

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der aus dem Irak stammende A lebt seit 2002 in Deutschland. Sein Asylantrag ist 2005 rechtskräftig abgelehnt worden und A besitzt seitdem eine befristete Duldung. Die Ausländerbehörde ordnet nunmehr seine Abschiebung für Februar 2014 an.

Im Januar 2014 wird A jedoch eine weitere Duldung (Abschiebestopp) bis April 2014 erteilt. Bereits eine Woche nach Erlass der Duldung beauftragt die Ausländerbehörde die zuständige Polizeidirektion trotzdem mit der Abschiebung des A. Der Polizei wird zudem mitgeteilt, dass A über die Abschiebung informiert worden sei. Diese Ankündigung ist jedoch versehentlich nicht erfolgt.

Als zwei Beamte bei A erscheinen, um die Rückführung durchzuführen, reagiert A überrascht und übergibt seine bis April 2014 ausgestellte Duldung. Als die Polizisten ihn trotzdem auffordern, sie zu begleiten, weigert sich A. Stattdessen ergreift er ein Küchenmesser, hält sich dieses an den Hals und fordert die Duldung zurück.

Auf Grund dieser Suiziddrohung händigen die Beamten dem A die Duldung wieder aus und verlassen die Wohnung. Während die Polizei Verstärkung zur Wohnung des A schickt, be-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

## November 2015 Abschiebungs-Fall

*Rechtswidrigkeit von Amtshandlungen i.S.d. Notwehrlage / Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff*

§ 32 Abs. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Angriffs i.S.d. Notwehrrechts gem. § 32 Abs. 2 StGB findet bei Hoheitsträgern ein spezieller strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff Anwendung.
2. Eine hoheitliche Maßnahme gilt als rechtmäßig, soweit der Beamte örtlich und sachlich zuständig ist, die wesentlichen Förmlichkeiten einhält und sein Ermessen pflichtgemäß ausübt.
3. Die Duldungspflicht des Bürgers endet, wenn der Beamte schuldhaft irrt, willkürlich handelt, sein Amt missbraucht oder der Verwaltungsakt nichtig ist.

BGH, Urteil vom 9. Juni 2015 –1 StR 606/14; veröffentlicht in NSTZ 2015, 574.

gibt sich dieser mit dem Küchenmesser in den Geräteschuppen eines Nachbarn.

Die anrückende Polizei findet A schließlich dort vor. Um sich den Weg freizukämpfen, sticht A dreimal auf den später hinzugekommenen Beamten B ein. Dabei rechnet er damit, dass B durch die Stiche getötet werden könnte. Der durch ein Kettenhemd geschützte B bleibt jedoch unverletzt.

Das LG Stuttgart verurteilt A wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB.<sup>2</sup> A legt daraufhin Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem liegt hierbei in der Frage, ob A in Notwehr nach § 32

<sup>2</sup> §§ ohne Kennzeichnung sind solche des StGB.

Abs. 1 gehandelt hat. Notwehr setzt nach § 32 Abs. 2 einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus. Die Festnahme des A stellt einen gegenwärtigen Angriff auf dessen Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG dar. Die Rechtswidrigkeit eines polizeilichen Angriffs wird jedoch anders beurteilt als die eines Angriffs durch Private.

Teile der Literatur knüpfen diesbezüglich an die **verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit** an, wohingegen insbesondere die Rechtsprechung losgelöst vom Verwaltungsrecht einen eigenen **strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff** verfolgt.

Ausgangspunkt des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs ist die materielle Rechtmäßigkeit des Handelns der Beamten.<sup>3</sup> Alleinige Voraussetzung ist hiernach, dass der handelnde Amtsträger sachlich und örtlich zuständig ist, die wesentlichen Förmlichkeiten einhält und innerhalb seines Ermessensspielraums pflichtgemäß vorgeht.<sup>4</sup> Den Bürger treffe beim Vorliegen dieser Voraussetzungen eine Duldungspflicht, selbst wenn sich bei einer ex-post-Betrachtung die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts herausstellt.<sup>5</sup>

Der Schutz des Hoheitsträgers ende jedoch, sobald dieser sich in einem schuldhaften Irrtum über die Situation befindet, willkürlich handelt oder sein Amt missbraucht. Dann sei der Angriff ohnehin als rechtswidrig anzusehen und dem Bürger stehe ein Notwehrrecht zu.<sup>6</sup> Zentrales Argument ist der **Schutz der Vollzugsbeamten**, welcher nur durch den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff gewährleistet werden könne.

In den Fokus wird auch der wirksame Schutz des Rechts und der staatlichen Ordnung gestellt. Die vollstreckenden Amtsträger müssten sich meist auf die Ermittlung des äußeren Sachverhalts beschränken, rasche Entschei-

dungen treffen und alsbald durchführen können. Es sei regelmäßig keine Zeit für genauere rechtliche Erörterung. Die Entschlusskraft der Vollstreckungsbeamten bei der Amtsausübung solle nicht gelähmt werden.<sup>7</sup> Außerdem würde die Staatstätigkeit bei Gewährung des Notwehrrechts behindert werden, sofern Beamte aus Angst vor Notwehrakten ihren Vollstreckungspflichten nicht nachkämen.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung gewährt damit dem Staat ein Irrtumsprivileg.<sup>9</sup>

Zudem könne **späterer Rechtsschutz** erlangt werden, um somit die Rechtmäßigkeit eines Handelns festzustellen.<sup>10</sup> In der konkreten Situation müsse der Bürger das Irrtumsrecht des Staates auch deshalb hinnehmen, da die Gründe wirksamer polizeilicher Vollzugstätigkeit darüber hinaus im Interesse des Bürgers selbst stünden.<sup>11</sup>

Schließlich lehnt die Rechtsprechung die Gewährung des vollumfänglichen Notwehrrechts als eine untragbare Konsequenz für den Vollzugsbeamten ab. In einer Situation, in der ein Privater sich in Notwehr gegen einen Beamten wehrt, würde dieser wiederum umso stärker dagegenhalten, da er wohl trotzdem von der Rechtmäßigkeit seines Vorgehens überzeugt wäre. Es würde somit einer massiven Gegenwehr bedürfen, um sich gegen einen bewaffneten Polizisten zu wehren. Eine solche Gegenwehr könne im Zweifel zum Tod des Beamten führen.<sup>12</sup> Dies soll mit einem eigenen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff vermieden werden.

Der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff erfährt in der Literatur in unterschiedlicher Richtung Kritik.

Zum einen wird gegen ein **Irrtumsprivileg des Staates** argumentiert, ein solches entbehre der erforderlichen

<sup>3</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 217, 223.

<sup>4</sup> BGHSt 4, 161, 164.

<sup>5</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 227.

<sup>6</sup> BGHSt 21, 334, 363; 4, 161, 164 f.

<sup>7</sup> BGHSt 4, 161, 163, 164.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe NJW 1974, 2142, 2143.

<sup>9</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 11.

<sup>10</sup> BVerfGK 11, 102, 110.

<sup>11</sup> BGHSt 4, 161, 164.

<sup>12</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 222.

gesetzlichen Grundlage und der Staat schaffe sich eigenmächtig hoheitliche Eingriffsbefugnisse.<sup>13</sup> Zudem würden dem rechtsunterworfenen Bürger höhere Duldungspflichten auferlegt, als es das Gesetz verlange.<sup>14</sup> Die Bürgerrechte würden unangemessen eingeschränkt, was für einen Rechtsstaat nicht tragbar sei.<sup>15</sup> Darüber hinaus sei es in einem solchen auch nicht hinnehmbar, mit einem besonderen Irrtumsrecht für den Staat die **Einheit der Rechtsordnung** zu durchbrechen<sup>16</sup>.

Auch wird teilweise die von der Rechtsprechung gesetzte Willkürgrenze des Vollzugshandelns für unzumutbar gehalten. Es könne vom Angegriffenen nicht verlangt werden zu wissen, ob der handelnde Amtsträger gerade irrt oder willkürlich handelt.<sup>17</sup> Auch die Möglichkeit des späteren Rechtsschutzes könne nicht überzeugen, denn beispielsweise in Fällen von Freiheitsberaubung oder Körperverletzung ließen sich unzulässige Rechtsgutverletzungen nicht mehr ungeschehen machen.<sup>18</sup> Es sei demnach notwendig, dass ein Bürger sich auch bei rechtswidrigem Handeln von Amtsträgern der Notwehr bedienen könne. Schließlich sei, anders als z.B. das Selbsthilferecht aus § 229 BGB, die Notwehr primär ein Recht, das keine Anrufung obrigkeitstaatlicher Hilfe voraussetze.<sup>19</sup> Den Schutz des irrenden Beamten gewährleisteten bereits spezielle Verdachtstatbestände wie § 127 Abs. 2 StPO, der eine vorläufige Festnahme bei dringendem Tatverdacht erlaubt.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> *Rönnau*, in LK, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 64.

<sup>14</sup> *Rönnau/Hohn*, in LK (Fn. 13), § 32 Rn. 119.

<sup>15</sup> *Kindhäuser*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 69.

<sup>16</sup> *Erb*, Gössel-FS, 2002, S. 225.

<sup>17</sup> *Kindhäuser*, in NK (Fn. 15), § 32 Rn. 69.

<sup>18</sup> *Roxin* (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>19</sup> *Kindhäuser*, in NK (Fn. 15), § 32 Rn. 69.

<sup>20</sup> *Roxin* (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

Vor allem um den Schutz der Bürger zu verbessern oder die Einheit der Rechtsordnung sicherzustellen, legen verschiedene Meinungen in der Literatur den Fokus auf die dem Vollzugsakt zu Grunde liegende Verfügung, stellen also regelmäßig eine Verbindung zur betreffenden verwaltungsrechtlichen Entscheidung her. Wie dieser Anknüpfungspunkt zum Verwaltungsrecht ausgestaltet sein soll, ist allerdings umstritten.

Vertreter der sog. **Wirksamkeitslehre** stellen auf die Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Verwaltungsakts ab.<sup>21</sup> Nur ein nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtiger Verwaltungsakt begründe die Rechtswidrigkeit des Handelns des Amtsträgers.<sup>22</sup> Die bloße Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes reiche hingegen nicht aus.<sup>23</sup> Dafür wird im Wesentlichen aufgeführt, dass kein strafrechtliches Notwehrrecht bestehen könne, sofern eine verwaltungsrechtliche Duldungspflicht vorliege.<sup>24</sup> Die Wirksamkeitslehre geht somit im Gegensatz zum strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff noch weiter.

Der **vollstreckungsrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff** verlangt darüber hinaus die Vollstreckbarkeit des Vollzugsaktes.<sup>25</sup> Hierbei wird die Rechtmäßigkeit an den Normen gemessen, an denen sich der Beamte beim Vollzug zu orientieren hat. Ohnehin dürfe der Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtswidrig und somit nichtig sein.<sup>26</sup> Diese Ansicht setzt demnach an die Rechtmäßigkeit höhere Voraussetzungen als die Rechtsprechung und die Wirksamkeitslehre. Hierzu wird angeführt, dass bei Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Duldungspflicht kein

<sup>21</sup> *Wagner*, JuS 1975, 224, 225 ff.

<sup>22</sup> *Engländer*, NStZ 2015, 574, 584.

<sup>23</sup> *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. 2015, § 7 Rn. 668.

<sup>24</sup> *Erb*, Gössel-FS, 2002, S. 226.

<sup>25</sup> *Paeffgen*, in NK, StGB, Band 2, 4. Auflage 2013, § 113 Rn. 40.

<sup>26</sup> *Amelung*, JuS 1986, 329, 336.

strafrechtliches Notwehrrecht entgegenstehen könne.<sup>27</sup>

Der **materielle Rechtmäßigkeitsbegriff** fordert die vollständige verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Hoheitsaktes. Eine Duldungspflicht sei abzulehnen, wenn die Voraussetzungen der zugrundeliegenden verwaltungsrechtlichen Bestimmungen nicht vorliegen.<sup>28</sup> Maßgeblich sei dabei eine ex-post-Betrachtung des Handelns des Amtsträgers. Eine sich nachträglich herausstellende Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führe daher zu einem rechtswidrigen Angriff des Beamten. Sich dagegen wehrende Bürger blieben somit straffrei.<sup>29</sup> Als maßgebliche Begründung führen die Vertreter an, dass das vom BGH verfolgte Irrtumsprivileg des Staates in einer Demokratie der Relativierung bedürfe. Die Freiheit der Bürger müsse gewahrt werden. Hierzu reiche ein nachträglicher Rechtsschutz bei unzulässigen Vollstreckungen, insbesondere bei schwerwiegenden Rechtsgüterverletzungen, nicht aus.<sup>30</sup>

Gegen die verwaltungsrechtsorientierten Ansichten wird wiederum eingewendet, dass auch diese nicht unbedingt zu einer Besserstellung des Bürgers führten. Zum einen spreche gegen den materiellen Rechtmäßigkeitsbegriff, dass dieser den Bürgern nicht mehr Rechtssicherheit gewährleiste, sondern vielmehr solche nehmen würde. Denn die Bürger könnten sich in der Tatsituation nicht an das polizeiliche Handeln halten, sondern seien abhängig von einer später ergehenden Gerichtsentscheidung, die dann ggf. die Rechtswidrigkeit seines Handelns feststelle.<sup>31</sup> Zum anderen schränke bei näherer Betrachtung auch die Wirksamkeitslehre die Rechte der Bürger ein, da nicht einmal das Fehlen der rechtlichen Anforderungen an das Handeln von Beamten zur Nichtigkeit der Anordnung und

somit zu dessen Rechtswidrigkeit führe. Somit würden Beamte noch stärker privilegiert werden.<sup>32</sup> Zuletzt wird gegen die Vollstreckungstheorie eingewendet, dass fast jeder Fehler der Beamten zum Entfall der Duldungspflicht führen würde. Vollzugsbeamte müssten dann oftmals eine (durch Notwehr gerechtfertigte) Gegenwehr befürchten und würden selbst ein Strafbarkeitsrisiko eingehen, wenn sie auf diese mit Gegengewalt reagierten.<sup>33</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision zurück und bestätigt das Urteil des LG Stuttgart. Der Gerichtshof hält an seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>34</sup> bezüglich der Voraussetzungen an die Rechtmäßigkeit i.R.d. § 113 Abs. 3 und damit am strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff fest. Erstmals wendet er diesen auf die Rechtswidrigkeit eines Angriffes gem. § 32 Abs. 2 an.

Ein Angriff durch Polizeibeamte soll demnach auch weiterhin strafrechtlich rechtmäßig sein, wenn diese sachlich und örtlich zuständig sind und die wesentlichen Förmlichkeiten einhalten. Die Duldungspflicht ende, sobald die Beamten in einem schuldhaften Irrtum oder willkürlich handeln. Als weitere Grenze der Rechtmäßigkeit des Polizeihandelns nennt der BGH die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes.

Der Angriff des B auf A sei demnach nicht rechtswidrig gewesen, denn B und die restlichen Beamten handelten innerhalb der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und hielten die wesentlichen Förmlichkeiten ein.

Zudem verneint der BGH einen schuldhaften Irrtum des B über die Erforderlichkeit der Ingewahrsamnahme des A. Es sei zwar nicht aufgeklärt worden, ob B Kenntnis von der Duldung des A hatte, jedoch läge auch bei Kenntnis kein schuldhafter Irrtum vor.

<sup>27</sup> Pfaeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 42.

<sup>28</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>29</sup> Pfaeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 45.

<sup>30</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>31</sup> Pfaeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 46.

<sup>32</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 8.

<sup>33</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 230.

<sup>34</sup> BGHSt 21, 334, 363; 4, 161, 164 f.

Begründet wird dies zum einen mit der Information durch die Ausländerbehörde an die Polizei, welche keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebung hervorgerufen habe. Auch das Vorzeigen der Duldung durch A am Tattag konnte zu keinem schuldhaften Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Rückführung führen. Es sei den Polizisten wegen des Zeitpunkts der Rückführung (4.30 Uhr) nicht möglich gewesen, die Echtheit der Duldung zu klären.

Zudem führt der BGH an, dass kein endgültiger Rechtsverlust des A gedroht habe, da eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Abschiebung bis zum Abflug um 10.10 Uhr noch möglich gewesen wäre. Darum habe A die Freiheitsentziehung dulden müssen.

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

§ 32 ist eine Norm von höchster Prüfungsrelevanz. Da ein Fall, der die Problematik der Rechtswidrigkeit eines Angriffs durch Vollzugsbeamte mit sich bringt, fundierte Kenntnisse im Strafrecht, aber auch im Verwaltungsrecht voraussetzt, ist eine solche Konstellation im Hinblick auf das erste Examen oder auch auf das Referendariat interessant.

Bei der Bearbeitung sollte beachtet werden, dass die Beurteilung eines rechtswidrigen Angriffs i.S.d. § 32 Abs. 2 in Form einer hoheitlichen Maßnahme noch immer umstritten ist.

Hält man sich mit dem BGH an den Begriff der strafrechtlichen Rechtmäßigkeit, müssen stets die Grenzen, die der Duldungspflicht des Bürgers gesetzt sind, beachtet werden. Die weiteren Voraussetzungen der Notwehr<sup>37</sup> dürfen darüber hinaus nicht unbeachtet bleiben. Im Übrigen ist auf § 113 Abs. 3 hinzuweisen, für welchen schon vorher der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff galt. Hier kann derselbe Meinungsstreit geführt werden.

<sup>37</sup> Rengier, Strafrecht AT, 7. Auflage 2015, § 18 Rn. 5 ff.

In der Praxis bleibt es dabei, dass Betroffene kaum eine Möglichkeit haben, sich direkt gegen den Angriff eines Vollzugsbeamten zu wehren, denn der BGH hält an der weitreichenden Duldungspflicht fest. Da es in der Praxis häufig Schwierigkeiten bereiten dürfte, festzustellen, ob ein Beamter noch innerhalb seiner gesetzten Grenzen handelt, sollte den Anweisungen Folge geleistet werden, um sich nicht strafbar zu machen. Eine Gegenwehr wäre in vielen Fällen wohl nicht vom Notwehrrecht gedeckt und führte zu einer Strafbarkeit, auch wenn der Verwaltungsakt, aufgrund dessen die Polizei tätig wird, rechtswidrig ist. Später sollte im Zweifelsfall eine gerichtliche Entscheidung eingeholt werden.

#### **5. Kritik**

Der BGH macht in seiner Entscheidung deutlich, in welchem Rahmen der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff anzuwenden ist und welche Grenzen ihm gesetzt sind.

Zum einen wird den Betroffenen durch die geringen Anforderungen, die an den Beamten gestellt werden, allerdings eine zu hohe Duldungspflicht auferlegt. Denn sie befinden sich schließlich ohnehin in der schwächeren Position gegenüber dem Staat. Dass die Polizei innerhalb der wesentlichen Förmlichkeiten und nicht willkürlich handelt, sollte in einem Rechtsstaat selbstverständlich sein. Bürgern schon bei Vorliegen dieser Voraussetzungen das Notwehrrecht abzusprechen, kann deren Schutz nicht genügen. Grundsätzlich ermöglicht der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff auch über das Erfordernis des pflichtgemäßen Ermessens des Beamten allerdings die nötige Flexibilität, um auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles einzugehen.

Die Anwendung auf den konkreten Fall überzeugt hier jedoch nicht vollends. Der BGH übergeht die selbst gesetzten Grenzen seines strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes. So schenkt er der vorgezeigten Duldung kaum Be-

achtung, indem er argumentiert, dass die Einsicht der Beamten in das Dokument zu kurz gewesen sei, um die Echtheit festzustellen. Doch spätestens nach Verlassen der Wohnung hätten sich die Beamten um Informationen über A bemühen müssen.

Außerdem habe A die Prüfung durch seine Suiziddrohung selbst vereitelt und eine solche sei ohnehin zwischen 4:00 Uhr und 4:30 Uhr nicht durchführbar gewesen. Die Argumentation der frühen Tageszeit überzeugt nicht. Der Staat muss dafür sorgen, dass die Möglichkeit für Rückfragen besteht sofern eine Abschiebung um diese Uhrzeit angeordnet wird.

Der BGH spricht den Vollzugsbeamten jegliche Eigenverantwortung ab, obwohl ein flexibles Handeln der Beamten in solchen Situation maßgeblich sein kann. A wurde nicht über die Abschiebung informiert und war auf eine Prüfung der Duldung durch die Beamten angewiesen. Es schränkt den Rechtsschutz des Einzelnen ein, wenn Beamte blind ihre Anordnungen befolgen, denn bei extremen Fällen wie einer Abschiebung ist ein ausreichender präventiver Rechtsschutz in hohem Maße entscheidend.

Bei tief in die Lebensgestaltung eingreifenden Maßnahmen wie einer Abschiebung sollte es möglich sein, die Anforderungen an das Handeln der Beamten im Sinne des Bürgers anzuheben. Schließlich macht es durchaus einen Unterschied, ob eine Ausweiskontrolle oder eine Festnahme zwecks Abschiebung geduldet werden muss. Bei Eingriffen in hochrangige Rechtsgüter reicht auch ein nachträglicher Rechtsschutz daher nicht immer aus. Schließlich wäre der dem Abflug für A endgültig gewesen und hätte die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes für ihn in hohem Maße erschwert oder sogar unmöglich gemacht. Der BGH geht auf diesen Umstand in keiner Weise ein.

Ob B über die Möglichkeit des Vorhandenseins einer Duldung unterrichtet wurde, blieb unklar. Der BGH erklärt

diesen Umstand auch für unerheblich. Selbst wenn B von der vorgezeigten Duldung gewusst habe, liege kein schuldhafter Irrtum vor.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Kenntnis von der Duldung keine Konsequenzen für die pflichtgemäße Ermessensausübung des B gehabt haben soll. Wusste B von der Duldung, wären die Grenzen des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs überschritten gewesen und es hätte ein rechtswidriger Angriff auf A vorgelegen. Demnach wäre es wünschenswert gewesen, wenn der BGH diesen Umstand genauer beleuchtet hätte.

Der BGH führt weiterhin aus, dass A kein endgültiger Rechtsverlust gedroht habe, da bis zum Abflug um 10:10 Uhr genügend Zeit gewesen sei, um die Echtheit der Duldung zu prüfen. Dabei kann es A aber nicht zugemutet werden, darauf zu hoffen, dass die Rechtswidrigkeit der Maßnahme später noch rechtzeitig erkannt wird. Auch ist zu beachten, dass A, sobald die Polizei ihn in Gewahrsam nahm, wohl nicht mehr mit einer Korrektur des Verwaltungsfehlers rechnete, sondern davon ausging sofort in sein Heimatland rückgeführt zu werden. Auch reicht gerade bei Eingriffen in hochrangige Rechtsgüter ein nachträglicher Rechtsschutz nicht aus. So wie sich der Sachverhalt hier darstellt, ist daher von einer groben Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen.

Im Prinzip überzeugt also der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, indem er die besondere Situation des Vollstreckungsbeamten mit derjenigen des Bürgers in Einklang zu bringen versucht. Allerdings wendet der BGH den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff in diesem Fall zu pauschal an und missachtet die Eigenheiten des Falles.

Im Rahmen des Ermessens des Beamten hätte eine Differenzierung vorgenommen und der Intensität der Rechtsgutsverletzung Rechnung getragen werden sollen.

*(Frederic Cremer / Sophie Humbert)*