

## § 15: Amts- und Zwangsrechte; behördliche Genehmigung

### I. Eingriffsrechte von Amtsträgern

Viele Aufgaben von Amtsträgern stellen zugleich Eingriffe in die Rechte der Betroffenen dar. Teilweise müssen diese Amtshandlungen mit Zwang durchgesetzt werden, zum Beispiel die Durchsuchung beim Verdächtigen zur Auffindung von Beweismitteln (§ 102 StPO). Das Zutrittverschaffen gegen den Willen des Berechtigten stellt einen Hausfriedensbruch dar, § 123 StGB. Hier dient aber die Befugnisnorm des § 102 StPO als Rechtfertigungsgrund. Wichtige Eingriffsrechte von Amtsträgern finden sich in der StPO, im Strafvollzugsgesetz und in den Polizeigesetzen der Bundesländer. Die Prüfung dieser Eingriffsrechte richtet sich nach verwaltungsrechtlichen Prinzipien.

Probleme entstehen, wenn ein Amtsträger bei Vornahme eines Eingriffs einem Irrtum erliegt und sich der Betroffene dagegen wehrt. Fraglich ist dann, ob der hoheitliche Eingriff rechtswidrig ist. Nur wenn das der Fall ist, kann sich der Betroffene dagegen in Notwehr wehren, weil eine Notwehrlage einen rechtswidrigen Angriff auf ihn voraussetzt. Zur Lösung sind zwei Irrtümer des Amtsträgers zu unterscheiden: Irrtümer auf der tatsächlichen und auf der rechtlichen Ebene.

Unterliegt der Amtsträger einem **tatsächlichen Irrtum**, so stellt sich die Frage, ob die hoheitliche Handlung rechtswidrig ist und der Amtsträger möglicherweise im Erlaubnistatumsstandsirrtum handelte (hierzu § 16 der Vorlesung) oder ob ein sog. Irrtumsprivileg des Staates besteht, sodass die Handlung möglicherweise rechtmäßig bleibt.

*Bsp.: Polizeibeamtin P geht zu Recht davon aus, dass A Hehlerware in seiner Wohnung versteckt und möchte daher dessen Wohnung auf Grundlage des § 102 StPO durchsuchen. Aufgrund gleicher Nachnamen und unübersichtlicher Lage durchsucht P aber tatsächlich die Wohnung des unbescholtenen B. Darf dieser sich dagegen in Notwehr wehren?*

- Die h.M. verneint einen Einfluss dieses Irrtums auf die Rechtmäßigkeit, soweit die Beamtin nach pflichtgemäßer Prüfung der tatsächlichen Umstände zu einer fehlerhaften Bewertung gelangt ist; lediglich bei Fahrlässigkeit bleibe das Notwehrrecht des Bürgers bestehen.
  - ✚ Die Handlungs- und Entschlusskraft der Beamtinnen in unübersichtlichen Situationen wird gesichert.
  - ✚ Dem irrtümlich Betroffenen wird auf diese Weise sein Notwehrrecht genommen.
- Andere wollen den Amtsträger gegenüber der Bürgerin nicht privilegieren. Eingriffsrechte können nur dann entstehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.
  - ✚ Das Notwehrrecht des Betroffenen bleibt bestehen.
  - ✚ Die Privilegierung der Amtsträger ist ein überholtes Relikt obrigkeitsstaatlichen Denkens.
  - ✚ Ein Ausgleich zw. Amtsträger und Bürgerin kann auf Ebene der Gebotenheit erreicht werden.

Nicht relevant wird diese Problematik freilich, wenn der Tatbestand der Eingriffsnorm – wie häufig – lediglich einen Tat**verdacht** gegenüber dem von der Zwangsmaßnahme Betroffenen voraussetzt und der Amtsträger diesen nach pflichtgemäßer Prüfung zutreffend annimmt. Im obigen Beispiel ist das gerade anders. Hier liegt nur ein Tatverdacht bezüglich A vor, nicht aber bezüglich B.

*Bsp.: P geht zu Unrecht, aber nach pflichtgemäßer Prüfung davon aus, dass B ein Hehler ist und durchsucht dessen Wohnung. § 102 StPO setzt seinem eindeutigen Wortlaut nach nur voraus, dass ein Tatverdacht vorliegt. Die Durchsuchung war also nach allen Ansichten rechtmäßig.*

Irrt sich der Amtsträger jedoch über die **rechtlichen Grenzen** der Eingriffsbefugnis, so ist sein Handeln nach h.M. rechtswidrig, es kommt für ihn lediglich ein Verbotsirrtum in Betracht (vgl. hierzu BGHSt 21, 334). Das Handeln des Amtsträgers ist rechtswidrig.

✚ Der pflichtgemäß handelnde Beamte hat das Recht zu kennen.

### **Literatur:**

Ausführlich zum Streitstand MK/*Erb* § 32 Rn. 72 ff.

*Roxin/Greco* AT I § 17 Rn. 1 ff.

*Gropp/Sinn* AT § 5 Rn. 337 ff.

## II. Der rechtswidrige verbindliche Befehl

Bei einem rechtswidrigen Befehl eines Vorgesetzten stellen sich zwei Fragen. **Erstens:** Muss der Befehls-empfänger diesen befolgen? **Zweitens:** Kann er für die Ausführung dieses Befehls strafrechtlich belangt werden?

### 1. Zum Ersten: Befolgungspflicht?

Allgemein gilt, dass ein Beamter eine Anordnung seines Vorgesetzten nur ausführen muss, sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten erkennbar strafbar oder ordnungswidrig ist oder die Würde des Menschen verletzt; vgl. §§ 35, 36 BeamtStG. Für das Militär ordnet § 11 II 1 SG an: „Ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde.“

### 2. Zum Zweiten: Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausführenden?

Der Untergebene, der einen rechtswidrigen Befehl ausführen muss, kann nicht zur Verantwortung gezogen werden. Umstritten ist jedoch, ob eine Rechtfertigung oder Entschuldigung anzunehmen ist.

---

### **Wissen im Vorgriff (näher unten KK zu § 20):**

Im Gegensatz zu Rechtfertigungsgründen, die die Rechtswidrigkeit und damit das Unrecht einer Handlung beseitigen, sind **Entschuldigungsgründe** von anderen Gedanken geprägt: Hier geht es entweder darum, dass dem Täter ein normgemäßes Verhalten nicht zumutbar ist oder mit Blick auf die Strafzwecklehre unter general- und spezialpräventiven Gesichtspunkten auf eine Bestrafung verzichtet werden kann.

Der wichtigste Unterschied besteht darin, dass ein entschuldigter Täter dennoch rechtswidrig handelt und somit z.B. ein rechtswidriger Angriff auf ein Rechtsgut i.S.d. § 32 StGB vorliegen kann, der einen anderen zur Notwehr berechtigt.

---

#### **a) Rechtfertigung**

- + Es wäre gegenüber dem gehorsampflichtigen Befehlsempfänger widersinnig, eine Ausführungspflicht zu bejahen, in der Folge aber diese pflichtgemäße Handlung als rechtswidrig einzustufen.
- + Eine Versagung der Rechtfertigung würde dazu führen, dass dem Befehlsempfänger gegenüber Notwehrhandlungen möglich wären.
- + Der Befehlsempfänger sieht sich einer Pflichtenkollision ausgesetzt, die nach § 34 StGB zu einer Rechtfertigung führen kann.

## **b) Entschuldigung**

- +** Ein rechtswidriger Befehl kann Unrecht nicht in Recht verwandeln.
- Gegenargument: Die Tat an sich wird durch eine rechtfertigende Wirkung des rechtswidrigen Befehls nicht rechters, weil der Vorgesetzte als mittelbarer Täter verantwortlich gemacht werden kann.
- +** Würde der Vorgesetzte die Handlung selbst ausführen, wäre diese rechtswidrig. Die Delegation dieser Handlung kann aber nicht die Rechtswidrigkeit beseitigen.
- +** Aus Sicht des von der rechtswidrigen Handlung Betroffenen ist kein Grund ersichtlich, weshalb ihm das Notwehrrecht genommen werden soll.

Für untergebene Soldaten hat der Gesetzgeber diesen Streit zugunsten einer Entschuldigungsmöglichkeit entschieden; vgl. § 11 II 2 SG oder § 5 I WStG: „Begeht ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist.“

### **Literatur:**

*Roxin/Greco* AT I § 17 Rn. 15 ff.

### III. Die vorläufige Festnahme, § 127 I StPO

Entsprechend den übrigen Rechtfertigungsgründen ist auch i.R.d. vorläufigen Festnahme die Prüfung in Festnahmelage, Festnahmehandlung und dem subjektiven Rechtfertigungselement zu unterteilen:

#### **Aufbau:**

##### **I. Festnahmelage**

1. Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat
2. Festnahmegrund: Fluchtverdacht oder Sicherung der Identitätsfeststellung

##### **II. Festnahmehandlung: Erforderlichkeit**

##### **III. Subjektives Rechtfertigungselement: Festnahmeabsicht**

## 1. Festnahmelage

### a) Tat

Darunter ist jede Straftat oder sonstige rechtswidrige Tat gem. § 11 I Nr. 5 StGB zu verstehen.

**Problem:** Reicht das Bestehen eines dringenden Tatverdachtes (= Festnehmender darf aufgrund der ihm erkennbaren äußeren Umstände bei pflichtgemäßer Prüfung von einer Straftat ausgehen), ohne dass tatsächlich eine Tat vorliegt?

- + StPO geht grundsätzlich nur von einem Verdacht aus.
- + Privaten darf nicht mehr an Sorgfalt abverlangt werden als Strafverfolgern.
- + Wenn die tatsächliche Tatbeteiligung des Festzunehmenden Voraussetzung für § 127 I StPO wäre, so stünde zu besorgen, dass hilfswillige Bürger allein deshalb von einer Hilfshandlung Abstand nehmen, um nicht im Nachhinein – trotz pflichtgemäßer Prüfung – strafrechtlich belangt zu werden.
- + Es besteht keine sichere Erkenntnismöglichkeit, was zu einer Überforderung des Festzunehmenden führen könnte.
- Der Gesetzgeber unterscheidet selbst zwischen „frischer Tat“ und dringendem Tatverdacht (vgl. § 127 II i.V.m. § 112 StPO).
- Festnahme durch Private ist die Ausnahme und daher eng auszulegen.

- Insbesondere die Sphäre des von der Festnahme betroffenen Bürgers ist zu sehen. Diesem darf eine Duldungspflicht nur auferlegt werden, soweit er tatsächlich eine rechtswidrige Handlung begangen hat, ansonsten würden dessen Freiheitsrechte zu weitgehend beschnitten.
- Der Festnehmende wird durch die Regeln zum Erlaubnistatumstandsirrtum geschützt (d.h. er wird nach h.M. nicht wegen des Vorsatzdeliktes bestraft, sondern allenfalls wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes, soweit er infolge Fahrlässigkeit verkannt hat, dass der andere gar keine Straftat begangen hat, s. zum Erlaubnistatumstandsirrtum näher § 16).

Wegen dieser Argumente sollte eine tatsächlich vorliegende Tat Voraussetzung sein.

- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Genügt dringender Tatverdacht für § 127 I StPO?*:  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/festnahme/tatverdacht/>

### **Literatur:**

Rengier AT § 22 Rn. 7 ff.

BGH NJW 1981, 745

OLG Hamm NStZ 1998, 370

OLG Celle StV 2016, 295

**Problem:** Festnahme erkennbar Schuldunfähiger? Gegenüber schuldunfähigen Kindern können keine strafrechtlichen Rechtsfolgen verhängt werden, weshalb nach h.M. die Möglichkeit der Festnahme abzulehnen ist. Gegenüber schuldunfähigen Erwachsenen hingegen kommen Maßnahmen der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB) in Betracht, eine Festnahme soll daher möglich sein (*Bock AT S. 423*).

### **b) Auf frischer Tat betroffen**

Auf frischer betroffen ist derjenige, der bei der Begehung einer Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird (längere Verfolgung schließt das „Frischsein“ nicht aus).

### **c) Jedermann**

Jedermann ist nicht nur der durch die Straftat Verletzte und nicht nur Staatsanwaltschaft und Polizeibeamte. Für die letzten beiden gilt jedoch **zusätzlich** § 127 II StPO.

### **d) Festnahmegründe**

#### **aa) Fluchtverdacht**

Liegt vor, wenn nach den erkennbaren Umständen des Falles vernünftigerweise die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Betroffene sich durch Flucht der Verantwortung entziehen will.

## **bb) Identitätsfeststellung**

Liegt vor, wenn der Name des Betroffenen unbekannt ist und er nicht ohne Vernehmung oder weitere Nachforschung sicher identifiziert werden kann (BeckOK-StPO/*Krauβ* § 127 Rn. 7).

## **2. Festnahmehandlung/Festnahmemittel**

Erfasst sind die mit der Festnahme verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen, wie auch durch festes Zupacken hervorgerufene körperliche Misshandlung und „Fixieren am Boden“ (vgl. BGH NJW 2000, 1348 f. mit Bspr. *Martin* JuS 2000, 717). Zu beachten ist stets auch der Grundsatz der Erforderlichkeit, d.h. unter mehreren gleich geeigneten Mitteln, ist das mildeste zu wählen.

Ob Private Schüsse auf den Flüchtenden abgeben dürfen, sofern dies im Einzelfall verhältnismäßig wäre, ist umstritten (bejaht von BGH MDR/H 1979, 985; dagegen aber BeckOK-StPO/*Krauβ* § 127 Rn. 11; wegen ohnehin fehlender Verhältnismäßigkeit offengelassen von BGH NStZ-RR 1998, 50). Hier spricht mehr für eine sehr zurückhaltende Zuerkennung von Festnahmemitteln (also keine Zulässigkeit des Waffeneinsatzes), weil auch die Situation – der Private übernimmt staatliche Aufgaben – eine Ausnahmesituation ist.

Unzulässig ist es daher jedenfalls, die Flucht eines Straftäters durch Handlungen zu verhindern, die zu einer ernsthaften Beschädigung seiner Gesundheit oder zu einer unmittelbaren Gefährdung seines Lebens führen. Der durch § 127 StPO geschützte staatliche Strafanspruch hat grundsätzlich hinter der Gesundheit des Straftäters zurückzutreten (BGH NJW 2000, 1348 ff.).

### 3. **Subjektives Rechtfertigungselement**

Gemeint ist ein Handeln, **um** die Festnahme zu bewirken.

### 4. **Offenlegung der Festnahme**

Es ist erforderlich, dass der sich auf das Festnahmerecht Berufende seine Intention dem Täter gegenüber offenlegt.

### 5. **Unterschied zwischen Nothilfe gem. § 32 StGB und dem Festnahmerecht gem. § 127 I StPO**

In Fällen, in denen eine Rechtfertigung wegen eines Festnahmerechts nach § 127 I StGB in Betracht kommt, kann häufig auch eine Notwehr oder Nothilfe gem. § 32 StGB vorliegen.

Grundsätzlich können die Rechtfertigungsgründe auch beide einschlägig sein; diese gelten dann unabhängig voneinander und nebeneinander (siehe bereits KK 271).

Allerdings bestehen auch Unterschiede, sodass nicht stets in Konstellationen des § 127 I StPO auch § 32 StGB einschlägig ist:

In Bezug auf Kollektivrechtsgüter ist § 32 StGB nicht einschlägig (siehe bereits KK 270); § 127 StPO kann hingegen einschlägig sein.

Bsp.: U kippt literweise Altöl in die Dreisam. K sieht dies und hält U fest, bis die Polizei eintrifft.

„Auf frischer Tat betroffen“ i.S.d. § 127 I StPO ist in zeitlicher Hinsicht weiter als die Gegenwärtigkeit bei § 32 StGB.

Bsp.: A schlägt B nieder und rennt weg. C sieht das und möchte A, nachdem er ihm etwa 200 m nachgerannt ist, festhalten, bis die Polizei eintrifft.

Hier liegt kein gegenwärtiger Angriff mehr vor, sodass eine Nothilfe ausscheidet. A ist aber gleichwohl i.S.d. § 127 I StPO auf frischer Tat betroffen, da er vom Tatort an nur 200 m weit verfolgt wurde (siehe zur „frischen Tat“ bereits KK 369).

### **Literatur:**

*Roxin/Greco* AT I § 17 Rn. 23 ff.

*Kühl* AT § 9 Rn. 83 ff.

*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 617 ff.

*Rengier* AT § 22 vor Rn. 1, 24

#### IV. Das Selbsthilferecht, § 229 BGB

Dieser Rechtfertigungsgrund hat wenig Bedeutung.

#### Literatur:

*Kühl* AT § 9 Rn. 119 ff.; *Winkelbauer* NSTZ 1988, 201 ff.

#### Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie Ihr Wissen und Ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Rechtswidrigkeit finden Sie dort 26 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. Klicken Sie [hier](#), um direkt zum Multiple-Choice-Test zu gelangen.

## **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Warum bedarf es keines spezifisch strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs etwa für Polizisten?
- II. T sieht, wie D das Fahrradschloss eines Fahrrads gewaltsam öffnet. Es handelt sich dabei nicht um Ts Fahrrad. T packt den D und hält ihn fest, kann er sich auf § 127 I StPO berufen?
- III. Wenn die Festnahmehandlung über das für die Festnahme erforderliche Maß hinausgeht, so scheidet eine Rechtfertigung nach § 127 I StPO aus. Kann die Handlung des Festnehmenden aber aus anderen Gründen gerechtfertigt sein?