

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

Der alkoholisierte J wird verdächtigt, auf einem öffentlichen Platz Passanten belästigt zu haben. Auch kann er sich nicht hinreichend ausweisen. Unter Gegenwehr wird er von dort mit dem Polizeitransporter zur Identitätsfeststellung auf ein Polizeirevier verbracht. Bei seiner Festnahme weist er eine Blutalkoholkonzentration von fast drei Promille auf. Als J sich auf dem Revier weiterhin wehrt, wird er in eine Gewahrsamszelle gebracht. Für eine Verbringung aufgrund der Identitätsfeststellung und für das Einsperren des J in die Zelle ist grundsätzlich eine richterliche Anordnung gem. § 38 I SOG des Landes Sachsen-Anhalt erforderlich. Der Polizeibeamte A ist während der gesamten Dauer des Gewahrsamsvollzugs des J als verantwortlicher Dienstgruppenleiter zuständig. Er holt keine richterliche Anordnung für dessen Freiheitsentziehung ein, denn er hält diese – wie auch sonst in vergleichbaren Fällen – für entbehrlich. In der Zelle wird J auf Empfehlung des Arztes hin auf eine Matratze geschallt und an Händen und Beinen fixiert. Das aufrechte Sitzen ist dem J

### Januar 2015 Hitzeschock-Fall

*Unterlassen / Freiheitsberaubung mit Todesfolge / Rechtliches Gehör / Richtervorbehalt*

§§ 13, 239 Abs. 1 und 4 StGB, Art. 92, 103 Abs. 1, 104 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK

#### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Hat es der verantwortliche Polizeibeamte unterlassen, die für die Fortdauer der Freiheitsentziehung erforderliche richterliche Anordnung unverzüglich herbeizuführen, kann dies 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 die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte.

BGH, Urteil vom 4. September 2014 – 4 StR 473/13; veröffentlicht in: NJW 2015, 96

derweil noch möglich. Diese Behandlung soll J vor weiteren Selbstverletzungsversuchen schützen. Die Zelle ist mit zwei Rauchmeldern und einer Wechselsprechanlage ausgestattet. Eine Kamera ist nicht vorhanden, auch eine Überwachung durch einen im Zellentrakt anwesenden Polizeibeamten findet nicht statt. Drei Stunden später entzündet J die Matratze mit einem Feuerzeug. Infolgedessen verstirbt er an einem inhalativen Hitzeschock.

Es kann dabei nicht zweifelsfrei festgestellt werden, wie das Feuerzeug in die Zelle gelangte. Der A überprüft erst nach mehreren Minuten und nach mehrmaligem Ausschalten des Feueralarms, den er für einen Fehlalarm hält, die Zelle. Es ist nicht festzustellen ob A das Leben des J bei pflichtgemäßer sofortiger Reaktion auf den ersten akustischen Alarm hätte retten können.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde leicht verkürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen. Das Famos-Team und die Bearbeiterinnen widmen diesen „Fall des Monats“ dem Begründer dieses Projekts, Herrn Prof. Dr. Klaus Marxen, zu dessen Geburtstag.

Nachdem der BGH das den A vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge freisprechende erstinstanzliche Urteil des LG aufgehoben hatte, verurteilte das LG den A nunmehr wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe. Hiergegen legt A Revision ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Als erstes stellt sich die Frage, an welches Verhalten des A die Strafbarkeit anknüpft und ob man dieses Verhalten als **Tun oder Unterlassen** zu bewerten hat. Probleme bereitet dies insbesondere bei mehrdeutigen Verhaltensweisen.<sup>2</sup> Vorliegend kann der Sachverhalt in drei Abschnitte eingeteilt werden. Zum einen wurde der J in Gewahrsam genommen, ohne dass A die dafür erforderliche richterliche Anordnung einholte. Dies musste gemäß § 38 SOG unverzüglich, d.h. ohne vorwerfbares Zögern,<sup>3</sup> erfolgen. Des Weiteren wurde J während seines Gewahrsams nicht optisch überwacht. Der dritte zu beachtende Abschnitt ist die (Nicht-) Reaktion des A auf den Feueeralarm.

Stellt man nun mit Teilen der Literatur auf das Kriterium des **Energieeinsatzes**<sup>4</sup> ab, wonach ein Tun immer dann vorliegt, wenn der Täter einen Kausalverlauf durch aktives Handeln in Gang setzt,<sup>5</sup> sind die drei Abschnitte unterschiedlich zu bewerten. Insbesondere der erste Abschnitt ist kritisch zu begutachten. J wurde durch aktives Tun in der Gewahrsamszelle untergebracht. Andererseits wurde die Einholung einer richterlichen Anordnung unterlassen, die unverzüglich vorzunehmen war. Beim zweiten Abschnitt, nämlich der

Aufrechterhaltung des Gewahrsams bei fehlender Überwachung, liegt dagegen kein Handeln, sondern lediglich ein Unterlassen vor. Das Ausschalten des Alarmknopfes im dritten Abschnitt ist zwar eine Handlung, diese hat aber nicht kausal zur Tötung des J beigetragen.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung nimmt bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen jedoch eine normative Betrachtung vor und stellt auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** des gesamten Täterverhaltens ab.<sup>6</sup> Betrachtet man den ersten Abschnitt unter diesem Aspekt, so liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Nichteinholung der richterlichen Anordnung, es läge daher ein Unterlassen vor. Auch bei den anderen beiden Tatabschnitten läge unter Berücksichtigung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ein Unterlassen vor.

Voraussetzung für die Strafbarkeit bei unechten Unterlassungsdelikten ist das Vorliegen einer Garantenpflicht. Darunter ist die Pflicht zum Tätigwerden zu verstehen, die sich regelmäßig aus einer Garantenstellung ergibt.<sup>7</sup> Vorliegend könnte diese Pflicht aufgrund einer **Beschützergarantenstellung** des A gegenüber J bestehen. Eine Garantenstellung kann sich dabei aus dem Gesetz ergeben.<sup>8</sup> Gemäß § 38 SOG ist eine richterliche Anordnung unverzüglich einzuholen. Die Einholung fiel in den Aufgabenbereich des A, der an diesem Tag als Dienstgruppenleiter zuständig war und dieser Pflicht nicht nachkam. Für den ersten Abschnitt ergibt sich somit eine Beschützergarantenstellung aus dem Gesetz. Aus der Polizeigewahrsamsordnung,<sup>9</sup> ergibt sich

<sup>2</sup> *Heinrich*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 865; hierzu auch *Marxen*, Strafrecht AT, 2003, S. 224.

<sup>3</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 142 Rn. 26.

<sup>4</sup> Zur Frage der Abgrenzung von Tun und Unterlassen vgl. *Kessler/Klewin*, FAMOS 6/2010.

<sup>5</sup> *Joecks*, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 13 Rn. 18..

<sup>6</sup> BGHSt 6, 46, 59; *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 158a.

<sup>7</sup> *Heinrich* (Fn.2), Rn. 918 ff.

<sup>8</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 13 Rn. 8.

<sup>9</sup> Polizeigewahrsamsordnung vom 27. März 1995, MBl. LSA Nr. 34/1995 S.

ferner, dass beim Gewahrsamsvollzug betrunkene Personen im Abstand von höchstens dreißig Minuten kontrolliert und die Gefahr gesundheitlicher Schäden vermieden werden muss. Diese Vorgaben hat A nicht beachtet. Somit ergibt sich für den zweiten und dritten Abschnitt eine Garantenstellung aus der Verordnung.

**Tötungs- und Körperverletzungsdelikte** scheiden aufgrund des fehlenden Vorsatzes des A aus. In Frage kommt aber eine **Freiheitsberaubung** gem. § 239 StGB.<sup>10</sup> Diese Norm schützt die potentielle persönliche Fortbewegungsfreiheit. In seiner Freiheit beraubt ist derjenige, der für einen nicht unerheblichen Zeitraum seinen Aufenthaltsort nicht oder nur in nicht zumutbarer Weise verlassen kann. Die Rechtswidrigkeit entfällt dabei jedoch grundsätzlich bei einer rechtmäßigen Ausübung amtlicher Befugnisse (z.B. bei einer rechtmäßigen Verhaftung).<sup>11</sup>

J war, an Händen und Füßen gefesselt in der Gewahrsamszelle eingesperrt und insoweit seiner Freiheit beraubt. Dieses Einsperren ist allerdings dann rechtmäßig, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Eine formelle Voraussetzung ist die unverzügliche Einholung der richterlichen Anordnung für die Freiheitsentziehung. Die materiellen Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da die Ingewahrsamnahme unter anderem zur Identitätsfeststellung vollzogen wurde.

Da A keine Anordnung einholte, sind die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt, sodass die Freiheitsentziehung rechtswidrig war. A hätte J somit nicht in Gewahrsam nehmen und auf dem Polizeirevier behalten dürfen. Fraglich ist allerdings, ob das Unterlassen des A auch kausal für den Tod des J

war. Bei den Begehungsdelikten wird zur Ermittlung der Kausalität die *conditio-sine-qua-non-Formel* (Äquivalenztheorie) angewandt.<sup>12</sup> Umstritten ist, wie die Kausalität bei einem Unterlassungsdelikt festzustellen ist. Nach h.M. muss die *conditio-sine-qua-non-Formel* hier modifiziert werden. Ein Unterlassen ist demnach dann kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht **hinzuge-dacht** werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.<sup>13</sup> Man spricht hierbei von einer **Quasi-Kausalität**.<sup>14</sup> Diese fehlt immer dann, wenn der Täter den Erfolg auch mittels der gebotenen Handlung nicht hätte abwenden können.<sup>15</sup> Die Gegenauffassung vertritt die sogenannte Risikoverminderungslehre. Diese verlangt keine Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie, sondern fordert lediglich, dass bei Vornahme des gebotenen Verhaltens eine reale Chance der Erfolgsverminderung bestanden hätte.<sup>16</sup>

Zwar darf nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch eine solche Sicherungsmaßnahme nicht länger aufrechterhalten werden als es notwendig und angemessen ist.<sup>17</sup> Hätte A jedoch eine richterliche Anordnung eingeholt<sup>18</sup>, hätte man J weiterhin in der Zelle festhalten können. Somit ist das Unterlassen der Einholung nur dann kausal, wenn der Richter die Anordnung **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** nicht erteilt hätte. Allein die Möglichkeit, dass der Richter die Genehmigung erteilt hätte, reicht somit aus, um die Kausalität zu verneinen, da in diesem Fall nicht mit an Sicherheit

1211 ff., insbesondere Nummer 31.3, sowie Nummer 3.1. Satz 2.

<sup>10</sup> Alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>11</sup> *Kindhäuser*, LPK-StGB, 6. Aufl. 2015, § 239 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 222.

<sup>13</sup> BGH NStZ 1985, 26, 27; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 12.

<sup>14</sup> BGHSt 6, 1, 2; *Weigend*, in: LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 13 Rn. 70.

<sup>15</sup> *Weigend*, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 70.

<sup>16</sup> OLG Köln NJW 1991, 764; *Brammsen*, MDR 1989, 123, 126 ff.; *Otto*, NJW 1980, 417, 423 f.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG NStZ 1999, 428, 429.

<sup>18</sup> Die er vermutlich nach der bundesweiten richterlichen Praxis bekommen hätte.

grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könnte, dass sich J rechtswidrig in Gewahrsam befände. Nach der modifizierten *conditio-sine-qua-non*-Formel war das Unterlassen des A somit nicht kausal. Dagegen wäre nach der **Risikoverminderungslehre** die Quasi-Kausalität zu bejahen. Dieser Theorie ist aber entgegenzuhalten, dass durch sie die durch Unterlassen begangenen Erfolgsdelikte gesetzeswidrig in Gefährdungsdelikte mit objektiven Strafbarkeitsbedingungen verwandelt werden.<sup>19</sup> Des Weiteren wird der Grundsatz „in dubio pro reo“ bei Anwendung der Risikoverminderungslehre unterlaufen.<sup>20</sup> Ergibt sich nach Erhebung und Würdigung aller zur Verfügung stehender Beweismittel nämlich kein eindeutiger Sachverhalt (unklare bzw. mehrdeutige Sachverhaltslage), so hat der Richter im Zweifel auf der Grundlage desjenigen Sachverhalts zu entscheiden, der für den Täter günstigere Rechtsfolgen (Freispruch, mildere Bestrafung) nach sich zieht.<sup>21</sup> Eben gegen diesen Grundsatz verstößt die Risikoverminderungslehre.

Folgt man aus diesen Gründen der h.M. muss das Gericht ex post hypothetische Erwägungen anstellen und sich auf deren Grundlage eine Überzeugung bezüglich der Kausalität bilden.<sup>22</sup> Es wird hierbei keine Wahrscheinlichkeitsprognose mit festen Prozentsätzen vorgenommen, sondern eine Entscheidung zwischen zwei Alternativen gefällt: Hätte die unterlassene Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert oder eben nicht?<sup>23</sup> Gibt es vernünftige Zweifel daran, dass die gebotene Handlung den Erfolg abgewendet hätte, darf das Gericht den Erfolg im Rahmen des

Grundsatzes „in dubio pro reo“ nicht als kausal betrachten.<sup>24</sup>

Sollte man im vorliegenden Fall die Quasi-Kausalität beim Grunddelikt bejahen, ist zu fragen, ob auch die Qualifikation des Abs. 4 einschlägig ist. Diese verlangt, dass der Tod entweder aus dem spezifischen Risiko der Freiheitsentziehung oder aus der während der Freiheitsentziehung widerfahrenen Behandlung resultiert. Hiervon sind auch tödlich endende Fluchtversuche<sup>25</sup> oder ein Suizid umfasst.<sup>26</sup> Die Freiheitsberaubung mit Todesfolge ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Diese Delikte setzen eine vorsätzliche Verwirklichung des Grundtatbestandes sowie nach § 18 eine zumindest fahrlässige Verursachung der schweren Folge voraus (Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination). Zwischen beiden Elementen muss zudem, über die objektive Zurechnung hinausgehend, ein enges Verhältnis (sog. „gefahrsspezifischer Zusammenhang“) bestehen.<sup>27</sup> Wird entweder § 239 oder § 239 Abs. 4 abgelehnt, wäre als **Auffangtatbestand** noch eine Strafbarkeit des A gemäß § 222 wegen fahrlässiger Tötung zu prüfen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

A hat es nach Übernahme der Verantwortung für den Gewahrsamsvollzug gesetzeswidrig unterlassen, eine richterliche Anordnung über die Freiheitsentziehung herbeizuführen. Der BGH sieht insoweit zwar grundsätzlich den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen als begründet an, wenn eine richterliche Anordnung nicht eingeholt wird. Jedoch entfällt die Kausalität eines solchen Unterlassens im Hinblick auf den tatbestandsmäßigen Erfolg der Freiheitsentziehung jedenfalls dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen

<sup>19</sup> Gaede/Wohlens, in: NK, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 15.

<sup>20</sup> Engländer, JuS 2001, 958, 960.

<sup>21</sup> Heinrich (Fn. 2), Rn. 42, 1449.

<sup>22</sup> Weigend, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

<sup>23</sup> Engländer, JuS 2001, 958, 960.

<sup>24</sup> Weigend, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

<sup>25</sup> BGHSt 19, 382.

<sup>26</sup> Kindhäuser, in LPK-StGB (Fn. 11), § 239 Rn. 16 f.

<sup>27</sup> Lackner/Kühl (Fn. 3), § 18 Rn. 1.

ist, dass der zuständige Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte. Entgegen der Revision des A hält der Schuldspruch des LG wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen dagegen stand. Der BGH führt hierzu an, dass das LG rechtsfehlerfrei von einer Pflichtverletzung des A ausgegangen sei, dem es aufgrund des Zustandes und des Verhaltens von J oblag, dessen ständige (auch) optische Überwachung in der Zelle zu veranlassen, um hierdurch der Gefahr eines gesundheitlichen Schadens für J zu begegnen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Examenskandidaten, von denen weder innerhalb der Examensprüfung eine Prognose-Entscheidung abverlangt wird und die innerhalb ihres Studiums den Richtervorbehalt als nicht einschränkbares Verfassungsgut<sup>28</sup> kennengelernt haben, werden über die konkrete Anwendung der Kausalitätsformel des BGH und dem daraus resultierenden Ergebnis in diesem Fall etwas verwundert sein. Die Entscheidung führt nämlich zu kaum hinnehmbaren Eingriffen in den Schutzbereich der Art. 103 Abs. 1<sup>29</sup> und Art. 104 Abs. 2 GG.<sup>30</sup> Trotz der vorliegend betroffenen hohen Verfassungsgüter soll hier die Kausalität des Unterlassens entfallen, wenn ein Richter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Fortdauer der Festnahme angeordnet hätte. Dies wird in der Praxis und bei Anfertigung von Klausuren Probleme bereiten<sup>31</sup>, auch

<sup>28</sup> Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 17. Aufl. 2014, Rn. 907; hierzu auch Racher, in Liske/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E, Rn. 535; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 144.

<sup>29</sup> Zum Schutzbereich Pieroeth, in Jarass/Pieroeth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 5; vgl. auch BVerfGE, 19, 49, 51; 73, 322, 329 f.; 89, 381, 390.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu auch Jarass, in Jarass/Pieroeth (Fn. 29), Art. 104, Rn. 15.

<sup>31</sup> Hierzu Heinrich AT (Fn. 2), Rn. 887.

weil vertreten wird, dass diese Feststellung eine Beweisregel darstelle und insoweit kein Bestandteil des objektiven Tatbestands sei.<sup>32</sup>

Probleme bereitet die Prüfung des Sachverhalts bzgl. der ordnungsgemäßen Freiheitsentziehung innerhalb der Strafrechtsprüfung des § 239. Auch hier muss hinsichtlich der Kausalität eine Prognose getroffen werden. Diese Prognosen müssen den Examenskandidaten zwingend vom Klausursteller in Form von Sachverhaltsangaben<sup>33</sup> vorgegeben werden. Kommt die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren zu der Erkenntnis, dass jedenfalls die Möglichkeit bestand, dass der zuständige Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte, so hat sie das Verfahren letztlich nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ einzustellen,<sup>34</sup> denn die Beweislast liegt aufgrund des **Amtsermittlungsgrundsatzes** beim Strafverfolgungsorgan. Dies führt in der Praxis zu einer Extension der Straffreiheit bei diesen Delikten.

#### 5. Kritik

Zu kritisieren ist die Behandlung der Kausalitätsfrage bei Unterlassungsdelikten insgesamt, denn sie führt – wie vorliegend – zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen.

Der BGH hat seine Urteilsbegründung dogmatisch ungenau formuliert; insbesondere ist ihm die **Anwendung** der modifizierten *conditio-sine-quanon*-Formel nicht richtig gelungen. Konsequenterweise hätte nämlich gar nicht festgestellt werden müssen, dass der Richter die Anordnung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erteilt hätte, sondern es wäre schon das Bestehen der bloßen Möglichkeit der Erteilung ausreichend gewesen. Anders her-

<sup>32</sup> Engländer, JuS 2001, 958, 960 f.

<sup>33</sup> Zu monierbaren Sachverhaltungenauigkeiten im 1. Staatsexamen vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 620; ferner Beaucamp/Seifert, NVwZ 2008, 264.

<sup>34</sup> Hierzu Heinrich (Fn. 2), Rn. 888.

um formuliert: Angenommen werden kann die Kausalität nur in solchen Fällen, in denen der Richter die Anordnung auf jeden Fall nicht erteilt hätte. Somit hat der BGH vorliegend die Formel **noch zu milde** angewandt. Bereits diese milde Anwendung führt jedoch zu einer Untergrabung des Richtervorbehalts. Die korrekte Anwendung hätte in der Hinsicht noch gravierendere Folgen, da wohl in den seltensten Fällen bewiesen werden kann, dass nicht jedenfalls die Möglichkeit bestünde, dass der Richter die Anordnung erteilt hätte. Folgt man aber stattdessen der Risikoverminderungslehre, hat dies eine Nichtbeachtung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zur Folge. Beide Theorien verstoßen somit letztlich gegen Verfassungsgarantien der Art. 103 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 2 GG.

Das Erfordernis der Gewährung rechtlichen Gehörs i.S.d. Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK bedeutet, sich grundsätzlich **vor Erlass einer Entscheidung** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zur Sache äußern zu können.<sup>35</sup> Soweit dies bei vorläufigen Maßnahmen und Eilmaßnahmen nicht möglich ist, muss das rechtliche Gehör unverzüglich nachgeholt werden.<sup>36</sup> Art. 103 Abs. 1 GG enthält zudem keinen Gesetzesvorbehalt. Eingriffe können ihre Rechtfertigung daher allein in kollidierendem Verfassungsrecht finden; jeder Eingriff ist daher eine Verletzung dieses grundrechtsgleichen Rechts.<sup>37</sup> Der Richtervorbehalt i.S.d. Art. 92 GG dient dabei der **Sicherstellung rechtlichen Gehörs**. Er soll einerseits die Schwere des Freiheitsentzugs als am stärksten in die

persönliche Freiheit eingreifende polizeiliche Maßnahme, andererseits das fehlende vorherige Verwaltungsverfahren kompensieren, wenn ein Gewahrsam ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet wird. Die Frist zur Einhaltung der Einholung der richterlichen Anordnung beginnt hierbei mit der polizeilichen Ingewahrsamnahme.<sup>38</sup> Danach ist ein polizeilicher Gewahrsam von mehr als zwei bis drei Stunden ohne Einschaltung des erreichbaren Richters grundsätzlich unzulässig.<sup>39</sup> Die Entscheidung des BGH fördert zudem einen Eingriff in die Gewaltenteilung, weil die Exekutive (statt der Judikative) in Fällen, in denen keine Gefahr in Verzug vorliegt<sup>40</sup>, in der Sache allein entscheiden kann, da sie keine strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten hätte. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG wird die Staatsgewalt nämlich<sup>41</sup> durch besondere Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.<sup>42</sup>

Die Einführung von etwaigen Gefährdungsdelikten im Amt in den 30. Abschnitt des StGB, die eine Verursachung von Verletzungen gegen die Freiheit, die Gesundheit und das Leben einer Person infolge eines Verstoßes gegen Verfahrensvorschriften ausreichen lassen, könnten letztlich dem Problem in Bezug auf die Kausalitätsfrage effektiv entgegenwirken.

*(Jessica Ruschin/ Luzie Schrameyer)*

<sup>35</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. Jahr 2014, Rn. 1099; § 31 Rn. 1176; *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 943.

<sup>36</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 35), Rn. 1177; hierzu insbesondere auch BVerfGE 18, 399, 404; 65, 227, 233.

<sup>37</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 35), Rn. 1183.

<sup>38</sup> *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 303.

<sup>39</sup> OVG Münster DVBl. 1979, 733; zum sog. „Schmorenlassen“ BVerfG NJW 2011, 2499.

<sup>40</sup> Zum Gefahrenbegriff und zur Gefahr in Verzug insbesondere *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 77 ff., Rn. 156.

<sup>41</sup> Durch Aufgliederung in Teilgewalten und deren wechselseitiger Kontrolle, Hemmung und Mäßigung, sog. „Checks and balances“.

<sup>42</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I, 30. Aufl. 2014, Rn. 295.