

# Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund

Von Wiss. Mitarbeiter **Markus Wagner**, Gießen\*

*Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Rechtfertigungsgrund nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, der in der Ausbildung häufig vernachlässigt wird, obwohl er hoch examens- und auch praxisrelevant ist. Er richtet sich insbesondere an Studierende aller Semester.*

## I. Einführung – Strafverfahren und staatliches Gewaltmonopol

Die Institution der staatlichen Strafverfolgung ist Ausprägung des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>1</sup> Das Ziel des Strafrechts, die Rechtsgüter des Einzelnen vor Einwirkungen anderer zu schützen, soll nicht dadurch konterkariert werden, dass es dem Verletzten obliegt, die Tat zu verfolgen. Dieser sog. „bellum omnia contra omnes“ („Krieg aller gegen alle“) soll beendet werden, indem die Gewalt – und damit auch die Strafgewalt – staatlich zentralisiert wird.<sup>2</sup> Damit korrespondiert das strafprozessuale Legalitätsprinzip, wonach den Strafverfolgungsbehörden – jedenfalls dem Grundsatz nach – bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe kein Ermessen zusteht (vgl. §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO).<sup>3</sup> Kommen die zur Strafverfolgung berufene Staatsanwaltschaft (§ 152 Abs. 1 StPO) und ihre Ermittlungsbeamten (§ 152 GVG) ihren Pflichten nicht nach, kommen in materiell-rechtlicher Hinsicht eine Strafbarkeit wegen Strafreitelung im Amt (§ 258a StGB) und in prozessualer Hinsicht ein Klageerzwingungsverfahren (§§ 172-177 StPO) zur Sicherung des Legalitätsgrundsatzes in Betracht.

Trotzdem soll die Strafverfolgung, deren Effektivität (jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)<sup>4</sup> Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) ist,<sup>5</sup> im Einzelfall nicht deshalb vereitelt werden, weil keine Vertreter der Staatsanwaltschaft oder der Kriminalpolizei anwesend sind, um einen auf frischer Tat ertapten Täter festnehmen und/oder seine Identität feststellen zu können. Dies ergibt sich aus § 127 Abs. 1 S. 1 StPO: „Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen.“

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht II (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen.

<sup>1</sup> Vgl. nur Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 1 Rn. 2.

<sup>2</sup> Vgl. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 33.

<sup>3</sup> Vgl. etwa Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 14 zu diesem Grundsatz und seinen Ausnahmen.

<sup>4</sup> Vgl. etwa BVerfGE 33, 367 (383); 38, 105 (115); 44, 353 (374).

<sup>5</sup> Krit. hingegen etwa Patz, die Effektivität der Strafrechtspflege, 2009, passim; Hassemer, StV 1982, 275; Landau, NSStZ 2007, 121 (vgl. aber 124 ff. andererseits).

Da mit dem Gewaltmonopol des Staates ein Gewaltverbot des Einzelnen korrespondiert<sup>6</sup> und eine Festnahmebehandlung daher z.B. als Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB verboten und auch strafbewehrt sein kann, fungiert § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund für solche Taten, um die Strafverfolgung zu gewährleisten.<sup>7</sup> Die Norm stellt daher eine Ausnahme vom Grundsatz des staatlichen Gewaltmonopols dar.<sup>8</sup>

## II. Voraussetzungen des Festnahmerechts

Wendet man § 127 Abs. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund an, so bietet es sich an, die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm vergleichbar mit anderen Rechtfertigungsgründen (z.B. der Notwehr) zu systematisieren:<sup>9</sup>

- Rechtfertigungslage („auf frischer Tat betroffen oder verfolgt“ + Festnahmegrund)
- Rechtfertigungshandlung (Festnahmebehandlung)
- Subjektives Rechtfertigungselement (Wille zur Strafverfolgung)

### 1. Anwendungsbereich des Festnahmerechts gem. § 127 Abs. 1 StPO

Aus Gründen der Übersichtlichkeit soll nachfolgend von diesem Aufbauschema abweichend vorab der Anwendungsbereich des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO umrissen werden:

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich

Welche Straftaten durch § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt werden können, hängt maßgeblich damit zusammen, welche Handlungen als Festnahme zulässig sind. Diese Frage wird daher im Rahmen der Festnahmebehandlung (dazu 3. b) erörtert.

<sup>6</sup> Vgl. Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 90; Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002, S. 300.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 35 IV. 2.

<sup>8</sup> Etwa Marxen, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wesels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 705; Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (378 ff., 385); Satzger, Jura 2009, 107 (108); Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 144.

<sup>9</sup> Anderer Prüfungsaufbau etwa bei Satzger, Jura 2009, 107 (108).

Für das Steuerstrafverfahren gelten die §§ 399 Abs. 1, 402 Abs. 1, 404 S. 1 AO.<sup>10</sup> Steht eine Verfolgung der Tat vor dem IStGH im Raum, findet § 127 Abs. 1 StPO über § 13 Abs. 1 S. 2 IStGHG Anwendung. Im Ordnungswidrigkeitenverfahren ist die vorläufige Festnahme hingegen gem. § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG unzulässig.

#### b) Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht ist nach dem Wortlaut der Norm grundsätzlich „jedermann“ zur Festnahme befugt, wenn die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

Problematisch ist dies allerdings im Hinblick auf Beamte der Staatsanwaltschaft und der Polizei, weil § 127 Abs. 2 StPO auf diese explizit Bezug nimmt, sodass sich der Gedanke aufdrängt, § 127 Abs. 2 StPO sei gegenüber § 127 Abs. 1 S. 1 StPO *lex specialis* und verdränge diesen als *lex generalis*.

Dagegen spricht jedoch zum einen der Wortlaut des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, der mit der Wahl des Begriffs „jedermann“ grundsätzlich keinerlei Einschränkungen vorsieht.<sup>11</sup> Dem oben genannten systematischen Argument lässt sich zudem entgegenhalten, dass § 127 Abs. 2 StPO die vorläufige Festnahme durch Polizei und Staatsanwaltschaft „auch“ bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls zulässt, was den Schluss nahe legt, dass es sich hierbei nicht um eine Sondervorschrift, sondern um eine *Erweiterung* der Rechte aus § 127 Abs. 1 S. 1 StPO handelt.<sup>12</sup>

Zum Teil wird gegen die Einbeziehung von Beamten der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei in den persönlichen Anwendungsbereich des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO angeführt, dass in diesem Falle § 127 Abs. 2 StPO mit der Bezugnahme auf die §§ 112, 112a, 126a StPO wesentlich höhere Anforderungen stelle und somit dem Privaten insoweit weitergehende Eingriffsbefugnisse zustünden als dem eigentlich dazu berufenen Polizeibeamten;<sup>13</sup> dies dürfe aber nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von staatlichen und privaten Eingriffen zum Zwecke der Strafverfolgung nicht der Fall sein. Dieses Argument wird sich jedoch in anderem Zusammenhang als nicht tragfähig erweisen (dazu II. 2. a) bb) (2).

Zumindest im Rahmen der Festnahme gem. § 127 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StPO werden daher auch Beamte der Staatsanwaltschaft und der Polizei vom persönlichen Schutzbereich der Norm erfasst;<sup>14</sup> dies gilt insbesondere auch außerhalb ihres örtlichen Zuständigkeitsbereichs.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Vgl. *Schultheis*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 127 Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Hevert*, *Das private Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO und seine Bedeutung als Rechtfertigungsgrund*, 2005, S. 60.

<sup>12</sup> Vgl. *Hevert* (Fn. 11), S. 61.

<sup>13</sup> Vgl. *Hevert* (Fn. 11), S. 61 ff.

<sup>14</sup> Zum Verhältnis von § 127 Abs. 1 S. 2 StPO und § 163b StPO bezüglich der Identitätsfeststellung siehe *Kramer*, MDR 1993, 111 und dazu *Benfer*, MDR 1993, 828; *Hevert* (Fn. 11), S. 63 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Meyer-Gößner*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 54. Aufl. 2011, § 127 Rn. 7; *Paeffgen*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.),

#### 2. Festnahmesituation

§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO setzt voraus, dass die festgenommene Person „auf frischer Tat betroffen oder verfolgt“ wird und „der Flucht verdächtig ist oder [ihre] Identität nicht sofort festgestellt werden kann“:

##### a) „Tat“

Bei der Auslegung des Tatbegriffs in § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist zwischen zwei unterschiedlichen Fragen zu differenzieren:

- Wie muss die „Tat“ ihrer Art nach beschaffen sein? (dazu aa)
- Muss die „Tat“ wirklich begangen worden sein oder genügt ein diesbezüglicher Verdacht? (dazu bb)

##### aa) Beschaffenheit der Tat

###### (1) (Kriminal-)Straftat

Da die Norm der Strafverfolgung dient, muss es sich bei der in § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorausgesetzten „Tat“ jedenfalls um eine (Kriminal-)Straftat handeln, eine bloße Ordnungswidrigkeit ist hingegen nicht ausreichend (vgl. auch § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG). Dasselbe gilt für solche Verhaltensweisen, die (ausschließlich) standes- und disziplinarrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen (können).<sup>16</sup>

Der entsprechende Tatbestand muss erfüllt sein; ob es sich dabei um eine Vorsatztat – sei es in vollendeter, sei es (sofern der Versuch strafbar ist)<sup>17</sup> in versuchter Form – oder ein Fahrlässigkeitsdelikt handelt, ist gleichgültig. Nicht erfasst werden grundsätzlich straflose Vorbereitungshandlungen (Ausnahme:<sup>18</sup> § 30 Abs. 2 StGB).<sup>19</sup> Die Schwere der Tat (insb. die Einordnung als Verbrechen oder Vergehen) ist ebenso unerheblich<sup>20</sup> (dazu näher unter 3. b) bb) (1) wie die Frage, ob sie täterschaftlich begangen wurde oder eine Teilnahmehandlung vorliegt.<sup>21</sup>

###### (2) Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit der Tat

Ist die Tat nicht rechtswidrig i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB (z.B. weil ein Rechtfertigungsgrund eingreift), dürfen weder Strafen noch Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61

---

Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 61. Lfg, Stand: April 2009, § 127 Rn. 18.

<sup>16</sup> Vgl. *Albrecht*, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, 1970, S. 92.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 745 f.; OLG Hamm NJW 1977, 590; *Hilger*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 127 Rn. 8; *Otto*, *Jura* 2003, 685.

<sup>18</sup> Exemplarisch *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 14 Rn. 19.

<sup>19</sup> Klarstellend etwa *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 31 Rn. 7; *Otto*, *Jura* 2003, 685.

<sup>20</sup> Vgl. *Albrecht* (Fn. 16), S. 94 ff.; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 8.

<sup>21</sup> Vgl. *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 7; *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 13.

ff. StGB) verhängt werden. Da dies jedoch das Ziel der Strafverfolgung darstellt, muss die Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zumindest rechtswidrig sein; Schuldhaftigkeit ist mit Blick auf die Möglichkeit der (schuldunabhängigen) Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung grundsätzlich nicht erforderlich.<sup>22</sup>

In der Konsequenz scheint prinzipiell auch die Festnahme schuldunfähiger Kinder im Alter unter 14 Jahren (§ 19 StGB, § 1 Abs. 2 JGG) zulässig.<sup>23</sup> Dagegen spricht allerdings, dass die Schuldunfähigkeit gem. § 19 StGB ein Prozesshindernis darstellt<sup>24</sup> und ein entsprechendes Strafverfahren bereits nicht eingeleitet werden dürfte bzw. in jeder Lage des Prozesses eingestellt werden müsste (§§ 170 Abs. 2 S. 1, 204, 206a, 260 Abs. 3 StPO).<sup>25</sup> Da § 127 StPO jedoch gerade dem Zweck der Einleitung eines Strafverfahrens dient, scheidet ein Recht zur Festnahme schuldunfähiger Kinder aus.<sup>26</sup> Dem teilweise hiergegen vorgebrachten Argument, durch eine solche Festnahme könne die Verfolgung möglicher<sup>27</sup> Teilnehmer oder auch „hinter“ dem Kind stehender mittelbarer Täter<sup>28</sup> gewährleistet werden,<sup>29</sup> ist entgegenzuhalten, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StPO dem Wortlaut nach („jemand“, „er“, „ihn“) nur zur Festnahme des Täters selbst, nicht aber Dritter berechtigt.<sup>30</sup> Ebenfalls

<sup>22</sup> So auch *Otto*, Jura 2003, 685.

<sup>23</sup> So etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 16/17; *Verrel*, NStZ 2001, 284 (286); *Streng*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 501 (S. 503). Dafür auch – ohne nähere Begründung – *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 32 Rn. 7.

<sup>24</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 15), Einl. Rn. 145; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 19 Rn. 2; *Streng*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 19 Rn. 11.

<sup>25</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 15), Einl. Rn. 154.

<sup>26</sup> So auch *Albrecht* (Fn. 16), S. 115 f.; *Wankel*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, § 127 Rn. 2; *Satzger*, Jura 2009, 107 (108) m.w.N.; *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (386); *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 8; a.A. RGSt 17, 127; 19, 101 (103).

<sup>27</sup> Nach dem Grundsatz der sog. limitierten Akzessorietät ist Teilnahme auch an einer zwar rechtswidrigen, aber nicht schuldhaften Haupttat möglich, vgl. bereits den Wortlaut der §§ 26, 27 Abs. 1 StGB; dazu etwa *Kühl* (Fn. 18), § 20 Rn. 136.

<sup>28</sup> Die Ausnutzung eines gem. § 19 StGB Schuldunfähigen kann eine beherrschende Stellung begründen, die zur mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB führt, vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 20 Rn. 66 f.

<sup>29</sup> So etwa KG JR 1971, 30; *Krause*, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 489 (S. 495 ff.); *Streng* (Fn. 23), S. 501 (S. 503 f.); *Verrel*, NStZ 2001, 284 (287).

<sup>30</sup> Vgl. *Albrecht* (Fn. 16), S. 116; *Meyer-Goßner* (Fn. 15), § 127 Rn. 3a, 8; *Satzger*, Jura 2009, 107 (108 f.). Verkannt bei *Verrel*, NStZ 2001, 284 (287).

kann der „wünschenswerte Nebeneffekt“ einer Erleichterung der Arbeit der Jugendhilfebehörden durch die Möglichkeit der polizeilichen Sachaufklärung<sup>31</sup> nicht zur Festnahme des Kindes berechtigen.<sup>32</sup>

### (3) Strafverfolgungsvoraussetzungen

Bei der Frage, inwiefern Strafverfolgungsvoraussetzungen vorliegen müssen, ist zu differenzieren:

Für das Erfordernis eines Strafantrags, einer Ermächtigung oder eines Strafverlangens ergibt sich aus § 127 Abs. 3 S. 1 und 2 StPO, dass diese im Zeitpunkt der Festnahme (noch) nicht gegeben sein müssen. Die Festnahme wegen einer bereits verjährten Tat ist hingegen von vornherein ausgeschlossen, weil die Tat gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO „frisch“ sein muss, was bei erfolgtem Verjährungseintritt jedenfalls nicht mehr der Fall ist.<sup>33</sup>

Auch die Festnahme von Abgeordneten des Bundestages ist nach dem Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 GG aufgrund des Erfordernisses der „Frische“ der Tat ohne die – aufgrund der Immunität grundsätzlich erforderliche – Genehmigung des Bundestages zulässig (vgl. auch Nr. 191 Abs. 3 lit. a RiStBV).<sup>34</sup> Vergleichbare Vorschriften sind in den Verfassungen der Länder im Hinblick auf die Abgeordneten der Länderparlamente enthalten.<sup>35</sup>

Hingegen dürfen sog. Exterritoriale (wie z.B. Diplomaten) nicht festgenommen werden, weil diese generell nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen, §§ 18-20 GVG.<sup>36</sup>

### (4) Privatklagedelikte

Schwierig stellt sich die Beantwortung der Frage nach der Berechtigung zur vorläufigen Festnahme bei den Privatklagedelikten (§ 374 Abs. 1 StPO) dar: Bei diesen Delikten steht der Staatsanwaltschaft ein Ermessen bezüglich der Frage zu,

<sup>31</sup> So aber *Verrel*, NStZ 2001, 284 (287); *Streng* (Fn. 23), S. 501 (S. 504); *Krause* (Fn. 29), S. 489 (S. 498).

<sup>32</sup> Zutreffend *Otto*, Jura 2003, 685; *Satzger*, Jura 2009, 107 (109).

<sup>33</sup> So auch *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 4.

<sup>34</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 15), § 127 Rn. 24; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 4; Ausführlich *Meincke*, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach § 127 I StPO, 1963, S. 47 ff.

<sup>35</sup> So auch Nr. 191 Abs. 1 S. 2 RiStBV. Eine strengere Anordnung trifft Art. 51 Abs. 3 der Berliner Landesverfassung: Danach muss zur Anwendung des § 127 StPO der Abgeordnete „bei Ausübung der Tat“ festgenommen werden.

<sup>36</sup> Vgl. *Satzger*, Jura 2009, 107 (109); a.A. *Meincke* (Fn. 34), S. 50 ff. Nach früher überwiegend vertretener Auffassung stellen die §§ 18-20 GVG persönliche Strafaufhebungsgründe dar, schließen also die Strafbarkeit bereits materiell-rechtlich aus (vgl. nur *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 523 ff. sowie die Nachweise bei *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 57 ff.). Die mittlerweile herrschende Ansicht geht aber von einer rein prozessualen Wirkung aus (vgl. *Eser* [a.a.O.], Vorbem. §§ 3-9 Rn. 63).

ob sie aufgrund des öffentlichen Interesses die Strafverfolgung aufnimmt (§ 376 StPO). Ist das nicht der Fall, so kann der Verletzte (oder ihm gleichgestellte Personen, § 374 Abs. 2 und 3 StPO) das Strafverfahren als Privatkläger durchführen. Zwar gelten hier grundsätzlich die Vorschriften über das Officialverfahren entsprechend (§ 384 Abs. 1 S. 1 StPO), sofern sich nicht aus den §§ 384 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 bis 4, 385 ff. StPO etwas anderes ergibt;<sup>37</sup> jedoch besteht allgemeine Einigkeit darüber, dass aufgrund des Gewichts des damit verbundenen Grundrechtseingriffs der Erlass eines Haftbefehls nicht zulässig ist, wenn die Staatsanwaltschaft nicht die öffentliche Klage erhoben (§ 376 StPO) oder nachträglich das Verfahren übernommen (§ 377 Abs. 2 StPO) hat.<sup>38</sup>

Hieraus wird teilweise geschlossen, dass eine Festnahme gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nur zum Zwecke der Identitätsfeststellung, nicht hingegen wegen Fluchtverdachts zulässig sei, solange die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht übernommen habe.<sup>39</sup> Eine solche Differenzierung findet jedoch keine gesetzliche Grundlage;<sup>40</sup> vielmehr muss die Festnahme durch Private gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich zulässig sein, solange eine Übernahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft möglich ist, um dieser die Möglichkeit zu eröffnen, überprüfen zu können, ob ein öffentliches Interesse i.S.d. §§ 376, 377 Abs. 2 S. 1 StPO besteht.<sup>41</sup> Allerdings ist der Festgenommene gem. § 128 StPO unverzüglich auf freien Fuß zu setzen, wenn die Staatsanwaltschaft nicht unmittelbar nach der Festnahme die Strafverfolgung übernimmt.<sup>42</sup>

#### bb) Notwendigkeit des tatsächlichen Vorliegens der „Tat“

Im Mittelpunkt der Diskussion um § 127 Abs. 1 S. 1 StPO steht die Antwort auf die Frage, ob die „Tat“ auch wirklich begangen worden sein muss oder ob ein bloßer Tatverdacht ausreicht.<sup>43</sup> Da im Irrtumsfalle der Festnehmende auch bei materiell-rechtlicher Betrachtung im Ergebnis regelmäßig aufgrund eines sog. Erlaubnistatumstandsirrturns straflos sein wird,<sup>44</sup> ist die Frage im Wesentlichen für das Notwehrrecht

eines unschuldig<sup>45</sup> Festgenommenen von Bedeutung.<sup>46</sup> Ist der bloße Tatverdacht ausreichend, so ist die Tat des irrtümlich Festnehmenden gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt (sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen) und der Angriff auf den Festgenommenen ist nicht als „rechtswidrig“ i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB anzusehen, sodass diesem kein Notwehrrecht zusteht und er nur gegebenenfalls seinerseits – je nach Sachverhaltskonstellation – aufgrund eines Erlaubnistatumstandsirrturns oder eines im Einzelfall unvermeidbaren Verbotsirrturns straflos bleibt.<sup>47</sup> Ist hingegen von Nöten, dass die „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO wirklich begangen wurde bzw. wird, wird die Festnahme des Unschuldigen nicht gem. § 127 StPO gerechtfertigt, sodass sie (nach überwiegender Auffassung)<sup>48</sup> als „rechtswidriger Angriff“ i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB zu bewerten ist und dem Festgenommenen ein (eingeschränktes<sup>49</sup>) Notwehrrecht gegen den irrig Festneh-

mäßig dann ebenfalls entfällt, wenn ein entsprechender Tatverdacht vorliegt; vgl. *Borchert*, JA 1982, 338 (340).

<sup>45</sup> Mit dieser Bezeichnung wird nicht auf die Schuld im technischen Sinne Bezug genommen, die für die Anwendbarkeit des Festnahmerechts gerade nicht vorliegen muss (s.o. II. 2. a) aa (2); gemeint ist, dass der Festgenommene die vermeintliche Tat nicht begangen, sich also nicht tatbestandsmäßig verhalten hat.

<sup>46</sup> Klarstellend auch etwa *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 32-35 Rn. 75; zum Folgenden siehe auch *Borchert*, JA 1982, 338 (340 f.).

<sup>47</sup> An dieser Stelle ist sehr präzise auf den jeweiligen Sachverhalt abzustellen. Es ist danach zu differenzieren, ob der Festgenommene die Umstände nicht wahrnimmt, die für den Festnehmenden das rechtfertigende Verdachtsmoment begründen (in diesem Fall liegt ein [Erlaubnis-]Tatumstandsirrturn vor), oder ob er sich zwar der Tatsächlichkeiten bewusst ist, aber verkennt, dass diese Situation bei rechtlicher Wertung die Rechtmäßigkeit der Festnahmehandlung begründet (dann liegt ein Subsumtionsirrturn vor, der von § 17 StGB erfasst wird und nur bei Unvermeidbarkeit entschuldigende Wirkung entfaltet); vgl. dazu *Otto*, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 583 (S. 591 ff.); *Lange*, Zum Bewertungsirrturn über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1994, passim.

<sup>48</sup> Siehe die verschiedenen Ansätze zur Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrturns im Überblick bei *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 70 ff.

<sup>49</sup> Selbst wenn der irrig Festnehmende unter Zugrundelegung eines materiell-rechtlichen Tatbegriffs nicht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt ist, aber aufgrund des Erlaubnistatumstandsirrturns (nach überwiegender Auffassung, vgl. die vorherige Fußnote) die Schuldhaftigkeit seines Angriffs i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB entfällt, wird das Notwehrrecht des Festgenommenen auf der Ebene der Gebotenheit gem. § 32 Abs. 1 StGB eingeschränkt, wenn der Festgenommene die Schuldlosigkeit des Angriffs erkennen konnte (was insbesondere der Fall sein wird, wenn er aufgrund seines Verhaltens selbst für den Irrtum des Festnehmenden verantwortlich ist); vgl. *Borchert*, JA 1982, 338 (340).

<sup>37</sup> Vgl. *Meyer-Gofßner* (Fn. 15), § 384 Rn. 1.

<sup>38</sup> Vgl. nur etwa *Meyer-Gofßner* (Fn. 15), § 384 Rn. 5: „allgemeine Meinung“.

<sup>39</sup> So etwa *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 35; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 8.

<sup>40</sup> Vgl. *Geerds*, GA 1982, 237 (249 in Fn. 51).

<sup>41</sup> Vgl. *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 47 und *Geerds*, GA 1982, 237 (248 f.); ihnen folgend *Meyer-Gofßner* (Fn. 15), § 127 Rn. 22; *Krauß*, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 2010, § 127 Rn. 13.

<sup>42</sup> Vgl. *Meyer-Gofßner* (Fn. 15), § 127 Rn. 22; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 47.

<sup>43</sup> Auch *Satzger*, Jura 2009, 107 (109: „zentrale Streitfrage“). Vgl. die umfassenden Nachweise zur Diskussion bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2010, Problem 8.

<sup>44</sup> Je nachdem welcher Auffassung zur Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrturns man folgen möchte, kommt ggf. eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, die jedoch regel-

menden zusteht, dem sich dieser aufgrund der Rechtmäßigkeit der Verteidigung nicht selbst im Rahmen des § 32 StGB erwehren darf.

Ob eine Tat im materiell-rechtlichen Sinne vorliegen muss oder ob ein bloßer Tatverdacht ausreicht, ist durch Auslegung zu ermitteln:

### (1) Wortlaut

Zuzugeben ist, dass die Norm nicht den Begriff des „Tatverdachts“, sondern denjenigen der „Tat“ verwendet.<sup>50</sup> In semantischer Hinsicht ist der Begriff der „Tat“ aber wenig aufschlussreich:<sup>51</sup>

Zwar müssen unter Zugrundelegung eines materiell-rechtlichen Tatbegriffs i.S.d. StGB die Tatbestandsvoraussetzungen tatsächlich erfüllt sein (vgl. etwa §§ 8, 9, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

Die StPO hingegen misst dem Begriff der „Tat“ eine davon abweichende eigenständige Bedeutung zu: Nach § 264 StPO ist die Tat „Gegenstand“ und nicht erst Ergebnis der richterlichen Urteilsfindung. Im Sinne des Prozessrechts bezeichnet der Tatbegriff folglich einen Lebenssachverhalt, nicht aber dessen (straf-)rechtliche Würdigung.<sup>52</sup>

Ob diese letztgenannte Interpretation des Tatbegriffs auch § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zugrunde liegt, mag man zwar mit guten Gründen bezweifeln können,<sup>53</sup> dies ändert jedoch nichts daran, dass der Tatbegriff des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO das Verständnis als Tatverdacht jedenfalls nicht ausschließt.<sup>54</sup> Der Wortlaut der Norm trägt daher wenig zur Klärung des Problems bei.

### (2) Systematik

Hingegen legt die systematische Auslegung tendenziell eher ein Begriffsverständnis nahe, welches den Tatverdacht zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals ausreichen lässt:

Die Verwendung des Adjektivs „frisch“ zur Beschreibung der „Tat“ lässt darauf schließen, dass eine Bewertung der Situation ex ante erfolgen muss, die notwendigerweise keine endgültige materiell-rechtliche Beurteilung voraussetzen kann.<sup>55</sup>

Hierfür spricht auch, dass die Norm nicht in das Strafgesetzbuch, sondern in die Strafprozessordnung eingegliedert wurde. Strafprozessuale Ermittlungshandlungen setzen naturgemäß nur einen entsprechenden Tatverdacht voraus, weil das Strafverfahren gerade dazu dient, an dessen Ende Gewissheit darüber zu haben, ob eine (Straf-)Tat im materiell-

rechtlichen Sinne begangen wurde.<sup>56</sup> Müsste zum Zeitpunkt der Festnahme als Ermittlungshandlung das Vorliegen einer materiellen Straftat bereits feststehen, wären das Strafverfahren und damit auch die Festnahme selbst überhaupt nicht mehr notwendig.

Gegen eine solche prozessuale Betrachtungsweise wird der systematische Kontext mit § 127 Abs. 2 StPO vorgebracht: Diese Norm ermöglicht den Strafverfolgungsorganen die Festnahme bei Vorliegen der Voraussetzung eines Haft- oder Unterbringungsgebots, die im Falle des Haftgebots gem. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO in einem dringenden Tatverdacht und dem Vorliegen eines Haftgrundes bestehen. Da § 127 Abs. 1 S. 1 StPO keinen Haftgrund voraussetzt, wäre bei prozessualer Interpretation des Tatbegriffs das Festnahmerecht Jedermanns gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO weiter als dasjenige der Strafverfolgungsorgane gem. § 127 Abs. 2 StPO, sodass auch diese (s.o. 1. b) die Festnahme in der Regel auf § 127 Abs. 1 S. 1 StPO stützen könnten und somit § 127 Abs. 2 StPO keinen Anwendungsbereich mehr hätte.<sup>57</sup>

Dem ist insoweit entgegenzutreten, als diese Argumentation die Prämisse zugrunde legt, dass der notwendige Verdachtsgrad dem „dringenden Tatverdacht“ gem. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO entsprechen müsse.<sup>58</sup> Die Frage nach dem erforderlichen Grad des Tatverdachts ist jedoch derjenigen, ob überhaupt grundsätzlich ein Verdacht für die Ausfüllung des Tatbegriffs gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ausreichen kann oder ob nur eine tatsächlich begangene Straftat im materiell-rechtlichen Sinne vom Tatbegriff erfasst ist, denklogisch nachgelagert. Lässt man den bloßen Tatverdacht im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO genügen und fordert man einen Verdachtsgrad, der stärker ist als derjenige des § 112 Abs. 1 S. 1 StPO, so besitzt § 127 Abs. 2 StPO auch unter Zugrundelegung eines prozessualen Verständnisses des Tatbegriffs einen eigenständigen Anwendungsbereich.

Der eigenständige Regelungsgehalt des § 127 Abs. 2 StPO lässt sich demnach einem prozessualen Verständnis des Tatbegriffs in § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht grundsätzlich entgegenhalten. Legt man aber ein solches Begriffsverständnis zugrunde, so ist dies – will man sich nicht dem Vorwurf der Inkonsequenz aussetzen – bei der Bestimmung des notwendigen Verdachtsgrads zu berücksichtigen.<sup>59</sup>

### (3) Historie<sup>60</sup>

In den Gesetzesmaterialien zur Reichsstrafprozessordnung als unmittelbarer Vorgängerin zur heutigen StPO werden ausländische Regelungen, „welche die Anwendung dieser Maßregel [scil. das Recht zur vorläufigen Festnahme] von künstlichen,

<sup>50</sup> Klarstellend Hevert (Fn. 11), S. 76, die dies als Argument für eine materiell-rechtliche Begriffsdeutung ansieht. Vgl. auch Marxen (Fn. 8), S. 705 (S. 706).

<sup>51</sup> So auch Wiedenbrüg, JuS 1973, 418 (419).

<sup>52</sup> Vgl. zum strafprozessualen Tatbegriff etwa Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, § 13 Rn. 1 f.

<sup>53</sup> Dazu Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (390).

<sup>54</sup> Vgl. Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (389 ff.).

<sup>55</sup> Vgl. Wankel (Fn. 26), § 127 Rn. 2; Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (389).

<sup>56</sup> Vgl. Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (391); Borchert, JA 1982, 338 (342); Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 268; Wankel (Fn. 26), § 127 Rn. 2.

<sup>57</sup> Vgl. etwa Wiedenbrüg, JuS 1973, 418 (419).

<sup>58</sup> Vgl. Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (393 f.).

<sup>59</sup> Ähnlich Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (394).

<sup>60</sup> Eingehend zur Geschichte des Festnahmerechts Albrecht (Fn. 16), S. 10 ff.

häufig nur dem rechtsgelehrten Richter verständlichen Unterscheidungen abhängig machen“ dahingehend kritisiert, dass sie als „den Anforderungen des Lebens nicht angepaßt“ bezeichnet werden.<sup>61</sup> Diese Äußerung lässt sich dahingehend verstehen, dass dem Einzelnen, „wo es sich um eine rasche Entschließung [...] handelt“<sup>62</sup>, eine juristische Subsumtion nicht zugemutet werden soll.

Zudem soll die Vorschrift gewährleisten, dass der Festgenommene unverzüglich dem Amtsrichter vorgeführt werden kann, damit dieser, „wenn er nach Anhörung des letzteren die Festnahme nicht für gerechtfertigt oder die Gründe derselben für beseitigt erachtet“, „die sofortige Freilassung des Festgenommenen [anordnen]“ könne.<sup>63</sup>

Zwar lässt sich hieraus nicht zwangsläufig die Zugrundelegung eines prozessualen Tatbegriffs folgern, weil eine Freilassung des Festgenommenen nicht nur bei Entkräftung der Verdachtsmomente, sondern auch bei Ausräumung des Haftgrunds möglich ist. Trotzdem verdeutlichen die zitierten Ausführungen die Auffassung des Gesetzgebers, dass dem Festnehmenden eine andere Perspektive zugeschrieben wird als dem Richter. Im Zusammenhang mit dem oben Dargestellten legt das zumindest die Annahme nahe, dass man bei Schaffung der Norm davon ausging, ein tatsächliches Vorliegen der Tat sei nicht erforderlich.

#### (4) Teleologie

Wie bereits oben dargestellt dient § 127 Abs. 1 StPO der Sicherung der Strafverfolgung auch in solchen Situationen, in denen kein zur Festnahme befugter Amtsträger zugegen ist.

Demnach lässt sich der Annahme, es müsse eine Tat im materiell-rechtlichen Sinne vorliegen, entgegenhalten, dass die Feststellung einer solchen immer erst am Ende des Strafverfahrens erfolgen kann (siehe bereits oben). Zudem würde das Erfordernis einer bereits vorliegenden Straftat die Unschuldsvermutung<sup>64</sup> (Art. 6 Abs. 2 EMRK) als tragendes Prinzip des Strafverfahrensrechts unterlaufen.<sup>65</sup>

#### (5) Kriminalpolitische Ebene

Die eigentliche Relevanz der Problematik betrifft ihre kriminalpolitische Dimension:<sup>66</sup> Hier stehen sich das Interesse des Festnehmenden, aufgrund seiner rechtstreuen Absichten vor der Notwehr des Festgenommenen geschützt zu werden, und das Interesse des Festgenommenen, nicht durch Private in seinen Rechtsgütern beeinträchtigt zu werden, gegenüber.

<sup>61</sup> Zitiert nach Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts, Bd. 3/1, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Erste Abtheilung, 1880, S. 138.

<sup>62</sup> Bei Hahn (Fn. 61), S. 137 f.

<sup>63</sup> Bei Hahn (Fn. 61), S. 138.

<sup>64</sup> Vgl. zur Einführung *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 11 Rn. 1 ff. Vgl. zur diesbezüglichen Rspr. des EGMR *Barrot*, ZJS 2010, 701 sowie *Demko*, HRRS 2007, 268.

<sup>65</sup> Vgl. dazu *Albrecht* (Fn. 16), S. 97 f.

<sup>66</sup> So auch *Satzger*, Jura 2009, 107 (110).

Gegen die Auffassung, der bloße Verdacht sei ausreichend, wird angeführt, dass im Gegensatz zum Amtsträger der Privatmann nicht zur Festnahme verpflichtet sei; diese Tatsache rechtfertigt das „Irrtumsprivileg“ des Amtsträgers, während der Private beim freiwilligen Einschreiten das Irrtumsrisiko selbst zu tragen habe.<sup>67</sup> Hierfür spreche auch der Mangel an Rechtskenntnis des privaten Festnehmenden.<sup>68</sup> Im Übrigen werde der Festnehmende durch die Heranziehung der strafrechtlichen Irrtumsvorschriften (s.o.) hinreichend geschützt.<sup>69</sup> Diese Auffassung läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass der Private im Zweifelsfall zu seinem eigenen Schutz keine Festnahmehandlung vornehmen sollte.<sup>70</sup>

Diese Überlegungen laufen jedoch diametral dem Zweck des § 127 Abs. 1 StPO zuwider: Ganz offensichtlich soll der Bürger nach dem Willen des Gesetzgebers gerade dazu motiviert werden, strafverfolgend tätig zu werden, wenn die hierzu grundsätzlich berufenen offiziellen Stellen im Augenblick der Wahrnehmung nicht in der Lage sind, tätig zu werden.<sup>71</sup> Die Norm böte dem zivilcouragierten Bürger nur eine vage Hoffnung auf Straffreiheit einerseits und Schutz seiner Rechtsgüter andererseits.<sup>72</sup>

Zudem liegt es – wie bereits mehrfach erwähnt – im Wesen des Strafverfahrens, dass auch Unschuldige Adressaten prozessualer Zwangsmaßnahmen werden können.<sup>73</sup> Warum diese Grundwertung nicht auch für den Privatmann, der pro magistratu handelt, gelten soll, ist nicht ersichtlich.

Dem Argument der fehlenden Sachkenntnis Privater lässt sich dahingehend begegnen, dass die Anforderungen hinsichtlich des Verdachtsgrades an eben dieser Tatsache gemessen werden können (und müssen).

#### (6) Zusammenfassende Würdigung

Während der Wortlaut keine tragfähige Argumentationsgrundlage bietet, legen die systematische Verortung und Gestaltung der Norm nahe, dass mit dem Begriff der „Tat“ bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht eine tatsächlich begangene

<sup>67</sup> Vgl. etwa *Wiedenbrüg*, JuS 1973, 418 (420); *Satzger*, Jura 2009, 107 (110).

<sup>68</sup> Vgl. *Satzger*, Jura 2009, 107 (110).

<sup>69</sup> So etwa *Satzger*, Jura 2009, 107 (110).

<sup>70</sup> Vgl. *Satzger*, Jura 2009, 107 (110).

<sup>71</sup> So auch *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (399).

<sup>72</sup> Hierbei soll nicht verkannt werden, dass auch bei Zugrundelegung der prozessualen Auffassung dem fälschlicherweise Festgenommenen – selbst wenn er den Irrtum des Festnehmenden und dessen Absicht erkennt – in der Regel nicht bewusst sein wird, dass er sich der Festnahme nicht widersetzen darf. In einer häufig unübersichtlichen und überraschenden Festnahmesituation werden die einschlägigen Straftatbestände also kaum echte Präventivwirkung entfalten können. Allerdings knüpfen sich hier an das Stigma der Rechtswidrigkeit der Verteidigung des fälschlicherweise Festgenommenen eventuelle Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche (§§ 823 Abs. 1 und Abs. 2, 249, 253 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) des Festnehmenden.

<sup>73</sup> Vgl. *Fincke*, GA 1971, 41 (43); *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (397).

Straftat im materiell-rechtlichen Sinne gemeint ist. Dies wird gestützt durch die Überlegungen im Rahmen der Gesetzesgenese sowie teleologische und kriminalpolitische Erwägungen.

Demnach kann auch der bloße Tatverdacht ausreichen, um den Festnehmenden nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zu rechtfertigen, wenn die Tat in Wirklichkeit nicht begangen wurde.

#### cc) *Notwendiger Grad des Verdachts*

Schließt man sich dieser Auffassung an, stellt sich folgerichtig die Frage nach dem notwendigen Grad des Verdachtsmoments.<sup>74</sup> In der Regel wird von den Vertretern der sog. „Verdachtslösung“ ein dringender Tatverdacht i.S.d. § 112 Abs. 1 StPO gefordert.<sup>75</sup>

Wie bereits dargelegt (s.o. bb) (2) setzt sich allerdings diese Auffassung dem Einwand aus, dass dann für § 127 Abs. 2 StPO kein eigenständiger Anwendungsbereich verbliebe und somit dessen – seinem Wortlaut nach („auch“) beabsichtigten – Erweiterungscharakter zuwiderliefe. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass man Beamte der Polizei und der Staatsanwaltschaft vom persönlichen Anwendungsbereich des § 127 Abs. 1 StPO ausschließt (s.o. II. 1. b), sondern einen gegenüber dem „dringenden Tatverdacht“ i.S.d. § 112 Abs. 1 StPO stärkeren Verdachtsgrad fordert.<sup>76</sup> Nach seiner Lebenserfahrung muss der Festnehmende aus den ihm objektiv zur Verfügung stehenden Indizien „ohne vernünftige Zweifel“ schließen, dass eine rechtswidrige Tat vorliegt.<sup>77</sup> Mit einer solchen Betrachtungsweise wird man auch zugleich der Tatsache der mangelnden Rechtskenntnis des privaten Festnehmenden gerecht.

#### b) *„Frisch“*

Die Tat im o.g. Sinne ist „frisch“, wenn ihre (vermeintliche) Begehung noch fortdauert oder die Festnahme im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der (vermeintlichen) Tat erfolgt.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> So auch *Borchert*, JA 1982, 338 (342).

<sup>75</sup> Vgl. etwa *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 9; *Wankel* (Fn. 26), § 127 Rn. 2; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 9; wohl auch *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 10 f.; *Krauß* (Fn. 41), § 127 Rn. 3; *Hevert* (Fn. 11), S. 81 ff.; *Borchert*, JA 1982, 338 (343); *Arzt*, in: Gössel/Kauffmann (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat*, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 1 (S. 5 ff.); *Rönnau* (Fn. 56), Vor § 32 Rn. 268 sowie die weiteren Nachweise bei *Hillenkamp* (Fn. 43), Problem 8 D (S. 60 ff.).

<sup>76</sup> So das BayObLG MDR 1986, 956 unter Verweis auf BGH GA 1974, 177; dem folgend auch *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (400).

<sup>77</sup> BayObLG MDR 1986, 956. Ähnlich insoweit *Fincke*, der eine Überzeugung des Festnehmenden vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen verlangt (*ders.*, JuS 1973, 87 [89 f.]).

<sup>78</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (401) m.w.N.

#### c) *„Betroffen oder verfolgt“*

Der Täter wird „betroffen“, wenn er am (mutmaßlichen) Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe vom Festnehmenen wahrgenommen und gestellt wird. Durch die Verfolgungsvariante wird der räumliche Bereich der „frischen“ Tat ausgedehnt, solange der Verfolgungsbeginn einen hinreichenden zeitlichen Zusammenhang sichert.<sup>79</sup>

Prinzipiell besteht keine zeitliche Grenze des Festnahmerechts.<sup>80</sup> Eine Ausnahme gilt aber bei der – grundsätzlich zulässigen (s.o.) – Festnahme von Abgeordneten: Gem. Art. 46 Abs. 2 GG darf eine Festnahme eines Bundestagsabgeordneten nur bis einschließlich dem sich der Tat anschließenden Tag erfolgen.<sup>81</sup>

#### d) *Festnahmegrund*

Das Betroffen oder Verfolgen auf frischer Tat ist aber nicht die einzige Voraussetzung einer Flagranzfestnahme. Hinzutreten muss der Umstand, dass der Festgenommene „der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann“ (§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO). Es muss also zusätzlich ein Festnahmegrund vorliegen. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 127 Abs. 2 StPO und dessen Verweis auf die Haftgründe des §§ 112 f. StPO ergibt sich im Umkehrschluss, dass weder Wiederholungs- (§ 112a StPO) oder Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 3 Nr. 3 StPO) noch die Schwere der Tat (§ 112 Abs. 3 StPO) einen Festnahmegrund i.S.d. § 127 Abs. 1 StPO darstellen<sup>82</sup> und die Norm insofern in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke auch nicht analogiefähig ist. Ebenso wenig berechtigt der Ungehorsam gegen eine Ladung (§ 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 4 S. 1 StPO) zur Festnahme.<sup>83</sup>

#### aa) *Fluchtverdacht*

Der *Fluchtverdacht* als Festnahmegrund i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist nach zutreffender Auffassung nicht mit der *Fluchtgefahr* im Rahmen des § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO identisch.<sup>84</sup> Dies findet seine Rechtfertigung insbesondere in der Tatsache, dass der Festnehmende – anders als der Richter, der

<sup>79</sup> Etwa *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 12 m.w.N.

<sup>80</sup> Klarstellend etwa *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 17.

<sup>81</sup> Noch strenger Art. 51 Abs. 3 der Berliner Landesverfassung (siehe dazu bereits oben Fn. 34).

<sup>82</sup> Vgl. bzgl. der Wiederholungs- und Verdunkelungsgefahr *Satzger*, Jura 2009, 107 (111); *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 20; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 15.

<sup>83</sup> Vgl. nur *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 20.

<sup>84</sup> Vgl. etwa *Borchert*, JA 1982, 338 (344); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 27; *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 15; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 16; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 21; *Meyer-Göfner* (Fn. 15), § 127 Rn. 10; eingehend unter Bezugnahme auf die Normgenetik *Albrecht* (Fn. 16), S. 150 ff.; a.A. etwa v. *Hindte*, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, 1973, S. 219 f.; *Naucke*, NJW 1968, 1225; wohl auch *Pawlik*, Das Festnahmerecht Privater, 1961, S. 157, der in der dortigen Fn. 268 auf § 112 StPO verweist.

eine schriftliche Entscheidung zu treffen hat (§ 114 Abs. 1 StPO) – eine situationsbedingte Augenblicksentscheidung trifft und deshalb auf seine Perspektive abzustellen ist und nicht auf objektive Umstände.<sup>85</sup> Neben dem abweichenden Wortlaut lässt sich hierfür auch anführen, dass § 127 Abs. 1 StPO im Gegensatz zu dessen Abs. 2 gerade nicht auf das Recht der Untersuchungshaft verweist.<sup>86</sup> Zudem ist diese Ansicht auch im Hinblick auf die hier vertretene Verdachtslösung (s.o. II. 2. a) bb) und cc) konsequent.<sup>87</sup> Entsprechend hohe Anforderungen sind aber auch an den Grad dieses Verdachts zu stellen, womit auch zugleich dem Gegenargument<sup>88</sup> begegnet werden kann, unter Zugrundelegung der Perspektive des Festnehmenden würde dessen Festnahmerecht dasjenige der Strafverfolgungsbehörden überschreiten (s.o.).

Teilweise wird zudem eine Anwendung des § 113 Abs. 2 StPO gefordert.<sup>89</sup> Danach ist der Erlass eines Haftbefehls bei Taten, die „nur mit Freiheitsstrafe [von] bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bedroht“ (§ 113 Abs. 1 StPO) sind, nur unter Hinzutreten weiterer Umstände (siehe § 113 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 StPO) zulässig.

Dafür spricht zwar, dass der Festnahmegrund des *Fluchtverdachts* nur dazu dient, die Vollstreckung eines im Anschluss wegen *Fluchtgefahr* zu erlassenden Haftbefehls zu sichern;<sup>90</sup> anderenfalls kann der Festnahmegrund der Identitätsfeststellung einschlägig sein.

Andererseits nimmt der Wortlaut der Norm keinen Bezug auf die Einschränkung des § 113 Abs. 2 StPO. Wiederum lässt sich auch die Systematik des § 127 StPO anführen, die nur in Abs. 2, nicht hingegen in Abs. 1 auf die §§ 112 ff. StPO verweist.

Nicht zuletzt lässt die Verfassung eine Beschränkung des Festnahmerechts gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO durch Anwendung der einschränkenden Voraussetzungen des § 113 Abs. 2 StPO nicht zu: methodisch handelt es sich hierbei nämlich um eine teleologische Reduktion. Wendet man das Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO aber als Rechtfertigungsgrund an, so kommt eine solche funktional einer gem. Art. 103 Abs. 2 GG verbotenen Analogie gleich – in beiden

Fällen handelt es sich um eine Rechtsfortbildung zulasten des Täters.<sup>91</sup> Es spricht daher einiges dafür, eine Beschränkung des Festnahmerechts durch (entsprechende) Anwendung von § 113 Abs. 2 StPO als unzulässig zu erachten. Damit wird zugleich auch dem Umstand Rechnung getragen, dass der festnehmende Privatmann in der Regel keinerlei Kenntnisse über den Strafraumen der (vermeintlich) begangenen Tat besitzt.

Nach alledem liegt ein Fluchtverdacht i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StPO vor, wenn sich dem Festnehmenden die Situation so darstellt, dass dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit damit rechnen muss, dass sich der Verdächtige der Strafverfolgung entziehen wird, wenn er nicht festgenommen wird.<sup>92</sup>

#### bb) Unmöglichkeit der Identitätsfeststellung

Die Strafverfolgung ist gesichert, wenn kein Fluchtverdacht besteht und die Personalien des Verdächtigen bekannt sind. Ist letzteres nicht der Fall, ist ebenfalls die Festnahme gem. § 127 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StPO zum Zwecke der Identitätsfeststellung zulässig.

Ausreichend ist dafür, dass der Festgenommene Angaben zu seiner Person verweigert<sup>93</sup> oder seinen Namen nur nennt, ohne dass eine Möglichkeit bestünde, diese Angabe nachzuprüfen (z.B. durch Vorzeigen des Personalausweises).<sup>94</sup>

Ist der Festnehmende in diesem Falle ein Polizeibeamter, so gilt gem. § 127 Abs. 1 S. 2 StPO die Vorschrift des § 163b Abs. 1 StPO.<sup>95</sup>

### 3. Festnahmehandlung

Auch wenn eine Festnahmelage im eben dargelegten Sinne besteht, räumt § 127 Abs. 1 StPO dem Festnehmenden nur eingeschränkte Handlungsbefugnisse ein:

#### a) Art der Festnahmehandlung

Typischerweise wird von § 127 StPO das Festhalten des Verdächtigen (ggf. auch mit Hilfsmitteln wie z.B. Fesseln) erfasst und eine dadurch begangene Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) gerechtfertigt;<sup>96</sup> gleiches gilt für die Nötigung (§ 240 StGB).<sup>97</sup> Zudem deckt das Flagranzfestnahmerecht auch mit der Festnahmehandlung häufig verbun-

<sup>85</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 84), § 17 Rn. 27; *Borchert*, JA 1982, 338 (344).

<sup>86</sup> Dies lässt sich auch dem Argument der Gegenauffassung entgegenhalten, aufgrund der systematischen Stellung beider Normen im selben Abschnitt der StPO seien die Begriffe identisch auszulegen (so aber *Wendisch*, in: *Rieß* [Hrsg.], *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 2, 24. Aufl. 1989, § 127 Rn. 21).

<sup>87</sup> So auch *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 15.

<sup>88</sup> Vgl. *Wendisch* (Fn. 86), § 127 Rn. 21.

<sup>89</sup> Etwa *Albrecht* (Fn. 16), S. 153; so auch *Pawlik* (Fn. 84), S. 160 ff., der in Fällen des § 113 Abs. 2 StPO die Flagranzfestnahme als „prozessual nutzlose[n] Rechtsgutseingriff“ ansieht, weil im Anschluss kein Haftbefehl erlassen werden dürfte und somit der Festgenommene an der Flucht nicht gehindert wäre (*Pawlik* [Fn. 84], S. 162).

<sup>90</sup> So *Albrecht* (Fn. 16), S. 153.

<sup>91</sup> Vgl. *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 1 Rn. 238 und 261 m.w.N.; a.A. *BVerfG*, *Beschl. v. 9.7.1981 – 2 BvR 714/81* (unveröffentlicht): die Auffassung, die teleologische Reduktion von Rechtfertigungsgründen verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG, sei „für jeden Rechtskundigen erkennbar unzutreffend“ (zitiert nach *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, S. 11).

<sup>92</sup> Ähnlich *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 21.

<sup>93</sup> Vgl. *RGSt* 21, 10 (12).

<sup>94</sup> Vgl. *RGSt* 27, 198 (199 f.).

<sup>95</sup> Vgl. *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 25.

<sup>96</sup> Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 84), § 17 Rn. 28.

<sup>97</sup> Vgl. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 237; *Satzger*, *Jura* 2009, 107 (112).

dene (leichte) Körperverletzungen i.S.d. §§ 223, 229 StGB.<sup>98</sup> Niemals gestattet ist hingegen die Tötung des Verdächtigen,<sup>99</sup> weil dies bereits dem Zweck, diesen der Strafverfolgung zuzuführen, zuwider läuft, da gegen Tote keine Strafverfahren stattfinden bzw. eingestellt werden müssen (§§ 170 Abs. 2, 206a Abs. 1 StPO).<sup>100</sup>

Zudem ist eine Rechtfertigung von Sachbeschädigungen (§ 303 Abs. 1 StGB) an der Kleidung des Festgenommenen gem. § 127 Abs. 1 StPO möglich,<sup>101</sup> sofern überhaupt (mindestens) Eventualvorsatz vorliegt.

Fraglich scheint hingegen, ob eine Rechtfertigung von Straßenverkehrsstraftaten (z.B. bei Verhinderung des Davonfahrens eines Verdächtigen durch Bereiten von Hindernissen i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder von Verkehrsordnungswidrigkeiten durch § 127 StPO möglich ist: Die Eingriffsbefugnisse der StPO ermöglichen im Regelfall nur eine Beeinträchtigung der Individualinteressen des Verdächtigen, bereits für Eingriffe in die Rechtsgüter nicht verdächtiger Dritter bestehen nur vereinzelt Sondervorschriften (z.B. § 103 StPO). Die Straßenverkehrsdelikte schützen hingegen – zumindest nach überwiegender Auffassung – das Allgemeininteresse der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs und damit zumindest mittelbar auch die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter.<sup>102</sup> Einen solchen Eingriff kann § 127 Abs. 1 StPO nicht gewährleisten.<sup>103</sup> Speziell für den Bereich des Straßenverkehrs wird diese Ansicht durch die eng gefasste Befreiungsvorschrift des § 35 StVO gestützt, der eine Ausnahme von den Geboten der StVO nur für öffentliche Zwecke und insbesondere nur für einen begrenzten Personenkreis vorsieht.<sup>104</sup>

Unter Verweis auf ein älteres Urteil des OLG Saarbrücken<sup>105</sup> wird in der Literatur häufig auch die Wegnahme des Zündschlüssels zur Verhinderung der Flucht mittels eines Kraftfahrzeugs als taugliche Festnahmehandlung genannt und mit dem Argument der geringeren Eingriffsintensität unter

Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet.<sup>106</sup> Während diese Annahme auf den ersten Blick schlüssig erscheint, ist sie jedoch keineswegs zwingend:

Aus dem genannten Urteil geht bereits gar nicht hervor, ob sie die zitierte Aussage überhaupt noch auf § 127 StPO oder auf danach erörterte Normen des Polizeirechts bezieht. Zudem bestehen Zweifel, dass in einer solchen Fallkonstellation überhaupt § 127 StPO relevant werden kann, da hier in der Regel mangels Zueignungsabsicht kein Diebstahl i.S.d. § 242 StGB vorliegen wird und keine anderen Straftatbestände in Betracht kommen, die überhaupt einer Rechtfertigung bedürften. Allerdings kann die Frage auf zivilrechtlicher Ebene relevant werden. Ungeachtet dessen erscheint zweifelhaft, ob eine solche Wegnahme überhaupt begrifflich als „Festnahme“ eingeordnet werden kann; das Alltagsverständnis des Festnahmebegriffs lässt eine solche Deutung nicht zu.

Als Rechtfertigungsgrund ist jedoch eine analoge Anwendung des § 127 Abs. 1 StPO nicht grundsätzlich ausgeschlossen, weil Art. 103 Abs. 2 GG nur Analogieschlüsse zulasten des Täters, nicht jedoch solche zu seinen Gunsten verbietet.<sup>107</sup> In methodischer Hinsicht setzt eine Analogie einerseits eine planwidrige Regelungslücke und andererseits eine der geregelten Rechtslage vergleichbare Interessenkonstellation voraus.<sup>108</sup> Während letzteres jedenfalls vorliegt, drängen sich jedoch Zweifel in Bezug auf die Planwidrigkeit der Regelungslücke auf: Der Gesetzgeber hat gerade (nur) ein Festnahmerecht für Jedermann normiert, aber kein Recht zur Sicherstellung oder Beschlagnahme.<sup>109</sup> Diese sind in den §§ 94 ff. StPO geregelt, an die Strafverfolgungsorgane adressiert und dienen der Beweissicherung.<sup>110</sup> Da § 127 Abs. 1 S. 1 StPO aber nicht den Festnahmegrund der Verdunkelungsabsicht vorsieht, wird teilweise hieraus geschlossen, dass die Wegnahme von Gegenständen durch Private nicht durch eine (analoge)<sup>111</sup> Anwendung des § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt werden kann.<sup>112</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich offensichtlich gerade um eine Frage des Festnahmegrundes handelt, nicht aber, ob eine Festnahmehandlung bzw. ein Analogon dazu vorliegt. Bezüglich einer beweisichernden privaten „Beschlagnahme“ fehlt es daher an einer planwidrigen Regelungslücke, sodass eine analoge Anwendung des § 127 Abs. 1 StPO ausscheidet.<sup>113</sup> Ist ein solches Verhalten kriminalpolitisch erwünscht, müsste der Gesetzgeber eine eigenständige Eingriffsgrundlage schaffen.<sup>114</sup> Von einer unabsicht-

<sup>98</sup> Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 84), § 17 Rn. 28.

<sup>99</sup> So auch *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21; *Albrecht* (Fn. 16), S. 159.

<sup>100</sup> Vgl. nur *Meyer-Goßner* (Fn. 15), § 206a Rn. 8.

<sup>101</sup> Vgl. nur *Schröder*, Jura 1999, 10 (13).

<sup>102</sup> Vgl. etwa *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 36), § 315b Rn. 1, § 315c Rn. 2 m.w.N. zum Streitstand.

<sup>103</sup> Vgl. nur OLG Thüringen, Beschl. v. 9.7.1997 – 1 Ss 294/96 = VRS 94 (1998), 459; *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21.

<sup>104</sup> Vgl. OLG Hamm, VRS 16, 136 f.; OLG Thüringen, Beschl. v. 9.7.1997 – 1 Ss 294/96 = VRS 94 (1998), 459.

<sup>105</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.1.1959 – Ss 78/58 = NJW 1959, 1190 (1191: „Die Polizeibeamten hätten hier aber auch ohne Einschränkung der persönlichen Freiheit des Angekl. ohne weiteres zum Ziel gelangen können, wenn sie sich z.B. von ihm den Zündschlüssel des Kraftwagens hätten aushändigen lassen oder wenn sie den Zündschlüssel im Weigerungsfall weggenommen hätten.“).

<sup>106</sup> Vgl. z.B. *Rönnau* (Fn. 56), Vor § 32 Rn. 269; *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), § 35 IV. 2.; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 29; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 29.

<sup>107</sup> Vgl. etwa *Dannecker* (Fn. 91), § 1 Rn. 282 ff. m.w.N.

<sup>108</sup> Exemplarisch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 365 ff.

<sup>109</sup> Etwa *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21.

<sup>110</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 34 Rn. 1.

<sup>111</sup> So aber offenbar RGZ 64, 385 (387: „entsprechende[] Anwendung“).

<sup>112</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21.

<sup>113</sup> A.A. RGZ 64, 385 (387).

<sup>114</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21.

lich unterlassenen Regelung ist aber in den Fällen auszugehen, bei denen etwa ein Autoschlüssel zum Zwecke der Fluchtverhinderung weggenommen wird, was aber semantisch nicht vom Begriff der Festnahme erfasst ist; hier kommt eine Rechtfertigung analog § 127 Abs. 1 StPO in Betracht, weil insoweit die Regelungslücke nicht als planmäßig anzusehen ist.

#### b) Verhältnismäßigkeit

In Bezug auf das Maß der Festnahmehandlung wird ganz überwiegend eine Begrenzung des Festnahmerechts durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip postuliert.<sup>115</sup> Hierfür bietet der Wortlaut des § 127 Abs. 1 StPO allerdings keine Anhaltspunkte, weshalb eine solche Einschränkung einer eingehenderen Begründung bedarf. Dies gilt umso mehr, als davon nicht nur die Strafbarkeit des Festnehmenden abhängt, sondern auch das Notwehrrecht des Festgenommenen.<sup>116</sup>

In diesem Zusammenhang ist wiederum eine differenzierte Untersuchung vorzunehmen: Zum einen kann bereits grundsätzlich die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO in Frage gestellt werden (sogleich aa). Erweisen sich derartige Zweifel als unbegründet, ist damit aber noch nichts über die Reichweite der Erstreckung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgesagt (dazu bb).

#### aa) Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Für eine Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei § 127 Abs. 1 StPO wird etwa angeführt, dieser müsse – aus der Nähe von § 127 Abs. 1 zu Abs. 2 StPO folgend – parallel zum Recht der Untersuchungshaft ausgelegt werden, das in § 112 Abs. 1 S. 2 StPO die Haftanordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterwirft.<sup>117</sup> Allerdings wurde bereits dargelegt, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, eben nur in § 127 Abs. StPO, nicht aber in § 127 Abs. 1 StPO auf die §§ 112 ff. StPO zu verweisen, nicht auf diese Weise unterlaufen werden darf. Überdies scheint auch die Verweisung des § 127 Abs. 2 StPO auf § 112 Abs. 1 S. 2 StPO zweifelhaft und der teleologischen Reduktion zugänglich, weil § 112 Abs. 1 S. 2 StPO die Situation der abwägenden richterlichen Entscheidung zugrunde liegt, während bei § 127 StPO eine Augenblicksentscheidung getroffen werden muss.<sup>118</sup>

Als tragfähiger erweisen sich demgegenüber folgende Erwägungen: § 127 Abs. 1 StPO besitzt eine Doppelfunktion als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund einerseits und straf-

prozessuale Eingriffsgrundlage andererseits.<sup>119</sup> Solche Eingriffsbefugnisse dienen der Wahrung des rechtsstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes, wonach jeder Grundrechtseingriff einer einfachgesetzlichen Ermächtigung bedarf.<sup>120</sup> Begrenzt wird die Einschränkung der Grundrechte allerdings unter anderem durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip entspringt.<sup>121</sup> Demnach muss dieser auch im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO Geltung erlangen.<sup>122</sup>

Gegen diese Argumentation bestehen Bedenken, weil der einzelne Bürger den Grundrechten grundsätzlich nicht verpflichtet ist; diese stellen in erster Linie Abwehrrechte gegen staatliches Verhalten dar.<sup>123</sup>

Im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO nimmt der Einzelne jedoch gerade eine staatliche Aufgabe – nämlich diejenige der Strafverfolgung – wahr. Das Recht dazu wird ihm nicht originär, sondern aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols auf abgeleiteter Weise übertragen.<sup>124</sup> Daher ist der Festnehmende insoweit als Teil des Staates anzusehen und den Grundrechten – und damit auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – verpflichtet.<sup>125</sup>

Dafür spricht möglicherweise auch die Verortung der Norm in der StPO: Wäre der Festnehmende nicht an Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden, würde § 127 StPO ausschließlich die Funktion als Rechtfertigungsgrund zukommen. In diesem Falle hätte der Gesetzgeber die Vorschrift allerdings im materiellen Strafrecht verorten müssen, da bei Verkündung der RStPO im Jahre 1877 das RStGB bereits in Kraft war.

Der eben dargestellten Argumentation steht aber die Erwägung entgegen, dass der Wortlaut des § 127 Abs. 1 StPO (anders als z.B. § 32 Abs. 1 StGB: „geboten“) keinen entsprechenden Anhaltspunkt findet und deshalb eine einer gem. Art. 103 Abs. 2 GG verbotenen Analogie gleichzusetzende teleologische Reduktion eines Rechtfertigungsgrundes<sup>126</sup> vorliegen könnte.

Das Analogieverbot ist jedoch kein reiner Selbstzweck, sondern dient der Vorhersehbarkeit strafbaren Verhaltens; nur wenn bereits vorher klar ist, dass ein bestimmtes Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, kann ein Straftatbestand generalpräventive Wirkung entfalten.

<sup>119</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (378 f., 385); *Albrecht* (Fn. 16), S. 76 m.w.N.

<sup>120</sup> Exemplarisch *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 1.10.2011, Art. 20 Rn. 159 ff.

<sup>121</sup> Exemplarisch *Huster/Rux* (Fn. 120), Art. 20 Rn. 177 m.w.N.

<sup>122</sup> Vgl. *Kargl*, NStZ 2000, 8 (15 f.); *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (404).

<sup>123</sup> Exemplarisch *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 120), Stand: 1.10.2011, Art. 1 Rn. 64 ff., 71.

<sup>124</sup> Eingehend dazu mit Bezugnahme auf die Historie *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (379 ff.) m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

<sup>125</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (385)

<sup>126</sup> Siehe dazu oben bei und in Fn. 91.

<sup>115</sup> Vgl. exemplarisch BGHSt 45, 378 (381); *Schröder*, Jura 1999, 10 (11); *Satzger*, Jura 2009, 107 (112); a.A. *Arzt* (Fn. 75), S. 1 (S. 8 ff.).

<sup>116</sup> Vgl. *Arzt* (Fn. 75), S. 1 (S. 8): „Die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips führt so zur Belastung mit eben dem unübersehbaren Risiko, das der Privatperson mit der Verdachtslösung abgenommen wird.“ (Fußnote entfernt).

<sup>117</sup> Etwa *Naucke*, NJW 1968, 1225.

<sup>118</sup> In diesem Sinne wohl auch *Schröder*, Jura 1999, 10 (11).

Es ist jedoch im Bewusstsein der Bevölkerung die Erkenntnis verankert, dass staatlichen Maßnahmen, die in den Schutzbereich der Grundrechte eingreifen, rechtliche Grenzen gesetzt sind. Dem Einzelnen muss jedoch ebenso bewusst sein, dass für ihn nichts anderes gelten kann, wenn er anstelle der eigentlich zuständigen Behörden agiert und die Grundrechte seiner Mitmenschen beeinträchtigt. Dies gilt erst recht, weil die einschneidende Maßnahme bereits dem Grundsatz nach untersagt und nur ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

Da die teleologische Beschränkung des Festnahmerechts im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht bereits prinzipiell zur mangelnden Vorhersehbarkeit strafbaren Verhaltens führt, ist eine solche auch verfassungsrechtlich zulässig.

#### bb) Erstreckung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Da – wie soeben dargelegt – das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO grundsätzlich Geltung erlangt, muss in einem zweiten Schritt dessen Bezugspunkt geklärt werden. Dabei wird häufig übersehen, dass hierfür sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Festnahme in Betracht kommen.<sup>127</sup>

##### (1) „Ob“ der Festnahme<sup>128</sup>

Es erscheint zweifelhaft, ob das Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 StPO mit Blick auf die Schwere der (vermeintlich) begangenen Tat bzw. die zu erwartende Strafe beschränkt werden darf.<sup>129</sup>

Der Wortlaut der Vorschrift nennt gerade nur das Merkmal der „Frische“ der Tat, nicht aber deren Schwere.<sup>130</sup> Woran ein solches Kriterium gemessen werden sollte, bleibt ebenfalls im Dunkeln.<sup>131</sup>

Außerdem nimmt der Festnehmende eine Aufgabe der Staatsgewalt wahr; diese ist allerdings beim Verdacht einer Straftat unabhängig von deren Schwere nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten (Legalitätsprinzip). Daran ändert auch die Vorschrift des § 153 Abs. 1 StPO nichts, da jedenfalls ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden muss, um ermessen zu können, ob die Schuld des Täters „als gering anzusehen“ ist. Er wäre

daher widersinnig, wenn dem Privatmann bei der Erfüllung derselben Aufgabe verboten wäre, wozu die Strafverfolgungsorgane verpflichtet sind.<sup>132</sup>

Weiterhin legt § 127 Abs. 3 StPO das Gegenteil nahe: Im Umkehrschluss lässt sich daraus folgern, dass auch bei Antragsdelikten, die generell der leichteren bis leichtesten Kriminalität zuzurechnen sind, eine Festnahme zulässig ist.<sup>133</sup>

Nicht zuletzt lässt sich schon die Prämisse bezweifeln, die der genannten Auffassung zugrunde liegt: Oftmals mag es sinnvoller erscheinen, die sog. „Bagatellfälle“ im Dienste des ultima ratio-Prinzips bereits auf der Ebene des materiellen Rechts von der Strafbarkeit auszunehmen, sodass es – wenn dies vom Festnehmenden erkannt wird – bereits an einer Festnahmelage fehlt und somit eine Beschränkung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entbehrlich wird.

Folglich berührt die Schwere der Tat bzw. die zu erwartende Strafe das Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 StPO nicht.

Allerdings folgt aus dem Ausnahmecharakter der Vorschrift, dass dem Privatmann bei Anwesenheit eines Polizeibeamten, dem die Festnahme möglich wäre, das Recht aus § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht zusteht.<sup>134</sup> Dies ist insbesondere mit dem Legalitätsprinzip (s.o. I.) zu begründen. Die Beschränkung dürfte sich auch im Rahmen des Vorhersehbaren halten, sodass es nicht zu Konflikten mit dem Analogieverbot kommt (s.o.).

Hervorzuheben ist aber, dass ggf. eine Festnahme des zu Unrecht untätigen Amtsträgers wegen des Verdachts einer Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen (§ 258a StGB) in Frage kommen kann.<sup>135</sup>

##### bb) „Wie“ der Festnahme

Art und Maß des Festnahmemittels sind der Beschränkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterworfen. Zulässig sind daher nur solche Maßnahmen, die geeignet sind, dem Festnahmezweck gerecht zu werden; es dürfen aber keine für den Festgenommenen weniger einschneidenden Alternativen zur Verfügung stehen, die gleiche Wirkung versprechen.<sup>136</sup> Zusätzlich ist aber das Maß der Festnahmehandlung einer Angemessenheitskontrolle unterworfen. Im Wesentlichen besteht in diesem Zusammenhang<sup>137</sup> Einigkeit, dass schwer-

<sup>127</sup> Betont von *Kargl*, NStZ 2000, 8 (14); *Satzger*, Jura 2009 107 (112); *Schröder*, Jura 1999, 10 (11).

<sup>128</sup> *Satzger* weist zutreffend darauf hin, dass diese Frage bereits im Rahmen der Festnahmelage erörtert werden kann; vgl. *ders.*, Jura 2009 107 (112 in dortiger Fn. 54).

<sup>129</sup> So aber *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 19; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 19; *Naucke*, NJW 1968, 1225; *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 17. Fälschlicherweise wird als Nachweis für diese Auffassung häufig auch BayObLG MDR 1986, 956 (957) zitiert. Die Entscheidung formuliert zwar den genannten Gedanken als Grundsatz, stellt aber im nächsten Halbsatz klar, dass er bei der konkreten gesetzgeberischen Entscheidung nicht zum Tragen kommt.

<sup>130</sup> BGHSt 45, 378 (380 f.); *Kargl*, NStZ 2000, 8 (14); *Schröder*, Jura 1999, 10 (11).

<sup>131</sup> Zutreffend *Schröder*, Jura 1999, 10 (11).

<sup>132</sup> So auch *Kargl*, NStZ 2000, 8 (14); in diesem Sinne auch *Arzt* (Fn. 75), S. 1 (S. 8).

<sup>133</sup> Zutreffend *Schröder*, Jura 1999, 10 (11).

<sup>134</sup> Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 15), § 127 Rn. 7; *Arzt* (Fn. 75), S. 1 (S. 9); *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (413).

<sup>135</sup> Zutreffend *Arzt* (Fn. 75), S. 1 (S. 9 in dortiger Fn. 25a).

<sup>136</sup> Etwa *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (411).

<sup>137</sup> *Bülte* erörtert dieses Problem sowohl bei der Frage nach der grundsätzlichen Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als auch im Rahmen der Angemessenheit (vgl. *ders.*, ZStW 121 [2009], 377 [404 ff. einerseits, 411 ff. andererseits]).

wiegende<sup>138</sup> Körperverletzungen nicht durch § 127 StPO gerechtfertigt werden können.<sup>139</sup>

Problematische Fälle ergeben sich darüber hinaus beim Einsatz von Schusswaffen. Zwar herrscht Konsens darüber, dass konkret lebensgefährliche Schüsse auf den Festzunehmenden jedenfalls unzulässig,<sup>140</sup> die bloße Drohung und die Abgabe eines Warnschusses dagegen zulässig sein sollen<sup>141</sup> (wobei diesbezüglich die Eignung der Maßnahme ausführlich zu begründen sein wird). Die Frage der Zulässigkeit *nicht* konkret lebensgefährlicher Schüsse ist dagegen umstritten: Während der BGH – unter Zuspruch einiger Stimmen in der Literatur<sup>142</sup> – eine solche in Abhängigkeit von der Schwere der (nach hier vertretener Auffassung: mutmaßlich begangenen) Tat in einem obiter dictum grundsätzlich für „denkbar“ erklärt hat,<sup>143</sup> wurde dies noch von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abgelehnt;<sup>144</sup> diesen Standpunkt vertritt auch der überwiegende Teil der Literatur.<sup>145</sup>

Gegen die Zulässigkeit des Schusswaffeneinsatzes gegen den Verdächtigen durch einen Privatmann spricht, dass diesem nach der Konzeption des Festnahmerechts als Ausnahme zum Gewaltmonopol keine weiterreichenden Befugnisse zustehen dürfen, als den prinzipiell zur Festnahme berufenen Beamten. Bereits für diese ist jedoch der Schusswaffeneinsatz sehr stark reglementiert, wie beispielsweise § 10 Abs. 1 Nr. 2 UZwG (des Bundes)<sup>146</sup> zeigt, der nur beim dringenden Tatverdacht eines Verbrechens oder eines Vergehens unter Verwendung von Schusswaffen oder Sprengstoffen den amtlichen Schusswaffengebrauch (ungeachtet weiterer Voraussetzungen) in Betracht zieht. Zudem sind gem. § 9 UZwG (des Bundes) hierzu nur bestimmte Kreise von Beamten berechtigt.

Da es sich bei einem Privatmann regelmäßig nicht um einen speziell trainierten Berufswaffenträger handelt, scheint es auch tendenziell nicht angebracht, diesen den Beamten zugewiesenen Spielraum auf § 127 Abs. 1 StPO zu übertra-

gen.<sup>147</sup> Zudem würde eine solche restriktive Handhabung des Jedermann-Festnahmerechts auch eher dem bereits angesprochenen Verhältnis zwischen § 127 Abs. 1 StPO und § 127 Abs. 2 StPO gerecht. Nicht zuletzt genügt auch der insoweit recht offene Wortlaut des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Wesentlichkeitsprinzips nicht, wonach für eine Ermächtigung zu derart tiefgreifenden Eingriffen ein höherer Konkretisierungsgrad der Norm zu fordern wäre.<sup>148</sup>

#### 4. Verfolgungswille

Die Festnahme muss aufgrund der systematischen Verortung der Norm in der StPO der Strafverfolgung dienen. Rein präventive Zwecke sind nicht ausreichend;<sup>149</sup> in solchen Fällen kommt jedoch eine Rechtfertigung durch Notwehr (§ 32 StGB),<sup>150</sup> Notstand (§ 34 StGB) oder Sondervorschriften der Landespolizeigesetze<sup>151</sup> in Betracht. Ebenfalls unzureichend ist die Zwecksetzung der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (z.B. Herausgabe- und Schadensersatzansprüche),<sup>152</sup> insoweit ist § 229 BGB einschlägig.<sup>153</sup>

Da der Handlung mehrere der genannten Motive zugrunde liegen können, ist eine Überschneidung der Rechtfertigungsgründe denkbar.<sup>154</sup> Durch die Dominanz eines der Beweggründe werden aber die anderen Rechtfertigungsgründe nicht ausgeschlossen, sondern können nebeneinander zur Anwendung kommen.<sup>155</sup>

### III. Rechtsfolgen

Der Wortlaut des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ordnet lediglich an, dass der (berechtigterweise) Festnehmende „befugt“ handelt.

#### 1. Allgemeines

Nach allgemeiner Auffassung ist § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ein Rechtfertigungsgrund.<sup>156</sup> Liegen die oben dargestellten Voraussetzungen der Norm vor, entfällt die Rechtswidrigkeit der durch die Festnahmehandlung begangenen Tat; weder Strafe noch Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen gegen Festnehmenden verhängt werden. Nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät ist auch eine Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) an der Tat nicht mehr möglich.

<sup>138</sup> Der Begriff ist in diesem Zusammenhang untechnisch – also nicht i.S.d. § 226 StGB – zu verstehen.

<sup>139</sup> Vgl. seitens der Rspr. etwa BGHSt 45, 378 (381); aus dem Schrifttum vgl. beispielhaft *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21 m.w.N.

<sup>140</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (408) m.w.N.

<sup>141</sup> Etwa *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 29; *Meyer-Göfner* (Fn. 15), § 127 Rn. 15 m.w.N.

<sup>142</sup> Vgl. *Pfeiffer*, Strafprozeßordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 127 Rn. 7; *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 28; *Otto*, Jura 2003, 685 (687); *ders.*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 157; *Wankel* (Fn. 26), § 127 Rn. 11.

<sup>143</sup> BGH, Urt. v. 15.5.1979 – 1 StR 749/78 (bei *Pfeiffer*, NSStZ 1981, 93 [94]).

<sup>144</sup> In diese Richtung deuten zumindest die Entscheidungen RGSt 34, 444 (446) und RGSt 69, 308 (312).

<sup>145</sup> Exemplarisch *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 21; *Mitsch* (Fn. 8), § 17 Rn. 148; *Meyer-Göfner* (Fn. 15), § 127 Rn. 15; *Roxin* (Fn. 84), § 31 Rn. 10.

<sup>146</sup> Zum Rückgriff auf die Landesgesetze zutreffend *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 29 ff., 30.

<sup>147</sup> Ähnlich *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (409).

<sup>148</sup> Zutreffend *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (409 f.).

<sup>149</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (413 f.); *Meyer-Göfner* (Fn. 15), § 127 Rn. 8.

<sup>150</sup> So auch *Albrecht* (Fn. 16), S. 86 ff. m.w.N.

<sup>151</sup> So *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 31 Rn. 7.

<sup>152</sup> Vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (414).

<sup>153</sup> *Albrecht* (Fn. 16), S. 85 f.; *Meyer-Mews*, JA 2006, 206 (209); *Meyer-Göfner* (Fn. 15), § 127 Rn. 8.

<sup>154</sup> Vgl. *Albrecht* (Fn. 16), S. 154 f.

<sup>155</sup> Ebenda.

<sup>156</sup> Exemplarisch *Schultheis* (Fn. 10), § 127 Rn. 4; *Kühl* (Fn. 28), § 9 Rn. 83; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 282, 353 ff.; *Mitsch* (Fn. 8), § 17 Rn. 144 ff.; *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377; *Hilger* (Fn. 17), § 127 Rn. 6; *Paeffgen* (Fn. 15), § 127 Rn. 2.

Liegen die Voraussetzungen des Festnahmerechts nicht vor, so kommt eine Rechtfertigung des Täters gem. § 34 StGB nicht in Betracht, weil anderenfalls der Ausnahmecharakter des § 127 Abs. 1 StPO unterlaufen würde.<sup>157</sup>

## 2. Insbesondere die Strafbarkeit des Festgenommenen

Ist die Tat gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt, stellt sie keinen „rechtswidrigen“ Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB mehr dar, weshalb sich der Festgenommene nicht auf Notwehr (und auch nicht auf Notstand, vgl. soeben) berufen kann und somit jedenfalls rechtswidrig<sup>158</sup> handelt, wenn er sich gegen den Festnehmenden wehrt und im Zuge dessen selbst tatbestandlich handelt. Je nach Vorstellung des Festgenommenen<sup>159</sup> kann dieser einem Erlaubnistatstandsirrtum oder einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB unterliegen und somit entweder straflos bleiben oder zumindest eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit gem. §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB bestehen.<sup>160</sup>

Erkennt der Festgenommene die strafverfolgende Absicht des Festnehmenden (und somit dessen materiell-staatliches Handeln) und hält die Festnahme (irrig) für rechtswidrig, scheint zumindest grundsätzlich eine analoge<sup>161</sup> Anwendung des § 113 Abs. 4 StGB denkbar.

Da in einer Augenblicks-Festnahmesituation des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO niemals förmliche Rechtsbehelfe für den Festgenommenen in Betracht kommen, entfaltet dieses einschränkende (und somit für den Festgenommenen nachteilige) Kriterium gem. § 113 Abs. 4 S. 2 StGB in den hier interessierenden Fällen keine Wirkung; da im Übrigen § 113 Abs. 4 StGB gegenüber § 17 StGB zum einen eine weitergehende Strafmilderungsmöglichkeit (§ 49 Abs. 2 StGB anstelle von § 49 Abs. 1 StGB) und zum anderen die Möglichkeit des Absehens von Strafe (bei Vermeidbarkeit des Irrtums, § 113 Abs. 4 S. 1 StGB) oder sogar ermessensunabhängige

Strafbefreiung (im Falle der Unvermeidbarkeit des Irrtums, § 113 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 StGB) bietet, wäre eine solche analoge Anwendung der Vorschrift nur günstig für den Festgenommenen und folglich nicht gem. Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig.<sup>162</sup> Eine planwidrige Regelungslücke<sup>163</sup> kann unterstellt werden. Da der Festnehmende pro magistratu handelt, ist auch – vorausgesetzt, dass der Festgenommene die Eigenschaft als Festnahme erkennt – eine Vergleichbarkeit mit dem Amtsträgermerkmal und der Vollstreckungshandlung gegeben. Zudem wird die analoge Anwendung der Regelung vom telos des § 113 StGB gestützt: Derjenige, gegen den eine staatliche Vollstreckungsmaßnahme ausgeführt wird, befindet sich in einer Affektsituation, die besondere Nachsicht verdient.<sup>164</sup> Erkennt der Festgenommene aber, dass der Private materiell gesehen staatlich handelt, besteht diese Situation ebenso.

Hiergegen wird angeführt, Nötigungshandlungen gegen denjenigen, der gem. § 127 Abs. 1 StGB handelt, würden stattdessen § 240 StGB unterfallen,<sup>165</sup> was allerdings zu widersprüchlichen Ergebnissen führt.<sup>166</sup> Vielmehr trägt in umgekehrter Richtung der folgende Gedanke: Nimmt der Festgenommene stattdessen irrig an, es handle sich um einen Amtsträger, ist zumindest im Ergebnis anerkannt, dass die Strafraumenbegrenzungen des § 113 StGB berücksichtigt werden müssen.<sup>167</sup> Findet also die Irrtumsregelung des § 113 Abs. 4 StGB sogar Anwendung, wenn der Festgenommene nur annimmt, dass er sich einer materiell-staatlichen Vollstreckungshandlung gegen seine Person ausgesetzt sieht, so muss dies vor dem Hintergrund des genannten Schutzzwecks des § 113 StGB erst recht gelten, wenn sich der Festgenommene wie im Falle des § 127 Abs. 1 StPO tatsächlich einer materiell staatlichen Handlung gegenüber sieht und diese auch als solche erkennt.

## IV. Zusammenfassung

- Das Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 StPO ist eine Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols und ermächtigt den Einzelnen, in bestimmten Situationen strafverfolgend tätig zu werden.
- Dieses Recht steht auch den Beamten der Staatsanwaltschaft und der (Kriminal-)Polizei zu; ihre Befugnisse werden durch § 127 Abs. 2 StPO erweitert.
- Die verfolgte Tat muss nicht tatsächlich begangen worden sein. Es ist jedoch notwendig, dass so starke Verdachtsmomente vorliegen, dass für den Betrachter eine Straftat vollkommen evident scheint. Nicht zulässig ist aber die Festnahme von Kindern im Alter unter 14 Jahren.
- Der Festnahmegrund des Fluchtverdachts ist weitergehend als derjenige der Fluchtgefahr i.S.d. § 112 Abs. 2

<sup>157</sup> Vgl. *Borchert*, JA 1982, 338 (345) m.w.N.; auch etwa *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 31 Rn. 7.

<sup>158</sup> Dies gilt nur, solange man vom herrschenden dreistufigen Deliktsaufbau ausgeht, vgl. die verschiedenen Ansätze zu den Rechtsfolgen eines Erlaubnistatstandsirrtums (falls ein solcher überhaupt vorliegt, dazu sogleich) bei *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 70 ff. m.w.N.

<sup>159</sup> Vgl. oben Fn. 47.

<sup>160</sup> Die Rechtsfolgen eines Erlaubnistatstandsirrtums sind umstritten (vgl. *Kühl* [Fn. 18], § 13 Rn. 70 ff. m.w.N.); folgt man der sog. strengen Schuldtheorie, ist die Frage nach der Entschuldigung des Festgenommenen dem Unvermeidbarkeitskriterium des § 17 StGB unterworfen, gleichgültig, ob es sich um einen Erlaubnistatstandsirrtum oder einen Verbotsirrtum handelt.

<sup>161</sup> Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift kommt nicht in Frage, weil der gem. § 127 Abs. 1 StGB zur Festnahme Berechtigte jedenfalls nicht als Amtsträger i.S.d. § 113 StGB i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen ist und auch nicht § 114 StGB unterfällt (vgl. etwa *Rosenau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2008, § 114 Rn. 1).

<sup>162</sup> Vgl. bereits oben Fn. 108.

<sup>163</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie vgl. oben bei Fn. 109.

<sup>164</sup> Vgl. *Rosenau* (Fn. 161), § 113 Rn. 5.

<sup>165</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 36), § 113 Rn. 3 i.V.m. § 114 Rn. 19.

<sup>166</sup> So selbst erkannt bei *Eser* (Fn. 36), § 114 Rn. 19.

<sup>167</sup> Vgl. *Rosenau* (Fn. 161), § 113 Rn. 97 m.w.N.

Nr. 2 StPO; er bemisst sich nach einem Wahrscheinlichkeitsurteil des Festnehmenden.

- Durch § 127 StPO können insbesondere Nötigungen, Freiheitsberaubungen, Sachbeschädigungen und leichte Körperverletzungen gerechtfertigt werden, niemals aber Tötungen, schwerwiegende Körperverletzungen, Straßenverkehrsdelikte und Schusswaffeneinsatz (unabhängig vom Eintritt einer konkreten Lebensgefahr). Analoge Anwendung findet die Vorschrift aber auch auf die Wegnahme von Sachen, soweit diese ausschließlich der Fluchtverhinderung, nicht aber der Beweissicherung dient.
- Die in Frage kommenden Festnahmehandlungen stehen unter der Begrenzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dieser betrifft aber ausschließlich Art und Umfang der Festnahmemittel, hindert jedoch nicht die generelle Anwendbarkeit des Festnahmerechts bei weniger schweren Delikten.
- Die gegen eine gem. § 127 Abs. 1 StPO zulässige Maßnahme angewandte Verteidigung kann nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt werden; allenfalls kommt ein Erlaubnisirrtum oder ein Erlaubnistatumstandsirrtum des Festgenommenen in Betracht. Erkennt der Festgenommene den materiell-staatlichen Charakter der Festnahmehandlung, so kommt ihm im Irrtumsfalle die Vorschrift des § 113 Abs. 4 StGB in analoger Anwendung zugute.