

# **„Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches“**

## **Diplomarbeit**

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),**

**Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen**

**Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Elisabeth Franz

aus Wauden

Meißen, 31.07.2020

## **Inhaltsverzeichnis:**

|  |          |
|--|----------|
| <b>A. Einleitung</b>                       | <b>1</b> |
| <b>B. Was sind Rechtfertigungsgründe</b>   | <b>2</b> |
| <b>C. Einzelne Rechtfertigungsgründe</b>   | <b>4</b> |
| <u>I. Einwilligung</u>                     | 4        |
| <u>II. Notwehr, § 227 BGB</u>              | 4        |
| 1. Bedeutung der Norm                      | 4        |
| 2. Verhältnis zu § 32 StGB                 | 5        |
| <u>III. defensiver Notstand, § 228 BGB</u> | 6        |
| 1. Bedeutung der Norm                      | 6        |
| 2. gesetzliche Voraussetzungen             | 7        |
| a) objektives Rechtfertigungselement       | 7        |
| aa) Notstandslage                          | 7        |
| (1) Rechte und Rechtsgüter                 | 7        |
| (2) fremde Sache                           | 8        |
| (3) Gefahr                                 | 8        |
| bb) Notstandshandlung                      | 10       |
| (1) Beschädigung bzw. Zerstörung           | 10       |
| (2) Erforderlichkeit                       | 10       |
| (3) Verhältnismäßigkeit                    | 11       |
| b) subjektives Rechtfertigungselement      | 12       |
| c) Notstandexzess und Putativnotstand      | 13       |
| 3. Verhältnis zu § 34 StGB                 | 14       |
| <u>IV. aggressiver Notstand, § 904 BGB</u> | 15       |
| 1. Bedeutung der Norm                      | 15       |
| 2. Verhältnis zu § 228 BGB                 | 15       |

|             |  |    |
|-------------|--|----|
| 3.          | gesetzliche Voraussetzungen  | 16 |
| a)          | objektives Rechtfertigungselement  | 16 |
| aa)         | Notstandslage  | 16 |
| bb)         | Notstandshandlung  | 18 |
| (1)         | Einwirkung   | 18 |
| (2)         | Notwendigkeit der Einwirkung   | 19 |
| (3)         | Unverhältnismäßigkeit  | 20 |
| b)          | subjektives Rechtfertigungselement   | 21 |
| c)          | Notstandexzess und Putativnotstand   | 22 |
| 4.          | Verhältnis zu § 34 StGB  | 22 |
| <u>V.</u>   | <u>Selbsthilferecht (§§ 229ff. BGB)</u>  | 22 |
| <u>VI.</u>  | <u>Recht zur vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO)</u>  | 24 |
| 1.          | Bedeutung der Norm   | 24 |
| 2.          | gesetzliche Voraussetzungen  | 25 |
| a)          | objektives Rechtfertigungselement des § 127 Abs. 1 StPO  | 25 |
| aa)         | Festnahmebefugnis  | 25 |
| bb)         | Tatverdächtiger  | 25 |
| cc)         | Tat  | 26 |
| dd)         | auf frischer Tat betroffen oder verfolgt   | 28 |
| ee)         | Festnahmegrund   | 29 |
| ff)         | Verhältnismäßigkeit der Festnahmehandlung  | 30 |
| b)          | objektives Rechtfertigungselement des § 127 Abs. 2 StPO  | 31 |
| c)          | subjektives Rechtfertigungselement   | 32 |
| <u>VII.</u> | <u>Recht auf körperliche Untersuchung, zur Entnahme einer Blutprobe sowie auf andere körperliche Eingriffe am Beschuldigten (§ 81a StPO)</u> | 32 |
| 1.          | Bedeutung der Norm   | 32 |
| 2.          | gemeinsame gesetzliche Voraussetzungen   | 33 |
| a)          | objektives Rechtfertigungselement  | 33 |

|              |  |            |
|--------------|--|------------|
| aa)          | Begriff des Beschuldigten                          | 33         |
| bb)          | Einwilligung des Beschuldigten                     | 34         |
| cc)          | Anordnung der Maßnahme                             | 34         |
| dd)          | Zweck der Untersuchung                             | 35         |
| 3.           | einfache körperliche Untersuchungen                | 35         |
| 4.           | andere körperliche Eingriffe                       | 36         |
| <u>VIII.</u> | <u>Recht auf Gewaltanwendung, § 758 Abs. 3 ZPO</u> | 38         |
| 1.           | Beispiel   | 38         |
| 2.           | Widerstand   | 38         |
| 3.           | Maßnahmen der Gewaltanwendung                      | 39         |
| <b>D.</b>    | <b>Resümee</b>                                     | <b>40</b>  |
| <b>E.</b>    | <b>Literaturverzeichnis</b>                        | <b>V</b>   |
| <b>F.</b>    | <b>Eidesstattliche Versicherung</b>                | <b>VII</b> |

## A. Einleitung

An einem ruhigen späten Sommerabend stellte A plötzlich fest, dass eine mit einer Kamera ausgestattete Drohne über seinem Grundstück in einer Höhe von 5 - 15m flog. Dadurch sah er sein Recht auf Eigentum verletzt und fasste deswegen den Entschluss die Drohne mit einem Luftgewehr abzuschießen. Die Drohne fiel auf das Garagendach des A und erlitt einen Totalschaden. Der ursprüngliche Sachwert der Drohne betrug 1.500,00 EUR. Der Eigentümer der Drohne B war über den Totalschaden nicht erfreut und stellte einen Strafantrag gegen A. Es folgte ein Strafbefehlsantrag mit dem Tatvorwurf der Sachbeschädigung durch die Staatsanwaltschaft gegen A. Nachdem die Fallakte dem Richter zur Entscheidung vorgelegt wurde, stellte dieser sich nun die Frage, ob sich A tatsächlich der Sachbeschädigung an der Drohne strafbar gemacht hat und ob es Erlaubnisnormen gibt, die seine Strafbarkeit ausschließen. Im vorliegenden Fall stellte das Gericht eindeutig fest, dass die Tatbestandsmäßigkeit der Sachbeschädigung nach § 303 StGB vorliegt. Nun prüfte das Gericht, ob eine Erlaubnisnorm, die eine Strafbarkeit des A ausschließen könnte, hier vorliegt. Diese Erlaubnisnormen werden als Rechtfertigungsgründe bezeichnet. In Betracht kam hier der Defensivnotstand nach § 228 BGB. Das Gericht gelangte zu der Auffassung, dass eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des A als Grundstückseigentümer durch den Flug der Drohne über sein Grundstück vorlag und zugleich auch dessen durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentumsrecht verletzt wurde. Aufgrund dieser Annahme folgte die Schlussfolgerung, dass der Abschuss der Drohne und der damit verbundene Totalschaden verhältnismäßig waren. Somit lagen nach Ansicht des Gerichts die Voraussetzungen des § 228 BGB vor, wodurch ein Rechtfertigungsgrund bestand. Demnach wurde der A freigesprochen.<sup>1</sup> Es ist also ersichtlich, dass der A, obwohl er eine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen hat, aufgrund des einschlägigen § 228 BGB freigesprochen wurde. Die Intention dieser Arbeit ist es nun einzelne ausgewählte Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches im Zusammenhang mit Straftaten ausführlich darzustellen.

---

<sup>1</sup> AG Riesa, Urteil vom 24. April 2019, 9 Cs 926 Js 3044/19, veröffentlicht unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

## B. Was sind Rechtfertigungsgründe

Rechtfertigungsgründe sind Erlaubnissätze, die ein Recht zum Eingriff verleihen und ein tatbestandsmäßiges Handeln im Einzelfall ausnahmsweise gestatten. Vorrangig werden dabei Rechtfertigungsgründe aus dem Strafgesetzbuch in Verbindung gebracht. Basierend auf dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, der besagt, dass ein zivilrechtlich erlaubtes Handeln strafrechtlich nicht verboten sein kann<sup>2</sup>, sind Rechtfertigungsgründe jedoch auch in anderen Rechtsquellen als dem Strafgesetzbuch gesetzlich normiert. So sind u.a. das Straf- und Strafprozessrecht, das Zivil- und Zivilprozessrecht, das Grundgesetz, das Ordnungswidrigkeitenrecht, das Strafvollzugsgesetz, sowie das sog. Gewohnheitsrecht Rechtsquellen für die Rechtfertigungsgründe. Beispiele hierfür sind im Strafrecht insbesondere die Notwehr (§ 32 StGB), der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB), die Einwilligung in eine Körperverletzung (§ 228 StGB) sowie die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei einer Beleidigung (§ 193 StGB). Im Strafprozessrecht dienen u.a. das Recht zur vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO), das Recht zur Entnahme einer Blutprobe (§ 81a StPO) sowie das Recht zur Identitätsfeststellung (§ 163b StPO) zur Rechtfertigung einer Straftat. Die Notwehr (§ 227 BGB), der defensive Notstand (§ 228 BGB), der aggressive Notstand (§ 904 BGB), das Selbsthilferecht (§§ 229, 230 BGB), das Vermieterpfandrecht (§ 562b BGB), das Unternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) und die Abwehr verbotener Eigenmacht durch Besitzwehr und Besitzkehr (§ 859 BGB) sind die bedeutenden Rechtfertigungsgründe im Zivilrecht. Das Recht zur Gewaltanwendung (§ 758 ZPO) und das Recht zur Inbesitznahme (§ 808 ZPO) sind Beispiele für Rechtfertigungsgründe in der Zivilprozessordnung. Zudem rechtfertigen u.a. das Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) im Grundgesetz und die Notwehr (§ 15 OWiG) und der Notstand (§ 16 OWiG) im Ordnungswidrigkeitengesetz strafbare Handlungen. Des Weiteren stellt das Festnahmerecht nach § 87 StVollzG einen Rechtfertigungsgrund im Strafvollzugsgesetz dar. Zuletzt können strafbare Handlungen auch durch die gesetzlich nicht normierte rechtfertigende oder mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt sein.

In jedem Fall haben alle Rechtfertigungsgründe eine Gemeinsamkeit. Sie weisen eine gemeinsame Struktur - bestehend aus einem objektiven und einem subjektiven Rechtfertigungselement – auf. Lediglich die gesetzlich nicht normierte rechtfertigende und mutmaßliche Einwilligung weicht von der üblichen

---

<sup>2</sup> Vgl. AnwaltKommentar StGB/Hauck, Vorbemerkung zu § 32 Rn. 5.

identischen Struktur im objektiven Rechtfertigungselement ab. Bei der Prüfung der Voraussetzungen ist strikt zwischen der subjektiven Vorstellung des Täters und der objektiven Rechtfertigungssituation zu trennen und zu unterscheiden. Das objektive Rechtfertigungselement weist grundsätzlich folgende Struktur auf: das Bestehen einer Konfliktlage, die Anforderungen an die Eingriffshandlung, sowie eine rechtsethische Beschränkung der Eingriffsbefugnisse. Bei dem subjektiven Rechtfertigungselement erfolgt nach der herrschenden Meinung<sup>3</sup> eine Unterteilung in die Kenntnis des Handelnden von der Konfliktlage, sowie in dessen Rechtfertigungsabsicht. Insofern beide Elemente eines Rechtfertigungsgrundes vorliegen, verstößt das Handeln des Täters nicht gegen die geltende Rechtsordnung, sondern seine Handlung wird mit Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt. Eine Tat kann damit tatbestandsmäßig und dennoch gerechtfertigt sein, wodurch der Täter in diesem Zusammenhang strafrechtlich nicht verfolgt werden kann. Dies resultiert auch aus dem im hiesigen Rechtssystem geltenden Rechtsprinzipien, denn grundsätzlich gilt, dass der Schutz von Rechten und Rechtsgütern vor Beeinträchtigungen eine Funktion des Staates ist, wodurch gleichzeitig die Anwendung von privater Gewalt untersagt ist.<sup>4</sup> Abweichend von diesem Grundsatz soll der Eingriff von einer Privatperson in Ausnahmefällen zulässig und gerechtfertigt sein, wenn staatliche Hilfe nicht sogleich erreicht werden kann und ein entsprechender Rechtfertigungsgrund besteht. Dahinter verbirgt sich der Grundsatz, dass im hiesigen Rechtssystem das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.<sup>5</sup> Somit soll gesichert werden, dass die in ihren Rechten bedrohte Person Angriffe nicht wehrlos erdulden muss, sondern diese Rechte und Rechtsgüter unter engen Voraussetzungen durch Anwendung von privater Gewalt verteidigen darf. Die Rechtfertigungsgründe stellen diese engen Voraussetzungen dar.

Im Folgenden werden nun häufig vorkommende Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches im Zusammenhang mit Straftaten einzeln erörtert. Aufgrund der Vielzahl dieser Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches wird die Darstellung nur hinsichtlich einer bestimmten Anzahl erfolgen.

---

<sup>3</sup> Vgl. AnwaltKommentar StGB/*Gercke und Hembach*, § 13 Rn. 30; Vgl. Herberger/*Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto*, § 228 Rn. 10 m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. *Staudinger/Reppen*, § 227 Rn. 7; Vgl. Herberger/*Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto*, § 227 Rn. 4.

<sup>5</sup> Vgl. *Staudinger/Reppen*, § 227 Rn. 7; Vgl. Herberger/*Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto*, § 227 Rn. 4.

## **C. Einzelne Rechtfertigungsgründe**

### I. Einwilligung

Insofern jemand in die Verletzung eines seiner Individualrechtsgüter einwilligt, geschieht diesem kein Unrecht. Dieser Grundsatz wird dem § 228 StGB bzw. § 630d BGB entnommen. Eine direkte Anwendung des § 228 StGB als Rechtfertigungsgrund erfolgt nur bei Körperverletzungsdelikten. Insoweit das Delikt keine Körperverletzung betrifft, gilt ein ungeschriebener allgemeiner Rechtfertigungsgrund der rechtfertigenden Einwilligung. Dieser Grundsatz wird aus dem Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet. Die rechtfertigende Einwilligung stellt somit nach der herrschenden Ansicht einen Rechtfertigungsgrund dar.<sup>6</sup> Eine Einwilligung ist zulässig, wenn der einwilligungsfähige Rechtsgutininhaber in die Verletzung seines Individualgutes vor der Begehung der Tat einwilligt. Diese Einwilligung muss ernstlich und frei von Willensmängeln sein. Zudem ist es erforderlich, dass der Täter Kenntnis von der Einwilligung hat und aufgrund des Vorliegens der Einwilligung die Tat begeht.<sup>7</sup>

Von der Einwilligung ist das tatbestandsausschließende Einverständnis streng zu differenzieren. Bei dem tatbestandsausschließenden Einverständnis wird im Gegensatz zur Einwilligung eine Voraussetzung der objektiven Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, da der Geschädigte die Handlung des Täters wahrnimmt und dieser Handlung zustimmt. Infolge dessen kann eine tatbestandsausschließende Einverständniserklärung nur bei Straftatbeständen Anwendung finden, bei denen ein Handeln ohne oder gegen den Willen des Betroffenen zum Tatbestand gehört.<sup>8</sup> So ist zum Beispiel der objektive Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB ausgeschlossen, wenn der Betroffene sein Einverständnis zur Betretung seines Grundstücks erteilt, da der Täter deswegen nicht mehr in das Grundstück "eindringen" kann.

Daraus resultierend stellt die Einwilligung keinen im Sinne des Diplomthemas gemeinten Rechtfertigungsgrund dar. Dementsprechend erfolgen in dieser Arbeit keine weiteren Ausführungen zu der Einwilligung.

### II. Notwehr, § 227 BGB

#### 1. Bedeutung der Norm

---

<sup>6</sup> Vgl. Fischer, Vorbemerkung zu § 32 Rn. 3b; Vgl. AnwaltKommentar StGB/Hauck, Vorbemerkung zu § 32 Rn. 13.

<sup>7</sup> Vgl. Fischer, Vorbemerkung zu § 32 Rn. 3b und 3c.

<sup>8</sup> Vgl. Fischer, Vorbemerkung zu § 32 Rn. 3b m.w.N.



§ 227 normiert die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Notwehr und Nothilfe und stellt einen Erlaubnistatbestand dar. Daraus resultierend entfällt beim Bestehen aller Merkmale des Abs. 2 die Rechtswidrigkeit und somit zugleich die Strafbarkeit der Tat. Besonders dabei ist, dass dem Notwehrrecht eine sog. Doppelfunktion zugrunde liegt. So dient § 227 BGB sowohl dem Schutz des angegriffenen Rechtsgutes (Individualschutz) als auch zugleich der Erhaltung und Bewährung der Rechtsordnung im Ganzen.<sup>9</sup> Diesem Prinzip liegt der Gedanke das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, zugrunde, mit der Folge, dass diese Vorschrift „*das sonst nach der Lehre vom Erfolgsunrecht in der Verletzung eines geschützten Rechts oder Rechtsguts liegende Unwerturteil entfallen*“ lässt.<sup>10</sup> Wenn eine Notwehrhandlung zulässig ausgeübt wurde handelt der Beschuldigte nicht rechtswidrig und somit auch nicht strafbar. Zudem kann dadurch gegen diese Handlung nicht erneut Notwehr vorgenommen werden.

## 2. Verhältnis zu § 32 StGB

Beide Normen sind Rechtfertigungsgründe, die Regelungen über die Notwehr erfassen. Die Rechtsquellen der beiden Rechtfertigungsgründe sind jedoch unterschiedlich. So ist die Rechtsgrundlage des § 32 StGB das Strafgesetzbuch, während es beim § 227 BGB das Bürgerliche Gesetzbuch ist. Beide normieren über den jeweiligen Absatz 2 die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen.<sup>11</sup> Dies resultierte aus der Zielsetzung des Gesetzgebers eine Einheit der Rechtsordnung zu schaffen, in der der Bereich der Notwehr einheitlich rechtsgebietsübergreifend geregelt werden sollte. Jedoch darf daraus nicht geschlussfolgert werden, dass es in Folge dessen für jede Einzelfragen im bürgerlichen Recht und Strafrecht eine einheitliche Entscheidung geben könnte.<sup>12</sup> § 32 StGB und § 227 BGB weisen dafür zu große Differenzen in deren Zielsetzung auf. So dient § 32 StGB der Verfolgung und Sanktionierung von gesellschaftlich missbilligendem Verhalten, während § 227 BGB „*ein Ausgleichsystem zwischen privaten Interessen bestimmt und dabei nicht nur, aber insbesondere auf Störungen der Güterzuordnung reagiert*“.<sup>13</sup> Dieser Unterschied kann bereits dem Gesetzeswortlaut entnommen werden. So wird beim § 32 StGB eine Tat vorausgesetzt, wohingegen beim § 227 BGB bereits eine beliebige Rechts- oder Rechtsgutsverletzung genügend ist. Daraus folgt, dass u.U. ein nach § 32 StGB strafloses Verhalten dennoch über §§ 823ff. BGB zur Schadensersatzpflicht

<sup>9</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 227 Rn. 1.

<sup>10</sup> Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger/Otto, § 227 Rn. 4.

<sup>11</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 227 Rn. 2.

<sup>12</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 227 Rn. 1.

<sup>13</sup> MüKoBGB/Grothe, § 227 Rn. 1.

führen kann. Ebenfalls kann eine nach § 227 BGB straflose Handlung im Strafrecht sanktioniert werden – insbesondere bei einem Versuch nach § 23 StGB. So sprach zum Beispiel das Amtsgericht Karlsruhe den B der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zur Ableistung von gemeinnütziger Arbeit.<sup>14</sup> Eine Rechtfertigung der Handlung nach § 32 StGB wurde als nicht gegeben gesehen. Zugleich wurde der B aber bei derselben Handlung durch die 6. Zivilkammer des Landgerichts Karlsruhe freigesprochen.<sup>15</sup> Das Landgericht begründete den Freispruch damit, dass die Handlung des B wegen des bestehenden Rechtfertigungsgrundes nach § 227 BGB gerechtfertigt war. Daraus ergibt sich, dass dasselbe Verhalten des B strafrechtlich sanktioniert wurde, während es zivilrechtlich aufgrund der Rechtfertigung über § 227 BGB zu keiner Verurteilung führte. Derartige Konstellationen sind aber aufgrund der wortwörtlichen Übereinstimmung der Tatbestandsmerkmale und der grundsätzlichen einheitlichen Auslegung lediglich Einzelfälle.<sup>16</sup> Basierend auf dieser wortwörtlichen Übereinstimmung und der daraus resultierenden ähnlichen Rechtsprechung der beiden Normen, hat § 227 BGB keine Relevanz im Strafrecht und umgekehrt.<sup>17</sup> Darüber hinaus erfolgen deswegen und aufgrund des Umstandes, dass sich der wesentliche Anteil der Rechtsprechung mit Aspekten des § 32 StGB auseinandersetzt, in dieser Arbeit keine weiteren Ausführungen zum § 227 BGB, da sich die Arbeit mit Rechtfertigungsgründen außerhalb des Strafgesetzbuches im Zusammenhang mit Straftaten befasst.

### III. defensiver Notstand, § 228 BGB

#### 1. Bedeutung der Norm

§ 228 BGB regelt den Verteidigungsnotstand und ergänzt § 227 BGB. Während das Notwehrrecht vor einem menschlichen Angriff schützt, schützt der Verteidigungsnotstand denjenigen, der von einer Sache bedroht wird und diese zur Abwendung der Gefahr von sich selbst oder einem Dritten beschädigt oder zerstört. § 228 BGB findet für Tiere gem. § 90a Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung.<sup>18</sup> Der Handelnde wirkt demnach gerechtfertigt schädigend auf eine fremde Sache ein und durchbricht dadurch den in § 903 BGB verankerten

---

<sup>14</sup> AG Karlsruhe, Urteil vom 21. Juli 2006, 15 Ds 361 Js 10323/06 Jug.+Hw, unveröffentlichte Entscheidung.

<sup>15</sup> LG Karlsruhe, Urteil vom 23. Oktober 2009, 6 O 15/09, veröffentlicht unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>16</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 227 Rn. 2.

<sup>17</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 227 Rn. 3.

<sup>18</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 228 Rn. 1.

Grundsatz der Freiheit und Ausschließlichkeit des Eigentums. Im Gegensatz zum § 227 BGB dient § 228 BGB nur dem Schutz individueller Rechte und Rechtsgüter.<sup>19</sup>

## 2. gesetzliche Voraussetzungen

### a) objektives Rechtfertigungselement

Das objektive Rechtfertigungselement umfasst die Notstandslage und die Notstandshandlung. Damit dies vorliegt, müssen die Voraussetzungen der Notstandslage und Notstandshandlung erfüllt sein.

#### aa) Notstandslage

Es bedarf einer fremden Sache durch die eine Gefahr für ein Recht oder Rechtsgut des Handelnden selbst oder eines anderen droht.

#### (1) Rechte und Rechtsgüter

Hierbei erfolgt eine Unterteilung zwischen den Individualrechtsgüter und den Rechtsgütern des Staates und der Allgemeinheit. Die Individualrechtsgüter umfassen die Interessen des Einzelnen, stellen in den meisten Fällen geschützte Güter und Interessen dar und sind deswegen grundsätzlich notstandsfähig. Insoweit können die Regelungen zum § 227 BGB hier entsprechend angewandt werden.<sup>20</sup> Demnach sind Beispiele hierfür zunächst die sogenannten absoluten Rechte und Rechtsgüter, die u.a. von § 823 Abs. 1 BGB umfasst und geschützt werden. Diese sind u.a. das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, sowie das Eigentum. Jedoch besteht keine Beschränkung auf die absoluten Rechtsgüter. So stellt zum Beispiel auch die Fortbewegungsfreiheit ein Individualinteresse dar, das grundsätzlich notstandsfähig ist.<sup>21</sup> Zudem besteht keine Beschränkung der Verteidigung der notstandsfähigen Individualrechte auf die eigenen Individualrechte. Nach dem Gesetzeswortlaut in Satz 1 „anderen“ können fremde Individualrechtsgüter notstandsfähig sein, wenn die Rettungshandlung nicht dem Willen des Verletzten widerspricht - sog. Nothilfe.<sup>22</sup> Rechtsgüter von Staat und Allgemeinheit erfassen indes die Interessen arbiträr vieler Personen. Diese sind grundsätzlich nicht notstandsfähig, da § 228 BGB nur die Individualrechtsgüter schützt und darüber hinaus der Schutz derer allein den

<sup>19</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 10.

<sup>20</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 6; Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 228 Rn. 4.

<sup>21</sup> Vgl. PWW/Deppenkemper, § 227 Rn. 2.

<sup>22</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 15 m.w.N.

Organen des Staates aufgrund von gesetzlichen Befugnissen zusteht.<sup>23</sup> Dies gilt nicht, wenn zugleich auch rechtlich geschützte Individualinteressen angegriffen werden.<sup>24</sup>

## (2) fremde Sache

Gemäß dem Gesetzeswortlaut ist es maßgeblich, dass die gefahrdrohende Sache für den Handelnden fremd ist. Dies bedeutet, dass sich die Sache nicht im Eigentum des Handelnden befinden darf. Zugleich darf die Sache aber auch nicht herrenlos sein, sondern muss sich im Eigentum eines Dritten befinden, da herrenlose Sachen grundsätzlich nicht von § 228 BGB erfasst sind.<sup>25</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn an den herrenlosen Sachen ein Aneignungsrecht besteht oder deren Aneignung gesetzlich verboten ist. Dann ist eine analoge Anwendung der Vorschrift geboten.<sup>26</sup> Dies ist insbesondere für das Jagd- und Fischereirecht von Belang. Aufgrund der Regelung des § 90a S. 3 BGB gilt dies für Tiere entsprechend. Dementsprechend kann z.B. die Tötung eines angreifenden tollwütigen Hundes über § 228 BGB gerechtfertigt sein.<sup>27</sup>

## (3) Gefahr

Für die Notstandslage ist es ausreichend, wenn diesem Recht eine von einer fremden Sache ausgehende Gefahr lediglich droht.<sup>28</sup> Eine Gefahr droht, *„wenn nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine auf festgestellte tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses besteht.“*<sup>29</sup> Somit bedarf es keiner Gegenwärtigkeit, sondern es genügt die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadenseintritts durch die Gefahrenlage. Die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts ist jedoch nicht ausreichend.<sup>30</sup> Allerdings ist es ebenfalls nicht erforderlich, dass der Handelnde bis zum Schadenseintritt wartet. So ist es beispielsweise erlaubt eine Notstandshandlung gegen einen wildernden Hund vorzunehmen, es sei denn, dass dieser ein Wild verfolgt. Ebenso verhält es sich in der Fallkonstellation, in der ein Verkäufer von

<sup>23</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 10.

<sup>24</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 6; Vgl. Staudinger/Reppen, § 227 Rn. 14.

<sup>25</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 7.

<sup>26</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 228 Rn. 5; Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 22 m.w.N.; Vgl. Erman/Wagner, § 228 Rn. 4.

<sup>27</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 228 Rn. 6 m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. PWW/Deppenkemper, § 228 Rn. 2.

<sup>29</sup> BGH, Beschluss vom 15. Februar 1963, 4 StR 404/62, BGHSt 18, 271ff.

<sup>30</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 13 m.w.N.

Waren eine Notstandshandlung gegen Gruppe von Menschen vornimmt, die sich vom Plünderungswillen getrieben zusammenscharre.<sup>31</sup>

Der Auslöser für die Gefahr ist für § 228 BGB nicht relevant. So ist es unwesentlich, ob die Gefahr durch Bewegung der Sache oder in Folge eines geänderten oder gleichbleibenden Zustandes der Sache ausgelöst wird.<sup>32</sup> Dementsprechend kann zum einen ein lebensgefährlicher Stoff - wie Uran oder Buttersäure - aufgrund dessen gleichbleibender Beschaffenheit eine drohende Gefahr darstellen, aber auch ein Baum, wenn es wahrscheinlich ist, dass der Baum auf ein Haus stürzen wird.

Im Gegensatz zu dem Auslöser der Gefahr, ist es für die Anwendung des § 228 BGB immanent, dass die Gefahr unmittelbar von der Sache selbst ausgeht. Die Auslegung dieser Voraussetzung ist jedoch strittig. Nach der ersten Ansicht bedarf es einer unmittelbaren Kausalität zwischen der beschädigten Sache und der Gefahr. Nach der zweiten Ansicht genügt jedoch bereits eine mittelbare Kausalität zwischen der beschädigten Sache und der Gefahr. Zur Veranschaulichung der gegensätzlichen Meinungen wird folgendes Beispiel gewählt. In der Gemeinde X wurde ein Deich errichtet. Infolge von andauernden starken Regenfällen hat sich der Wasserpegel so sehr erhöht, dass der Deich inzwischen droht überzulaufen. Um ein unkontrollierbares Überlaufen zu verhindern, wird der Deich partiell beschädigt, sodass die Wassermassen kontrolliert ablaufen können. Fraglich ist nun, ob die Beschädigung des Deiches über § 228 BGB gerechtfertigt war. Nach der erstgenannten Ansicht<sup>33</sup> ist die Beschädigung gerechtfertigt, wenn der Deich selbst die Ursache für die drohende Überflutung war. Dies wird von den Vertretern dieser Ansicht mit der Begründung verneint, dass der Deich selbst nicht ursächlich für die drohende Überflutung war, sondern die neu hinzugekommenen Wassermassen. Somit ist der Rechtfertigungsgrund § 228 BGB in diesem Fall aufgrund der fehlenden unmittelbaren Kausalität nicht einschlägig. Die Vertreter der ersten Ansicht begründen ihr Auffassung anhand des Gesetzeswortlautes und der Systematik des § 228 BGB. Basierend auf dem Gesetzeswortlaut „{...} eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr {...} abzuwenden, {...}“ wird das Erfordernis einer unmittelbaren Kausalität abgeleitet. Des Weiteren wird als Begründung angeführt, dass der Gesetzgeber im § 228 BGB trotz der Beschädigung der Sache keine Verschuldenshaftung des Handelnden normiert

<sup>31</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 228 Rn. 13 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 7.

<sup>33</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 8; Vgl. Palandt/Ellenberger, § 228 Rn. 6.

hat. Dies resultiert daraus, dass in den Fällen des § 228 BGB die Gefahr von der beschädigten Sache selbst ausgeht und damit grundsätzlich kein Verschulden des Handelnden vorliegt. Im Gegensatz dazu wurde beim § 904 BGB eine entsprechende Verschuldenshaftung gesetzlich verankert. Der Ausschluss dieses Schadensersatzanspruches beim § 228 BGB kann nach der ersten Ansicht nur dann vertretbar sein, wenn eine unmittelbare Kausalität zwischen der beschädigten Sache und der Gefahr besteht.<sup>34</sup> Insofern keine unmittelbare Kausalität vorliegt, kommt nach dieser Ansicht nur noch § 904 BGB in Betracht. Ein klassisches Beispiel der unmittelbaren Kausalität stellt ein bergabrollendes führerloses Kraftfahrzeug dar, da die Gefahr direkt von dem sich bewegenden Kraftfahrzeugs ausgeht und nicht von der Erdanziehungskraft.<sup>35</sup>

Auch nach Auffassung der zweiten Ansicht<sup>36</sup> resultiert die Gefahr der Überflutung hier nicht unmittelbar aus dem Deich, sondern aus den hinzugekommenen Wassermassen. Der Deich war somit nur mittelbar kausal für die drohende Überflutung. Nach dieser Ansicht ist das jedoch für eine Rechtfertigung nach § 228 BGB genügend. Die Verfasserin dieser Arbeit schließt sich der ersten Ansicht an. Dies folgt insbesondere daraus, dass der Gesetzgeber keine Verschuldenshaftung beim defensiven Notstand normierte, jedoch eine Verschuldenshaftung bei dem aggressiven Notstand erfolgte. Beim aggressiven Notstand genügt allerdings bereits eine mittelbare Kausalität. Der Verschuldensausschluss beim § 228 BGB kann dementsprechend wohl nur dann die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, wenn die beschädigte Sache tatsächlich unmittelbar für die Gefahr ursächlich war.

## bb) Notstandshandlung

### (1) Beschädigung bzw. Zerstörung

Zunächst ist es erforderlich, dass die gefahrdrohende Sache durch die Handlung beschädigt oder zerstört wird. Eine Beschädigung meint dabei die Minderung der Brauchbarkeit oder die Verletzung der Substanz. Eine Zerstörung liegt hingegen vor, wenn die Sache nicht mehr existiert oder ihre Brauchbarkeit völlig verliert.

### (2) Erforderlichkeit

Des Weiteren bedarf es der Erforderlichkeit der vorgenommenen Handlung. Die Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn die Abwendung der Gefahr durch eine

---

<sup>34</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 8 m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 228 Rn. 19 m.w.N.

<sup>36</sup> Vgl. Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack/Fuchs, § 228 Rn. 5 m.w.N.

Rettungshandlung nach objektiven Gesichtspunkten notwendig war. Das liegt vor, wenn die Rettungshandlung geeignet war und wenn der Handelnde zur Rettung das mildeste Abwehrmittel unter mehreren zur Verfügung stehenden Abwehrmitteln gewählt hat.<sup>37</sup> Die Handlung ist geeignet, wenn die Gefahr mit der Handlung abgewendet werden konnte. Insofern zum Beispiel eine Vase herabfällt und droht auf den Kopf einer darunter stehenden Person zu fallen, ist ein Stoß gegen die Vase als geeignete Handlung anzusehen, wenn diese dadurch ihre Flugbahn so ändert, dass sie die darunter stehende Person verfehlt. Die sich ggf. daran anschließende Zerstörung der Vase ist für die Prüfung der Geeignetheit nicht maßgeblich. Die Freiheit der Wahlmöglichkeit unter mehreren Abwehrmitteln wird durch den Gedanken des Rechtsmissbrauchs eingeschränkt, insbesondere bei einer zumutbaren Fluchtmöglichkeit. So kann sich der Handelnde z.B. nicht auf § 228 BGB berufen, wenn er von einem Tier angegriffen wird und, obwohl er die Möglichkeit zur Flucht hatte, diese nicht wahrnimmt, sondern das Tier anschießt. Diese zusätzliche Einschränkung wird damit begründet, dass der Handelnde hier nicht gegenüber einer natürlichen Person und damit als Verteidiger der Rechtsordnung auftritt, sondern gegenüber einer Sache auftritt. Denn Sachen stellen keinen Adressat von Rechtsnormen dar, sodass eine Flucht und Ausweichen grundsätzlich zumutbar sind.<sup>38</sup> Gegebenenfalls könnte für diesen Fall aber eine Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB in Betracht kommen.

Insofern bei der Prüfung der Notstandshandlung festgestellt wird, dass keine Erforderlichkeit besteht, liegt eine Notwehrüberschreitung vor. Nähere Ausführungen dazu erfolgen unter III. 2. c).

### (3) Verhältnismäßigkeit

Im Gegensatz zum § 227 BGB erfolgt hier zusätzlich eine Abwägung zwischen dem eingetretenen und dem verhinderten Schaden. *„Die Verhältnismäßigkeitsprüfung findet ihren Grund darin, dass § 228 BGB anders als das Notwehrrecht nicht dem Schutz der Rechtsordnung selbst, sondern nur dem Schutz des überwiegenden Interesses dienen soll.“*<sup>39</sup> Grundlage für diese Abwägung bilden die allgemeine Anschauung, sowie die objektiven Kriterien.<sup>40</sup> Die Berücksichtigung von ideellen Gesichtspunkten – sog. Affektionsinteresse - wird davon aber nicht ausgeschlossen, insbesondere bei Tieren. Die Abwendung

<sup>37</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 9.

<sup>38</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 9.

<sup>39</sup> Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 28.

<sup>40</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 29; Vgl. Palandt/Ellenberger, § 228 Rn. 8.

einer Gefahr für das Leben ist unabhängig vom eintretenden Schaden stets nach § 228 BGB gerechtfertigt.<sup>41</sup> So handelte ein Briefträger nach Ansicht des OLG Hamm gerechtfertigt, als er sich gegen drei ihn zeitgleich attackierende Dackel mit einem Knüppel wehrte und diese Tiere dadurch schwer verletzte.<sup>42</sup> Bei Gefahren für die Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit gilt grundsätzlich das Gleiche. Eine Ausnahme davon stellt allerdings die Vernichtung einer bedeutenden Sache dar, wenn lediglich eine geringe Körperverletzung hingenommen werden muss. So verhält es sich zum Beispiel, wenn bei der Rettung der Kronjuwelen geringfügige Körperverletzungen eintreten.<sup>43</sup> Insofern sich Sachgüter gegenüber stehen, erfolgt die Abwägung auf den wirtschaftlichen Werten der Sachgüter. Daneben werden aber zudem auch die ideellen Interessen berücksichtigt. So ist z.B. die Rettung eines Mischlingshundes vor dem Angriff eines viel höherwertigeren Rassehundes durch Tötung des Rassehundes gerechtfertigt, wenn der Angriff auf andere Weise nicht abwendbar war.<sup>44</sup> Zu beachten ist bei der Abwägung der wirtschaftlichen Werte, dass der Zeitpunkt der Notstandshandlung maßgeblich ist. So kann eine Sache aufgrund der drohenden Gefahr an Wert verlieren.

#### b) subjektives Rechtfertigungselement

Das subjektive Rechtfertigungselement wird auch als Rettungswille bezeichnet und liegt vor, wenn der Handelnde in Kenntnis der objektiven Rechtfertigungselemente und zum Zweck der Gefahrenabwehr agierte. Strittig ist, ob es tatsächlich diesen Rettungswillen bedarf. Nach der herrschenden Ansicht<sup>45</sup>, ist ein Rettungswille des Handelnden erforderlich. Dies wird zum einen anhand der Gesetzesformulierung „um... zu“ begründet, da daraus der erforderliche Wille zur Rettung abgeleitet wird.<sup>46</sup> Zum anderen sei nach dem Gesetzeswortlaut die Gefahrenabwehr nicht der einzige Beweggrund zur Vornahme der Handlung, sondern es können auch andere Absichten – wie Rache oder Wut - ein Beweggrund für die Vornahme der Handlung sein. Der Rettungswille dürfe dabei aber zumindest keine vollständig untergeordnete Rolle spielen.<sup>47</sup> Es ist lediglich erforderlich, dass der Handelnde in Kenntnis der Sachlage zumindest bedingt vorsätzlich handelt. Der Rettungswille ist nach der

<sup>41</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 10.

<sup>42</sup> OLG Hamm, Urteil vom 14. März 1995, 27 U 218/94, NJW-RR 1997, 467f.

<sup>43</sup> Vgl. PWW/Deppenkemper, § 228 Rn. 5.

<sup>44</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 228 Rn. 8 m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 228 Rn. 10 m.w.N.; Vgl. PWW/Deppenkemper, § 228 Rn. 7.

<sup>46</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 11.

<sup>47</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 32.



h.A. kein rechtsgeschäftlicher Wille, sodass eine Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich ist.<sup>48</sup>

Die Minderansicht<sup>49</sup> vertritt hingegen die Auffassung, dass ein Rettungswille nicht erforderlich ist. Zur Begründung dessen wird ebenfalls auf die Gesetzesformulierung „um... zu“ Bezug genommen. Denn mit dieser Formulierung könne auch der objektive Zweck der Rettung erfasst sein. Eine Ableitung aus dieser Formulierung, wie sie in der ersten Ansicht erfolgt, sei also nicht möglich.<sup>50</sup> Zudem wird angeführt, dass der Schutz von subjektiven Rechten und Rechtsgütern der Zweck des § 228 BGB sei und nicht die Sanktion für einen Verstoß gegen die geltende Rechtsordnung.<sup>51</sup> Dementsprechend sei eine Willensrichtung des Handelnden für die Notstandshandlung nicht maßgeblich. Des Weiteren wird angeführt, dass im Umkehrschluss des § 228 Abs. 2 BGB die Anwendbarkeit des § 228 Abs. 1 BGB auch dann nicht gehindert wird, wenn ein Verschulden des Handelnden vorliegt.<sup>52</sup> Die Verfasserin dieser Arbeit schließt sich der herrschenden Meinung an, da nach hiesiger Ansicht die Vornahme einer Rettungshandlung nur gerechtfertigt sein kann, wenn diese zumindest bedingt vorsätzlich von dem Handelnden vorgenommen wurde. Andernfalls könnte jede zufällige Beschädigung oder Zerstörung einer Sache über § 228 BGB gerechtfertigt sein, insofern ein Recht oder Rechtsgut dadurch geschützt wurde und zwar unabhängig davon, ob der Handelnde eine Rettung beabsichtigte.

#### c) Notstandexzess und Putativnotstand

Bei einem Notstandexzess überschreitet der Handelnde die Grenzen des Erforderlichen und handelt dadurch nicht gerechtfertigt. Dabei wird zwischen dem intensiven und extensiven Notstandexzess unterschieden. Ein intensiver Notstandexzess liegt vor, wenn der Handelnde die Grenze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit überschreitet. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Handelnde einen angreifenden Dackel erschießt anstatt vor ihm in zumutbarer Weise zu flüchten. Insoweit diese Überschreitung auf Verwirrung, Furcht oder Schrecken beruht, kann er aber über § 33 StGB straffrei bleiben. Ein extensiver Notstandexzess ist gegeben, wenn der Handelnde die Rettungshandlung vornimmt, obwohl keine gegenwärtige Gefahr mehr besteht. Der Handelnde überschreitet damit die zeitlichen Grenzen des Notstandes. Ein Beispiel hierfür

---

<sup>48</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 228 Rn. 10.

<sup>49</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 228 Rn. 32; Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 11.

<sup>50</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 228 Rn. 33.

<sup>51</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 11.

<sup>52</sup> Vgl. Staudinger/Repgen, § 228 Rn. 34 m.w.N.

ist, wenn ein Dackel auf eine Peron zuläuft und diese angreifen möchte. Während des Rennens stoppt der Dackel jedoch und widmet sich stattdessen seinem Knochen. Insofern der Handelnde, auf den der Dackel zu gerannt war, den Dackel nach dem Abbruch des Angriffs noch anschießt, hat er die zeitliche Grenze des Notstands überschritten, da von dem Hund keine Gefahr mehr ausging. Eine Anwendung des § 33 StGB kommt in diesem Fall nicht in Betracht.<sup>53</sup>

Daneben gibt es zudem den Putativnotstand bzw. den Erlaubnistatbestandsirrtum. Dieser liegt vor, wenn der Handelnde zu Unrecht annimmt, dass eine Notstandslage nach § 228 BGB besteht. Dies wäre der Fall, wenn der Dackel auf seinen Knochen zu rennt und der Handelnde den Dackeln daraufhin anschießt, da er angenommen hat, der Dackel würde auf ihn zu rennen und ihn angreifen. Auch in diesem Fall liegt keine Rechtfertigung für den Handelnden nach § 228 BGB vor.<sup>54</sup>

### 3. Verhältnis zu § 34 StGB

§ 34 StGB und § 228 BGB stellen jeweils einen Rechtfertigungsgrund dar und normieren die Regelungen über den Notstand. Jedoch unterscheiden sich die Rechtsquellen der Rechtfertigungsgründe. So ist § 34 StGB im Strafgesetzbuch normiert, während beim § 228 BGB das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsquelle darstellt. § 34 StGB gestattet dem Handelnden ebenfalls wie § 228 BGB die Gefahr von sich selbst oder einem anderen mit einer Notstandshandlung abwenden zu dürfen. Beim strafrechtlichen Notstand ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Gefahr von einer Sache ausgeht. Der Eingriff beim § 34 StGB ist somit nicht auf die gefahrenbegründende Sache beschränkt, sondern dem Handelnden ist es darüber hinaus auch gestattet individuelle Rechtsgüter eines Dritten - wie Gesundheit und Freiheit – zu beeinträchtigen.<sup>55</sup> Daraus resultiert, dass der Anwendungsbereich des § 228 BGB enger ist als der des § 34 StGB. Dementsprechend verdrängt der § 228 BGB den § 34 StGB als *lex specialis*, insoweit es sich um die Rechtfertigung von Eigentumsdelikten handelt.<sup>56</sup> Als Beispiel kann hier die Zerstörung einer Vase durch B mit dem Ziel, dass der A von der Vase nicht verletzt wird, angeführt werden. In diesem Fall wäre eine Strafbarkeit nach § 303 StGB zu prüfen. Da es sich um ein Eigentumsdelikt handelt, kann die Prüfung der Rechtfertigung aufgrund der

<sup>53</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 14.

<sup>54</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 228 Rn. 14.

<sup>55</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 228 Rn. 21.

<sup>56</sup> Vgl. Staudinger/Reppen, § 228 Rn. 3 m.w.N.

Spezialität nur über § 228 BGB erfolgen. Insofern jedoch der A den ersichtlich betrunkenen B durch Anwendung von Gewalt davon abhält in sein Auto zu steigen und loszufahren, liegt kein Eigentumsdelikt vor und die Rechtfertigung kann nach § 34 StGB geprüft werden. Wie beim § 228 BGB ist auch beim § 34 StGB eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich. Im Unterschied zum § 228 BGB muss das geschützte Rechtsgut jedoch das beschädigte Rechtsgut maßgeblich überwiegen.<sup>57</sup> Der Rechtfertigungsgrund nach § 34 StGB wird zusätzlich durch eine Prüfung der Angemessenheit der Vornahme der Handlung eingeschränkt.

#### IV. aggressiver Notstand, § 904 BGB

##### 1. Bedeutung der Norm

Das Eigentum ist über Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt und ist somit ein Grundrecht, was gesetzlichen Regelungen bedarf. Dies spiegelt sich z.B. im § 903 BGB wieder. § 903 BGB dient dem Schutz von Grundstücken und beweglichen Sachen im Sinne des § 90 BGB. Nicht davon erfasst sind immaterielle Rechte und Rechtsgüter, unkörperliche Gegenstände - wie das geistige und gewerbliche Eigentum - und öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen.<sup>58</sup> Die Rechte des Eigentümers reichen nach dem Wortlaut des § 903 BGB nur soweit, wie das Gesetz nicht entgegensteht. Eine dieser Einschränkungen stellt § 904 BGB dar. Diese Norm steht den Rechten des Eigentümers entgegen und schränkt die Befugnis des Eigentümers, sein Eigentum vor Einwirkungen Dritter auszuschließen, ein.<sup>59</sup> § 904 BGB stellt somit einen weiteren Rechtfertigungsgrund dar, der die Strafbarkeit entfallen lässt.

##### 2. Verhältnis zu § 228 BGB

§ 904 BGB wird als aggressiver Notstand bzw. als Angriffsnotstand bezeichnet, während § 228 BGB als defensiver Notstand bzw. als Verteidigungsnotstand bezeichnet wird. Beide Vorschriften stellen Rechtfertigungsgründe dar und bei beiden Vorschriften ist das Vorliegen einer Gefahrenlage immanent. Zudem sind die Rechtsfolgen insoweit identisch, dass beim Vorliegen aller Voraussetzungen die Handlung gerechtfertigt ist. Darüber hinaus unterscheiden sich aber beide Vorschriften voneinander. So richtet sich die Handlung beim § 228 BGB gegen die Sache von der die Gefahr ausgeht, während sich die Handlung beim § 904

---

<sup>57</sup> Vgl. AnwaltKommentar StGB/Hauck, § 34 Rn. 7.

<sup>58</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 903 Rn. 3.

<sup>59</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 1.

BGB gegen eine Sache richtet, von der die Gefahr nicht ausgeht. Sie wird stattdessen als Mittel zur Gefahrenabwehr genutzt. Insofern zum Beispiel ein Ziegel von einem Dach fällt und den darunter stehenden Passanten A zu erschlagen droht, kann die Beschädigung oder Zerstörung des Ziegels durch B mit dem Regenschirm des B über § 228 BGB gerechtfertigt sein, da die Gefahr von dem Ziegel selbst ausging. Sollte B jedoch den Regenschirm des C zur Abwehr des Ziegels verwendet haben und dieser Regenschirm infolge dessen beschädigt oder zerstört wurde, kann dies nur über § 904 BGB gerechtfertigt sein, da von dem Regenschirm des C selbst keine Gefahr ausging. Des Weiteren verlangt § 228 lediglich eine drohende Gefahr, während es beim § 904 BGB einer gegenwärtigen Gefahr bedarf (s.u.). Zudem bedarf es bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim § 904 BGB einer Unverhältnismäßigkeit zwischen dem drohenden Schaden und dem entstandenen Schaden, sodass der eingetretene Schaden wesentlich geringer als der drohende Schaden sein muss (s.u.). Beim § 228 BGB erfolgt zwar ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, jedoch genügt dabei dass der entstandene Schaden nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr steht. Dieser Unterschied resultiert aus dem Gedanken, dass § 904 BGB im Gegensatz zum § 228 BGB einen Aufopferungstatbestand normiert, durch welchen der Eigentümer der Sache die Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache zugunsten der Bewahrung eines höheren Rechts zu dulden hat.<sup>60</sup>

### 3. gesetzliche Voraussetzungen

#### a) objektives Rechtfertigungselement

Simultan zum defensiven Notstand sind hier ebenfalls eine Notstandslage und eine Notstandshandlung erforderlich.

#### aa) Notstandslage

Es bedarf einer gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Recht, wodurch eine sofortige Abhilfe unerlässlich ist.

*„Nach wohl überwiegender Auffassung ist darunter ein schadendrohendes Ereignis zu verstehen, das sofortige Abhilfe verlangt.“<sup>61</sup>* Die Quelle der Gefahr ist grundsätzlich unerheblich. So kann die Gefahr von einem Menschen, einer Sache oder auch durch die Wirkung von Naturkräften ausgelöst werden. Über

<sup>60</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 1 m.w.N.

<sup>61</sup> Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 12 m.w.N.

den § 90a Abs. 3 BGB gelten die Ausführungen auch entsprechend für Tiere. Als Beispiel kann hierfür ein aus dem Dachgeschoss eines Mehrfamilienhauses herabfallender Blumentopf genannt werden, der den A zu erschlagen droht und durch B mit dem Regenschirm des C abgewehrt wird. Ein weiteres Beispiel liegt vor, wenn der A von dem Hund des B angegriffen wird und der A zur Abwehr des Angriffes eine Holzlatte von dem Gartenzaun des C abreißt. Zudem kann für ein Schiff auf dem Ozean ein Orkan oder Tsunami eine gegenwärtige Gefahr darstellen. Es ist unerheblich, ob die Gefahr schuldhaft herbeigeführt wurde oder vorhersehbar war.<sup>62</sup> Strittig ist, ob es darüber hinaus noch ein außergewöhnliches Ereignis bedarf. Die Minderansicht<sup>63</sup> vertritt die Ansicht, dass ein außergewöhnliches Ereignis als zusätzliche Voraussetzung erforderlich ist. Die herrschende Ansicht vertritt jedoch die Ansicht, dass das Erfordernis eines außergewöhnlichen Ereignisses den § 904 BGB zusätzlich in unzulässiger Weise beschränken würde.<sup>64</sup> Für § 904 BGB sei die Gegenwärtigkeit der Gefahr maßgeblich und nicht die Differenzierung des schadendrohenden Ereignisses. Als Beispiel wird dafür aufgeführt, dass ein Sturm auf hoher See kein außergewöhnliches Ereignis sei und dennoch zu einer Rechtfertigung nach § 904 BGB führen kann.<sup>65</sup>

Ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadeneintrittes ist für eine gegenwärtige Gefahr ausreichend.<sup>66</sup> Es ist also genügend, wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass der angreifende Hund den A beißen wird. Fraglich ist, ob damit auch zukünftig drohende und bereits vergangene Gefahren erfasst sind. Anhand der Bedeutung des Wortes „gegenwärtig“ sind vergangene Gefahren ausgeschlossen. Hinsichtlich zukünftig drohender Gefahren - wie der bevorstehende Ausbruch eines Vulkans - ist ein pauschaler Ausschluss nicht möglich, da die gegenwärtige Gefahr an sich bereits ein schadendrohendes Ereignis voraussetzt. Durch diese Formulierung wird bereits Bezug auf die Zukunft genommen, da schadendrohend ein noch bevorstehendes Ereignis meint. Eine saubere Trennung ist somit nicht pauschal möglich.<sup>67</sup> Nach der Literatur ist eine künftige Gefahr hier erfasst, wenn die Gefahr stets weiter ansteigt und die Abwendung dieser Gefahr nur durch eine Notstandshandlung

---

<sup>62</sup> Vgl. Eрман/Wilhelmi, § 904 Rn. 2; Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 5; Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 13 m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 19 m.w.N.

<sup>64</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 19 m.w.N.

<sup>65</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 19.

<sup>66</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 4.

<sup>67</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 15.

möglich ist.<sup>68</sup> So kann zum Beispiel ein großer Erdbeben, der erst in einer unbestimmten Zeit das Tal erreichen wird, eine gegenwärtige Gefahr darstellen, da sich die Gefahr stetig vergrößert und eine Abwendung wohl nur mit einer Notstandshandlung möglich sein wird.

Zugleich ist es nicht erforderlich, dass die Gefahr nur kurzweilig ist. Eine gegenwärtige Gefahr kann auch dann gegeben sein, wenn diese über einen längeren Zeitraum andauert und jederzeit mit dem Schadenseintritt gerechnet werden muss.<sup>69</sup> Ein Beispiel hierfür ist ein Blindgänger einer Sprengstoffwaffe, der sich jahrelang ungesichert unter der Erde befand.

Welches und wessen individuelle Recht bzw. Rechtsgut gefährdet ist, ist unbedeutend, da jedes anerkannte Recht und Rechtsgut von § 904 BGB erfasst ist.<sup>70</sup> So ist die Bedrohung der Gesundheit und des Leben des A durch einen herabfallenden Ziegel von § 904 erfasst. Darüber hinaus ist aber auch das Eigentum des B erfasst, wenn der A den Zaun des B beschädigt, um den angreifenden Hund des C abzuwehren. Die einzige Ausnahme davon ist, wenn sich die Gefahr nur gegen den Eigentümer der Sache, auf die eingewirkt wird, richtet. Dies wird mit der teleologischen Auslegung des Gesetzes begründet.<sup>71</sup>

## bb) Notstandshandlung

### (1) Einwirkung

Die Einwirkung ist hier im „weitesten Sinne“ zu verstehen. Dementsprechend ist es unerheblich, ob die Einwirkung in Folge einer Beschädigung, Zerstörung, Veränderung oder des bloßen Gebrauchs der Sache eintritt.<sup>72</sup> Die Weggabe und Verlagerung der Sache ist ebenfalls davon erfasst. Folgende Beispiele können dafür benannt werden: das Betreten eines fremden Grundstücks, um einen Brand zu löschen oder um Bauarbeiten wegen einer erheblichen Einsturzgefahr vorzunehmen sowie die Beschädigung einer Sache in Folge von Reanimationsversuchen.<sup>73</sup>

Des Weiteren sind sowohl mittelbare als auch unmittelbare Einwirkungen von § 904 BGB erfasst, da lediglich ein kausaler Zusammenhang zwischen der

---

<sup>68</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 4;

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Rösch, § 904 Rn. 8.

<sup>69</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Rösch, § 904 Rn. 9; Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 18 m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 13 m.w.N.

<sup>71</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 13.

<sup>72</sup> Vgl. PWW/Lemke, § 904 Rn. 7.

<sup>73</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 20 m.w.N.

Notstandshandlung und dem entstandenen Schaden vorausgesetzt wird.<sup>74</sup> So kann das Öffnen einer Schleuse zur Verhinderung eines Deichbruches auch eine Einwirkung auf das benachbarte Grundstück sein, wenn dieses durch die Wassermassen zerstört wird. Keine Einwirkung stellt nach Ansicht des BGH hingegen der folgende Fall dar.<sup>75</sup> Die A fuhr mit einem Kleinkraftfahrzeug auf der Staatsstraße X. A sah, dass ihr zwei Kraftfahrzeuge auf der Gegenspur entgegen gefahren kamen. Kurz bevor die Beteiligten ungehindert aneinander vorbeigefahren wären, ist das voranfahrende Kraftfahrzeug für alle Beteiligten unvorhersehbar von seiner Spur nach links auf eine Seitenstraße abgelenkt. Daraufhin ist die A unverzüglich nach links auf die Gegenfahrbahn ausgewichen, um einen Frontalzusammenstoß mit diesem Kraftfahrzeug zu vermeiden. Infolgedessen streifte sie jedoch das dahinterfahrende Kraftfahrzeug des B und beschädigte dieses. Dem B ist dadurch ein Schaden an seinem Kraftfahrzeug entstanden. Der Fahrer des vorangefahrenen Kraftfahrzeugs konnte nicht ermittelt werden. Nach Ansicht des BGH besteht hier keine Einwirkung von A. Dies wird damit begründet, dass eine Einwirkung bewusst und gewollt herbeigeführt werden muss. Die Handlung der A sei stattdessen eine instinktive Spontanreaktion.

## (2) Notwendigkeit der Einwirkung

Zudem bedarf es der Notwendigkeit der Einwirkung. Eine Einwirkung ist notwendig, wenn sie zum einen geeignet war die Gefahr abzuwenden und zum anderen, wenn kein anderer weniger intensiver möglicher Eingriff ebenfalls zur Abwendung der Gefahr geführt hätte.<sup>76</sup> Die Beurteilung erfolgt dabei anhand der objektiven Kriterien. Hinsichtlich der Definition der Geeignetheit wird auf die Ausführungen zum § 228 BGB verwiesen. Insoweit ungeeignete Mittel zur Einwirkung angewandt wurden, kommt § 904 BGB nicht in Betracht.<sup>77</sup> Ein ungeeignetes Mittel liegt zum einen vor, wenn die Gefahr dadurch nicht effektiv abgewehrt wird und zum anderen, wenn die Einwirkung aufgrund des Erfordernisses, dass zuvor über einen andauernden Zeitraum noch weitere Hindernisse erledigt werden müssen, noch nicht wirkt.<sup>78</sup> Zudem ist erforderlich, dass kein weniger intensiver Eingriff auf die Sache ebenfalls zur Gefahrenabwehr geführt hätte. Ein Beispiel hierfür ist das Benutzen eines fremden Kraftfahrzeugs zur Benachrichtigung eines Notarztes über einen Unfall, obwohl ein Telefonat per

<sup>74</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 6.

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 30. Oktober 1984, VI ZR 74/83, BGHZ 92, 357-363.

<sup>76</sup> Vgl. PWW/Lemke, § 904 Rn. 9.

<sup>77</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 904 Rn. 3.

<sup>78</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 25 m.w.N.

Mobilfunkgerät ebenfalls möglich gewesen wäre und auch die Gefahr abgewendet hätte. Unerheblich bei der Prüfung ist, ob die Einwirkung tatsächlich die Gefahr abgewendet und den Rettungserfolg herbeigeführt hat, da von dem Handelnden in einer Notlage die Abgabe einer Erfolgsgarantie nicht verlangt werden kann.<sup>79</sup>

### (3) Unverhältnismäßigkeit

Neben der Notwendigkeit der Einwirkung ist es auch erforderlich, dass eine Unverhältnismäßigkeit zwischen dem drohenden Schaden und dem eingetretenen Schaden des Eigentümers vorliegt. Für die Unverhältnismäßigkeit bedarf es somit eines höheren drohenden Schadens gegenüber dem eingetretenen Schaden. Dies wird anhand der objektiven Güterabwägung geprüft. Dabei werden jedoch auch ideellen Gesichtspunkten – sog. Affektionsinteresse – mit berücksichtigt - insbesondere bei Tieren.<sup>80</sup> Drohende Gefahren für das Leben sind wie beim § 228 BGB unabhängig vom eintretenden Schaden immer gerechtfertigt. Die ist zum Beispiel der Fall, wenn A das Fenster des brennenden Fahrzeuges einschlägt, um dadurch das darin befindliche Kleinkind zu retten. Ebenfalls gilt grundsätzlich das Gleiche bei drohenden Gefahren für die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit.<sup>81</sup> Davon ist zum Beispiel der Fall erfasst, wenn ein bergabrollendes fahrerloses altes Fahrrad droht ein Kind anzufahren und das Fahrrad infolgedessen von der Person A mit der Schaufel des B umgestoßen wird. Die Schaufel wird dadurch beschädigt. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht, wenn nur eine unwesentliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der Gesundheit droht und diese Beeinträchtigung nur unter Einsatz einer Sache von hohem materiellem Wert abgewendet werden kann.<sup>82</sup> So kann eine Rechtfertigung nach § 904 BGB ausgeschlossen sein, wenn Person A versehentlich für einen kurzfristigen Zeitraum in einem Zimmer eingesperrt ist und infolgedessen die hochwertige Zimmertür zerstört. Die kurzfristige versehentliche Freiheitsentziehung stellt in diesem Fall nur eine unwesentliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens dar, sodass die Zerstörung der hochwertigen Zimmertür nicht verhältnismäßig ist. Insofern es sich bei dem bedrohten und beschädigten Rechtsgut um materielle Rechtsgüter handelt, erfolgt die Prüfung der

<sup>79</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 8 m.w.N.

<sup>80</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 11.

<sup>81</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 27 m.w.N.

<sup>82</sup> Vgl. PWW/Lemke, § 904 Rn. 12.



Unverhältnismäßigkeit anhand der geldwerten Abwägung.<sup>83</sup> Dabei ist nicht der Wert der beiden Rechtsgüter maßgeblich, sondern es sind die Höhen der beiderseitigen Verluste in Geldwerten zu schätzen. Bei Tieren wird zudem der Affektionswert berücksichtigt. Insofern also der drohende Schaden den durch die Einwirkung auf die Sache des Eigentümers resultierenden Schaden um mindestens 50 Prozent übersteigt, ist die Unverhältnismäßigkeit anzunehmen.<sup>84</sup> Ein Beispiel dafür stellt der Fall dar, wenn ein Blumentopf runterfällt und droht ein Fahrzeug der Marke Tesla des A zu beschädigen und der B infolgedessen die Flugbahn des Blumentopfes durch den Wurf des Mobilfunkgeräts der Marke I-Phone des C abwendet. Das Mobilfunkgerät erleidet dadurch einen Totalschaden. Wertmäßig kann dieser Verlust mit 750,00 EUR bezeichnet werden. Der wertmäßige Schaden, der an dem Fahrzeug verhindert wurde, kann hingegen mit 2.000,00 EUR bezeichnet werden. Somit übersteigt der drohende Schaden den eingetretenen Schaden an dem Mobilfunkgerät um über 50 %, sodass eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt.

#### b) subjektives Rechtfertigungselement

Das subjektive Rechtfertigungselement wird als Rettungswille bezeichnet. Dieser ist gegeben, wenn die Notstandshandlung in Kenntnis der objektiven Rechtfertigungselemente und zur Gefahrenabwehr angewandt wurde. Daneben wird nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre<sup>85</sup> zusätzlich einen auf die Einwirkung gerichteter Wille – zumindest den *dolus eventualis* – gefordert. Dies hat zur Folge, dass zufällige Beschädigungen nicht von § 904 BGB erfasst sind und somit nicht gerechtfertigt sind. Dies wird zum einen mit der Auslegung des Gesetzeswortlautes begründet, denn aus dem Wortlaut in S. 1 ergibt sich, dass eine Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr nur bei einer Ziel gerichteten und von dem Willen getragenen Handlungsweise möglich ist. Zum anderen wird es damit begründet, dass die Vorschrift keinen Rechtfertigungsgrund für die Rettungshandlung schafft, sondern für die Eingriffshandlung, weshalb sich der Wille des Handelnden auf die Einwirkung in den fremden Rechtskreis selbst und nicht nur auf die Vornahme der Rettungshandlung beziehen muss. Des Weiteren wird mit der Problematik der Abgrenzbarkeit zur Gefährdungshaftung argumentiert. So zum Beispiel, wenn ein Kraftfahrzeugfahrer einem Kind im Straßenverkehr ausweicht und deswegen mit einem entgegenkommenden Fahrzeug kollidiert. Der Fahrer hat die aufgrund

<sup>83</sup> Vgl. PWW/Lemke, § 904 Rn. 12.

<sup>84</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 10.

<sup>85</sup> Vgl. Staudinger/Althammer, § 904 Rn. 22 m.w.N.

seines Ausweichmanövers eingetretene Beschädigung nicht vornherein in Erwägung gezogen, sodass dies zufällig erfolgt ist und somit kein Fall des § 904 BGB ist. Bei zufälligen ungewollten Eigentumsverletzungen kommt vielmehr eine Haftung nach § 823 BGB in Betracht. Als weiteres Beispiel für die Erforderlichkeit eines auf die Einwirkung gerichteten Willens kann zudem auf den bereits unter IV. 3. bb) (1) ausgeführten Fall Bezug genommen werden. So ist es nach Ansicht des BGH<sup>86</sup> erforderlich, dass eine Einwirkung bewusst und gewollt herbeigeführt wird.

#### c) Notstandexzess und Putativnotstand

Es kann auf die entsprechend geltenden Ausführungen zu dem Notstandexzess und Putativnotstand beim § 228 BGB verwiesen werden.

#### 4. Verhältnis zu § 34 StGB

§ 904 BGB und § 34 StGB stellen jeweils einen Rechtfertigungsgrund dar und werden beide als Notstand bezeichnet. Sie resultieren jedoch aus unterschiedlichen Rechtsquellen. So ist § 34 StGB im Strafgesetzbuch normiert, während § 904 BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist. Es kann grundsätzlich auf die bereits vorangegangenen Ausführungen zu dem Verhältnis des § 228 BGB zum § 34 StGB verwiesen werden, da auch hier - resultierend aus der identischen Begründung - gilt, dass der Anwendungsbereich des § 904 BGB enger ist als der des § 34 StGB. Dementsprechend verdrängt der § 904 BGB ebenso wie der § 228 BGB den § 34 StGB als *lex specialis*, insoweit es sich um die Rechtfertigung von Eigentumsdelikten handelt.<sup>87</sup> Wie beim § 904 BGB ist auch beim § 34 StGB eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich. Bei beiden Rechtfertigungsgründen muss das geschützte Rechtsgut das beschädigte Rechtsgut maßgeblich überwiegen.<sup>88</sup>

#### V. Selbsthilferecht (§§ 129ff. BGB)

§ 229 BGB stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, der im Unterschied zu den §§ 227 und 228 BGB neben der Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes auch die eigenmächtige Durchsetzung von privaten Ansprüchen rechtfertigt. Grundsätzlich kann eine Person ihre eigenen privaten Ansprüche nur in einem dafür vorgesehenen gerichtlichen Verfahren zwangsweise durchsetzen und hat

---

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 30. Oktober 1984, VI ZR 74/83, BGHZ 92, 357-363.

<sup>87</sup> Vgl. MüKoBGB/Brückner, § 904 Rn. 24.

<sup>88</sup> Vgl. AnwaltKommentar StGB/Hauck, § 34 Rn. 7.

sich zur Sicherung dieser der staatlichen Organe zu bedienen.<sup>89</sup> Nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 229 bis 231 BGB ist ausnahmsweise die Anwendung privater Gewalt zur eigenmächtigen einstweiligen Durchsetzung des eigenen Anspruchs gesetzlich gestattet.

Die Voraussetzungen des Selbsthilferechts als Rechtfertigungsgrund werden anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung dargestellt. In dem vorliegenden Fall war B mit ihrem angeleinten Hund im Park spazieren. Zeitgleich war in demselben Park C mit ihrem Hund, der nicht angeleint war, spazieren. Der Hund von C sah den Hund von B und lief zu ihm. Daraufhin verbissen sich beide Hunde ineinander. Nachdem die Hunde voneinander getrennt werden konnten, forderte B die C zur Angabe ihrer Personalien auf um etwaige entstandene zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen C verwirklichen zu können. C teilte daraufhin lediglich ihren Nachnamen mit. Trotz weiterer Aufforderungen durch B verweigerte C weitere Angaben. Für B war diese Angabe unzureichend, weshalb sie ihren Ehemann A anrief und ihm den Vorfall schilderte. Daraufhin folgte der A der C und forderte diese nochmals zur Angabe von ihren vollständigen Personalien auf. C weigerte sich weiterhin und stieg in ihr Auto. Anschließend hielt der A die C zur Identitätsfeststellung fest. Gegen A wurde sodann im weiteren Verlauf ein Strafverfahren eröffnet mit dem Vorwurf der Nötigung gem. § 240 StGB. Der Richter am Amtsgericht prüfte nun, ob das Handeln des A über § 229 BGB gerechtfertigt sein könnte. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob dem A ein privater Anspruch gegen C zustand, der in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzbar wäre.<sup>90</sup> In diesem Fall konnte nach Ansicht des Gerichts in dem Zeitpunkt der Festnahme ein möglicher Schadensersatzanspruch von A gegen C nicht ausgeschlossen werden, da keiner der Beteiligten eine veterinäre Ausbildung abgeschlossen hat und der Hund somit nicht vor Ort untersucht werden konnte. Zudem war ein eingetretener Schaden aufgrund des gegenseitigen Beißens möglich. Dementsprechend stellte das Gericht fest, dass die Beteiligten zumindest nicht ausschließen konnten, dass ein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch gegen C bestand. Des Weiteren ist es erforderlich, dass in dem Zeitpunkt der Festnahme obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Davon ist jede staatliche Maßnahme erfasst, die der Durchsetzung des privaten Anspruches dient. Im Einzelnen sind dies Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, sowie das

---

<sup>89</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 229 Rn. 1.

<sup>90</sup> Vgl. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, § 229 Rn. 5.

Erkenntnisverfahren.<sup>91</sup> Nach Ansicht des Gerichts war in diesem Fall obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen. Außerdem ist es erforderlich, dass die Durchsetzung des privaten Anspruches ohne sofortiges Eingreifen gefährdet bzw. zumindest wesentlich erschwert ist.<sup>92</sup> Im Fall hatte sich C in ihr Auto gesetzt, sodass zumindest die Möglichkeit bestand, dass diese sich entfernt und der etwaige zivilrechtliche Anspruch gegen C nicht verwirklicht werden könnte. Darüber hinaus dürfen die Grenzen der Selbsthilfe nach § 230 BGB nicht überschritten werden. Im hiesigen Fall erfolgte keine Überschreitung. Demensprechend lagen nach Ansicht des Gerichts die Voraussetzungen der Selbsthilfe vor, womit die Handlung des A gerechtfertigt war. Daher wurde A freigesprochen.<sup>93</sup>

## VI. Recht zur vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO)

### 1. Bedeutung der Norm

„Die Vorschrift begründet für StA, Polizeibeamte und - unter engeren Voraussetzungen - auch für Privatpersonen eine zeitlich vorverlegte Befugnis zur Festnahme ohne richterliche Anordnung. Die Verhängung der Untersuchungshaft ist dem Richter vorbehalten, Art 104 Abs. 2 S. 1 GG.“<sup>94</sup> § 127 manifestiert somit einen Rechtfertigungsgrund zur vorläufigen Festnahme für Polizeibeamte, die Staatsanwaltschaft und für jedermann. Infolgedessen wird dadurch eine öffentliche Aufgabe ausnahmsweise dem Bürger übertragen ohne ihm dabei eine Pflicht zur Ausübung aufzuerlegen, denn § 127 StPO begründet nur eine Ermächtigung aber keine Verpflichtung zur vorläufigen Festnahme.<sup>95</sup> Es wird zwischen drei Fallkonstellationen differenziert. In der ersten Fallkonstellation nach Abs. 1 S. 1 ist jedermann zur vorläufigen Festnahme berechtigt. Bei der zweiten Fallkonstellation nach Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 163b Abs. 1 StPO erfolgt die vorläufige Festnahme durch die Staatsanwaltschaft und die Bediensteten der Polizei zur Identitätsfeststellung des Festgenommenen. Nach Abs. 2 steht der Staatsanwaltschaft und den Polizeibeamten eine erweiterte Festnahmebefugnis zu, wenn die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls vorliegen. Zu beachten ist, dass § 127 StPO nur zur vorläufigen Festnahme zum Zweck der Strafverfolgung berechtigt und nicht für polizeiliche Vorsorgemaßnahmen.<sup>96</sup> Über

<sup>91</sup> Vgl. MüKoBGB/Grothe, § 229 Rn. 4.

<sup>92</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 229 Rn. 4.

<sup>93</sup> AG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juni 2008, 119 Cs 70 Js 3481/07, veröffentlicht unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>94</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 1.

<sup>95</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 2 m.w.N.

<sup>96</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 2.

§ 127a StPO kann eine vorläufige Festnahme unterbleiben. In den §§ 128f. StPO hat der Gesetzgeber das Verfahren zum Ablauf der vorläufigen Festnahme geregelt. Eine Tangierung der im Straf- und Zivilrecht verankerten Notwehr und Notstand findet nicht statt.<sup>97</sup> Im Folgenden werden zunächst die Fallkonstellationen des § 127 Abs. 1 StPO erörtert. Sodann erfolgt die Erörterung des § 127 Abs. 2 StPO.

## 2. gesetzliche Voraussetzungen

a) objektives Rechtfertigungselement des § 127 Abs. 1 StPO

aa) Festnahmebefugnis

Damit die vorläufige Festnahme zulässig ist, bedarf es zunächst einer Festnahmebefugnis des Festnehmenden. Nach Abs. 1 S. 1 ist Jedermann zur vorläufigen Festnahme berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, da § 127 Abs. 1 S. 1 nur eine Ermächtigung darstellt (s.o.). Der Festnehmende muss also weder durch die Straftat beeinträchtigt worden sein noch stellt die Minderjährigkeit einen Ausschlussgrund dar. Eine Privatperson ist nicht zur Festnahme berechtigt, wenn ein Beamter des Polizeidienstes anwesend ist. Daraus resultiert, dass die Festnahmebefugnis der Privatperson endet sobald die öffentliche Gewalt eintritt.<sup>98</sup> Wie bereits unter V.1. ausgeführt, ist der einzig zulässige Zweck der vorläufigen Festnahme den Täter der Strafverfolgung zuzuführen. Neben den Privatpersonen steht auch der Staatsanwaltschaft und Beamten des Polizeidienstes dieses Recht auf Festnahme nach Abs. 1 S. 1 zu und zwar auch außerhalb ihres Amtsbezirkes. Für die Festnahme zum Zweck der Identitätsmaßnahmen gelten für diese Beamten §§ 127 Abs. 1 S. 2, 163b Abs. 1 und 163c StPO.<sup>99</sup>

bb) Tatverdächtiger

Tatverdächtig kann grundsätzlich jede natürlich Person im Sinne des BGB sein. Strittig beurteilt wird jedoch die Zulässigkeit der vorläufigen Festnahme bei strafunmündigen Kindern nach § 19 StGB. Diese ist nach der Minderansicht<sup>100</sup> zumindest zum Zwecke der Identitätsfeststellung zulässig. Als Begründung wird hierbei die unter dem Gesichtspunkt der Verbrechensbekämpfung zunehmende schwere Kinderkriminalität angeführt, sowie der erzieherische Zweck der

<sup>97</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 4 m.w.N.

<sup>98</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 7.

<sup>99</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 7.

<sup>100</sup> Vgl. Pfeiffer StPO, § 127 Rn. 2.

vorläufigen Festnahme eines in flagranti erwischten Kindes. Die herrschende Ansicht<sup>101</sup> vertritt jedoch die Auffassung, dass eine vorläufige Festnahme weder zum Zwecke der Strafverfolgung noch zum Zwecke der Identitätsfeststellung oder zur Durchsetzung von erzieherischen Maßnahmen zulässig sei. Dies wird damit begründet, dass ein strafunmündiges Kind gem. § 19 StGB bereits keine strafbare Handlung vornehmen kann, an die sich der Erlass eines Haft- oder Unterbringungshaftbefehl anschließt.<sup>102</sup> Insofern der Gesetzgeber eine Sanktionierung der Handlung des Kindes hätte regeln wollen, hätte dieser Jugendhilfemaßnahmen gesetzlich regeln können. Eine Ausnahme davon lässt diese Ansicht jedoch zu, wenn der Festnehmende ohne Fahrlässigkeit davon ausging, dass das Kind bereits sein 14. Lebensjahr vollendet hat und ihn deswegen vorläufig festnimmt.<sup>103</sup>

#### cc) Tat

Zudem bedarf es einer Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 StPO. Dabei ist jede rechtswidrige Tat erfasst, bei der es sich um eine Straftat nach dem StGB oder um eine rechtswidrige Tat nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB handelt und die zum Erlass eines Haft- oder Unterbringungshaftbefehls (§§ 112, 126a StPO) berechtigen würde.<sup>104</sup> Ein Versuch kann ebenfalls bereits ausreichend sein, wenn dieser strafbar ist, womit straflose Vorbereitungshandlungen einer Tat nicht erfasst sind.<sup>105</sup> Aufgrund des gesetzlich geregelten Ausschlusses der vorläufigen Festnahme nach § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG sind Begehungen nach dem OWiG ebenfalls nicht erfasst. Die Schwere der Tat sowie der Wert der Beute sind für eine vorläufige Festnahme nicht maßgeblich.<sup>106</sup> So kann eine vorläufige Festnahme sowohl aufgrund einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 StGB also auch wegen eines Diebstahls einer Kaugummipackung nach § 242 StGB erfolgen.

Umstritten ist, ob bei einer vorläufigen Festnahme durch jedermann eine Straftat tatsächlich vorliegen muss oder ob bereits ein dringender Tatverdacht ausreichend ist. Dieser Meinungsstreit ist von großer praktischer Bedeutung, da dem Tatverdächtigen bei der letztgenannten Ansicht kein Notwehrrecht nach § 32 StGB gegenüber dem Festnehmenden zusteht, während die Notwehr bei der

---

<sup>101</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 10 m.w.N.

<sup>102</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 7 m.w.N.

<sup>103</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 7 m.w.N.

<sup>104</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 6; Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 6.

<sup>105</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 6 m.w.N.

<sup>106</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 16 m.w.N.

erstgenannten Ansicht ausgeübt werden kann.<sup>107</sup> Zur Verdeutlichung kann als Beispiel eine Straftat nach § 242 StGB angeführt werden. Es ist also strittig, ob es erforderlich ist, dass der Tatverdächtige bewusst den Gewahrsamswechsel i.S.d. § 242 StGB hinsichtlich eines Smartphones durch Einstecken in seine Jacke herbeigeführt hat und der Festnehmende den Tatverdächtigen dabei genau beobachtet hat und aufgrund dieses Kenntnis den Tatverdächtigen vorläufig festgenommen hat. Oder ob es genügend ist, wenn es nach Ansicht des Festnehmenden sehr wahrscheinlich ist, dass der Tatverdächtige den Gewahrsamswechsel hinsichtlich des Smartphones begangen hat und ihn ohne absolute Kenntnis vorläufig festnimmt. Dies könnte der Fall sein, wenn für den Festnehmenden aufgrund des weggedrehten Körpers des Tatverdächtigen nicht gänzlich ersichtlich war, ob der Tatverdächtige das Smartphone in seine Jacke gesteckt oder wieder zurückgelegt hat. Nach der letztgenannten Ansicht<sup>108</sup> ist es für eine vorläufige Festnahme nach § 127 StPO ausreichend, „wenn die erkennbaren äußeren Umstände einen dringenden Tatverdacht vermitteln“.<sup>109</sup> Ein dringender Tatverdacht liegt vor, wenn sich nach den äußeren ersichtlichen Umständen für den objektiven Beobachter eine Straftat aufdrängt, also eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt. Diese Rechtsauffassung konstituierte u.a. der BGH bei der Beurteilung, ob eine Privatperson zur vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO gegenüber einem möglichen Dieb berechtigt war. Dabei führte der BGH auf, dass es nicht entscheidend sei, „ob der Verfolgte tatsächlich in dem Zeitpunkt, in dem der {...} {Festnehmende} den Entschluß zur Verfolgung faßte, den Tatbestand des versuchten Diebstahls (§§ 242, 22 StGB) voll, insbesondere auch in subjektiver Hinsicht, erfüllt hatte“.<sup>110</sup> Die Begründung dieser Ansicht resultiert aus dem Rechtsgedanken, dass zum einen die Interessen des Tatverdächtigen bei der anderen Ansicht zu sehr berücksichtigt werden und zum anderen der Strafverfolgungszweck des § 127 StPO andernfalls in unvertretbarer Weise eingeschränkt werden könnte.<sup>111</sup>

Die erstgenannte Ansicht<sup>112</sup> vertritt hingegen die Auffassung, dass die vorläufige Festnahme nur bei einer tatsächlich begangenen Straftat zulässig sein kann. Als Begründung wird dafür zunächst der Gesetzeswortlaut angeführt. Aus diesem ergibt sich, dass die vorläufige Festnahme an eine "frische Tat" und nicht an

---

<sup>107</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 7 m.w.N.

<sup>108</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 8 m.w.N.

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 18. November 1980, VI ZR 151/78, NJW 1981, 745f.

<sup>110</sup> BGH, Urteil vom 18. November 1980, VI ZR 151/78, NJW 1981, 745f.

<sup>111</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 10.

<sup>112</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 4 m.w.N.; Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 8.

einen bloßen Tatverdacht anknüpft.<sup>113</sup> Zudem wird angeführt, dass eine Privatperson nur dann die Befugnis in die Freiheit einer anderen Person einzugreifen zugestanden bekommen soll, wenn sie sich gewiss ist, dass der mögliche Täter alle Tatbestandsmerkmale der Straftat realisiert hat. Ist dies nicht zutreffend, soll diese Befugnis nur den Staatsorganen zustehen. Ein Unschuldiger soll so davor bewahrt werden freiheitsbeschränkende Maßnahmen von Privatpersonen dulden zu müssen.<sup>114</sup> Unstrittig hingegen ist, dass für die Privatperson nicht erkennbare Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe das Festnahmerecht nicht beeinträchtigen.<sup>115</sup> Die Verfasserin dieser Arbeit folgt der ersten Ansicht, da nach hiesiger Auffassung eine Privatperson nur dann berechtigt sein kann in die Freiheit eines Beschuldigten einzugreifen, wenn der Festnehmende weiß, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat. Andernfalls müsste der Beschuldigte ggf. Eingriffe in seine Freiheit durch eine Privatperson erdulden, obwohl er keine Straftat begangen hat. Der Strafverfolgungszweck wird mit dieser Ansicht auch nicht vereitelt, da in den Fällen, in denen sich der Festnehmende nicht sicher ist, ob der Beschuldigte eine Straftat begangen hat, die Festnahme sodann durch die staatlichen Organe erfolgen kann.

dd) auf frischer Tat betroffen oder verfolgt

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Festgenommene auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird. Eine Tat ist frisch, solange noch ein örtlicher und zeitlicher Bezug zur Tat besteht. Jemand ist auf frischer Tat betroffen, wenn er bei der Begehung einer rechtswidrigen Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbaren Nähe gestellt wird.<sup>116</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Brandstiftung an einem Wohnhaus. Der Täter ist dann auf frischer Tat betroffen, wenn die vorläufige Festnahme direkt bei der Brandlegung erfolgt oder unmittelbar nach der Brandlegung auf der an das Wohnhaus angrenzenden Straße. Dieser Fall ist anders zu beurteilen, wenn sich der Täter nicht mehr auf der angrenzenden Straße aufhält, sondern sich bereits in einem anderen Stadtteil befindet. Sodann kann der Täter nicht mehr auf frischer Tat betroffen werden. Jedoch kann in dieser Konstellation eine Verfolgung auf frischer Tat vorliegen, denn diese setzt die Abwesenheit des Täters vom Tatort voraus. Die Verfolgung muss dabei dem Zweck der Ergreifung des Täters dienen und es

---

<sup>113</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 8.

<sup>114</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 4.

<sup>115</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 8.

<sup>116</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 5; Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 9.



bedarf sicherer Anhaltspunkte - wie Tatspuren - die auf den Täter hinweisen.<sup>117</sup> Eine Anwesenheit des Täters am Tatort zum Feststellungszeitpunkt ist nicht erforderlich. Jedoch muss dessen Verfolgung postwendend aufgenommen werden.<sup>118</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Verfolgende und der Entdecker der Tat personenidentisch sind. So kann der Entdecker „Haltet den Brandstifter“ rufen und eine andere Person nimmt daraufhin zulässigerweise die Verfolgung auf. Eine zeitliche Befristung der Verfolgung besteht nicht, sondern die Verfolgung kann bis zur Festnahme des Täters andauern.<sup>119</sup>

#### ee) Festnahmegrund

Fluchtverdacht und die Möglichkeit der sofortigen Identitätsfeststellung sind die einzig zulässigen Festnahmegründe für die vorläufige Festnahme. Eine vorläufige Festnahme mit dem Ziel den Täter mit der Tat zu konfrontieren und zur Rede zu stellen oder ihn von der Begehung von weiteren Straftaten abzubringen sind nach der Rechtsprechung keine zulässigen Festnahmegründe.<sup>120</sup>

Aufgrund der Diskrepanz zwischen Fluchtgefahr i.S.v. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO und Fluchtverdacht i.S.d. §127 Abs. 1 S. 1 StPO, ist es nicht erforderlich, dass für den Fluchtverdacht die strengeren Voraussetzungen der Fluchtgefahr maßgeblich sind. Nach Ansicht des BGH ist Fluchtverdacht bereits dann gegeben, wenn nach den äußeren, erkennbaren Umständen des Falles die rationale Annahme gerechtfertigt ist, er werde sich dem Strafverfahren durch Flucht entziehen, wenn er nicht unverzüglich festgenommen wird.<sup>121</sup> Dies kann vorliegen, wenn sich der Täter auf einem Flohmarkt ein Parfum eingesteckt hat und sich im Anschluss daran vom Flohmarkt ohne Bezahlung rennend entfernt. Davon ist hingegen nicht umfasst, wenn sich der Täter vom Tatort entfernt, um lediglich in seine gegenüberliegende Wohnung zu gelangen oder um seinen in unmittelbarer Nähe liegenden Arbeitsplatz aufzusuchen.<sup>122</sup>

Insofern die Identität des Täters nicht vor Ort festgestellt werden kann, sondern nur anhand einer Vernehmung oder zusätzlichen Ermittlungen zur Feststellung seiner Personalien, ist eine vorläufige Festnahme zur Identitätsfeststellung zulässig. Dabei ist es unerheblich, ob er die Angaben zu seiner Person

---

<sup>117</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 9 m.w.N.

<sup>118</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 9 m.w.N.

<sup>119</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 6.

<sup>120</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 12 m.w.N.

<sup>121</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 11 m.w.N.

<sup>122</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 14 m.w.N.

verweigert, keine oder gefälscht erscheinende Ausweispapiere mit sich führt.<sup>123</sup> Insoweit der Name des ortsansässigen Täters dem Festnehmenden bekannt ist, ist eine Festnahme grundsätzlich unzulässig. Ein Verweis des Fahrzeugführers auf das Kennzeichen seines Kraftfahrzeuges genügt in der Regel nicht, um die Identität des KFZ-Führers festzustellen. Eine Ausnahme davon liegt vor, wenn der Führer des KFZ ein Fahrzeug eines öffentlichen Verkehrsbetriebs führt, da in diesem Fall der Fahrzeugführer ermittelbar ist.<sup>124</sup> Eine vorläufige Festnahme durch die Staatsanwaltschaft oder Bedienstete des Polizeidienstes – auch außerhalb ihres Amtsbezirkes - kann sich wegen § 127 Abs. 1 S. 2 StPO nicht auf Abs. 1 S. 1 stützen. Diesen Beamten steht stattdessen das Recht auf Festhalten, mit der Option den Täter auch gegen dessen Willen auf die Polizeidienststelle zu bringen, und Durchsuchung des Täters und seiner mitgeführten Sachen sowie die Durchführung von erkennungsdienstlicher Maßnahmen zur Identitätsfeststellung nach §§ 127 Abs. 1 S. 2, 163b Abs. 1 S. 2 StPO zu.

#### ff) Verhältnismäßigkeit der Festnahmehandlung

Zudem muss die Festnahmehandlung verhältnismäßig gegenüber den eintretenden Folgen der Festnahme sein. Das ist sie, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zunächst ist festzustellen, dass eine vorläufige Festnahme nach Abs. 1 S. 1 ein Realakt ist, der grundsätzlich keiner gesetzlich vorgeschriebenen Form oder Erläuterung bedarf. Es ist jedoch erforderlich, dass der Festnehmende dem Täter übermittelt, dass es sich um eine vorläufige Festnahme handelt und auf welcher begangenen Tat diese beruht.<sup>125</sup> Basierend auf der Natur einer vorläufigen Festnahme sind davon notwendigerweise die Handlungen erfasst, die eine tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung nach § 239 StGB und Nötigung nach § 240 StGB darstellen, sowie die dazu unmittelbar notwendige Gewalt und Beeinträchtigung der körperlichen Integrität.<sup>126</sup> Dementsprechend ist es zum Beispiel verhältnismäßig, wenn der Festnehmende dem fliehenden Täter verfolgt und ihm beim Erreichen einen leichten Stoß versetzt, sodass er zu Boden fällt und ihn im Anschluss daran bis zum Eintreffen der Polizei festhält. Ein weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung erfasst eine vorläufige Festnahme eines Fahrgastes durch dessen Taxifahrer. Denn insofern

---

<sup>123</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 11.

<sup>124</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 14 m.w.N.

<sup>125</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 12 m.w.N.

<sup>126</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 16 m.w.N.

der Fahrgast sich ohne zu bezahlen vom Taxi entfernt und keine Angaben zu seinen Personalien hinterlässt, ist der Taxifahrer berechtigt den Fahrgast auch unter Anwendung von körperlicher Gewalt bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten oder ihn direkt an die nächste Polizeidienststelle zu bringen.<sup>127</sup> Des Weiteren ist es dem Festnehmenden auch gestattet den Täter vorläufig in seiner Privatwohnung festzuhalten, um von dort die Polizei zu verständigen.<sup>128</sup> Die Abgabe von Warnschüssen und das Drohen mit einer Schusswaffe können ebenfalls zulässig sein.<sup>129</sup> Die Grenze der Verhältnismäßigkeit bildet - zumindest bei minderschweren Taten - die ernsthafte Schädigung der Gesundheit des Täters und die direkte Bedrohung des Lebens des Festnehmenden aufgrund der Festnahmehandlung.<sup>130</sup> So kann bei einem Bagatelldelikt wie der Diebstahl einer Kaugummipackung der sich nicht wehrende Täter nicht mittels Knebeln und Fesseln festgehalten werden. Ebenfalls scheidet das gezielte Schießen auf einen fliehenden Täter aus. So hat der BGH die Abgabe von Schüssen durch einen Wachmann gegenüber minderjährigen Autodieben, um diese vorläufig festzunehmen und der Polizei übergeben zu können, als nicht gerechtfertigt angesehen. Ziel der Schüsse waren die Reifen des gestohlenen Autos, damit die Minderjährigen sich nicht weiter entfernen konnten. Der Wachmann traf dabei jedoch einen auf der Rückbank sitzenden Minderjährigen tödlich.<sup>131</sup> Weitere Befugnisse ergeben sich nicht aus der Norm. Dies lässt sich insbesondere damit begründen, dass dem Festnehmenden, wie bereits ausgeführt, bei Widerstandshandlungen des Täters das Notwehrrecht nach § 32 StGB zusteht.<sup>132</sup>

#### b) objektives Rechtfertigungselement des § 127 Abs. 2 StPO

Über den Abs. 2 des § 127 StPO wird der Staatsanwaltschaft und den Beamten des Polizeidienstes unter bestimmten Voraussetzungen eine zusätzliche Befugnis zur Festnahme eingeräumt. Diese Regelung gilt entsprechend für Amtsanwälte, Finanzbehörden und Finanzbeamte über §§ 399, 402 Abs. 1 und 404 AO, Wirtschaftsreferenten und Referendaren sowie für alle Beamten des Polizeidienstes, die Aufgaben der Strafverfolgung übernehmen und die besondere polizeiliche Aufgaben wahrnehmen.<sup>133</sup>

<sup>127</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 16 m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 12 m.w.N.

<sup>129</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 15 m.w.N.

<sup>130</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 17 m.w.N.

<sup>131</sup> Vgl. MüKoStPO/Böhm und Werner, § 127 Rn. 17 m.w.N.

<sup>132</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 18 m.w.N.

<sup>133</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 21 und 26.

Zunächst bedarf es wie beim § 127 Abs. 1 StPO einer Tat, die zum Erlass eines Haft- oder Unterbringungshaftbefehls (§§ 112, 112a, 126 StPO) berechtigen würde. Im Gegensatz zum Abs. 1 genügt hier bereits eine Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr.<sup>134</sup> Eine Gefahr im Verzug liegt vor, wenn die vorläufige Festnahme aufgrund der zeitlichen Verzögerung durch das Herbeiführen eines richterlichen Haft- oder Unterbringungshaftbefehls gefährdet wäre.<sup>135</sup> Aufgrund des Artikels 104 GG erfolgt die Anordnung der Haft oder Unterbringung grundsätzlich durch einen Richter, sodass nichtrichterliche Festnahmen eine Ausnahme darstellen. Dementsprechend ist der Gesetzeswortlaut "Gefahr im Verzug" eng auszulegen.<sup>136</sup> Die Beurteilung, ob eine Gefahr im Verzug vorliegt, obliegt den Beamten des Polizeidienstes und erfolgt auf der Grundlage gewissenhafter Untersuchung der Umstände des Einzelfalles.<sup>137</sup> Eine auf vermeintlichen Annahmen oder einzig auf der polizeilichen fallunspezifischen Alltagserfahrung begründete Festnahme stellt keine Gefahr im Verzug dar. Nach der herrschenden Ansicht ist es dabei marginal, ob die Gefahr durch vorangegangenes ungeschicktes Verhalten des Polizeibeamten mit verursacht wurde. Zum Beispiel, wenn der Täter den Polizeibeamten erst wahrnimmt, nachdem dieser sich ungeschickt verhalten hat und der Täter daraufhin flieht.<sup>138</sup> Sollte bereits ein Haftbefehl erlassen worden sein, greift § 127 Abs. 2 StPO nicht, sondern § 114a StPO. Insofern der Richter bereits den Erlass eines Haftbefehls abgelehnt haben sollte, kann eine vorläufige Festnahme nach Abs. 2 nur noch zulässigerweise erfolgen, wenn sich die Gegebenheiten verändert haben, sodass die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls nunmehr vorliegen.<sup>139</sup>

Zur Durchführung der vorläufigen Festnahme wird auf die Ausführungen zum § 127 Abs. 1 StPO verwiesen.

#### c) subjektives Rechtfertigungselement

Des Weiteren bedarf es, wie bei den vorherigen Rechtfertigungsgründen, der Kenntnis des Handelnden über die Umstände und eine Festnahmeabsicht.

### VII. Recht auf körperliche Untersuchung, zur Entnahme einer Blutprobe sowie auf andere körperliche Eingriffe am Beschuldigten (§ 81a StPO)

#### 1. Bedeutung der Norm

<sup>134</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 25.

<sup>135</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 22 m.w.N.

<sup>136</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 22 m.w.N.

<sup>137</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 19.

<sup>138</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Posthoff, § 127 Rn. 22 m.w.N.

<sup>139</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 127 Rn. 19.

Aufgrund dieser Norm werden körperliche Untersuchungen und Eingriffe in bestimmte Grundrechte des Beschuldigten ohne dessen Einwilligung legitimiert. § 81a StPO stellt somit einen weiteren Rechtfertigungsgrund dar. Betroffene Grundrechte davon sind das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 GG, sowie das Recht auf die persönliche Freiheit.<sup>140</sup> Der Beschuldigte hat es somit zu dulden, dass sein Körper zum Augenscheinsobjekt wird und dieser dadurch zugleich ein Beweis gegen ihn selbst darstellen kann.<sup>141</sup> Das Bundesverfassungsgericht konstatierte in dieser Norm keine verfassungsrechtlichen Bedenken insoweit eine verfassungskonforme Auslegung erfolgt, indem eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt wird.<sup>142</sup> Praktische Relevanz hat § 81a StPO zum Beispiel, wenn eine Blutprobe zur Bestimmung des Blutalkoholgehaltes entnommen werden muss. Diese Bestimmung ist u.a maßgeblich für die Prüfung der Straftatbestände nach § 315c StGB und § 316 StGB.

Es wird zwischen zwei Maßnahmen differenziert. Zum einen können einfache körperliche Untersuchungen nach Abs. 1 S. 1 vorgenommen werden und zum anderen können auch andere körperliche Eingriffe nach Abs. 1 S. 2 durchgeführt werden. Im Folgenden werden zunächst Ausführungen zu den Gemeinsamkeiten beider Maßnahmen erfolgen und sodann Ausführungen zu den einfachen körperlichen Untersuchungen und den anderen körperlichen Eingriffen.

## 2. gemeinsame gesetzliche Voraussetzungen

### a) objektives Rechtfertigungselement

#### aa) Begriff des Beschuldigten

Die Anordnung einer Maßnahme nach § 81a StPO kann nur gegen einen Beschuldigten erfolgen. Der Beschuldigtenbegriff ist dabei im materiell rechtlichen Sinn auszulegen, wodurch es zumindest einen bestehenden Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO bedarf. Dieser muss bei der Vornahme der Maßnahme bereits bestanden haben und darf nicht erst aus der Vornahme der Maßnahme resultieren.<sup>143</sup> Zur Vornahme der Maßnahme ist keine bereits erfolgte Einleitung des Ermittlungsverfahrens erforderlich. Die Anordnung nach § 81a StPO kann selbst die Einleitung des Verfahrens darstellen.<sup>144</sup> Dies

---

<sup>140</sup> Vgl. MüKoStPO/Trück, § 81a Rn. 1 m.w.N.

<sup>141</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 1.

<sup>142</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 1 m.w.N.

<sup>143</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 2.

<sup>144</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 2.

kann der Fall sein, wenn ein Kraftfahrzeugfahrer infolge von alkoholbedingten Ausfallerscheinungen von einem Polizeibeamten aus dem Straßenverkehr gezogen wird und dieser zur Überprüfung einer möglichen Verkehrsstraftat nach § 315 c StGB oder § 316 StGB die Blutentnahme zur Bestimmung des Blutalkoholgehaltes beim Kraftfahrzeugfahrer anordnet. Der Beschuldigtenbegriff umfasst auch den Angeschuldigten, den Angeklagten im Sinne des § 157 StPO sowie den Verurteilten zur Vorbereitung einer Prognoseentscheidung für die Aussetzung der Reststrafe oder Maßregel zur Bewährung nach §§ 57 Abs. 1, 67d Abs. 2 S. 1 StGB.<sup>145</sup>

#### bb) Einwilligung des Beschuldigten

Eine Anordnung nach § 81a StPO ist entbehrlich, wenn der Beschuldigte in die Maßnahme einwilligt. Der Beschuldigte muss die Erklärung freiwillig, eindeutig und ausdrücklich nach vorangegangener Belehrung über die Sachlage, Bedeutung, Nachwirkungen und das Risiko der Maßnahme, sowie über sein Weigerungsrecht erteilen.<sup>146</sup> Nach der herrschenden Ansicht<sup>147</sup> im Strafrecht bedarf es keiner Geschäftsfähigkeit des Beschuldigten, sondern es genügt eine Einwilligungsfähigkeit. Demnach ist es ausreichend, wenn der Beschuldigte verstandesreif ist und die Risiken der Maßnahme erfassen kann. Die Einnahme von Drogen und Alkohol führen nicht zwingend zu der Annahme der Einwilligungsunfähigkeit. Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.<sup>148</sup> Eine Einwilligung kann von dem Beschuldigten jederzeit widerrufen werden. Jedoch kann das bis dahin ermittelte strafrechtlich verwertet werden.<sup>149</sup> Infolge einer wirksam vorliegenden Einwilligung sind zugleich an sich unzulässige körperliche Eingriffe nach Abs. 1 S. 2 erlaubt. Eine Einwilligung in schwerwiegende Eingriffe – wie die Verabreichung von Brechmitteln<sup>150</sup> oder die Entnahme von Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit<sup>151</sup> - ist dennoch unzulässig. Deshalb bedarf es für diese Eingriffe weiterhin einer Anordnung nach § 81a StPO.<sup>152</sup>

#### cc) Anordnung der Maßnahme

Die Anordnung der Maßnahme ist grundsätzlich gem. § 81a Abs. 2 S. 1 StPO dem Richter vorbehalten. Insofern jedoch Gefahr im Verzug vorliegt, haben auch

---

<sup>145</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 2.

<sup>146</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 4.

<sup>147</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 4 m.w.N.

<sup>148</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 4.

<sup>149</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 4 m.w.N.

<sup>150</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 17 m.w.N.

<sup>151</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 18 m.w.N.

<sup>152</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 3.

die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes die Befugnis die Maßnahme anzuordnen.<sup>153</sup> Eine Gefahr im Verzug liegt - vergleichbar wie beim § 127 StPO - vor, wenn der Untersuchungserfolg durch die Einschaltung des Richters zeitlich verzögert und somit gefährdet werden würde. Diese Eilkompetenz steht der Staatsanwaltschaft und den Beamten des Polizeidienstes nicht zu, wenn schwerwiegende Eingriffe angeordnet werden sollen.<sup>154</sup> Diese Anordnung ist weiterhin dem Richter vorbehalten. Der Richtervorbehalt wird gem. § 81a Abs. 2 S. 2 StPO eingeschränkt, wenn gewisse Umstände den Verdacht einer begangenen Verkehrsstraftat nach § 315a Absatz 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3, § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 und 3 oder § 316 StGB begründen. Gewisse Umstände können dabei alkoholbedingte Ausfallerscheinungen - wie Schlangenlinien fahren - beim Führen eines Kraftfahrzeuges sein. In diesem Fall kann die Staatsanwaltschaft sowie die Beamten des Polizeidienstes die Entnahme einer Blutprobe zur Bestimmung des Blutalkoholgehaltes anordnen.<sup>155</sup> Die richterliche Anordnung muss ausdrücklich erfolgen und ergeht in der Regel in einer Beschlussform. Die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft und den Beamten des Polizeidienstes kann auch mündlich erfolgen.<sup>156</sup>

#### dd) Zweck der Untersuchung

Zweck der Untersuchungen darf dabei nur die Erlangung verfahrenserheblicher Tatsachen sein. Darunter fallen u.a. Umstände, die die begangene Straftat, Täterschaft oder Schuld beweisen können oder die Entscheidung über die Rechtsfolgen tangieren können.<sup>157</sup> Diese Umstände stellen zum Beispiel die Zusammensetzung des menschlichen Organismus und seiner Bestandteile, der Magensaft, das Blut sowie die Existenz von Fremdkörpern dar.<sup>158</sup> Ebenfalls dazu zählen Tatsachen für die Beurteilung der Reise- und Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten.<sup>159</sup>

### 3. einfache körperliche Untersuchungen

Die einfachen körperlichen Untersuchungen dienen dem Zweck, die Zusammensetzung des Körpers oder seiner einzelnen Gliedmaßen des Beschuldigten, die Existenz von Fremdkörpern in den natürlichen

---

<sup>153</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 19 m.w.N.

<sup>154</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 25a m.w.N.

<sup>155</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 26.

<sup>156</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 23.

<sup>157</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 6.

<sup>158</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 5 m.w.N.

<sup>159</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 7 m.w.N.

Körperöffnungen, die mentale Verfassung des Beschuldigten, die Vorgehensweise seines Gehirns, sowie die körperbedingten mentalen Fähigkeiten durch sinnliche Beobachtung ohne Anordnung eines körperlichen Eingriffes zu erforschen und zu registrieren.<sup>160</sup> Als Beispiele können hier die Abtastung des Körpers, ein EKG und EEG sowie eine Ultraschalluntersuchung angeführt werden.<sup>161</sup> Vorgenommen werden diese Untersuchungen von den Polizeibeamten. Im Gegensatz zu einer Untersuchung nach § 102 StPO, deren Zielrichtung es ist Gegenstände und Fremdkörper in oder unter der Kleidung des Beschuldigten aufzufinden, erfolgt diese Untersuchung um Tatsachen - wie Verletzungen - oder Merkmale - wie Warzen oder Narben - festzustellen.<sup>162</sup> Der Beschuldigte hat diese körperliche Untersuchung zu dulden und ist auch zur Entkleidung verpflichtet. Jedoch kann von dem Beschuldigten nach Rechtsprechung des BGH darüber hinaus keine aktive Beteiligung verlangt werden.<sup>163</sup> So ist der Beschuldigte nicht verpflichtet Fragen zu beantworten, er muss an keiner Atemalkoholmessung teilnehmen, er kann weder gezwungen werden Alkohol zum Zwecke eines Trinkversuchs zu trinken, noch Kontrastmittel für Röntgenuntersuchungen einzunehmen. Er muss sich auch keinen Körperreaktionstest unterziehen, wie das Herumdrehen zur Feststellung des Drehnacknystagmus, die Beugung des Knies oder eine Gehprobe vorzeigen.<sup>164</sup>

#### 4. andere körperliche Eingriffe

Die anderen körperlichen Eingriffe werden in die Blutentnahme und körperliche Eingriffe unterteilt. Ein körperlicher Eingriff liegt vor, wenn dem Körper Liquor, Sperma, Speichel, Blut, Urin, sowie Sekret im Zusammenhang mit einer Bronchoskopie entnommen werden oder wenn dem Körper Stoffe zugeführt werden oder wenn in das haut- und muskelumschlossene Innere des Körpers eingegriffen wird.<sup>165</sup> Der Unterschied zu den einfachen körperlichen Untersuchungen besteht darin, dass dem Körper des Beschuldigten Verletzungen, wenn auch nur sehr marginal, zugefügt werden.<sup>166</sup> Zudem sind im Gegensatz zu den einfachen körperlichen Untersuchungen die körperlichen Eingriffe einem Arzt vorbehalten. Dieser hat den Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorzunehmen. Sollten derartige Regeln nicht bestehen, wie es

<sup>160</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 9.

<sup>161</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 10.

<sup>162</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 6.

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 09. April 1986, 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39-53.

<sup>164</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 11 m.w.N.

<sup>165</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 9.

<sup>166</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 15.



insbesondere bei progressiven Untersuchungsmethoden vorkommt, ist der Eingriff unzulässig.<sup>167</sup> Dementsprechend können Untersuchungen des Mundes, des Afters und der Scheide von den Beamten selbst vorgenommen werden, wenn diese Untersuchungen auch ohne die Anwendung von medizinischen Hilfsmitteln problemlos möglich ist. Sollte jedoch ein medizinisches Hilfsmittel erforderlich sein, stellt dies aufgrund der Verletzungsgefahr und der Eindringtiefe keine einfache körperliche Untersuchung mehr dar, sondern einen körperlichen Eingriff, der von einem Arzt vorgenommen werden muss.<sup>168</sup> Weitere Beispiele für körperliche Eingriffe sind insbesondere die Computer-Tomographie, die Elektroenzephalographie, die Bronchoskopie sowie die Röntgenuntersuchung.<sup>169</sup> Strittig ist, ob die Veränderung der Haar- und Barttracht zu den einfachen körperlichen Untersuchungen oder zu den anderen körperlichen Eingriffen zählt. Nach der herrschenden Ansicht<sup>170</sup>, stellt die Veränderung der Haar- und Barttracht keinen Eingriff i.S.d. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO dar, sondern es dient lediglich der Vorbereitung der Durchführung einer darauf folgenden körperlichen Untersuchung oder erkennungsdienstlichen Behandlung. Die Minderansicht<sup>171</sup> ist der Auffassung, dass dies einen Eingriff i.S.d. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO darstellt. Die Begründung resultiert aus dem Gedanken, dass das Abschneiden der Haare die Straftatbestände der Körperverletzung nach § 223 StGB erfüllt. Infolgedessen kann dieser Eingriff nur von einem Frisör vorgenommen werden.<sup>172</sup> Die Verfasserin dieser Ansicht folgt der herrschenden Ansicht, da erst durch die Veränderung der Haar- und Barttracht bislang verdeckte Körperteile ebenfalls der körperlichen Untersuchung unterzogen werden können. Dementsprechend dient diese Veränderung nur der Vorbereitung der daran anschließenden körperlichen Untersuchung. Basierend auf der Gefährlichkeit einiger Eingriffe sind folgende Eingriffe ohne die Einwilligung des Beschuldigten unzulässig i.S.d. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO: die Angiografie, die Phallographie, sowie die Entnahme des Harns mittels eines Katheters.<sup>173</sup>

Eine Blutprobeentnahme stellt den praktisch maßgeblichsten Anwendungsfall des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO dar. Die Anwendung erfolgt insbesondere um den Blutalkoholgehalt zur Tatzeit zu bestimmen, mit der Intention die Fahruntüchtigkeit des Beschuldigten bei Verkehrsdelikten oder bei anderen

---

<sup>167</sup> Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 16.

<sup>168</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/*Brauer*, § 81a Rn. 9 m.w.N.

<sup>169</sup> Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 20 m.w.N.

<sup>170</sup> Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 23 m.w.N.

<sup>171</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/*Brauer*, § 81a Rn. 14.

<sup>172</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/*Brauer*, § 81a Rn. 14 m.w.N.

<sup>173</sup> Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 21 m.w.N.

Straftaten dessen Schuldunfähigkeit infolge des Genusses von alkoholischen Getränken feststellen zu können. Weitere Anwendungsbeispiele sind der Nachweis von Drogenkonsum, die Vorbereitungen für einen Vaterschaftstest, sowie für molekulargenetischen Untersuchungen.<sup>174</sup> Der Blutprobeentnahme geht in der Regel eine einfache körperliche Untersuchung voraus. Sie stellt zwar einen körperlichen Eingriff dar, gilt aber dennoch auch bei zwangsweiser Vornahme als völlig ungefährlich.<sup>175</sup>

## VIII. Recht auf Gewaltanwendung, § 758 Abs. 3 ZPO

### 1. Beispiel

Zur Veranschaulichung wird zunächst ein Beispiel aus der Rechtsprechung dargestellt. Zur Durchsetzung seines privatrechtlichen Anspruches hat der Gläubiger B gegen den Schuldner A einen Vollstreckungstitel i.S.d. § 704 ZPO oder § 794 erwirkt. Damit dieser nun verwirklicht werden kann, hat der B den Gerichtsvollzieher G mit der Vollstreckung beauftragt. Um die Vollstreckung durchzuführen, ist der G zur Wohnung des A gefahren mit dem Ziel diese auf pfändbare Gegenstände zu durchsuchen. Der A verweigerte jedoch die Durchsuchung, sodass der G eine richterliche Durchsuchungsanordnung beim Amtsgericht gem. § 758a Abs. 1 S. 1 ZPO beantragte. Diese wurde entsprechend erlassen. Daraufhin suchte der G die Wohnung des A erneut auf. Trotz der Vorlage der richterlichen Durchsuchungsanordnung verweigerte der A weiterhin die Durchsuchung. Damit leistet der A Widerstand gegen die Vollstreckungshandlung des G. In derartigen Fällen ist der G befugt Gewalt anzuwenden und die polizeilichen Vollzugsorgane nachzusuchen. In diesem Fall hat der G Polizeibeamte hinzugerufen und mit ihnen zusammen dem Schuldner für die Dauer der Vollstreckungsmaßnahme Handfesseln angelegt. Dies wurde vom Landgericht Ulm als eine angemessene Gewaltanwendung i.S.d. § 758 Abs. 3 ZPO angesehen.<sup>176</sup> Damit war die Handlung des G gerechtfertigt.

### 2. Widerstand

Damit der Gerichtsvollzieher eine gerechtfertigte Gewaltmaßnahme nach § 758 Abs. 3 ZPO vornehmen kann, bedarf es eines Widerstandes des Schuldners. Der Widerstand erfasst dabei jede Handlung, die den Verdacht etabliert, dass die Vornahme der Vollstreckungshandlung nicht ohne die Anwendung von Gewalt

<sup>174</sup> Vgl. Gercke/Julius/Temming/Zöller/Brauer, § 81a Rn. 11.

<sup>175</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 13.

<sup>176</sup> LG Ulm, Beschluss vom 01. Oktober 1993, 5 T 163/93, DGVZ 1994, 73.

durchgeführt werden kann.<sup>177</sup> Eine Drohung der Gewaltanwendung durch den Schuldner oder das Nichtöffnen der Tür kann bereits genügend sein.<sup>178</sup> Dies gilt nicht nur für den Schuldner, sondern auch für den Dritten, insoweit er die Vollstreckungshandlung gegen den Schuldner vereitelt. Insoweit sich die Vollstreckungshandlung jedoch gegen ein den Dritten gehöriges Recht richtet, ist dieser als Gewahrsamsinhaber zur Widerstandshandlung berechtigt. Dies ist insbesondere bei Mitbewohnern und Ehepartnern relevant.<sup>179</sup>

### 3. Maßnahmen der Gewaltanwendung

Besteht ein Widerstand des Schuldners, ist der Gerichtsvollzieher zu Anwendung einer Gewaltmaßnahme berechtigt. Der Gerichtsvollzieher hat dabei nach pflichtgemäßem Ermessen zu handeln. Er muss zudem beachten, dass die Maßnahme lediglich dazu dienen darf den Widerstand des Schuldners zu unterbinden. Dementsprechend darf die Gewaltanwendung nicht dazu führen, dass der Schuldner oder ein Dritter zur Beteiligung an der Vollstreckungsmaßnahme gezwungen werden.<sup>180</sup> Der Gerichtsvollzieher muss außerdem die Regelungen des § 759 ZPO bei der Gewaltmaßnahme beachten und befolgen.<sup>181</sup> Ein bedeutendes Beispiel für die Gewaltanwendung ist das Öffnen lassen von Haustüren, Zimmertüren und Behältnissen.<sup>182</sup> Insofern der Gerichtsvollzieher der Ansicht ist, dass er den Widerstand des Schuldners nicht allein unterbinden kann oder er sich selbst vor Übergriffen des Schuldners schützen möchte, kann er sich auch Polizeibeamten im Wege der Amtshilfe zur Vornahme der Vollstreckungsmaßnahme bedienen.<sup>183</sup> Die Hinzuziehung der Polizeibeamten muss dabei nicht von Anfang an erfolgen, sondern kann auch erst im Laufe des Vollstreckungsversuches erfolgen. Den Polizeibeamten steht es dabei nicht zu die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu überprüfen. Dies obliegt allein dem Gerichtsvollzieher. Die Polizeibeamten können jedoch die Vornahme der Gewaltanwendung verweigern, wenn diese unmöglich oder rechtswidrig ist.<sup>184</sup>

---

<sup>177</sup> Vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, § 758 Rn. 8.

<sup>178</sup> Vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, § 758 Rn. 8 m.w.N.

<sup>179</sup> Vgl. MüKoZPO/Heßler, § 758 Rn. 15.

<sup>180</sup> Vgl. MüKoZPO/Heßler, § 758 Rn. 17f.

<sup>181</sup> Vgl. MüKoZPO/Heßler, § 758 Rn. 19.

<sup>182</sup> Vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, § 758 Rn. 8.1.

<sup>183</sup> Vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, § 758 Rn. 8.

<sup>184</sup> Vgl. MüKoZPO/Heßler, § 758 Rn. 21.

## D. Resümee

Ziel der vorliegenden Diplomarbeit war es die vielfältigen Rechtsquellen der Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches, sowie die Rechtfertigungsgründe an sich im Zusammenhang mit Straftaten ausführlich darzustellen. Die Ausführungen waren dabei auf die Bedeutung des einzelnen Rechtfertigungsgrundes, dessen gesetzlichen Voraussetzungen, sowie dessen Rechtsfolgen gerichtet. In der vorliegenden Diplomarbeit konnten jedoch aufgrund des begrenzten Rahmens nicht sämtliche Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches dargestellt werden, weshalb sich die Ausführungen auf einzelne ausgewählte Rechtfertigungsgründe beschränkten. Dementsprechend kann schließlich zusammenfassend festgestellt werden, dass die Rechtfertigungsgründe nicht ausschließlich in dem Strafgesetzbuch gesetzlich normiert sind, sondern auch in anderweitigen Rechtsquellen wie dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Strafprozessordnung gesetzlich normiert sind. Dabei konnte zudem rechtsquellenübergreifend festgestellt werden, dass die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt und die strafrechtliche Verfolgung damit in diesem Zusammenhang nicht erfolgen kann. Dadurch wurde zugleich der in der hiesigen Rechtsordnung geltende Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verdeutlicht. Lediglich die aufgeführte Besonderheit bei den Ausführungen des § 227 BGB zum Verhältnis zum § 32 StGB kann davon im Einzelfall eine Ausnahme darstellen. Zudem ist aus den Ausführungen ersichtlich, dass der Gesetzgeber der Privatperson mit Hilfe dieser Rechtfertigungsgründe die Befugnis zur Anwendung von privater Gewalt zur Wahrung der Rechtsordnung und von Rechten und Rechtsgütern von sich selbst oder einen anderen in besonderen Fällen erteilt. Insgesamt lässt sich feststellen, dass es eine Vielzahl von Rechtfertigungsgründen außerhalb des Strafgesetzbuches gibt, welche ebenso wie die Rechtfertigungsgründe aus dem Strafgesetzbuch bei der Prüfung der Strafbarkeit einer Handlung von Bedeutung sind und eine Rechtswidrigkeit einer Handlung entfallen lassen können.

## E. Literaturverzeichnis

- Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Auflage, München 2020.
- Gercke, Björn / Julius, Karl-Peter / Temming, Dieter / Zöller, Mark Alexander (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Auflage, Heidelberg 2019.
- Heidel, Thomas / Hüßtege, Rainer / Mansel, Heinz-Peter / Noack, Ulrich, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 - Allgemeiner Teil – EGBGB, 3. Auflage, Baden-Baden 2016.
- juris Praxis Kommentar BGB Band 1 - Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2020, veröffentlicht unter <https://www.juris.de/perma?d=jpk-BGBPK1ISR0221>.
- juris Praxis Kommentar BGB Band 3 - Sachenrecht, 9. Auflage 2020, veröffentlicht unter <https://www.juris.de/perma?d=jpk-BGBPK3ISR0052>.
- Leipold, Klaus / Tsambikakis, Michael / Zöller, Mark Alexander (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Auflage, Heidelberg 2020.
- Meyer-Goßner / Schmitt, Strafprozessordnung Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 63. Auflage, München 2020.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 - Allgemeiner Teil §§ 1-240 AllgPersönlR ProstG AGG, 8. Auflage, München 2018.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8 - Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG, 8. Auflage, München 2020.
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1 - §§ 1-150 StPO, 1. Auflage, München 2014.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 - §§ 355-945b, 5. Auflage, München 2016.
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage, München 2020.
- Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, 5. Auflage, München 2005.
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Auflage, München 2019.
- Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 - Allgemeiner Teil §§ 164 – 240 (Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung), 18. Auflage, Berlin 2019.
- Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3 - Sachenrecht §§ 903 – 924 (Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht), 15. Auflage, Berlin 2015.

- Vorwerk Volkert / Christian Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, veröffentlicht unter [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeckOKZPO\\_36%2fcont%2fBECKOKZPO%2ehtm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeckOKZPO_36%2fcont%2fBECKOKZPO%2ehtm), 27.07.2020.
- Westermann, Harm Peter / Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman BGB, Band 1, 15. Auflage, Köln 2017.

## **F. Eidesstattliche Versicherung**

Ich versichere an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt und die den angewandten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen und Gedanken als solche kenntlich gemacht habe. Diese Arbeit wurde in gleicher oder ähnlicher Form bisher noch keiner anderen Prüfungsbehörde als Prüfungsleistung vorgelegt. Die gedruckte und digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Wauden, 31.07.2020

---

Ort, Datum

---

Unterschrift