

Festnahmerecht gem. § 127 I 1 StPO[†]

StPO § 127 I 1

Zum Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO.

BGH, Urteil vom 10. 2. 2000 - 4 StR 558/99 (LG Arnsberg)

Zum Sachverhalt:

Der als Ladendetektiv in einem Kaufhaus tätige Angekl. sprach den Kunden *D*, bei dem er „glaubte, gesehen zu haben“, dass er einige Compact Discs (CDs) in seine Jackentasche gesteckt hatte, hinter der Kasse an, wobei er sich als Detektiv auswies. Als der 13 kg schwerere und 13 cm größere *D* sich der Feststellung seiner Personalien widersetzte, nach dem Angekl. schlug - oder ihn beiseite schob - und die Flucht ergriff, verfolgte ihn der Angekl. und sprang ihn von hinten an, wobei er seinen linken Arm um dessen Hals legte. Durch den Anprall gingen beide zu Boden. Während der Angekl. versuchte, den in die „Unterlage“ geratenen *D* „am Boden zu fixieren“, rief er um Hilfe und forderte *D* „mehrfach auf, sich zu ergeben und zum Zeichen der Aufgabe mit der Hand auf den Boden zu schlagen“. *D* zeigte jedoch „keine derartige Reaktion“. Der „wenige Augenblicke“ später hinzukommende Inhaber eines Schuhreparaturstandes, *R*, hielt die rechte Hand des *D* und, als dieser mit den Beinen um sich schlug, auch ein Bein fest. „Wenige Minuten“ danach trat der Leiter des Kaufhauses, *M*, hinzu. Er drückte den rechten Arm des *D*, den *R* „kaum noch“ festhalten konnte, mit seinem Knie zu Boden; ferner veranlasste er, dass die Polizei verständigt wurde. „Während der gesamten Zeit hielt der Angekl. den Hals des *D* weiter in seiner linken Armbeuge, wobei er den ertappten Dieb über einen Zeitraum von mindestens drei Minuten ohne Unterlass derart würgte, dass diesem die Luftzufuhr vollständig abgeschnitten wurde.“ Die ein- oder zweimal gestellte Frage des *M*, „ob der Mann noch Luft bekomme“, bejahte der Angekl. Als wenige Minuten später der Polizeibeamte *P* erschien, forderte *M* diesen auf, dem *D* Handfesseln anzulegen, da sich „*D* nach dem Eindruck des ... *M* weiterhin derart stark zur Wehr setzte, dass er ihn mit seinem rechten Arm an hob“. Nachdem *M* und *R* den „nunmehr regungslos am Boden liegenden *D*“ losgelassen hatten, diesem Handfesseln angelegt worden waren und auch der Angekl. *D* losließ, drehte *P* dessen „reglosen Körper“ um. Das Gesicht des *D* war blau verfärbt; er war infolge der Strangulation durch den Angekl. erstickt. In seiner Jacke wurden fünf CDs gefunden, die aus dem Kaufhaus stammten und nicht bezahlt worden waren.

Das *LG* hat den Angekl. wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Seine auf die Sachbeschwerde gestützte Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

... 3. Die Bewertung des *LG* wird von den Feststellungen nicht getragen. Entscheidend für die Frage einer möglichen Rechtfertigung des Angekl. bzw. für einen darauf bezogenen Irrtum seinerseits sind Reihenfolge und Intensität von Angriff und Abwehr zu dem Zeitpunkt, als *D* zu Boden gegangen war.

a) Das *LG* geht zutreffend davon aus, dass das Handeln des Angekl. zunächst durch das Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO gerechtfertigt war. Als Ladendetektiv hatte der Angekl.

zwar keine polizeilichen Rechte und Funktionen; er durfte aber solche Handlungen vornehmen, die „jedermann“ gestattet sind (vgl. *Wache*, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 163 Rdnr. 7). Da sich sein Tatverdacht - durch Auffinden der entwendeten CDs in der Jackentasche des *D* - bestätigt hat, kommt es auf die umstrittene Frage, ob eine Festnahme nach § 127 I 1 StPO nur zulässig ist, wenn eine Straftat wirklich begangen worden ist (vgl. hierzu *Kargl*, NStZ 2000, 8 m.w. Nachw.), nicht an. Der Angekl. hatte *D* „auf frischer Tat“ noch am Tatort betroffen. Da *D*, auf den Diebstahl angesprochen, zu flüchten versuchte, war der Angekl. befugt, ihn vorläufig festzunehmen, auch wenn - wozu sich das *LG* nicht äußert - *D* keinen räuberischen Diebstahl, sondern nur einen Diebstahl begangen hatte; denn § 127 I 1 StPO - der an die „Frische“ und nicht an die „Schwere“ der Tat anknüpft (so

zutreffend *Kargl*, NStZ 2000, 8 [14]; *Schröder*, Jura 1999, 10 [11]; vgl. auch § 127 III StPO) - gilt unabhängig von der Gewichtigkeit der Tat und vom Wert der Beute bei allen Verbrechen oder Vergehen (vgl. *RGSt* 17, 127; *BayObLGSt* 1986, 52 [55]; *Borchert*, JA 1982, 338 [344]; *Krause*, in: AK-StPO, § 127 Rdnr. 11; a.A. *Hilger*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl., § 127 Rdnr. 19 m.w. Nachw.; für „offenkundige Bagatellfälle“ auch *Schröder*, Jura 1999, 10 [12]; anders auch bei Ordnungswidrigkeiten, s. § 46 III 1 OWiG). Allerdings gestattet das Recht zur Festnahme nicht die Anwendung eines jeden Mittels, das zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, selbst wenn die Ausführung oder Aufrechterhaltung der Festnahme sonst nicht möglich wäre. Das angewendete Mittel muss vielmehr zum Festnahmезweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Unzulässig ist es daher regelmäßig, die Flucht eines Straftäters durch Handlungen zu verhindern, die zu einer ernsthaften Beschädigung seiner Gesundheit oder zu einer unmittelbaren Gefährdung seines Lebens führen (vgl. *BGH*, NStZ-RR 1998, 50; *BGHR* StGB § 32 Abs. 1 Putativnotwehr 1 [jew. zum Schusswaffengebrauch]; *Schroeder*, JuS 1980, 336 [337]; *Kargl*, NStZ 2000, 8 [14f.]; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, StPO, 44. Aufl., § 127 Rdnr. 14). Dazu gehört auch das lebensgefährdende Würgen eines auf frischer Tat Betroffenen. Der durch § 127 StPO geschützte staatliche Strafanspruch hat nämlich grundsätzlich hinter der Gesundheit des Straftäters zurückzutreten. Der Norm eine weiter gehende Befugnis zu entnehmen ist zudem entbehrlich, weil dann, wenn sich der Festzunehmende dem Einsatz zulässiger Mittel mit Gewalt widersetzt, dem Festnehmenden § 32 StGB mit weiter reichenden Notwehrbefugnissen zur Seite steht (vgl. *Arzt*, in: *Festschr. f. Kleinknecht*, 1985, S. 1 [10, 12]; *Borchert*, JA 1982, 338 [344]; *Schröder*, Jura 1999, 10 [12]; *Boujong*, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 127 Rdnrn. 5, 28; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, § 127 Rdnr. 7).

b) Nach diesen Grundsätzen durfte der Angekl. den flüchtenden *D* von hinten anspringen, zu Fall bringen und am Boden „fixieren“. Die hiermit verbundene Freiheitsberaubung und Nötigung waren gerechtfertigt (vgl. *BGH*, Urt. v. 11. 1. 1983 - 1 StR 742/82; *BayObLGSt* 1959, 38 [41]; *BayObLGSt* 1986, 52 [55]; *OLG Hamm*, NStZ 1998, 370). Selbst wenn - wie das *LG* meint - in dem „Anspringen“ und „Niederreißen“ eine Körperverletzung liegen sollte, war diese nach Lage der Sache unvermeidlich und als Folge des erforderlichen Zugriffs durch § 127 I 1 StPO gedeckt (vgl. *RGSt* 34, 443 [446]; *KG*, VRS 19, 114 [115]; *OLG Karlsruhe*, NJW 1974, 806 [807]; *OLG Stuttgart*, NJW 1984, 1694 [1695]; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, § 127 Rdnr. 14; einschränkend *Jescheck/Weigend*, Lehrb. d. Strafr., AT, 5. Aufl., S. 398f. Fußn. 31; a.A. *Arzt*, in: *Festschr. f. Kleinknecht*, S. 10f.).

c) Die Feststellungen des *LG* zum weiteren Geschehensablauf sind jedoch unklar. Sie lassen nämlich nicht erkennen, von wem das Angriffsverhalten ausging, nachdem die beiden Kontrahenten zu Boden gegangen waren: In seiner rechtlichen Würdigung verweist das *LG*

auf das Festhalten am Boden und das anschließende Anlegen des Würgegriffs am Hals. Dies spricht ebenso wie die Bejahung einer Notwehrlage für *D* durch das Schwurgericht für einen nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zum Festnahmezweck stehenden und deshalb durch § 127 I 1 StPO nicht mehr gedeckten vom Angekl. ausgehenden Angriff.

Das Urteil enthält aber auch Anhaltspunkte, die auf eine aktive - tätliche - Gegenwehr des *D* schon gegen das bloße Festhalten am Boden hinweisen: So sind der Hilferuf und vor allem die mehrfache Aufforderung des Angekl. - gleich zu Beginn der Auseinandersetzung -, sich zu ergeben und dies mit der Hand anzuzeigen, kaum anders verständlich, als dass sich *D* aktiv gegen seine Festnahme zur Wehr gesetzt hat. Dementsprechend teilt das *LG* in den Feststellungen auch mit, der Angekl. habe „versucht“, seinen Gegner am Boden zu fixieren und dessen rechten Arm festzuhalten. Für ein tätliches, von *D* ausgehendes Angriffsverhalten am Boden könnte auch sprechen, dass dieser mit den Beinen um sich schlug, noch bevor der Kaufhausleiter *M* hinzutrat.

d) Die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge wäre dann rechtlich zutreffend, wenn der Angekl. im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung, ohne durch die Gegenwehr des *D* in eine Notwehrlage versetzt und im Rahmen eigenen Notwehrrechts dazu veranlasst worden zu sein, den Würgegriff angelegt hätte (vgl. *BGHSt* 24, 356 [357f.] = *NJW* 1972, 1821; *BGH*, *NJW* 1991, 503 [504]; *BGHR StGB* § 32 Abs. 2 Verteidigung 8; *BGH*, *Urt. v.* 11. 1. 1983 - 1 *StR* 742/82). Das wäre etwa der Fall, wenn *D*, ohne den Angekl. tätlich anzugreifen, nur zu fliehen versuchte (vgl. *RGSSt* 34, 443 [446]). Hätte der Angekl. dies erkannt, so hätte er der nach § 32 StGB gerechtfertigten, sich nämlich gegen das Würgen richtenden Abwehr des *D* nicht mit der Fortsetzung des Würgens begegnen dürfen. Von einer solchen Notwehrlage des *D* scheint das *LG* ausgegangen zu sein. Ein an sich möglicher Erlaubnisirrtum des Angekl. (vgl. hierzu *Wessels/Beulke*, *StrafR*, *AT*, 29. Aufl., *Rdnrn.* 482ff.) wäre hier nur ein - vermeidbarer - Verbotsirrtum (§ 17 StGB), der eine Bestrafung wegen Körperverletzung mit Todesfolge nicht berührte (vgl. *BGH*, *GA* 1969, 23 [24]; *NStZ* 1987, 322; *NStZ*, 1988, 269 [270]).

e) Dagegen wäre der Angekl. (nur) wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) zu bestrafen, wenn sich *D* gegen seine rechtmäßige „Fixierung“ am Boden - gegen die ihm kein Notwehrrecht zustand (vgl. *BGH*, *StV* 1993, 241 [242]; *BGH*, *Beschl.v.* 25. 5. 1998 - 5 *StR* 52/98; *OLG Düsseldorf*, *NStZ* 1991, 599; *OLG Hamm*, *NStZ* 1998, 370) - tätlich zur Wehr gesetzt hat oder wenn dies nicht ausgeschlossen werden kann. Gegen einen solchen Angriff des *D* war der Angekl. nämlich zur - zunächst unbeschränkten - Notwehr berechtigt. Er durfte in diesem Fall dasjenige Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistete (vgl. *BGH*, *GA* 1968, 182 [183]). Er war nicht gehalten, auf die Anwendung weniger gefährlicher Abwehrmittel zurückzugreifen, wenn deren Wirkung für die Abwehr zweifelhaft war; auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang brauchte er sich nicht einzulassen (st.Rspr., vgl. *BGHSt* 24, 356 [358] = *NJW* 1972, 1821; *BGHSt* 25, 229 [230] = *NJW* 1974, 154; *BGHSt* 27, 336 [337] = *NJW* 1978, 898 = *LM* § 32 StGB 1975 Nr. 5; *BGH*, *NStZ* 1998, 508 [509] m.w. Nachw.).

Für einen objektiven Dritten in der Tatsituation des Angekl. (vgl. *BGH*, *StV* 1999, 143 [145]) gab es hier zum - lediglich mit Körperverletzungswillen vorgenommenen - Anlegen des Würgegriffs keine mildere Handlungsalternative: Auf die mehrfache Aufforderung zu Beginn der auch vom Angekl. gegenüber seinem größeren, schwereren und gewaltbereiten Gegner mit bloßer Körperkraft ausgetragenen Auseinandersetzung, sich durch Handzeichen zu ergeben, ist der zu diesem Zeitpunkt noch nicht bewusste *D* nämlich nicht eingegangen (vgl. hierzu *BGH*, *NStZ* 1996, 29). Nichts anderes ergibt sich im Hinblick auf die

hinzugekommenen Helfer *R* und *M*, da es auch nach deren Eingreifen nicht gelang, *D* zu beruhigen, und sich die Beteiligten erst vom Anlegen der Handfesseln durch die zwischenzeitlich eingetroffene Polizei Abhilfe versprochen.

Die Rechtfertigung des Würgegriffs entfiel jedoch objektiv, als *D* in der zweiten Minute der Strangulation bewusstlos wurde und mit Erstickungskrämpfen reagierte. Der Angekl. war jetzt, soweit Trutzwehr überhaupt erforderlich war, zur größtmöglichen Schonung angehalten (vgl. zu Schuldunfähigen *BGHSt* 3, 217 [218] = LM § 53 StGB Nr. 1; *BayObLG*, NStZ 1991, 433 [434]; *BayObLG*, StV 1999, 147; *Wessels/Beulke*, Rdnr. 344; *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl., § 32 Rdnr. 19 m.w. Nachw.). Im Verkennen dieses Sachverhalts läge für ihn ein Erlaubnistatbestandsirrtum (*BGH*, NStZ 1987, 20; NStZ 1996, 29 [30]; NJW 1995, 973; *BGH*,

Beschl.v. 20. 7. 1999 - 1 StR 313/99). Er hätte nämlich nicht mehr getan, als er bei einer wirklich fortbestehenden Notwehrlage hätte tun dürfen (vgl. *BGH*, NJW 1992, 516 [517] [ein drei bis fünf Minuten andauernder Würgegriff kann „in der angewandten Stärke und Dauer“ die erforderliche Verteidigung gegen einen tätlichen Angriff sein]; s. ferner *BGH*, NStZ 1983, 500; NStZ 1997, 96 [97]). Die irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts wäre wie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände nach § 16 I 1 StGB zu bewerten (st.Rspr.; vgl. nur *BGHSt* 3, 105 [106f.] = NJW 1952, 1023; *BGHSt* 3, 194 [196] = LM § 51 II StGB Nr. 2 L; *BGHSt* 31, 264 [286f.] = NJW 1983, 2509; *BGH*, NStZ 1996, 34 [35]), so dass der Vorwurf (vorsätzlicher) Körperverletzung mit Todesfolge entfiel.

Der Irrtum des Angekl. würde aber auf einer Außerachtlassung der gebotenen und ihm persönlich zuzumutenden Sorgfalt beruhen, so dass er wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen wäre (§ 16 I 2 StGB; vgl. *BGH*, NJW 1992, 516 [517]; NStZ 1983, 453; NStZ 1987, 172; NStZ 1988, 269 [270]). Ihm war nämlich die Gefährlichkeit des Würgegriffs bekannt, konkret erkennbar (dyspnoische Atembewegungen des *D*) und durch die Frage des Kaufhausleiters *M*, „ob der Mann noch Luft bekomme“, zusätzlich deutlich vor Augen geführt worden.

4. Die Sache bedarf daher zur näheren Klärung des Geschehensablaufs erneuter Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht bei der Zurückverweisung von der Möglichkeit des § 354 II 1 Alt. 2 StPO Gebrauch.