

# Der auf frischer Tat betroffene oder verfolgte Täter im Rahmen der Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Janick Haas**, Wiss. Mitarbeiter **Jonas Fritsch**, Marburg\*

*Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob gem. § 859 Abs. 2 BGB gerechtfertigt Gewalt gegen eine Person angewendet werden kann, wenn das Gewaltopfer nur irrigerweise für die Rechtfertigungssituation verantwortlich gemacht wird.*

## I. Einleitung und Problemaufriss

Es ist anerkannt, dass auch zivilrechtliche Erlaubnisnormen eine strafrechtlich grundsätzlich verbotene Handlung rechtfertigen können.<sup>1</sup> Eine solche, mitunter weitreichende Befugnisse einräumende Norm stellt § 859 Abs. 2 BGB, die sog. Besitzkehr, dar. § 859 Abs. 2 BGB kommt ausschließlich in Wegnahmesituationen in Betracht und stellt deshalb sowie aufgrund grundsätzlich enger tatbestandlicher Anforderungen jedenfalls in der Theorie einen für die Rechtsanwendung attraktiven, deliktsspezifischen Rechtfertigungsgrund dar. Rechtstatsächlich kommt der Norm zumindest im strafrechtlichen Zusammenhang allerdings nur überschaubare Relevanz zu.<sup>2</sup> Wohl deshalb erwähnen selbst umfassende Ausführungen zur strafrechtlichen Rechtfertigung die Norm nur in einem Nebensatz.<sup>3</sup> Das genaue Verhältnis insbesondere zwischen § 859 BGB und § 32 StGB ist allerdings äußerst umstritten.<sup>4</sup>

---

\* Dipl.-Jur. *Janick Haas* ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht von Prof. Dr. *Jens Puschke*, LL.M. (King's College) an der Philipps-Universität Marburg. *Jonas Fritsch* ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Christine Budzikiewicz* an der Philipps-Universität Marburg.

<sup>1</sup> Siehe nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 31 ff.; a.A. *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 10.

<sup>2</sup> Siehe zu einer erkannten Rechtfertigung gem. § 859 Abs. 2 BGB lediglich OLG Schleswig NStZ 1987, 75; BGH NStZ-RR 1999, 265, m. Anm. *Heger*, JA 2000, 188; siehe außerdem OLG Zweibrücken NStZ 2019, 678 (679), wo für eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB begrifflich auf die Voraussetzungen von § 859 Abs. 2 BGB rekuriert wurde, m. zust. Anm. *Eisele*, JuS 2019, 591 (591), der eine eigenständige Bedeutung von § 859 Abs. 2 BGB neben § 32 StGB ausdrücklich verneint.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Jeschek/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 35 IV. 1.; *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 17 Rn. 31; *Schlehofer*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 124.

<sup>4</sup> Siehe etwa für eine nur klarstellende Wirkung *Gutzeit*, in: *Staudinger BGB*, Bd. 3, Neubearb. 2018, § 859 Rn. 6, siehe zum Vorrang strafrechtlicher Vorschriften im Allgemeinen *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 106 ff.; siehe für einen Vorrang der Besitzschutzrechte als *leges speciales* etwa *Englän-*

So wird etwa angemerkt, dass der zeitliche Anwendungsbereich von § 32 StGB und § 859 Abs. 2 BGB nicht immer deckungsgleich sein muss.<sup>5</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass Notwehr und Besitzkehr unterschiedlichen Regelungszwecken dienen.<sup>6</sup> Aus diesem Grund ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen einer auf Besitzkehr beruhenden strafrechtlichen Rechtfertigung sinnvoll. Bislang wurde sich in diesem Zusammenhang überwiegend mit dem Begriff der „Frische“ der Tat befasst.<sup>7</sup> Entsprechendes gilt für zivilrechtliche Beiträge.<sup>8</sup> Die Notwendigkeit einer zusätzlichen Auseinandersetzung mit dem Täterbegriff des § 859 Abs. 2 BGB soll das folgende Fallbeispiel veranschaulichen:

A geht durch eine hoch frequentierte Fußgängerzone. Er bemerkt eine Berührung und stellt kurz darauf fest, dass ihm seine Brieftasche fehlt. Er geht zutreffender Weise davon aus, dass sie vor wenigen Augenblicken gestohlen wurde. Er schaut sich um und sieht, wie sich V – sein verhasster Nachbar – auffällig schnell von der Menschenmasse wegbewegt. A geht deshalb davon aus, dass es sich bei V um den Dieb handelt. Um seine Brieftasche zurückzubekommen, rennt er ihm hinterher und stößt ihn zu Boden. Tatsächlich ist V nur spät dran und versucht joggend, den nächsten Bus zu erreichen.

Unterstellt, die für V aus dem Sturz resultierenden Beeinträchtigungen überschritten die Erheblichkeitsschwelle, hat A jedenfalls eine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB verwirklicht. Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet aufgrund eines Angriffs in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter aus.<sup>9</sup> Dies gilt entsprechend für § 227 BGB.<sup>10</sup> § 127 Abs. 1 S. 1

---

*der*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 28; *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 77; siehe für eine Gleichrangigkeit etwa *Schlehofer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 285.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75).

<sup>6</sup> *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 200 f.

<sup>7</sup> Siehe OLG Schleswig NStZ 1987, 75, m. Anm. *Hellmann*, NStZ 1987, 455; siehe aber auch zum Tatbegriff *Stam*, JR 2017, 557 (565 f.).

<sup>8</sup> Siehe etwa *Schäfer*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 859 Rn. 13; *Hoeren*, in: *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver* (Hrsg.), BGB, Sachenrecht, Kommentar, Bd. 3, 4. Aufl. 2016, § 859 Rn. 12 f.; vgl. auch *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 5 Rn. 10; vgl. außerdem zur zivilrechtlichen Haftungsseite für Fehlverhalten im Rahmen der Ausübung von Besitzkehr *Klingbeil* (Fn. 5), S. 222 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 21. In diesem Fall käme auch *Hellmann*, der § 859 Abs. 2 BGB als Anwendungsfall von § 32 StGB sieht, automatisch zur Verneinung der Besitzkehr (Fn. 4), S. 144 ff.

StPO ist aufgrund eines fehlenden Festnahmewillens nicht einschlägig.<sup>11</sup> Auch § 229 BGB kommt als Rechtfertigung nicht in Betracht, weil die Personalien des V bekannt sind und deshalb die Inanspruchnahme obrigkeitlicher Hilfe möglich wäre.<sup>12</sup>

Übrig bleibt allein eine mögliche Rechtfertigung nach § 859 Abs. 2 BGB. A wurde ohne dessen Willen – also mittels verbotener Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB – die Brieftasche weggenommen. Dies geschah zudem erst vor wenigen Augenblicken, sodass die Frische der Tat außer Frage steht.<sup>13</sup> Um die Sache zurückzuerlangen, darf A – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsgrenzen<sup>14</sup> – Gewalt anwenden; eine einfache Körperverletzung ist vom Erlaubnissatz also grundsätzlich erfasst.

Problematisch ist hier allerdings, dass sich die Gewaltanwendung gegen den (ex post) falschen Verdächtigen richtete. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gewalt gegen eine von § 859 Abs. 2 BGB erfasste Person gerichtet wurde, ob V als ein „auf frischer Tat betroffener oder verfolgter Täter“ zu qualifizieren ist. Eine solche Unsicherheit in Bezug auf die Identität der deliktisch handelnden Person wird sich etwa bei Trick-Diebstählen regelmäßig ergeben. Die Auslegung des Täterbegriffs bei § 859 Abs. 2 BGB bedarf also einer genaueren Betrachtung.

## II. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Ausgangspunkt

Zur Bestimmung des Merkmals des „auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täters“ bietet es sich wegen der Ähnlichkeit des Normwortlauts an, die i.R.v. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO diskutierten Problempunkte, die Studierenden aus der Vorlesung gemeinhin geläufig sind, vor dem Hintergrund des § 859 Abs. 2 BGB zu beleuchten. Diese Wortlautverwandtschaft ist kein Zufall: Der BGB-Gesetzgeber von 1900 hat § 859 Abs. 2 BGB so gestaltet, dass dieser „sich zweckmäßig an den Wortlaut des § 127 der StPO“ anfügt.<sup>15</sup> Diese Tatsache bestärkt darin, eine Übertragung der im Rahmen der strafprozessualen Norm neuralgischen Punkte zu diskutieren.

### 1. Relevante Streitpunkte i.R.v. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

Im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO wird lebhaft darüber

Dem widerspricht allerdings die h.M., die in § 859 Abs. 2 StGB einen Spezialfall des zivilrechtlichen Selbsthilferechts sieht, siehe nur *Gutzeit* (Fn. 4), § 859 Rn. 2.

<sup>10</sup> *Rövekamp*, in: Gsell (Hrsg.), Beck'scher Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 227 Rn. 44.

<sup>11</sup> Vgl. *Herrmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 127 Rn. 22; aus zivilrechtlicher Perspektive *Klingbeil* (Fn. 5), S. 44 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Rövekamp* (Fn. 10), § 229 Rn. 29.

<sup>13</sup> Siehe hierzu OLG Schleswig NStZ 1987, 75.

<sup>14</sup> Näher hierzu *Götz*, in: Krüger (Hrsg.), Beck'scher Großkommentar BGB, Stand: 1.4.2022, § 859 Rn. 31 ff.; *Klingbeil* (Fn. 5), S. 211 f.; vgl. auch *Schlehofer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 284.

<sup>15</sup> *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 508.

diskutiert, inwieweit der Tatbegriff normativ aufzuladen ist.<sup>16</sup> Eine Seite will § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nur bei einer tatsächlich begangenen Tat durch die festzunehmende Person anwenden<sup>17</sup> und beruft sich dabei sowohl auf den Wortlaut der Norm<sup>18</sup> als auch auf den systematischen Vergleich zum Irrtumsprivileg von Beamtinnen und Beamten gem. § 127 Abs. 2 StPO, welches explizit nicht für Private gelte.<sup>19</sup> Eine von Privathand zu Unrecht festgenommene Person müsse sich auf das Notwehrrecht berufen können.<sup>20</sup>

Die Gegenseite lässt – mit unterschiedlicher Begründung und in unterschiedlicher Ausprägung – Verdachtsmomente der festzunehmenden Person grundsätzlich ausreichen.<sup>21</sup> Zwar wird teilweise konstatiert, dass auf Seiten der festzunehmenden Person immer jedenfalls ein Anfangsverdacht vorliegen müsse, weil auch staatliche Strafverfolgungsbehörden sonst nicht eingreifen dürften.<sup>22</sup> Dies ergibt sich aber wohl bereits daraus, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StPO in jedem Fall einen Festnahmewillens, also das Handlungsmotiv, die festgenommene Person der Strafverfolgung zuzuführen, voraussetzt, was de facto einen Anfangsverdacht hinsichtlich der Straftatbegehung durch die festzunehmende Person umfassen muss.

Die Kernfrage muss also sein, wie stark dieser Tatverdacht ausgeprägt sein muss. Immerhin ist nach allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen zum Zeitpunkt der Festnahme von einer gesicherten Tatbegehung durch die konkret tatverdächtige Person noch nicht auszugehen und ein Schwebezustand der Rechtmäßigkeit der Festnahme kann nicht billigenwert bis zur Feststellung der Täterschaft der festgenommenen Person aufrechterhalten werden.<sup>23</sup> Insoweit ist besonders darauf hinzuweisen, dass einige Stimmen, die auf eine tatsächlich bestehende Straftat rekurrieren, primär auf die in ihren objektiven Voraussetzungen tatsächlich verwirklichte Tat abstellen.<sup>24</sup> Die Diskussion dreht sich also überwiegend darum, ob strafbares Verhalten als solches vorliegt.<sup>25</sup>

<sup>16</sup> Siehe zum Streitstand umfassend *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 ff.; siehe auch *Kargl*, NStZ 2000, 8 ff.; *Jahn*, JuS 2015, 565 ff.

<sup>17</sup> Siehe etwa OLG Hamm NJW 1977, 590 (591); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 367; *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 127 Rn. 4.

<sup>18</sup> *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 81/82.

<sup>19</sup> In der neueren Literatur etwa *Jahn*, JuS 2015, 565 (566).

<sup>20</sup> *Jeschek/Weigend* (Fn. 3), § 35 IV 2.

<sup>21</sup> Siehe etwa BayObLGSt 1986, 52 (53 f.); BGH NJW 1981, 745 (745); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 10; *Bülte*, ZStW 2009, 377 (400 f.); ebenso etwa *Klingbeil* (Fn. 5), S. 42 f., der eine ex ante-Perspektive aus dem „prokuratorischen Charakter des Jedermann-Festnahmerechts“ herleitet.

<sup>22</sup> *Mitsch*, JA 2016, 161 (163).

<sup>23</sup> Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 15 Rn. 24.

<sup>24</sup> Siehe etwa OLG Hamm NJW 1972, 1826 (1827); OLG Hamm NJW 1977, 590 (591); *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 17), § 127 Rn. 4.

<sup>25</sup> Besonders deutlich in OLG Hamm NJW 1972, 1826 (1827),

## 2. Übertragbarkeit der Überlegungen auf § 859 Abs. 2 BGB?

Eine Rechtfertigung sowohl gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als auch gem. § 859 Abs. 2 BGB setzt allerdings nicht nur die objektive Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen als eine „frische Tat“, sondern auch die faktische Verbindung derer mit einer konkreten Person voraus. Die Möglichkeit, dass sich Verdachtskonstellationen selbst dann ergeben können, wenn objektiv offensichtlich eine Straftatbegehung vorliegt, diese aber nicht eindeutig einer Person zugeordnet werden kann, selbst wenn diese Person sich in enger zeitlicher oder räumlicher Entfernung zum Tatort aufhält, wird im strafprozessualen Kontext oft ausgeblendet. Für die in der Diskussion um § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vertretenen Auffassungen ist zwar anzunehmen, dass eine solche Unterscheidung nichts ändern würde. Die nachfolgende Analyse des § 859 Abs. 2 BGB soll diesbezüglich allerdings differenzieren.

### a) § 859 Abs. 2 BGB erfordert das (ex post zu beurteilende) Vorliegen einer verbotenen Eigenmacht

Zunächst ist festzuhalten, dass die Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB aufgrund ihres Wortlauts und der Anknüpfung an die verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) voraussetzt, dass dem Besitzer tatsächlich der Besitz ohne dessen Willen entzogen, eine Sache also weggenommen wurde. Die die Rechtfertigungssituation auslösende Straftat ist also im Vergleich zu § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht nur tatbestandlich enger umrissen, sondern auch in ihren objektiven Voraussetzungen abschließend beschrieben. Aufgrund der klaren Anforderung an die objektive Rechtfertigungsseite kann sich eine Verdachtskonstellation im Rahmen des § 859 Abs. 2 BGB mithin ausschließlich über die fehlerhafte Verbindung von objektiv verwirklichter Straftat und vermeintlichem Täter ergeben.

Im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist dies anders. Diese Norm stellt einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund dar. Das staatliche Gewaltmonopol wird gelockert und zum Zwecke der Strafzuführung werden Bürgerinnen und Bürger ermächtigt, Festnahmehandlungen vorzunehmen, deren Intensität allerdings nicht allzu hoch sein darf.<sup>26</sup> Die Rechtfertigungssituation kann hier durch jede mögliche Straftat ausgelöst werden, also auch durch solche Straftaten, denen ein Rechtsgut zugrunde liegt, dessen Verletzung – anders als im Falle der Beeinträchtigung von Gewahrsam<sup>27</sup> – nicht unmittel-

bar kompensiert werden kann. Zudem setzt eine Rechtfertigung gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO anders als § 859 Abs. 2 BGB nicht voraus, dass zwingend eine eigene Beeinträchtigung durch die vermeintliche Straftat vorzuliegen hat.<sup>28</sup> Damit besteht im Falle einer vorläufigen Festnahme aus sich heraus die im Vergleich zu § 859 Abs. 2 BGB maßgeblich erhöhte Gefahr, ein objektives Geschehen fehlerhaft zu erfassen und als strafrechtlich relevant zu deuten. Die Möglichkeit, eine tatsächlich strafbewährte Handlung darüber hinaus fälschlich mit einer unbeteiligten Person in Verbindung zu bringen, tritt hier dann noch hinzu.

Da sich die verdachtsauslösenden Momente bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO und § 859 Abs. 2 BGB also maßgeblich unterscheiden, kann nicht auf eine einheitliche Auslegung in beiden Regelungen geschlossen werden. Die Auslegung des § 859 Abs. 2 BGB hat vielmehr anhand seines speziellen Regelungsgegenstandes zu erfolgen. Hieran kann auch die Tatsache, dass die Formulierung des § 859 Abs. 2 BGB seinerzeit bewusst an § 127 StPO angelehnt wurde, nichts ändern. In der Sache ergeben sich aber auch für § 859 Abs. 2 BGB nur zwei mögliche Auslegungsergebnisse. Entweder man fordert insgesamt eine tatsächlich vorliegende Tat (verstanden als eine durch die Besitzkehrübung betroffene Person tatsächlich verübte verbotene Eigenmacht) oder man lässt einen wie auch immer ausgestalteten personenbezogenen Verdacht genügen.

### b) Perspektive zur Bestimmung des „Täters“ i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB

Die Literatur fordert, einen ex post-Maßstab anzulegen, um den „Täter“ i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB zu bestimmen. Während sich dies aber meist nur implizit aus den wissenschaftlichen Beiträgen ableiten lässt,<sup>29</sup> bringt *Stam* hierfür explizit vor, dass der Wortlaut von § 859 Abs. 2 BGB einen entsprechenden Verdacht von vornherein ausschließt, da § 859 Abs. 2 BGB einen „auf frischer Tat [...] verfolgten Täter“ verlangt, während § 127 Abs. 1 S. 1 StPO bloß von „jemandem“ spricht.<sup>30</sup>

Bei einer solchen Argumentation wird aber verkannt, dass auch ein auf frischer Tat verfolgter „Jemand“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zwingend mit einer Straftat (bzw. einem diesbezüglichen Verdacht) in Verbindung zu bringen sein muss. Der divergierende Wortlaut lässt sich vielmehr damit

wo von der tatsächlichen Verwirklichung der objektiven Tatumstände auf die Tätereigenschaft geschlossen wird; ebenso *Rengier* (Fn. 21), § 22 Rn. 7.

<sup>26</sup> *Rengier* (Fn. 21), § 22 Rn. 16; *Paeffgen*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 127 Rn. 20 f.; gleichwohl wird bei sog. Kapitaldelikten teilweise sogar der Schusswaffeneinsatz als mögliches Festnahmemittel bejaht, siehe zusammenfassend etwa *Bülte*, *ZStW* 121 (2009), 377 (406 ff.).

<sup>27</sup> So die h.M. zum Rechtsgut des § 242 StGB, siehe *BGH NJW* 1957, 1933 (1934); *BGH LMRR* 1980, 34 (34); *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, Vor § 242 Rn. 11; *Rengier*,

*Strafrecht, Besonderer Teil I*, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 1; a.A. etwa *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 9; siehe außerdem *BGH NJW* 2015, 2898 (2900), wonach eine Rechtfertigung wegen Besitzkehr bei verbotenen Besitz ausgeschlossen sei, kritisch hierzu *Kudlich*, *NJW* 2015, 2091; ebenso kritisch *Jäger*, *JA* 2015, 874 (876).

<sup>28</sup> Siehe *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 8; *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 26), § 127 Rn. 18.

<sup>29</sup> Siehe etwa *Gutzeit* (Fn. 4), § 859 Rn. 4 und 12: Gewaltrechte richten sich gegen „Störer“, d.h. gegen die Person, die die verbotene Eigenmacht verübt. So auch *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 4; *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 10.

<sup>30</sup> *Stam*, *JR* 2017, 557 (565).

begründen, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StPO den Zugriff auf Täter sowie Teilnehmer ermöglichen will,<sup>31</sup> während § 859 Abs. 2 BGB als Ausfluss des tatsächlichen Besitzschutzes zwangsläufig nur den Zugriff auf die Person erlauben will, welche (ex ante oder ex post) die verbotene Eigenmacht ausgeübt hat, wodurch Teilnehmer aus dem Anwendungsbereich der Norm herausfallen. Hinsichtlich der Frage, ob es sich ex ante oder ex post um den Täter handeln muss, lässt der Wortlaut der Norm also keinen eindeutigen Schluss zu.

Nun sind dem ersten Anschein nach durchaus Gründe ersichtlich, die für eine ex ante-Betrachtung sprechen könnten. So ist die Anwendung von § 859 Abs. 2 BGB etwa, anders als bei § 859 Abs. 1 BGB, dadurch bedingt, dass sich die Sache bereits aus der „Sphäre“ des früheren Besitzers entfernt hat. Weil anerkannt ist, dass die Ausübung der verbotenen Eigenmacht nicht bemerkt werden muss, kann eine rechtmäßige Besitzkehr auch dann geübt werden, wenn die Wegnahme kurze Zeit, nachdem sie geschehen ist, entdeckt und infolgedessen die Verfolgung aufgenommen wird.<sup>32</sup> Wird die Wegnahme nicht bemerkt, erscheint die Unterstellung, der vormalige Gewahrsamsinhaber könne die Wegnahme in jedem Fall sicher mit einer konkreten Person in Verbindung bringen, lebensfremd.

Für die Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes spricht aber entscheidend die Tatsache, dass § 859 Abs. 2 BGB lediglich darauf abzielt, das von § 859 Abs. 1 BGB gewährte Gewaltrecht in zeitlicher Hinsicht auszudehnen.<sup>33</sup> Für die rechtmäßige Ausübung der Besitzwehr (sowie für die Bestimmung der verbotenen Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB) ist anerkannt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen objektiv zu beurteilen sind.<sup>34</sup> Allerdings geht es – anders als bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO – nicht darum, gleichsam als Hilfsperson für den Staat Maßnahmen zu treffen, die ein späteres Strafverfahren absichern sollen. Ratio der in § 859 BGB niedergelegten Besitzschutzrechte ist allein die gewaltsame Durchsetzung von (ehemaligen) Besitzrechten durch die Behauptung oder die alsbaldige Wiederbeschaffung des Besitzes.<sup>35</sup> Dieses Ziel, welches ohne Weiteres am Normwortlaut abgelesen werden kann, lässt sich nur durch Gewalt gegenüber dem „echten“ Täter verfolgen, da auch nur dieser die Sache in Besitz hat. Das zivilrechtliche Regelungskonstrukt zum Besitzschutz ist anders als das strafprozessuale Flagranzfestnahmerecht von vornherein ausschließlich auf objektive Tatumstände gestützt.

Nun könnte man zwar einwenden, dass § 859 Abs. 2 BGB bei Zugrundelegung einer objektiven Perspektive völlig in den §§ 32 Abs. 1 StGB, 227 BGB aufginge, weil diese Nor-

men aufgrund der noch gegebenen Gegenwärtigkeit ebenfalls einschlägig sind, wenn sich die Gewalt gegen den „echten“ Täter richtet. Jedenfalls die Auswertung der einschlägigen strafrechtlichen Rechtsprechung spricht gleichwohl dafür, die zeitlichen Grenzen der Notwehr und der Besitzkehr nicht in jedem Fall kongruent zu bestimmen.<sup>36</sup> Besitzschutzrechten – und insbesondere § 859 Abs. 2 BGB – ist daher jedenfalls nicht vorschnell ausschließlich klarstellende Bedeutung beizumessen.<sup>37</sup>

Der auf frischer Tat betroffene Täter gem. § 859 Abs. 2 BGB ist deshalb ex post zu bestimmen. Im Beispielsfall ist das Verhalten des A also nicht gem. § 859 Abs. 2 BGB gerechtfertigt, da V tatsächlich nichts mit dem Diebstahl der Brieftasche zu tun hat.

### III. Kriminalpolitische Erwägungen

Die Besitzkehr übende Person wird durch die Zugrundelegung einer objektiven Perspektive auch nicht über Gebühr belastet. Zwar trägt sie hierdurch das Irrtumsrisiko. Dies ist aber nicht allzu gravierend. Denn die (dem Beispielsfall entsprechende) im Raum stehende Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB ist aufgrund eines Erlaubnistatumstandsirrtums, wonach gemäß der h.M. der sog. Vorsatzschuldvorwurf entfällt,<sup>38</sup> ausgeschlossen. Freilich steht dennoch die Sanktionsandrohung des § 229 StGB im Raum; Irrtümer über den vermeintlichen Rechtsgutsangriff führen im Falle ihrer Fahrlässigkeit also zu einer Strafbarkeit.

Diese Risikozuweisung muss aber bei der Ausübung von Besitzkehr deshalb als zwingend angesehen werden,<sup>39</sup> weil anders als im Falle einer Flagranzfestnahme kriminalpolitische Erwägungen erst gar nicht sinnvoll angeführt werden können, um das Fahrlässigkeitsrisiko möglicherweise auf das Besitzkehrpfer abzuwälzen. Will man im Falle des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO einen Tatverdacht ausreichen lassen, ist der diesbezügliche rechtspolitische Haupterwägungsgrund, dass eine mögliche „Bestrafung“ von Zivilcourage vermieden werden soll. Es soll nicht nur deshalb auf eine tatsächlich berechnete Festnahmehandlung verzichtet werden, weil die Gefahr besteht, dass ex post betrachtet gar keine Straftat vorlag.<sup>40</sup>

Solche Erwägungen sind auf § 859 Abs. 2 BGB nicht übertragbar. Zunächst einmal herrscht im Kontext des § 127 StPO Einigkeit dahingehend, dass mit der „Tat“ nur eine sol-

<sup>31</sup> Satzger, Jura 2009, 107 (108); Schultheis, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 127 Rn. 7.

<sup>32</sup> OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75); Schäfer (Fn. 8), § 859 Rn. 13; Götz (Fn. 14), § 859 Rn. 40; Gutzeit (Fn. 4), § 859 Rn. 17.

<sup>33</sup> Vgl. Götz (Fn. 12), § 859 Rn. 37.

<sup>34</sup> Siehe etwa Götz (Fn. 14), § 859 Rn. 17 ff.; Schäfer (Fn. 8), § 859 Rn. 5.

<sup>35</sup> Götz (Fn. 14), § 859 Rn. 2 ff.; Klingbeil (Fn. 5), S. 201.

<sup>36</sup> OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75); ablehnend Hellmann, NStZ 1987, 455 (456); der jedoch anerkennt, dass die genauen zeitlichen Grenzen im Einzelfall schwer zu bestimmen seien; ebenso Schäfer (Fn. 8), § 859 Rn. 14, siehe auch Omlor/Gies, JuS 2013, 12 (15).

<sup>37</sup> Vgl. auch BGH NStZ-RR, 1999, 265 (265), m. Anm. Heger, JA 2000, 188, welcher es aber jedenfalls verwunderlich findet, dass § 32 StGB keine Erwähnung in der Entscheidung gefunden hat; siehe mit Blick auf den jeweiligen Regelungszweck erneut Klingbeil (Fn. 5), S. 200 f.

<sup>38</sup> Siehe nur Rengier (Fn. 21), § 30 Rn. 22.

<sup>39</sup> Siehe zu einer auf vergleichbaren Erwägungen beruhenden Risikozuweisung auch im Falle der vorläufigen Festnahme Paeffgen (Fn. 26), § 127 Rn. 10.

<sup>40</sup> Siehe hierzu Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (399 f.).

che gemeint sein kann, die explizit strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben kann.<sup>41</sup> Dies führt nach h.M. dazu, dass eine Festnahme gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht gegenüber strafunmündigen Kindern erfolgen kann.<sup>42</sup>

§ 859 Abs. 2 BGB knüpft als Besitzschutznorm hingegen genau wie § 859 Abs. 1 BGB ausdrücklich nur an den objektiven Tatbestand der verbotenen Eigenmacht an und ist insofern losgelöst von Schuldfähigkeit oder Verschulden.<sup>43</sup> Damit sind auch Kinder mögliche Betroffene der Gewaltanwendung gem. § 859 Abs. 2 BGB. Allein besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Gewaltanwendung<sup>44</sup> vermögen keinen hinreichenden Schutz derjenigen Kinder zu gewährleisten, die (objektiv) zu Unrecht Opfer einer Besitzkehr werden. Das gesamte deutsche Rechtssystem ist von dem Gedanken der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen und insbesondere von Kindern geprägt.<sup>45</sup> Würde nun aber das Irrtumsrisiko bei der Besitzkehr auf die von der Gewalt betroffene Person und damit im Zweifel auf Minderjährige abgeladen, wäre hierin eine nicht hinnehmbare Benachteiligung der Minderjährigen zu erblicken. Setzen sich diese gegen die objektiv ungerechtfertigte Besitzkehr ihrerseits zur Wehr, darf hierin kein rechtswidriger Angriff i.S.d. § 32 StGB gesehen werden. Ansonsten würde im Extremfall ein nicht hinnehmbares, uneingeschränktes Notwehrrecht der vormaligen Besitzkehr übenden Person ausgelöst werden.<sup>46</sup>

#### IV. Fazit

§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO und § 859 Abs. 2 BGB ähneln sich im Wortlaut in einem Maße, welches nicht für den jeweiligen Regelungszweck gilt. Dementsprechend rechtfertigt die Besitzkehr solches Verhalten, das objektives Wegnahmeunrecht direkt und vollständig durch den vormaligen Besitzer und Gewahrsamsinhaber kompensieren will. Sonstige strafrechtliche Aspekte spielen für das erweiterte Besitzschutzrecht keine wesentliche Rolle. Argumentative Erwägungen zur Auslegung des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO können also keine Früchte für die Auslegung von § 859 Abs. 2 BGB tragen. Täter i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB kann aufgrund der objektiv ausgerichteten Gewaltnorm und ihrer weiten Befugniserteilung nur diejenige Person sein, die die verbotene Eigenmacht auch tatsächlich verübt hat.

<sup>41</sup> Satzger, Jura 2009, 107 (108 f.); Schultheis (Fn. 31), § 127 Rn. 7.

<sup>42</sup> Siehe etwa Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (386); Rengier (Fn. 21), § 22 Rn. 4; Böhm/Werner, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 127 Rn. 7; a.A. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor § 32 Rn. 7.

<sup>43</sup> Götz (Fn. 14), § 859 Rn. 11; Fritzsche, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.2.2022, § 859 Rn. 7.

<sup>44</sup> Siehe hierzu Götz (Fn. 14), § 859 Rn. 11; Fritzsche (Fn. 43), § 859 Rn. 7.

<sup>45</sup> Siehe exemplarisch etwa §§ 104 ff., 828 BGB; § 19 StGB; §§ 3, 67 ff. JGG.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu etwa Erb, in: Erb/Schäfer (Fn. 3), § 32 Rn. 209 ff.

Diese Erkenntnis verdeutlicht den Stellenwert des jeweiligen Normzwecks bei der Normauslegung. Regelungen, die sich auf den ersten Blick zum Verwechseln ähnlichsehen und deren Wortlaut sogar vom Gesetzgeber bewusst aneinander angelehnt wurde, können nicht allein deshalb den gleichen Auslegungsmustern folgen. Dies ist insbesondere für Studierende wichtig, die im Rahmen der Ersten Juristischen Prüfung mit oft unbekanntem Rechtsproblemen konfrontiert werden. Sie sind dann darauf angewiesen, vorhandenes Wissen sinnvoll auf die neuen Fallkonstellationen zu übertragen. Trotz möglicher Ähnlichkeiten muss der Blick offen für etwaige entscheidende Unterschiede im Normzweck bleiben.