehalt hätte im Falle so gehobener Anforderungen an den Richtervorbehalt von vorneherein bessere Chancen. Die Tendenz, rechtsstaatliche Prinzipien abzuschaffen, wenn sie un bequem sind, würde sich fortsetzen.

### b. Gewicht der prozessinternen Belastungen

Wie gerade gezeigt, kann sich bereits die prozessexterne Grundrechtsverletzung als schwer erweisen. Beachtenswert ist jedoch über diese hinaus, dass die möglicherweise rechtswidrige Beweiserhebung sich nicht in dieser erschöpft, sondern zugleich zu einer prozessualen Schlechterstellung führen kann, wenn rechtswidrig erlangte Beweise

vom Gericht verwertet werden. Man spricht insofern von einer Doppelbelastung strafprozessualer Grundrechtseingriffe<sup>49</sup>.

Eine Unverwertbarkeit kommt nach der so genannten Abwägungslehre<sup>50</sup> nämlich nur in Ausnahmefällen, beispielsweise bei bewusster Missachtung oder gleichgewichtig grober Verkenning der Voraussetzungen des Richtervorbehalts<sup>51</sup>, in Betracht. Der Richtervorbehalt schützt den Betroffenen daher auch vor der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ohne dass das deutsche Recht ein starres Beweisverwertungsverbot in seinen Normenkanon aufnehmen müsste<sup>52</sup>. Die angloamerikanische Alternative der *poisonous tree doctrine* ist dem deutschen Recht fremd. Eine gerichtliche Kontrolle auch mit Auswirkungen auf das Beweisrecht muss der möglicherweise rechtswidrigen Beweiserlangung jedoch entweder vorausgehen oder nachfolgen. Will man mit guten Gründen an den Grundsätzen der StPO festhalten, muss dies auch für den Richtervorbehalt gelten. Zu Recht stellt das deutsche Recht daher nicht nur auf die Schwere des prozessexternen Grundrechtseingriffs ab, sondern berücksichtigt die verfahrensrechtlichen Folgen mit<sup>53</sup>. Nicht zuletzt das Grundgesetz selbst bestätigt mit Art. 13 Abs. 3 und 4 GG, dass bei gleicher Eingriffsschwere an strafprozessuale Grundrechtseingriffe höhere Anforderungen gestellt werden müssen<sup>54</sup>. Ebenso verhält es sich mit einem Vergleich zwischen den Landespolizeigesetzen und der StPO<sup>55</sup>.

Die Entwurfsbegründung Niedersachsens berücksichtigt diese erhöhte Schutzbedürftigkeit Beschuldigter ebenfalls nicht.

Gleiches gilt auch für die Kollision einer erzwungenen Blutprobe mit dem *nemo-tenetur*-Prinzip, das nach *Eisenhardt* jede Verletzung der körperlichen Integrität gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Informationsgewinnung verbietet<sup>56</sup>.

Die Feststellungen zur geringen Schwere des Grundrechtseingriffs in der Entwurfsbegründung können daher nicht geteilt werden. Zumindest prozessexterne und prozessinterne Beeinträchtigungen zusammen genommen lassen die zwangsweise Blutentnahme deutlich aus dem Bereich der Bagatteleingriffe heraustreten.

## 2. Der Gewinn für den Verfassungswert einer effektiven Strafverfolgung in Relation zum Grundrechtseingriff

Ein Gewinn für die Effektivität der Strafverfolgung dürfte nach dem oben gesagten auch bei Streichung des Richtervorbehalts gering sein. Die Zeitspanne zwischen Beschuldigung und frühestmöglicher Blutentnahme ließe sich nicht verkürzen, eine staatsanwaltliche Anordnung bliebe erforderlich und die Unsicherheiten in der Praxis würden nur vergrößert.

Der Verlust an rechtsstaatlichem Schutz für die Betroffenen wäre demgegenüber zumindest im Einzelfall hoch.

Auch wenn der Richtervorbehalt trotz allem nicht zum rechtsstaatlich notwendigen Mindeststandard zählt<sup>57</sup>, stehen Gewinn und Verlust rechtspolitisch außer Verhältnis.

An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Art. 2 Abs. 2 GG im Gegensatz zu Art. 13 GG keinen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt kennt, da die besondere Relevanz körperlicher Eingriffe zu staatlichen Zwecken mit den technischen Möglichkeiten der Blut- und DNA-Analyse erst spät an Bedeutung gewonnen haben<sup>58</sup>. Gleiches gilt im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 GG für den Einsatz technischer Überwachungsmaßnahmen<sup>59</sup>. Die Notwendigkeit oder auch nur der Nutzen eines Richtervorbehalts muss

also anhand der heutigen Gegebenheiten eigenständig überprüft werden. Aus der Tatsache, dass andere Grundrechte keinen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt vorsehen, können folglich keine Rückschlüsse auf andere Fälle gezogen werden<sup>60</sup>. Die Notwendigkeit gegenseitiger Kontrolle bleibt unbenommen.

## 3. Weitere rechtsstaatliche Bedenken

Augenfällig ist des Weiteren, dass im Rahmen der Entwurfsbegründung von dem Umstand, dass eine Abschaffung des Richtervorbehalts nach dort vertretener und keinesfalls unumstrittener Auffassung nicht verfassungswidrig sei, unmittelbar auf das Fehlen rechtsstaatlicher Bedenken geschlossen wird. Bedenken bestehen jedoch in jedem Fall, der sich im Graubereich der Verfassungsmäßigkeit bewegt. Das vom BVerfG gesicherte Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit bedeutet nie, dass es keine guten Gründe gibt, diesen Standard zu erhöhen oder einen höheren Standard zu halten. Auch Rechtsmittelinstanzen werden von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zwingend gefordert<sup>61</sup>, dennoch sprechen gute Gründe dafür Beschwerde, Berufung und Revision zuzulassen und das BVerfG lässt ausdrücklich offen, ob sie in Ausnahmefällen nicht doch zwingend vorzusehen seien.

Insbesondere in solch hoch umstrittenen Bereichen, wo die Entscheidung zwischen Verfassungsmäßigkeit und Verfassungswidrigkeit kaum zuverlässig zu treffen ist, sollte man sich daher stets auf die Seite der Freiheitsrechte stellen, in *dubio pro libertate*. Tut man dies nicht, lässt man die bestehenden Bedenken schlicht nicht zu. Das Bestehen von Bedenken kann jedoch nicht gelehnet werden.

Im wissenschaftlichen Schrifttum werden die Bedenken bzw. wird die Verfassungswidrigkeit einer entsprechenden Änderung insbesondere auf das *Nemo-Tenetur*-Prinzip und das allgemeine Gerechtigkeitsprinzip gestützt.

Nach *Eisenhardt* verbietet das *nemo-tenetur*-Prinzip jede Verletzung der körperlichen Integrität gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Informationsgewinnung im Strafverfahren<sup>62</sup>. Den Schutzbereich des *nemo-tenetur*-Gedankens allein auf die Freiheit der Willensausübung zu beschränken sei inkonsequent und negiere die Anerkennung der Subjektstellung des Beschuldigten. Zudem zähle der Schutz seiner körperlichen Integrität zum Kernbereich des *nemo-tenetur*-Gedankens, der seine verfassungsrechtliche Grundlage im allgemeinen Persönlichkeitsrecht habe. Der Achtungs- und Schutzauftrag des Art. 1 Abs. 1 GG könne jedoch nur dann erfüllt werden, wenn die körperliche Integrität des Beschuldigten als absolute Grenze der staatlichen Wahrheitsermittlung respektiert werde.

Nach *Brüning* muss die Machtüberlegenheit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bei beweisichernden strafprozessualen Grundrechtseingriffen im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 und 1 Abs. 1 GG zwingend durch Richtervorbehalte ausgeglichen werden<sup>63</sup>. Die erforderliche Chancengleichheit der Beteiligten ließe sich anders nicht erzielen, da eine Ausweitung der Teilhaberechte des Beschuldigten mit dem Charakter der Maßnahme unvereinbar sei<sup>64</sup>. Andere Verteidigungsmittel stünden dem Betroffenen nicht zur Verfügung<sup>65</sup>. Die Strafverfolgungsbehörden würden unter allen Gesichtspunkten über eine wesentlich stärkere Machtposition verfügen als der Betroffene und dieser wäre ohne den Richtervorbehalt schutzlos.

Nachteile durch dessen Beibehaltung seien nicht zu erwarten. Insbesondere würde die Wahrheitsfindung nicht beeinträchtigt<sup>66</sup>. Da

zugleich die Interessen und Grundrechte der Betroffenen besser geschützt würden, sei der Richtervorbehalt bei prozessualen Zwangsmaßnahmen verfassungsrechtlich zwingend geboten<sup>67</sup>.

Auch wenn hier nicht der Ort sein kann, sich in Gänze mit diesen Argumenten auseinanderzusetzen, zeigen sie doch deutlich, wie nahe sich die Entwurfsbegründung der Grenze des verfassungsmäßigen nähert und dass bestehende Bedenken nicht zur Kenntnis genommen wurden. Zumindest eine Auseinandersetzung mit diesen sollte man jedoch erwarten dürfen.

#### IV. Auch nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ist eine vorbeugende und unabhängige Kontrolle durch den Richter nicht gewährleistet

Das vierte und letzte Argument lautet, auch nach der gegenwärtigen Gesetzeslage sei ein vorbeugender und unabhängiger Rechtsschutz nicht gewährleistet. Die erwartete Reaktion müsste bei einer solchen Feststellung eigentlich lauten, ja, schlimm, wie kann man denn ausreichenden Rechtsschutz gewähren<sup>68</sup>? Anders jedoch die Entwurfsbegründung, in der es heißt, eine dem Richter vorbehaltene Anordnungscompetenz solle eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleisten<sup>69</sup>. Seiner Funktion als vorbeugende Kontrolle werde der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut allerdings nicht gerecht. Eine Vorlage der Ermittlungsakten sei in diesen Fällen in aller Regel aus Zeitgründen nicht möglich, so dass die richterliche Anordnung allein aufgrund telefonisch mitgeteilter Informationen ergehe. Der für die Anordnung zuständige Richter habe in der Regel weder einen Entscheidungs- noch einen Ermessensspielraum. Würden ihm beispielsweise im Zusammenhang mit einer Trunkenheitsfahrt telefonisch Alkoholgeruch, Ausfallerscheinungen oder Fahrfehler geschildert, sei die Anordnung einer Blutentnahme unumgänglich. Der Richter werde sich dabei regelmäßig auf die telefonischen Angaben des Polizeibeamten vor Ort verlassen müssen. Nach alledem bedeute der Richtervorbehalt in § 81a StPO bei Blutentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut kein „Mehr“ an Rechtsstaatlichkeit für den Betroffenen. Er könne also, frei zusammengefasst, aus dem Gesetz gestrichen werden.

Die richtigen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkte, um dieses Argument auf seine Stichhaltigkeit zu untersuchen, sind die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG<sup>70</sup> und der Grundsatz der Gewaltenteilung, dessen Grundgedanken der Richtervorbehalt entspringt.

Nach der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG steht jedem der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Sinn und Zweck der Regelung ist es, wirkamen Rechtsschutz zu gewährleisten<sup>71</sup>.

Entsprechende Rechtsbehelfe müssen daher nicht nur formal eingerichtet sein, sondern auch tatsächlich wirksam ausgestaltet, so dass schwerwiegende Nachteile, die durch nachträgliche Kontrolle nicht mehr beseitigt werden können, verhindert werden. Auch die Überraschungswirkung einer Maßnahme und das Fehlen vorhergehenden rechtlichen Gehörs kann zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes durch die Implementation von Richtervorhalten zwingen<sup>72</sup>. Nur überwiegende öffentliche Belange können es rechtfertigen, die Rechtsschutzgarantie einstweilen zurückzustellen, um

ausnahmsweise unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des Gemeinwohls rechtzeitig einzuleiten<sup>73</sup>.

Diesem Umstand trägt § 81a Abs. 2 StPO durch die Ausnahmekompetenz der Strafverfolgungsbehörden in Eilfällen Rechnung. In allen anderen Fällen muss die richterliche Kontrolle der Anordnung vorgelagert sein, da Anordnung, Wirkung und Vollzug im Rahmen des § 81a StPO so nahe beieinander liegen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör und richterliche Kontrolle ansonsten nicht gewährleistet wäre<sup>74</sup>. Ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe könnten nicht beseitigt werden<sup>75</sup> und der Staat würde vollendete rechtlich nicht kontrollierbare Tatsachen schaffen<sup>76</sup>. *Hilger* bezeichnet den Richtervorbehalt bei der Anordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe aus diesem Grund als unumgänglich<sup>77</sup>.

Auch *Naucke* charakterisiert die Blutentnahme im Straßenverkehr als eine der Kernsituationen, in denen ein Einzelner der überlegenen Staatsmacht isoliert gegenüber steht, Widerstand aussichtslos ist und jeder versuchte Widerstand lediglich den für nötig gehaltenen Gewalteinsatz der Beamten erhöht<sup>78</sup>. Ob man hieraus nun den Schluss der Unrechtmäßigkeit prozessualer Gewalt gegen eine Person oder lediglich die Notwendigkeit einer vorherigen gerichtlichen Überprüfbarkeit ableiten will, kann für das hier zu behandelnde Thema offen bleiben. Seine Bedeutung für Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und die Menschenwürde tritt in jedem Fall neben den bereits oben benannten verfassungsrechtlichen Bedenken deutlich hervor. Das dritte Argumentation, rechtstaatliche Bedenken würden von vorneherein fehlen, ist damit vollständig entkräftet.

Gestützt wird die am Richtervorbehalt festhaltende Auffassung zudem durch den Gedanken, dass der Schutz vor rechtswidrigen Verwaltungsakten oder sonstigen verwaltungsförmigen Grundrechtseingriffen auch nicht über den Tatbestand der Rechtsbeugung nach § 339 StGB gewährleistet wird<sup>79</sup>. Selbst offenkundig rechtswidriges Verwaltungshandeln führt nicht zu einer entsprechenden Strafbarkeit, so dass präventiver Schutz ebenfalls nicht besteht.

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch, wenn man sich den Sinn und Zweck der Gewaltenteilung in Erinnerung ruft als dessen Ausdruck sich der Richtervorbehalt erweist<sup>80</sup>.

Der Richtervorbehalt bezweckt durch die vorbeugende Kontrolle eine Hemmung der exekutiven Eingriffsbefugnisse und will so Machtmissbrauch vorbeugen und die Freiheit der Bürger sichern<sup>81</sup>.

Richter und Staatsanwaltschaft tragen hiernach eine Gesamtverantwortung für den Eingriff, indem die Staatsanwaltschaft eine aus ihrer Sicht rechtmäßige Maßnahme beantragt und der Richter die Annahme der Staatsanwaltschaft bestätigt oder widerlegt; es gilt das klassische Vier-Augen-Prinzip<sup>82</sup>. Dies ist notwendig, weil eine unvoreingenommene Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen in Anbetracht der Tatsache, dass Schutzvorschriften die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden stets beschneiden und deren Arbeit aus rechtsstaatlichen Gründen an enge Voraussetzungen binden, anderenfalls nicht zu erwarten ist<sup>83</sup>. Es besteht sonst die Gefahr, dass die Strafverfolgungsbehörden die Eingriffsnormen einseitig zu ihren Gunsten auslegen<sup>84</sup>.

In diese Richtung zielt auch die Argumentation des BVerfG. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 20 Abs. 3 GG sprechen daher ebenfalls für die Beibehaltung der jetzigen Rechtslage bzw. darüber hinausgehend für eine Verbesserung des Rechtsschutzes. Keinesfalls können die Voraussetzungen jedoch auf Grund der in der Entwurfsbegründung vorgebrachten Argumente bedenkenlos weiter gesenkt werden. Bis-

her fehlt es hierzu an einer Auseinandersetzung auch mit dem „wider“ der Abschaffung in der politischen Diskussion.

### 3. Teil: Weitere Bedenken gegen die Abschaffung des Richtervorbehalts

Schlussendlich begründen auch alle gegen § 81a StPO selbst vorgebrachten Bedenken Zweifel an der Abschaffung des Richtervorbehalts wie die Einschränkung des nemo-tenetur-Prinzips, die Verletzung der Unschuldsvermutung, die inquisitorische Grundhaltung der Norm oder die Kollision mit der Würde des Beschuldigten, der zum Objekt des Strafverfahrens gemacht wird<sup>85</sup>. Bedenken nicht verfassungsrechtlicher Art bestehen darüber hinaus aufgrund der Weite und Unbestimmtheit der Vorschrift, die jedoch einen engen Bezug zur Rechtswegsgarantie aufweisen und daher auch schon oben hätten angesprochen werden können.

Nach dem Wortlaut des § 81a StPO ist weder dringender noch hinreichender Tatverdacht erforderlich, um eine zwangsweise Untersuchung durchzuführen, sondern die Beschuldigtenstellung ist für sich genommen ausreichend. Sie geht gemäß § 152 Abs. 2 StPO mit einem Anfangsverdacht einher, für den zureichende tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich sind. Ein solcher ist daher anzunehmen, wenn es aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt<sup>86</sup>.

Die Antwort auf die Frage nach einem Anfangsverdacht ist nach objektiv überprüfbar Kriterien zu bestimmen und keine Ermessensentscheidung<sup>87</sup>. Erforderlich sind ausreichende objektive Verdachtsmomente wie deutlich wahrnehmbarer Alkoholgeruch, gerötete gläserne Augen oder eine lallende Aussprache<sup>88</sup>.

Auch wenn die Schwelle des Anfangsverdachts damit niedrig liegt, genügt eine rein gefühlsmäßige Entscheidung oder die bloße Vermutung den Kriterien nicht<sup>89</sup>. So darf weder das Scheitern eines Alibibeweises als Indiz der Täterschaft gewertet werden, noch ein Fluchtversuch oder eine aufgedeckte Lüge<sup>90</sup>.

Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Verweigerung eines freiwilligen Atemalkoholtests<sup>91</sup>, was jedem Richter deutlich bewusst ist. Das Wahrnehmen prozessualer Rechte darf sich unter keinen Umständen zu Lasten der sie schützenden Person auswirken.

Anders kann es sich demgegenüber in der polizeilichen Praxis verhalten.

Sinngemäß hieß es in einer kürzlich ausgestrahlten und allseits bekannten TV-Serie, das Verweigern der Mitwirkung an freiwilligen Tests sei ein halbes Geständnis<sup>92</sup>. Wer sie verweigere, habe etwas zu verbergen, ansonsten bräuchte der Betroffene sich keine Sorgen zu machen.

Eine ähnliche Einstellung von Polizeivollzugsbediensteten zum Beweiswert der verweigerten Mitwirkung lässt sich teilweise in der Praxis beobachten<sup>93</sup>. Selbst wenn ein Autofahrer freiwillig an einem Atemalkoholtest mitgewirkt hat, wird berichtet, dass ihm im Anschluss weitere, zum Teil aberwitzigste Drogentests abverlangt werden. In einem Fall wurde der Betroffene beispielsweise aufgefordert mit geschlossenen Augen 30 Sekunden abzuschätzen, mehrere Meter auf einer weißen Linie zu balancieren und ähnliches. In anderen Fällen wird von Finger-Finger-Tests, minutenlangem auf einem Bein stehen, sich zwanzig Mal mit geschlossenen Augen an der Nase berühren und vergleichbaren Reaktions- oder Gleichgewichtstests be-

richtet, deren Auswertung durch die Polizei nach anerkannten wissenschaftlichen Kriterien auf der Straße kaum möglich erscheint. So werden nicht geeichte Handys oder Armbanduhren zum Zeitstoppen verwendet, die Testvorgaben sind vage und entsprechen nicht den wissenschaftlichen Standards und auch nüchterne Personen könnten die von den Beamten aufgestellten Kriterien teilweise nicht erfüllen. Auf die Weigerung, die Tests zu absolvieren, folgt in einigen Fällen die Drohung, den Betroffenen anderenfalls zu einer zwangsweisen Blutentnahme auf das Revier mitzunehmen. An dieser Drohung ändert auch der Umstand nichts, dass die Weigerung eines freiwilligen Tests keinen Anfangsverdacht begründen kann. Eine gerichtliche Anordnung zu erwirken, ist in entsprechenden Fällen nahezu ausgeschlossen. Meist wird daher auch trotz Androhung von einem entsprechenden Antrag seitens der Beamten Abstand genommen und der Betroffene kann seine Fahrt fortsetzen. Die Präventivfunktion des Richtervorbehalts hat somit die gewünschte Schutzwirkung entfaltet. Ein Verfahren analog § 98 Abs. 2 StPO könnte dies nicht. Die Entwurfsbegründung bezieht sich nur auf Fälle, in denen die Eingriffsvoraussetzungen eindeutig vorliegen und betont, dass der Richter in diesen keinen Entscheidungsspielraum hätte.

Die hier geschilderten praxisnahen Beispiele, in denen der Richtervorbehalt demgegenüber seine präventive Wirkung entfaltet, klammert der Entwurf allerdings aus. Der objektiv unauffällige, nüchterne oder mangels objektiver Indizien prozessual als nüchtern geltende Kraftfahrer hätte daher keine Chance sich der Grundrechtsbeeinträchtigung zu erwehren, obwohl der Eingriff niemals gerechtfertigt sein könnte. Das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Recht der Selbstbelastungsfreiheit steht einer Pflicht zur Teilnahme an einem Atemalkoholtest entgegen; sie durch Drohung zu Erzwingen oder die Freiheit mit Gewalt zu Umgehen wäre schlicht rechtsstaatswidrig. Das ungute Gefühl der Beamten einen über das gesetzliche Mindestmaß nicht kooperationswilligen Kraftfahrer des Weges ziehen zu lassen, könnte die Beamten jedoch zur Anordnung einer rechtswidrigen Blutentnahme veranlassen. Damit stiege der Druck, nachträglich objektive Verdachtsmomente zu benennen, falls die Untersuchung negativ verläuft, da eine Körperverletzung im Amt im Raume steht. Nach jetziger Rechtslage müsste der rechtswidrigen Blutentnahme eine mittelbare Falschbeurkundung vorausgehen, die einen regulativen Effekt vermuten lässt. Der Richtervorbehalt dient daher also nicht zuletzt auch den Interessen der zuständigen Beamten, die ihr Tun im Vorhinein rechtlich absichern können.

Dass die eben genannten Beispiele die Realität treffend abbilden, belegt auch die Richtlinie zur Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die unter Nr. 1 und 2 zwar noch einen Verdacht für die Anordnung der Blutalkoholprobe fordert; zumindest missverständlich heißt es dann jedoch unter Nr. 3.2.3, dass eine Blutentnahme in der Regel auch anzuordnen ist, wenn eine Atemalkoholprüfung nicht durchgeführt werden kann. Wenn jedoch außer der rechtmäßigen Weigerung, den Atemalkoholtest abzulegen, keine Anhaltspunkte für eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat bestehen, ist die zwangsweise Ingewahrsamnahme des Unschuldigen, die gewaltsame Durchsetzung der Blutentnahme gegen seinen Willen sowie die damit verbundene Beschlagnahme des Führerscheins bis zur Auswertung des Blutbildes in jedem Fall unverhältnismäßig. Das Ziel durch diese Drohkulisse einen faktischen Zwang zum Atemalkoholtest zu implementieren, kann unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keine Zustimmung verdienen. Ebenso bedenklich erscheint es, den Verdacht des Drogenkonsums an die „positive Kenntnis früherer Verstöße gegen das

Betäubungsmittelgesetz“ zu knüpfen, aber das ist ein anderes Thema. Die Tendenz zum willfährigen Umgang mit rechtsstaatlichen Grundsätzen offenbart sich jedoch deutlich und ein Generalverdacht<sup>94</sup> kann unter keinen Umständen ein tauglicher Anknüpfungspunkt für prozessuale Zwangsmaßnahmen sein<sup>95</sup>.

Verstärkt wird der Eindruck des notwendigen vorbeugenden Rechtsschutzes durch den Richtervorbehalt auch durch die Rechtsprechung des BVerfG, nach der eine verfassungskonforme Auslegung des weiten § 81a StPO dazu nötige, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderer Weise zu beachten<sup>96</sup>. Insbesondere müsse die Stärke des bestehenden Tatverdachts die Maßnahme rechtfertigen<sup>97</sup>. Bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen könne daher sogar ein höherer Grad des Tatverdachts nötig sein als für die Eröffnung des Hauptverfahrens<sup>98</sup>.

Solch ein Detailwissen wird ein Polizeivollzugsbediensteter nur im Einzelfall aufweisen und in der Lage sein, es ordnungsgemäß auf den zu prüfenden Sachverhalt zu übertragen.

Auszugsweise heißt es daher in einem der einschlägigen Urteile des BVerfG weiter<sup>99</sup>: Bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung der Bestimmung sei vor allem zu berücksichtigen, dass die Anordnung in die Hand des Richters gelegt sei... Von dem Richter erwarte aber das Gesetz, dass er dort, wo er einem Verwaltungsakt ähnliche Maßnahmen zu treffen habe, dieselbe spezifisch richterliche Denkweise anwende wie bei der Nachprüfung von Handlungen, die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Ermessens vorgenommen hätten. Darin liege gerade der Grund für die gesetzliche Übertragung schwerwiegender Anordnungen auf den Richter.

Die zahlreichen Fälle, in denen sich die Beamten bewusst oder unbewusst über den Richtervorbehalt<sup>100</sup> oder die Richtlinien zur Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten<sup>101</sup> hinwegsetzen, zeigen daher, dass der Richtervorbehalt unumgänglich ist, wenn die Prüfung eines Anfangsverdachts und des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades nach rechtsstaatlichen Kriterien beibehalten werden soll. Sofern man die Abschaffung des Richtervorbehalts trotz aller Bedenken für erwägenswert hält, müsste man zumindest überlegen, eine Ausnahme vom Richtervorbehalt auf Fälle dringenden Tatverdachts zu beschränken, in denen dem Richter dann tatsächlich kein Ermessensspielraum verbleibe<sup>102</sup>; in anderen Grenzfällen jedoch zum Schutz aller Beteiligten am Richtervorbehalt festzuhalten oder zumindest eine der Blutentnahme vorgelagerte Dokumentations- und Begründungspflicht der anordnenden Stelle verbindlich im Gesetz festschreiben, um eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und seine gegenwärtige Auslegung durch das BVerfG<sup>103</sup> zu gewährleisten.

Die Anordnung eines körperlichen Eingriffs ohne entsprechende Dokumentation würde die Rechtswegsgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzen<sup>104</sup>. Ergänzt werden könnte § 81a Abs. 2 StPO zudem um den Hinweis, dass die Weigerung an einem Atemalkoholtest teilzunehmen für sich genommen keinen Anfangsverdacht begründen kann.

Sollte eine verdachtsfreie Kontrolle rechtspolitisch gewünscht sein, bliebe der Gedanke *Gepperts* zu erwägen, nach dem die verdachtsfreie aktive Teilnahme an einem Atemalkoholtest dann durch Bußgeldandrohung erzwungen werden kann, wenn im Straf- und Bußgeldverfahren ein umfassendes Verwertungsverbot angenommen wird<sup>105</sup>. Das Ergebnis dürfte nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr

verwendet werden und könnte auf Grund des Verwertungsverbotes auch keinen Anfangsverdacht bezüglich einer Trunkenheitsfahrt etc. begründen.

Wenn ein verwertbares Testergebnis gewollt sei, müssten die Beamten zuvor die Verdachtsmomente benennen und den Beschuldigten belehren. Für den verdachtsunabhängigen polizeilichen und den verdachtsabhängigen strafverfahrensrechtlichen Atemalkoholtest würden dann richtigerweise unterschiedliche Verfahren zur Anwendung kommen.

## Fazit

Praktiker und Länder lehnen den Richtervorbehalt bei Blutentnahmen im Straßenverkehr weitgehend ab<sup>106</sup>. Die Gründe hierfür liegen auf der Hand: Kosten für die Länder, wenn sie den Forderungen des BVerfG nach einem vierundzwanzig Stunden erreichbaren Notdienst für Richter und Staatsanwälte entsprechen wollen, das Gefühl der Polizei in der eigenen Arbeit kontrolliert und überwacht zu werden verbunden mit Eingriffen und Vorgaben für dieselbe<sup>107</sup> und bei Richtern und Staatsanwälten Bereitschaftsdienst mit den damit verbundenen unliebsamen Anrufen zur Nachtzeit ohne spürbare Entlastung bei der täglichen Arbeit<sup>108</sup>.

Mit rechtsstaatlichen oder auch nur rechtlichen Erwägungen haben diese nachvollziehbaren Gründe allerdings nichts gemein.

Demgegenüber kritisch wird die Tendenz deshalb auch in der Rechtswissenschaft gesehen, die sich weitgehend und mit guten Gründen für den Richtervorbehalt ausspricht<sup>109</sup>.

Dem Fazit *Dallmeyers*, dass der Gesetzgeber kritisch prüfen solle, ob er gut beraten ist, jenen Stimmen zu folgen, denen Verfahrensvorschriften, wenn sie der Strafverfolgung lästig sind, ein Dorn im Auge sind, ist in diesem Zusammenhang nichts mehr hinzuzufügen<sup>110</sup>. Weiter heißt es bei *Dallmeyer*, die Tradition des Abbaus von Beschuldigtenrechten im Strafprozess sei oft beschrieben und – mit Recht – kritisiert worden. Sie würde ein neues unrühmliches Kapitel erreichen, wenn nun auch noch der parlamentarische Abbau von Richtervorbehalten betrieben werden sollte. Treffender kann man es kaum formulieren.

*Dr. Sönke Gerhold*

## Fußnoten:

- 1 Vgl. BR-Drs. 615/10.
- 2 Vgl. Protokolle des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, 79. Sitzung am 26.07.1950, 2905 ff. Vertiefend zur Gesetzgebungsgeschichte des § 81a StPO *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 67 ff., insbesondere S. 96 ff.
- 3 Vgl. Protokolle des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, 79. Sitzung am 26.07.1950, 2905 ff. Die §§ 81 bis 81c StPO sind durch das Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933, RGBl. I, S. 1000, in die StPO eingeführt worden. Vertiefend *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 106 ff.
- 4 Vgl. zum **Machtzuwachs der Polizeibehörden auch die kritischen Ausführungen Asbrocks**, ZRP 1998, 17 (19).
- 5 Vertiefend *Naucke*, Rainer Hamm-FS, 2008, 497 (502 ff.); *Eidam*, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, S. 120 f.; vgl. auch *Amelung*, NStZ 2001, 337 (337), sowie *Dallmeyer*, StV 2010, 625 (626 f.).
- 6 Vertiefend hierzu *Naucke*, Rainer Hamm-FS, 2008, 497 (504 ff.).
- 7 So bezeichnet das BVerfG, NJW 2008, 3053 (3054), den Richtervorbehalt nach § 81a Abs. 2 StPO als wohl nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard zählend. Legt sich in der Sache aber noch nicht fest.

- 8 Vgl. <http://www.fdp-fraktion.de/Rechtspolitik/100b32/index.html>, Stand: 15.11.2010. § 1 Abs. 2 der Parteisatzung lautet, die FDP ist die liberale Partei in Deutschland. Verpflichtendes Ziel für alle Liberalen ist die Stärkung von Freiheit und Verantwortung des einzelnen. Die FDP steht für Toleranz und Weltoffenheit, für eine Ordnung der sozialen Marktwirtschaft und für den freiheitlichen Rechtsstaat. In den Parteinformationen zur Innen- und Rechtspolitik wird die Notwendigkeit richterlicher Kontrollen betont.
- 9 So *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 146; *dies.*, ZIS 2006, 29 (31); *Naucke*, Rainer Hamm-FS, 2008, 497 (511 ff.); noch weitergehend *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 212 f., die jeden zwangsweisen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als verfassungswidrig einstuft.
- 10 BVerfG, NJW 2001, 1121 (1122), sowie NJW 2007, 1345 (1346), jeweils m.w.N.
- 11 So *Brüning*, HRRS 2007, 250 (252); vgl. zur Kontrollfunktion des Richtervorhalts auch *Satta*, Der Richtervorbehalt, 2009, S. 7.
- 12 *Brüning*, HRRS 2007, 250 (252 f.).
- 13 *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 12; *Kutscha*, NVwZ 2003, 1296 (1297).
- 14 BR-Drs. 615/10, S. 1 f.
- 15 BR-Drs. 615/10, S. 1 f.
- 16 BR-Drs. 615/10, S. 1 f.
- 17 Im Regelfall sollte die Zeit sogar ausreichen den für den Antrag gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 StPO originär zuständigen Staatsanwalt zu informieren, der dann seinerseits den Antrag beim Amtsgericht stellen müsste, vgl. *Brüning*, ZJS 2010, 129 (133). Nach dem Grundgedanken der StPO nimmt nämlich der Staatsanwalt die erstmalige rechtliche Würdigung vor, die anschließend vom Ermittlungsrichter zu überprüfen ist. Die Möglichkeit einer unmittelbaren Antragsstellung in Eilfällen ist jedoch allgemein anerkannt, vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 81a Rn. 25b m.w.N. Anderenfalls müsste die Ermittlungsperson nämlich Gefahr im Verzug annehmen, nur weil der zur Antragstellung berufene Staatsanwalt nicht erreichbar ist, der Ermittlungsrichter aber schon, vgl. *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 178 f.
- 18 Ebenso *Blum*, SVR 2008, 441 (442); *Brüning*, ZJS 2010, 129 (133); die Praxis bestätigt diese Einschätzung, so gehen das OLG Stuttgart, BA 2008 76 (76), und das LG Berlin, BA 2008, 266 (266), davon aus, dass das Erwirken einer richterlichen Anordnung nicht mehr als eine viertel Stunde in Anspruch nimmt, das Zusammenführen von Arzt und Beschuldigtem jedoch deutlich länger dauert. In den zu entscheidenden Fällen das eine Mal eine halbe Stunde, das andere Mal knapp zwei Stunden. Auch in einem vom OLG Nürnberg zu entscheidenden Fall lagen 100 Minuten zwischen Antreffen des Beschuldigten und Blutentnahme, vgl. StV 2010, 624 (625).
- 19 So auch *Blum*, SVR 2008, 441 (442).
- 20 So zumindest eine weit verbreitete Auffassung. Einzelheiten vgl. unten unter II.
- 21 § 163 Abs. 1 StPO. Vgl. BVerfG, NJW 2007, 1345 (1346); LG Itzehoe, NStZ-RR 2008, 249 (249); *Heghmanns*, ZIS 2006, 456 (457); *Blum*, SVR 2008, 441 (442); *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 81a Rn. 25a f. m.w.N.; ausführlich *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (210); *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 176.
- 22 *Laschewski*, NZV 2007, 582 (583).
- 23 Schon der Einführung des OWiG im Jahre 1952 standen erhebliche rechtsstaatliche Bedenken entgegen. *H. Mayer*, Strafrecht, 1953, S. 47, formulierte, die Umetikettierung der Strafe in eine Geldbuße habe nur die eine hochbedenkliche Rechtsfolge, dass die Strafgewalt in die gänzlich ungeeigneten Hände der aktiven Verwaltung gelegt werde. Dies bedeute eine ernsthafte Bedrohung der bürgerlichen Freiheit und eine zweckwidrige Aufspaltung der Strafgewalt. Auf S. 72 heißt es weiter, es sei mit dem Wesen des Rechtsstaats kaum vereinbar, dass der aktive Verwaltungsbeamte bei Konflikten zwischen Bürger und Verwaltung als Strafrichter in eigener Sache auftrete, zumal die Verwaltung allzu leicht der Versuchung erliegen könne, eigene Nachlässigkeit auf dem Rücken der Bürger auszutragen. Im Gegensatz zu einem Polizeistrafrecht im weiten Sinne ließ sich das OWiG jedoch durch den Gedanken der Verwaltungsverfehlung rechtfertigen, die keine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung beinhaltet und sich insofern vom Kriminalstrafrecht unterschied. Vgl. des Weiteren *Ferner*, <http://www.ferner-alsdorf.de/2010/11/bundesrat-winkt-durch-blutproben-demnachst-auch-ohne-richter/wettbewerbsrecht/strafrecht/rechtsanwalt/verkehrsrecht/>, Stand: 14.12.2010, der die zu beobachtende Kausalität zwischen massenhaften Grundrechtseingriffen und der Abschaffung der Kontrollinstanz ebenfalls sehr kritisch beurteilt.
- 24 So auch *Blum*, SVR 2008, 441 (442).
- 25 BR-Drs. 615/10, S. 2.
- 26 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 1121 (1122 ff.). Selbst dem Richtervorbehalt bei Blutentnahmen im Straßenverkehr kritisch gegenüber stehende Autoren wie *Götz*, NStZ 2008, 239 (239), halten die aufgeworfenen Fragen durch die grundlegenden Entscheidungen des BVerfG sowie des BGH für weitgehend geklärt.
- 27 LG Hamburg, BA 2008, 77 (78).
- 28 LG Braunschweig, NdsRpfl 2008, 84 (84 f.).
- 29 OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 (2598); OLG Hamm, NJW 2009, 242 (243); OLG Schleswig, NStZ-RR 2010, 82 (82 f.).
- 30 Vgl. *Prittowitz*, StV 2008, 486 (490 ff.); *Brüning*, ZJS 2010, 129 (133), m.w.N.
- 31 Anders im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 GG bei Hausdurchsuchungen, vgl. OLG Hamm, NJW 2009, 3109 (3109), und das vorsätzliche Missachten des Richtervorhalts zur Tagzeit trotz nachgewiesener Erreichbarkeit von Staatsanwalt und Gericht, vgl. OLG Nürnberg, StV 2010, 624 (625).
- 32 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.09.2010, Az.: 1 SsBs 6/10; OLG Celle, Beschluss vom 15.07.2010, Az.: 322 SsBs 159/10, mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
- 33 OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2010, Az.: III-3 RVs 7/10. In dieser Entscheidung deutet das OLG Hamm jedoch bereits eine mögliche Änderung der eigenen Rechtsauffassung an. Dies gäbe dann Gelegenheit zu einer Vorlage zum BGH gemäß § 121 Abs. 2 GVG. Auch das OLG Celle, Beschluss vom 11.08.2010, Az.: 32 Ss 101/10, zieht ein Beweisverwertungsverbot für bei Tage erlangte Blutproben in einem obiter dictum in Betracht, nicht jedoch für die Nachtzeit, vgl. OLG Celle, Beschluss vom 15.07.2010, Az.: 322 SsBs 159/10.
- 34 Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.09.2010, Az.: 1 SsBs 6/10.
- 35 Dass Gefahr im Verzug dann nicht angenommen werden darf, wenn nicht-richterliche Strafverfolgungsorgane oder in unserem Beispiel die entsprechende Justizverwaltung die Voraussetzungen durch Missmanagement erst selbst herbeiführen, ist in der Wissenschaft weitgehend anerkannt, vgl. *Brüning*, ZJS 2010, 129 (133).
- 36 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 1121 (1122 ff.); NJW 2007, 1444 (1444).
- 37 BR-Drs. 615/10, S. 2.
- 38 BR-Drs. 615/10, S. 2.
- 39 *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 7. Aufl. 2009, S. 327. Auch *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (217), spricht von einem Eingriff in das hohe Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bzw. in JR 1990, 485 (486), von einem tiefen Eingriff in den Persönlichkeitsbereich sowie in Fn. 10 von schweren irreparablen Schäden, die eine entsprechende Maßnahme auszulösen vermag.
- 40 OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 (2600); OLG Stuttgart, BA 2008, 76 (77); ebenso *Blum*, SVR 2008, 441 (443); a.A. LG Berlin, BA 2008, 266 (266 f.), das wohl von einem Eingriff mittlerer Schwere ausgeht und dabei neben dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit auch die Wartezeit von knapp zwei Stunden auf die Blutentnahme berücksichtigt.
- 41 BVerfG, NJW 2007, 1345 (1346).
- 42 Vgl. auch *Hilger*, JR 1990, 485 (486), Fn. 10, der neben der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit auch diskriminierende Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Schäden im Bereich des persönlichen, familiären und beruflichen Ansehens sowie eine Beeinträchtigung der Erwerbsgrundlage und der Geschäfts- und Kreditwürdigkeit befürchtet.
- 43 Abgedruckt bei *Jagow/Burmann/Hefß*, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl. 2008, § 316, Rn. 40.
- 44 Vgl. nur die Sachverhalte entsprechender Entscheidungen bei *Juris*, z.B. LG Cottbus, Beschluss vom 25.08.2008, Az.: 24 Qs 225/08, wo zwischen Blutentnahme und Blutuntersuchung fünf Tage lagen. Bis zur Rückerlangung des Führerscheins kann dann gut eine Woche vergehen.
- 45 Ähnlich *Hilger*., JR 1990, 485 (486), Fn. 10.
- 46 Gleiches kann auch für Stadtstaaten gelten. So konnte die Blutprobe in einem Fall des LG Berlins, BA 2008, 266 (266), erst nach knapp zwei Stunden entnommen werden.
- 47 So auch *Hilger*., JR 1990, 485 (486), Fn. 10.
- 48 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (210 ff., 220), benennt vier Kategorien der richterlichen Überprüfung von Entscheidungen der Strafverfolgungsbehörden. 1. die nachträgliche richterliche Kontrolle, 2. den Richtervorbehalt mit Eilkompetenz ohne richterliche Bestätigung, 3. den Richtervorbehalt mit Eilkompetenz nebst Bestätigungspflicht sowie 4. den ausnahmslosen Richtervorbehalt. Bezogen auf die Kompetenzverteilung lassen sich nach *Brüning*. Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 73 ff., sogar fünf Kategorien ausmachen, 1. die originäre Anordnungs-kompetenz der Strafverfolgungsbehörden, 2. die konkurrierenden Kompetenzen, 3. der Richtervorbehalt mit Ausnahmekompetenz für Staatsanwaltschaft und Ermittlungspersonen, 4. der Richtervorbehalt mit Ausnahmekompetenz nur für die Staatsanwaltschaft und 5. der ausschließliche Richtervorbehalt. Im Ergebnis sind sich jedoch beide einig, dass die Eingriffsvoraussetzungen mit steigender Eingriffsqualität ansteigen.
- 49 Vertiefend *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 119; *dies.*, ZJS 2010, 129 (130); kritisch zur Lehre der Doppelbelastung *Heghmanns*, ZIS 2006, 456 (456 f.).
- 50 Vgl. zur Abwägungslehre insgesamt BGHSt 19, 325 (329); 31, 304 (307); 38, 214 (320); 51, 284 (290); sowie *Brüning*, ZJS 2010, 129 (131).
- 51 So der Leitsatz der Entscheidung BGH, NJW 2007, 2269 (2269 ff.).

- 52 Vertiefend *Amelung*, NStZ 2001, 337 (341).
- 53 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (30).
- 54 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (30).
- 55 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (30).
- 56 Umfassend *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip\_ Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 181 ff., insbesondere S. 212.
- 57 Vgl. BVerfG, NJW 2008, 3053 (3054).
- 58 So *Brüning*, HRRS 2007, 250 (254); *dies.*, ZJS 2010, 129 (134); ähnlich *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995, S. 130, bei dem es heißt, die Tatsache, dass im Grundgesetz selbst nur bei zwei Rechtsgütern eine präventive Rechtskontrolle bei Eingriffen vorgesehen sei, beruhe verständlicherweise auch nicht auf einer Bevorzugung der durch sie geschützten Güter, sondern womöglich auf der verfassungsrechtlichen Verarbeitungsdauer historischer Erfahrungen. Während es den Missbrauch von Hausdurchsuchungen und Verhaftungen seit Entstehung des modernen Staates gebe, sei der staatliche Missbrauch von körperlichen Untersuchungen und Fernmeldeeinrichtungen frühestens seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufgetreten. Außerdem habe z.B. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO wesentliche Bedeutung erst mit der Zunahme des Straßenverkehrs und § 100a StPO besondere Relevanz durch den Terrorismus und die organisierte Kriminalität erhalten.
- 59 *Brüning*, ZJS 2010, 129 (134).
- 60 *Brüning*, ZJS 2010, 129 (134).
- 61 So die ständige Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfG, NJW 2007, 1345 (1345), sowie BVerfGE 107, 395 (401 ff.) m.w.N.
- 62 *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 212 f.
- 63 *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 136 ff.; *dies.*, ZIS 2006, 29 (31).
- 64 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (31).
- 65 *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 136.
- 66 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (31).
- 67 *Brüning*, ZIS 2006, 29 (31).
- 68 So die Reaktion von *Hilger*, JR 1990, 485 (489), der die Rechtsschutzlücken ebenfalls erkennt, aus ihnen jedoch folgert, dass weitere Richtervorbehalte implementiert, die Kompetenzen stets beim Ermittlungsrichter liegen und Eilkompetenzen begrenzt werden müssen. Zudem erwägt er ein gesetzlich angeordnetes Verwertungsverbot für Kompetenzverstöße. Auch *Brüning*, ZIS 2006, 29 (31 ff.), entwickelt von diesem Ausgangspunkt aus ein Konzept, wie der Richtervorbehalt effektiver ausgestaltet werden kann.
- 69 BR-Drs. 615/10, S. 2.
- 70 Nach anderer Auffassung ist Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Fällen vorbeugenden Rechtsschutzes nicht unmittelbar anwendbar, sondern es handelt sich lediglich um ein der Rechtsweggarantie verwandtes Phänomen, das aus dem Rechtsstaatsprinzip erwächst und im Rahmen des Fairnessprinzips zu berücksichtigen ist. Die Argumente bleiben jedoch dieselben, vertiefend *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 126 ff.
- 71 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (215), mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung des BVerfG.
- 72 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (225).
- 73 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (219), mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.
- 74 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (221), m.w.N.; ähnlich *Asbrock*, ZRP 1998, 17 (17).
- 75 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (221).
- 76 *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995, S. 135.
- 77 *Hilger*, Karlheinz Meyer-GS, 1990, 209 (225); *dies.*, JR 1990, 485 (485). Ähnlich heißt es bei *Heyde*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Band 2, 2. Aufl. 1995, § 33 Rn. 52: „Wirkungsvoller Rechtsschutz bedeutet jedenfalls, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen durch hoheitliche Maßnahmen ein Richtervorbehalt bestehen muss.“ Noch weiter geht *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995, S. 137, der selbst für leichte Eingriffe einen Richtervorbehalt fordert, wenn dadurch vollendete Tatsachen geschaffen werden. Insbesondere soll dies für körperliche Untersuchungen nach § 81a StPO gelten, vgl. S. 140.
- 78 *Naucke*, Rainer Hamm-FS, 2008, 497 (511).
- 79 Auch ein Staatsanwalt, der die Entscheidung bei Gefahr im Verzug trifft, nimmt wohl keine rechtsprechungsähnliche Aufgabe wahr, da die Rechtsfrage nicht von außen an ihn herangetragen wird, vgl. *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 107.
- 80 Vgl. *Schnarr*, NStZ 1991, 209 (210).
- 81 *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 12; *Kutscha*, NVwZ 2003, 1296 (1297).
- 82 *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 112.
- 83 *Brüning*, Der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, 2005, S. 112.
- 84 Vgl. *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2536).
- 85 Vertiefend *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007, S. 121 ff. m.w.N.
- 86 *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 152 Rn. 4; vgl. zum Anfangsverdacht bei Verkehrsstraftaten und Verkehrsordnungswidrigkeiten auch *Gramse*, NVZ 2002, 17 (17 ff.).
- 87 Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 152 Rn. 4 m.w.N.
- 88 *Geppert*, Spindel-FS, 1992, 655 (659).
- 89 *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 152 Rn. 4.
- 90 Vertiefend *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 261 Rn. 25 m.w.N.
- 91 *Geppert*, Spindel-FS, 1992, 655 (659 f., 666, 671); *dies.*, BA 1992, 289 (292 f.); *Schöch*, DAR 1996, 44 (48); anders *Janiszewski*, Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl. 2004, Rn. 367.
- 92 CSI Miami, Loyalität ist eine Frage des Verhaltens, ausgestrahlt auf RTL, 16.11.2010, 20.15 Uhr.
- 93 So die Berichte befreundeter Strafverteidiger.
- 94 Auch nach *Geppert*, Spindel-FS, 1992, 655 (667), dürfe nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Verkehrsteilnehmer ein potentieller Trunkenheitstäter sei. Vielmehr müsse ein konkreter Verdacht bestehen.
- 95 Eine generelle Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit durch schlichtes Beobachten ist jedoch nach § 36 Abs. 5 StVO zulässig.
- 96 BVerfG, NJW 1963, 1597 (1598); NJW 1963, 2368 (2370); NJW 1970, 505 (506).
- 97 BVerfG, NJW 1963, 2368 (2370); NJW 1970, 505 (506).
- 98 BVerfG, NJW 1963, 2368 (2370).
- 99 Vgl. BVerfG, NJW 1963, 1597 (1598).
- 100 Vgl. nur die Sachverhalte zu BVerfG, NJW 2007, 1345 (1345); BVerfG, NJW 2008, 3053 (3053); des Weiteren *Blum*, SVR 2008, 441 (441), m.w.N., der von einer althergebrachten Vorgehensweise und einer vielfach üblichen Praxis spricht, sowie *Götz*, NStZ 2008, 239 (239), und *Prittowitz*, StV 2008, 486 (494).
- 101 Dort wird beispielsweise in Nr. 2.1.2 angeordnet, dass vor jeder Messung eine Kontrollzeit von 10 Minuten eingehalten wird, in der kontrolliert wird, dass die betroffene Person weder isst oder trinkt, noch raucht oder beispielsweise ein Mundspray zu sich nimmt. Eine solche Kontrollzeit wird in der Praxis der Verkehrskontrollen wohl kaum jemals eingehalten.
- 102 Ähnlich schon *Geerds*, GA 1965, 321 (335 f.); für die Aufnahme eines bestimmten Verdachtsgrades oder ähnlicher Voraussetzungen in den Gesetzestext auch *Ferner*, <http://www.ferner-alsdorf.de/2010/11/bundesrat-winkt-durch-blutproben-demnachst-auch-ohne-richter/wettbewerbsrecht/strafrecht/rechtsanwalt/verkehrsrecht/>, Stand: 14.12.2010. Eine Ausnahme vom Richtervorbehalt könnte beispielsweise auf Fälle beschränkt werden, in denen bereits ein Atemalkoholtest gemacht wurde, der den Verdacht einer Straftat begründet, oder wenn der Betroffene in die Blutentnahme einwilligt.
- 103 Vgl. BVerfG, NJW 2007, 1345 (1345), m.w.N.
- 104 *Blum*, SVG 2008, 441 (442).
- 105 Vgl. *Geppert*, Spindel-FS, 1992, 655 (677); *dies.*, BA 1992, 289 (296), der die Einführung einer anlassfreier Atemalkoholkontrolle jedoch selbst ablehnt; anders *Verrel*, NStZ 1997, 415 (417 ff.), der die Ergebnisse eines durch Bußgeldandrohung erzwungenen Atemalkoholtests wohl für wertbar hält.
- 106 Vgl. auch *Brüning*, ZJS 2010, 129 (133).
- 107 Vgl. zu diesem Punkt *Asbrock*, ZRP 1998, 17 (17).
- 108 Vgl. zu diesem letzten Punkt auch *Prittowitz*, StV 2010, 486 (490), Fn. 55.
- 109 Vgl. nur die monographischen Abhandlungen der letzten Jahre, *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005; *Eidam*, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, oder *Eisenhardt*, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO, 2007.
- 110 *Dallmeyer*, StV 2010, 624 (627).