

# Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe im Strafrecht?

von Marcelo A. Sancinetti\*

*Vorbemerkung:* Der vorliegende Text ist ein Forschungsplan, der in seiner von Thomas Kliegel (Düsseldorf) ins Deutsche übertragenen Version Anfang 2007 durch den Autor der Alexander-von-Humboldt-Stiftung vorgelegt wurde, um eine Arbeit über hypothetische Kausalverläufe am - von Prof. Dr. *Wolfgang Frisch* geleiteten - Institut für Strafrecht und Rechtslehre der Universität Freiburg zu verwirklichen. Diese gewährte daraufhin ein dreimonatiges „Wiederaufnahmestipendium“. Die Veröffentlichung soll einen Weg für den wissenschaftlichen, insbesondere strafrechtsinteressierten Nachwuchs aufzeigen, der vor der Aufgabe steht, Arbeitspläne zu entwickeln, deren Präsentation für den Erhalt von Forschungsstipendien erforderlich ist. Die aus diesem Plan schließlich hervorgegangene Arbeit („Hypothetische Kausalverläufe und Differenztheorie“), die die hier angedeuteten Ideen weiter entfaltet, wird in der von einer Gruppe von Freunden und Schülern aus Buenos Aires erstellten Festschrift für Prof. Dr. *Eberhard Struensee* veröffentlicht werden. Die Untersuchung widmet sich inhaltlich der genannten Problematik auch aus Sicht des Zivilrechts.

## I. Themenstellung

Die Untersuchung soll sich mit einer der „klassischen“ Fragen der Zurechnungslehre befassen, und zwar, ob die Verantwortlichkeit für eine Handlung, die den Erfolg eines gesetzlichen Straftatbestandes verursacht (z. B. den Tod eines Menschen), dadurch vollkommen *ausgeschlossen* oder zumindest *verringert* sein kann, dass im Moment der Vornahme der Handlung bereits ein Kausalverlauf angelegt war, der den gleichen Erfolg verursacht hätte, wenn nicht die Handlung des Täters gewesen wäre, die durch die Herbeiführung des Erfolges den ersten Kausalverlauf gleichsam aufhob. Dieser blieb somit eine bloße Hypothese, ein hypothetischer Verlauf, der nach sachverständiger Prognose den gleichen Erfolg mit einer ex ante gleichen oder größeren Erfolgswahrscheinlichkeit verursacht hätte, bzw. ihn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verursachen können wie derjenige, der tatsächlich zum Erfolg führte.

An einem Beispiel veranschaulicht: Anstelle des Medikaments, das A seinem Onkel jeden Morgen verabreichen muss, legt er am Tag eine äußerlich und geschmacklich dem tatsächlich einzunehmenden Medikament ähnliche Tablette neben dessen Wasserglas, die allerdings in Wahrheit vergiftet ist. Wenig später nähert sich der Neffe B seinem Onkel und teilt ihm mit, er habe den begründeten Verdacht, dass die von A an diesen

---

\* Professor für Strafrecht an der Universität Buenos Aires. (Deutsche Fassung von Thomas Kliegel [Düsseldorf]).

Morgen bereit gelegte Tablette vergiftet sei und es deshalb empfehlenswert sei, eine andere Tablette direkt dem Behältnis zu entnehmen. Dieses hatte *B* jedoch zuvor mit Tabletten gefüllt, die die gleiche toxische Zusammensetzung aufwiesen wie die des *A*. Der Onkel folgt dem Rat des *B* und stirbt wenige Minuten später an der durch die Tablette (des *B*) verursachten Vergiftung. Die Frage – sie wird üblicherweise in Lehrbüchern im Zusammenhang mit diesem Problemkreis dargestellt –, ob *B* *bekannt* war, dass die Tablette des *A* vergiftet war, oder ob er in *Unkenntnis* dieser Tatsache handelte, soll an dieser Stelle keine Rolle spielen. Es ist also zunächst anhand der *objektiven* Zurechnung zu untersuchen, ob der Tod des Onkels überhaupt *B* angelastet werden kann, da der von ihm herbeigeführte Kausalverlauf einen anderen verdrängt hat, der *ex ante* die gleiche Wahrscheinlichkeit besaß, den tatbestandsmäßigen Erfolg zu verursachen, wie der tatsächlich eingetretene Verlauf (überholende Kausalität).

Damit ist nur der *Kern* der Problematik dargestellt, die in Wahrheit viele verschiedene Aspekte aufweist. So könnte der Täter z.B. den Erfolg, zusammen mit einer bereits vorher existenten Bedingung mit verursachen, also die Bedingung *nicht aufzuheben*, sondern *sie zu ergänzen*. Die Fragestellung ließe sich dadurch leicht abwandeln, nämlich wie verhielte es sich, wenn – das o.a. Beispiel aufgreifend – die Handlung des *B* den Erfolg herbeiführte, aber dieser auch weiterhin durch die vorherige Handlung des *A* verursacht wäre, bspw. weil der Onkel aus Zerstretheit die Tablette von *A* zusammen mit der von *B* eingenommen hätte, ohne es zu bemerken. Abwandlungen von diesen zwei Fallbeispielen und viele weitere Beispiele, die ähnliche Probleme im Rahmen dessen aufwerfen, was als „Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht“ bezeichnet wird, sind äußerst unterschiedlich, was sogar die Lehre von der Teilnahme, insb. Fälle der Beihilfe, beeinflusst. Ein Beispiel: *C* gibt *A* seinen Baseballschläger, damit dieser gegenüber *D* eine Körperverletzung begeht. Der Schläger gleicht allerdings an Gefährlichkeit demjenigen, den *A* bereits zuvor von *B* erhalten hatte (Abwandlung eines Falles von *Engisch*). Die Fragestellung spitzt sich noch zu, wenn der zweite Schläger leichter war, als der erste (Risikoverringerung).

Die Darstellung ist an dieser Stelle auf Fragen im Zusammenhang mit den genannten Beispielen zu begrenzen, womit die Vielzahl von denkbaren Abwandlungen, die im gesamten Problemkreis auftreten können, zunächst außer Acht gelassen wird.

## II. Meinungsstand

Die herrschende Meinung hat sich der Möglichkeit, dass hypothetische Kausalverläufe die Verantwortlichkeit des Handelnden als Urheber des tatsächlichen Verlaufs ausschließen können, immer widersetzt.<sup>1</sup> Es gibt eine Reihe von Autoren, die sich für eine Relevanz hypothetischer Kausalverläufe – unter bestimmten Voraussetzungen – ausgesprochen haben, die aber in der Minderheit geblieben sind.<sup>2</sup>

Die herrschende Meinung vertritt jedoch Theorien, die mit der prinzipiellen Ablehnung jeglicher Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe nicht vereinbar sind.

a) So wird im Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit akzeptiert, dass der Täter, der einen Erfolg durch eine sorgfaltswidrige Handlung verursacht, sich entlastend darauf berufen kann, dass der gleiche Erfolg eingetreten wäre, wenn er sich sorgfaltsgemäß verhalten hätte – so genanntes „rechtmäßiges Alternativverhalten“ oder auch „fehlender Rechtswidrigkeitszusammenhang“. In diesem speziellen Fall entlastet der Täter sich nicht unter Berufung auf einen anderen, drohenden, von ihm unabhängigen Kausalverlauf – ob durch einen Dritten oder natürliche Umstände verursacht –, sondern beruft sich auf die Tatsache, dass er, wäre *sein eigenes Verhalten* sorgfaltsgemäß gewesen, dennoch nicht den Erfolgseintritt verhindert hätte. Anders ist es hingegen in den Fällen, in denen die herrschende Meinung die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe ablehnt und der Täter den Erfolg gerade nicht *durch sein Verhalten* herbeigeführt hätte.<sup>3</sup> Es ist allerdings zweifelhaft, ob dieser Unterschied eine andere Bewertung rechtfertigt. Nimmt man eine kleine Änderung an dem in BGH

---

<sup>1</sup> Vgl. *Jescheck / Weigend*, AT<sup>5</sup>, S. 281 ff.; *Wessels / Beulke*, AT<sup>36</sup>, Rdn. 161; *Kühl*, AT<sup>5</sup>, § 4, Rdn. 11 ff.; *Schönke / Schröder / Lenckner*, Rdn. 97 ff, vor § 13 ff; *Eb. Schmidt*, *Arzt im Strafrecht*, 1933, S. 161 ff, 200 ff; *Spendel*, FS *Eb. Schmidt*, S. 183 ff. Diese Auffassung wird auch von Autoren gestützt, die hinsichtlich vieler anderer Aspekte der Zurechnungslehre abweichende Ideen und Lösungen vertreten, wie z.B. *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/74 ff; *ders.*, FS *Lackner*, S. 53 ff; *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, S. 562 ff; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 ff, 888 ff.

<sup>2</sup> Insbesondere *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, S. 88 ff; *Art. Kaufmann*, FS *Eb. Schmidt*, S. 200 ff; *ders.*, FS *Jescheck*, S. 273 ff; *Rudolphi*, SK, Rdn. 60 ff vor § 1. *Jakobs* (*Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 24 mit Fn. 23) vertrat kurzzeitig eine ähnliche Ansicht, die er in seinem Lehrbuch aufgab (wie Anm. 1, 7/Fn. 144).

<sup>3</sup> So *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, S. 567.

111,1 entschiedenen Fall vor (Der Fahrer eines Lkw beachtet den Seitenabstand beim Überholen eines Fahrradfahrers nicht, der dabei unter den Lkw gerät und stirbt, aber wahrscheinlich aufgrund eines alkoholbedingten Schlenkers in jedem Fall gestorben wäre.), könnte man zu einer ähnlichen Konstellation gelangen. Die schädliche Hypothese wäre dann ausschließlich das Verhalten des Radfahrers (Im realen Verlauf wird er von einem Lkw gestreift und stürzt daraufhin einen Abgrund hinunter, den er aber ebenfalls durch eine offensichtlich fehlerhafte Lenkbewegung hinuntergestürzt wäre.).

b) Andererseits geht die herrschende Meinung bereits von der fehlenden Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung aus, wenn diese aus ex ante Sicht das bestehende Risiko verringert hat. Dies gilt sogar, wenn die Handlung ex post betrachtet, den *konkret* geschehenen Kausalverlauf beeinflusst hat. Ein Beispiel: *B* erhöht den Abstand des Opfers *X* zum Täter *A*, der es erschießen will, der aber seine Tat trotz der größeren Entfernung vollendet. Die herrschende Meinung begnügt sich hier mit der Feststellung, dass es sich bei unverändertem Risiko um eine lediglich unerhebliche Abweichung innerhalb eines bereits bestehenden Risikos handle *und deshalb* derjenige nicht verantwortlich sei, der diese geringfügige Abweichung verursacht habe. Mit den Worten von Jakobs: „Ein Geschehen, das die Welt nicht gefährlicher macht und auch einen Komplex von Erfolgsbedingungen (ein Risiko) nicht gegen einen anderen austauscht, kann nicht sinnvoll Gegenstand eines rechtlichen Erfolgsherbeiführungsverbots sein.“<sup>4</sup> Hypothesen *können* somit in diesen Fällen berücksichtigt werden, weil sie die Möglichkeit der Zurechnung nicht beeinträchtigen, die – wie im Fall des Schützen aus großer Entfernung – unverändert bleibt: „Wenn das Risiko identisch bleibt, geht durch die Berücksichtigung von Hypothesen keine Erklärungsmöglichkeit verloren.“<sup>5</sup> Aber wie verhielte sich der Grundsatz in Fällen wie dem bereits geschilderten „Gehilfenfall“, in dem *C* dem *A* seinen Baseballschläger aushändigt, um dessen Opfer zu schlagen, obwohl *A* bereits auf den tatsächlich schwereren Schläger des *B* zurückgreifen konnte? Denn in diesem Fall hätte *C* das Anfangsrisiko, welches für das Opfer bestand, gerade dadurch verringert, dass *A* den schlagkräftigeren Schläger des *B* unbenutzt ließ. Es ließe sich vertreten, dass *C* die Welt zwar nicht gefährlicher gemacht hat, aber einen Bedingungskomplex *durch einen anderen* ersetzt hat. Exakt gesprochen ersetzte er das

---

<sup>4</sup> Jakobs, AT<sup>2</sup>, 7/16.

<sup>5</sup> Jakobs, FS Lackner, S. 56.

Risiko „Schläger von B“ durch das Risiko „Schläger von C“. Aber diese Änderung ist – ex ante beurteilt – *vorteilhaft* für das Opfer, weshalb mit dem Risikoverringerungsprinzip eine Beihilfe des C verneint werden müsste, während andererseits die Beihilfehandlung des B vor Versuchsbeginn aufgehoben worden ist. Müsste man daher in diesem Beispielfall auf die Zurechnung einer Beihilfehandlung zu der von A schließlich begangenen Tat gänzlich verzichten?<sup>6</sup>

c) Genauso wie die herrschende Meinung unerschütterlich die Möglichkeit ablehnt, dass ein hypothetischer Verlauf die Zurechnung eines realen Verlaufs aufheben kann, akzeptiert sie – kaum vereinbar mit der grundsätzlichen Ablehnung jeglicher Bedeutung – in bestimmten Situationen, dass das Vorliegen eines hypothetischen Verlaufs, der den gleichen Erfolg verursacht hätte, die Verantwortlichkeit *abschwächen* kann.<sup>7</sup>

Es überrascht, mit welchem besonderen Nachdruck *Jakobs* sich bereit erklärt, *diese Milderung anzuerkennen*, wenn man die abschließende Feststellung der Lehre von „der Irrelevanz der Hypothesen“ in Betracht zieht. Denn er möchte die hypothetischen Kausalverläufe im Rahmen der Strafzumessung unterschwellig berücksichtigen<sup>8</sup> und schlägt im Übrigen die Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt oder als Versuch vor. Dies ist Indiz dafür, dass es sich hier *nicht* um einen Normalfall der anerkannten Vollendung handelt. Der *Schadensverlauf* wird nicht *tatsächlich* dem Täter zugerechnet, sondern nur als „abstrakte Gefahr“ oder als „Versuch“. Diese Lösung führt zu einer fehlenden Zurechnung des Erfolgsunwerts, im Ergebnis derjenigen ähnlich, wie sie Arthur Kaufmann vorschlug.<sup>9</sup>

### III. Ziele und Hypothesen der Untersuchung

1.– Die im Vorangegangenen dargestellten kritischen Ausführungen zur herrschenden Meinung deuten meiner Ansicht nach bereits darauf hin,

---

<sup>6</sup> Man könnte diskutieren, ob das Beispiel nicht in Wirklichkeit ein Fall des *Austausches* eines Risikos durch ein *anderes* ist, im Gegensatz zu einem Fall der *Verringerung desselben* Risikos. Diese Frage kann ich hier nicht abschließend beantworten, genauso wie ich mich in diesem Forschungsplan mit vielen anderen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit diesem Thema stellen, nicht werde beschäftigen können.

<sup>7</sup> Vgl. *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931, S. 18 Fn. 1; *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/90 ff., 92; *Spendel*, FS Welzel, S. 523 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 568 Fn. 230.

<sup>8</sup> *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/92.

<sup>9</sup> *Art. Kaufmann*, FS Eb. Schmidt, S. 200 ff; *ders.*, FS Jescheck, S. 273 ff.

dass die Mindermeinung eine richtige Kernaussage trifft, auch wenn sie sich nie durchgesetzt hat und – ihre Anerkennung vorausgesetzt – im Übrigen Probleme verschiedenster Art im Rahmen Zurechnungslehre aufwürfe, die nur schwierig zu lösen wären.

Gewiss lässt sich die Frage ohne Meinungsverschiedenheiten zwischen herrschender Meinung und Mindermeinung lösen, wenn der hypothetische Kausalverlauf durch das *rechtswidrige* Verhalten eines Dritten hervorgerufen wurde – ich beziehe mich auf einen Tatbeitrag, der im Moment der Verursachung des realen Verlaufs noch nicht vollzogen ist (der so genannte Ersatztäter). *Samson* möchte die Zurechnung des Erfolgs mit Hilfe des von ihm so genannten „Intensivierungsprinzips“ vornehmen.<sup>10</sup> Dieses Prinzip beruht darauf, dass der Täter nur dann zur Verantwortung gezogen wird, wenn er die Verletzung des Rechtsguts intensiviert hat. Er würde allerdings auch in den Fällen verantwortlich sein, in denen das widerrechtliche Tun eines Dritten, das ohne sein Handeln zum Erfolg geführt hätte, zu eigen macht („Übernahmeprinzip“ als Grenze des „Intensivierungsprinzips“)<sup>11</sup>. Damit ist klargestellt, niemand darf sich darauf berufen, dass, wenn er nicht getan hätte, was er getan hat, es ein anderer getan hätte (einhellige Meinung).

Deshalb sind die interessanten Fälle die des (hypothetisch) rechtmäßigen Verhaltens eines Dritten und die der (hypothetischen) Verläufe, die durch Naturgewalten ausgelöst werden. Unter letztgenannte Kategorie sind allerdings auch die Fälle des *rechtswidrigen Handelns Dritter* zu fassen, wenn im Moment des Handelns, das den Erfolg tatsächlich verursachte, schon eine andere, vorangehende Handlung vollkommen abgeschlossen war, ohne dass der erste Akteur das Risiko wieder hätte beseitigen können (angewandt auf das Anfangsbeispiel: A hatte im Moment der Handlung des Zweittäters die Wohnung des Onkels längst verlassen und war bereits an Bord eines Transatlantikfluges gegangen.). In diesen Fällen ist die unrechtmäßige Handlung dem Tun des zweiten Täters, der den Erfolg dann herbeigeführt hat, zugekommen, weshalb der erste, aufgehobene Verlauf den Ausgang bloß den Naturgesetzen bzw. dem Verhalten des Opfers überlassen hatte.

Die Mindermeinung kann für sich in Anspruch nehmen, dass es keinen Sinn zu machen scheint, die Handlungsfreiheit durch ein Verbot zu beschränken, wenn der Erfolg sich in jedem Fall, das heißt, auch bei Nicht-

---

<sup>10</sup> *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, S. 99 ff.

<sup>11</sup> *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, S. 129 ff.

vornahme der Handlung, einstellte. Dabei bleibt natürlich die Pflicht bestehen, den Erfolg abzuwenden, das heißt die Verantwortlichkeit für Unterlassen, ob nun der Täter Garant des Opfers ist oder nur dem Grundsatz der allgemeinen Hilfeleistung Folge leisten muss. Gegen die Abschaffung der Verbotsnorm wendet *Frisch* ein, dass die Problematik der hypothetischen Kausalverläufe nur die Zurechnung des Erfolgs ex post betrifft, ohne dass er eine Diskussion hinsichtlich des Handlungsverbots ex ante zulässt.<sup>12</sup> Dies ist jedoch fragwürdig. Wenn in dem zu Beginn dargestellten Fall der zwei Neffen der Erfolg nicht dem Neffen *B* zurechenbar wäre, dann könnte diesem auch nicht einmal ein Versuch angelastet werden, *wenn er wusste*, dass die Tablette des *A* die gleichen Eigenschaften besaß wie diejenigen, die *B* in das Behältnis gefüllt hatte. Wenn bereits ex ante zu erkennen ist, dass das Risiko ex post nicht zu dem Erfolg hätte führen können, auch wenn es gerade das zweite Risiko ist, das den Erfolg tatsächlich herbeiführt, so dürfte das Verhalten, das dieses Risiko verursacht hat, ebenso wenig verboten werden. Sogar in diesem Fall mag es Gründe geben, die für die Lösung der herrschenden Meinung sprechen, auch wenn bis heute die Frage nicht *erschöpfend* beantwortet ist, sondern vorwiegend mit Hilfe von *Behauptungen* gelöst wird – und vielleicht aus Angst vor einem „Tabubruch“ – nicht durch *Reflektion*.<sup>13</sup>

2.– In seiner Argumentation zu der herrschenden Meinung betont *Frisch* auch die sozialpsychologischen Wirkungen, die sich im Allgemeinen daraus ergäben, wenn der Erfolg allein wegen eines existenten hypothetischen Risikos nicht dem realen Verlauf zugerechnet würde.<sup>14</sup>

Es gibt jedoch wenig Dogmen in der Strafrechtswissenschaft, die dem „Mann auf der Straße“ so fremd sein dürften, wie das der Irrelevanz der hypothetischen Verläufe. Im Gegensatz dazu dürfen andere Dogmen der herrschenden Meinung wie z.B. das der Bedeutung des Erfolgsunwerts – danach ist es unangemessen, eine strafrechtliche Lehre auf den Handlungsunwert zu beschränken – jedenfalls scheinbar auf das Wohlwollen des Laien zählen.<sup>15</sup> Doch dieses Dogma der Nichtberücksichtigung hypo-

---

<sup>12</sup> *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 563 Fn. 196, 565 Fn. 207, 567 f.

<sup>13</sup> Mit den Worten von *Frisch* (Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 568): „ohne allzugroße Reflexion“.

<sup>14</sup> *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 568, s. auch S. 567.

<sup>15</sup> Meines Erachtens geht auch dieses Dogma – das Berührungspunkte mit dem Ziel dieser Untersuchung aufweist – fehl. Es gründet auf der Annahme, dass äußerlich nega-

thetischer Verläufe (ausgenommen die anerkannten Ausnahmen, die in Wahrheit dem Dogma gerade *widersprechen*) entspricht nicht dem Denken des Laien, der bei jeder Zuweisung sozialer Missbilligung im täglichen Leben auch berücksichtigt – ganz im Sinne einer Parallelwertung zur *conditio-sine-qua-non*-Formel – “was passiert wäre, wenn nicht das passiert wäre, was passiert ist”. Das ist bspw. der Fall, wenn ein Mann in seinem Büro den Blumenstrauß vergisst, den er gekauft hatte, um seiner Freundin eine Freude zu bereiten. Er würde sich dies selbst nicht vor – schon gar nicht im Sinne eines *Erfolgsunwertes* –, erführe er am nächsten Tag, dass die Blumen ohnehin in den wenigen Minuten auf dem Weg zu seiner Verabredung verwelkt wären. Übertragen auf ein Beispiel des Sports: Beim Fußball würde niemand jemals einem Verteidiger ein Eigentümer vorwerfen, wenn er sich nach dem Schuss eines gegnerischen Angreifers seitlings mit aller Kraft kurz bevor der Ball die Torlinie überquert vor den Ball wirft, um diesen zur Ecke zu klären, allerdings mit dem Erfolg, dass er den Ball in die Ecke des eigenen Tores abfälscht.

Man könnte meinen, dass der letzte Beispielfall, um auf die Ebene der strafrechtlichen Zurechnung zurückzukehren, in Wahrheit den Situationen entspricht, in denen ein Schadensrisiko für das Rechtsgut bei dem *Versuch* herbeigeführt wird, den Eintritt des schwerwiegenderen Risikos, das dem Rechtsgut aufgrund eines anderen Verlaufs droht, durch eine Rettungshandlung *zu verhindern*. Genauso wohnt unzähligen ärztlichen Rettungshandlungen, die *lege artis* vorgenommen werden, das Risiko inne, durch die Handlung den gleichen Erfolg herbeizuführen, für den der Arzt aber mangels Handlungsverbots nicht einsteht – ob nun wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, sei dahingestellt –, sondern der weiterhin dem ursprünglichen Risikoverursacher zugerechnet wird. Eine Zurechnung zum Nachteil des Erstverursachers ist sogar dann möglich, wenn der Arzt nicht *lege artis* vorgeht, soweit sein Fehler bloß beiläufig war.<sup>16</sup>

Ebenso könnte man dieses Ergebnis damit begründen, dass Handlungen, die auf die Begrenzung eines Risikos *abzielen*, selbst eine mögliche

---

tive Ereignisse der Welt der Natur an sich einen normativen Unwert darstellen. So ist schon der Tropfen Blut oder das zerbrochene Glas Kennzeichen für Schuld. Dies ist der Kern meiner Hauptuntersuchungen zur Unrechtslehre (*Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995 [von diesem zweiten Werk gibt es eine deutsche Fassung von Cancio Meliá u.a.: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995]).

<sup>16</sup> Vgl. statt aller *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/55.



Verwirklichung des Anfangsrisikos beinhalten,<sup>17</sup> aber dann *nicht* mehr die Verwirklichung des *ursprünglichen*, sondern eines *anderen* Risikos fördern, wenn der Verursacher des Zweitrisikos, das sich tatsächlich verwirklicht hat, nicht handelte, um das Erstrisiko zu bekämpfen, sondern *aufgrund* einer persönlichen Entscheidung mit irgendeiner anderen Zielrichtung. Im ersten Fall (Handlungen, die den Eintritt des Erfolges *verhindern sollen*) könnte man weiterhin – in der Diktion der Kausalitätstheorie – von einem *psychischem* Kausalzusammenhang sprechen, was sogar nach den Voraussetzungen der Adäquanztheorie gälte. In dem anderen Fall (Handlungen, die von einer bewussten Rettungshandlung *losgelöst* sind) gäbe es einen solchen Kausalzusammenhang nicht mehr. Greift man in diesem Fall nun wieder auf das Fußballbeispiel zurück, so hätte der Verteidiger sich, ohne den Ball gesehen zu haben, aus irgendeinem anderen Grund – z.B. um einen Gegner zu schlagen – auf den Boden geworfen und damit aus einer *objektiven* Perspektive exakt das gleiche Geschehen ausgelöst. Aus der *ex-ante*-Sicht eines Dritten hätte die Handlung das Tor also tatsächlich verhindern können, wenn es auch „reiner Zufall“ gewesen wäre. Es erschiene im höchsten Maße seltsam, wenn für die Frage, ob dem gegnerischen Stürmer das Tor zuzusprechen ist, geklärt werden müsste, ob der Verteidiger *wusste*, dass der Ball die Linie zu überqueren drohte, als er sich auf den Boden warf.

Überträgt man diesen Fall des Fußballverteidigers, der die bevorstehende Torgefahr nicht erkennt, wiederum auf die strafrechtliche Zurechnung, so ist der Fall vergleichbar mit dem Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ohne subjektives Element. Daher kann eine Handlung, die mit irgendeiner Absicht vorgenommen wird und die dabei zufällig eine Rettung bewirken könnte, tatsächlich mit dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente bei Vorliegen des objektiven Rechtfertigungstatbestandes verglichen werden, *auch wenn die Rettung ex post nicht erfolgreich ist*, das heißt, auch wenn das durch die zweite Handlung herbeigeführte Risiko sich im tatbestandsmäßigen Erfolg niederschlägt. Das ist der Fall, weil die Erlaubnistatbestände mit ihren starken *vorausschauenden* Elementen – wie Notstand, mutmaßliche Einwilligung oder Notwehr – nicht verlangen, dass der *Rettungserfolg* erreicht wird. Es genügt insofern, wenn die Handlung *ex ante* geeignet war, die Rechtsgutverletzung zu verhindern (so genannte *ex-ante*-Perspektive). Wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, dass die Fälle des

---

<sup>17</sup> Vgl. *Jakobs*, FS Lackner, S. 62 Fn. 12.

fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements wie ein Versuch zu behandeln sind – das heißt als Folge der *Nichtzurechnung des Erfolgsunwertes* –, hätte man in diesen Fällen einen Erfolgsunwert und *keinen* dafür Verantwortlichen. Der Erstverursacher wäre nicht verantwortlich, weil die Verwirklichung des von ihm gesetzten Risikos durch ein anderes Risiko verhindert wurde (überholende Kausalität), während der Zweitverursacher nur den Unwert eines (bloßen) Versuches verwirklicht hätte.

3.– Das sich daraus ergebende Dilemma kann offensichtlich weder von der herrschenden Meinung noch von der Mindermeinung vermieden werden, es sei denn, man würde – entsprechend letzterer Ansicht, also ohne Zurechnung des Erfolgs – im Fall eines realen Verlaufs, der ein bereits vollkommenes Risiko verdrängt, ein Zurechnungsprinzip entwerfen, das es erlaubt, den Erfolg, der dem Zweitverursacher nicht zuzurechnen ist, weiterhin dem Verantwortlichen des Erstrisikos zuzurechnen, soweit es überhaupt einen Verantwortlichen geben soll (gleichsam wie ein „Übergang der Verantwortlichkeit“).

Damit deute ich an, was die *Hypothese* der Untersuchung wäre („Hypothese“ hier im Sinne einer *Grundannahme, die das Ziel einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung darstellt*), die ich als mögliche „Lösung des Problems“, im Gegensatz zur herrschenden Meinung, „auf die Probe stellen möchte“: Die Entwicklung eines Zurechnungsprinzips, nach dem der Erstverursacher eines vollkommenen Risikos – das *uno actu* durch ein anderes Risiko, welches sich ex ante für das Opfer als geringer oder sogar gleich groß ausnimmt, aufgehoben wird – für den Schadensverlauf, der erst durch den neuen Verlauf verursacht wurde, verantwortlich bleibt, gerade weil der Erste, umgangssprachlich gesprochen „daran schuld ist“, dass der Erfolg dem Zweitverursacher nicht zugerechnet werden kann.

Die Frage der Vertretbarkeit eines solchen Prinzips kann im Voraus nicht beantwortet werden. Gerade die Feststellung dieser Möglichkeit wäre eines der *Ziele* der Untersuchung.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ich habe einen Lösungsweg in meinem Beitrag zur Festschrift für Günther Jakobs angedeutet: Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, in: FS Jakobs, Köln u. a., 2007, S. 583 ff. Fn. 34. Die Hypothese eines möglichen Übergangs der Verantwortlichkeit (ein „umgekehrter Übergang“: für die Verursachung durch den Zweiten würde weiter der Erste verantwortlich sein) ist durch eine Lösung des Zivilrechtlers *Heinrich Titze* (Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900, S. 127) inspiriert worden, nämlich durch den viel behandelten Fall zweier Lieferanten, die einem Fabrikanten zu einem bestimmten Termin je ein Maschinenteil zu liefern verpflichtet sind. Beide kommen jedoch in Verzug, wodurch der Fabrikant die Maschine nicht arbeiten lassen kann und dadurch einen Schaden erleidet.

Wäre dieses Prinzip realisierbar, würde das Dilemma, das Jakobs nur bei der Mindermeinung angelegt sieht, gelöst: "Der ursprüngliche Verlauf wird aufgehoben und vermag den Schadensverlauf nicht mehr zu erklären, während dieser seinerseits nicht dem neuen Akteur zugerechnet werden kann, so dass der Verlauf, so denkt man, unerklärt bleibt."<sup>19</sup> Auf diese Weise würde keiner der beiden Akteure für das vollendete Delikt zur Verantwortung gezogen – was für eine erfolgsorientierte Lehre schlicht unannehmbar wäre. Wie hier jedoch dargelegt wurde, stellt sich dieses Dilemma auch der herrschenden Meinung, zumindest in den Fällen, in denen der zweite Verlauf äußerlich einer Rettungshandlung entspricht, weshalb der Täter vollends gerechtfertigt wäre, wenn er die Gefahrenlage und die Möglichkeit, das bereits bestehende Erstrisiko durch sein Verhalten zu neutralisieren, gekannt hätte.

*Zusammengefasst hätte diese Forschung somit vor allem das Ziel, zu untersuchen, ob die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe im Strafrecht anerkannt werden kann und bejahendenfalls in welchem Ausmaß. Daneben hätte sie aber auch das Ziel festzustellen, ob ein Zurechnungsprinzip aufgestellt werden kann, nach dem einem Erstverursacher der durch einen Zweitverursacher herbeigeführte Erfolg zugerechnet werden kann, zumin-*

---

Hier kann man beliebig den Verzug eines der Lieferanten wegdenken, ohne dass die konkrete schädliche Folge entfielen, sodass also nach der *conditio sine qua non* der Verzug keines der Lieferanten mit dem schädlichen Erfolg im Bedingungs Zusammenhang zu stehen scheint. *Titze* will hier dem Fabrikanten gegen jeden Lieferanten einen Ersatzanspruch dafür geben, dass er wegen dessen Verzuges *den anderen Lieferanten nicht* als Verursacher des Gewinnverlustes *in Anspruch nehmen* kann (vgl. dazu *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 16, der allerdings klarstellte, dass diese Lösung nicht für das Strafrecht gelten könnte). Wenn dieser Grundsatz auf den Anspruch gegen denjenigen beschränkt würde, der zuerst nicht erfüllte, käme man der Wertung des vorliegenden Textes nahe. Gewiss würde die Übertragung dieses alten Lösungsversuches auf einen Grundsatz, der es erlaubt, einem Verursacher ein Risiko zuzurechnen, welches sich tatsächlich gar nicht verwirklicht hat, unzählige Schwierigkeiten aufwerfen, die – wie es aussieht – nur schwer zu überwinden wären. Dennoch enthält die Lösung des Problems des so genannten „dolus generalis“ als vollendetes Vorsatzdelikt dieses Prinzip des „Übergangs“, zumindest wenn der Täter mit der ersten (vorsätzlichen) Handlung ein vollkommenes Risiko für die Vollendung geschaffen hat, nur dass in diesem Fall die Verantwortung auf ihn selbst übergeht, da die fahrlässige Handlung, die tatsächlich den Erfolg herbeiführt den ursprünglichen, vorsätzlich ausgelösten Kausalverlauf unterbricht. Das ist die genau die Lösung von *Schroeder* (LK-*Schroeder*<sup>11</sup>, 1994, § 16 Rdn. 31) und *Eser / Burkhardt*, in (Strafrecht I, 1992, Fall 8, Rdn. 45); dagegen *Sancinetti*, FS Roxin, S. 349 ff., v. insbes. III 3 b.

<sup>19</sup> *Jakobs*, FS Lackner, S. 56; *ders.*, AT<sup>2</sup>, 7/74 f.

*dest dann, wenn es evident<sup>20</sup> ist, dass der tatsächliche Verursacher mit seiner Handlung den Verlauf aufhob, der bereits eine unmittelbare Bedrohung des Rechtsgutobjekts darstellte, mit einer ex ante gleichen oder größeren Schadenswahrscheinlichkeit als der Verlauf, der schließlich den Erfolg verursachte.*

4.– Es liegt jedoch auf der Hand, dass beide Positionen (Anerkennung der abschwächenden Wirkung durch einen hypothetischen Kausalverlauf für den realen Verlauf und andererseits Belastung des Verursachers des hypothetischen Verlaufs mit dem Erfolg, den er tatsächlich nicht herbeigeführt hat.) Probleme verschiedenster Art aufwerfen, die diese Untersuchung entweder lösen, oder anderenfalls die Position der herrschenden Meinung bestätigen müsste. Gleichzeitig wäre zu analysieren, ob gegebenenfalls eine Strafmilderung für den Zweitverursacher in Frage käme und – diesen Fall vorausgesetzt –, auf welcher Grundlage dies geschehen könnte (denn niemand, weder der Erst- noch der Zweitverursacher, würde damit den Zurechnungsverlust, der durch die Strafmilderung entstände, übernehmen)<sup>21</sup>.

#### **IV. Methode der Untersuchung**

Die Untersuchung würde nach der der Rechtswissenschaften eigenen Methode durchgeführt, unter besonderer Berücksichtigung der Grundsätze, die auf die Zurechnungslehre anwendbar sind. Es sollen möglichst umfassend die relevanten bibliographischen Informationen zusammengetragen werden, um festzustellen, welchen Vorstellungen der Vorzug zu geben ist und welche anderen Lösungsalternativen im Hinblick auf das vorliegende Problem existieren. Der wissenschaftliche Wert der Lösungen wird auf die Probe gestellt, indem ihre *Hypothesen* sich in verschiedenen *Fallkonstellationen* – seien sie erfunden oder der Rechtsprechung ent-

---

<sup>20</sup> Diese „unbequeme“ Voraussetzung verbindet diesen Aspekt des Themas mit dem bekannten Problem der Risikoerhöhungstheorie, die, auch wenn sie zu wertungsmäßig vernünftigen Lösungen gelangt, ein Problem der *Beweislastumkehr* erzeugt. Wer würde also die Darlegungslast dafür tragen, dass das erste Risiko eine gleiche oder größere Erfolgswahrscheinlichkeit als das zweite Risiko verursachte, oder auch nur eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“?

<sup>21</sup> Das wäre insb. der Fall, wenn das Erstrisiko durch (bloße) Fahrlässigkeit hervorgerufen worden wäre, sodass der Verantwortliche in jedem Fall straffrei bliebe, währenddessen im Fall einer Vorsatztat zumindest eine Bestrafung wegen Versuches möglich wäre, die aus der Sicht des Opfers gesehen, die Strafmilderung des zweiten Akteurs in gewisser Weise ausglich.

nommen – bewähren und die möglichen Lösungen dem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen müssen. Fälle haben somit im Bereich des Rechts eine *ähnliche* Funktion wie die Falsifizierung in den empirischen Wissenschaften. Über wissenschaftlich exaktere Verfahren verfügt die Rechtswissenschaft leider *nicht*.

## V. Zeitplan

Die Untersuchung, die ich gerne durchführen würde, ist in zwei Stufen angelegt.

a) Auf der ersten Stufe soll es der beantragten Untersuchung in drei Monaten gelingen, einen vollständigen bibliographischen Überblick zu erstellen, um in relativ kurzer Zeit einen vorwiegend informativen Beitrag zum Stand der Diskussion, den Problemen, die die jeweiligen Standpunkte aufwerfen und den möglichen Wegen, diese Schwierigkeiten zu überwinden, zu verfassen. Dabei könnte ich auf die wissenschaftliche Unterstützung von Prof. Dr. *Wolfgang Frisch* von der Universität Freiburg i.Br. zählen, einem ausgewiesenen Kenner der theoretischen Problematik und der sachrelevanten bibliographischen Quellen. Dieser vertritt im Übrigen grundsätzlich eine Auffassung, die der meinigen konträr gegenübersteht, was aber den Vorteil hätte, eine effiziente Kontrolle der Argumentation zu garantieren.

b) In einem zweiten Schritt würde ich – schon auf dem Weg zurück in mein Land – versuchen, mich in das gesammelte Material weiter einzuarbeiten, um zu einer tieferen Einsicht in die Problematik der hypothetischen Kausalverläufe sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht zu gelangen. Im Zivilrecht erkennt die vorherrschende Meinung im Gegensatz zum Strafrecht die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe an, um die *Schadensverantwortlichkeit* zu begründen. Dabei ist es von Vorteil, dass das Zivilrecht über das Mittel der Schadensberechnung verfügt, um Schadenersatz zuzusprechen – was für eine allgemeine Schadenersatztheorie notwendig ist – und hilft, die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe bei der Bestimmung der Schadenshöhe zu berücksichtigen.<sup>22</sup> Allerdings *verringert* das Vorliegen eines hypothetischen Verlaufs in einigen Fällen den Schadenersatz *auf Null*. Dieser Bereich soll nicht erforscht werden, um

---

<sup>22</sup> Eine relativ aktuelle Behandlung dieser Frage im Zivilrecht, mit Nachweisen aus der deutschen und schweizerischen Lehre und Rechtsprechung, kann man finden bei *Studhalter*, Die Berufung des präsumtiven haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe - Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, Zürich, 1995.

ein Verfahren für das *Schadensrecht* zu entwickeln, sondern um anhand weiterer der Beurteilung dienlicher Aspekte die Wertigkeit der Lösungen auf dem Gebiet des Strafrechts selbst zu prüfen, das nicht in völligem Gegensatz zu den im Zivilrecht geltenden Lösungen stehen kann, was aber in der deutschen Lehre aktueller Stand der Dinge ist.<sup>23</sup>

## VI. Die Problematik in der argentinischen Lehre

Die argentinische Lehre hat das Problem der hypothetischen Kausalverläufe wissenschaftlich nach meinen Kenntnissen weder im Strafrecht noch im Zivilrecht je behandelt. Deshalb habe ich vor einigen Jahren mit meiner Ehefrau Prof. Dr. *Patricia S. Ziffer* die Übersetzung des hier bereits zitierten Werkes von *Samson*<sup>24</sup> in Angriff genommen, welches dreißig Jahre nach seinem Erscheinen im Original schließlich in Buenos Aires veröffentlicht wurde. Dies beweist mein nachhaltiges Interesse an dieser Problematik. Sicher ist jedoch, dass es keine entsprechende Veröffentlichung rein argentinischen Ursprungs gibt.

Aus diesen Gründen könnte die Untersuchung einen erheblichen wissenschaftlichen Fortschritt für mein Land bedeuten, selbst wenn es sich nur um einen kurzen Artikel handelte (s. oben, V a).

## VII. Die Beziehung zwischen dem Ziel der Untersuchung und meinen früheren Arbeiten

Meine zwei Hauptuntersuchungen zur Unrechtslehre befürworten die Ablehnung der Relevanz des Erfolgsunwerts im Bereich strafrechtlichen Unrechts.<sup>25</sup> Die zentrale These lautet: Es gibt keine Möglichkeit, die tatsächliche Herbeiführung eines Erfolges ex post mit einer Pflichtverletzung

---

<sup>23</sup> Besonders problematisch ist dies in Ländern, die einen Strafraum besitzen, dessen Mindeststrafe zu hoch angesetzt ist, denn die alleinige Bestätigung, dass ein hypothetischer Kausalverlauf die Strafhöhe mindern kann, bleibt eine bloße „Absichtserklärung“, weil die Mindeststrafe eine ausreichende Berücksichtigung des geringeren Unrechts bereits verhindern würde – soweit es überhaupt richtig ist, dass das Unrecht sich (auch) über den Erfolgsunwert definiert. Im Zivilrecht aller Länder hingegen geht der Schadensersatz mit exakter Bemessung von einem neutralen Punkt aus (0, 1, 2, 3, usw.).

<sup>24</sup> *Samson*, *Cursos causales hipotéticos en derecho penal*, übers. von Sancinetti / Ziffer, Buenos Aires, 2003.

<sup>25</sup> Vgl. *Sancinetti* (wie Fn. 15). Das zweite dort zitierte Werk ist das Ergebnis einer Untersuchung, die ich als Stipendiat der Humboldtstiftung an der Universität Bonn unter der wissenschaftlichen Betreuung von Prof. Dr. *Günther Jakobs* (1991-1993) durchgeführt habe.

in Beziehung zu setzen, die sich auf die Verwirklichung einer Handlung (Begehungsdelikte) oder die Nichtverwirklichung einer möglichen Handlung (Unterlassungsdelikte) beschränkt. Diese Grundannahme wurde vor kurzem in der Festschrift für Günther Jakobs aufgestellt, in der ich ein Problem behandelte, dass das Risikoverringerungsprinzip mit der Relevanz des Erfolgswerts verbindet.<sup>26</sup> Mit alldem stellt man die Funktion des Grundsatzes der Risikoverwirklichung als Grundlage der Vollendungslehre in Frage und damit auch einige meiner früheren Arbeiten, so mein Beitrag in der Festschrift für Claus Roxin.<sup>27</sup>

Das Problem der Bedeutung der hypothetischen Kausalverläufe ist im Grundsatz eher ein Problem der *Erfolgszurechnung* als das eines *Handlungsverbots* – wenn auch meines Erachtens und entgegen der Ansicht von *Frisch* die Existenz des Verbots als solche in Frage gestellt wird, wenn dem Verursacher des realen Verlaufs von vornherein das Bestehen des zuvor begründeten Risikos bekannt ist. Wenn die Dilemmata, die sich für jeden der theoretischen Standpunkte stellen, keiner adäquaten Lösung zuzuführen sind, könnte dies ein Indiz dafür sein, dass die Beurteilung der Erfolge eine rationale Dogmatik frei von Widersprüchen erschwert, das heißt, es wäre ein weiteres Argument dafür, dass nur eine vom Hindernis des Erfolgswerts losgelöste Dogmatik „purer Rationalität“ entspricht. Das Thema der hypothetischen Kausalverläufe bringt noch darüber hinaus ein Problem mit sich: Wenn der Zweittäter wüsste, dass das Rechtsgut „unwiederbringlich verloren“ ist, kann nicht einmal „Handlungswert“ dadurch begründet werden, dass der gleiche, bereits unvermeidliche Erfolg verwirklicht wird. Um die Richtigkeit dieser Auffassung unter Beweis stellen zu können, ist es erforderlich, dem Problem der hypothetischen Kausalverläufe auf den Grund zu gehen. Dies gilt selbst in einer Strafrechtsdogmatik, die auf den Erfolgswert (wie es meiner Ansicht nach wünschenswert wäre) verzichtet.

---

<sup>26</sup> Vgl. *Sancinetti* (wie Fn. 18 a.A.).

<sup>27</sup> Vgl. *Sancinetti* (wie Fn. 18, a.E.).