

# Der Richtervorbehalt bei der Entnahme einer Blutprobe

*Oberamtsanwalt Heribert Blum\**

## *I. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Das Bundesverfassungsgericht<sup>1</sup> hat im Jahre 2007 eine althergebrachte Vorgehensweise bei der Entnahme einer Blutprobe ins Wanken gebracht. Jedenfalls bis zu dieser Entscheidung war es vielfach übliche Praxis, dass die Polizei nach einer Trunkenheitsfahrt gemäß § 81 a StPO in eigener Regie die Entnahme einer Blutprobe veranlasst hat, obwohl Abs. 2 dieser Vorschrift einen Richtervorbehalt vorsieht, weil es sich bei der Blutentnahme um einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit handelt. Man ging in diesen Fällen stillschweigend davon aus, dass durch die Einholung einer Anordnung des Richters es zu einer Verzögerung kommen werde, die den Untersuchungserfolg gefährden könne. Diese Vorstellung ist keineswegs abwegig, wenn man bedenkt, dass der Beschuldigte pro Stunde etwa 0,15 ‰ seines Blutalkoholgehaltes abbaut, zu seinen Gunsten im Rahmen des Tatbestandes aber nur mit einem stündlichen Abbauwert von 0,1 ‰ zurückgerechnet wird. Dies bedeutet – insbesondere bei Werten, die knapp über einem der Grenzwerte liegen oder bei Nachtrunkbehauptungen –, dass durch Zeitablauf der ermittelte Wert – selbst bei einer möglichen Rückrechnung – immer ungenauer und für den Beschuldigten immer günstiger wird. Deshalb ist eine möglichst zeitnahe Blutentnahme grundsätzlich wünschenswert<sup>2</sup>.

Die Entscheidung des BVerfG`s kam jedoch nicht völlig überraschend; denn das Verfassungsgericht hatte schon in der Vergangenheit<sup>3</sup> etwa für die Wohnungsdurchsuchung eine stärkere Beachtung des Richtervorbehalts angemahnt und auch gefordert, dass die Erreichbarkeit der Richter verbessert werden müsse. Dem sind die Gerichte durch entsprechende organisatorische Maßnahmen weitgehend nachgekommen. Außerdem legt das BVerfG den Begriff „Gefahr im Verzug“ eng aus<sup>4</sup>.

Nach Ansicht des BVerfG`s in seiner Entscheidung vom 12.02.2007 zielt der Richtervorbehalt auf eine vorbeugende Kontrolle der Blutentnahme in ihren konkreten gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Die Strafverfolgungsbehörden müssen deshalb grundsätzlich versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen. Erst wenn dies misslingt, besteht eine Anordnungscompetenz der Strafverfolgungsbehörden, wobei das BVerfG auch insoweit eine Abstufung vornimmt, als es die Befugnis der Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft als „nachrangig“ betrachtet<sup>5</sup>. Wenn schon kein Richter zu erreichen ist, muss die Polizei zunächst versuchen, eine Anordnung der Staatsanwaltschaft zu erlangen. Wenn die Staatsanwaltschaft oder nachrangig die Polizei eine Gefährdung des Untersuchungserfolges bei vorheriger Einholung einer richterlichen Anordnung

---

\* Der Verfasser ist Dozent an der Fachhochschule für Rechtspflege des Landes NRW in Bad Münstereifel.

<sup>1</sup> BVerfG - 1. Kammer des 2. Senats – Beschluss vom 12.02.2007 – NJW 2007, 1345 = NZV 2007, 581 = BA 2008, 71.

<sup>2</sup> Laschewski in NZV 2007, 582.

<sup>3</sup> Z.B. BVerfGE 103, 142 (Urteil vom 20.02.2001) = NJW 2001, 1121; BVerfG- Beschluss vom 28.09.2006 - NJW 2007, 1444.

<sup>4</sup> BVerfG a.a.O.

<sup>5</sup> Ebenso: LG Itzehoe – Beschluss vom 03.04.2008 – NStZ-RR 2008, 249.

bejaht, muss dies mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist. Diese Dokumentation ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil die von der Exekutive (gemeint sind die Polizei, aber wohl auch die Staatsanwaltschaft<sup>6</sup>) getroffenen Feststellungen und Wertungen der anschließenden gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Sind die Umstände nicht in den Akten festgehalten, ist eine entsprechende nachträgliche gerichtliche Kontrolle nicht oder nur unzureichend möglich. Da aber nach Art. 19 Abs. 4 GG jedermann bei einer Verletzung seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt der Rechtsweg offen stehen muss, eine gerichtliche Überprüfung in diesen Fällen mangels einer entsprechenden Dokumentation aber schwierig und teilweise kaum machbar ist, liegt eine Verletzung dieses Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG vor.

Der Einwand, der teilweise<sup>7</sup> erhoben wird, bei den Massendelikten im Straßenverkehr würde die richterliche Anordnung der Blutprobe die Arbeit des Ermittlungsrichters über Gebühr belasten, vermag letztlich nicht zu überzeugen. Auch durch andere Massengeschäfte (z.B. in Ordnungswidrigkeitenverfahren) wird der richterliche Dienst erheblich in Anspruch genommen. Wenn der Gesetzgeber einerseits den Richtervorbehalt für bestimmte Maßnahmen vorsieht, müssen andererseits die erforderlichen Richterstellen zur Verfügung gestellt werden<sup>8</sup>. Eine andere Möglichkeit wäre, den Richtervorbehalt in § 81 a Abs. 2 StPO zu streichen. Da es sich bei der Regelung in dieser Norm nur um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt handelt, wäre eine entsprechende Änderung relativ einfach umsetzbar. Ob eine solche Gesetzesänderung vor dem BVerfG Bestand hätte, mag hier dahinstehen. De lege lata ist aber die Regelung in § 81 a Abs. 2 StPO von den Strafverfolgungsbehörden zu beachten.

## *II. Die Konsequenzen der Fachgerichte aus der Entscheidung des BVerfG`s*

Der Entscheidung des BVerfG`s lag der Fall zugrunde, dass die Polizei die Entnahme einer Blutprobe angeordnet hatte, weil bei dem Beschuldigten der Verdacht auf Cannabis-Konsum bestand. Das LG Hamburg<sup>9</sup> hat daraus den Rückschluss gezogen, dass die Grundsätze des BVerfG`s auf die Fälle der Trunkenheit im Verkehr nicht übertragen werden können. Es beruft sich auf die eingangs erörterten Schwierigkeiten. Durch Zeitverzug könne es zu einer ungenauen Feststellung des Tatzeitwertes kommen.

Dagegen steht das OLG Hamburg<sup>10</sup> auf dem Standpunkt, dass die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig versuchen müssen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Kann eine richterliche Anordnung nicht eingeholt werden, müssen die die Gefährdung des Untersuchungserfolges begründenden Tatsachen in den Ermittlungsakten dokumentiert werden. Als nicht ausreichende Begründung sieht das OLG Hamburg u.a. auch bei Alkohol den

---

<sup>6</sup> BVerfGE 103, 142, 156; Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 9. Auflage, 2007, Art. 19 Rdnr. 42; Hömig, Kommentar zum GG, 8. Auflage, 2007, Art. 19 Rdnr. 14.

<sup>7</sup> Laschewski in NZV 2007, 582, 583.

<sup>8</sup> BVerfG – Urteil vom 20.02.2001 – NJW 2001, 1121, 1122; BVerfG – Beschluss vom 28.09.2006 – NJW 2007, 1444.

<sup>9</sup> Beschluss vom 12.11.2007 – NZV 2008, 213 = BA 2008, 77, 78.

<sup>10</sup> Beschluss vom 04.02.2008 – NZV 2008, 362 = BA 2008, 187.

Hinweis an, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis erschwert oder gar verhindert werde. Aber je unklarer das Ermittlungsbild, wie es sich der Polizei in der konkreten Situation stellt, oder je komplexer der Sachverhalt als solcher ist und je genauer deswegen die Analyse der Blutwerte sein muss, desto eher dürfen die Ermittlungsbehörden Gefahr im Verzug annehmen und ggf. ohne richterliche Entscheidung handeln. Dies gilt – so das OLG Hamburg – insbesondere häufig in den Fällen der relativen Fahrunsicherheit und bei Nachtrunkbehauptungen<sup>11</sup>.

Jedoch bleibt stets im Einzelfall zu prüfen, ob nicht binnen kürzester Zeit eine richterliche Anordnung eingeholt werden kann, zumal heute zumindest tagsüber vielfach ein richterlicher Eildienst eingerichtet worden ist. Häufig muss der Beschuldigte ohnehin zunächst zu einer Polizeibehörde verbracht und dort auf das Eintreffen des Blutentnahmeanalysten gewartet werden. In dieser Wartezeit kann durchaus in vielen Fällen auch mit dem Richter telefonisch Kontakt aufgenommen werden<sup>12</sup>. Bei dieser Möglichkeit kommt es zu keiner Verzögerung bei der Blutentnahme, so dass kaum eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs bejaht werden kann, denn der Richter kann die Anordnung ebenfalls telefonisch erteilen<sup>13</sup>.

### *III. Mögliches Beweisverwertungsverbot*

Liegen die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Blutentnahme durch die Polizei (bzw. durch die Staatsanwaltschaft) nicht vor, besteht insoweit ein Beweiserhebungsverbot. Aber nicht jedes trotz eines Beweiserhebungsverbots erhobene Beweismittel unterliegt auch einem Beweisverwertungsverbot<sup>14</sup>, vielmehr ist diese Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes und unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Im Strafprozessrecht geht es nicht um die Wahrheitserforschung „um jeden Preis“. Ein Verwertungsverbot schränkt aber ein wesentliches Prinzip des Strafverfahrens ein, nämlich den Grundsatz der Wahrheitsfindung. Dazu muss die Beweisaufnahme von Amts wegen grundsätzlich auf alle Tatsachen und vorhandenen Beweismittel erstreckt werden. Deshalb stellt ein Beweisverwertungsverbot immer eine Ausnahme dar, die lediglich entweder bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift (z.B. §§ 81 c Abs. 3 Satz 5, 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO, Art. 13 Abs. 5 GG) oder aus übergeordneten wichtigen Gründen eingreifen kann. Diese liegt dann vor, wenn einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe ohne jede Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Strafverfahren kaum noch als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchgeführtes Verfahren angesehen werden kann. Solche schwerwiegenden Verstöße hat die Rechtsprechung z. B. angenommen bei der Einbeziehung eines in ihrem Einfamilienhaus geführten (Raum-) Gesprächs zwischen Eheleuten in die Telefonüberwachung<sup>15</sup>, bei Abhörmaßnahmen in

---

<sup>11</sup> Ebenso: LG Itzehoe – Beschluss vom 03.04.2008 – NStZ-RR 2008, 249, 250.

<sup>12</sup> OLG Stuttgart – Beschluss vom 26.11.2007 – BA 2008, 76.

<sup>13</sup> Für die telefonische Anordnung von Durchsuchungen siehe: BGHSt 51, 285, 295 (Urteil vom 18.04.2007) = NJW 2007, 2269; Meyer-Goßner, StPO, 51. Auflage, § 105 Rdnr. 3.

<sup>14</sup> OLG Hamburg – Beschluss vom 04.02.2008 – NZV 2008, 362 = BA 2008, 187; OLG Stuttgart – Beschluss vom 26.11.2007 – BA 2008, 76; LG Itzehoe – Beschluss vom 03.04.2008 – NStZ-RR 2008, 249, 250; Dölling, Duttge, Rössner, Kommentar zum gesamten Strafrecht, 1. Auflage, 2008, Vorbemerkungen zu §§ 133 ff, Rdnr. 4; Senge in Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Auflage, Vor § 48 Rdnr. 29; Meyer-Goßner, StPO, 51. Auflage, Einl. Rdnr. 55.

<sup>15</sup> BGHSt 31, 296 (Urteil vom 16.03.1983).

Diensträumen unter Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze der Immunität von Konsularbeamten<sup>16</sup>, bei der Aufzeichnung eines Selbstgesprächs eines Beschuldigten in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung<sup>17</sup>.

Da die Anordnung der Blutprobenentnahme in § 81 a StPO durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei nicht grundsätzlich verboten ist, liegt in aller Regel nicht ein derartig schwerer Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze vor, dass eine fehlerhafte Annahme der Gefährdung des Untersuchungserfolges zu einem Beweisverwertungsverbot führen würde. Im übrigen handelt es sich im Gegensatz etwa zur Wohnungsdurchsuchung, bei der die Anordnungsbefugnis des Richters ausdrücklich verfassungsrechtlich in Art. 13 Abs. 2 GG normiert ist, bei der Regelung in § 81 a StPO um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt. Der Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) ist bei einer Blutentnahme nur von geringer Intensität, zumal insoweit eine Abwägung vorzunehmen ist gegenüber dem hochrangigen Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs<sup>18</sup>. Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer sollen letztlich durch diese Tatbestände geschützt werden. Außerdem wäre in den Fällen der Trunkenheit im Verkehr regelmäßig eine entsprechende richterliche Anordnung zu erlangen.

Das darf jedoch nicht dazu führen, dass man den Richtervorbehalt unbeachtet lässt, weil eine Missachtung ohne Konsequenzen bliebe. Wird nämlich dieser Vorbehalt bewusst und willkürlich umgangen, kann dies durchaus unter Umständen zu einem Beweisverwertungsverbot führen<sup>19</sup>. Es kann also nur davor gewarnt werden, systematisch den Richtervorbehalt in § 81 a Abs. 2 StPO zu missachten.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass auf die Einholung einer richterlichen Anordnung grundsätzlich in den Fällen verzichtet werden kann, in denen der Beschuldigte nach entsprechender Belehrung u.a. über sein Weigerungsrecht in die Blutentnahme eingewilligt hat<sup>20</sup>. Denn unter diesen Umständen braucht für die mit der Blutentnahme verbundene Körperverletzung nicht auf den § 81 a StPO als Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden, weil die Körperverletzung insoweit bereits durch das Rechtsinstitut der Einwilligung gerechtfertigt ist.

#### *IV. Zusammenfassung:*

Es empfiehlt sich daher, nachdrücklich den Versuch zu starten, vor der Entnahme einer Blutprobe zumindest telefonisch eine richterliche Anordnung herbeizuführen, sofern nicht ausnahmsweise durch diese Maßnahme eine Gefährdung des Untersuchungserfolges zu befürchten ist, etwa weil der Richter kurzfristig nicht zu erreichen ist. Die Polizei ist auch wegen ihrer „Nachrangigkeit“ gehalten, hilfsweise eine Anordnung des jeweiligen Staats- oder Amtsanwaltes einzuholen. Ist eine richterliche Anordnung nicht zu erlangen, sind im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG der gescheiterte

---

<sup>16</sup> BGHSt 36, 396 (Beschluss vom 04.04.1990).

<sup>17</sup> BGHSt 50, 206 (Urteil vom 10.08.2005).

<sup>18</sup> OLG Stuttgart – Beschluss vom 26.11.2007 – BA 2008, 76.

<sup>19</sup> BGHSt 41, 30, 34 (Urteil vom 16.02.1995); 51, 285, 295 (Urteil vom 18.04.2007) = NJW 2007, 2269; BGH – Beschluss vom 25.04.2007 – NStZ-RR 2007, 242.

<sup>20</sup> OLG Hamburg – Beschluss vom 04.02.2008 – NZV 2008, 362, 364 = BA 2008, 187; Senge in Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 81 a Rdnr. 3.

Versuch oder die Gründe für ein Absehen von der Kontaktaufnahme mit dem Richter grundsätzlich zu dokumentieren, damit später ggf. eine umfassende gerichtliche Kontrolle der erfolgten Maßnahme möglich ist. Von einer Dokumentation kann allenfalls dann abgesehen werden, wenn die Dringlichkeit der Blutentnahme ohne richterliche Anordnung evident ist<sup>21</sup>. Da sich in dieser Verfahrenssituation die Ermittlungsakten regelmäßig bei der Polizei befinden, ist diese auch für die Dokumentation zuständig.

Eine unter Verstoß gegen die Regeln des § 81 a Abs. 2 StPO entnommene Blutprobe erfüllt die Voraussetzungen eines Beweiserhebungsverbotes. Aber nicht jedes Beweiserhebungsverbot führt auch zu einem Beweisverwertungsverbot. Das ist nur dann der Fall, wenn dies entweder ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (z.B. in § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO) oder die rechtsstaatlichen Grundsätze in massivster Weise verletzt worden sind. Eine systematische Aushöhlung des Richtervorbehalts würde allerdings möglicherweise auch zu einem Beweisverwertungsverbot führen<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> OLG Hamburg – Beschluss vom 04.02.2008 – NZV 2008, 362 = BA 2008, 187; LG Itzehoe – Beschluss vom 03.04.2008 – NStZ-RR 2008, 249.

<sup>22</sup> BGHSt 51, 285 (Urteil vom 18.04.2007) = NJW 2007, 2269, 2271.