

§ 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 Erlaubnistatumstandsirrtum 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 der Beamte nach pflichtgemäßer Prüfung der tatsächlichen Umstände zu einer fehlerhaften Bewertung gelangt ist; lediglich bei Fahrlässigkeit des Beamten bleibe das Notwehrrecht des Bürgers bestehen.
 - + Die Handlungs- und Entschlusskraft der Beamten in unübersichtlichen Situationen wird gesichert.
 - Dem irrtümlich Betroffenen wird auf diese Weise sein Notwehrrecht genommen.
- Andere wollen den Amtsträger gegenüber dem Bürger 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 Bürger 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.

Bsp.: *P geht zu Unrecht, aber nach pflichtgemäßer Prüfung davon aus, dass A ein Hehler ist und durchsucht dessen Wohnung. § 102 StPO setzt 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 AT § 5 Rn. 338 ff.

II. Der rechtswidrige verbindliche Befehl

Bei einem rechtswidrigen Befehl eines Vorgesetzten stellen sich zwei Fragen. **Erstens:** Muss der Befehlsempfänger diesen befolgen? **Zweitens:** Kann er für die Ausführung eines 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 BeamStG. 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.

a) Rechtfertigung

✚ Es wäre gegenüber dem gehorsamspflichtigen 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.
- 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 Erlaubnistatumsirrtum geschützt.

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. 329).

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). 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/*Krauß* § 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.

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. Aus der Rechtsprechung – BGH NJW 2000, 1348 ff.

„Nach den Feststellungen sprach der als Ladendetektiv in einem Kaufhaus tätige Angeklagte A. den Kunden D., bei dem er „glaubte, gesehen zu haben“, dass er einige CDs in seine Jackentasche gesteckt hatte, hinter der Kasse an, wobei er sich als Detektiv auswies. Als der 13 kg schwerere und 13 cm größere D. sich der Feststellung seiner Personalien widersetzte, nach dem Angeklagten schlug – oder ihn beiseiteschob – und die Flucht ergriff, verfolgte ihn der Angeklagte und sprang ihn von hinten an, wobei er seinen linken Arm um dessen Hals legte. [Der] Angeklagte [...] forderte D. „mehrfach auf, sich zu ergeben und zum Zeichen der Aufgabe mit der Hand auf den Boden zu schlagen“. [...] Die ein- oder zweimal gestellte Frage des [hinzutretenden] M., „ob der Mann noch Luft bekomme“, bejahte der Angeklagte. Als wenige Minuten später der Polizeibeamte P. erschien, forderte M. diesen auf, dem D. Handfesseln anzulegen, da sich „D. nach dem Eindruck des ... M. weiterhin derart stark zur Wehr setzte, dass er ihn mit seinem rechten Arm anhob“. Nachdem M. und R. den „nunmehr regungslos am Boden liegenden D.“ losgelassen hatten, diesem Handfesseln angelegt worden waren und auch der Angeklagte D. losließ, drehte P. dessen „reglosen Körper“ um. Das Gesicht des D. war blau verfärbt; er war infolge der Strangulation durch den Angeklagten erstickt. In seiner Jacke wurden fünf CDs gefunden, die aus dem Kaufhaus stammten und nicht bezahlt worden waren.“ Ist A. gem. § 127 StPO gerechtfertigt?

Hierzu führt der BGH aus:

„Das Landgericht geht zutreffend davon aus, dass das Handeln des Angeklagten zunächst durch das Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO gerechtfertigt war. Als Ladendetektiv hatte der Angeklagte zwar keine polizeilichen Rechte und Funktionen; er durfte aber solche Handlungen vornehmen, die „jedermann“ gestattet sind. [...] Da D., auf den Diebstahl angesprochen, zu flüchten versuchte, war der Angeklagte befugt,

ihn vorläufig festzunehmen [...]. Allerdings gestattet das Recht zur Festnahme nicht die Anwendung eines jeden Mittels, das zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, selbst wenn die Ausführung oder Aufrechterhaltung der Festnahme sonst nicht möglich wäre. Das angewendete Mittel muss vielmehr zum Festnahmezweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Unzulässig ist es daher regelmäßig, die Flucht eines Straftäters durch Handlungen zu verhindern, die zu einer ernsthaften Beschädigung seiner Gesundheit oder zu einer unmittelbaren Gefährdung seines Lebens führen [...]. Dazu gehört auch das lebensgefährdende Würgen eines auf frischer Tat Betroffenen. Der durch § 127 StPO geschützte staatliche Strafanspruch hat nämlich grundsätzlich hinter der Gesundheit des Straftäters zurückzutreten.“ A. ist damit nicht nach § 127 StPO gerechtfertigt.

Literatur:

Roxin/Greco AT I § 17 Rn. 23 ff.

Kühl AT § 9 Rn. 83 ff.

Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 613 ff.

Rengier AT § 22 vor Rn. 1, 24

IV. Das Selbsthilferecht, § 229 BGB

Dieser Rechtfertigungsgrund hat wenig Bedeutung.

→ Siehe hierzu das Problemfeld *Voraussetzungen der Rechtfertigung durch Ausübung des Selbsthilferechts nach § 229 BGB*: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/festnahme/selbshilferecht/>

V. Die behördliche Genehmigung

Im Umweltstrafrecht (§§ 324 ff. StGB) ist die Strafbarkeit weitgehend vom Fehlen verwaltungsrechtlicher Genehmigungen abhängig (sog. Verwaltungsakzessorietät).

1. Behördliche Genehmigung als Tatbestandsausschluss?

- ✚ Wenn das Handeln gegen den Willen der Behörde Tatbestandsvoraussetzung ist, so führt die behördliche Genehmigung zu einem Tatbestandsausschluss.
- ✚ Darüber hinaus wirkt die behördliche Genehmigung bei den sog. präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt tatbestandsausschließend; s. § 21 I Nr. 1 StVG: Das Autofahren ist grds. sozial akzeptiert, die Genehmigungspflicht dient nur der vorbeugenden (präventiven) Kontrolle im Hinblick auf Gefährdungen. Sobald man aber den Führerschein erworben hat, darf man fahren (= Erlaubnisvorbehalt).

2. Behördliche Genehmigung als Rechtfertigung?

Von den erwähnten präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt sind die repressiven Verbote mit Erlaubnisvorbehalt zu trennen. Bei letzteren kommt der behördlichen Genehmigung eine lediglich rechtfertigende Wirkung zu. Dies wird damit begründet, dass das fragliche Verhalten generell schädlich und daher unerwünscht ist, es wird daher aufgrund überwiegender anderer Interessen gerechtfertigt. Das Beisichführen von Waffen beispielsweise ist stets gefährlich. Hier führt die Genehmigung nicht zu einem Tatbestandsausschluss, sondern zu einer Rechtfertigung.

3. Die rechtswidrige Genehmigung

Das Verwaltungsrecht differenziert zwischen nichtigen und bloß rechtswidrigen Genehmigungen. Eine rechtswidrige Genehmigung ist anders als die nichtige Genehmigung wirksam, solange die Behörde sie nicht wieder zurückgenommen hat, vgl. § 43 VwVfG. Damit schließt nach überwiegender Auffassung auch eine rechtswidrige Genehmigung das Strafunrecht aus (vgl. ferner die Sonderregelung des § 330d I Nr. 5 StGB, die den Rechtsgüterschutz etwas effizienter ausgestalten will).

4. Genehmigungsfähigkeit des Handelns oder Duldung als Rechtfertigung bzw. Entschuldigung?

Die bloße Genehmigungsfähigkeit (= es liegt ein Sachverhalt vor, bei dem die Behörde i.d.R. eine Genehmigung erteilt) führt nicht zur Straffreistellung.

Dies gilt auch für die behördliche Duldung eines Verhaltens. In dem Fall wird man allerdings häufig zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum auf Seiten des Bürgers gelangen müssen.

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 22 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <http://strafrecht-online.org/mct-rechtswidrigkeit>

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?