

Julia Geneuss*

Freiheitsberaubung durch Unterlassen: (Quasi-) Kausalität bei Verstoß gegen Richtervorbehalt

StGB §§ 239, 13 Freiheitsberaubung durch Unterlassen

Unterlässt es der verantwortliche Polizeibeamte, bei einer ohne richterliche Anordnung in Gewahrsam genommenen Person unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen, ist dies grundsätzlich geeignet, den Vorwurf der (rechtswidrigen) Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen. Das Unterlassen ist jedoch dann nicht (quasi-) kausal für den unrechtmäßigen Erfolg, wenn angenommen werden kann, dass bei Einschaltung eines Richters, dieser den Gewahrsam mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte.

BGH, Urteil vom 04.09.2014 – 4 StR 473/13, BGHSt 59, 292–307

Sachverhalt

Der 22 Jahre alte, in Sierra Leone geborene J wird gegen 8.30 Uhr zur Identitätsfeststellung auf das Dessauer Polizeirevier verbracht. Er wird verdächtigt, in alkoholisiertem Zustand Passanten belästigt zu haben. Auf dem Polizeirevier verhält sich J – wie auch schon vor Ort gegenüber den herbeigerufenen Polizeibeamten sowie während der Fahrt zur Wache – renitent, schlägt seinen Kopf in Richtung Wand und Tisch und kann nur mit Mühen von Selbstverletzungen abgehalten werden. Ein hinzugezogener Arzt entnimmt J eine Blutprobe, deren spätere Untersuchung eine BAK von 2,98 Promille sowie Spuren weiterer Drogen ergibt. Da sich die Personalien des J nicht sofort klären lassen, wird dieser nach Feststellung der Gewahrsamsfähigkeit unter erheblichem Widerstand in eine Zelle verbracht und – ebenfalls nach Rücksprache mit dem Arzt – auf dem Rücken liegend mit Hand- und Fußfesseln fixiert. Der zuständige Dienstgruppenleiter D wird hierüber informiert, bekommt J jedoch selbst nicht zu Gesicht und vergewissert sich auch nicht, dass durch die Fixierung selbstgefährdende Handlungen ausgeschlossen sind. Die Zelle des J wird ungefähr jede halbe Stunde kontrolliert; eine Überwachung durch einen im Zellenrakt ständig anwesenden Beamten findet hingegen nicht statt. Einen Richter informiert D über die Ingewahrsamnahme des J nicht. D macht geltend, dass ihm die einfachgesetzlichen Vorschriften (Strafprozessordnung, Polizeirecht), nach denen die „unverzügliche“ Vorführung bzw. das „unverzügliche“

Herbeiführen einer richterlichen Entscheidung gefordert wird, unbekannt seien. Er sei davon ausgegangen, dass er den J bis zu 12 Stunden ohne richterliche Anordnung festhalten dürfe. In den zwölf Jahren als Dienstgruppenleiter habe er noch nie einen Richter über eine freiheitsentziehende Maßnahme zur Identitätsfeststellung informiert; diese Praxis sei seinen Vorgesetzten auch bekannt, aber nie thematisiert worden.

Nach der Feststellung des LG kommt J gegen 12 Uhr auf die Idee, die Matratze, auf der er fixiert ist, mit einem Feuerzeug anzuzünden. Dabei ging er davon aus, dass die Beamten auf das Feuer aufmerksam und ihn aus der Zelle befreien würden. D hält den daraufhin ausgelösten Feueralarm zunächst für einen Fehlalarm und überprüft die Zelle des J erst nach einigen Minuten. J verstirbt und es kann nicht geklärt werden, ob er bei sofortigem Hinunterteilen hätte gerettet werden können.

Nachdem der BGH das den D vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge freisprechende Urteil des LG Dessau aufgehoben hatte, verurteilte ihn das LG Magdeburg wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe. Die Revisionen von D, der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger hatten keinen Erfolg.

Problemaufriss

Wie bei den Begehungsdelikten kann eine Person nur dann wegen eines unechten Unterlassungsdelikts bestraft werden, wenn sie den Erfolgseintritt durch ihr Verhalten verursacht hat. Da ein Unterlassen, also ein „Nichtstun“, einen Erfolg jedoch nicht real bewirken kann, lässt sich die Kausalität nicht mit der üblichen *conditio-sine-qua-non*-Formel herleiten. Sie wird daher modifiziert zu einer „hypothetischen Kausalität“ (sog. Quasi-Kausalität). Nach Rspr. und h.L. ist ein Unterlassen in diesem Sinne kausal, wenn die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel (sog. Vermeidbarkeitstheorie).¹ In Zweifelsfällen, wenn also nicht festgestellt werden kann, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

* Dr. iur., LL.M. (NYU), wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Universität Hamburg.

¹ St. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 1985, 26 (27); aus der jüngeren Rspr. vgl. zudem das Urteil zum Einsturz der Bad Reichenhaller Eissporthalle BGH NJW 2010, 1087 mit Anm. Kühl; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 49 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 711.

lichkeit abgewendet worden wäre, entfällt *in dubio pro reo* die (Quasi-)Kausalität.

Eine Mindermeinung in der Literatur befürchtet Strafbarkeitslücken und hält es für ausreichend, dass die unterlassene Handlung bei ihrer Vornahme das Risiko des Erfolgseintritts verringert hätte (sog. Risikoverringerungslehre).² Gegen diesen Ansatz wird jedoch zu Recht eingewandt, dass die hypothetische Kausalität stark überdehnt werde, da dem Unterlassenden ggf. ein Erfolg zugerechnet wird, den er möglicherweise gar nicht hätte verhindern können. Dies sei mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* nicht vereinbar.³

Zur Entscheidung

Im Rahmen der Prüfung des Tatbestands der Freiheitsberaubung stellt der BGH zunächst fest, dass der Schwerpunkt des dem D rechtlich vorzuwerfenden Verhaltens in einem Unterlassen zu sehen sei: D habe den Gewahrsam des J aufrechterhalten, ohne einen Richter einzuschalten. Dabei war D als Dienstgruppenleiter verantwortlich dafür, dass die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung des J gewahrt werden und der Gewahrsam ordnungsgemäß vollzogen wird; er sei insofern Beschützergarant. Daher oblag dem D auch die in sämtlichen potentiell einschlägigen einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen der Ingewahrsamnahme (§§ 128 oder 163 c StPO bzw. Polizeirecht) normierte Pflicht, den J unverzüglich einem zuständigen Richter vorzuführen bzw. unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen. Als Zwischenfazit stellt der BGH daher an dieser Stelle ausdrücklich fest, dass das Unterlassen der auf die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung zielenden Handlungen – d. h. der Verstoß gegen den Richtervorbehalt – grundsätzlich geeignet sei, den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen.

Sodann lehnt der BGH jedoch das Vorliegen einer (rechtswidrigen) Freiheitsberaubung durch Unterlassen mangels (Quasi-)Kausalität ab. Unter ausdrücklicher Ablehnung der Risikoverringerungslehre prüft der BGH, ob die Vornahme der gebotenen Handlung – die unverzügliche Einschaltung eines Richters – hinzugeacht werden könne, ohne dass der Erfolg – die rechtswidrige Freiheitsberaubung – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele, ob also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte. Davon sei im vorliegenden Fall nicht auszugehen: Ein von D hinzugezogener und nach Recht und Gesetz handelnder Richter hätte den Gewahrsam des J mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit angeordnet. Dabei prüft der BGH inzident die Voraussetzungen der für die Ingewahrsamnahme des J in Betracht kommende Rechtsgrundlage (Schutzgewahrsam nach Polizeirecht), wobei er etwaige dem Richter eingeräumte Beurteilungsspielräume *in dubio pro reo* zu Gunsten des D auslegt. Da damit die Verwirklichung des Grunddelikts ausschied, war der Qualifikationstatbestand der Freiheitsberaubung durch Unterlassen mit Todesfolge nicht weiter zu prüfen.

Der Verurteilung wegen fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, wird vom BGH hingegen unproblematisch bestätigt. Als Dienstgruppenleiter habe D die – auch in der Polizeigewahrsamsverordnung ausdrücklich normierte – Pflicht gehabt, den Vollzug des Gewahrsams so auszugestalten, dass keine Gefahr für die Gesundheit des J besteht. Aufgrund der Sachlage (starke Alkoholisierung, aggressives selbstschädigendes Vorverhalten, eingeschränkte Selbstschutzmöglichkeiten infolge Fixierung) hätte D für eine ständige auch optische Überwachung des J sorgen müssen. Diese Gefahrenlage habe D aufgrund mangelnder Sorgfalt nicht erkannt. Was die Vorhersehbarkeit des Erfolges – den Tod des J – angehe, sei nicht erforderlich, dass D die Folgen seines Nichthandelns in allen Einzelheiten voraussehen kann. Es reiche aus, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren. Dies sei hier der Fall, D habe mit aggressivem und selbstschädigendem Verhalten des J rechnen müssen. Zwar könnten gänzlich vernunftwidrige Verhaltensweisen des Geschädigten die Vorhersehbarkeit des Erfolges entfallen lassen. Im vorliegenden Fall musste D jedoch angesichts der Sachlage mit irrationalen Handlungen des J rechnen. Auch sei die objektive Zurechnung des Erfolges nicht etwa deshalb zu verneinen, weil eine vorsätzliche selbstschädigende Handlung des J vorgelegen habe. Zum einen habe J sich nicht selbst schädigen, sondern aus seiner Zelle bereit werden wollen. Zum anderen sei er schon allein wegen seiner erheblichen Alkoholisierung nicht zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung zur Selbstschädigung in der Lage gewesen.

Anmerkung

Die vom BGH vorgenommene Prüfung der Freiheitsberaubung durch Unterlassen ist dogmatisch und kriminalpolitisch bemerkenswert. In dogmatischer Hinsicht prüft der BGH die (Quasi-)Kausalität wie üblich anhand der Formel, ob der Erfolgseintritt bei Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre. Dabei stellt der BGH bei der von D unterlassenen, rechtlich jedoch gebotenen Handlung auf die Einschaltung eines Richters – und nicht etwa die Freilassung des J – ab. Diese Handlung zielt zwar nicht auf die Beendigung der tatbestandsmäßigen Situation, wohl aber auf die Herstellung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs. Im Rahmen der hypothetischen Kausa-

² Otto, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 101; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 52 ff.

³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 49 Rn. 16; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 63.

lität prüft der BGH sodann, ob diese Handlung den Erfolg verhindert hätte. Dies verneint der BGH, da ein von D eingeschalteter Richter die Fortdauer der Ingewahrsamnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte. Der Freiheitsentzug wäre also auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des D nicht entfallen, sein Unterlassen war folglich nicht kausal für den Erfolg. Durch die Figur der „hypothetischen Richteranordnung“ zieht der BGH im Ergebnis die Ebenen von objektivem Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu einem Gesamt-Unrechtstatbestand zusammen und überträgt die Erwägungen des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene.⁴

Ungeachtet dieser komplexen dogmatischen Konstruktion, begegnet die Lösung des BGH auch erheblichen kriminalpolitischen Bedenken. Bei einer hoheitlichen Freiheitsentziehung – als dem intensivsten Eingriff in das in Art. 2 II GG geschützte Grundrecht auf Freiheit – bewirkt sie eine erhebliche Schwächung des durch Art. 104II GG verfassungsrechtlich gebotenen Richtervorbehalts. Polizeibeamte können sich danach bei Ver-

stoß gegen den Richtervorbehalt zwar theoretisch der Freiheitsberaubung strafbar machen. In der Praxis wird man jedoch – unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo* – nur in seltenen Ausnahmefällen zu dem Ergebnis kommen, dass ein Richter die Anordnung des Gewahrsams verweigert hätte. Die Lösung des BGH überrascht um so mehr, als er selbst betont, dass es sich beim Richtervorbehalt nicht nur um eine rein formale Voraussetzung der Gewährung richterlichen Gehörs handelt, sondern dessen Sinn und Zweck auch darin besteht, dass sich eine unabhängige Instanz vom konkret-gegenwärtigen Zustand der betroffenen Person überzeugt.⁵ Dieser Aspekt kann durch hypothetische *ex post* Erwägungen nicht neutralisiert werden. Berücksichtigt man zudem die jüngere Rspr. des BVerfG, wonach alle staatlichen Organe verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird,⁶ wird man entgegen der Auffassung des BGH zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Richtervorbehalt bei hoheitlichem Freiheitsentzug – zumindest bei bewusster Missachtung oder, wie vorliegend, grober Verkenning des Richtervorbehalts – hypothetischen Erwägungen nicht zugänglich ist.⁷

⁴ Eine ähnliche dogmatische Konstruktion, bei der ebenfalls die Konzeption der objektiven Zurechnung des Erfolges auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen wird, findet sich bei der Figur der „hypothetischen Einwilligung“, die bei ärztlichen Heileingriffen im Rahmen des § 223 StGB diskutiert wird; vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 119 ff. Zu Begriff, Funktion und Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit sowie der Frage eines zwei- oder dreistufigen Verbrechenaufbaus, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 116 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, § 7 Rn. 4 ff. und § 10 Rn. 3 ff.

⁵ Unter Verweis auf BVerfG NJW 2007, 3560.

⁶ Grundlegend BVerfGE 103, 142 (zu Art. 13 II GG); vgl. auch BVerfGE 105, 239 (zu Art. 104 II GG).

⁷ Vgl. hierzu auch *Schluckebier*, in: Leipziger Kommentar-StGB, 12. Aufl. 2015, § 239 Rn. 23 f., 27. Im Strafprozessrecht wird der „hypothetische Ersatzeingriff“ im Zusammenhang mit den Beweisverboten diskutiert: Können unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt (z. B. aus Art. 13 II GG bei Durchsuchungen), also rechtswidrig erlangte Beweismittel im Verfahren verwertet werden? Vgl. hierzu *Rogall*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess, NStZ 1988, 385 m. w. N.

Ulrike Lembke*

Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters über Sexualpartner der Mutter

Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG Zu Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Grundlage für einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung ihrer Sexualpartner.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der Intimsphäre auch das Recht, selbst zu entscheiden, ob, wie und wem gegenüber Informationen über das eigene Sexualleben inklusive bestimmter Sexualpartner/innen offenbart werden.

2. Die gerichtliche Entscheidung, auf Grundlage von § 1353 I i. V. m. § 242 BGB eine Mutter zu verpflichten, dem Scheinvater zur Durchsetzung seines Unterhalts-Regressanspruches Auskunft über die Person

des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu geben, überschreitet die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

BVerfG, Beschluss vom 24.02.2015, Az. 1 BvR 472/14.

Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen

Das Amtsgericht Bad Segeberg und das Schleswig-Holsteinische OLG hatten entschieden, dass der vormalig rechtliche, aber nicht biologische Vater eines Kindes (sog.