

Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Luis Greco, LL.M., München*

I. Einleitung

Vor 35 Jahren behauptete *Schünemann*, dass „die hypothetische Kausalität des rechtmäßigen Alternativverhaltens die schwierigsten Probleme der Fahrlässigkeitsdogmatik, wenn nicht der gesamten Strafrechtsdogmatik“¹ aufwerfe. Die neuere Entscheidung des BGH über den Absturz der Eishalle in Bad Reichenhall² zeigt, dass man dieser bezüglich der Begehungsdelikte getroffenen Feststellung erst recht für das Unterlassungsdelikt zustimmen muss. Die Entscheidung bietet einen Anlass, sich mit dem Thema der Beziehung zwischen Unterlassung und Erfolg noch einmal gründlich zu befassen. Die Fragen stellen sich gleichsam auf drei Stufen. Auf der ersten Stufe, die Gegenstand einer klassischen, inzwischen eher ruhiger gewordenen Diskussion war, ist der Unterlassende Alleintäter, er steht also nur den Naturgewalten gegenüber. Hier geht es um etwa um das Schulbeispiel der Eltern, die das ertrinkende Kind nicht retten, wobei es unklar bleibt, ob das Rettungsunternehmen von Erfolg gekrönt wäre (u. II). Die nächste Konstellation wurde vor allem in den Lederspray- und Politbüro-Entscheidungen relevant und war für eine mittlere Phase der Debatte prägend:³ Hier unterlassen mehrere gleichzeitig, und es wäre keinem alleine möglich, durch die Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolg abzuwenden (u. III. 1). Und bei der dritten Konstellation sind mehrere involviert, nur erfolgen ihre Unterlassungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander, wobei es auch sein kann, dass die spätere Unterlassung bloß eine hypothetische bleibt (u. III. 2.). Diese Konstellation, die langsam in den Mittelpunkt der jetzigen Debatte gerät, bildet den Gegenstand der Eissporthallen-Entscheidung.

II. Die klassische Diskussion: Die Kausalität beim unterlassenden Alleintäter

1. Vorfrage: Kausale Unterlassungen?

Zur Frage, ob Unterlassungen streng genommen kausal für Erfolge sind oder ob sie höchstens quasi-kausal bzw. hypothetisch-kausal sein können, wurde viel geschrieben. Kann man von der Mutter, die ihr Baby schlicht verhungern lässt, wörtlich sagen, sie habe dessen Tod verursacht? Die h.M., die die echte Kausalität des Unterlassens bestreitet, meint vor allem: Ex nihilo nihil fit, eine Unterlassung könne als ein Nichts auch nichts hervorrufen.⁴ Die Gegenmeinung erwi-

dert, dem liege ein mysteriöses Verständnis der Kausalität als Wirkkraft zugrunde, wodurch verkannt werde, dass Kausalität bloß ein logischer Bedingungs-zusammenhang sei. Unterlassungen könnten genauso wie Begehungen eine Bedingung darstellen, nämlich eine negative, so dass sie mit vollem Recht kausal seien.⁵ Diese Diskussion mag für Philosophen

derecho penal y ciencias penales 2000, 29 (41); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/16; *Arthur Kaufmann*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 200 (S. 214); *Köbel*, JuS 2006, 309 (310); *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 13 Rn. 10; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980, S. 78; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 96; *Röh*, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1995, S. 110 f.; *Romeo Casabona*, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, S. 33 (S. 35); *Silva Sánchez*, El delito de omisión, 2. Aufl. 2003, S. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 53; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 61; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 70; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 212; fast alle m.w.N. Die Rspr. ist terminologisch uneinheitlich, vgl. nur BGHSt 37, 106 (126: „Ursächlichkeit“) einerseits und BGHSt 48, 77 (92 f.) andererseits.

⁵ *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 30 f.; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1962, S. 84 f., 101; *Spindel*, JZ 1973, 137 (139); *ders.*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 247 (S. 249); *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (896); *dies.*, JR 1992, 30 (33); *dies.*, ZJS 2008, 600; *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 13 ff. Rn. 117 ff.; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 22; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeits-zusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 93; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 156 ff.; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 46; *Roxin*, in: Dies Ripollés u.a. (Hrsg.), Festschrift für José Cerezo Mir, 2002, S. 963 (S. 964 f.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 42. Im Erg. ebenso, aber mit einer anderen rechtsphilosophisch orientierten Begründung *Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 36 ff.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 228 f.; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeits-zusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 312 ff.; *ders.*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 251 ff.; *Matt*, Kausalität aus Freiheit, 1994, S. 208 ff.; wiederum mit anderer Begründung *Jäger*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerech-

* Der Verf. bedankt sich bei Wiss. Ass. Dr. Stephan Ast, Wiss. Ass. Benjamin Roger (LL.M.) und stud. iur. Marie Koch für ihre wertvolle Hilfe.

¹ *Schünemann*, JA 1975, 647 (654); ähnlich *Krümpelmann*, GA 1984, 491 (495).

² BGH NJW 2010, 1087.

³ BGHSt 37, 106; 48, 77.

⁴ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 13 Rn. 39; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 201; *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (11); *ders.*, Anuario de

von Interesse sein.⁶ Für den Juristen, der ein quasi-verifikationistisches Interesse an Begriffen hat,⁷ ist sie dagegen als bloß terminologisch einzustufen.⁸ Denn dass die Mutter den Tatbestand des Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) verwirklicht, bestreitet im Ergebnis keiner. Dies hat zur Folge, dass man sich erstens unproblematisch des kürzeren und stilistisch schöneren Ausdrucks „Kausalität des Unterlassens“ – statt der umständlichen Wendungen der „quasi- bzw. hypothetischen Kausalität“ – bedienen kann, und ferner, dass man sich sogleich wichtigeren Fragen zuwenden sollte.

2. Vermeidung des Erfolgs vs. Risikoverminderung

Die entscheidende Frage ist also nicht, ob Unterlassungen überhaupt kausal sein können, sondern wie der Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg konzipiert werden muss. Nicht das unstrittige Beispiel der oben genannten Rabenmutter, sondern Fälle, in denen es unklar ist, ob die Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolg vermieden hätte, sind Gegenstand der Diskussion. Kann man in diesen Fällen den Unterlassenden für den Erfolg verantwortlich machen, oder kann man ihn im Vorsatzfall nur wegen Versuchs, bei Fahrlässigkeit dagegen überhaupt nicht bestrafen? Hier stehen sich insbesondere⁹ zwei Parteien gegenüber, die

te Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, 2010, S. 345 (S. 363). Ebenso die spanische Rspr., Nachw. bei *Alastuey Dobón*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1992, 981 (1021); *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (43).

⁶ Aus philosophischer Sicht in letzter Zeit z.B. *Moore*, Causation and Responsibility, 2009, S. 139 ff., 351 ff., 435 ff.; *McGrath*, Philosophical Studies 123 (2005), 125.

⁷ In dem Sinne, dass zwei Begriffe, die an keiner Stelle zu unterschiedlichen Fallentscheidungen führen, als gleichbedeutend angesehen werden können.

⁸ Wohl auch überwiegende Einschätzung: *Jakobs* (Fn. 4), 29/15; *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 22; *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 41; *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 (290 Fn. 12); *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 53; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 70; *Welzel* (Fn. 4), S. 212 f.

⁹ Es gibt eine Vielzahl interessanter Zwischenlösungen, die hier nicht berücksichtigt werden können: *Jordan*, GA 1997, 349, versucht die Problematik auf der Strafzumessungsebene zu bewältigen. *Krümpelmann*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 443 (S. 447); *ders.*, GA 1984, 491; *ders.*, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1985, S. 313 (S. 320) und *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991, S. 146 ff.; *ders.*, JuS 1994, 449 (455) wollen nur zurechnen, wenn zwischen Verhaltensnorm und Schutzanspruch des Opfers eine sog. „normative Korrespondenz“ besteht. Nach *Kaufmann*, in: Vogler (a.a.O.), S. 272 (S. 279) sind Grade der Risikohöherung zu unterscheiden, wobei der Erfolg erst ab einer Wahrscheinlichkeit von 0,6 zuzurechnen sei. *Küper*, in:

sich bereits bei der Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs beim Begehungsdelikte begegneten.¹⁰ Nach der ersten, in der Rspr. und überwiegenden Literatur vertretenen Ansicht, kann dem Unterlassenden der Erfolg erst dann zur Last gelegt werden, wenn dieser durch die gebotene Handlung mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ vermieden worden wäre.¹¹ Im Sinne dieser sogenannten Vermeidbar-

Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. S. 247, und *Lampe*, ZStW 101 (1989), 3 dürften der Risikohöherungslehre sehr nahe stehen. *Ranft*, NJW 1984, 1425 (1433) und *Martinez Escamilla*, La imputacion objetiva del resultado, 1992, S. 222 ff., 229, 234 ff.; *dies.*, in: *Gimbernat/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, 1995, S. 37 (S. 39, 40 f.) berücksichtigen keine hypothetischen Verläufe, sondern fragen bloß nach dem Schutzzweck der Norm. Nach *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1994, 5 (34); *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (326) muss die gebotene Handlung den Gefahrenherd, der mit Sicherheit den Erfolg herbeigeführt hat, ebenfalls mit Sicherheit zu etwas Erlaubten machen. *Kahlo* (Fn. 5 – Pflichtwidrigkeitszusammenhang), S. 319 ff., wendet beim Dazwischentreten von verantwortlichen Personen die Risikohöherungslehre an, beim Dazwischentreten von bloßen Naturfaktoren dagegen die Vermeidbarkeitstheorie. *Grasso*, Il reato omissivo improprio, 1983, S. 414 f. lehnt zwar die Risikoverminderungslehre ab (413), will sich trotzdem mit einer ex ante-Rettungschance begnügen. Weitere Nachw. bei *Toe-pel* (Fn. 5), S. 172 ff.

¹⁰ Hierzu zuseh. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 88 ff.

¹¹ BGHSt 6, 1 (2); 14, 282 (284); 37, 106 (126); 48, 77 (93); 52, 159 (164); BGH NSTZ 1985, 26; BGH JR 1994, 515; BGH NJW 1998, 1568 (1573 f.); BGH NJW 2000, 583; BGH NJW 2010, 1087 (1091). Nachw. zur Rspr. des RG bei *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 44 Fn. 59; Nachw. zur spanischen Rspr. bei *Alastuey Dobón*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 1992, 981 (1021). Aus der Literatur: *Fischer* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 39; *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 111; *Freund* (Fn. 4), § 13 Rn. 201; *ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 543; *Herzberg*, MDR 1971, 881; *Kölbl*, JuS 2006, 309 (310); *Kudlich* (Fn. 4), § 13 Rn. 10; *Maiwald* (Fn. 4), S. 79; *ders.*, in: *Hettinger u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 329 (S. 345); *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 161; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, § 12 Rn. 48; *Spendel*, JZ 1973, 137 (139); *Spendel* (Fn. 5), S. 247 (S. 251); *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 61; *Velásquez V.*, Manual de Derecho penal, Parte General, 3. Aufl. 2007, S. 330; *Vogel* (Fn. 5), S. 167; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72; wohl auch *Donini*, Teoria del reato, 1996, S. 162 Fn. 108; *Schroth*, in: *Schroth/Roxin* (Hrsg.),

keitstheorie wurde deshalb entschieden, dass der Ehemann, der seine Frau liegen ließ und ihren Tod billigend in Kauf nahm, nachdem er sie geschlagen hatte nur dann wegen vollendeter Tat bestraft werden könne, wenn die sofortige Operation das Leben seiner Frau gerettet hätte,¹² und dass die Unterlassung einer Bestrahlung, die in über 90 % der Fälle zu einer Lebensverlängerung von 5 bis 10 Jahren führt, es nicht gestattet, den Todeserfolg dem unterlassenden Arzt qua fahrlässige Tötung anzulasten.¹³

Demgegenüber will sich die sogenannte Risikoverminderungslehre – eine Übertragung der von *Roxin* für das Begehungsdelikt begründeten Risikoerhöhungslehre auf das Unterlassungsdelikt¹⁴ – bereits mit der Eröffnung einer Rettungschance begnügen.¹⁵ Für diese Lehre wird auf mehreren Ebenen argumentiert:

Auf der kriminalpolitischen Ebene bewegt sich die Erwägung, nach der es nicht richtig sein kann, dass der Täter gerade dort, wo das Opfer einer größeren Gefahr ausgesetzt ist, von der Vornahme der Rettungsaktion entbunden wird.¹⁶ Anschaulich ist in diesem Zusammenhang *Stratenwerths* Beispiel der Eltern, die es unterlassen, einen Arzt zur Be-

handlung ihres schwer kranken Kindes hinzuzuziehen.¹⁷ Häufig werden dieselben Sacherwägungen in normtheoretischer Einkleidung geltend gemacht: Eine sinnvolle Norm muss verlangen, dass jede Rettungschance wahrgenommen wird.¹⁸

Diese Überlegungen haben einen Wahrheitskern, der aber durch ungenaue Formulierung und durch eine verfehlte normtheoretische Einkleidung verdunkelt wurde. Die kriminalpolitische Erwägung wird ungenau formuliert, wenn gesagt wird, nicht hundertprozentig sichere Rettungshandlungen seien nach der Vermeidbarkeitstheorie gar nicht geboten.¹⁹ Denn die Vermeidbarkeitstheorie ist – wie auch die (richtig verstandene²⁰) Risikoverminderungslehre – keine Lehre über den Inhalt eines Gebots, über den Handlungsunwert, sondern über die Zurechnung eines Erfolgs, also über den Erfolgsunwert. Aus demselben Grund ist es deshalb auch normtheoretisch falsch, hier mit dem Inhalt der Gebotsnorm zu argumentieren: Dass die Gebotsnorm gebietet, jede Rettungschance wahrzunehmen, ist selbstverständlich, denn es geht bei ihr um die Bestimmung des Handlungsunwerts, die notwendig aus der ex ante-Perspektive, von der aus es nur Chancen und keine Gewissheiten gibt, zu formulieren ist. Das Argument hat aber bei der Frage, ob dem Täter ein Erfolg zu Last gelegt werden kann, nichts zu suchen.²¹

Dennoch beruhen diese Erwägungen auf einer richtigen kriminalpolitischen Einsicht. Im praktisch relevanten Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, deren Bestrafung einen Erfolgsunwert voraussetzt, wird es häufig so sein, dass die Vermeidbarkeitstheorie einer Straffreistellung gleichkommt. Dass der Arzt im Bestrahlungsfall völlig straflos davon kommen soll, leuchtet in der Tat schwer ein. Nicht einmal der BGH konnte sich dieser Einsicht völlig verschließen.²² Er hat sich bekanntlich mehrmals auf zweifelhafte Zusatzüberlegungen berufen, um dem von der Vermeidbarkeitstheorie eigentlich gebotenen Ergebnis zu entkommen. Insbesondere wurde wiederholt gesagt, schon eine Lebensverlängerung – auch um wenige Stunden – reiche für die Zurechnung des Erfolgs aus.²³ In der Lederspray-Entscheidung wurde behauptet, dass

Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 141 (S. 144 Fn. 70).

¹² BGH StV 1985, 229; im Erg. ebenso BGH NStZ 2000, 414.

¹³ BGH NJW 1987, 2940.

¹⁴ Grdl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411. Dass *Roxin* nur Begehungsdelikte im Blick hatte, belegen S. 413, 438.

¹⁵ Insbesondere auch Autoren, die die Kausalität allg. durch die Risikoerhöhung ersetzen wollen: *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957, S. 154 ff., 162 f.; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *condicio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht, 1968, S. 46 ff.; *Wolff* (Fn. 5), S. 25, 27; *Schaffstein*, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 170 (S. 172 f.); *Hoyer*, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 95 (S. 105); *Otto*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (S. 102 f.); *ders.*, NJW 1980, 417 (423); *ders.* (Fn. 4), § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 2001, 275 (276); *Brammsen*, MDR 1989, 123 (126); *Kahlo*, GA 1987, 66 (75, 77); ferner *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17. Lfg., Stand: Oktober 1992, vor § 13 Rn. 16 (jetzt *Rudolphi/Stein*, a.a.O., 119 Lfg., Stand: September 2009, vor § 13 Rn. 32; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 356; und die in den folgenden Fußnoten zitierten Autoren. Auch vereinzelte Entscheidungen bewegen sich auf dieser Linie, RGSt 75, 324 (327 f., trotz überholter Berufung auf das gesunde Volksempfinden); BGHSt 25, 158 (163).

¹⁶ Etwa *Stratenwerth*, in: Lackner (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 227 (S. 239); *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (303); *Wolter* (Fn. 15), S. 336.

¹⁷ *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 55; ähnliches Bsp. bei *Otto*, NJW 1980, 423.

¹⁸ *Rudolphi* (Fn. 15), vor § 13 Rn. 16; *Otto*, NJW 1980, 417 (423); *Brammsen*, MDR 1989, 123 (124).

¹⁹ S.a. *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 52, Fn. 75 f., der die Behauptung „übertrieben“ nennt.

²⁰ Vgl. Fn. 56.

²¹ Insbesondere *Frisch* (Fn. 11), S. 540 ff.; wohl auch *Schünemann*, StV 1985, 229 (232). Gleiches ist der Begründung von *Kahlo*, GA 1987, 66 (73) entgegenzuhalten, die die zum Handlungsunwert gehörende Frage der Garantstellung mit der Frage der Kausalitäts- bzw. des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, die mit dem Erfolgsunwert zu tun hat, vermengt.

²² Deshalb nennt *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (321) die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit – zwar etwas übertrieben – einen „rhetorischen Kunstgriff“.

²³ Bereits RGSt 51, 127; RG NStZ 1981, 218; RG NStZ 1985, 26 (Peritonitis-Fall); krit. zu Recht *Stratenwerth*

die Frage, ob die Rückruf-Aktion die Schädigungen vermieden hätte, eine revisionsunfähige Tatfrage sei.²⁴

Häufig wird die Risikoverminderungslehre mit einem ontologischen Argument untermauert:²⁵ Es gibt Bereiche, wozu menschliche Entscheidungen, mikrophysikalische und mikrobiologische Prozesse, Krankheits- und Heilungsprozesse gehören,²⁶ die nicht unter strikt deterministischen Kausalgesetzen stehen, so dass es bei ihnen nicht sinnvoll ist, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Erfolgsvermeidung zu verlangen. Will man in diesen Bereichen nicht auf die Zurechnung von Schadenserfolgen verzichten, dann bleibt nichts anderes übrig, als dass man sich mit einer Risikoerhöhung bzw. beim Unterlassungsdelikt mit einer Risikoverminderung, also mit einer Zurechnung anhand von Wahrscheinlichkeitsgesetzen, begnügt. An dieser Begründung wurde vor allem bemängelt, dass die Unterscheidung zwischen determinierten und nicht determinierten Bereichen selbst indeterminiert sei.²⁷ Diese Kritik ist nicht überzeugend. Erstens kann man Abgrenzungsschwierigkeiten bei jeder Unterscheidung bemängeln, die nicht an Kriterien wie die des § 19 StGB

(Fn. 16), S. 239; *ders./Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Puppe*, JR 1994, 515 (517); *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 101; *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 49. Die von *Frisch* (Fn. 11), S. 554 ff., angebotene Begründung, weshalb solche Erfolg noch vom Schutzzweck der Norm erfasst werden – nämlich dass es Zweck des Verbots sei, das Leben zu verlängern und eine Rettungschance zu eröffnen – führt durch eine Neudefinition des zu vermeidenden Erfolgs im Grunde zu einer verkappten Risikoerhöhlungslehre (so zu Recht *Puppe* [Fn. 5 – AT], § 2 Rn. 23; *dies.*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 298 [S. 300]).

²⁴ BGHSt 37, 106 (127); betont von *Roxin*, GA 2009, 73 (76); zu Recht krit. *Otto*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 291 (S. 311 f.); *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 2000, 29 (55); *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 23.

²⁵ Grdl. *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 233; zust. *Wolter* (Fn. 15), S. 339; weiterführend *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 56; und insbesondere *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (294); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (603); *dies.*, JR 1994, 515 (517); *dies.*, JR 1992, 30 (31); *dies.* (Fn. 23), S. 302 f.; *dies.* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 24; *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 Rn. 135; *dies.*, GA 2010, 551 (564); ihr folgend *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 203 ff.; teilw. *Kahlo*, GA 1987, 66 (77). Wichtige Vorüberlegungen bei *Kahrs* (Fn. 15), S. 51.

²⁶ Am klarsten *Puppe* (Rn. 5 – AT), § 2 Rn. 26; *dies.* (Fn. 23), S. 298 (S. 303).

²⁷ Insbesondere *Samson*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 579 (S. 593 Fn. 8); *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 15), 12. Lfg. Stand: Juni 1989, Anh. zu § 16 Rn. 27a (in der von *Hoyer* bearbeiteten aktuellen [39.] Lieferung [Stand: Juni 2004] befinden sich die Passagen nicht mehr); *Krümpelmann*, GA 1984, 491 (499, auch gegen *Puppes* Präzisierung, die seiner Ansicht nach nicht genüge); *Schünemann*, StV 1985, 229 (230).

anknüpft, so dass hiermit keine spezifische Schwäche des Arguments angesprochen wird. Noch wichtiger dürfte zweitens sein, dass *Puppe* inzwischen die bei *Stratenwerth* nur vage umschriebenen indeterminierten Bereiche genau bezeichnet hat,²⁸ so dass die Kritik an sich wohl überholt ist. M.E. dürfte ein anderer Einwand, oder genauer: ein Vorbehalt, entscheidend sein: nämlich dass es mindestens bei einigen der von *Puppe* benannten Bereiche keineswegs klar ist, dass sie tatsächlich indeterminiert sind. Bezüglich menschlicher Entscheidungen gibt es die altehrwürdige, vor kurzem wieder aktuell gewordene Diskussion über die Willensfreiheit.²⁹ Bei der Medizin wird Kausalität zwar eher probabilistisch als deterministisch begriffen.³⁰ Dies bedeutet aber nicht notwendig, dass die Wirklichkeit in diesen Bereichen „würfelt“, sondern kann auch auf unserer Unkenntnis der genaueren Faktoren beruhen,³¹ so dass sich die Frage stellt, mit welchem Recht sich diese Unkenntnis zulasten des Täters auswirken kann.³² Mit anderen Worten: Das ontologische Argument ist zu anspruchsvoll, weil es eine Stellungnahme in schwierigen Streitigkeiten voraussetzt. Die Risikoerhöhlungslehre bzw. -verminderungslehre ist deshalb gut beraten, wenn sie auf dieses Argument verzichtet, wie dies auch viele ihrer Vertreter stillschweigend tun.

Für die Risikoerhöhlungslehre sind einige dogmatische Zusatzargumente angeführt worden. Viel zitiert wurde *Stratenwerth's* Dictum: „Die Haftung für die Rechtsgutsverletzung [...] ist immer vermittelt durch die Haftung für die Gefahr, auf der sie beruht.“³³ Dies besagt aber nur, dass eine Gefahrerhöhung (beim Unterlassungsdelikt: Nicht-Verminderung) eine notwendige Voraussetzung der Haftung für den Verletzungserfolg bildet, nicht aber, dass sie dafür ausreicht. Es wurde auch bestritten, dass die Vermeidbarkeitstheorie zu einer Versuchsstrafbarkeit kommen kann: Wenn im objektiven Tatbestand die Sicherheit der hypothetischen Erfolgsvermeidung verlangt wird, dann muss sich auch der Vorsatz darauf beziehen. Überblickt der Täter die Situation, so dass er einsieht, dass die Erfolgsvermeidung unsicher ist, dann müsste die h.M. ihm konsequent den Vorsatz absprechen und könnte ihn deshalb auch nicht einmal wegen Versuchs bestrafen.³⁴ Diese Überlegungen, von denen sogar der BGH im

²⁸ Vgl. o. Fn. 26.

²⁹ Aus philosophischer Sicht *Kane* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Free Will, 2002; aus strafrechtlicher Sicht klassisch *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965, passim; und jüngst *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, passim. Zwar behauptet gelegentlich *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 131, ihr Standpunkt stünde jenseits dieser Diskussion. Es ist aber nicht einzusehen, wieso.

³⁰ *Vonka*, Philosophical Transactions: Biological Sciences 355 (2000), 1837; *Lagiou/Adami/Trichopoulos*, EuJEp 20 (2007), 565 (570).

³¹ Eingeräumt auch von *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 26.

³² Ähnl. *Schaal* (Fn. 11), S. 154 f.

³³ *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 238.

³⁴ *Stratenwerth* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Brammsen*, MDR 1989, 123 (125); *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 22.

bekanntem „Fensterwurf-Fall“ ausgegangen ist,³⁵ sind aber nicht stichhaltig. Die Zweifel des Täters genügen ohne weiteres dafür, dass man ihm einen bedingten Vorsatz zuspricht.³⁶ Zuletzt wird gelegentlich behauptet, eine Bestrafung wegen Versuchs sei nach der h.M. auch deshalb unmöglich, weil nach der Vermeidbarkeitstheorie nur die Nichtvornahme eines den Erfolg mit Sicherheit abwendenden Verhaltens pflichtwidrig sei.³⁷ Das ist aber nicht zutreffend: Pflichtwidrig ist das Unterlassen in den hier zur Diskussion stehenden Fällen durchaus. Fraglich ist nur, ob auch ein Erfolgswert vorliegt.

Eine Zwischenbilanz ist deshalb angemessen. Für die Risikoverminderungslehre sprechen zwar weder normtheoretische oder ontologische Argumente noch eine Vielzahl geltend gemachter dogmatischer Überlegungen. Dennoch ist diese Lehre kriminalpolitisch vernünftig, solange Fahrlässigkeitsdelikte fast ausschließlich als Verletzungsdelikte konzipiert werden. Erkennt man, dass Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik keine Gegensätze bilden dürfen, sondern dass die Dogmatik vielmehr die „Form (ist), in der kriminalpolitische Zielsetzungen in den Modus des rechtlichen Geltens überführt werden“,³⁸ dann ist die Feststellung der kriminalpolitischen Vernünftigkeit der Risikoverminderungslehre bereits ein prima-facie Grund, ihr zu folgen. Dies gilt erst recht dann, wenn sich diese kriminalpolitische Erwägung auch dogmatisch operationalisieren lässt, was im vorliegenden Zusammenhang zu bejahen ist, sobald man über die Rolle des Erfolgswerts im Unrechtsbegriff nachdenkt.³⁹ In einem rechtsgüterschützenden Strafrecht⁴⁰ muss der Erfolg Bestandteil des Unrechts – und nicht eine bloße objektive Strafbarkeitsbedingung⁴¹ – sein, denn sein Eintritt beweist, dass die

Rechtsordnung gute Gründe hatte, das entsprechende Verhalten zu verbieten. Bei sicherem Erfolgseintritt trotz rechtmäßigen Verhaltens, genauer: trotz Vornahme der gebotenen Handlung, ist das zwar nicht der Fall; würde aber die gebotene Handlung die Rettungschancen des Guts verbessern, bleibt das Verbot auch ex post sinnvoll und gerechtfertigt.⁴² Ob man der Risikoverminderungslehre folgen sollte, hängt nur noch davon ab, ob es Gegengründe gibt, die diesen prima-facie Grund, der zudem dogmatisch bestätigt wird, übertrumpfen können. Deshalb ist jetzt auf die Einwände der h.M. gegen die Risikoverminderungslehre einzugehen.

Schon aus der Diskussion über die Risikoerhöhungslehre beim Begehungsdelikt sind die zwei Haupteinwände bekannt, die beim Unterlassungsdelikt dieselbe Anerkennung beanspruchen: Durch den Verzicht auf die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Erfolgsvermeidung verwandle die Risikoerhöhungslehre Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte;⁴³ die Zurechnung des Erfolgs trotz bestehender Zweifel an seiner Vermeidbarkeit sei ein Verstoß gegen den in-dubio-pro-reo-Grundsatz.⁴⁴ Beide Einwände sind indes zirkelhaft und weisen weitere Schwächen auf. Ob die Vermeidbarkeit des Erfolgs zur Struktur der Verletzungsdelikte gehört oder nicht, ist gerade die Streitfrage, so dass es eine *petitio principii* ist, zu behaupten, der Gegner verfehle diese Struktur, weil er sie anders deutet als man selbst.⁴⁵ Ferner berücksichtigt der Einwand nicht hinreichend, dass der Verletzungserfolg tatsächlich eintreten muss, damit man überhaupt seine Zurechnung thematisiert.⁴⁶ Und der in-dubio-pro-reo-Grundsatz wäre nur verletzt, wenn die Vermeidbarkeit des Erfolgs eine im Prozess zu beweisende Voraussetzung des objektiven Tatbestands wäre – also lebt auch dieser zweite Einwand

³⁵ BGH JZ 1973, 173; krit. *Engländer*, JuS 2001, 958 (961); *Herzberg*, MDR 1971, 881 (883); *Jakobs* (Fn. 4), 29/82 Fn. 168; *Spendel*, JZ 1973, 137 (142); *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (253) (im Erg. aber das voluntative Vorsatzelement ablehnend).

³⁶ *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (303); *Schünemann*, StV 1985, 229 (232); *Ranft*, JZ 1987, 859 (863); *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 48.

³⁷ *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 13 Rn. 55; *Brammsen*, MDR 1989, 123 (125).

³⁸ *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 40.

³⁹ Zu dieser Diskussion aus neuerer Zeit *Roxin* (Fn. 10), § 10 Rn. 88 ff.; *Hirsch*, in: Gaul (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 3 und *Jakobs*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 43 m.w.N.

⁴⁰ Hierzu zuletzt *Roxin*, in: Herzog/Albrecht (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, S. 573.

⁴¹ In diesem Sinne für das Fahrlässigkeitsdelikt *Armin Kaufmann*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1964, 41 (136); *ders.*, in: Stratenwerth u.a. (Fn. 27), S. 393 (S. 411); für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 128, 136 ff., 143;

Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 97; *Sancinetti*, Teoría del Delito y disvalor de la acción, 1991, S. 43 ff.

⁴² Die ähnliche Umschreibung, die *Schünemann*, JA 1975, 647 (652); *ders.*, GA 1985, 341 (355); *ders.*, GA 1999, 207 (225) als *Kriterium* für seine „normativ reformulierte Risikoerhöhungslehre“ verwendet, passt m.E. eher zur Beschreibung der Ratio des Erfolgswerts: nämlich ex post, quasi rückwirkend zu belegen, dass das ex ante greifende Verbot auf berechtigten Sorgen über die Unversehrtheit eines Rechtsguts beruhte.

⁴³ *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 155; *Samson* (Fn. 27), Anh. zu § 16 Rn. 27a; *Fünfsinn* (Fn. 11), S. 112; *Jakobs* (Fn. 4), 7/99; *Köbel*, JuS 2006, 309 (311 Fn. 12).

⁴⁴ *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 138; *ders.*, JZ 1969, 364 (367); *Herzberg*, MDR 1971, 881; *Samson* (Fn. 43), S. 47; *Jakobs* (Fn. 4), 7/100, § 29 Rn. 20; *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72; *Stree/Bosch* (Rn. 4), § 13 Rn. 63; „Verdachtsstrafe“; ebenso *Freund* (Fn. 4), § 13 Rn. 211.

⁴⁵ *Schünemann*, JA 1975, 647 (653). Auch Vertreter der Vermeidbarkeitstheorie räumen das ein, z.B. *Frisch* (Fn. 11), S. 539.

⁴⁶ *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 93; *Hoyer* (Fn. 15), S. 103; außerdem die subtilen Überlegungen in *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 142 ff.

davon, dass die Richtigkeit des eigenen Standpunktes vorausgesetzt ist.⁴⁷ Dieser Zirkel beruht nicht zuletzt darauf, dass die Berufung auf den in-dubio-Grundsatz eine Kategorievermischung bedeutet: Denn dieser Grundsatz ist prozessrechtlicher Natur und kann nicht herangezogen werden, um materiell-rechtliche Fragen, um die es gerade geht, zu lösen.⁴⁸

Die Risikoverminderungslehre hat von den Gegnern des Risikoerhöhungsgedankens nichts zu fürchten. Die ernst zu nehmenden Angriffe kommen von anderer Flanke, nämlich aus den Reihen derjenigen, die keine Bedenken gegen die Risikoerhöhung beim Begehungsdelikt haben, beim Unterlassungsdelikt aber der h.M. folgen wollen.⁴⁹ Dies wird damit begründet, dass man beim Begehungsdelikt sauber zwischen faktischer Kausalität und normativer Erfolgszurechnung unterscheiden kann, was beim Unterlassungsdelikt nicht möglich ist. Die Diskussion über die Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens beim Begehungsdelikt setzt die Kausalität der Handlung für den Erfolg bereits voraus: Es ist klar, dass etwa das Fahren des LKW in BGHSt 11, 1 *conditio-sine-qua-non* oder gesetzmäßige Bedingung des Todes des betrunkenen Radfahrers war. Die Heranziehung der Risikoerhöhungslehre führt deshalb zu einer Einschränkung gegenüber der Kausalität. Beim Unterlassungsdelikt diskutiert man dagegen immer über beide Fragen gleichzeitig, mit der Folge, dass die Risikoverminderungslehre nicht als Einschränkung der Kausalität fungiert, sondern als deren Ersetzung. Dies stelle sogar eine Analogie zulasten des Täters dar, weil bei Fahrlässigkeitstatbeständen regelmäßig schon im Gesetzestext von der „Verursachung“ eines Erfolgs die Rede ist. In der Tat hat derjenige, der beim Unterlassungsdelikt die Risikoverminderungslehre vertritt, diese zusätzliche Hürde zu überwinden.⁵⁰

Ein erster Versuch wäre bereits die Infragestellung der Prämisse, nach der sich die Risikoerhöhungslehre beim Begehungsdelikt bloß kausalitätseinschränkend auswirkt. So wird behauptet, dass man beim Begehungsdelikt häufig mit den Formeln der *conditio-sine-qua-non* oder der gesetzmäßigen Bedingung nicht wirklich weiter komme, sondern vielmehr verdeckt mit bloßen probabilistischen Gesetzen arbeite.⁵¹ Diese Vorgehensweise kommt einer kausalitätsersetzenden Risikoerhöhungslehre gleich, so dass keine Bedenken bestehen, den Schritt, den man bei der Begehung bereits zum Teil vollzogen hat, auch bei der Unterlassung zu wagen. Dem ist dreierlei zu entgegenen. Zunächst kann man das oben bereits formulierte Argument, wonach auf mangelndem Wissen beruhende Wahrscheinlichkeiten nur eine zweifelhafte Grundlage für Bestrafungen bieten, wiederholen. Zweitens scheint die behauptete Notwendigkeit, probabilistische Gesetze heranzuziehen, damit zusammenzuhängen, dass man im Banne der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung meint, Kausalität sei immer Subsumtion unter ein generelles Kausalgesetz. Weil man kein deterministisches Gesetz findet, gibt man sich dann mit Wahrscheinlichkeiten zufrieden. Wenn man von vornherein auf den Anspruch verzichtet, generelle Gesetze zu formulieren – was eigentlich der größte Vorzug der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist⁵² – dann verschwindet dieses Bedürfnis nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen von selbst.⁵³ Zudem ist zu bedenken, dass die Kausalitätslehre im Strafrecht eine derart fundamentale Rolle spielt, dass man erst bei äußerster Dringlichkeit grundlegende Änderungen an ihr vornehmen sollte. Weil es ein solches Bedürfnis, wie eben gesagt, nicht zu geben scheint, sind prinzipiell Lösungen

⁴⁷ Das geben Anhänger der Vermeidbarkeitstheorie wie *Frisch* (Fn. 11), S. 540 und *Samson* (Fn. 27), Anh. zu § 16 Rn. 27a, zu.

⁴⁸ *Roxin*, ZStW 78 (1966), 214 (218); *Kahlo*, GA 1987, 66 (76).

⁴⁹ Grdl. *Schünemann*, JA 1975, 647 (655); *ders.*, StV 1985, 229 (232); *ders.*, GA 1985, 341 (358); *Kuhlen*, NStZ 1990, 566 (569 Fn. 61); *Köhler* (Fn. 5), S. 229; *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307 (323); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 620; *Lackner/Kühl*, Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 13 Rn. 14a; ähnlich *Lampe*, ZStW 101 (1989), 3 (13).

⁵⁰ Wobei die Entgegnung, dies wäre eine fragwürdige Ungleichbehandlung der Unterlassung gegenüber dem Begehungsdelikt (so *Ranft*, JZ 1987, 859 [862]; *Otto* [Fn. 4], § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 1991, 277) hier aus zwei Gründen nicht weiter hilft: Erstens ist der Unrechtsgehalt von Unterlassungen *ceteris paribus* geringer als der von Begehungen (s. auch *Schünemann*, JA 1975, 647 [655] und im Allgemeinen *Engisch*, in: *Lackner* [Fn. 16], S. 189; *Kargl*, GA 1999, 459; man denke ferner an § 13 Abs. 2 StGB), außerdem ist ein Gleichbehandlungsargument im Kern nichts anderes als ein analoger Schluss im weiteren Sinne, also ein Argument, das in einem den *nullum-crimen*-Grundsatz kennenden System nicht ein Wortlautargument besiegen darf.

⁵¹ *Puppe*, ZStW 95 (1983), 286 (insbesondere 305 ff.); *Hilgendorf*, Jura 1995, 514 (519); *ders.*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 33 (S. 42); *Rolinski*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 483 (S. 490); *Hoyer*, GA 1996, 160 (168); *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 110 ff. (im Anschluss an *Hoyer*); *Pérez Barberá*, ZStW 114 (2002), 600 (611); *ders.*, Causalidad, resultado y determinación, 2006, S. 72 ff.; *Ziethen*, Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht, 2004, S. 75 ff.; *Sarrabayrouse*, Responsabilidad penal por el producto, 2007, S. 387 ff.; *Bloy*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 5), S. 35 (S. 52) und *Jäger* (Fn. 5), S. 356; ferner die Autoren, die das ontologische Argument zur Unterstützung der Risikoerhöhungslehre heranziehen, o. Fn. 25.

⁵² Hierauf wird u. zurückzukommen sein, s. den Text bei Fn. 118 ff.

⁵³ Oder zweifelt jemand an der Kausalität des Kaufs eines Lottoscheins für den Lottogewinn? Diese Gewissheit beruht sicher nicht auf einer Subsumtion unter Wahrscheinlichkeitsgesetze, sondern auf einer schlichten Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel.

vorzuziehen, die die Grundzüge des Kausalitätsbegriffs unangetastet lassen.⁵⁴

Die zweite Lösung wird von *Rudolphi* vorgeschlagen: Er meint, Kausalität und Risikoverminderung ließen sich schon voneinander unterscheiden, wenn man auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt abstelle.⁵⁵ Ähnlich verlangt *Roxin*, dass die gebotene Handlung sich mit Sicherheit auf den Gefahrenherd risikomindernd ausgewirkt hätte;⁵⁶ Kausalität ist immer dann zu bejahen, wenn sich bei Hinzudenken der gebotenen Handlung ein anderer zum Erfolg führender Kausalverlauf ergäbe.⁵⁷ Wenn man mit dem Erfolg in seiner konkreten Gestalt argumentiert, dann muss man sich mit den gewichtigen, vor allem von *Puppe* gegen die Figur gerichteten Einwänden auseinandersetzen. Hier interessiert vor allem ihr Verdacht, diese Figur diene dazu, auf manipulative und zirkelhafte Weise Kausalitäten zu schaffen.⁵⁸ Auch das Bemalen der Vase ist kausal für die Sachbeschädigung, wenn der Erfolg in seiner konkreten Gestalt die „Zerstörung der

bemalten Vase“ ist.⁵⁹ Dieses Problem wurde aber an kaum beachteter Stelle m.E. befriedigend gelöst, nämlich durch *Erb*: Nur genaue Orts- und Zeitangaben dürften zur Konkretisierung des Erfolgs herangezogen werden, sonst nichts mehr, insbesondere nicht der zum Erfolg führende Kausalverlauf⁶⁰ und erst recht nicht das Verhalten des Täters.⁶¹ Anhand des bereits zitierten Fensterwurf-Falls, in dem der Vater seine Kinder nicht aus dem Fenster des brennenden Gebäudes wirft, sondern in den Flammen sterben lässt:⁶² Dieser Vater ist weder wegen mangelnder Verursachung des Erfolges „Tod der Kinder“ freizusprechen noch kann behauptet werden, er habe den „Flammentod“ verursacht,⁶³ sondern nur, dass er den Tod der Kinder im Gebäude um so-und-soviel Uhr verursacht habe.⁶⁴ Dem könnte man hinzufügen, dass der Fensterwurf wohl eine Rettungschance eröffnet hätte, so dass der Erfolgswert des Unterlassungsdelikts zu bejahen ist. Der hiesigen Konkretisierung des Erfolges können auch keine Schutzzwecküberlegungen entgegengehalten werden,⁶⁵ denn sie sind, soweit berechtigt, auf der Zurechnungs- und nicht

⁵⁴ Insofern ist auch hier einem Prinzip des epistemischen Konservatismus zu folgen, dazu in einem anderen Zusammenhang *Greco*, GA 2009, 636 (647).

⁵⁵ *Rudolphi* (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 16a; zust. *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 101; *ders.*, Jura 2001, 275 (277).

⁵⁶ *Roxin*, GA 2009, 73 (77); *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 54 ff. Zwar hält sich *Roxin* nicht für einen Vertreter der Risikoverminderungslehre, denn er betont, dass die Risikominderung ex post mit Sicherheit eintreten müsse (*ders.* [Fn. 5], § 31 Rn. 54; *ders.* in: Schröder u.a. [Hrsg.], Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 409 [S. 421 f.; nach den Fahnen zitiert]). Meines Erachtens vertritt er, insofern es für ihn auf die Minimierung eines Gefahrenherds ankommt, aber durchaus eine Risikoverminderungslehre (deshalb kann er *Stratenwerth*, einen unbestrittenen Vertreter der Risikoverminderungslehre, in diesem Zusammenhang zustimmend zitieren, *Roxin* [Fn. 5], § 31 Rn. 61). Die Klarstellung, dass es auf die ex post-Perspektive ankommt, vermisst man in der Tat bei einigen Anhängern der Risikoverminderungslehre, die auf eine ex ante Perspektive abstellen (so etwa *Brammsen*, MDR 1989, 123 [124]). Damit wird aber verkannt, dass die vorliegende Problematik mit dem Erfolgswert zu tun hat, bei dem es auf die ex post-Perspektive ankommt (richtig *Roxin* [Fn. 10], § 11 Rn. 94).

⁵⁷ Implizit *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 56.

⁵⁸ Insbesondere *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (872); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (596); *dies.*, SchwZStR 107 (1990), 141 (143 Fn. 2); *dies.*, GA 1994, 299; *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 133 ff. Rn. 98; *dies.*, GA 2010, 551 (558); in diesem Sinne auch ihre Schüler *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 51 ff.; *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 73 ff.; grds. zust. *Hilgendorf*, GA 1995, 515 (524); *Knauer* (Fn. 51), S. 91 ff.; *Jäger* (Fn. 5), S. 349, dessen Lösung – Unterscheidung von „Erfolg“ und „Ereignis“, wobei zu letzterem sowohl der Erfolg als auch der zu ihm führende Verlauf gehören sollen (S. 354 ff., 356) – wohl an den gleichen Zirkularitätsproblemen leidet (vgl. ganz deutlich seine Überlegungen zur Kausalität von Kollegialentscheidungen S. 361); ähnlich auch *Röh* (Fn. 4), S. 7 ff.

⁵⁹ Das Beispiel geht wohl auf *Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2. Aufl. 1929, S. 41, zurück.

⁶⁰ Dagegen bereits *Engisch* (Fn. 5), S. 16.

⁶¹ *Erb*, JuS 1994, 449 (452); noch weiter gehend *Kindhäuser*, ZStW 120 (2008), 481 (483) – nur Zeitangaben. *Toepel* (Fn. 5), S. 78, will jedoch den Erfolg so weit konkretisieren wie erforderlich, um Ersatzursachen auszuschalten, womit er eigentlich einen Zirkelschluss vollzieht (zu Recht krit. *Puppe* [Fn. 5 – NK], vor § 13 ff. Rn. 98; anders deshalb jetzt *Toepel*, in: Paeffgen u.a. [Hrsg.], Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 289 [S. 302 f.], der mindestens eine Zeitkonkretisierung verlangt und Raumkonkretisierungen für „vertretbar“ hält). Zwei mögliche Einwände gegen den obigen Vorschlag: (1) Den Sterbenden 5 Meter weit zu tragen, sei danach kausal für dessen Tod; (2) Das Handeln des Vaters im viel diskutierten „Scharfrichter“-Fall sei dagegen nicht für den Tod des Hingerichteten kausal. Dem ersten Einwand ist aber zu erwidern, dass dieses Ergebnis richtig ist; das Problem dürfte vielmehr auf der Ebene der objektiven Zurechnung zu lösen sein, nämlich über die Erwägung, dass hier keine unerlaubte Gefahrschaffung vorliegt (genauer: hypothetischer natürlicher – und deshalb beachtlicher – Kausalverlauf, bei dem das sog. Intensivierungsprinzip gilt, s. *Roxin* [Fn. 10], § 11 Rn. 61 im Anschluss an *Samson* [Fn. 43], S. 96 ff.). Gegen den zweiten Einwand ist zu sagen, dass ein Erfolgseintritt genau im selben Zeitpunkt faktisch völlig unwahrscheinlich ist (insoweit richtig *Toepel* [Fn. 5], S. 76 f.). Tritt diese immerhin theoretisch mögliche Situation ein, dann muss man die Kausalität konsequent ablehnen (ebenso *Toepel*, [Fn. 5], S. 76 f.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 9 Rn. 12 f.).

⁶² BGH JZ 1973, 173.

⁶³ So *Spendel*, JZ 1973, 137 (140); *ders.* (Fn. 5), S. 252.

⁶⁴ Ähnl. *Herzberg*, MDR 1971, 881 (882).

⁶⁵ *Schünemann*, StV 1985, 229 (232): Der „Zweck der Rettungspflicht“ zielt „nicht auf Veränderung der Begleitumstände, sondern auf Verhinderung des Erfolgseintritts“ ab.

auf der Kausalitätsebene zu berücksichtigen.⁶⁶ Und auch der gelegentlich formulierte Einwand, diese Lösung lasse einige Fälle ungelöst,⁶⁷ ist nur ein Problem für denjenigen, der mittels einer *petitio principii* davon ausgeht, dass nur die Bejahung der Erfolgszurechnung als Lösung eines Problems angesehen werden darf. Dass die Unterlassung den Erfolg in seiner konkreten Gestalt, also so wie er zu einem bestimmten Zeitpunkt *t* an einem bestimmten Ort *l* eingetreten ist, sicher verursacht haben muss, bedeutet keine Vorentscheidung der Zurechnungsfrage. Diese kann deshalb sehr wohl im Sinne der Risikoverminderungslehre gelöst werden.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Risikoverminderungslehre kriminalpolitisch vernünftig ist, denn sie vermeidet Freibriefe für mangelnde Sorgfalt in gefährlichen Bereichen; sie ist dogmatisch gut fundiert, weil sie sich auf die Sacherwägungen, die hinter dem Erfolgswert stehen, zurückführen lässt; und ihr stehen keine ausschlaggebenden Vorbehalte gegenüber, insbesondere nicht die Befürchtung, dass sie sich in Missachtung des Analogieverbots kausalitätsersetzend auswirken könnte, denn das Abstellen auf einen bloß durch Zeit- und Ortsangaben konkretisierten Erfolg ermöglicht es, dass man auch im Unterlassungsbereich Kausalität und Erfolgszurechnung deutlich voneinander trennt. Die erwähnten Ausgangsfälle sind deshalb so zu lösen, dass der Ehemann, der seine Frau nicht zum Krankenhaus fährt, bereits ihren Tod bei sich zu Hause verursacht; ob die ärztliche Behandlung eine Rettungschance eröffnet hätte, ist natürlich Tatfrage, ist aber vermutlich anzunehmen, wenn es sich nicht um schwerwiegendste Verletzungen handelt. Die gebotene Bestrahlung hätte sicherlich viele Krebszellen getötet und damit den Todeseintritt verzögert, so dass die Unterlassung kausal war; und bei einer Erfolgsquote von 90 % ist an der Risikoerhöhung kaum zu zweifeln.

III. Kausalität bei kollektiven Unterlassungen

Die Problematik verschärft sich um Einiges, wenn nicht nur der Täter allein, sondern auch weitere Menschen handeln müssen, damit der Erfolg vermieden wird. Es ist geboten, bei solchen Fällen kollektiver Unterlassungen zu differenzieren, ob die Unterlassungen gleichzeitig bzw. parallel oder nacheinander erfolgen. Dabei ist der Begriff der Gleichzeitigkeit mit *Jakobs* nicht naturwissenschaftlich, sondern „praktisch“ zu verstehen: Zwei Verhaltensweisen sind gleichzeitig, wenn es unmöglich ist, das Verhalten des anderen zur Grundlage der eigenen Verhaltensplanung zu machen.⁶⁸

⁶⁶ Zu einem Fall, in dem die Zurechnung in der Tat auszuschließen ist, s.o. Fn. 61.

⁶⁷ So *Hoyer* (Fn. 15), S. 96: der Arzt hätte bei gebotener sofortiger Losfahrt den lebensgefährlich Verletzten möglicherweise nicht rechtzeitig erreicht. Nach hiesiger Ansicht wäre der Erfolg einem solchen Arzt in der Tat nicht anzulasten, da es an der Kausalität fehlt.

⁶⁸ *Jakobs*, in: Kühne (Fn. 51), S. 419 (S. 424).

1. Die Diskussion der „mittleren Phase“: Gleichzeitige bzw. parallele Unterlassungen

Vor allem, aber nicht nur unter Zugrundelegung der Vermeidbarkeitstheorie werfen die Fallgruppen paralleler Unterlassungen die brisante Schwierigkeit auf, dass sich alle Unterlassenden gegebenenfalls gleichzeitig entlasten könnten. Die zwei diskussionsrelevantesten Erscheinungsformen dieser Fallgruppen sind die Kollegialentscheidung, etwas zu unterlassen (etwa die Entscheidung, ein gefährliches Produkt nicht zurückzurufen) und die Unterlassung einer Kollegialentscheidung (etwa des Rückrufs eines Produkts).⁶⁹ Wie kann man verhindern, dass jedem die Behauptung, die Vornahme der ihm gebotenen Handlung hätte für sich genommen den Erfolg nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden, offen steht? Im Ergebnis herrscht darüber weitgehend Einigkeit, dass ein solcher Zustand „organisierter Unverantwortlichkeit“ inakzeptabel ist.⁷⁰ Mit den Worten des BGH: „Dass dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.“⁷¹ Trotzdem sind die dogmatischen Grundlagen dieses Ergebnisses noch nicht völlig gesichert.

a) Obwohl es in der vorliegenden Abhandlung nur um Unterlassungsdelikte geht, bietet der Seitenblick auf die Dogmatik der Begehungsdelikte einen angemessenen Einstieg in die Problematik. Denn insbesondere die Konstellation des vorsätzlichen Begehungsdelikts dürfte relativ leicht zu lösen sein: Im Falle einer Kollegialentscheidung, die etwa den Vertrieb eines als gefährlich bekannten Produkts zum Gegenstand hat, steht eigentlich nichts der Bejahung des gemeinsamen Tatentschlusses und des erheblichen Tatbeitrags im Wege – also der beiden unbestrittenen Voraussetzungen einer Mittäterschaft⁷² – mit der Folge der gegenseitigen

⁶⁹ An sich stellt die erste der oben genannten Konstellationen, also das Treffen einer Kollegialentscheidung, einen Energieeinsatz dar und ist deshalb als Begehung einzustufen (so auch *Dencker* [Fn. 5], S. 168; *Schünemann*, in: Roxin/Widmaier [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 621 [S. 634]), anders aber die Rspr. (BGHSt 37, 106 [114]), zwar unbegründet, aber wohl auf Grundlage ihres schillernden Kriteriums des Schwerpunkts des Vorwurfs (zur Kritik hieran statt aller *Roxin* [Fn. 5], § 31 Rn. 79 ff.; zum Energiekriterium § 31 Rn. 78). Weil aber eine Kollegialentscheidung in dem Sinne, dass das Unternehmen nicht vor den gefährlichen Produkten ihrer Konkurrentin warnt, selbstverständlich keine Verantwortung nach den Grundsätzen der Begehungsdelikte heranziehen kann, liegt hier wohl eine Konstellation der Unterlassung durch Begehung in der Form eines abgebrochenen Gebotserfüllungsversuchs vor (zu diesen Figuren umfassend *Roxin*, in: Bockelmann [Hrsg.], Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 380 [S. 381]; *ders.* [Fn. 5], § 31 Rn. 99 ff., 198 ff.).

⁷⁰ Zu den wenigen, die a.A. sind, gehören *Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 (165) und *Samson*, StV 1991, 182 (184).

⁷¹ BGHSt 37, 106 (132).

⁷² Statt aller *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 189, der zudem verlangt, dass der Beitrag im Ausführungsstadium geleistet wird, was

gen Zurechnung aller einzelnen Beiträge.⁷³ Dass die einzelnen Täter keine Entscheidungsmacht über das „Ob und Wie“ der Tat haben,⁷⁴ ist kein Hindernis für die Bejahung der Mittäterschaft, denn – wie schon durch die Anerkennung der Fallgruppe der sogenannten additiven Mittäterschaft (Bsp.: Erschießungskommando)⁷⁵ belegt wird – eine solche absolute Entscheidungsmacht ist keine Voraussetzung einer Mittäterschaft.⁷⁶ Dem steht auch die Tatsache, dass die Entscheidung im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung getroffen wird und auf Ausführungspersonen angewiesen ist, nicht entgegen.⁷⁷ Zum einem wird man das Treffen der Entscheidung meistens als ein täterschaftliches Verhalten ansehen können: in einem Unternehmen wissen die Ausführungspersonen meistens nichts von der Gefährlichkeit der vertriebenen Produkte, so dass bereits die Konstellation der mittelbaren Täterschaft mittels eines irrenden Werkzeugs regelmäßig gegeben sein dürfte,⁷⁸ und es gibt immer noch die Möglichkeit der Anerkennung der Organisationsherrschaft im Unternehmen⁷⁹ oder eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens.⁸⁰ Falls man die zwei erwähnten Zurechnungsfiguren ablehnt und die Ausführungsperson alles durchschaut, wird man die Entscheidung als Teilnahme an der vorsätzlichen Tat der Ausführungsperson einstufen können: Teilnahmebeiträge können unstreitig auch mittäterschaftlich verwickelt werden.⁸¹

b) Etwas komplizierter ist die Lage beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt. Hier verfährt die Rechtsprechung nicht geradlinig. Zunächst hatte der BGH in der Lederspray-Entscheidung eine Mittäterschaft wegen Unterbleibens des gebotenen Rückrufs eines gesundheitsschädlichen Produkts bejaht (BGHSt 37, 106 [129]). Eine solche liege insbesondere dann vor, wenn mehrere Garanten eine ihnen gemeinsam obliegende Pflicht nur zusammen erfüllen können und gemeinschaftlich den Entschluss fassen, dies nicht zu tun

hier ebenfalls zu bejahen ist (s. Text ab Fn. 77). Vgl. aber jüngst *Rotsch*, in: Paeffgen u.a. (Fn. 61), S. 887 (889 ff.).

⁷³ BGHSt 37, 106 (129). Ausf. *Knauer* (Fn. 51), S. 159 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 61 ff.

⁷⁴ *Samson*, StV 1991, 182 (184).

⁷⁵ Hierzu *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 229 f.

⁷⁶ Präzise *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 212: die Erheblichkeit des Tatbeitrags ist aus der ex ante- und nicht aus der ex post-Perspektive zu beurteilen. Gegen diesen Einwand auch *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Ransiek* (Fn. 73), S. 61.

⁷⁷ Bedenken insbesondere bei *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 64 ff.; detailliert zu solchen Fragen „vertikaler Zurechnung“ *Knauer* (Fn. 51), S. 49 ff.

⁷⁸ *Knauer* (Fn. 51), S. 75.

⁷⁹ BGHSt 40, 218 (237); *Knauer* (Fn. 51), S. 79; *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; mit Bezug auf den jetzt diskutierten Fall *Hoyer*, in: Paeffgen u.a. (Fn. 61), S. 515 (S. 518).

⁸⁰ *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 137.

⁸¹ So im Ergebnis auch *Bloy* (Fn. 51), S. 55; *Knauer* (Fn. 51), S. 80.

(BGHSt 37, 106 [129]). Dagegen begründet der BGH die Verantwortung der einzelnen Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED, die es vorsätzlich unterlassen hatten, sich gegen die Tötung von Flüchtlingen zu entscheiden, dadurch, dass er sich – unter Rückgriff auf die Lederspray-Entscheidung⁸² – auf die „parallele Unterlassung“ bzw. „kumulative Unterlassung“ aller beruft (BGHSt 48, 77 [94]). Demnach sei „auf das Verhalten der Garantengemeinschaft abzustellen“ (BGHSt 48, 77 [94]). Einer Mittäterschaft bedürfe es aber nicht, da eine gegenseitige Zurechnung nach dem BGH gerade nicht stattfinde (BGHSt 48, 77 [95]).

Zunächst zu der späteren Entscheidung: Es ist sehr unklar, was mit dem Begriff des parallelen Unterlassens gemeint ist.⁸³ Der Verweis auf die Stellen der Lederspray-Entscheidung, die nichts mit dem Vorsatzdelikt zu tun haben,⁸⁴ und die Wendung des kumulativen Unterlassens deuten beide darauf hin, dass man darunter die bekannte Figur der kumulativen Kausalität verstehen soll, bei der alle einzelnen Beiträge für den Erfolg kausal sind.⁸⁵ Aber dies ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Schon bei der Lederspray-Entscheidung wurde bemängelt, dass der BGH mit diesem Schlagwort die Kausalität „mehr statuiert als begründet“ habe.⁸⁶ Denn bei der kumulativen Kausalität verhält es sich so, dass mehrere Bedingungen alle für sich genommen notwendig, aber nur in Verbindung mit den anderen hinreichend sind, um den Erfolg herbeizuführen. Die Kausalität jedes einzelnen Beitrags ergibt sich deshalb bereits ohne weiteres aus der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Gibt es also einen Überschuss an Unterlassungen, wie es ihn in der Lederspray-Entscheidung und auch in der Politbüro-Entscheidung bzgl. des Nicht-Beschließens des Rückrufs gab, dann ist in der Tat kein einzelner für sich genommener Beitrag eine *conditio-sine-qua-non* des Erfolgs. Zu Recht wurde deshalb auch kritisiert, dass sich mit einer solchen Begründung eigentlich alles für kausal erklären lässt.⁸⁷

Ebenso wenig hilft die Heranziehung der Figur der alternativen Kausalität und der dafür entwickelten Modifikation

⁸² BGHSt 37, 106 (130 f.) – dort wurden diese Überlegungen erst beim Fahrlässigkeitsdelikt herangezogen.

⁸³ Krit. auch *Ranft*, JZ 2003, 582 (584): Begriff „hat keinen Inhalt“.

⁸⁴ Vgl. o. Fn. 82.

⁸⁵ BGHSt 37, 106 (130).

⁸⁶ So *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 65 (trotz seiner Zustimmung zur Heranziehung der Figur beim Begehungsdelikt, § 11 Rn. 18); auch gegen die kumulative Kausalität *Meier*, NJW 1992, 3193 (3197); *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (334); *Knauer* (Fn. 51), S. 94; *Schaal* (Fn. 11), S. 20, 110 ff.; v. *Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 131; *Jäger* (Fn. 5), S. 360; auch *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743 (744) und *Kuhlen*, NSTZ 1990, 566 (570): zustimmungswürdige Ausnahme der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Für kumulative Kausalität aber *Weber*, BayVBl. 1989, 166 (169).

⁸⁷ *Puppe*, GA 2004, 129 (145).

der *conditio-sine-qua-non*-Formel weiter.⁸⁸ Bekanntlich behaupten viele, dass von mehreren Bedingungen, die zwar kumulativ, aber nicht alternativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiere, jede kausal sei.⁸⁹ Also seien die einzelnen Stimmabgaben nicht jede für sich, sondern in ihrer Gesamtheit hinwegzudenken bzw. hinzuzudenken. Weil der Erfolg entfällt, ist jede dieser Stimmabgaben als kausal anzusehen. Diese Modifizierung der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist aber nicht nur völlig ad hoc;⁹⁰ sie führt auch dazu, dass man jede Nichtursache zu einer Ursache erklären kann.⁹¹ Ein konsequenter Vertreter der *conditio-sine-qua-non*-Formel muss deshalb bei Fällen mehrerer je für sich hinreichender Bedingungen zu dem Schluss kommen, dass keine von ihnen kausal war.⁹²

Auch die schlichte Heranziehung der Formel der gesetzmäßigen Bedingung durch die Behauptung, alle Ja-Stimmen ständen mit dem Erfolg in einem gesetzmäßigen Zusammenhang,⁹³ bleibt präzisierungsbedürftig. Denn wieso sich Bedingungen, die im Einzelfall entbehrlich sind, mit einem Erfolg in einem gesetzmäßigen Zusammenhang befinden können, muss erst noch begründet werden.

Hieraus ergibt sich folgendes Zwischenfazit: Will man die Problematik auf der Kausalitätsebene bewältigen, dann kann man sich die Mühe nicht ersparen, diese Lehre neu zu über-

⁸⁸ So aber *Dreher*, JuS 2004, 17 (18); *Gropp*, GA 2009, 265 (269); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 19 Rn. 20b; *Lackner/Kühl* (Fn. 49), vor § 13 Rn. 11; *Meier*, NJW 1992, 3193 (3198); *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 158; und mit erheblicher Verfeinerung *Schaal* (Fn. 11), S. 92 ff., 97 f. (nur für das Begehungsdelikt; beim Unterlassungsdelikt wird die Modifikation abgelehnt, S. 114 ff.); wohl auch *Röckrath*, NStZ 2003, 641 (645) u. *Paredes Castañon*, El caso del la colza, 1995, S. 109 ff. Gelegentlich wird bestritten, dass es überhaupt um eine solche Konstellation alternativer Kausalität geht (*Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 [165]; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 112), was aber unrichtig ist: Es geht genauer gesagt um eine Kombination von kumulativer und alternativer Kausalität (ebenso *Schaal* [Fn. 11], S. 32, 48), wobei nur die zweite Komponente dieser Kombination problematisch ist.

⁸⁹ Diese auf *Träger* (Fn. 59), S. 45 f. zurückgehende Modifizierung ist etwa bei *Kühl* (Fn. 88), § 4 Rn. 19 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 88), Rn. 157 zu finden.

⁹⁰ *Dencker* (Fn. 5), S. 52; *Puppe*, ZJS 2008, 488 (491); *Jäger* (Fn. 5), S. 348; *Knauer* (Fn. 51), S. 96; *Merkel*, in: Paeffgen (Fn. 61), S. 151 (S. 155).

⁹¹ *Puppe* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 Rn. 92; *dies.*, GA 2010, 551 (554); *dies.*, ZJS 2008, 488 (491 Fn. 10); *Knauer* (Fn. 51), S. 96, der als Beleg Gegenstimmen und Enthaltungen anführt; *Rodríguez Montañés*, in: Schünemann u.a. (Fn. 23), S. 307 (S. 312); *Merkel* (Fn. 90), S. 155 Fn. 11.

⁹² Vgl. o. Fn. 61.

⁹³ Insbesondere *Weißer* (Fn. 88), S. 113 ff., 116, 119; *Schünemann* (Fn. 69), S. 633.

denken.⁹⁴ Dies macht auch deutlich, wieso meine obigen Überlegungen zur Erfolgszurechnung anhand des Risikoverminderungsgedankens beim unterlassenden Alleintäter hier nicht hilfreich sind.⁹⁵ Denn fraglich ist nicht erst, ob die Vornahme der gebotenen Handlung – also dass man sich für den Rückruf des Ledersprays bzw. „im Politbüro durch Äußerungen und Anträge für eine Änderung des Grenzregimes“⁹⁶ aktiv einsetzt – eine Rettungschance eröffnet hätte, sondern bereits, ob sie an der konkreten Gestalt der einzelnen Todeserfolge etwas geändert hätte und somit kausal war. Nur eine fragwürdige kausalitätsersetzende Risikoverminderungslehre käme zum erwünschten Ergebnis – und dies wohl auch nicht immer.⁹⁷

Einen gangbaren Ausweg bietet aber die Figur der Mittäterschaft,⁹⁸ also der erste Lösungsansatz des BGH. Die allgemeine Ablehnung der Figur beim Unterlassungsdelikt beruht eher auf doktrinären Gründen.⁹⁹ Auch die Kritik an

⁹⁴ Dies versuchen die Autoren, die die Lehre von der INUS-Bedingung bzw. der Mindestbedingung vertreten, mit denen man sich erst u. c) auseinandersetzen wird, nicht, weil ihre Überlegungen für Vorsatzfälle irrelevant sind, sondern weil sich die Diskussion insbesondere an Fahrlässigkeitsfällen entfaltet hat und erst dort besonders brisant wird.

⁹⁵ Anders *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 102, der sogar meint, der BGH habe sich in der Politbüro-Entscheidung der Sache nach der Risikoverminderungslehre angeschlossen; *Hoyer*, GA 1996, 160 (174).

⁹⁶ So die Beschreibung der gebotenen Handlung aus BGHSt 48, 92.

⁹⁷ Denn es sind Fälle denkbar, in denen die pflichtwidrige Entscheidung derart feststeht, dass das Risiko bereits ein Maß von 100 % erreicht, das nicht mehr steigerungsfähig ist (hierzu *Ransiek* [Fn. 73], S. 60; *Schaal* [Fn. 11], S. 144, 146 ff., trotz fragwürdiger Heranziehung des in-dubio-Grundsatzes).

⁹⁸ In diesem Sinne auch *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 125 f.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (692); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Ranft*, JZ 2003, 582 (584); *Knauer* (Fn. 51), S. 202 f.; *ders.*, NJW 2003, 3101 (3103); *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 172 f.

⁹⁹ *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 189; zust. *Welzel* (Fn. 4), S. 206: einen Unterlassungsvorsatz gebe es nicht, sondern nur einen Quasi-Vorsatz, weshalb Mittäterschaft im Unterlassungsbereich unmöglich sei. Aus welchen Gründen man demnach nicht von einer Quasi-Mittäterschaft sprechen kann, die ähnlichen Voraussetzungen und dieselben Rechtsfolgen wie ihre Zwillingsschwester hätte, ist nicht ersichtlich, so dass die These sich im Ergebnis als terminologisch entpuppt. *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 158 ff. und v. *Weezel* (Fn. 86), S. 210 meinen, die täterschaftskonstituierenden (institutionellen, nicht aber organisationellen) Pflichten hätten alle höchstpersönlichen Charakter (ähnlich *Lesch*, ZStW 105 [1993], 271 [287], freilich ohne explizite Differenzierung; *Bloy* [Fn. 51], S. 57), was in dieser Absolutheit nicht einleuchtet (zu Recht krit. *Pariona*, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 176 ff.).

ihrer Bejahung im Einzelfall überzeugt wenig. Die Behauptung, es liege kein gemeinsamer Tatentschluss bzw. Tatplan vor,¹⁰⁰ überspannt die Anforderungen, die für einen Tatentschluss schon beim Begehungsdelikt gelten, bei dem eine ausdrückliche Verabredung bzw. eine „anspruchsvolle Abstimmung“¹⁰¹ bzw. ein „Unrechtspakt“¹⁰² auch nicht verlangt wird.¹⁰³ Welche weiteren Kriterien für eine Mittäterschaft im Unterlassungsbereich zu verlangen sind, erscheint noch nicht völlig geklärt, denn in den meisten Fällen bedarf man der Figur gar nicht, sondern kommt schon mit der Annahme von Nebentäterschaften weiter.¹⁰⁴ Dies ist im vorliegenden Zusammenhang aber gerade nicht der Fall, weil man ohne die gegenseitige Zurechnung an der fehlenden Kausalität der einzelnen Unterlassungen für den Erfolg, der sowieso eintreten würde, solange sich die anderen nicht auch zur gebotenen Handlung entschließen, scheitern wird. Ob man sich wie *Roxin* mit einer Verletzung ein und derselben Erfolgsabwendungspflicht begnügt,¹⁰⁵ oder darüber hinaus verlangt, dass die Pflicht eine sein muss, die man nur gemeinsam erfüllen kann¹⁰⁶ – es dürfte in jedem Fall klar sein, dass diese Voraussetzungen hier ohne weiteres erfüllt sind, so dass an der Mittäterschaft letztlich nicht gezweifelt werden kann.

c) Bei der fahrlässigen Unterlassung gestaltet sich die Lage um Einiges schwieriger. Denn eine Mittäterschaft gibt es nach herkömmlichem und noch herrschendem Verständnis nur beim Vorsatzdelikt. Deshalb lassen sich insbesondere zwei Gruppen von Meinungen unterscheiden, nämlich die derjenigen, die an diesem Grundsatz nicht rütteln wollen und deshalb insbesondere auf der Kausalitätsebene nach einer Lösung suchen, und die derjenigen, die den Grundsatz revidieren und für die Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft plädieren.

Bekanntlich versuchte der BGH in der Lederspray-Entscheidung die Problematik über die Figur der kumulativen

Kausalität zu lösen,¹⁰⁷ was aus den oben unter b) genannten Gründen nicht überzeugend ist. Will man die Problematik dennoch auf der Ebene der Kausalität bewältigen, dann führt an einer grundlegenden Verfeinerung der Kausalitätslehre kein Weg vorbei. Diesen Weg gehen diejenigen, die die Formel der gesetzmäßigen Bedingung im Sinne der Formel der sogenannten INUS-Bedingung (insufficient non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition) bzw. des notwendigen Bestandteils einer hinreichenden Mindestbedingung weiterentwickeln.¹⁰⁸ Diese Lehre geht von der Grundannahme der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung aus: Kausalität sei nämlich die Subsumtion des Individualfalls unter ein allgemeines Kausalgesetz. Nun wird die logische Struktur des allgemeinen Kausalgesetzes näher präzisiert. Ein Kausalgesetz ist als eine hinreichende Mindestbedingung eines Erfolgs anzusehen. Eine solche Mindestbedingung besteht aber aus einer Vielzahl weiterer Bedingungen, die alle deshalb für diese Mindestbedingung notwendig sind. Ein Verhalten ist als kausal für einen Erfolg anzusehen, wenn es unter eine dieser notwendigen Bedingungen subsumiert werden kann – unabhängig davon, ob es andere Verhaltensweisen gibt, für die das ebenfalls gilt. Denn anders als die *conditio sine qua non*-Formel bezieht diese Lehre das Hinwegdenken nicht auf die Ebene des Einzelfalls, sondern auf die der Formulierung des Kausalgesetzes, der Gewinnung einer *Mindestbedingung*.¹⁰⁹ Angewandt auf den Fall der Kollegialentscheidung:¹¹⁰ Bei einem Gremium von 3 Mitgliedern A, B

¹⁰⁷ BGHSt 37, 106 (130 f.).

¹⁰⁸ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875, 910); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (599); *dies.*, SchwZStR 107 (1990), 141 (151); *dies.*, JZ 1994, 1147 (1149); *dies.*, in: Schulz/Damnit (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, S. 227 (S. 238); *dies.* (Fn. 23), S. 290, 293; *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.*, ZJS 2008, 488 (490); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 102; *dies.*, GA 2010, 551 (555, 569); *Koriath* Kausalität 2 Titel, Jahr, S. 138 f., 248; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 334 ff.; *Kindhäuser*, GA 1982, 477 (485 f.); *ders.*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 87; *ders.*, ZStW 120 (2008), 481 (485); *Osnabrügge* (Fn. 58), S. 93; *Vogel* (Fn. 5), S. 148 ff.; *Sofos* (Fn. 58), S. 109; *Hilgendorf*, Jura 1995, 514 (516); *Dold*, Rechtstheorie 41 (2010), 109; *Hoyer* (Fn. 79), S. 519 (aber nur für die Kausalität – denn die Unerlaubtheit der geschaffenen Gefahr soll ausgeschlossen werden, sobald eine hinreichende Mindestbedingung für den Erfolg erfüllt ist [S. 521 f.], womit weiterhin für die Mittäterschaftskonstruktion ein Bedürfnis besteht [S. 522 ff.]). Inwiefern die im Strafrecht kursierende Theorie auf den Philosophen *Mackie* zurückführbar ist, sei dahingestellt, hierzu *Binns*, Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff, 2001, S. 69 f., 108 (abl.) und zuletzt *Puppe* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 110; *dies.*, GA 2010, 551 (556).

¹⁰⁹ Ausf. zur Bestimmung der Mindestbedingung *Dold*, Rechtstheorie 41 (2010), 109 (111).

¹¹⁰ *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, GA 2004, 129 (137); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 108 (122); *dies.*, GA 2010, 551 (561); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30

¹⁰⁰ *Nettesheim*, BayVBl. 1989, 161 (165); *Hassemer* (Fn. 77), S. 68; *Puppe*, GA 2004, 129 (144); *dies.*, ZIS 2007, 234.

¹⁰¹ Ausdruck von *Hassemer* (Fn. 77), S. 68.

¹⁰² So aber *Puppe*, ZIS 2007, 234 (236); eine Auseinandersetzung mit dieser Sichtweise ist hier nicht möglich.

¹⁰³ Ebenso *Ranft*, JZ 2003, 582 (584); *Knauer*, NJW 2003, 3103; ähnlich *Frister* (Fn. 61) § 26 Rn. 6. Allgemein *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 192.

¹⁰⁴ *Roxin* (Fn. 5), § 31 Rn. 173. *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 82 hält die Figur immer noch für überflüssig.

¹⁰⁵ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 469 f.; *ders.* (Fn. 5), § 31 Rn. 172; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 4), § 25 Rn. 213, die als Beispiel den Fall des Vaters und der Mutter, die ihr Kind gemeinsam unversorgt lassen, anführen.

¹⁰⁶ *Dencker* (Fn. 5), S. 172; *Hoyer*, in: Rudolphi (Fn. 15), § 25 Rn. 149; *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 327 (trotz fehlerhaften Zitats von *Roxin*); ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 4), § 14 Rn. 18; *Jescheck/Weigend* (Fn. 49), S. 682: „eigentlicher“ Fall der Mittäterschaft. Der BGH benutzt die vorsichtige Modulierung „unter anderem“ (BGHSt 37, 106 [129]).

und C, das Entscheidungen mit einfacher Mehrheit trifft, ist eine hinreichende Mindestbedingung einer jeden Entscheidung, dass zwei Stimmen in eine Richtung gefällt werden. Gibt es im Einzelfall aber 3 Ja-Stimmen, dann sind alle für die Entscheidung kausal, denn sowohl der Sachverhalt A + B, als auch A + C und B + C lassen sich unter die hinreichende Mindestbedingung „2-ja Stimmen“ subsumieren.

Diese Bemühungen sind in der Tat sehr eindrucksvoll und elegant. Viele der dagegen gerichteten Einwände – sofern man diese Lehre überhaupt zur Kenntnis nimmt – sind auch nicht überzeugend.¹¹¹ Man kann der Lehre von der Mindestbedingung nicht vorhalten, sie sei normativ unbegründet,¹¹² denn *Puppe* betont immer wieder, dass man eine gegenseitige Entlastung verhindern müsse,¹¹³ was einen eindeutig normativen Gesichtspunkt darstellt. Umgekehrt kann man der Lehre auch nicht entgegenhalten, sie sei eine unzulässige Normativierung des Kausalbegriffs, der wertungsfrei gegenüber der normativ beladenen Zurechnungslehre bleiben sollte.¹¹⁴ Obwohl diese Trennung zwar in ihren Grundzügen stimmen dürfte, lässt sich letztlich nicht bestreiten, dass sich eine im Strafrecht anwendbare Kausalitätslehre an der Beantwortung der spezifischen sich bei diesem Rechtsgebiet stellenden Fragen orientieren muss und insofern notwendig normativ sein wird.¹¹⁵ Insbesondere ist die Behauptung falsch, die Lehre unterscheide sich nicht von der herkömmlichen *conditio-sine-qua-non*-Formel,¹¹⁶ und dies aus zwei oben schon erwähnten Gründen. Erstens setzt die *conditio-sine-qua-non*-Formel gerade kein Kausalgesetz voraus, sondern soll vielmehr Kausalzusammenhänge auch dort bejahen können, wo wir über solche Gesetze nicht verfügen. Zweitens bewegt sich das Hinwegdenken bei der Lehre von der Mindestbedingung auf der Ebene des allgemeinen Kausalgesetzes, nicht des

Einzelfalls, wie es sich bei der *conditio-sine-qua-non*-Formel verhält.¹¹⁷

Trotzdem würde ich eher dafür votieren, der Anziehungskraft der Theorie der Mindestbedingung zu widerstehen, und dies aus zwei Gründen, einem dogmatischen und einem wissenschaftspragmatischen. Auf dogmatischer Ebene ist noch einmal auf die Frage hinzuweisen, ob jede Kausalitätsfeststellung notwendig die Subsumtion unter ein Kausalgesetz voraussetzt.¹¹⁸ Dagegen spricht nicht nur, dass wir in vielen Bereichen Kausalzusammenhänge auch dort bejahen, wo wir über keine Gesetze verfügen – Paradebeispiel ist hier die sogenannte psychische Kausalität. Meines Erachtens noch relevanter ist der selten bemerkte Befund, dass eine Lehre, die Kausalität als Subsumtion unter ein Kausalgesetz versteht, Probleme mit einer scheinbar unproblematischen Konstellation hat, nämlich der der sogenannten überholenden Kausalität bzw. umgekehrt mit der Ausscheidung von „bereitstehenden“ Ersatzursachen.¹¹⁹ Man nehme Folgendes an:

¹¹⁷ Das erkennt auch *Samson* (Fn. 116), S. 265 f., der aber meint, die Beantwortung der Frage auf der konkreten Einzelfallebene setzte immer die Beantwortung der Frage auf der allgemeinen Ebene voraus. Das ist nicht notwendig falsch, trägt das Behauptete, die Identität beider Formeln, aus zwei Gründen aber nicht: Erstens reicht es für eine Synonomie noch nicht aus: denn die Umkehrung ist nicht wahr (krit. auch *Puppe* [Fn. 5 – NK], vor § 13 ff. Rn. 109a). Zweitens kann die *conditio-sine-qua-non*-Formel wie gesagt auch ohne allgemeine Kausalgesetze auskommen.

¹¹⁸ *Frisch* (Fn. 11), S. 522 f.; *ders.* (Fn. 115), S. 51 (S. 65 ff.); *ders.*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 5), S. 239 (S. 253 ff.); *Toepel* (Fn. 5), S. 54 f.; *Lampe*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 190 Fn. 3; *Knauer* (Fn. 51), S. 104 f.; *Schaal* (Fn. 11), S. 63 ff., 86 ff.; *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 82 ff.; *Jäger* (Fn. 5), S. 358 f. (trotz der etwas missverständlichen – weil letztlich nur eine Verdeutschung des lateinischen Namens der von ihm abgelehnten *conditio-sine-qua-non*-Theorie darstellenden – Bezeichnung als „Lehre von der notwendigen Bedingung“); im Ergebnis anders *Frister* (Fn. 61), § 9 Rn. 7 f. Hiergegen aber *Puppe*, GA 2010, 551 (570); *dies.* (Fn. 5 – NK), Vor § 13 ff. Rn. 109 (126, „Illusion“); *dies.*, JR 1992, 30 (34 Fn. 24: „theoretisch falsch“ und „praktisch gefährlich“). Der Einwand derjenigen, die wegen des sog. Induktionsproblems auf Kausalgesetze verzichten wollen (*Haas* [Fn. 115], S. 175 f.), dürfte eher auf einer Überschätzung einer bloß philosophischen Sorge beruhen (ähnlich *Puppe*, GA 2010, 551 [563] u. ausf. *Sarrabayrouse* [Fn. 51], S. 261, 276).

¹¹⁹ Ähnl. wohl *Toepel* (Fn. 5), S. 58; *ders.*, JuS 1994, 1009 (1012); *ders.* (Fn. 61), S. 296 ff., 300 ff.; *Erb*, JuS 1994, 449 (451); *L. Schulz*, in: Lübke (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, S. 41 (S. 58 f.); *Schaal* (Fn. 11), S. 63 ff.; jüngst *Merkel* (Fn. 90), S. 160, mit einem Hinweis auf eine erforderliche Ergänzung des Naturgesetzes durch zahlreiche *ceteris-paribus*-Klauseln; und bereits *Androulakis* (Fn. 5), S. 86 f. Aus der Wissenschaftstheorie *Cartwright*, in: Klemke u.a. (Hrsg.), Introductory readings in the Philosophy of Science,

Rn. 8; zust. *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1146), anders später, s. u. (Fn. 112); *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 225; *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 314; *Kraatz* (Fn. 108), S. 340, 353; *Sofos* (Fn. 58), S. 160; sehr ähnlich *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (565 f.). Meine Verdeutlichung wird sich aus stilistischen Gründen auf die Begehungssituation konzentrieren, obwohl sie bei Unterlassung selbstverständlich unter einer duplex *negatio* gelesen werden sollte.

¹¹¹ Auseinandersetzung mit vielen Autoren unter Klärung einiger Missverständnisse bei *Puppe*, GA 2004, 129 (139).

¹¹² So *Kuhlen*, in: Roxin/Widmaier (Fn. 69), S. 647 (S. 669); ähnl. *Binns* (Fn. 108), S. 111 f.

¹¹³ Z.B. *Puppe* (Fn. 108), S. 238.

¹¹⁴ Etwa *Otto*, Jura 2001, 275 (276).

¹¹⁵ Zutr. *Jakobs* (Fn. 68), S. 421; *Frisch*, in: Dölling (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 51 (S. 57 ff.), *Hilgendorf* (Fn. 51), S. 36. Auch die Entscheidung, Kausalität und Zurechnung voneinander zu trennen, ist eine normative, die neuerdings von *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 185 ff., 280 ff., bestritten wird.

¹¹⁶ *Samson*, in: Rogall u.a. (Fn. 15), S. 259 (S. 266).

A hat B 400 Milligramm Strychnin injiziert, B stirbt. Aus Medizinbüchern kann man das einschlägige Kausalgesetz entnehmen: Die letale Dosis beträgt zwischen 50 und 300 Milligramm.¹²⁰ Die Subsumtion erfolgt reibungslos, As Verhalten ist die Ursache von Bs Tod. Was aber, wenn B wenige Sekunden nach Einnahme des Gifts überfahren und sein Hirn zerquetscht wird? Unstreitig ist die Giftinjektion in diesem Fall ein überholter Kausalverlauf bzw. eine unwirksame Ersatzursache. Dennoch ändert der Umstand, dass B überfahren wurde, an der Subsumtion unter das oben genannte Gesetz nichts. Damit die Kausalität nicht auch in diesem Fall fälschlicherweise bejaht wird, wird man das Kausalgesetz modifizieren, also mit weiteren notwendigen Bedingungen anreichern müssen. Hier käme etwa der Zusatz „nach x Minuten“ in Betracht. Es kann jedoch einen Einzelfall geben, in dem der Erfolg trotz der Erfüllung dieser weiteren Bedingung wegen des Dazwischentretens einer anderen Ursache eintritt, was eine weitere Ergänzung erforderlich machen wird – und so fort. Diese Schwierigkeit ist *Puppe* natürlich nicht unbemerkt geblieben. Sie verfährt deshalb so wie gerade beschrieben, oder um es in ihrer Terminologie ausdrücken, sie behauptet, Kausalgesetze seien „Nahwirkungsgesetze“: Man müsse sich fragen, „über welche zeitlich und örtlich benachbarten Ereignisse Ursache und Erfolg miteinander verknüpft sind“.¹²¹ Damit wird die Theorie aber fast redundant – eine „leicht unvollkommene Fallschilderung“, wie *Dencker* sagt.¹²² Die Subsumtion unter ein Kausalgesetz ist in diesen Fällen eine bloß scheinbare. Im Grunde muss man schon im Voraus wissen, was die Ursache war – sonst hätte man sich von vornherein für den überholten Kausalverlauf entschieden – und dieses Wissen erlangte man eigentlich durch eine nicht zugegebene Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Mit *Roxin* muss also die Möglichkeit gesetzesfreier kausaler Bedingungen anerkannt werden.¹²³

1998, S. 233 ff.; *Moore* (Fn. 6), S. 475 ff. Zur Klarstellung: im Text erfolgt keine Stellungnahme zur Frage, ob Kausalität in ihrer Tiefenstruktur auf Regularitäten oder Gesetze angewiesen ist, also zu der Ontologie der Kausalität. Es wird vielmehr bloß die epistemische These vertreten, nach der man nicht Regularitäten oder Gesetze braucht, um zu erkennen, ob zwischen zwei Ereignissen ein Kausalzusammenhang besteht – eine These, die auch von demjenigen akzeptiert werden kann, der die genannte ontologische These vertritt (prominentes Beispiel: *Davidson*, *Journal of Philosophy* 64 [1967], 691 ff. [701 f.]).

¹²⁰ Vgl. *Ludewig/Regenthal*, *Akute Vergiftungen und Arzneimittelüberdosierungen*, 10. Aufl. 2007, S. 560.

¹²¹ *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (888, Zitat 889); *dies.*, *ZStW* 95 (1983), 286 (310); *dies.*, *ZStW* 99 (1987), 595 (610).

¹²² *Dencker* (Fn. 5), S. 113. Krit. zu diesem Ausweg auch *L. Schulz* (Fn. 119), S. 59 Fn. 65 und *Toepel* (Fn. 61), S. 296 f., der zu Recht betont, die Berufung auf Nahwirkungsgesetze sei mit einem Modell der Subsumtion unter generelle Gesetze unvereinbar.

¹²³ *Roxin* (Fn. 56 – Achenbach FS), S. 416. *Roxin* entwickelt diesen Standpunkt aber allein am Problem der psychischen Kausalität.

Die zweite Erwägung gegen die Lösung der Lehre von der Mindestbedingung ist wissenschaftspragmatischer Natur. So elegant, wie diese Lehre ist, so schwierig ist sie auch.¹²⁴ Wohlgemerkt: die Schwierigkeit einer Lösung ist für sich allein genommen (noch) kein Einwand gegen sie. Gibt es aber leichtere Alternativen, die dieselbe Leistung erbringen können und zudem weitere Vorteile anbieten, dann wird man nicht mehr behaupten können, die Entscheidung gegen die schwierigere Theorie beruhe auf bloßer „Bequemlichkeit“.¹²⁵ Eine solche Alternative könnte die fahrlässige Mittäterschaft sein. Diese Figur würde das Problem der gegenseitigen Entlastung gleichfalls lösen, nämlich dadurch, dass eine gegenseitige Zurechnung ermöglicht wird. Sie hätte zudem den wichtigen Vorteil des Konservatismus: Denn der Kausalbegriff ist, wie gesagt (S. 679 f.), derart grundlegend, dass man sich erst bei äußerster Notwendigkeit dazu entschließen sollte, etwas an seinen Grundlagen zu ändern. Die von *Puppe*¹²⁶ befürchteten Folgewirkungen der Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft dürften bei einer Änderung des Kausalbegriffs um einiges zahlreicher sein. An der *conditio-sine-qua-non*-Formel sollte somit festgehalten werden, und dies nicht nur gegenüber der Lehre von der Mindestbedingung, sondern auch gegenüber der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung, die ebenso Kausalität als Subsumtion unter ein generelles Kausalgesetz versteht.¹²⁷

¹²⁴ Dies dürfte teilweise erklären, wieso sie in der Diskussion nicht gebührend behandelt wird.

¹²⁵ So aber *Puppe*, GA 2004, 129 (142).

¹²⁶ *Puppe*, GA 2004, 129 (146).

¹²⁷ Der verbreitete Einwand, die *conditio*-Formel beruhe auf einem Zirkel, weil man schon wissen müsse, ob Kausalität vorliegt, um zum Schluss zu kommen, dass der Erfolg nach dem Hinwegdenken eines Faktors wegfällt (etwa *Jescheck/Weigend* [Fn. 49], S. 281; *Jakobs* [Fn. 4], 7/9 ff.; zu Recht krit. *Merkel* [Fn. 90], S. 155 Fn. 11), ist aber nicht stichhaltig, denn keine Kausalitätsformel kommt im Einzelfall ohne empirische Daten aus. Aber auch hier erweist sich indes die *conditio*-Formel als überlegen gegenüber Formeln, die unter ein allgemeines Gesetz subsumieren: denn sie stellt klar, dass diese empirischen Daten meistens (wenn auch nicht immer, s. den Holzschutzmittel-Fall, BGHSt 41, 206) den konkreten Sachverhalt und nicht das allgemeine Gesetz betreffen. Die weitere Einwände von *Merkel* (Fn. 90), S. 157 ff., der Zusammenhänge anführt, die offensichtlich nicht kausal sind, die aber trotzdem als *conditiones sine quibus non* von bestimmten Ereignissen oder Tatsachen sind – etwa „wäre gestern nicht Freitag gewesen, dann wäre heute nicht Samstag“ – dürften zwar sein Zwischenfazit tragen, dass die *conditio-sine-qua-non* noch nicht als letztes Wort angesehen werden darf. Eine Preisgabe der Theorie wäre indes erst gerechtfertigt, wenn wir über eine andere Theorie verfügen würden, die in dieser Hinsicht besser verfährt, ohne diesen Vorzug mit anderweitigen Nachteilen zu erkaufen (insbesondere *Lakatos*, in: *Lakatos/Musgrave* [Hrsg.], *Criticism and the Growth of Knowledge*, 1970, S. 71 ff. [S. 116 ff.]). *Merkel* selbst betont, dass die im Strafrecht bekannte Alternative der Lehre von gesetzmäßigen Bedingung vor denselben Gegenbeispielen

Somit hängt das endgültige Urteil über die Lehre von der Mindestbedingung von der Frage ab, ob sich eine fahrlässige Mittäterschaft vertreten lässt. Das ist in Übereinstimmung mit einer im Vordringen befindlichen Literaturmeinung¹²⁸ zu bejahen. Die dogmatischen Einwände gegen die Figur sind von vornherein nicht stichhaltig. So kann die Behauptung, dass es bei der fahrlässigen Mittäterschaft an einem Tatentschluss bzw. Tatplan fehle,¹²⁹ der Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft nur dann entgegenstehen, wenn man annimmt, für diese Rechtsfigur müssten genau dieselben Mittäterschaftsvoraussetzungen wie beim Vorsatzdelikt gelten – eine erst noch zu begründende Annahme.¹³⁰ Puppes Einwand, die fahrlässige Mittäterschaft beinhalte einen Zirkelschluss, weil diese Figur Kausalität bereits voraussetze und diese deshalb nicht erst begründen könne,¹³¹ kann ebenso

kapituliert ([Fn. 90], S. 161 f.), und dass die Rückkehr zu einem Verständnis der Kausalität als *causa efficiens* mit anderen Schwierigkeiten ringen muss ([Fn. 90], S. 166).

¹²⁸ Dafür zusätzlich zu den u. zitierten noch: *Bloy*, GA 2000, 392 (395); *Feijoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, 2007, S. 233 ff.; *Frister* (Fn. 61) § 26 Rn. 4 ff.; *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 202 ff.; *Köhler* (Fn. 5), S. 540; *Kuhlen* (Fn. 112), S. 670; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (734 Fn. 160); *Renzikowski*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 423 (S. 439); *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242; (bei *Roxin* [Fn. 5], S. 974 f. wurde noch eine Lösung auf der Kausalitätsebene versucht); *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 216; vorsichtig bejahend *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563). *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 (903), hält die fahrlässige Mittäterschaft für „konstruktiv möglich“, aber nicht für mit der Tatherrschaftslehre vereinbar.

¹²⁹ Etwa *Bottke*, GA 2001, 463 (474); *Heine*, in: Schönkel/Schröder (Fn. 4), vor 25 Rn. 116; *Vassilaki*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2. Aufl. 2005, S. 499 (S. 503 f.); *Puppe*, ZIS 2007, 234 (241) mit einem anspruchsvolleren Begriff des Tatplans (236); auch *Gropp*, GA 2009, 265 (272 f.), der vor allem den Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB als Argument gegen eine fahrlässige Mittäterschaft bemüht. Differenzierend *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 (902 f.).

¹³⁰ *Otto*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 271 (S. 281); *Otto* (Fn. 4), § 9 Rn. 115; ebenso *Brammsen*, Jura 1991, 533 (537); *Weißer*, JZ 1998, 230 (232); *Gutiérrez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001, S. 213; *Knauer* (Fn. 51), S. 182 ff.; *Riedo/Chvojka*, SchwZStR 120 (2002), 152 (157 f.); *Renzikowski* (Fn. 128), S. 432; *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242; *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 217.

¹³¹ *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, GA 2004, 129 (131, 136 f.); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 ff. Rn. 122; auch *Samson*, StV 1991, 182 (184); *Hoyer*, GA 1996, 160 (173); *Sofos* (Fn. 58), S. 157; und *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 181 ff., der eine fahrlässige Mittäter-

wenig überzeugen. Sinn der Mittäterschaft ist es vielmehr, dass jeder nur seinen Tatbeitrag leisten und insofern für das gemeinsame Unternehmen kausal sein muss. Eine Kausalität des einzelnen Beitrags für den Erfolg ist dagegen nicht nötig,¹³² und zwar nicht nur bei der sogenannten additiven Mittäterschaft.¹³³ Ernst zu nehmen ist dagegen die Herausforderung, für die Figur eine rechtsethische Fundierung anzubieten.¹³⁴ Diese kann selbstverständlich nicht bloß darin liegen, dass es für uns nützlich ist, in diesen Fällen keine Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen, sondern man muss vielmehr einen Grund angeben können, der es gestattet, auch gegenüber demjenigen, dem fremde Beiträge zugerechnet werden, diese sehr einschneidende Rechtsfolge zu rechtfertigen. Einen solchen Grund gibt es in der Tat. Die gegenseitige Zurechnung ist nichts anderes als der Preis, den man für die durch Arbeitsteilung und Koordination gewonnene exponentielle Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten zahlen muss, also eine weitere Erscheinungsform des allgemeinen rechtlichen Grundsatzes, dass es – um eine Wendung von *Jakobs*¹³⁵ zu gebrauchen – ein Synallagma zwischen Handlungsfreiheit und Folgenverantwortung gibt.¹³⁶

schaft akzeptiert, an der Verursachung des Erfolgs durch jeden mittäterschaftlichen Beitrag aber dennoch festhält.

¹³² *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743; *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563); *Hoyer* (Fn. 79), S. 524 ff.; ausf. *Renzikowski* (Fn. 128), S. 426 ff.; *Häring* (Fn. 128), S. 140 ff., 277 ff.; *Jakobs*, in: Putzke u.a. (Fn. 5), S. 400 (S. 405) u. insbesondere *Knauer* (Fn. 51), S. 142 ff., 158 f., 168.

¹³³ So aber *Puppe*, GA 2004, 129 (131, 136: „Ausnahme“); *dies.*, ZIS 2007, 234 (240). Konsequenter indes *Becker* (Fn. 131), S. 167, der für Mittäterschaft Kausalität jedes einzelnen Beitrags verlangt und deshalb die additive Mittäterschaft ablehnt. Man denke ferner an Konstellationen der Mittäterschaft bei zweiaktigen Delikten, bei denen (z.B. im Falle eines Raubes) derjenige, der die Wegnahme begeht, nicht mehr für die von seinem Komplizen begangenen Drohungs- oder Gewaltakte kausal sein kann, näher *Renzikowski* (Fn. 128), S. 427 f.; hiergegen aber inzwischen die beachtliche Kritik von *Rotsch* (Fn. 72), S. 894.

¹³⁴ Diese Herausforderung insbesondere bei *Puppe*, GA 2004, 129 („jeder versagt für sich allein“), 132; ferner *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 25 Rn. 34.

¹³⁵ *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 21.

¹³⁶ Anders sehen *Dencker* (Fn. 5), S. 224 f.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 179 f., 188; *Knauer* (Fn. 51), S. 195 und *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002, S. 565, in der Gefahrerhöhung das Fundament der gegenseitigen Zurechnung. Dies ist nicht unrichtig, bleibt dennoch zu einseitig, weil nur dasjenige, das *wir* durch eine Bestrafung gewinnen, nämlich Schutz vor Gefahren, in das Blickfeld gerät. Das reicht für eine an den Täter adressierte Rechtfertigung noch nicht aus. Ähnliches lässt sich zu *Hoyers* Begründung, die gegenseitige Zusage der Mittäter senke die psychische Hemmschwelle zur Begehung rechtswidrigen Verhaltens herab, sagen (*Hoyer* [Fn. 79], S. 528). Der Gedanke der gegenseitigen Repräsentation, auf den sich *Ransiek*

Über die Kriterien einer fahrlässigen Mittäterschaft herrscht noch keine Einigkeit, denn die wissenschaftliche Durchdringung dieser Figur fängt gerade erst an.¹³⁷ Weil die Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten durch Arbeitsteilung als Ratio der Mittäterschaft erarbeitet wurde, wird man sicherlich Kenntnis dieser gemeinsamen Vorgehensweise bzw. dieser Arbeitsteilung verlangen müssen.¹³⁸ Ob man darüber hinaus eine gemeinsame Sorgfaltspflicht verlangen sollte,¹³⁹ soll hier offenbleiben. An sich spricht nichts gegen den Gedanken einer gemeinsamen Sorgfaltspflicht,¹⁴⁰ und eine solche gemeinsame Pflicht wäre in den vorliegenden Fällen auch gegeben. Einer Revision der Kausa-

(Fn. 73), S. 70, beruft, kann entgegen *Ransiek* nicht zu einer Zurechnung nicht gewollter Folgen führen. Konsequenter lehnt *Kindhäuser*, der Hauptvertreter dieser Begründung der Mittäterschaft, in: Bohnert [Hrsg.], *Verfassung – Philosophie – Kirche* Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 [S. 645], eine fahrlässige Mittäterschaft ab (vgl. *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2009, § 38 Rn. 55 Fn. 64, wenn auch ohne ausdrückliche Begründung). Ähnlich wie hier *Sánchez Lázaro*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 58 (2005), 421 (452).

¹³⁷ Ähnliche Beurteilung bei *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 242.

¹³⁸ Ebenso: *Weißer* (Fn. 88), S. 147, 156; *dies.*, JZ 1998, 230 (236); *Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 288; *ders.* (Fn. 128), S. 429 ff.; *Küpper*, GA 1998, 519 (527); *Kamm* (Fn. 136), S. 196 ff.; *Gutiérrez* (Fn. 130), S. 214 f.; *Luzón/Díaz y García*, in: *Schünemann u.a.* (Fn. 23), S. 575 (S. 605); *Rodríguez Montañés* (Fn. 91), S. 326; *Roso Cañadillas* (Fn. 136), S. 580 ff.; *Ransiek* (Fn. 73), S. 70; *Riedo/Chvojka*, *SchwZStR* 120 (2002), 152 (161); *Schünemann* (Fn. 105), § 25 Rn. 217; *Fischer* (Fn. 4), § 25 Rn. 26, die überwiegend von einem „gemeinsamen Handlungsprojekt“ sprechen. Ähnlich will *Kuhlen* (Fn. 112), S. 670, Mittäterschaft auf Fälle bewusster Fahrlässigkeit beschränken. *Schlehofer*, in: *Putzke u.a.* (Fn. 5), S. 355 (S. 368) verlangt eine Verabredung i.S.v. § 30 Abs. 2 StGB. Für eine rein objektive Bestimmung dagegen *Lesch*, *ZStW* 105 (1993), 271 (278 ff.); *ders.*, GA 1994, 112 (121 Fn. 33); *Jakobs*, GA 1996, 253 (264 f.); *ders.*, in: *Putzke u.a.* (Fn. 5), S. 395 (S. 397 f., 400 ff.); *ders.*, in: *Paeffgen* (Fn. 61), S. 547 (S. 561 Fn. 65); *Knauer* (Fn. 51), S. 192 ff., 198 ff.; v. *Weezel* (Fn. 86), S. 67 f., 94 ff., 204 ff.; wohl auch *Otto* (Fn. 130), S. 283 ff.; *ders.* (Fn. 4), § 21 Rn. 119 ff. („rein normative Begründung“), *Dencker* (Fn. 5), S. 157 ff., dessen „Gesamtatprojekt“ als objektives Tatbestandsmerkmal konzipiert wird (150, 152) und *Lampe*, *ZStW* 106 (1994), 683 (693).

¹³⁹ So *Weißer* (Fn. 88), S. 147, 156 (anscheinend anders *dies.*, JZ 1998, 230 [236]); *Kamm* (Fn. 136), S. 188 ff., 202; wohl auch *Otto* (Fn. 130), S. 282 f.; *ders.* (Fn. 4) § 21 Rn. 114, 119 ff.

¹⁴⁰ Anders *Puppe*, GA 2004, 129 (135); *Duttge*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), § 15 Rn. 211: Die Sorgfaltspflicht trifft jedes einzelne Subjekt für sich. Das bleibt indes unbegründet. Eingehend auch insoweit jetzt *Rotsch* (Fn. 72), S. 887 ff.

litätslehre i.S.d. Lehre von der Mindestbedingung bedarf es also nicht.

d) Zu den Fällen gleichzeitigen Unterlassens kann abschließend gesagt werden, dass man sich bei Vorsatz und Fahrlässigkeit der eine gegenseitige Zurechnung ermöglichenden Mittäterschaft bedienen sollte. Lösungen auf der Kausalitätsebene überzeugen insgesamt nicht: Weder kann man mit dem BGH von einer kumulativen Kausalität der einzelnen Unterlassungen sprechen noch bietet die Lehre von der INUS- oder Mindestbedingung einen vorzugswürdigen Weg, da sie – wie schon die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung – bei der Fallgruppe der überholenden Kausalität in Verlegenheit kommt. Vielmehr ist die Figur der Mittäterschaft sowohl bei vorsätzlichen als auch bei fahrlässigen Unterlassungen heranzuziehen. Das ist beim Fahrlässigkeitsdelikt entgegen der herkömmlichen Ansicht insbesondere deshalb rechtens, weil die in der gegenseitigen Zurechnung verkörperte erhöhte Inanspruchnahme jedes Einzeltäters nichts anderes als die Kehrseite der erhöhten Handlungsmöglichkeiten darstellt, die ihm durch das Zusammenwirken mit anderen eröffnet werden.

2. Die jüngste Diskussion: Aufeinanderfolgende Unterlassungen¹⁴¹

An letzter Stelle wende ich mich der in der Eissporthallen-Entscheidung präsentierten Konstellation zu, in der die Unterlassenden nicht gleichzeitig, sondern nacheinander tätig werden müssten. Der BGH behauptet, die fehlende „handnahe“ Begutachtung des Zustandes einer staatlichen Sporthalle begründe nur dann eine Zurechnung, wenn angenommen werden kann, dass die Behörden die dann angesagten Maßnahmen vorgenommen hätten, so dass die Todeserfolge vermieden worden wären.¹⁴² Ob dies der Fall war, sei weiter durch die Kammer zu klären, die insbesondere zu berücksichtigen habe, ob sich nicht aus dieser Untersuchung Hinweise auf konkrete Gefahren ergeben hätten, die die Behörden als „Alarmsignale“ zum Handeln veranlasst haben müssten. Die in den Lederspray- und Politbüro-Entscheidungen vertretene Lösung durch die Figur der Mittäterschaft oder der kumulativen Kausalität könne im vorliegenden Zusammenhang nicht herangezogen werden, denn es gehe jetzt um eine andere, nicht vergleichbare Situation.¹⁴³ Ob der BGH etwas Neues sagt oder auf den Schienen seiner herkömmlichen Rechtsprechung bleibt, erscheint etwas unklar. So hatte er früher entschieden, dass die fehlende Unterrichtung eines anderen Arztes von dem Vorhandensein eines eine Notoperation erfordernden Abszesses nur zur Erfolgszurechnung führe, wenn dieser zweite Arzt die notwendigen Maßnahmen ergriffen

¹⁴¹ *Ranft*, JZ 1987, 859 (863) spricht vom „gestuften‘ Unterlassen mehrerer Garanten“, *Kahlo*, GA 1987, 66 (68) von einem „drittvermittelten Rettungsgeschehen“.

¹⁴² BGH NJW 2010, 1087 (1091 Rn. 68). Ausführlich zum Sachverhalt und zum Urteil des LG *Stübinger*, ZIS 2010, 603 ff. Zusammenfassung der wichtigsten Entscheidungen bei *Roxin* (Fn. 56 – FS Achenbach), S. 423 ff.

¹⁴³ BGH NJW 2010, 1087 (1091 Rn. 65).

hätte.¹⁴⁴ In einer späteren Entscheidung, bei der eine stellvertretende Leiterin eines Bluttransfusionszentrums es unterlassen hatte, den Leiter des Instituts auf vorhandene Missstände im Verfahren des sogenannten „Abquetschens“ von Blutkonserven hinzuweisen, so dass es zu Todes- und Körperverletzungserfolgen kam, hieß es, es sei unklar, ob der Leiter dieses seit 20 Jahren übliche Verfahren verboten hätte, zumal eine angespannte Haushaltslage bestand.¹⁴⁵ Die zurechnungserleichternden Figuren der Lederspray-Entscheidung könnten nicht herangezogen werden, denn dort sei es um eine gemeinsame und gleichstufige Verantwortung mehrerer gegangen, während hier die Leiterin allein unterlassen habe.¹⁴⁶ Und bei einem Mitarbeiter einer Kfz-Werkstatt, der die defekten Bremsen eines später in einen tödlichen Unfall verwickelten LKW nur teilweise erkennen konnte, da er eine gebotene Untersuchung – „einfache Sichtkontrolle“ – unterließ, und deshalb den Firmenleiter nur teilweise von den Gefahren unterrichten konnte, wobei sich dieser dazu entschloss, den LKW nicht stillzulegen, entschied der BGH, dass die Kausalität der Unterlassung für die Umstimmung des Leiters nicht hinreichend erwiesen sei.¹⁴⁷ Insofern scheint die jüngste Entscheidung in der Tat eine kleine Neuerung zu enthalten, nämlich den Hinweis auf Alarmsignale, der praktisch eine Erleichterung des Beweises der Vermeidbarkeit des Erfolgs bewirken dürfte.

Dem BGH ist darin Recht zu geben, dass sich die vorliegende Konstellation in normativ relevanter Weise von derjenigen unterscheidet, in der mehrere gleichzeitig unterlassen.¹⁴⁸ War bei gleichzeitigen Unterlassungen problematisch, wie man zur Verantwortung aller kommen kann, ist im vorliegenden Zusammenhang nur die Verantwortlichkeit des Erstunterlassenden in besonderer Weise problematisch. Der spätere Unterlassende wird (wenn überhaupt, hierzu gleich mehr) nach den allgemeinen für den alleinunterlassenden Täter o. II. 2. entwickelten Maßstäben zu behandeln sein. Und während es bei gleichzeitigen Unterlassungen immer um mehrere wirkliche Pflichtverletzungen geht, verhält es sich hier häufig so, dass der spätere „Unterlassende“ an sich nicht einmal die Gelegenheit hat, zu unterlassen, denn seine Handlungspflicht wäre erst dann entstanden, wenn der Erstunterlassende seine eigene Handlungspflicht erfüllt hätte. Insbesondere dieser zweite Umstand macht es unmöglich, die Figur der Mittäterschaft in allen Fällen heranzuziehen: Denn eine Mittäterschaft mit jemandem, dessen Tatbeitrag ein bloß hypothetischer ist, lässt sich nicht begründen. Ein letzter Unterschied betrifft die Gewissheit über die angemessene Rechtsfolge. War es in den Fällen gleichzeitigen Unterlassens intuitiv klar, dass es „nicht rechtens sein kann“, dass sich alle entlasten, ist – aus welchen Gründen auch immer – eine vergleichbar starke Intuition wohl nicht mehr vorhanden. Die

Rechtsfolge muss vielmehr „blind“ dogmatisch gewonnen werden.

Die Lösung des BGH besteht darin, seine schon für den Alleinunterlassenden entwickelte Lösung – nämlich die Vermeidbarkeitstheorie – auch in Fällen aufeinanderfolgender Unterlassungen anzuwenden. Hat man diese Lösung bereits oben zugunsten der Risikoverminderungslehre abgelehnt, dann muss man schon von vornherein den jetzigen Argumenten des BGH kritisch gegenüberstehen. Fraglich ist dennoch, ob man sich hier allein auf die Risikoverminderungslehre stützen sollte, oder ob man zusätzliche Überlegungen heranziehen sollte. *Stübinger*, *Roxin* und am ausführlichsten *Puppe* haben hierzu Vorschläge unterbreitet.

Stübinger will die alte Regressverbotslehre wieder aufgreifen und meint, vollverantwortliches Verhalten – wozu auch fahrlässiges Verhalten gehören soll – lasse nur ausnahmsweise zu, dass man nach dessen Vorbedingungen frage.¹⁴⁹ Wenn ich seine Gedanken richtig verstehe, will er eine solche Ausnahme für die Konstellation postulieren, in der der erste Rettungspflichtige dem zweiten eine Information vorenthält, die letzterem unbekannt ist.¹⁵⁰ Bezogen auf den Eis-sporthallen-Fall heiße das, dass der Erfolg nicht dem Sachverständigen zugerechnet werden kann, denn der unsichere Zustand der Halle bzw. der Bedarf nach weiteren Untersuchungen seien der Stadt hinreichend bekannt gewesen.¹⁵¹ Eine Stellungnahme zur Regressverbotslehre kann man im vorliegenden Zusammenhang nicht erwarten.¹⁵² Es sei nur angemerkt, dass die These, grundsätzlich hafte allein der letzte (mindestens) fahrlässig Handelnde, es der Rechtsordnung eigentlich untersagt, die Unversehrtheit bestimmter Rechtsgüter durch ein koordiniertes, an unterschiedliche Adressaten gerichtetes Normengeflecht zu garantieren.¹⁵³ Dafür, dass die Rechtsordnung sich in der Form zurückhält, liefert der Hinweis auf den Regressverbotsgedanken eine wohl zu schwache Begründung. Dies wird in einer ausdifferenzierten und im höchsten Maße arbeitsteiligen Gesellschaft, in der Gefahren nicht mehr von einem einzelnen Normadressaten ausgehen – und die deshalb zunehmend sogar das Bedürfnis nach einer Mittäterschaftszurechnung im Fahrlässigkeitsbereich spürt¹⁵⁴ – erst Recht augenfällig.

¹⁴⁹ *Stübinger*, ZIS 2011, 612 ff., 614.

¹⁵⁰ *Stübinger*, ZIS 2011, 615.

¹⁵¹ *Stübinger*, ZIS 2011, 615.

¹⁵² Vgl. *Puppe* (Fn. 5 – NK), vor §§ 13 ff. Rn. 163; dies sei nichts anderes als eine Aufstellung der zweifelhaften Regel „den Letzten beißen die Hunde“ (Rn. 181).

¹⁵³ Meine Skepsis zur Lehre habe ich bereits früher geäußert, *Greco*, Um panorama da teoria da imputação objetiva, 2. Aufl. 2007, S. 76 f.

¹⁵⁴ Vgl. bereits oben Fn. 130 ff. Denn in einer bestimmten Hinsicht ist die durch jede Mittäterschaft begründete gegenseitige Zurechnung gerade das Gegenteil eines Regressverbots, wenn dieses so verstanden wird, dass jedem vollverantwortlichen Täter nur eigene Taten und niemals Taten anderer vollverantwortlichen Täter zugerechnet werden dürfen, vgl. *Greco*, ZIS 2011, 9 (10 f.).

¹⁴⁴ BGH NSTz 1986, 217; zust. *Ranft*, JZ 1987, 859 (864).

¹⁴⁵ BGH NJW 2000, 2754 (2757); zust. *Weigend* (Fn. 4), § 13 Rn. 72 Fn. 236; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 61.

¹⁴⁶ BGH NJW 2000, 2754 (2757).

¹⁴⁷ BGHSt 52, 159 (164 f.).

¹⁴⁸ Dagegen, aber ohne Begründung *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62.

Roxins Gedankengang ist, wie er selbst sagt, ein „einfacher“.¹⁵⁵ Die erste Untätigkeit sei eine Bedingung der zweiten, womit sich ergebe, dass „die Bedingung einer Bedingung – also die Unterlassung einer Einschaltung des rettenden Dritten – [...] selbst eine Bedingung des Erfolges und damit kausal“ sei. Es müsse aber verlangt werden, dass der Zweittäter durch sein Handeln den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte abwenden können. Auf den zu erwartenden Einwand, es sei unsicher, ob der Zweittäter gehandelt hätte, wenn der Ersttäter seine Pflicht erfüllt hätte, repliziert *Roxin*, dies sei ein hypothetischer Kausalverlauf, „auf den es angesichts des realen Geschehens nicht ankommt“. Gerade diese Replik erscheint mir etwas unbefriedigend. Denn sobald man nach der Kausalität einer Unterlassung fragt, hat man mit hypothetischen Kausalverläufen zu tun. Es geht dann nämlich darum, ob die (hypothetische) Vornahme der gebotenen Handlung den Erfolgseintritt verhindert bzw. dessen Risiko verringert hätte. Also ist nicht nur die Entscheidung des Zweittäters, untätig zu bleiben, eine hypothetische; auch seine Entscheidung zu handeln bleibt eine bloße Möglichkeit. Mit anderen Worten: Einen realen Kausalverlauf, von dem man bloß Hypothetisches unterscheiden könnte, gibt es im vorliegenden Zusammenhang wohl nicht.¹⁵⁶

Wie schon oben dargestellt wurde, meint *Puppe*, dass man es bei menschlichen Entscheidungen mit einem indeterminierten Ausschnitt der Wirklichkeit zu tun hat, für den deshalb nichts anderes übrig bleibt, als nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen, m.a.W., anhand der Risikoerhöhungs- bzw. -verminderungslehre zuzurechnen.¹⁵⁷ Im vorliegenden Zusammenhang führt sie eine Zusatzannahme ein. Weil niemand den Einwand, ein anderer habe sich auch rechtswidrig verhalten, zu seiner Entlastung gebrauchen darf, ist das rechtmäßige Verhalten des anderen zu unterstellen.¹⁵⁸ Dieser

Grundsatz muss erst recht dann gelten, wenn die Pflichtverletzung des anderen eine bloß hypothetische oder irreal ist, denn eine Entlastung mit dem Hinweis auf eine irrealer Pflichtverletzung eines anderen erscheint besonders abwegig.¹⁵⁹ Es ist deshalb anzunehmen, dass die Behörde im Eis-sporthallen-Fall, der zweite Arzt im Abszess-Fall und die Leiter des Bluttransfusionszentrums und der LKW-Firma ihren Pflichten nachgekommen wären, und somit lässt sich die Kausalität der Unterlassung des Ersttäters ohne weiteres bejahen.

Zweifelhaft erscheint aber, ob es zulässig ist, mit einer derart offenen Fiktion zu arbeiten.¹⁶⁰ Die Behauptung, dies sei bei der Begehung genauso, denn auch dort könne das hypothetische rechtswidrige Verhalten eines anderen nicht entlasten,¹⁶¹ greift nicht, denn dort steht die Kausalität des Täterverhaltens für den Erfolg bereits fest. Hier wird dagegen versucht, ein zwar nicht hypothetisch rechtswidriges, aber dennoch ein hypothetisches Verhalten eines anderen zu postulieren, um das erwünschte Ergebnis des Kausalzusammenhangs zu erreichen. Die angebliche Indeterminiertheit menschlichen Verhaltens ist bereits wegen der oben (S. 677) erwähnten Einwände keine tragfähige Begründung für die Fiktion.¹⁶² Auch das Argument, diese Unterstellung sei „um der Effektivität der Normen willen“ geboten,¹⁶³ ist ein unzureichendes Passepartout.¹⁶⁴ Dass die Unterstellung besonders fragwürdig sein kann, wird deutlich, wenn man sich Fälle vorstellt, in denen von Anfang an feststeht, dass der Zweitunterlassende seine Pflicht nicht erfüllen wird, aber niemand davon weiß.¹⁶⁵ So meint *Puppe*, im Politbüro-Fall liege die Kausalität darin, dass jedes Mitglied es unterlassen habe, die

andererseits]; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62 (trotz inkonsequenter Ausnahme für den Fall, in welchem schon feststeht, dass der Dritte untätig geblieben wäre); *Jakobs* (Fn. 68), S. 423 (bzgl. des künftigen Verhaltens anderer, bei Unterlassungen eigentlich Anwendung der Risikoerhöhungslehre, S. 431 f.); *Köbel*, JuS 2006, 309 (310) Fn. 10; in diesem Sinne auch *Köhler* (Fn. 5), S. 229; *Bloy* (Fn. 51), S. 55 f.

¹⁵⁹ *Puppe*, JR 2010, 355 (357); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 15; *Altenhain*, NSStZ 2001, 188.

¹⁶⁰ Zeitweilig auch *Dencker* (Fn. 5), S. 171; strikt abl. *Gimbernat*, Anuario de derecho penal y ciencias penales 2000, 29 (59); *Schaal* (Fn. 11), S. 123 f.

¹⁶¹ So *Bosch*, JA 2008, 739; *ders.* (Fn. 158), S. 389; *Jakobs* (Fn. 68), S. 431; *Stree/Bosch* (Fn. 4), § 13 Rn. 62.

¹⁶² Ausf. Kritik bei *Schaal* (Fn. 11), S. 129 ff.

¹⁶³ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (907 Zitat); jüngst *dies.*, GA 2010, 551 (568).

¹⁶⁴ Insoweit krit. *Bosch* (Fn. 158), S. 380.

¹⁶⁵ Diesen letzten Zusatz füge ich ein, damit man nicht bei der (zwar zutreffenden) Behauptung, dass schon die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens entfalle, wenn feststeht, dass der andere sich rechtswidrig verhalten habe (so *Puppe*, GA 2004, 129 [144]; *dies.* [Fn. 5 – AT], § 30 Rn. 9, 17), Zuflucht nehmen kann. Denn man muss ex ante von der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Täters auszugehen; und diese Pflichtwidrigkeit wird sich auch im Erfolg verwirklichen, wenn man das rechtmäßige Verhalten des Zweittäters unterstellen muss.

¹⁵⁵ *Roxin* (Fn. 56 – FS Achenbach), S. 431.

¹⁵⁶ Man könnte ferner erwägen, die Zurechnung des Erfolgs zum Ersttäter gerade darin zu begründen, dass der Ersttäter in vielen Fällen durch sein Unterlassen verhindert, dass die Handlungspflicht des Zweittäters überhaupt entsteht und somit dem Rechtsgut seinen letzten rechtlich garantierten Schutzwall entzieht (zu diesem Gedanken in einem anderen Zusammenhang grundlegend *Puppe*, in: *Hettinger u.a.* [Fn. 11], S. 443 ff.). Weil Kausalität aber nicht allein darin bestehen kann, dass man die rechtliche Garantie der Rettung des Gutes vereitelt, sondern voraussetzt, dass man faktisch die Lage des Gutes verschlechtert, denke ich, dass dies kein gangbarer Weg wäre.

¹⁵⁷ Zuletzt *Puppe*, JR 2010, 355; s. auch o. Fn. 24.

¹⁵⁸ *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 15 ff., § 2 Rn. 38 f. (40 f.); *dies.*, GA 2010, 551 (568); *dies.*, JR 2010, 357; *dies.*, ZJS 2008, 600 (601); *dies.* (Fn. 5 – NK), vor § 13 Rn. 134; *dies.*, (Fn. 23), S. 298; *dies.*, JR 1992, 30 (31); *dies.*, ZStW 92 (1980), 863 (907); *Sofos* (Fn. 58), S. 245 ff.: „Annahme kontraktfaktischer Normkonformität“; ebenso *Altenhain*, NSStZ 2001, 188; *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 106 f.; *ders.*, JA 2008, 739 (mir unklar aber *ders.*, in: *Paeffgen* [Fn. 61], S. 373 [S. 382 f. einerseits, 388 f.

Aufhebung des Schießbefehls zu beantragen – denn dass die weiteren Mitglieder für diese Aufhebung gestimmt hätten, sei zu unterstellen.¹⁶⁶

Der Gedanke hat jedoch einen richtigen Kern, den es auszuarbeiten gilt, indem man seine fiktiven Dimensionen ausscheidet. Dieser Kern dürfte darin bestehen, dass die Annahme, die anderen würden sich rechtmäßig verhalten, häufig nicht einmal unterstellt zu werden braucht. Denn das Recht ist in einem rechtlichen Zustand – als Gegensatz zu einem rechtlosen Naturzustand – ein wirklicher Orientierungsfaktor, der in der Tat überwiegend befolgt wird. Erst beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte muss man an der Bereitschaft eines anderen, sich dem Recht gemäß zu verhalten, zweifeln. Mit anderen Worten: Das rechtmäßige Verhalten des Dritten ist nicht fiktiv zu unterstellen, sondern darf als Erfahrungsregel für den Beweis der Kausalität der Unterlassung (für den Erfolg in seiner konkreten, d.h. durch Ort- und Zeitangaben präzisierten Gestalt) und der ex post Risikominderung durch die gebotene Handlung benutzt werden.¹⁶⁷ Es wäre nur noch zu konkretisieren, wie diese Anhaltspunkte, die die Erfahrungsregel widerlegen können, genauer beschaffen sein müssten. Dies wird wohl eine Frage des Einzelfalls sein, aber vielleicht lässt sich die reiche Kasuistik zu den Ausnahmen vom Vertrauensgrundsatz heranziehen,^{168, 169} freilich mit dem Vorbehalt, dass im vorliegenden Zusammenhang eine Beurteilung aus der ex post-Perspektive erfolgen soll, da man es mit dem Erfolgswert zu tun hat. Sind derartige Anhaltspunkte aber gegeben, dann müssen beide, Kausalität und Risikominderung, Gegenstand einer umfassenden Beweiserhebung werden und dürfen nicht einfach als gegeben unterstellt werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass auch im Falle aufeinanderfolgender Unterlassungen – in dem die Zweitunterlassung häufig nur eine hypothetische bleibt – der Ver-

meidbarkeitstheorie nicht zu folgen ist, sondern vielmehr einer Risikoverminderungslehre, die dafür sorgt, die Kausalitätslehre nicht zu ersetzen, sondern bloß zu limitieren. Man darf aber beim Beweis der Kausalität und der Risikoverminderung zunächst davon ausgehen, dass die anderen sich rechtmäßig verhalten hätten, es sei denn, besondere Anhaltspunkte lassen daran zweifeln. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wären die Täter in den vier obigen Fällen wegen fahrlässiger Tötung bzw. Körperverletzung zu verurteilen. Im Eissporthallen-Fall darf man gemäß obiger Erfahrungsregel annehmen, die Behörde wäre bei Bekanntgabe einer konkreten Lebensgefahr nicht einfach untätig geblieben. Hätte sie gehandelt, entweder durch Vornahme der fälligen Reparaturen oder durch Schließung der Halle, wären die Erfolge an dem konkreten Ort und zur konkreten Zeit vermieden worden, so dass die Unterlassung des Täters sowohl kausal als auch risikoerhöhend war. Die bisherige Untätigkeit der Behörde widerlegt die Erfahrungsregel noch nicht, denn mit einer konkreten Lebensgefahr war sie bisher noch nicht konfrontiert worden. Insofern hat der BGH das Potenzial des von ihm eingeführten Schlagworts eines „Alarmsignals“ erheblich unterschätzt. Es darf ebenso grundsätzlich angenommen werden, dass der Zweitarzt die Zweitoperation vorgenommen hätte und dass der Leiter des Bluttransfusionszentrums die dort bestehenden hygienischen Missstände behoben hätte. Allein die Erwähnung von Haushaltserwägungen ist noch kein Grund, um anzunehmen, dass der Leiter diesen den Vorzug vor dem Leben und der Gesundheit der Patienten eingeräumt hätte. Ebenso wenig konnte der Leiter der Kfz-Firma die Gefahren voll überblicken. Es ist nicht anzunehmen, dass er den umfangreichen Personen- und Sachschaden leichtsinnig in Kauf genommen hätte, so dass auch hier die Erfolgszurechnung zu bejahen wäre.

IV. Gesamtfazit

Erfolge sind einem Unterlassenden schon dann objektiv zuzurechnen, wenn die Vornahme der gebotenen Handlung das Risiko ihres Eintritts verringert hätte. Denn bereits in einem solchen Fall ist der ratio des Erfolgswerts – nämlich augenfällig zu dokumentieren, dass die Rechtsordnung darin Recht hatte, ein bestimmtes Verhalten zu untersagen – genüge getan. Definiert man die konkrete Gestalt eines Erfolgs ausschließlich durch eine Bezugnahme auf Raum- und Zeitangaben, wird es möglich, eine Risikoverringerungslehre zu konzipieren, die nicht mehr die Kausalität ersetzt, sondern zu ihr als weitere strafbarkeitseinschränkende Voraussetzung hinzukommt.

Unterlassen mehrere Garanten gleichzeitig, so kommt sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit in der Regel Mittäterschaft in Betracht. Auch im Fahrlässigkeitsbereich lässt sich eine Mittäterschaft begründen, nämlich als Preis, den man für die durch das Zusammenwirken mit anderen erreichte Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten zahlen muss.

Bei aufeinanderfolgenden Unterlassungen kann man bei der Zurechnung des Erfolgs zu dem Ersttäter davon ausgehen, dass der Garant, der an späterer Stelle handeln soll, seiner Pflicht nachkommen wird, es sei denn, Anhaltspunkte lassen an dieser auf einer Erfahrungsregel beruhenden Prognose zweifeln.

¹⁶⁶ Puppe, GA 2004, 129 (144); *dies.* (Fn. 5 – AT), § 30 Rn. 11. Für ein weiteres intuitives Beispiel *Schaal* (Fn. 11), S. 132.

¹⁶⁷ Zu dem Begriff der Erfahrungsregel ausf. *Sommer*, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 585; *Meurer*, in: *Zaczyk u.a.* (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 483 (S. 493); *Sousa Mendes*, in: *Costa Andrade u.a.* (Hrsg.), *Estudos em homenagem a Figueiredo Dias*, Bd. III, 2010, S. 997.

¹⁶⁸ Die Nähe dieser Überlegungen zum Vertrauensgrundsatz stellen auch *Jakobs* (Fn. 68), S. 423; *Dencker* (Fn. 5), S. 70; *Bloy* (Fn. 51), S. 57 Fn. 101 fest; dagegen *Puppe* (Fn. 23), S. 298.

¹⁶⁹ Hierzu m.w.N. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 15 Rn. 150, 213 ff. Von diesen Ausnahmen darf aber eine – für sich selbst fragwürdige, vgl. *Roxin* (Rn. 10), § 24 Rn. 24 – nicht herangezogen werden, nämlich dass man sich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen darf, wenn man sich selbst rechtswidrig verhalten hat (BGHSt 9, 92 [93]; 13, 169 [172]). Dies würde nämlich dazu führen, dass von der Erfahrungsregel nichts mehr übrig bliebe, denn im vorliegenden Zusammenhang hat man immer mit jemandem zu tun, der sich rechtswidrig verhalten hat.