

**Beweisverwertungsverbot hinsichtlich einer Blutentnahme bei Verstoß gegen Richtervorbehalt mit der Begründung diesbezüglicher „langjähriger Praxis“, OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.2009, Az. 3 Ss 31/09**

*Die Rüge einer Verletzung des Richtervorbehalts ist begründet, wenn ein Polizeibeamter eine Blutentnahme ohne Einschaltung eines Richters trotz Bestehen eines richterlichen Eildienstes nicht wegen Gefahr im Verzuge angeordnet hat, sondern "entsprechend der langjährigen Praxis". Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt führt in einem solchen Fall zu einem Beweisverwertungsverbot, weil ein objektiv willkürliches Vorgehen beziehungsweise ein grober Verstoß des handelnden Polizeibeamten vorliegt.*

3 Ss 31/09

12.03.2009

Oberlandesgericht Hamm

Beschluss

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Jugendrichter zuständige Abteilung des Amtsgerichts Lemgo zurückverwiesen.

Gründe

I.

Der Jugendrichter beim Amtsgericht Lemgo hat den Angeklagten wegen Vollrausches mit einer Geldbuße von 900,- Euro, zahlbar zu Gunsten einer gemeinnützigen Einrichtung belegt und ihm ferner die Fahrerlaubnis entzogen, den Führerschein eingezogen und die

Verwaltungsbehörde angewiesen, ihm vor Ablauf von 15 Monaten keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts hatte der Angeklagte am 01.05.2008 (Maifeiertag) erheblich dem Alkohol zugesprochen und sich aus Unachtsamkeit in einen erheblichen Rauschzustand versetzt. In diesem Zustand fuhr er um 19.05 Uhr mit einem PKW durch die Ortschaft L2 und kam infolge alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit von der Fahrbahn ab, geriet frontal mit beiden Vorderrädern über die Bordsteinkante, wobei die Vorderreifen platzten, befuhr eine kleine Rasenfläche, überfuhr ein Hinweisschild und einen Zaun auf einer Länge von etwa 5 Metern. Auch das vom Angeklagten geführte Fahrzeug wurde beschädigt. Ohne wegen der Schäden die Feststellung seiner Personalien zu ermöglichen und nunmehr im Bewusstsein der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit setzte der Angeklagte die Fahrt fort und fuhr mit quietschenden Reifen, mit den Vorderrädern auf den Felgen fahrend, davon. Beinahe kollidierte er dabei mit einem anderen fahrenden PKW. Schließlich parkte er das Fahrzeug vor seinem Wohnhaus und legte sich ins Bett. Die um 20.08 Uhr auf Anordnung eines Polizeibeamten entnommene Blutprobe ergab einen BAK-Wert von 2,6 Promille.

Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Revision. Er rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

II.

Die Revision des Angeklagten hat mit der Rüge der Verletzung des § 81a StPO in vollem Umfang Erfolg.

1.

Der Rüge liegen folgende, von der Revision vorgetragene Verfahrenstatsachen zu Grunde:

Nachdem die von Zeugen des Vorfalls herbeigerufenen Polizeibeamten nach 19:35 Uhr vor dem Haus, in dem der Angeklagte bei seinen Eltern wohnt, eingetroffen und dort den Vater des Angeklagten beim Reifenwechsel an dem Tatfahrzeug angetroffen hatten, geriet der Tatverdacht schnell auf den Angeklagten. Dieser wurde geweckt und fiel durch schwankenden Gang und Stand sowie Atemalkoholgeruch auf. Einen Alkoholtest lehnte er ab. Darauf hin ordnete der Polizeibeamte, POK H., auf der Grundlage des § 81a StPO eine Blutentnahme an, ohne zuvor Kontakt mit der Staatsanwaltschaft oder dem Ermittlungsrichter aufgenommen oder dies versucht zu haben. Im angefochtenen Urteil heißt es insoweit: „Im vorliegenden Fall hatte die Polizei entsprechend der langjährigen Praxis die

Anordnung einer Blutprobe ohne vorherige Einschaltung der Staatsanwaltschaft und des Amtsgerichts getroffen.“

Der Angeklagte leistete der Anordnung widerspruchslos Folge. Die Blutprobe wurde um 20.08 Uhr im Klinikum M. entnommen. Ein sog. „Nachtrunk“ hat nicht stattgefunden.

Bereits zu Beginn der Hauptverhandlung meldete der Verteidiger des Angeklagten Bedenken im Hinblick auf die Verwertung des auf der entnommenen Blutprobe basierenden BAK-Gutachtens wegen Verletzung des Richtervorbehalts an und widersprach der Verlesung und Verwertung noch vor Verlesung des Gutachtens in der Hauptverhandlung. Darauf verkündete das Gericht den Beschluss, dass das Gutachten verlesen und verwertet werden solle. Es wurde sodann durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt.

2.

Die Rüge genügt den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Danach müssen bei einer Verfahrensrüge die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen so genau dargelegt werden, dass das Revisionsgericht auf Grund dieser Darlegung das Vorhandensein – oder Fehlen – eines Verfahrensmangels feststellen kann, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen sind oder bewiesen werden ( BGH NJW 1995, 2047; OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Hamm Urt.v. 12.02.2008 – 3 Ss 541/07 = Beck RS 2008, 07744). Dem wird der Vortrag der Revision gerecht.

Zwar enthält die Revisionsbegründung keine Ausführungen dazu, ob überhaupt beim für L2 örtlich zuständigen Amtsgericht Lemgo am 1. Mai 2008 zum Zeitpunkt der Anordnung der Blutprobenentnahme (der im übrigen ebenfalls nicht näher mitgeteilt wird) ein richterlicher Eildienst bestand. Dies ist jedoch unschädlich. Denn entweder hat der die Blutprobenentnahme anordnende Polizeibeamte gegen den Richtervorbehalt verstoßen, in dem er – trotz bestehenden richterlichen Eildienstes – nicht versucht hat, dessen Anordnung einzuholen, oder es liegt ein justizseitiger Verstoß (des Präsidiums oder des Eildienststrichters) vor, weil ein richterlicher Eildienst nicht eingerichtet war, obwohl er hätte eingerichtet sein müssen.

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung des Richtervorbehalts ist die Erreichbarkeit des zuständigen Richters zur Tagzeit (wobei insoweit u.a. auf § 104 Abs. 3 StPO verwiesen wird, der die Nachtzeit als den Zeitraum von neun Uhr abends bis vier Uhr bzw. sechs Uhr morgens definiert) stets zu gewährleisten ( BVerfG NJW 2001, 1121, 1122; BVerfG Beschl.v. 13.12.2005 – 2 BvR 447/05 – juris). Zwar bezog sich diese Rechtsprechung zunächst auf Verstöße gegen verfassungsrechtliche Richtervorbehalte (Art. 13 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG), während es bei der Frage der

Blutentnahme nach § 81a StPO zunächst einmal um die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten geht, für die in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kein verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt vorgesehen ist und nur ein einfachrechtlicher (§ 81a Abs. 2 GG) besteht (vgl. BVerfG Beschl. 21.01.2008 – 2 BvR 2307/07 ). Es gibt aber keinen sachlichen Grund, bei Auslegung des einfachen Rechts, den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt grundlegend anders zu behandeln, als (auch) verfassungsrechtlich gewährleistete Richtervorbehalte (vgl. insoweit BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Hamm Beschl.v. 02.12.2008 – 4 Ss 466/08 = BeckRS 2009, 06454; Rabe von Kühlewein JR 2007, 517, 520). Dafür spricht auch, dass zum einen auch eine Anordnung nach § 81a StPO ggf. mit einer Freiheitsentziehung verbunden sein kann, zum anderen, dass aufgrund der verfassungsgerichtlichen Anforderungen jedenfalls ein Haftrichter zu den genannten Zeiten erreichbar sein muss, der dann auch über andere, grundsätzlich der richterlichen Anordnung vorbehaltene Ermittlungsmaßnahmen entscheiden kann. Entsprechend ist auch in den (für die Rechtsprechung allerdings mangels Gesetzescharakters nicht bindenden) landesinternen Verwaltungsvorschriften geregelt, dass bei allen Amtsgerichten sicherzustellen ist, dass an allen Tagen in der Zeit von 6 Uhr bis 21 Uhr zur Erledigung unaufschiebbarer Amtshandlungen die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters zu gewährleisten ist (AV d. JM vom 15.05.2007 – 2043 – I.3. – JMBl. NRW 2007 S. 165). Angesichts dessen kann hier davon ausgegangen werden, dass in dem Zeitraum der vorliegend für die Anordnung der Blutprobe in Frage kam (zwischen 19.35 Uhr- Eintreffen am Haus des Angeklagten – und 20.08 Uhr – Entnahme der Blutprobe) ein Eildienst eingerichtet war. Dass die Revision sich etwa gegen einen rechtswidrig nicht bestehenden Eildienst wendet, wird von ihr auch nicht geltend gemacht.

Selbst wenn – wie dies vereinzelt in der Literatur (vgl. Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128) und auch in der Rechtsprechung (vgl. OLG Jena Beschl.v. 25.11.2008 – 1 Ss 230/09 = BeckRS 2009, 04235) anklingt – in (wie hier) ländlich geprägten Amtsgerichtsbezirken noch kein den verfassungsgerichtlichen Anforderungen genügender Bereitschaftsdienst eingerichtet gewesen sein sollte (im Rahmen der Prüfung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO kann das Revisionsgericht weitergehende Erkenntnisse aus der Begründetheitsprüfung noch nicht verwenden), wäre der fehlende Vortrag der Revision hierzu unschädlich. Denn dann hätte zwar der einzelne Polizeibeamte subjektiv nicht vorwerfbar die Anordnung wegen Gefahr im Verzuge treffen können, denn eine richterliche Anordnung wäre dann frühestens am nächsten Werktag in den Dienststunden des Gerichts zu erlangen gewesen. Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt läge dann allerdings im Bereich der Justizorganisation. Hieraus kann dem Beschuldigten kein Nachteil erwachsen, so dass das Fehlen des gesetzlich gebotenen Eildienstes bzw. der Erreichbarkeit des Eildienstrichters objektiv Gefahr im Verzuge nicht zu begründen vermag ( OLG Jena Beschl.v. 25.11.2008 – 1 Ss 230/09 = BeckRS 2009, 04235; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128).

Gleich wie die Sachlage im vorliegenden Fall also war, ergibt sich aus dem Revisionsvortrag auch ohne Darlegung des Bestehens und Umfangs eines richterlichen Eildienstes ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt.

3.

Die Rüge der Verletzung des § 81a StPO ist begründet.

a) Dadurch dass der Polizeibeamte POK H. die Blutentnahme ohne Einschaltung eines Richters angeordnet hat, hat er gegen den in § 81a Abs. 2 StPO geregelten Richtervorbehalt verstoßen. Die Voraussetzungen für eine Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 StPO lagen hier zwar vor. Es lag auch eine Anordnung nach § 81a StPO vor. Der Angeklagte hat sich nicht etwa freiwillig der Blutprobenentnahme unterzogen. Die Anordnung zur Blutentnahme wurde jedoch ohne Einschaltung eines Richters trotz eines – ausweislich der vom Berichterstatter eingeholten Auskunft vom Amtsgericht Detmold – im Jahre 2008 an allen Tagen in der Zeit von 6 Uhr bis 21 Uhr beim nach § 162 StPO für den gesamten Landgerichtsbezirk Detmold, und damit auch für L2, zuständigen Amtsgericht Detmold eingerichteten richterlichen Eildienstes von einem Polizeibeamten getroffen. Dies hat er nicht etwa wegen Gefahr im Verzuge getan, sondern – so die Urteilsfeststellungen – „entsprechend der langjährigen Praxis“. Der Polizeibeamte hat sich mithin darüber, ob Gefahr im Verzuge vorliegt und ihm deswegen die Anordnungscompetenz (ausnahmsweise) zusteht, überhaupt keine Gedanken gemacht. Auch die entsprechenden Teile der Ermittlungsakte, die der Senat aufgrund der zulässig erhobenen Verfahrensrüge verwerten kann, ergeben für eine Prüfung der Frage (oder gar eine entsprechende Dokumentation), ob Gefahr im Verzuge vorliegt, keinerlei Anhaltspunkte.

Auch objektiv ergeben sich keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Gefahr im Verzuge. Diese Frage beurteilt sich danach, ob durch die vorherige Anrufung des Gerichts die Gefährdung des Untersuchungserfolges aufgrund einzelfallbezogener Tatsachen zu gewärtigen ist ( BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Hamm NJW 2009, 242, 243). Das ist hier eher fernliegend. Der Sachverhalt war sehr einfach gelagert, so dass eine richterliche Anordnung auf telefonischem Wege einholbar gewesen wäre. Nicht jede richterliche Anordnung kann zwingend erst nach Aktenvorlage erfolgen (vgl. BGHSt 51, 285; OLG Hamm NJW 2009, 242, 243 m.w.N.). Der richtige Beschuldigte stand fest, ebenso wie seine Alkoholisierung und der Verdacht bestimmter Verkehrsdelikte.

Es ging um die Feststellung des Blutalkoholwertes, nicht um den Nachweis von Betäubungsmitteln, bei denen der Nachweis mit zunehmendem Abbau auch bei Rückrechnung schwieriger ist (Rabe v. Kühlewein JR 2007, 517, 518). Der Generalstaatsanwaltschaft ist zuzugeben, dass hier aufgrund der Weigerung des Angeklagten, einen Atemalkoholtest durchzuführen, die Gefahr bestand, dass sich die Alkoholisierung des Angeklagten in der Nähe der strafrechtlich relevanten Grenzwerte bewegte, was grundsätzlich für die Vermeidung weiterer Verzögerungen durch die Einholung einer richterlichen Anordnung und für die Bejahung von Gefahr im Verzuge spricht (vgl. OLG Hamm NJW 2009, 242, 244 m.w.N.). Warum aber bei dem vorliegenden, einfach gelagerten Sachverhalt eine nennenswerte Verzögerung durch Einholung einer (telefonischen)

richterlichen Anordnung, die zu einem Beweismittelverlust hätte führen können, zu erwarten gewesen wäre ist nicht erkennbar. Auch der Tatrichter, der von „besonderen Schwierigkeiten und Verzögerungen“ durch die Anrufung des Eildienstes ausgeht, legt diese nicht näher dar. Eine Verzögerung wäre darüber hinaus noch weniger wahrscheinlich gewesen, wenn man zweistufig vorgegangen wäre: Zunächst hätte man, wenn man z.B. wegen der bereits verstrichenen Zeit seit der Tat einen Beweismittelverlust wegen Unsicherheiten bei einer Rückrechnung im Strafverfahren von einem BAK-Wert aufgrund einer wegen Verzögerungen bei der Einschaltung des Richters noch später entnommenen Blutprobe befürchtet hätte, den Angeklagten zunächst auf der Grundlage des § 81a StPO, dies dann aufgrund eigener Anordnung der Ermittlungsperson, festhalten und sich mit ihm auf den Weg zur Blutentnahme machen können. Während dessen – und noch vor der Blutentnahme selbst – hätte man dann noch versuchen können, fernmündlich die richterliche Anordnung für das weitere Vorgehen auf der Grundlage des § 81a StPO einzuholen (zu diesem zweistufigen Vorgehen vgl. OLG Hamm NJW 2009, 242, 244; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 127).

Eine Dringlichkeit der Blutentnahme, die noch nicht einmal die fernmündliche Beteiligung des Richters erlaubte, ist hier also nicht evident. Der Senat schließt nicht aus, dass sich auch in Fällen wie dem vorliegenden eine solche Dringlichkeit ergeben kann. Dann müssen aber Umstände, wie z.B. die nicht sofortige Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters, dessen gleichzeitige Befassung mit anderen dringlichen Rechtssachen oder seine Weigerung, ohne Vorlage schriftlicher Unterlagen zu entscheiden, vorliegen. Dem ist hier nicht so, jedenfalls sind weitere Umstände nicht dokumentiert.

b) Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO führt hier zu einem Beweisverwertungsverbot.

In der Strafprozessordnung ist allerdings kein ausdrückliches Verbot der Verwertbarkeit von unter Verstoß gegen § 81a Abs. 2 StPO erlangten Beweisen geregelt. Nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot zieht damit ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot ist nach gefestigter, vom Bundesverfassungsgericht gebilligter obergerichtlicher und höchstrichterlicher Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des in Frage stehenden Verfahrensverstoßes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter einerseits und andererseits davon bestimmt, ob die Annahme von

Gefahr im Vollzuge willkürlich erfolgte oder auf einer besonders groben Fehlbeurteilung beruhte (vgl. BVerfG NJW 2008, 3053; BGH NJW 2007, 2269, 2271; OLG Hamm Beschl.v. 02.12.2008 – 4 Ss 466/08 = BeckRS 2009, 06454; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; OLG Jena Beschl.v. 25.11.2008 – 1 Ss 230/08 = BeckRS 2009, 04235; OLG Köln Beschl.v. 26.09.2008 – 83 Ss 69/08 = BeckRS 2008, 23570; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 f.).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Ausführungen im angefochtenen Urteil – der Umstand, dass der Angeklagte gegen die angeordnete Blutprobenentnahme keinen Widerspruch (vor dem Polizeibeamten) erhoben hat, nicht relevant ist. Dass der Angeklagte sich widerstandslos einer polizeilichen Anordnung gebeugt hat, ist nur das, was grundsätzlich vom jedem Bürger erwartet wird und hat darüber hinaus keine Aussagekraft.

Zwar ist hier zu berücksichtigen, dass die Straftatbestände, derer der Angeklagte verdächtig war, dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit (wegen des dahinter stehenden Schutzes insbesondere von Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer) dem Schutz hoher Rechtsgüter dienen, während der Eingriff, dem sich der Angeklagte unterziehen musste, lediglich eine geringfügige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit darstellt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass in der Sache eine entsprechende richterliche Anordnung bei Einschaltung des Eildienststrichters rechtmäßigerweise erteilt worden wäre. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Anordnungscompetenz wenn auch nachrangig grundsätzlich auch dem Polizeibeamten zustand und damit der Verstoß weniger schwer wiegt, als wenn selbst dies gesetzlich nicht zugelassen wäre. Zudem handelt es sich nicht um einen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt, sondern nur um einen einfachgesetzlichen, bei dem Annahme eines Verwertungsverbots aus verfassungsrechtlichen Gründen unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Mindeststandards nicht geboten ist ( BVerfG NJW 2008, 3053, 3054 m. zust. Anm. Laschewski NZV 2008, 637 f.). Auch der bei dem gegebenen Sachverhalt zwangsläufig fehlenden, aber – mit Ausnahme von Evidenzfällen – verfassungsgerichtlich geforderten Dokumentation zu den Voraussetzungen der Gefahr im Verzuge, kommt hier hinsichtlich der Frage eines Verwertungsverbotes kein eigenständiges Gewicht zu. Im übrigen würde sie allein genommen auch kein Verwertungsverbot begründen können ( BGH NStZ-RR 2007, 242; vgl. auch BVerfG NJW 2008, 3053, 2054).

Dies alles vermag aber nicht darüber hinweg zu helfen, dass hier ein objektiv willkürliches Vorgehen bzw. ein grober Verstoß des handelnden Polizeibeamten bzw. der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft generell (weil nicht hinreichend dafür Sorge getragen wurde, dass der Bedeutung des Richtervorbehalts auch auf der Ebene des Polizeibeamten vor Ort Rechnung getragen wird) vorlag, was ein (einfachgesetzliches) Verwertungsverbot begründet (vgl. dazu BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BGH NJW 2007, 2269, 2272; OLG Jena Beschl.v. 25.11.2008 – 1 Ss 230/08 = BeckRS 2009, 04235; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238; vgl. auch OLG Karlsruhe NStZ 2005, 399, 400; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128; Müller/Trurnit StraFo 2008, 144, 147 ff.). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass er sich – sowohl nach den Urteilsfeststellungen als auch nach dem relevanten Akteninhalt – keinerlei Gedanken über die Fragen von Gefahr im Verzuge und richterlicher Anordnungscompetenz gemacht hat

oder eine entsprechende Prüfung vorgenommen hätte, sondern allein aufgrund „langjähriger Praxis“ eine eigene Anordnung getroffen hat. Das ist schon unabhängig von der Betrachtung jeglicher verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung rechtlich bedenklich, da dies bereits nach dem Gesetzeswortlaut seit je her unabdingbare Voraussetzung für einen Verzicht auf die Einschaltung eines Richters war. Eine „langjährige Praxis“ ist nicht geeignet, die gesetzlichen Anforderungen außer Kraft zu setzen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass es sich bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Richtervorbehalt um keine ganz junge Entwicklung mehr handelt. Die Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht dem Richtervorbehalt grundsätzlich zumisst, ist mindestens mit der Entscheidung vom 20.02.2001 ( NJW 2001, 1121) deutlich geworden. In der Folgezeit ist die Bedeutung auch des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts, u.a. auch bei § 81a StPO, in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgezeigt und veröffentlicht worden (insbesondere mit den Beschlüssen vom 12.02.2007 = NJW 2007, 1345 und vom 31.10.2007 – 2 BvR 1346/07 – juris). Auch zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Anordnung war daher die Relevanz des Richtervorbehalts nach § 81a Abs. 2 StPO in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts damit schon mehr als ein Jahr bekannt. Von einem Ausschluss der objektiven Willkür, weil zum Anordnungszeitpunkt die entsprechenden Rechtsfragen noch im Streit waren (so OLG Köln Beschl.v. 26.09.2008 – 83 Ss 69/08 = BeckRS 2008, 23570, für einen allerdings zeitlich noch näher an der ersten der beiden oben genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gelegenen Fall) kann daher nicht mehr die Rede sein. Vielmehr handelte es sich – so letztlich auch die entsprechende, bereits zitierte, Feststellung im angefochtenen Urteil – um die langfristige Fortführung einer bestehenden Praxis, welche mit der Rechtslage nicht in Einklang stand und letztlich die Besorgnis einer dauerhaften und ständigen Umgehung des Richtervorbehalts des § 81a Abs. 2 StPO begründet. Die Schwere des Verstoßes ergibt sich hier also nicht daraus, dass ein Polizeibeamter im Einzelfall die Voraussetzungen des Richtervorbehalts verkannt oder nicht geprüft hat, sondern daraus, dass dessen Voraussetzungen – so das angefochtene Urteil – aufgrund langjähriger Praxis, also gleichsam einem „Fehler im System“, ungeprüft geblieben sind.

Der Fall liegt hier anders als der, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in NStZ-RR 2007, 242, zu Grunde lag, in der ein Verwertungsverbot verneint wurde. Dort war zumindest versucht worden, den grundsätzlich vorgesehenen Eildienstrichter zu erreichen, was aber nicht gelang, so dass dann die Anordnung durch den zuständigen Bereitschaftsstaatsanwalt wegen Gefahr im Verzuge erfolgt ist. Ebenfalls ist er anders gelagert, als der Fall, der der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in NJW 2008, 3053, zu Grunde lag. Dort war die Verabsäumung der Einholung einer richterlichen Anordnung augenscheinlich nicht Ausfluss einer langjährigen Praxis, die eine Prüfung der Voraussetzungen der Gefahr im Verzuge ersetzte.

Die mithin fehlerhafte Verwertung des BAK-Gutachtens beschwert den Angeklagten auch. Es ist auch unter Anwendung des Jugendstrafrechts nicht auszuschließen, dass es ohne die Verwertung des Gutachtens nicht zur Verurteilung nach § 323a StGB gekommen wäre, weil sich dann die Alkoholisierung auch nicht anderweitig hätte aufklären lassen (z.B. durch Befragung von Zeugen zu Trinkmengen und Trinkzeiten) und dann ggf. auch eine Verurteilung nach §§ 316, 315c Abs. 1 Nr. 1 StGB ausgeschieden wäre. Weitere Feststellungen sind grundsätzlich möglich, so dass hier die Sache nach § 354 Abs. 2 StPO an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Lemgo zurückzuverweisen war.

III.

Da die Revision bereits mit der Rüge der Verletzung des § 81a StPO vollumfänglich Erfolg hat, bedurfte es eines Eingehens auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts und auf die Rüge der Verletzung des § 52 StPO nicht mehr.