

Entscheidungsanmerkung

Geltung des Rückwirkungsverbots bei Verfahrensverstößen

1. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot gilt nicht für Verfahrensvorschriften, die beim Inkrafttreten sofort gelten, soweit der Gesetzgeber keine abweichende Übergangsvorschrift getroffen hat.

2. Der zum 24.8.2017 in Kraft getretene § 81a Abs. 2 S. 2 StPO, wonach im Gegensatz zur alten Rechtslage bei der Abnahme einer Blutprobe ohne Einwilligung keine richterliche Anordnung mehr nötig ist, gilt auch für bis zum Inkrafttreten der Neuregelung noch nicht abgeschlossene Verfahren.

(Leitsätze der *Verf.*)

GG Art. 103 Abs. 2
StPO § 81a Abs. 2 S. 2
StGB § 1

OLG Rostock, Beschl. v. 3.11.2017 – 20 RR 85/17¹

I. Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Rostock liegt ein Urteil des Amtsgerichts Neubrandenburg v. 18.5.2017² zugrunde. Aus den dem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen geht hervor, dass die Angeklagte am 11.12.2016 gegen 00.15 Uhr als Fahrzeugführerin einen LKW T4 lenkte, obwohl sie aufgrund vorangegangenen Alkoholgenusses nicht mehr in der Lage war, den LKW sicher zu führen. Die bei der Angeklagten um 00.50 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 1,26 Promille, was die Angeklagte nach den Feststellungen des Amtsgerichts Neubrandenburg hätte erkennen können.

Die Angeklagte wurde durch die ermittelnde Polizeibeamtin einer Kontrolle unterzogen. Bereits als die Angeklagte angehalten wurde, entstand bei der Polizeibeamtin der Eindruck, dass die Angeklagte alkoholisiert sei. Nach Angaben der Polizistin habe die Angeklagte albern gewirkt und immer wieder gelacht. Sie habe auch selber angegeben, vor Fahrtantritt Alkohol konsumiert zu haben. Daraufhin hat die Angeklagte freiwillig einen Atemalkoholtest³ durchgeführt,

der einen Wert von 1,3 Promille ergab. Auch mit der Entnahme der Blutprobe hat die Angeklagte sich sodann zunächst einverstanden erklärt. Die Polizistin hat die Angeklagte daher zur Blutprobenentnahme mitgenommen. Bei deren Durchführung zog die Angeklagte jedoch aufgrund einer Spritzenphobie immer wieder den Arm weg. Die Blutentnahme war daher geprägt von einem ständigen Hin und Her zwischen Zustimmung zur Blutentnahme und Wegziehen des Armes. Trotz dieser Stimmungsschwankungen wurde die Blutentnahme letztlich durchgeführt. Eine Anordnung der Blutentnahme durch einen Richter oder Staatsanwalt unterblieb hingegen. Es bestanden deshalb letztlich Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Blutentnahme und an der Verwertbarkeit des Blutalkoholergebnisses. Dies hat die Angeklagte mit der Revision gerügt.

II. Rechtliche Bewertung

Das OLG Rostock hat die Revision der Angeklagten als unbegründet verworfen, weil die Rüge, das Ergebnis der Blutalkoholbestimmung sei unverwertbar, nicht durchgreife.

Rechtsgrundlage für die Entnahme einer Blutprobe ist § 81a Abs. 1 StPO. Bis zum Inkrafttreten seiner Neufassung am 24.8.2017 stand die Maßnahme unter Richtervorbehalt (§ 81a Abs. 2 StPO a.F.), was bedeutete, dass eine Blutentnahme grundsätzlich durch einen Richter angeordnet werden musste. Nur im Ausnahmefall, nämlich bei Gefahr im Verzug⁴, d.h. wenn durch weiteres Zuwarten ein Beweismittelverlust drohte, stand die Anordnung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) zu. Einer Anordnung bedurfte es freilich dann nicht, wenn der Betroffene auf sein Recht verzichtete, den Eingriff mithin freiwillig duldete.⁵ Dies war im vorliegenden Fall jedoch fraglich, weil die Angeklagte den Eingriff gerade nicht ohne Weiteres freiwillig geduldet hat, sondern immer wieder unmittelbar vor der Entnahme der Blutprobe aufgrund einer Spritzenphobie den Arm weggezogen hat. An der Freiwilligkeit der Blutentnahme konnten mithin berechtigte Zweifel aufkommen. Eine richterliche Anordnung lag ebenfalls nicht vor. Aus den Feststellungen des Amtsgerichts geht auch nicht hervor, dass versucht wurde, einen Richter oder Staatsanwalt⁶ zwecks der Anordnung einer Blutentnahme zu kontaktieren, weshalb der Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO a.F. verletzt sein könnte. Hieraus könnte ein Beweisverwertungsverbot folgen. In Betracht käme vorliegend ein unselbständiges Beweis-

¹ Die Entscheidung ist zu finden unter BeckRS 2017, 140378 = NStZ-RR 2018, 114 m. Anm. *Ernst*, DAR 2018, 391.

² AG Neubrandenburg, Urt. v. 18.5.2017 – 301 Cs 381/17 = BeckRS 2017, 144276.

³ Zum Nachweis einer bestimmten Alkoholbeeinflussung, wie sie etwa für § 316 StGB notwendig ist, ist das Ergebnis einer Atemalkoholkontrolle („Alcotest“) nicht ausreichend (OLG Köln, Beschl. v. 3.7.1984 – 1 Ss 364/84 = VRS 67 (1984), 246; *Mosbacher*, NStZ 2015, 42), weil die bislang zur Verfügung stehenden Instrumente zur Messung der Atemluftalkoholkonzentration keine hinreichende Sicherheit für die Feststellung einer bestimmten Blutalkoholkonzentration gewährleisten (BGH, Beschl. v. 14.6.1995 – 2 StR

274/95 = NStZ 1995, 539; BGH, Urt. v. 1.11.1994 – 5 StR 276/94 = NStZ 1995, 96 [97] m.w.N.).

⁴ Siehe hierzu *H. Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 121 und 249.

⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 61. Aufl. 2018, § 81a Rn. 3.

⁶ Einen Vorrang einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gegenüber einer polizeilichen Anordnung gibt es nach h.M. nicht, siehe *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl. 2017, § 81a Rn. 5 m.w.N. Dies wird im Hinblick auf die hier relevante Gesetzesänderung noch einmal ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien so festgelegt: BT-Drs. 18/12785, S. 46.

verwertungsverbot.⁷ Mit Blick auf einen Verstoß gegen § 81a Abs. 2 StPO a.F. käme es in Anwendung der sog. Abwägungslehre⁸ letztlich maßgeblich darauf an, ob der Richter vorbehalt bewusst umgangen wurde.⁹

Im vorliegenden Fall konnte die Frage jedoch offenbleiben, ob ein Verstoß gegen § 81a Abs. 2 StPO a.F. überhaupt vorlag und ob sich hieraus ein (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot ergibt.¹⁰ Denn durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl. I 2017, S. 3202), welches am 24.8.2017 in Kraft getreten ist, wurde § 81a StPO modifiziert. Nach § 81a Abs. 2 S. 2 StPO n.F. bedarf die Entnahme einer Blutprobe abweichend von Satz 1 nach neuem Recht nun keiner richterlichen Anordnung mehr, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass z.B. eine Straftat nach § 316 StGB begangen worden ist. Das wäre im vorliegenden Fall gegeben: Die ermittelnde Polizistin hat bei der Kontrolle der Angeklagten wegen ihres albernem und immer wieder von Lachen begleiteten Verhaltens den Eindruck gewonnen, dass diese alkoholisiert war. Auch der Atemalkoholtest ergab einen Wert von 1,3 Promille. Schließlich hat die Angeklagte geäußert, vor Fahrtantritt Alkohol konsumiert zu haben. Weil die Polizeibeamtin die Angeklagte als Führerin eines Fahrzeugs kontrolliert hat, bestand folglich der Verdacht einer Straftat nach § 316 StGB. Nach neuem Recht war eine richterliche Anordnung entbehrlich, weshalb die Polizeibeamtin die Blutentnahme selber hätte anordnen dürfen.¹¹

1. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot

Zum Zeitpunkt der Tat, am 11.12.2016, galt § 81a Abs. 2 S. 2 StPO n.F. jedoch noch nicht. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB verbietet grundsätzlich, auf eine Tat das Recht anzuwenden, das erst nach ihrer Begehung entstanden ist, wenn dies eine Verschlechterung der Rechtslage bedeuten würde.¹² Das Rückwirkungsverbot dient u.a. der Berechenbarkeit staatlichen Handelns¹³ und der Kontrollierbarkeit staatlicher Eingriffe.¹⁴ Insoweit scheint das Rückwirkungsverbot auf den ersten Blick dagegen zu sprechen, § 81a Abs. 2 StPO n.F. auf den

oben genannten Sachverhalt anzuwenden, weil es sich bei der Entnahme einer Blutprobe gerade um einen staatlichen Eingriff handelt, der nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist und dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Eingriffs gerade nicht vorlagen.¹⁵ Man könnte sich daher mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, dass eine solche Zwangsmaßnahme, die in Rechte des Betroffenen eingreift, durch den Gesetzgeber demokratisch legitimiert werden müsse und zwar vor dem Eingriff, nicht erst danach.¹⁶ Faktisch käme eine solche Gesetzesanwendung einer nachträglichen Heilung von Gesetzesverstößen gleich, was vom Gesetzgeber so möglicherweise – ohne entsprechende Anordnung – nicht gewollt war.¹⁷

2. Rückwirkungsverbot im Verfahrensrecht

Nach h.M.¹⁸ gilt das Rückwirkungsverbot jedoch nicht für Änderungen des Verfahrensrechts, worunter § 81a StPO fällt. Dies überzeugt und ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG, der lautet: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Art. 103 Abs. 2 GG stellt mithin nur darauf ab, dass die *Strafbarkeit* bei Begehung der Tat gesetzlich bestimmt sein muss. Die Strafbarkeit wird aber durch § 316 StGB normiert und gerade nicht durch das Verfahrensrecht. Allgemein hat das Verfahrensrecht keinen Einfluss auf die Strafbarkeit, weil es die Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht bestimmt.¹⁹ Auch § 2 StGB ist auf das Verfahrensrecht nicht anwendbar,²⁰ was ebenfalls bereits unmittelbar dem Wortlaut der Norm entnommen werden kann.²¹

Daneben spricht der Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbots dafür, dass ihm das Verfahrensrecht nicht unterfällt. Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbots ist es, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Täuschungsfreiheit des Strafrechts zu garantieren.²² Die Strafgesetze enthalten daher neben den Grundlagen für gerichtliche Entscheidungen vor allem auch Verhaltensgebote für jedermann. Ein solches Verhaltensgebot kann aber nur dann Wirkung zeigen, wenn

⁷ Siehe hierzu ausführlich H. Putzke/Scheinfeld (Fn. 4), Rn. 403 ff.

⁸ Hierzu H. Putzke, StraFo 2016, 1 (8).

⁹ Beispielhaft H. Putzke, StraFo 2016, 1 (8); OLG Jena, Beschl. v. 3.6.2014 – 1 SsRs 129/13 = BeckRS 2015, 5573; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 5), § 81a Rn. 32a.

¹⁰ Letztlich kann diese Frage hier auch nicht entschieden werden, weil der mitgeteilte Sachverhalt hierzu zu wenige Informationen enthält.

¹¹ Ein Anordnungsvorrang der Staatsanwaltschaft besteht nicht (siehe oben Fn. 6).

¹² Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 1 Rn. 27.

¹³ Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Rn. 1 und 6.

¹⁴ Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 46.

¹⁵ So Stam, NVZ 2018, 196, der maßgeblich darauf abstellt, dass es sich bei der Blutentnahme um einen weitreichenden Eingriff handelt, der mit erheblichem Zwang durchgesetzt werden kann und dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Eingriffs gerade nicht vorlagen.

¹⁶ Siehe hierzu Ernst, DAR 2018, 391 (392).

¹⁷ Kudlich, JA 2018, 392 (393).

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1992 – 2 BvR 1631/90, 2 BvR 1728/90 = NJW 1993, 1123; BayObLG, Beschl. v. 14.2.2005 – 5 St RR 248/04 = NJW 2005, 1592; BGH, Urt. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08 = NJW 2009, 791; VGH München, Beschl. v. 5.2.2018 – 11 ZB 17.2069 = BeckRS 2018, 1336, Rn. 14; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 5), § 354a Rn. 4 und Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 60 jeweils m.w.N.

¹⁹ Siehe hierzu Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 60.

²⁰ Fischer (Fn. 12), § 2 Rn. 7 m.w.N.

²¹ Absatz 1 spricht von „der Strafe und ihren Nebenfolgen“; Absatz 2 von der „Strafandrohung“. Das Verfahrensrecht wird hiervon gerade nicht erfasst.

²² Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 60.

es vor Begehung der Tat bestand. Es im Nachhinein aufzustellen, ist für alles Vergangene wirkungslos. Eine Verhaltensregel kann stets nur für die Zukunft Wirkung entfalten und zu rechtstreuem Verhalten motivieren.²³ Insoweit ist es folgerichtig, dass ein Verhalten, das zum Zeitpunkt der Tat noch nicht strafbar war (kein Verhaltensgebot vorhanden), es jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung ist, wegen des strafrechtlichen Rückwirkungsgebots nicht bestraft werden kann, weil der Betroffene zum Zeitpunkt der Tat nicht gegen ein Verhaltensgebot verstoßen hat.

Anders verhält es sich aber mit Blick auf das Verfahrensrecht. Das Verfahrensrecht beinhaltet nicht wie das materielle Recht Verhaltensgebote für jedermann. Es ist technischer Natur und beinhaltet quasi die „Spielregeln“²⁴ des Strafverfahrens. Es erscheint daher folgerichtig, dass das Verfahrensrecht dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot nicht unterliegt.²⁵

Zusammenfassend bedeutet dies, dass weder das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB noch § 2 StGB auf eine Änderung des Verfahrensrechts anwendbar sind. Änderungen des Verfahrensrechts gelten folglich ab dem Tag des Inkrafttretens auch für laufende Verfahren (sog. Grundsatz intertemporalen Verfahrensrechts)²⁶. Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch den Gesetzgeber explizit Übergangsregeln geschaffen wurden, um diesen Grundsatz zu umgehen.²⁷ Derartige Regeln hat der Gesetzgeber mit Blick auf die Neufassung des § 81a Abs. 2 StPO jedoch gerade nicht erlassen, weshalb § 81a Abs. 2 StPO n.F. auch auf laufende Verfahren anzuwenden ist, die einen „alten“ Sachverhalt betreffen. Letztlich sprechen auch fehlende Übergangsregeln dafür, dass vom Gesetzgeber die unmittelbare Anwendbarkeit auf alle laufenden Verfahren des § 81a StPO gewollt war. Denn dem Gesetzgeber dürfte auch angesichts von § 354a StPO kaum unbekannt gewesen sein, dass die h.M. in Rechtsprechung und Literatur weder das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB noch § 2 StGB auf Änderungen des Verfahrensrechts anwendet.²⁸

III. Fazit

Abschließend lässt sich Folgendes festhalten: Unabhängig davon, ob die Entnahme der Blutprobe im vorliegenden Fall rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgte, bleibt das Ergebnis der Blutentnahme jedenfalls verwertbar, weil sich das zugrundeliegende Verfahrensrecht (§ 81a Abs. 2 StPO) geändert hat und der Eingriff jedenfalls den neuen Voraussetzungen ent-

spricht. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot findet auf Änderungen des Verfahrensrechts keine Anwendung. Mangels Übergangsvorschrift ist das neue Recht ab Inkrafttreten anwendbar.

Im Ergebnis mag es Gründe geben, die dafür sprechen, auf einen abgeschlossenen Sachverhalt nicht neues Recht anzuwenden. Sowohl die wörtliche als auch die systematische, historische und teleologische Auslegung legen jedoch das Gegenteil nahe, weshalb die besseren Argumente für die h.M. sprechen. Die Entscheidung des OLG Rostock ist damit im Ergebnis zutreffend, dogmatisch korrekt und nicht zuletzt aus Sicht der Praxis zu begrüßen.

Autofahrern kann man nur raten, bei Polizeikontrollen weder zu lachen noch recht albern zu sein – sonst könnten sie den Verdacht erregen, Alkohol getrunken zu haben.²⁹

Dr. Christina Putzke, Deggendorf, Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

²³ Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 44.

²⁴ Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 60a. Siehe auch BVerfG NJW 1993, 1123 (1124): „[...] nicht selten enthält das Verfahrensrecht bloße ordnungsrechtliche, technische Prozessführungsregeln [...]“

²⁵ Zur anderen Ansicht und einer differenzierenden Lösung Hassemer/Kargl (Fn. 14), § 1 Rn. 60a ff. m.w.N.

²⁶ Kudlich, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, Einleitung Rn. 609.

²⁷ Kudlich (Fn. 26), Einleitung Rn. 609.

²⁸ Siehe hierzu auch *Ernst*, DAR 2018, 391 (392).

²⁹ *Burhoff*, abrufbar unter <https://blog.burhoff.de/2018/03/blutentnahme-nach-altem-recht-gesund-gebetet-nach-neuem-recht-oder-asche-auf-mein-haupt/> (26.11.2018).