

Verursachen durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

I. Einleitung

Die h.L., wonach eine Ursache für einen Erfolg nur eine notwendige Bedingung für dessen Eintritt ist, verlangt zu viel. Sie versagt bei Mehrfachkausalität und beim Bestehen einer Ersatzursache. In diesen Fällen sind zwei verschiedene hinreichende Bedingungen für den Erfolgseintritt in der Welt angelegt, die teils identische, teils verschiedene Elemente haben. Würde man die Formel von der notwendigen Bedingung auf die jeweils unterschiedlichen Elemente der beiden hinreichenden Bedingungen anwenden, so käme man zu dem Ergebnis, dass sie nicht für den Erfolg kausal sind, denn sie können in der Erklärung des Erfolges durch die jeweils anderen Elemente der anderen hinreichenden Erfolgsbedingung ersetzt werden. Für die Kausalität muss also genügen, dass ein Element ein notwendiger Bestandteil innerhalb einer hinreichenden Bedingung für den Erfolgseintritt ist, die keine überflüssigen Elemente enthalten darf,¹ sog. NESS-Bedingung, necessary element of a sufficient set of conditions.² Nun ist auch eine Ersatzursache ein Element einer hinreichenden Bedingung des Erfolges, so dass wir sie nicht als nicht kausal erweisen können, solange wir von der jeweils zu prüfenden Ursache, beispielsweise der Handlung zum Erfolg hin gewissermaßen in der Zeit springen. Wir müssen vielmehr als die hinreichende Mindestbedingung den gesamten Kausalverlauf ansehen, der gemäß allgemeinen Gesetzen von der Handlung zum Erfolg hinführt. Bei der Feststellung von Kausalität müssen wir also in Prozessen, bildlich gesprochen in Kausalketten denken. Eine präsumtive Ursache erweist sich dadurch als Ersatzursache, dass bestimmte Elemente dieses Prozesses, bildlich gesprochen Glieder der Kausalkette, nicht oder nicht vollständig gegeben sind.³ All dies sollte mittlerweile allgemein bekannt sein.

Bei der Verursachung durch Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs wird verlangt, dass alle Voraussetzungen dafür, dass der Kausalverlauf ein rettender ist, mit Ausnahme von dessen Verhinderung durch den Täter, gegeben sind.⁴ Bei

der Unterlassung wird verlangt, dass der Täter die Möglichkeit hat, den Erfolg zu verhindern.⁵ Ist das nicht eine Rückkehr zur *Conditio-sine-qua-non*-Theorie? Wenn das richtig wäre, so müssten wir die Bestimmung der Ursache als notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung (NESS-Bedingung) aufgeben oder zugeben, dass wir bei der Verursachung durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und bei der Verursachung durch Unterlassung mehr verlangen, als bei der direkten Verursachung durch positives Tun.

Wir müssen uns also Klarheit darüber verschaffen, wie wir überhaupt dazu kommen, die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs oder die Unterlassung seiner Herbeiführung in die kausale Erklärung eines Erfolges einzubeziehen. Wenn ein rettender Kausalverlauf – in der außerjuristischen Kausalitätstheorie spricht man von einer störenden Bedingung – nicht erfüllt ist, so erhalten wir eine schlüssige Kausalerklärung des Erfolges, ohne die Möglichkeit, dass ein solcher Kausalverlauf hätte stattfinden können, überhaupt zu erwähnen. Wenn ein Mensch in einem Fluss ertrinkt, nachdem ein anderer die Planke, die auf ihn zutrieb, abgelenkt hat oder es pflichtwidrig unterlassen hat, ihm einen Rettungsring zuzuwerfen, so erhalten wir eine völlig schlüssige kausale Erklärung für den Tod des Ertrinkenden, indem wir schildern, dass er mit Mund und Nase unter Wasser geriet und Wasser eingeatmet hat. Wir brauchen also die Tatsache, dass der andere die Planke abgelenkt hat oder die Tatsache, dass er es unterlassen hat, ihm einen Rettungsring zuzuwerfen, in der kausalen Erklärung gar nicht zu erwähnen. Hat der andere aber die Planke nicht weggestoßen oder den Rettungsring zugeworfen, so wird diese kausale Erklärung des Todes des Ertrinkenden falsch. Wenn er gleichwohl zu Tode gekommen ist, so muss dies eine andere Ursache haben, beispielsweise die Tatsache, dass ein anderer ihn in den Kopf geschossen hat. Wir dürfen also störende Bedingungen bei einer kausalen Erklärung nicht unberücksichtigt lassen, wenn wir nicht Gefahr laufen wollen, eine falsche kausale Erklärung zu geben. Denn wenn eine störende Bedingung für einen bestimmten

¹ Puppe, ZStW 92 (1980), 863 (875 ff.); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 102 f.; *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (406, 418 ff.).

² Wright, California Law Review 73 (1985), 1735 (1740 f., 1774 ff.); Wright/Puppe, Chicago-Kent Law Review 91 (2016), 461 (483).

³ Puppe, ZStW 92 (1980), 863 (888 ff.); *dies.* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 114; *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (438). Der Vorwurf von Moore, die NESS-Theorie könne nicht zwischen einer Ursache und einer Ersatzursache unterscheiden, in: Kahmen/Stepanians (Hrsg.), Critical Essays on „Causation and Responsibility“, 2013, S. 333 (338), ist also nicht berechtigt.

⁴ Puppe (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 112. Im Banne der Formel von der notwendigen Bedingung drückt die h.L. das wie folgt aus: Wer einen Kausalverlauf abbricht, der den Erfolg verhindert hätte, verursacht den Erfolg. Roxin, Straf-

recht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 33 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 241 f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 4 Rn. 18; Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 10 Rn. 37. Das ist, wie der Text zeigen wird, ungenau.

⁵ Puppe (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 117; Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 13 Rn. 15; Walter, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 86; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 61; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 13 Rn. 10; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 13 Rn. 12; Kindhäuser (Fn. 4), § 36 Rn. 12; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 618 f.

Kausalverlauf vollständig erfüllt ist, so falsifiziert sie die kausale Erklärung mithilfe dieses Verlaufs.

Müssen wir daraus nun die Konsequenz ziehen, dass jede kausale Erklärung die Negation aller denkbaren störenden Bedingungen impliziert? Dann müssten wir beispielsweise als eine Ursache für den Tod des Ertrinkenden akzeptieren, dass kein Flugsaurier am Himmel erschienen ist und den Ertrinkenden in die Luft getragen hat. Das wäre eine verheerende Konsequenz. Wir müssen das aber auch nicht tun, denn wenn für einen Kausalverlauf eine störende Bedingung vorhanden ist, dann wird sich bei dessen genauer Analyse zeigen, dass ein Glied der Kausalkette fehlt, sodass diese abbricht. Fehlt kein Glied der Kausalkette, so war eben keine störende Bedingung für diesen Verlauf erfüllt. Das Vorhandensein einer störenden Bedingung ist also lediglich ein zwingendes Indiz dafür, dass eine bestimmte Kausalerklärung eines Ereignisses nicht zutrifft. Damit erledigt sich ein Problem, an dem manche Autoren das gesamte NESS-Konzept der Kausalität scheitern lassen wollen. Gibt es mehrere störende Bedingungen für einen Kausalverlauf, so soll die NESS-Bedingung nicht eindeutig sein, weil nicht klar ist, welche der störenden Bedingungen man in die NESS-Bedingung aufnehmen soll.⁶ Die Antwort ist: bei natürlichen Kausalverläufen keine von ihnen. Wenn wir es aber ablehnen, aus der Erkenntnis, dass jede störende Bedingung, die tatsächlich erfüllt ist, die kausale Erklärung mit dem gestörten Kausalverlauf falsifiziert, die Konsequenz zu ziehen, dass jede kausale Erklärung die Negation aller denkbaren störenden Bedingungen impliziert, können wir es dann noch rechtfertigen, dass wir die Verhinderung einer störenden Bedingung durch menschliches Handeln oder die Unterlassung der Herbeiführung einer störenden Bedingung durch einen Menschen als Ursache für den zum Erfolg hin abgelaufenen Kausalverlauf anerkennen?

Betrachten wir zunächst rein natürliche Kausalverläufe, in denen also weder ein menschliches Handeln noch ein menschliches Unterlassen vorkommt. Diese stellen wir uns makrophysikalisch immer noch als vollständig determiniert vor. Dann gilt, dass eine störende Bedingung für ein Ereignis, also ein rettender Kausalverlauf, der tatsächlich nicht eingetreten ist, auch nicht eintreten konnte. Wir können nun die Regel aufstellen, dass wir die Negation einer störenden Bedingung, die von vornherein gar nicht eintreten konnte, nicht in die kausale Erklärung aufnehmen. Wir würden also beispielsweise nicht sagen, dass die Strömung, die die Planke, die zunächst auf den Ertrinkenden zutrieb, abgelenkt hat, kausal für dessen Tod durch Ertrinken ist. Menschliches Tun oder Unterlassen betrachten wir aber nicht als determiniert. Hat also ein Mensch die Möglichkeit, einen rettenden Kausalverlauf zu verhindern oder einen rettenden Kausalverlauf anzustoßen, so ist dieser rettende Kausalverlauf zunächst möglich. Er wird erst dadurch unmöglich, dass der Täter ihn verhindert oder es unterlässt, ihn zu initiieren. Das ist der Grund dafür, dass wir das Handeln bzw. das Unterlassen des

Täters in der kausalen Erklärung des Erfolges erwähnen dürfen und müssen. Ist der Kausalverlauf, den der Täter verhindert bzw. zu initiieren unterlässt, aber keine störende Bedingung für den Kausalverlauf zum Erfolg, so müssen wir in der kausalen Erklärung keine Begründung dafür angeben, dass er nicht stattgefunden hat. Nun können wir zeigen, worin sich die hier vorgelegte Konzeption der Kausalität durch Verhinderung sog. rettender Kausalverläufe bzw. durch Unterlassung der Initiierung rettender Kausalverläufe von der h.L. unterscheidet. Für die h.L., nach der eine Ursache eine notwendige Bedingung für den Erfolgseintritt ist, ist ein Kausalverlauf nur dann ein rettender, wenn er jegliche Möglichkeit der Erfolgsverursachung verhindern würde. Für uns ist er bereits dann ein rettender, wenn er einen bestimmten in der Welt angelegten Kausalverlauf zum Erfolg verhindern würde, für diesen Verlauf also eine störende Bedingung ist. Haben wir also beispielsweise zwei hinreichende Bedingungen für den Eintritt des Erfolges, von denen nur die eine durch das Vorhandensein einer störenden Bedingung falsifiziert wird, so wird auch derjenige kausal für den Erfolg, der diese störende Bedingung beseitigt, auch wenn diese nicht den Erfolg schlechthin, sondern nur einen angelegten Kausalverlauf zu diesem Erfolg hin unterbrechen würde. Dasselbe gilt, wenn der Täter es unterlässt, einen von mehreren zum Erfolg hin angelegten Kausalverläufen durch eine störende Bedingung zu unterbrechen. Ob er dazu verpflichtet ist, wenn der andere angelegte Kausalverlauf ohnehin zum Erfolg führen würde, ist eine andere Frage.

Ein Beispiel dafür ist der folgende vom BGH entschiedene Fall⁷. Im Dachgeschoss eines brennenden Hauses befindet sich ein Vater mit seinen beiden kleinen Kindern. Seine einzige Möglichkeit, diese vor dem Tod in den Flammen zu retten, besteht darin, sie aus dem Fenster in die auffangbereiten Arme von Helfern zu werfen. Aber er bringt das nicht fertig, weil ihm die Möglichkeit, dass die Helfer die Kinder verfehlen könnten, sodass diese auf dem Pflaster zu Tode stürzen, wodurch er dann ihren Tod verursacht hätte, unerträglich ist. Schließlich springt er selbst aus dem Fenster, während die Kinder verbrennen. Der Vater ist kausal für den Tod der Kinder durch Verbrennen, weil er diesen durch den Wurf aus dem Fenster hätte verhindern können. Für die h.L. ist das zweifelhaft, denn es steht ja nicht fest, dass die Unterlassung des Vaters, die Kinder aus dem Fenster zu werfen, eine notwendige Bedingung für deren Tod war. Sie wäre es nicht, wenn die Kinder in diesem Fall durch Aufschlag auf dem Straßenpflaster ums Leben gekommen wären. Nach der hiesigen Konzeption ist dies aber kein Grund, die Kausalität des Verhaltens des Vaters für den Tod der Kinder, nämlich den durch Verbrennen,⁸ anzuzweifeln. Damit stellt sich die

⁷ BGH JZ 1973, 173.

⁸ Der Ausdruck „Tod durch Verbrennen“ bezeichnet in diesem Zusammenhang nicht etwa einen „Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt“, so etwas gibt es nicht, vgl. zuletzt *Puppe* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 63 ff. Er bezeichnet vielmehr den Kausalverlauf, der bereits als eine nach allgemeinen Gesetzen hinreichende und wahre Bedingung des Todes festgestellt worden ist.

⁶ *Moore*, Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics, 2009, S. 491 ff.; *Stapleton*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 433 (477 ff.).

Frage, ob der Vater als Garant verpflichtet war, den Tod durch Verbrennen zu verhindern, indem er den Tod durch Zerschmettern ermöglichte. An einer solchen Pflicht des Garanten kann man vernünftigerweise nicht zweifeln, wenn die Kinder in diesem Fall eine gute Chance gehabt hätten, durch die auffangbereiten Helfer, gerettet zu werden. Hat der Garant nur die Möglichkeit, den sicheren Tod seines Schützlings durch eine Handlung zu verhindern, durch die er ihren Tod nur möglicherweise herbeiführt, so ist er verpflichtet, diese Chance für seine Schützlinge zu ergreifen. Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte dies psychisch nicht fertiggebracht. Er ist also lediglich wegen Unzumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns entschuldigt.

II. Die Verhinderung rettender Kausalverläufe durch positives Tun

Aus dem Gesagten ergibt sich die Regel, dass eine Verursachung durch Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs nur dann vorliegt, wenn alle Bedingungen dafür gegeben waren, dass dieser Verlauf den zum Erfolg führenden Kausalverlauf abgebrochen hätte. Fehlt eine dieser Bedingungen, so ist der Eingriff in den Verlauf in der Erklärung des schädigenden Kausalverlaufs nicht zu erwähnen. So löst sich der viel diskutierte Serumfall von *Samson*. Im Dschungel liegt ein Kranker, der nur durch ein bestimmtes Serum gerettet werden kann. Auf dem nächsten Flugplatz steht ein Buschflugzeug bereit sowie das erforderliche Serum. Es fehlt aber eine Kühleinrichtung, so dass das Serum auf dem Flug zum Kranken verderben würde. Als das Flugzeug beladen werden soll, verschüttet ein unachtsamer Arbeiter das Serum. Ist er kausal für den Tod des Kranken?⁹

Man könnte die Frage bejahen, indem man eine Kausalkette von der Bereitstellung des Serums und des Flugzeugs bis zum Tod des Patienten bildet und nun als Zwischenglied dieser Kette einführt, dass das Serum verschüttet wurde. So wäre wohl *Wright* früher verfahren. Er legt eine störende Bedingung zugrunde, hier etwa die Bedingung, dass der Kranke ein Serum erhält und fragt dann, warum dies nicht geschehen ist. Die Antwort ist, weil der Arbeiter das Serum verschüttet hat. Dass das Serum auf dem Flug ohnehin verdorben wäre, ist danach eine irrelevante Ersatzursache. Denn die Kausalkette, die zum Verderb des Serums geführt hätte, ist durch dessen Verschütten abgebrochen worden.¹⁰

Aber ehe man eine solche Kausalkette bildet, muss man begründen, dass die Vorgänge auf dem Flugplatz überhaupt in die hinreichende Mindestbedingung für den Tod des Kranken einbezogen werden. Man könnte für dessen Tod ja auch eine hinreichende Bedingung formulieren, in der nur die Krankheit und die Voraussetzungen ihrer Entwicklung zum Tode vorkommen. Diese Mindestbedingung ist aber dann und nur dann unvollständig, wenn irgendwo in der Welt die Voraussetzungen dafür gegeben waren, dass die Entwicklung

der Krankheit bis zum Tode verhindert wird.¹¹ Wäre in dem Buschflugzeug eine Kühlanlage vorhanden gewesen, so wären zum Zeitpunkt der Beladung des Buschflugzeuges alle Voraussetzungen dafür gegeben, dass die Fortentwicklung der Krankheit bis zum Tode nicht stattfinden würde. Dann wäre der Arbeiter durch seine Unachtsamkeit für den Tod des Patienten kausal.

Eine Mehrfachkausalität von Verhinderungen rettender Kausalverläufe liegt nur dann vor, wenn mehrere gleichzeitig je eines der gegebenen Elemente einer den schädigenden Kausalverlauf unterbrechenden Bedingung beseitigen. In unserem Beispiel wäre das etwa dann der Fall, wenn zur gleichen Zeit der eine das Serum verschüttet, der andere die Kühlanlage zerstört, der dritte das Benzin aus dem Tank des Flugzeugs auslaufen lässt. Hier gibt es keine Möglichkeit, einen der Beteiligten im Vergleich zu dem anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Anders liegt es, wenn die Handlungen, die zur Unterbrechung eines schädigenden Kausalverlaufs geeignet wären, nacheinander erfolgen. Denn dann wird schon durch die erste Handlung bewirkt, dass im Einzelfall die den Schadensverlauf störende Bedingung nicht mehr besteht. Verschüttet also in unserem Beispiel erst ein Arbeiter vorsätzlich oder fahrlässig das Serum, zerstört sodann ein anderer die Kühlanlage und entleert dann ein Dritter den Tank, so ist nur der erste kausal für den Tod des Kranken im Dschungel, denn als die beiden anderen in Aktion traten, war schon keine störende Bedingung für dessen Tod vorhanden, also kein Grund vorhanden, deren Handlung mit diesem Tod überhaupt in Verbindung zu bringen. Das Handeln der beiden anderen Beteiligten ist allenfalls eine Ersatzursache für den Tod des Patienten. Wenn es also darum geht, die Ursache von einer Ersatzursache zu unterscheiden, gilt in gewissem Sinne für die Verhinderung rettender Kausalverläufe das umgekehrte wie für die unmittelbare Erfolgsverursachung. Bei der unmittelbaren Erfolgsverursachung verdrängt die letzte unmittelbar ursächliche Handlung die vorhergehenden, es sei denn, der Kausalverlauf würde von dem anderen zeitlich überholt. Wenn ein Täter dem Opfer ein langsam wirkendes Gift verabreicht hat und der andere es dann erschießt, so ist die Erschießung die Ursache, die Vergiftung die Ersatzursache. Begehen die beiden Täter aber nacheinander Handlungen, die geeignet sind, eine störende Bedingung für den schädigenden Kausalverlauf zu inhibieren, so ist die erste dieser Handlungen die Ursache dafür, dass der schädigende Kausalverlauf stattfindet, der Erfolg also eintritt, die zweite nur eine Ersatzursache.

III. Verursachung durch Unterlassen

Eine Verursachung durch Unterlassen ist strukturell nichts anderes als die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs, nämlich desjenigen Kausalverlaufs, den der Unterlassende verpflichtet war herbeizuführen. Wenn es richtig ist, dass die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs nur dann ur-

⁹ *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972, S. 94 f.

¹⁰ Vgl. *Wright*, in: Neyers/Chamberlain/Pitel (Hrsg.), *Emerging Issues in Tort Law*, 2007, S. 287 (303); *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 7/24.

¹¹ *Puppe* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 112; *dies.*, *ZStW* 92 (1980), 863 (903 ff.); *dies.*, *Rechtswissenschaft* 2011, 400 (429); *Roxin* (Fn. 4), § 11 Rn. 34.

sächlich für den Erfolg ist, wenn in irgendeinem Zeitpunkt die Bedingungen dafür tatsächlich gegeben waren, dass dieser Kausalverlauf den tatsächlichen Kausalverlauf abbricht, so lassen sich daraus einige Konsequenzen für die Kausalität durch Unterlassen ziehen. Eine Unterlassung ist nur dann kausal, wenn dem Täter der Abbruch des schädlichen Kausalverlaufs tatsächlich möglich war. Hat er dies etwa nur irrtümlich geglaubt, so ist objektiv kein Grund vorhanden, seine Unterlassung mit dem schädigenden Kausalverlauf überhaupt in Verbindung zu bringen.¹² Auf diese Weise lässt sich ein Problem wesentlich entschärfen, dass denjenigen, die negative Bedingungen als Elemente einer kausalen Erklärung zulassen, immer wieder entgegengehalten wird, die unendliche Vermehrung der Bedingungen durch Zulassung negativer Tatsachen. Man darf sich nicht beliebige Kausalverläufe oder menschliche Handlungen ausdenken, die einen Erfolg verhindert hätten, deren Voraussetzungen aber in Wirklichkeit nicht gegeben waren, um deren Negationen in die kausale Erklärung einzubeziehen. Wenn in diesem Augenblick in Sydney ein 150 Kilo schwerer Bauarbeiter von einem 10 m hohen Gerüst stürzt, bin ich nicht deshalb für seinen Tod kausal, weil ich ihn nicht aufgefangen habe. Für die Zwecke des Rechts kann man die Zahl der zugelassenen Negationen hindernder Kausalverläufe aus normativen Gründen noch weiter einschränken. Die Unterlassung einer Handlung kommt nur dann als Ursache in Betracht, auf die eine Zurechnung eines Erfolges gegründet werden darf, wenn der Unterlassende zu der betreffenden Handlung von Rechts wegen verpflichtet war, sogenannte Garantenstellung.

Nun können wir ein Problem eindeutig lösen, das vor allem in der angloamerikanischen Literatur heiß umstritten ist, den sog. Bremsenfall. Ein Monteur hat die Bremsen eines Autos falsch montiert oder er hat es bei der Inspektion versäumt, die völlig abgefahrenen Bremsbeläge zu erneuern, so dass die Bremse unwirksam ist. In der kritischen Situation betätigt nun aber der Fahrer das Bremspedal gar nicht. Es kommt zu einem heftigen Zusammenstoß. Es ist umstritten, ob der Monteur oder der Fahrer für den Unfall verantwortlich ist. Sowohl die falsche Montage der Bremsen bzw. die Unterlassung der Erneuerung der Bremsbeläge als auch die Unterlassung der Bremsung in der kritischen Situation kommen als Verursachung des Zusammenstoßes durch Nichtinitiierung eines rettenden Kausalverlaufs in Betracht. Aber als der Autofahrer die Bremsung unterließ, waren die Voraussetzungen dafür, dass die Bremsung den Kausalverlauf zum Zusammenstoß unterbrochen hätte, nicht mehr erfüllt. Deshalb ist allein der Monteur ursächlich für den Unfall.¹³

Sind mehrere Personen gleichzeitig und unabhängig voneinander zur Initiierung eines rettenden Kausalverlaufs verpflichtet und unterlassen alle dies pflichtwidrig, so liegt ein Fall von Mehrfachkausalität durch Unterlassen vor. Wenn beispielsweise sowohl der Bademeister als auch der als Rettungsschwimmer ausgebildete Vater des ertrinkenden Kindes

es unterlassen, das Kind aus dem Wasser zu holen, setzen beide unabhängig voneinander eine hinreichende Bedingung für dessen Tod durch Ertrinken. Das Beispiel zeigt, dass wir mit dem Erfordernis der Erfolgsabwendungsmöglichkeit beim Unterlassen keineswegs zur *Conditio-sine-qua-non*-Formel zurückgekehrt sind.

Etwas komplizierter liegt der berühmte Politbürofall, den der BGH entschieden hat.¹⁴ Angeklagt waren die Mitglieder des Politbüros der DDR wegen vorsätzlicher Tötung von Flüchtlingen, die beim Versuch, die Grenze der DDR zu überqueren, von den Grenzsoldaten erschossen worden waren. Die Angeklagten hatten ihre Ämter im Politbüro erst angetreten, als der Schießbefehl an der Grenze der DDR bereits in Kraft war. Ihnen wurde Tötung durch Unterlassen vorgeworfen, weil sie verpflichtet gewesen seien, das sog. Grenzregime mit Schießbefehl, Todesstreifen und Selbstschussanlagen zu beseitigen. Nun tritt das Problem auf, dass sich jeder einzelne Angehörige des Politbüros zu seiner Entlastung darauf berufen könnte, dass er den rettenden Kausalverlauf gar nicht hätte initiieren können, indem er die Abschaffung des Grenzregimes betrieben hätte, weil die anderen Politbüromitglieder ihn mit Sicherheit überstimmt hätten. Aber die anderen Politbüromitglieder waren ja ebenso verpflichtet, die Abschaffung des Grenzregimes zu betreiben. Hätten dies so viele von ihnen getan, wie zum Erreichen einer Mehrheit erforderlich waren, so wäre das Grenzregime abgeschafft worden. Das ist das sogenannte Gremienproblem, das auch beim positiven Tun auftreten kann, nämlich dann, wenn innerhalb eines Gremiums mehr Mitglieder als erforderlich einen rechtswidrigen Beschluss fassen.¹⁵ In beiden Fällen lässt sich die Kausalität jedes einzelnen Gremiumsmitglieds damit begründen, dass man seine Stimme beziehungsweise sein Unterlassen mit so vielen anderen der sich pflichtwidrig verhaltenden Gremiumsmitglieder zusammenfasst, wie für die Erzielung der Mehrheit erforderlich sind. So erhält man eine hinreichende Bedingung für das Zustandekommen eines rechtswidrigen Beschlusses bzw. das Unterbleiben eines pflichtgemäßen Beschlusses.¹⁶ Die Stimmen der übrigen Gremiumsmitglieder bzw. deren Unterlassungen müssen dabei außer Acht gelassen werden, denn wenn man sie einbezieht, erhält man keine Mindestbedingung.¹⁷ Viele sehen das nicht ein. Sie verlangen mit Nachdruck, dass alle Stimmen zusammengezählt werden, einfach weil sie da sind.¹⁸

Auch wenn die Unterlassungstäter nicht dieselben, sondern verschiedene Verhaltensweisen ausführen müssten, um den schädlichen Kausalverlauf zu unterbrechen gilt das glei-

¹⁴ BGHSt 48, 77 mit Bespr. Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, § 31 Rn. 1 ff.

¹⁵ BGHSt 37, 306 mit Bespr. Puppe, JR 1992, 30.

¹⁶ Puppe, ZIS 2018, 57 (58 f.); dies. (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 108; dies., GA 2004, 129 (138 f.).

¹⁷ Puppe, ZIS 2018, 57 (58 f.); dies. (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 108; dies., GA 2004, 129 (139).

¹⁸ Rotsch, ZIS 2018, 1 (7); Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 120 ff.; Christina Putzke, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 27.

¹² Puppe (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 117.

¹³ Puppe/Wright, in: Infantino/Zervogianni (Hrsg.), Causation in European Tort Law, 2017, S. 17 (51 ff.); anders früher Wright, California Law Review 73 (1985), 1735 (1801).

che. Wenn beispielsweise ein Ehepaar mit seinem kleinen Sohn im Segelboot unterwegs ist, dieser über Bord fällt und der Vater es unterlässt, das Boot zu wenden und auf das Kind zuzusteuern, während die Mutter es unterlässt, das Kind zu beobachten und dem Vater Anweisungen zu geben, wie er steuern soll, sind beide kausal. Steuert der Vater das Boot nicht in Richtung des Kindes, so nützt das Ausschauen der Mutter nichts, gibt die Mutter ihm keine Steueranweisungen, so kann er das Kind bei dem Wellengang nicht sehen und nicht ansteuern. Das Unterlassen jedes der Eltern stellt also unabhängig vom gleichzeitigen Unterlassen des anderen eine hinreichende Bedingung dafür dar, dass das Kind ertrinkt. Keiner kann sich darauf berufen, dass auch der andere seine Pflicht verletzt. Das sog. Gremienproblem ebenso wie die Konstellation kumulativen Unterlassens zeigen, dass unsere Lösung gerade keine Rückkehr zur *Conditio-sine-qua-non*-Formel darstellt, denn deren Anwendung auf beide Konstellationen führt unweigerlich zur Verneinung der Kausalität jedes einzelnen Beteiligten.

Hängt die Möglichkeit des Unterlassenden, den Erfolg abzuwenden, davon ab, dass ein anderer später seine Pflicht erfüllt, besteht beispielsweise die Unterlassung darin, einen anderen Pflichtigen nicht auf die Gefahr aufmerksam gemacht zu haben, so kann die Kausalität dieser Unterlassung nicht davon abhängig gemacht werden, ob der andere seine Pflicht erfüllt hätte, wenn der erstere ihm dazu Gelegenheit gegeben hätte.¹⁹ Denn erstens ist diese Frage prinzipiell nicht beantwortbar, solange wir von der Freiheit menschlichen Handelns ausgehen, und zweitens kann sich niemand zu seiner Entlastung auf eine bloß fiktive Pflichtverletzung eines anderen berufen.²⁰ Deshalb gilt die Regel, dass alle Voraussetzungen für die Verhinderung des Erfolges gegeben sein müssen, wenn der Unterlassende handeln soll und es nicht tut, nur für die natürlichen Voraussetzungen der Verhinderung, nicht für ein freies Handeln eines Dritten. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Unterlassung, einen anderen Abwendungspflichtigen auf die Gefahr aufmerksam zu machen, für den Schaden ursächlich ist, muss also aus normativen Gründen unterstellt werden, dass der andere Beteiligte seine Pflicht erfüllt hätte, wenn er Gelegenheit dazu gehabt hätte.²¹ Man kann das auch so ausdrücken: Zur Beseitigung der Unbestimmtheit des Verhaltens des Zweitverpflichteten sind nicht Vermutungen darüber anzustellen, wie er sich bei richtiger Information verhalten hätte, sondern diejenigen Rechtsregeln zugrunde zu legen, die für sein Verhalten gelten.²² Da diese Regel zur Feststellung der Kausalität des Unterlassens normative Gründe hat, gilt sie unabhängig davon, ob ein Empiriker sie akzeptieren würde oder nicht.

¹⁹ Puppe, JR 2017, 513 (519 ff.); *dies.* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 133 ff.; *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (433 f.).

²⁰ Puppe, JR 2017, 513 (520); *dies.* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 134 f.; *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (434).

²¹ Vgl. Puppe (Fn. 14), § 2 Rn. 27 ff., § 30 Rn. 12 ff.

²² Puppe, JR 2017, 513 (520); *dies.* (Fn. 1 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 134 f.; *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (434).

Die Rechtsprechung verfährt inkonsequent. Wenn im Einzelfall kein Anlass für die Vermutung besteht, dass der zweite Rettungspflichtige seine Pflicht nicht erfüllt hätte, geht sie ohne weiteres und ohne Problembewusstsein davon aus, dass er sie erfüllt hätte. Gibt es aber aus seinem anderweitigen Verhalten Anhaltspunkte dafür, dass er seine Pflicht nicht erfüllt hätte, so verlangt die Rechtsprechung für die Verurteilung dessen, der es unterlassen hat, dem Zweitverpflichteten Gelegenheit zur Pflichterfüllung zu geben, den Beweis, dass der zweite Verpflichtete seine Pflicht erfüllt hätte, wenn er Gelegenheit dazu gehabt hätte.²³ Dieser Beweis ist unmöglich, weshalb derjenige, der es unterlassen hat, den Zweitverpflichteten einzuschalten oder seine Einschaltung verhindert hat, nicht für das Unglück verantwortlich gemacht wird.

So ist das entscheidende Gericht beispielsweise in folgendem Fall verfahren: angeklagt war ein wachhabender Assistenzarzt, der Anzeichen einer Entzündung bei einer frisch operierten Patientin beobachtet hatte, die er nicht zu deuten wusste. Trotzdem hat er den Oberarzt nicht darüber informiert. Da der Oberarzt sich aber am folgenden Wochenende ebenfalls als pflichtvergessen erwiesen hat, weil er die notwendigen Untersuchungen auf den Anfang der nächsten Woche verschoben hat, hob das Gericht die erstinstanzliche Verurteilung des Assistenzarztes auf mit dem Verlangen, das Tatgericht möge feststellen, ob die Nachlässigkeit des Oberarztes eine wochenendbedingte gewesen sei, oder ob er sich am Freitag ebenso verhalten hätte.²⁴ Natürlich ist ein solcher Nachweis nicht möglich. Die Frage hat also als empirische verstanden keinen Sinn.

Genauso ist der BGH im Blutbankfall verfahren. In einer Blutbank war es üblich, eine als nicht benötigt zurückgeschickte Blutkonserve zu öffnen, um eine Probe zur Feststellung der Verträglichkeit mit dem Empfängerblut zu erhalten, wenn das beigefügte Röhrchen, das zu diesem Zweck eine Blutprobe enthielt, verloren gegangen war. Das war sorgfaltswidrig und führte zu einer Infektion von Blutproben, an der mehrere Empfänger verstarben. Der Klinikleiter kannte diese Praxis und billigte sie. Seiner Stellvertreterin wurde vorgeworfen, dass sie dies nicht dem Gesundheitsamt angezeigt hat. Ihre Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung wurde mit der Begründung abgelehnt, dass es nicht unwahrscheinlich gewesen sei, dass das Gesundheitsamt dagegen nicht eingeschritten wäre. Denn dem Gesundheitsamt gegenüber hätte die Autorität des Institutsleiters gegenüber der seiner Stellvertreterin wohl das Übergewicht gehabt.²⁵

Aber mit unserer Regel, dass bei der Entscheidung, wie sich die zweite Person verhalten hätte, wenn sie pflichtgemäß informiert worden wäre, die für sie geltenden Rechtspflichten zugrunde zu legen sind, kommen wir nicht aus, wenn es sich bei der zweiten Person nicht um einen verpflichteten Retter handelt, sondern um den Geschädigten selbst. Nehmen wir

²³ BGH NStZ 1986, 217; BGH NJW 2000, 2754 (2757).

²⁴ BGH NStZ 1986, 217 mit Bespr. Puppe (Fn. 14), § 2 Rn. 35 ff.

²⁵ BGH NJW 2000, 2754 mit Bespr. Puppe (Fn. 14), § 30 Rn. 12 ff.

zum Beispiel den Fall Willy Bogner. Willy Bogner war ein Produzent spektakulärer Skifilme. Er wollte mit mehreren berühmten Rennläufern in einem Hochtal einen Film drehen. Der Lawinenwarndienst hatte an diesem Tag eine Lawinenwarnung für dieses Hochtal ausgegeben, die Bogner zwar erfragt, aber seinen Rennläufern nicht mitgeteilt hat. Als diese dann trotzdem in dieses Tal einfuhren, wurden mehrere Rennläufer von einer Lawine verschüttet und getötet. Hier kommen wir zu einer Verantwortung Bogners für den Unfall nur dann, wenn wir bei der Entscheidung der Frage, wie sich die Rennläufer bei richtiger Information verhalten hätten, nicht Rechtsregeln, sondern Klugheitsregeln zugrunde legen. Die Rennläufer hatten sich, ohne dies zu wissen, einer hohen Lebensgefahr ausgesetzt. Sie hatten gegenüber Bogner ein Recht darauf, vollständig über diese Gefahr informiert zu werden. Ich gehe also bei der Entscheidung der Frage, ob diese Information den tödlichen Unfall verhindert hätte, davon aus, dass die Rennläufer sich in ihrem eigenen Interesse klug verhalten, also die Abfahrt in das lawinengefährliche Hochtal nicht gemacht hätten.²⁶ Die Rechtfertigung dafür ist nicht eine empirische, sondern eine normative. Die Skiläufer hatten ein Recht darauf, über ihre Gefährdung nach pflichtgemäßer Information durch den Produktionsleiter selbst zu entscheiden. Wenn man die Verantwortung des Desinformanten von Spekulationen darüber abhängig macht, wie sie sich bei pflichtgemäßer Information entschieden hätten, nimmt man ihnen dieses Recht.²⁷

Der wirkliche Fall war noch etwas komplizierter: Das Hochtal war generell wegen Lawinengefahr gesperrt. Schilder am Taleingang informierten die Skifahrer darüber. In diesem unvollständigen Gefahrwissen haben die Läufer die tödliche Abfahrt riskiert. Sie haben sich bereitgefunden, ein gewisses Risiko einzugehen. Es ist also ungewiss, ob sie bei richtiger Information auch das größere Risiko eingegangen wären. Trotzdem würde ich auch in diesem Fall Bogner für das Unglück mitverantwortlich machen, wenn er auch die Schuld daran nicht allein trägt, indem ich die Klugheitsregel, dass ein Skifahrer bei einer derartigen Lawinenwarnung nicht in das Gelände geht, zugrunde lege, obwohl ich nicht sicher sein kann, dass das in Wirklichkeit so ist. Ich tue das aus normativen, nicht aus empirischen Gründen. Bogner hat seinen Darstellern entgegen seiner Pflicht als Produktionsleiter nicht die Möglichkeit gegeben, über die gesamte Gefahr, der sie sich aussetzten, selbst zu entscheiden. Auf diese Weise kann ich die Lösung des Falles der angleichen, die allgemein anerkannt ist, wenn der Täter sich durch positives Handeln an einer fremden Selbstgefährdung beteiligt. Hier gilt der Grundsatz, dass eine freiverantwortliche Selbstgefährdung des Geschädigten den Zurechnungszusammenhang zu einem Beteiligten, der ihm diese Selbstgefährdung durch positives Tun ermöglicht, unterbricht. Das gilt aber nur dann, wenn der sich selbst Gefährdende den vollen Umfang des Risikos kennt, dem er sich aussetzt. Wir können unseren Fall ja auch so betrachten, dass Bogner, indem er trotz der Lawinenwarnung den Film in dem gefährlichen Hochtal drehte,

zur Selbstgefährdung seiner Darsteller auch durch positives Tun beigetragen hat. Sie hätten keinen Grund gehabt, dass gefährliche Hochtal zu befahren, wenn er dort nicht den Film mit ihnen gedreht hätte. Ein Empiriker, etwa ein Psychologe oder Soziologe, der Gefahrensituationen analysiert, wäre mit diesen Regeln der Kausalitätsbestimmung nicht einverstanden. Sie sind auf die spezifisch juristische Frage geeicht, wem man gerechterweise für ein Unglück die Verantwortung oder Mitverantwortung zuschreibt.

IV. Das Brett des Karneades

Um die Verursachung eines Erfolges durch Hinderung eines rettenden Kausalverlaufs geht es auch in dem in Philosophie und Jurisprudenz viel besprochenen Fall, der auf den griechischen Philosophen Karneades zurückgeführt wird.²⁸ Nach einem Schiffsuntergang hält sich der Passagier A an einem Brett fest, das nur einen Menschen tragen kann. Der Passagier B, der keine Schwimmhilfe hat, stößt den A von dem Brett weg, sodass dieser ertrinkt, während B den Schiffsuntergang überlebt. Nach ganz h.L. hat B den A rechtswidrig getötet und kann sich lediglich auf einen entschuldigenden Notstand berufen, der in seiner Todesangst begründet ist.²⁹ Er wäre wegen vorsätzlicher Tötung strafbar, wenn er nicht sich selbst, sondern einen anderen Passagier auf diese Weise gerettet hätte, es sei denn, es habe sich bei dem anderen Passagier um einen nahen Angehörigen des B gehandelt. Dabei ist es doch durchaus fraglich, ob das wirklich unrecht ist. Schließlich hatte der A ebenso wenig wie der B ein Recht auf das Brett. Dass er es vor dem B erreichte, war reiner Zufall. Man kann dafür, dass A überleben soll, während B ertrinken muss, also keine Gründe des Rechts oder der Gerechtigkeit anführen. Der Grund dafür besteht in der Erhaltung des Friedens. Nur um des Friedens willen gilt für Güter, insbesondere für knappe Rettungsmittel, die nicht bereits einem bestimmten Berechtigten zugeteilt sind der Grundsatz, wer hat, der hat. Ohne diesen Grundsatz würde es zu einem Kampf aller gegen alle um die knappen, nicht zugeteilten Ressourcen kommen. Die praktische Folge wäre oft, dass sie am Ende keinem zugutekommen würden. Wer also einen rettenden Kausalverlauf, der auf ein gefährdetes Objekt zuläuft, auf ein anderes umlenkt, handelt rechtswidrig. Der Schaden, den das erstere Rechtsgutobjekt infolge seiner Umlenkung erleidet, wird ihm als von ihm verursachtes Unrecht zugerechnet. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er doch, indem er den rettenden Kausalverlauf auf das andere Objekt umgelenkt hat, nicht nur den Schaden des Ersteren, sondern auch die Rettung des Zweiten verursacht hat. Wer von einer Sprengfalle weiß und seinen Feind in diese Falle schickt, kann sich nicht damit rechtfertigen, dass andernfalls ein anderer in diese Falle ge-

²⁸ Siehe dazu *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 245 (247 ff.); *Koriath*, JA 1998, 250, dort Version 4; *Küper*, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff, 1998, S. 285 (297 f.); *Annette von Droste-Hülshoff*, Die Vergeltung, 1840.

²⁹ *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 210 ff.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, § 20 Rn. 1, 7.

²⁶ *Puppe* (Fn. 14), § 2 Rn. 39; *dies.*, JR 2017, 513 (517 ff.).

²⁷ *Puppe* (Fn. 14), § 2 Rn. 39; *dies.*, JR 2017, 513 (518).

gangen wäre, dessen Leben er also gerettet hat. Das gilt auch dann, wenn die Ablenkung des rettenden Kausalverlaufs die einzige Möglichkeit ist, das Leben dieses anderen zu retten. Ist aber das Rettungsmittel einem bestimmten Gefährdeten von Rechts wegen bereits zugewiesen, so gilt der Grundsatz, wer hat, der hat nicht mehr. Wenn der Diener eines Reisenden in der Wüste dessen Wasserschlauch in Verwahrung hat, und nun für beide die Gefahr des Verdurstens besteht, kann der Reisende seinem Diener den Wasserschlauch wenn nötig mit Gewalt abnehmen, um zu verhindern, dass dieser ihn selbst austrinkt.

V. Verhinderung rettender Kausalverläufe durch Erschleichung von Spenderorganen

Ein Transplantationschirurg beeinflusste die Allokation von Spenderlebern durch Eurotransplant zugunsten seiner Patienten. Erstens meldet er Patienten zur Warteliste, die nach den Richtlinien der Leberallokation noch gar nicht auf die Warteliste gesetzt werden durften, indem er die Gründe für ihren Ausschluss von der Warteliste verschwieg. Zweitens machte er bei der Meldung zur Warteliste falsche Angaben über Patienten, derentwegen diese einen höheren Rang auf der Warteliste erhielten, als ihnen nach den Richtlinien zustand. Alle durch dieses Verhalten des Transplantationsarztes begünstigten Patienten erhielten ein Spenderorgan. Das Verhalten des Arztes könnte die Verhinderung rettender Kausalverläufe darstellen, weil in Folge seiner Manipulationen andere Patienten einen niedrigeren Rang auf der Warteliste erhalten haben, als ihnen nach den Allokationsrichtlinien zustand und infolgedessen möglicherweise nicht rechtzeitig ein Spenderorgan erhalten haben. Sowohl das LG Göttingen, als auch der BGH sprachen den Transplantationsarzt vom Vorwurf der vollendeten und auch der versuchten Tötung frei.³⁰

Zunächst warfen sowohl die beiden Gerichte als auch einige Autoren die Frage auf, ob, selbst wenn die Kausalität des Verhaltens des Arztes für den Tod anderer Patienten nachweisbar wäre, eine Zurechnung dieses Todes deshalb nicht in Betracht kommt, weil keiner der Patienten ein Recht auf ein Organ hätte. Sie hätten nur ein Recht auf Teilhabe an einem bestimmten Verteilungsverfahren nach bestimmten Regeln.³¹ Auch haben sich beide Gerichte in ihren Entscheidungen intensiv mit der Geltung, der Rechtmäßigkeit und auch der Zweckmäßigkeit der Allokationsrichtlinien beschäftigt. Sie haben ihre Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass den Richtlinien nach deutschem Verfassungsrecht die erforderliche Rechtsgrundlage fehlt und dass sie sachwidrig seien, weil sie nicht den heutigen Stand der Medizin richtig wiedergeben.³² Wir hatten aber am Brett des Karneades gesehen, dass für die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs nicht erforderlich ist, dass derjenige, dem das Rettungsmittel entzogen wird, ein Recht darauf hat. Es genügt, dass der

Kausalverlauf rein tatsächlich so angelegt war, dass die Rettung auf ihn zulief.³³

Außerdem hat der BGH unter dem Topos Schutzzweck der Norm die Frage aufgeworfen, ob die auf Grund der Ermächtigungsnorm des § 16 Transplantationsgesetz erlassenen Richtlinien der Bundesärztekammer, selbst wenn sie rechtswirksam sind, einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde gelegt werden dürfen, da sie ja doch keine Gesetze sind und daher nicht den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG genügen.³⁴

Aber den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG unterliegt nur ein Straftatbestand, nicht jede Norm, die bei der Feststellung eines Straftatbestandes Anwendung findet. Man stelle sich vor, dass jede Sorgfaltsregel, also etwa alle ärztlichen und handwerklichen Kunstregeln, die Regeln des sorgfältigen Kaufmanns usw. vom Gesetzgeber ausdrücklich und bestimmt formuliert und beschlossen werden müssten. Nicht einmal die StVO kommt ohne ihren § 1 aus. Im vorliegenden Fall geht es nicht einmal um Normen, deren Verletzung dem Angeklagten vorgeworfen wird, sondern nur um solche, die die Kausalität seines Verhaltens für die Verhinderung rettender Kausalverläufe begründen. Der Angeklagte hat nicht die Allokationsrichtlinien der Bundesärztekammer verletzt – das könnte allenfalls Eurotransplant tun – sondern das Verbot, bei der Anmeldung von Patienten zur Warteliste unvollständige und falsche Angaben zu machen.

Zwei Möglichkeiten sind hier zu bedenken. Die erste Möglichkeit besteht darin, dass die Richtlinien rechtswirksam sind. Dann sind die verfügbaren Organe von vornherein denjenigen Patienten von Rechts wegen zugewiesen, die sie bei richtiger Handhabung der Richtlinien erhalten würden. Da dies jedenfalls nicht diejenigen Patienten sind, denen der Angeklagte Spenderorgane verschafft hat, hat er danach rettende Kausalverläufe verhindert. Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass die Richtlinien unwirksam sind. Dann kommt es auf die faktischen Aussichten an, ein Organ zu erhalten. Es gilt der Grundsatz, wer hat, der hat, damit es bei der Verteilung von Spenderorganen nicht zu einem rechtlosen Zustand kommt, bei dem jeder das Recht auf alles hätte, also zum Krieg aller gegen alle. Jeder könnte sich ungestraft Spenderorgane, sei es durch List, sei es durch Gewalt verschaffen, sei es zu seinen eigenen Gunsten, sei es zugunsten eines anderen. Dieser Zustand muss ausgeschlossen werden,³⁵ deshalb muss der Grundsatz des Verbots der Umlenkung eines rettenden Kausalverlaufs auch dann gelten, wenn dessen Zulaufen auf ein bestimmtes gefährdetes Objekt nicht rechtliche, sondern nur faktische Gründe hat, also Zufall ist. Danach ist es von entscheidender Bedeutung, dass sich Eurotransplant tatsächlich an die Richtlinien gehalten hat. Auch daraus ergibt sich, dass der Angeklagte Arzt dadurch, dass er Eurotransplant falsche oder unvollständige Angaben über seine Patienten gemacht hat, die Rettung derjenigen Patienten

³⁰ BGH NStZ 2017, 701.

³¹ BGH NStZ 2017, 701 (702); *Schroth*, NStZ 2013, 437 (443); kritisch dazu *Böse*, ZJS 2014, 117 (120); *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (33).

³² BGH NStZ 2017, 701 (703 f.).

³³ *Schroth*, NStZ 2013, 437 (443, Fn. 74), hält zwar den Vergleich mit dem Brett des Karneades für schief, sagt aber nicht, warum.

³⁴ BGH NStZ 2017, 701 (703).

³⁵ *Böse*, ZJS 2014, 117 (121).

in rechtswidriger Weise verhindert hat, die die Organe ohne diese Falschangaben erhalten hätten.³⁶

Aber der BGH hält es im Anschluss an das LG Göttingen auch für unmöglich, festzustellen, ob der Angeklagte überhaupt einen rettenden Kausalverlauf verhindert hat, indem er zugunsten seiner Patienten Spenderorgane dem regulären Verteilungsverfahren entzogen hat. Dabei gehen beide Gerichte davon aus, dass nur der sog. Erstüberholte in Betracht zu ziehen sei,³⁷ also derjenige, der das Spenderorgan erhalten hätte, das infolge der Manipulationen des Angeklagten seinem Patienten zugutegekommen ist. Der BGH verweist auf die Möglichkeit, dass dieser Erstüberholte zu dem Zeitpunkt, als das Organ zur Verfügung stand, nicht transplantabel gewesen sein könnte, dass das betreffende Transplantationszentrum aus irgendeinem Grunde zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage gewesen sein könnte, eine Transplantation durchzuführen, dass dieser Patient bzw. sein Arzt das Organ abgelehnt hätten, in der Hoffnung, noch ein qualitativ besseres angeboten zu bekommen. Schließlich verweist der BGH auch noch auf das 5–10 %ige Letalitätsrisiko von Organtransplantationen.³⁸ Aber man darf nicht nur den in Betracht ziehen, dem das Organ, das der Angeklagte seinem Patienten verschafft hat, angeboten worden wäre. Wenn dieser das Angebot, aus welchen Gründen auch immer, nicht angenommen hätte, wäre es sofort an den nächsten passenden Empfänger in der Warteliste weitergereicht worden. Das ist deshalb nicht geschehen, weil das Organ eben dem Patienten des Angeklagten zugewiesen worden ist. Außerdem geht es nicht einmal nur um dieses eine Organ. Eine Warteliste ist eine Schlange. Wer sich in einer Schlange um zehn Plätze vorschiebt, verdrängt zehn andere jeweils um einen Platz weiter nach hinten. Es sind also alle Patienten in Betracht zu ziehen, die der Patient des Angeklagten durch dessen Manipulationen überholt hat.³⁹ Anhand der sog. Matchlisten, die Eurotransplant für jedes ihm gemeldete Organ führt, ist das alles rekonstruierbar. Eine weitere Unsicherheit, auf die der BGH hinweist, ist ebenfalls nachträglich behebbbar. Sie besteht darin, dass Organe, für die sich kein Empfänger gefunden hat, im sog. beschleunigten Verfahren allen Transplantationszentren angeboten werden, um ihren Verderb zu vermeiden. Mit einiger Mühe lässt sich aber nachträglich auch feststellen, ob einem der überholten Patienten ein Organ in diesem Eilverfahren angeboten worden ist. Mit einiger Mühe lässt sich also nachträglich durchaus feststellen, ob durch die Manipulation des Angeklagten ein anderer Patient ein Spenderorgan nicht rechtzeitig erhalten hat, das er ohne diese Manipulation erhalten hätte.

Nun bleibt die Unsicherheit eines 5–10 %igen Letalitätsrisikos der Transplantation. Hier müssen wir uns entscheiden, ob wir Krankheits- und Heilungsprozesse und die menschlichen Leistungen bei einer schwierigen Operation als 100 %ig determiniert betrachten wollen oder, wie es viele Mediziner

heute tun, als nicht vollständig determiniert. Tun wir das letztere, so müssen wir uns mit einer Zurechnung nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen, einer kausalitätsersetzenden Risikoerhöhungstheorie begnügen.⁴⁰ Wir können dann die Zurechnung ohne weiteres damit begründen, dass der Täter das Risiko von 5–10 %, das mit dem rettenden Kausalverlauf verbunden war, auf 100 % erhöht hat, indem er den rettenden Kausalverlauf verhindert hat. Tun wir das erstere, so können wir die Aussage, dass ein 5–10 %iges Letalitätsrisiko bestanden hat, nur in dem Sinne verstehen, dass es zwei Gruppen von Patienten gibt: Eine Gruppe von 5–10 %, bei denen feststeht, dass die Transplantation mit dem entzogenen Organ erfolglos gewesen wäre, und eine Gruppe von 90–95 %, für die feststeht, dass sie erfolgreich gewesen wäre, also das Leben des Patienten nennenswert verlängert hätte. Dann erscheint es nur als eine subjektive Ungewissheit, ob der Patient zu der Gruppe von 5–10 % oder der Gruppe von 90–95 % gehört hätte, während dies objektiv mit 100 %iger Sicherheit feststeht. Von der deterministischen Anschauung ausgehend, hat der BGH eine 90–95 %ige Wahrscheinlichkeit der Kausalität des Täterverhaltens für den Schaden nicht für eine Zurechnung ausreichend erachtet und den Angeklagten nach dem Zweifelsgrundsatz freigesprochen.⁴¹

Legt man nun aber mit der Rechtsprechung die deterministische Weltsicht zugrunde, so muss das auch für die Vorstellung des Angeklagten gelten. Nach der Vorstellung des Angeklagten stand es also mit 100 %iger Gewissheit für jeden Patienten, dem infolge seiner Täuschung ein Organ nicht transplantiert wurde fest, dass er entweder zu der Gruppe von 5–10 % der Patienten gehört, bei denen die Transplantation von vornherein aussichtslos war, oder zu der Gruppe von 90–95 %, bei der sie mit Gewissheit erfolgreich gewesen wäre. Es stellt sich also die Frage, ob die Vorstellung des Täters, dass er mit 90 %iger Wahrscheinlichkeit einen strafbaren Erfolg verursacht für den Vorsatz ausreichend ist. Der BGH war im vorliegenden Fall der Ansicht, der Täter müsse glauben, dass der Rettungserfolg mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten würde.⁴² Das ist der einzig wirklich entscheidende Grund für den Freispruch des Angeklagten. In der Literatur ist das auf einiges Befremden gestoßen,⁴³ verlangt doch die ganz h.L. und auch der BGH

⁴⁰ Dazu *Stratenwerth*, in: Lackner/Leferez/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), Festschrift für Gallas, 1973, S. 227; *Puppe*, ZStW 95 (1983), 287 (293 ff).

⁴¹ BGH GA 1988, 184 mit Bespr. *Puppe* (Fn. 14), § 2 Rn. 18 ff.; kritisch dazu *Rissing-van Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57 (65).

⁴² BGH NStZ 2017, 701 (706); so auch schon BGH JZ 1973, 173 (174) im Fensterwurf-Fall; zust. *Rosenau/Lorenz*, JR 2018, 168 (180 f.), die sich dafür auf die Symmetrie zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand bei Erfolgsdelikten berufen.

⁴³ *Hoven*, NStZ 2017, 707; *Rissing-van Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57 (65 f.); *Ast*, HRRS 2017, 500 (501); *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (37); *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 15 Rn. 4b; *Greco*, GA 2018, 539 (542 ff.).

³⁶ *Kudlich*, NJW 2017, 3255; *Rissing-van Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57 (63).

³⁷ BGH NStZ 2017, 701 (706).

³⁸ BGH NStZ 2017, 701 (706).

³⁹ *Rissing-van Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57 (64).

für den Vorsatz niemals, dass der Täter 100 %ig gewiss sein muss, den Erfolg herbeizuführen. Das gilt nicht nur für die Vorsatzform der Absicht, sondern auch für den sog. *dolus eventualis*.⁴⁴

Der BGH sieht den Grund für diese Divergenz offenbar in Besonderheiten der Verursachung durch Abbruch rettender Kausalverläufe bzw. durch Unterlassen. Ausgehend von der Erkenntnis, dass bei Verursachung durch Hinderung rettender Kausalverläufe oder durch Unterlassen feststehen muss, dass der Erfolg durch den Kausalverlauf, den der Täter abgebrochen bzw. zu initiieren unterlassen hat, verhindert worden wäre, folgert er, dass dies auch „dem Täter bewusst sein“ muss.⁴⁵ Hier werden verschiedene Rechtsfragen konfundiert, die auseinandergehalten werden müssen.⁴⁶ 1. Was ist der Inhalt des objektiven Tatbestandes? 2. Was ist der Grad der Gewissheit mit dem der Richter davon überzeugt sein muss, dass der Tatbestand gegeben ist? 3. Was ist der Inhalt des Vorsatzes? 4. Was ist der Grad der Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit mit dem der Täter annehmen muss, dass der Tatbestand erfüllt wird um vorsätzlich zu handeln? Die erste Frage ist die nach dem Inhalt des Begriffs der Verursachung im objektiven Tatbestand des Erfolgsdelikts. Geht man von einer vollständig determinierten Welt aus, lehnt man also Kausalitätserklärungen nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen ab, so besteht dieser Inhalt darin, dass die Handlung des Täters den Erfolg tatsächlich mit 100 %iger Gewissheit verursacht hat. Für eine Verursachung durch Hinderung rettender Kausalverläufe oder Unterlassen besagt dies, wie wir gesehen haben, folgendes: Es steht mit Sicherheit fest, dass der Kausalverlauf, den der Täter unterbrochen bzw. zu initiieren unterlassen hat, ein rettender war, also den schädlichen Kausalverlauf verhindert hätte. Die Formulierung von der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit stammt nicht aus dem materiellen Recht, sondern aus dem Prozessrecht. Sie bestimmt das Beweismaß, mit dem der Richter von den für die Verurteilung des Täters erforderlichen Feststellungen, also auch von der Kausalität, überzeugt sein muss, betrifft also die Frage 2.⁴⁷ Die dritte Frage ist die nach dem Inhalt der Vorstellung, die den subjektiven Tatbestand ausmacht. Dieser deckt sich bei reinen Erfolgsdelikten mit dem objektiven Tatbestand. Das ist die Symmetrie, auf die sich *Rosenau* und *Lorenz* berufen.⁴⁸ Davon wiederum zu trennen ist eine vierte Frage, nämlich die nach dem Grad der Gewissheit, mit dem der Täter sich vorstellen muss, dass diese Kausalität für einen

Erfolg tatsächlich gegeben ist. Das ist die Frage der Bestimmung des Vorsatzbegriffs.⁴⁹ Diese vier Fragen sind bei einer Verursachung durch Hinderung eines rettenden Kausalverlaufs oder durch Unterlassen genau in der gleichen Weise zu unterscheiden, wie bei einer direkten Verursachung. Bei der Frage, wie hoch der Täter die Gefahr einschätzen muss, dass er den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht, ist die Rechtsprechung äußerst bescheiden. Es soll genügen, dass er die Verursachung für „möglich und nicht ganz fernliegend hält“.⁵⁰ Der BGH rezitiert diese Formel auch in der vorliegenden Entscheidung,⁵¹ womit er seinen späteren Ausführungen direkt widerspricht. Für die Verursachung durch Hinderung rettender Kausalverläufe oder Unterlassen ihrer Initiierung muss dann das gleiche gelten. Der Täter muss es nur für möglich und nicht ganz fernliegend halten, dass der von ihm unterbrochene bzw. nicht initiierte Kausalverlauf den Erfolg verhindert hätte. Demgemäß hat der BGH in anderen Fällen, in denen nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnte, dass die unterlassene Handlung den Erfolg abgewendet hätte, ohne weiteres einen Versuch angenommen, wenn der Täter dies immerhin für möglich hielt.⁵²

⁴⁴ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 18, 23; *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 15 Rn. 73; *Fischer* (Fn. 43), § 15 Rn. 9; Nachweise aus der Rechtsprechung s.u. Fn. 50.

⁴⁵ BGH NStZ 2017, 701 (706).

⁴⁶ *Engländer*, JuS 2001, 958 (960 f.).

⁴⁷ Der BGH konfundiert also Regeln des materiellen Rechts mit Regeln des Prozessrechts, *Hoven*, NStZ 2017, 707 (708); *Rissing-van-Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57 (66); *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JZ 2018 32 (37).

⁴⁸ Siehe Fn. 42.

⁴⁹ *Fischer* (Fn. 43), § 15 Rn. 4b; *Jakobs* (Fn. 10), 29/82 Fn. 168; *Schünemann*, StV 1985, 229 (232); *Frister* (Fn. 29), § 22 Rn. 51, der mich allerdings in Fn. 125 grundlegend missversteht.

⁵⁰ So lautet die Formel, mit der der BGH jede Prüfung der instanzgerichtlichen Entscheidung über den Vorsatz einzuleiten pflegt, aus jüngster Zeit BGH NStZ 2018, 460 (461); NStZ 2018, 409 (410); NStZ 2018, 37 (38); NStZ 2011, 338 (339); NStZ 2009, 91; NStZ 2009, 629 (630); NStZ 2007, 150 (151); NStZ 2007, 700 (701); NStZ 2006, 98 (99); NStZ-RR 2010, 144 (145); NStZ-RR 2007, 43 (44).

⁵¹ BGH NStZ 2017, 701 (705).

⁵² Statt vieler BGHSt 32, 367 (370); BGH StV 1985, 229; BGH NStZ 2000, 414 (415); siehe dazu *Greco*, GA 2018, 539 (541).