

§§ 13, 22, 23, 222, 239 StGB; §§ 112, 112 a, 127 b, 163 b StPO; §§ 37, 38, 64 SOG LSA

Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen

BGH, Urt. v. 04.09.2014 – 4 StR 473/13

Fall

Am 07.01.2005 um 8.03 Uhr wurde der Polizeidienststelle in D (Sachsen-Anhalt) telefonisch angezeigt, dass mehrere Frauen in einem Grünflächenbereich in D von einem „Ausländer belästigt“ würden. Die Polizeibeamten M und S trafen um 8.20 Uhr vor Ort auf den in der Nähe stehenden J. Dieser war weder bereit, seine Personalien nachzuweisen, noch zur Wache mitzukommen. Als S ihn daraufhin zu dem Polizeifahrzeug verbringen wollte, setzte sich J dagegen zu Wehr. Deshalb wurde er in Handfesseln von den Beamten in das Polizeifahrzeug und zum Polizeirevier D verbracht. Der Grund wurde J weder zu diesem Zeitpunkt noch später mitgeteilt; auch wurde er zu keinem Zeitpunkt belehrt oder befragt, ob jemand von seiner Ingewahrsamnahme unterrichtet werden sollte. Noch im Polizeifahrzeug versuchte J, nach S zu treten, wobei eine Fensterkurbel des Polizeifahrzeugs beschädigt wurde. Auch während der Fahrt zum Polizeirevier machte J Abwehrbewegungen, wobei er mit der Nase gegen die Fahrzeugscheibe stieß und sich verletzte. Auf dem Polizeirevier wurde J von M und S zunächst in das sogenannte Arztzimmer verbracht, wo er sich erneut renitent verhielt und mit seinem Kopf in Richtung Wand und Tisch schlug. Daraufhin wurde er von M durch Wegrücken des Stuhles, auf dem er saß, und Festhalten von erheblichen Selbstverletzungen abgehalten. Bei seiner Durchsuchung wurde eine seine Personalien ausweisende, allerdings nur schlecht lesbare, mit einem Lichtbild versehene „Duldung“ (Aussetzung der Abschiebung) des Landkreises L aufgefunden.

Hiervon und über den Grund der Verbringung des J in den Gewahrsam, nämlich dessen Belästigung von Passanten, seine Widerstandshandlung bei dem Versuch der Personalienfeststellung, seine unklaren Personalien und seinen alkoholisierten Zustand, wurde A um 8.30 Uhr unterrichtet. A war seit 1993 bei der Polizeidienststelle als Dienstgruppenleiter tätig. Er führte eine INPOL-Abfrage durch, die die Personalien aus der „Duldung“ im Wesentlichen bestätigte und ergab, dass J bereits in den Jahren 2000, 2001 und 2002 erkrankungsdienstlich behandelt worden war. Ferner verständigte A um 8.47 Uhr den Arzt Dr. B, der J trotz weiterer Gegenwehr um 9.15 Uhr eine Blutprobe entnahm. Diese ergab später eine BAK von 2,98‰; ferner wurden im untersuchten Blut Cocain-Metaboliten nachgewiesen. Dr. B bejahte auch die Gewahrsamsfähigkeit von J. Nach der Blutentnahme wurde J von mehreren Polizeibeamten gegen seinen Willen in eine Gewahrsamszelle gebracht und auf dem Rücken liegend mit vier Hand- bzw. Fußfesseln auf einer Matratze fixiert. Trotz dieser Fixierung war es J möglich, seinen Oberkörper in eine sitzende Position aufzurichten und seine Hosentaschen mit den Händen zu erreichen. In der Zelle waren ein Rauchmelder und ein Alarmmelder montiert, die im Zimmer des Dienstgruppenleiters akustische und optische Signale auslösten, zudem eine mit dem Zimmer des Dienstgruppenleiters verbundene Wechselsprechanlage. Vor der Zelle im Flur waren Kameras angebracht, deren Bilder – ohne Aufzeichnung – auf einen Monitor im Zimmer des Dienstgruppenleiters übertragen wurden. In der Zelle selbst war keine Kamera angebracht. Eine Überwachung durch einen im Zellentrakt ununterbrochen anwesenden Polizeibeamten fand nicht statt.

Leitsätze

1. Hat es der hierfür verantwortliche Polizeibeamte unterlassen, nach einer ohne richterliche Entscheidung erfolgten Ingewahrsamnahme oder Festnahme, an der er selbst nicht beteiligt war, die für die Fortdauer der Freiheitsentziehung erforderliche unverzügliche Vorführung beim Richter vorzunehmen bzw. die für sie gebotene richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen, ist dies geeignet, den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen.

2. Jedoch entfällt die Kausalität eines solchen Unterlassens jedenfalls dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass der zuständige Richter bei unverzüglicher Vorführung und rechtmäßiger Entscheidung – unter Ausschöpfung ihm zustehender Beurteilungsspielräume zugunsten des Angeklagten – die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte.

Nach Abschließen der Zellentür und Flurtür brachte M alle Schlüssel in das Zimmer des Dienstgruppenleiters. Er informierte A darüber, dass J fortwährend renitent geblieben sei, sich selbst zu verletzen versucht habe und er deshalb in der Zelle vierfach fixiert worden sei. Nunmehr sei aber alles in Ordnung. A trug die Ingewahrsamnahme mit den entsprechenden Uhrzeiten sowie den Personalien von J in das Buch über Freiheitsentziehungen ein und gab als Grund „Identitätsfeststellung § 163 StPO“ an; auch die „Fixierung zur Eigensicherung“ vermerkte er und versah die Eintragung mit dem Zusatz „i.O.“. Er ging davon aus, dass J zum eigenen Schutz aufgrund seines alkoholisierten Zustands sowie zur genaueren Identitätsfeststellung wegen des Vorwurfs der Sachbeschädigung (an dem Polizeifahrzeug) und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte ordnungsgemäß festgenommen worden war und bis etwa 14.00 Uhr zur Identitätsfeststellung in der Zelle bleiben müsste. Davon, ob durch die Fixierung weitere selbstgefährdende Handlungen von J – etwa ein Schlagen des Kopfes gegen die Zellenwand – ausgeschlossen waren, überzeugte er sich nicht, weil er solche für ausgeschlossen hielt. Auch einen Richter verständigte A von der Ingewahrsamnahme des J nicht, weil ihm die entsprechenden Vorschriften unbekannt waren und während seiner Zeit als Dienstgruppenleiter noch nie ein Richter über eine freiheitsentziehende Maßnahme zur Identitätsfeststellung oder nach dem in Sachsen-Anhalt geltenden Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (SOG LSA) informiert worden war. Vielmehr ging er davon aus, dass solche Ingewahrsamnahmen (ohne richterliche Anordnung) bis zu 12 Stunden andauern dürfen.

Einer Überwachung der Zelle durch einen im Zellentrakt ständig anwesenden Beamten stand aus Sicht des A die geringe Personalstärke an jenem Tag entgegen. Vielmehr sollten neben den in Betrieb befindlichen Alarmmeldern halbstündige Zellenkontrollen bei J sowie die akustische Überwachung über die Wechselsprechanlage stattfinden. Um 10.03, 10.37 und 11.05 Uhr wurde J in seiner Zelle von Polizeibeamten auch kontrolliert.

Nach der zur Tatzeit geltenden Nr. 3.1 S. 2 der Polizeigewahrsamsordnung (PGO) des Landes Sachsen-Anhalt war der Gewahrsamsvollzug so auszugestalten, dass die Gefahr gesundheitlicher Schäden für verwahrte Personen vermieden wird. Nach Nr. 5.2 PGO hatte für die Unterbringungszeit ausreichend Personal zur Verfügung zu stehen, andernfalls hatte die Unterbringung im Wege der Amtshilfe in einer Justizvollzugsanstalt zu erfolgen. Nach Nr. 31.3 waren betrunkenen Personen im Abstand von höchstens 30 min zu kontrollieren.

Weil J der Grund seines Gewahrsams nicht genannt worden war und er den Eindruck hatte, dass er nicht mit einer alsbaldigen Lösung der Fixierung rechnen konnte, kam er auf die Idee, in der Zelle ein Feuer anzuzünden, um Polizeibeamte darauf aufmerksam zu machen und sie zu veranlassen, ihn aus der Zelle herauszuholen. Mit einem Feuerzeug, das entweder bei seiner Durchsichtung übersehen worden war oder das der Polizeibeamte M in der Zelle verloren hatte, gelang es J, die aus Polyurethan bestehende Füllung der Matratze kurz vor 12.05 Uhr in Brand zu setzen, wobei bis zu dessen selbstständigem Brennen nicht genügend Rauch und Ruß entstand, um einen der Rauchmelder auszulösen. Entweder um dem sich ausbreitenden Feuer auszuweichen oder bei dem Versuch, das Feuer auszublasen, geriet J bei leicht erhobenem Oberkörper mit der Nase über oder in die heißen Gase der Flamme oder in die Flamme selbst und atmete Luft mit einer Temperatur von 180° C oder mehr ein. Hierbei erlitt er einen inhalativen Hitzeschock, der zu seinem sofortigen Tod führte. Kurz darauf wurde von dem Rauchmelder in der Zelle Alarm ausgelöst und im Zimmer des Dienstgruppenleiters angezeigt. A verließ das Zimmer in Richtung Gewahrsamsbereich. Ein auf dem Weg in den Gewahrsamsbereich hinzugebetener Kollege versuchte vergeblich, das Feuer in der Zelle zu löschen. Dies gelang letztlich erst der um 12.20 Uhr eingetroffenen Feuerwehr.

J war schon im Zeitpunkt der Auslösung des Alarms verstorben und hätte deshalb nach dem Wahrnehmen des ersten Alarmsignals nicht mehr gerettet werden können. Hätte A jedoch eine optische Überwachung auch der Gewahrsamszelle des J veranlasst, wäre dessen Verhalten aufgefallen und sein Tod zu vermeiden gewesen.

Strafbarkeit des A? Die §§ 212, 227 StGB sind nicht zu prüfen.

Entscheidung

I. In Betracht kommt eine Strafbarkeit des A wegen **Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen** gemäß **§§ 239 Abs. 1, 4, 13 StGB**, indem er es unterließ, umgehend eine richterliche Entscheidung über die Fortsetzung der Freiheitsentziehung des J zu erwirken.

1. Durch die Fesselung und das Verschließen der Zellentür war J **eingesperrt** und daher **seiner Fortbewegungsfreiheit beraubt**.

2. Fraglich erscheint, ob für die Feststellung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen an ein aktives Tun des A oder an das Unterlassen der Einholung einer richterlichen Entscheidung zu knüpfen ist. Die **Abgrenzung von Tun und Unterlassen** ist umstritten.

a) Nach einer **naturalistischen Betrachtung** kommt es darauf an, ob der Täter durch den Einsatz von Energie den zum tatbestandsmäßigen Erfolg führenden Kausalverlauf in Gang gesetzt hat. In diesem Falle liege stets ein Begehungsdelikt vor. Für das Unterlassungsdelikt bleibt danach nur Raum, wenn der Täter durch den Einsatz von Energie den Erfolg hätte abwenden müssen. Hier wurde A zwar über die Vorgänge um die Ingewahrsamnahme des J unterrichtet, bemühte sich um die Feststellung seiner Identität, veranlasste eine Blutprobe und nahm die entsprechenden Eintragungen in das Buch über Freiheitsentziehungen vor. Diese Handlungen waren jedoch nicht ursächlich i.S.d. Bedingungstheorie für die Ingewahrsamnahme des J und deren Fortdauer. Ursächlich hierfür war vielmehr das Handeln der mit der Ingewahrsamnahme des J unmittelbar befassten Beamten. Denkbar wäre nur, dass A als deren Vorgesetzter hierfür als mittelbarer Täter hätte einstehen müssen. Die dafür erforderliche Zurechnung des Handelns dieser Beamten setzt jedoch voraus, dass A hierfür irgendeinen Veranlassungsbeitrag geleistet hätte. Auch ein solcher ist hier nicht ersichtlich. Ein Begehungsdelikt scheidet nach dieser Ansicht aus.

Sog. „Energieeinsatzformel“

b) Nach st.Rspr. und h.Lit. ist die Abgrenzung von Tun und Unterlassen dagegen eine **Wertungsfrage**, deren Beantwortung sich nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns richtet. Danach lag hier, nachdem A mit dem Vorgang befasst war,

Sog. „Schwerpunktformel“

„[60] ... der Schwerpunkt des ... strafrechtlich möglicherweise relevanten Verhaltens des Angeklagten ... **im Aufrechterhalten des Gewahrsams von J ohne Einschalten eines Richters, also in einem passiven Verhalten, nicht aber in einem aktiven Tun ...**“

Wenn schon nach der naturalistischen Betrachtung nur ein Unterlassen in Betracht kommt, kommen beide Ansichten zu demselben Ergebnis.

Somit ist auf das Nichteinschreiten des A gegen den Fortbestand des Gewahrsams, also die Nichteinholung einer richterlichen Entscheidung, abzustellen.

3. Hierzu müsste A gemäß **§ 13 StGB** verpflichtet gewesen sein. Eine solche **Garantenstellung** könnte sich aus seiner Amtsstellung als Dienstgruppenleiter der Polizeidienststelle ergeben.

„[62] Denn als Dienstgruppenleiter trug er an diesem Tag die Verantwortung dafür, dass die zulässige Dauer der Freiheitsentziehung nicht überschritten wird (Nummer 33.2. PGO) und der Gewahrsam ‚ordnungsgemäß‘ vollzogen wird (Nummer 2.1. Satz 4 PGO). Dementsprechend oblag es dem Angeklagten auch, dafür Sorge zu tragen, dass in den ihm bekannten Gewahrsamsfällen die der Polizei zugeordneten Voraussetzungen der gesetzesgemäßen Fortdauer einer Ingewahrsamnahme gewahrt und erfüllt werden bzw. bleiben. ... [63] ... **Als sogenanntem ‚Beschützergaranten‘ ... oblag dem Angeklagten eine Erfolgsabwendungspflicht, hier mithin die Pflicht, die unverzügliche Vorführung von J beim zuständigen Richter zu veranlassen bzw. unverzüglich dessen Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen.**“

[64] Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat ... [65] Dieser Pflichtenkreis umfasste beim Angeklagten ... die Wahrung der der Polizei zugeordneten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung von J.

...

[68] ...Für den schwersten Eingriff in das Recht auf Freiheit, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu. Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Diese praktische Wirksamkeit wird nur erreicht, wenn in jedem Fall, in dem die Freiheitsentziehung ohne vorherige richterliche Entscheidung ausnahmsweise zulässig ist, diese Entscheidung unverzüglich nachgeholt wird ... Dabei gilt diese verfahrensmäßige Seite der grundrechtlichen Freiheitsverbürgung nicht nur für die Strafverfolgung, sondern auch bei Freiheitsentziehungen fürsorglicher Art und bei sonstigen Freiheitsentziehungen ... [69] **Dementsprechend setzten alle im vorliegenden Fall als Rechtsgrundlage für den Eingriff in das Freiheitsrecht des J. in Betracht kommenden Normen grundsätzlich eine unverzüglich zu erholende richterliche Entscheidung voraus**

§ 38 SOG LSA Richterliche Entscheidung

(1) Wird eine Person auf Grund § 20 Abs. 4, § 30 Abs. 1 Satz 4 oder § 37 festgehalten, hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde.

(2) Für die Entscheidung nach Absatz 1 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person festgehalten wird. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des Buches 7 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. ...

[71] Soweit § 128 Abs. 1, § 163c Abs. 1 StPO und § 38 Abs. 1 SOG LSA die ‚unverzügliche‘ Vorführung bzw. das ‚unverzügliche‘ Herbeiführen einer richterlichen Entscheidung fordern, ist dem schon im Hinblick auf den seit der Ingewahrsamnahme des J (ca. 8.30 Uhr) und Befassung des Angeklagten (spätestens ab 8.44 Uhr) bis zum Tod des J. (nach 12.00 Uhr) vergangenen Zeitraum nicht genügt. Denn ‚**unverzüglich‘ ist – wie bei Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG – dahin auszulegen, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss** (BVerfG, Beschlüsse v. 15. Mai 2002 – 2 BvR 2292/00; v. 19. Januar 2007 – 2 BvR 1206/04, NVwZ 2007, 1044, 1045; v. 4. September 2009 – 2 BvR 2520/07, jeweils mwN). Zwar sind nicht vermeidbar z.B. die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind. Solche Umstände waren vorliegend aber nicht gegeben bzw. ihnen konnte – etwa hinsichtlich des renitenten Verhaltens des J. – durch geeignete Maßnahmen, wie sie etwa mit seiner Fesselung und der Überwachung durch Polizeibeamte schon nach der Festnahme ergriffen worden waren, zumindest so weit entgegengewirkt werden, dass eine Vorführung möglich gewesen wäre. ... [72] Die in § 163c Abs. 2 StPO und § 40 Abs. 2 SOG LSA geregelte 12-Stunden-Frist, auf die sich der Angeklagte beruft, setzt dem Festhalten einer Person zur Identitätsfeststellung **lediglich eine äußerste Grenze, befreit aber nicht von der Verpflichtung, eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen ...**“

A war daher verpflichtet, sofort eine richterliche Entscheidung einzuholen.

4. Dieses Versäumnis müsste **ursächlich** für den weiteren Freiheitsentzug des J gewesen sein. Nach der von Rspr. und h.Lit. vertretenen **modifizierten Bedingungstheorie** kommt es hierfür darauf an, ob bei Vornahme der gebotenen Handlung der tatbestandsmäßige Erfolg **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen** wäre.

„[80] Da die gebotene Handlung des Angeklagten bei Fortführung des Gewahrsams das Veranlassen der unverzüglichen ... Vorführung des J beim zuständigen Richter bzw. das unverzügliche Herbeiführen von dessen Entscheidung war, entfällt die Kausalität, wenn diese Handlung vorgenommen worden wäre und der Richter den Gewahrsam jedenfalls bis einschließlich zum Zeitpunkt des Todes von J mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte ...

Hierbei ist eine Recht und Gesetz entsprechende Entscheidung des Richters zugrunde zu legen. Soweit dem Richter dabei jedoch Beurteilungsspielräume eingeräumt sind, gebietet es der Grundsatz in dubio pro reo, diese zugunsten des Angeklagten auszuschöpfen ...“

a) In Betracht kommt der Erlass eines **Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls** gemäß §§ 114, 112 ff. StPO durch den nach § 125 StPO zuständigen Haftrichter. Jedoch lagen schon bei der Festnahme des J weder ein Haftgrund gemäß §§ 112, 112 a, 127b StPO noch die Voraussetzungen eines Unterbringungsbefehls gemäß § 126 a StPO vor.

b) Für die **Anordnung von Gewahrsam** gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 SOG LSA zur **Verhinderung einer drohenden Straftat oder Ordnungswidrigkeit** durch das nach § 38 SOG LSA zuständige Gericht fehlt es an tragfähigen Anhaltspunkten dafür, dass im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung Straftaten oder erhebliche Ordnungswidrigkeiten unmittelbar bevorstanden oder deren Fortsetzung drohte, zu deren Verhinderung die Ingewahrsamnahme des J unerlässlich gewesen wäre.

c) Eine richterliche **Ingewahrsamnahme zur Identitätsfeststellung** gemäß §§ 127 Abs. 1 S. 2, 163 b Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 1 S. 2 StPO für Zwecke der Strafverfolgung oder § 20 Abs. 4 SOG LSA zur Gefahrenabwehr war, nachdem die INPOL-Abfrage durch A die Personalien des J bestätigt hatte und Zweifel an der Echtheit der bei J gefundenen „Duldung“ nicht bestanden, nicht zu erwarten, zumal ein zeitnaher Abgleich mit den Ergebnissen der bereits früher erfolgten erkennungsdienstlichen Behandlung des J möglich war.

d) In Betracht kommt aber eine richterliche **Anordnung weiteren Gewahrsams zum Schutz des J selbst** auf der Grundlage des § 37 Abs. 1 Nr. 1 SOG LSA. J war stark alkoholisiert und stand unter Drogen. Sein selbstgefährdendes Verhalten hatte den Arzt bereits veranlasst, seine Fixierung zu empfehlen. Sein zur Festnahme führendes Verhalten begründete auch die Gefahr, dass sich die davon Betroffenen dagegen zur Wehr setzen und hierdurch die Gesundheit des J beeinträchtigen könnten. Folglich ist davon auszugehen, dass der zuständige Richter die Fortdauer des Gewahrsams auch über 12.00 Uhr hinaus angeordnet hätte. Daher war das Unterlassen der Einholung einer richterlichen Entscheidung für den Fortbestand des Freiheitsentzugs nicht ursächlich.

5. Nach der von Teilen der Lit. vertretenen **Risikominderungslehre** genügte allerdings zur Tatbestandserfüllung, wenn bei Vornahme der gebotenen Handlung zumindest das Risiko des Erfolgseintritts vermindert worden wäre. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass der Tatbestand der Freiheitsberaubung ein Verletzungsdelikt und kein Gefährdungsdelikt ist und der Grundsatz „in dubio pro reo“ ausgehöhlt würde.

Da es bereits am Grundtatbestand einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen fehlt, scheidet eine Strafbarkeit gemäß §§ 239 Abs. 1 und 4, 13 StGB aus.

II. Möglicherweise hätte eine Beendigung der Fixierung des J diesen von der Brandlegung abgehalten und seinen Tod verhindert. Die Fixierung war jedoch wegen des selbstgefährdenden Verhaltens des J durch § 64 SOG LSA gerechtfertigt und bedurfte als solche keiner richterlichen Entscheidung. A war daher nicht verpflichtet, die Fixierung zu beenden.

III. Eine Strafbarkeit wegen **versuchter Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen** gemäß §§ 239 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB setzt als Grundtatbestand den Versuch einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen gemäß §§ 239 Abs. 1 und 2, 22 StGB voraus. Dann müsste A einen darauf gerichteten **Tatentschluss** gehabt haben. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass A davon ausgegangen wäre, dass J im Falle der Einholung einer richterlichen Ent-

Hier ist dem Senat zu widersprechen: Nach der modifizierten Bedingungstheorie kommt es nur darauf an, ob das Gericht die Fortdauer des Gewahrsams mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit *aufgehoben* hätte!

§ 37 SOG LSA Gewahrsam

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies

1. zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere bei einer hilflosen Person,

2. unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern; die Annahme, dass eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann sich insbesondere darauf stützen, dass ...

3. unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 36 durchzusetzen.

...

§ 64 SOG LSA Fesselung von Personen

Eine Person, die nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten wird, darf gefesselt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie

1. Polizeibeamte oder Dritte angreifen, Widerstand leisten oder Sachen beschädigen wird,

2. fliehen wird oder befreit werden soll oder

3. sich töten oder verletzen wird.

scheidung vorzeitig auf freien Fuß gesetzt und deren Unterlassen daher ursächlich für die Fortdauer der Ingewahrsamnahme gewesen wäre. A hatte daher keinen Tatentschluss zu einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen.

IV. A könnte sich gemäß **§§ 222, 13 StGB** wegen **fahrlässiger Tötung durch Unterlassen** strafbar gemacht haben, indem er versäumte, eine lückenlose optische Überwachung des J sicherzustellen.

1. Hätte A eine optische Überwachung auch der Gewahrsamszelle des J veranlasst, wäre dessen Verhalten aufgefallen und sein Tod zu vermeiden gewesen. Dieses **Unterlassen** war daher **quasi-kausal für den Tod** des J. Eine solche Maßnahme wäre dem A auch **möglich** gewesen, indem er die dauerhafte optische Überwachung von J von einem der im Streifeneinsatzdienst befindlichen Polizeibeamten als einem im Zellenbereich ununterbrochen anwesenden Gewahrsamsbeamten vornehmen lassen oder er die Verbringung des J in eine Justizvollzugsanstalt veranlasst hätte (Nr. 5.2 PGO LSA).

2. A war, wie oben ausgeführt, auch **Garant** gemäß **§ 13 StGB** für den ordnungsgemäßen Vollzug des Gewahrsams an J, der nach Nr. 3.1 S. 2 PGO LSA so auszugestalten war, dass die Gefahr gesundheitlicher Schäden für verwahrte Personen vermieden wird. J war nicht nur stark alkoholisiert, sodass schon nach Nummer 31.3. PGO LSA eine Kontrolle in höchstens halbstündlichem Abstand zu erfolgen hatte. Darüber hinaus war er an allen Gliedmaßen fixiert und daher allenfalls eingeschränkt in der Lage, den aufgrund seines (alkoholisierten) Zustandes bestehenden Gesundheitsgefahren zu begegnen. Hinzu kam das zuvor von J gezeigte aggressive, insbesondere sein selbstverletzendes Verhalten. Die Garantspflicht umfasste daher auch eine optische Überwachung des J.

3. A müsste **fahrlässig** gehandelt haben. Die eine optische Überwachung des J gebietenden Umstände wären **objektiv erkennbar** gewesen, indem sich A vergewisserte, ob weitere Selbstgefährdungen des J ausgeschlossen waren. Angesichts seiner fortwährenden Beschwerden über die Fortdauer des Gewahrsams und der Fesselung war **objektiv** nach dem Maßstab des gewöhnlichen Erfahrungsbereiches eines Polizeibeamten **vorhersehbar**, dass J dieses Verhalten fortsetzen und für sich gefährliche Handlungen vornehmen würde.

4. Der Tod des J müsste dem Versäumnis des A **objektiv zuzurechnen** sein. Da die genannten Regelungen in den Nummern 3.1., 5.2. und 31.3. der PGO LSA zum Schutz von Leben und Gesundheit der verwahrten Person bestimmt waren, besteht der erforderliche **Schutzzweckzusammenhang**. Die Vermeidbarkeit der Folgen begründet auch den erforderlichen **Pflichtwidrigkeitszusammenhang**. Eine **eigenverantwortliche Selbstschädigung oder -gefährdung** ist zu verneinen. J wollte durch die Brandlegung lediglich veranlassen, dass er aus der Zelle geholt würde. Die danach allenfalls vorliegende Selbstgefährdung war nicht eigenverantwortlich, da J stark angetrunken war und unter Drogeneinfluss stand. Zudem war A gerade dafür verantwortlich, eine Selbstgefährdung des J zu verhindern.

5. A handelte auch **rechtswidrig**.

6. Für A als erfahrenen Polizeibeamten, der über die Gründe und die Umstände des Gewahrsams des J, insbesondere dessen Fixierung, informiert war, waren die Folgen seines Handelns auch subjektiv vorhersehbar. Er handelte daher auch **fahrlässig-schuldhaft**.

Ergebnis: A hat sich wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht.

Dr. Wilhelm-Friedrich Schneider