

StrafR Aufsatz

Sabine Jülich*

Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre

Dieser Beitrag setzt sich mit der Problematik und Diskussion um die Risikoerhöhungslehre als eines der meist diskutierten Themen im Rahmen der strafrechtlichen Zurechnung auseinander. Dabei wird untersucht, welche Anforderungen an die strafrechtliche Zurechnung von Erfolgen zu stellen sind.

A. Einleitung

Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre wird in Fällen geführt, in denen der Erfolg möglicherweise auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Täters eingetreten wäre.¹

I. Darstellung der Grundproblematik

Im Zentrum der Auseinandersetzung steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Erfolg dem Täter zurechenbar ist.²

Paradebeispiel ist der sogenannte Lastzugfall.³ Ein Lastzugfahrer überholte einen Radfahrer, der, wie im Nachhinein festgestellt wurde, einen Blutalkoholwert von 1,96 Promille aufwies. Bei diesem Überholvorgang, bei dem der Abstand zwischen Fahrradfahrer und Lastzug nur 75 cm anstelle der vorgeschriebenen 100 bis 150 cm betrug, geriet der Radfahrer unter die Hinterreifen des Anhängers. Er verstarb noch vor Ort. Ob der Unfall auch bei ordnungsgemäßem Abstand eingetreten wäre, ließ sich nicht feststellen. Diese Möglichkeit bestand jedoch, da ein alkoholisierter und fahruntüchtiger Radfahrer den Lastzug nicht wahrgenommen haben könnte und infolge seiner Überraschung sowie eines Verreißen des Lenkers ebenso mit diesem hätte kollidieren können. Ein solches Verhalten ist für stark alkoholisierte Radfahrer laut Gutachten des Sachverständigen keinesfalls atypisch.

Im Rahmen der Prüfung einer Strafbarkeit des Lastzugführers nach § 222 StGB ist fraglich, wie sich die Möglichkeit des Erfolgeintritts bei hypothetischem sorgfaltsgemäßigem Alternativverhalten, also eine Ungewissheit bezüglich eines gedachten Kausalverlaufs, auf die strafrechtliche Beurteilung auswirkt. Ein Großteil der problematischen Fälle liegt im

* Die Autorin hat an der Georg-August-Universität Göttingen ihre Schwerpunktbereichsprüfung absolviert und ist momentan Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Mönchengladbach. Der Beitrag wurde als Seminararbeit im Seminar zum Allgemeinen Teil des Strafrechts sowie zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht bei Prof. Dr. *Murmann* im Wintersemester 2020/2021 verfasst.

1 Andere Problemkreise, in denen die Risikoerhöhungslehre ebenfalls diskutiert wird, wie beispielsweise die Frage nach den Anforderungen, die an eine Beihilfehandlung zu stellen sind (*Frister*, *StrafR AT*, 9. Auflage (2020), Kap. 28 Rn. 32; *Murmann*, *GK StrafR*, 5. Auflage (2020), § 27 Rn. 122 ff.), werden im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

2 *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko* (1991), S. 327; BGHSt 11, 1 (3).

3 BGHSt 11, 1 ff.

Fahrlässigkeitsbereich, wenn ein pflichtgemäßes Alternativverhalten und die Schaffung eines erlaubten Risikos in Betracht kommt.⁴ Der Begriff des erlaubten Risikos beschreibt Verhaltensweisen, die zwar Risiken schaffen, aber generell erlaubt sind, sodass diese bereits nicht tatbestandsmäßig sind.⁵ Ein Beispiel dafür ist die Teilnahme am Straßenverkehr. Diese ist mit Risiken behaftet, aber unter Einhaltung der Regelungen der StVO erlaubt.

II. Anknüpfungspunkt der Diskussion im Prüfungsaufbau

Der Kern der Problematik liegt darin, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit man von einem zurechenbaren Erfolg sprechen kann.⁶ Insoweit ist eine Verortung der Problematik im Tatbestand anerkannt.⁷ Weitgehende Einigkeit besteht auch darüber, dass es sich keinesfalls um ein Problem der Kausalität handelt.⁸ Der Überholvorgang kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiel, sodass derselbe nach der *conditio-sine-quantum*-Formel⁹ der Äquivalenztheorie¹⁰ zurechenbar ist.

Der Grundgedanke einer objektiven Zurechnung ist im Schrifttum weitgehend anerkannt,¹¹ sodass zu prüfen ist, ob der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.¹² In den dargestellten Fällen ist fraglich, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist.¹³ Folglich geht es um die Frage, ob sich das rechtlich missbilligte Risiko beziehungsweise die objektive Sorgfaltswidrigkeit, von der

4 *Wessels/Beulke/Satzger*, *AT*, 49. Auflage (2019), Rn. 304; *Magnus*, *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Strafrecht*, *JuS* 2015, 402 (404).

5 *Kindhäuser*, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, *GA* 1994, 197 (223); *Roxin*, *StrafR AT I*, 4. Auflage (2006), § 11 Rn. 66 ff.

6 *Burgstaller*, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (1974), S. 74; *Ulsenheimer*, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten* (1965), S. 147.

7 *Ebert/Kühl*, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *Jura* 1979, 561 (562); *Burgstaller* (Fn. 6), 70 f.

8 *Burgstaller* (Fn. 6), S. 132; *Erb*, *Rechtmäßiges Alternativverhalten* (1990), S. 54; *Roxin*, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (1973), S. 147; *Kaufmann*, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *FS-Eb-Schmidt* (1961), 200 (207); anders *Spendel*, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, in: *FS Eb. Schmidt* (1961), S. 183 (185 ff.).

9 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 232; *Jescheck/Weigend*, *StrafR AT*, 5. Auflage (1996), S. 279; BGHSt 2, 20 (24).

10 *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 6; *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 6; *Ebert/Kühl* (Fn. 7), *Jura* 1979, 561 (563).

11 *Erb*, *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, *JuS* 1994, 449 (453); *MüKoStGB/Freund*, *Münchener Kommentar zum StGB*, 1. Bd., 4. Auflage (2020), Vor. § 13 Rn. 350.

12 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 261; *Frister* (Fn. 1), Kap. 10 Rn. 4.

13 *Ebert/Kühl* (Fn. 7), *Jura* 1979, 561 (565); *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 102.

man in rein nomineller Abweichung im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten spricht,¹⁴ im Erfolg verwirklicht hat.¹⁵

Kurz anzumerken ist, dass das Vorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs von der Rechtsprechung nur im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten geprüft wird.¹⁶ Bei Vorsatztaten nimmt die Rechtsprechung eine Korrektur auf Ebene des subjektiven Tatbestandes über die Figur der völlig atypischen Kausalverläufe vor.¹⁷ Im Gegensatz dazu wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang von der Lehre im Rahmen der objektiven Zurechnung auch beim Tatbestand eines vorsätzlichen Erfolgsdelikts geprüft.¹⁸ Insoweit ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung die Prüfung dieses Zusammenhangs im Rahmen der Kausalitätsprüfung vornimmt, obgleich sie zwischen normativer und empirischer Kausalität differenziert.¹⁹ Neben der Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne, berücksichtigt die Rechtsprechung also auch wertende Aspekte. Inhaltlich nimmt diese die gleichen Differenzierungen wie weite Teile der Lehre vor und auch die Argumentation deckt sich, sodass dies im Rahmen einer Fallbearbeitung ohne Auswirkung bleibt.²⁰ Im weiteren Verlauf der Arbeit wird von einer Trennung zwischen Kausalität und objektiver Zurechnung ausgegangen.

Neben dem Standort der Problemerkörterung ist zu klären, woran anzuknüpfen ist. Einerseits könnte die Begehung der Tat durch ein sorgfaltswidriges Verhalten, andererseits das Unterlassen der Erfüllung einer Sorgfaltspflicht in Frage kommen. Die Vorwerfbarkeit liegt in dem aktiven Überholen und dieses erfordert auch einen Energieeinsatz, sodass sowohl aufgrund des Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit²¹ als auch nach dem Energieaufwand²² von einer Handlung auszugehen ist. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund schlüssig, dass sonst Delikte, in deren Zusammenhang Sorgfaltspflichten missachtet wurden, immer in unechte Unterlassungsdelikte²³ im Sinne des § 13 StGB umzukonstruieren sind, »indem man den Handlungssinn stets auf den Sorgfaltsmangel verleg[t].«²⁴

B. Hauptteil

Fraglich ist mithin, wie sich die Möglichkeit eines Erfolgseintritts bei rechtmäßigem Alternativverhalten im Rahmen einer strafrechtlichen Beurteilung auswirkt.

I. Risikoerhöhungslehre

Einen Ansatz zur Lösung stellt die Risikoerhöhungslehre dar.²⁵ Danach wird die äußerste Grenze des hinnehmbaren Risikos durch den Gesetzgeber nach einer Abwägung von Verkehrserfordernissen und individuellen Schutzbelangen gezogen.²⁶ In dem Radfahrerfall ist diese Grenze der Mindestabstand, der nach § 5 I 4 StVO einzuhalten ist. Bei Überschreitung der Grenze schaffe der Täter das Risiko, den Erfolg in der geschehenen Art herbeizuführen.²⁷ Ein bloß möglicher, aber nicht sicherer Erfolgseintritt bei rechtmäßigem Alternativverhalten dürfe eine Strafbarkeit nicht ausschließen. Dies ergebe sich aus dem Schutzzweck der Sorgfaltsnormen, da sonst dort, wo die größte Umsicht geboten ist, ein Verzicht auf Sorgfaltsnormen erfolge und man bei erlaubten Handlungen jegliche Sorgfalt außer Acht lassen könnte.²⁸

Ein Erfolg ist laut Risikoerhöhungslehre schon dann zu rechnenbar, wenn der Täter das Risiko des Erfolgseintritts erhöht hat.²⁹ Eine Zurechnung scheidet aus, wenn es zu keiner Steigerung des Risikos kommt, also wenn der Erfolg bei ordnungsgemäßigem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenfalls eingetreten wäre.³⁰ Eine Risikoerhöhung bedeutet danach die Feststellung des erforderlichen Zusammenhangs.³¹ Mithin sei ein Erfolg objektiv zurechenbar, wenn der Täter das Risiko über das erlaubte Maß hinaus erhöht hat.³²

Fraglich ist, wie eine Steigerung des Risikos zu ermitteln ist. Zunächst sei zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre. Dieses sei dann mit dem tatsächlichen Verhalten des Täters zu vergleichen und zu ermitteln, ob diese Handlung im Vergleich zum hypothetischen Verhalten eine Risikoerhöhung darstellt.³³ Dabei handele es sich nicht um eine Frage hypothetischer Kausalverläufe, sondern um ein nach wissenschaftlichen

14 *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 35; NK-StGB/*Puppe*, 5. Auflage 2017, Vor. §§ 13 Rn. 154.

15 *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 49; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 304.

16 BGHSt 11, 1 (7).

17 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 263; BGHSt 14, 193 (194).

18 *Schünemann*, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, 207 (219 f.); *Frister* (Fn. 1), Kap. 9 Rn. 4; *Frister* (Fn. 1), Kap. 11 Rn. 1; *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 584.

19 BGHSt 11, 1 (7); BGHSt 49, 1 (3 f.).

20 *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Auflage (2021) Rn. 508; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 305.

21 BGHSt 6, 46 (59); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1160.

22 *Roxin*, Strafr AT II, 1. Auflage (2003), § 31 Rn. 77 f.; LK-StGB/*Weigend*, 13. Auflage (2020), § 13 Rn. 6.

23 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1155; SK-StGB/*Stein*, 9. Auflage (2017), Vor. § 13 StGB Rn. 10.

24 *Roxin* (Fn. 8), S. 155.

25 *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 411 (411 ff.); *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, in: FS Honig (1970), S. 133 (133 ff.); *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 88 ff.

26 *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (433); *Roxin* (Fn. 8), S. 171.

27 *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431 f.); *Schünemann* (Fn. 18), GA 1999, 207 (226).

28 *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (139); *Roxin* (Fn. 8), S. 131.

29 *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (138); *Roxin* (Fn. 8), S. 129.

30 *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (139); *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 88; *Roxin* (Fn. 8), S. 131; *Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang, in: FS Lackner (1987), S. 247 (283).

31 *Stratenwerth*, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: FS Galas (1973), S. 227 (229).

32 *Gimbernat*, Das rechtmäßige Alternativverhalten, GA 2018, 127 (127); *Roxin* (Fn. 8), S. 129.

33 *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431f); *Roxin* (Fn. 8), S. 169.

Maßstäben zu erörterndes Problem.³⁴ Tatsächlich vergleicht jedoch die Risikoerhöhungslehre eine wirkliche mit einer hypothetischen Situation, sodass sie des Rückgriffs auf einen gedachten Verlauf bedarf.³⁵

Weiter ist der für die Bewertung maßgebliche Zeitpunkt zu ermitteln. Ob der Täter tatsächlich eine Gefahr geschaffen hat, ist *ex ante* zu beurteilen³⁶ und auch das rechtmäßige Alternativverhalten ist mittels einer *ex-ante*-Betrachtung nach einem objektiv-individualisierenden Sorgfaltsmaßstab zu bestimmen.³⁷ Fraglich ist jedoch der Zeitpunkt für die Beurteilung der Risikoerhöhung. Betrachtet man die Handlung des Täters *ex ante*, muss immer von einer Risikoerhöhung auszugehen sein, was die Risikoerhöhung als Kriterium untauglich werden ließe.³⁸ Bei einem sorgfaltswidrigen Überholvorgang ist eine Gefährdung über das erlaubte Risiko hinaus stets anzunehmen. Eine Beurteilung der Frage, ob sich die Gefahr im Erfolg realisiert hat, hat *ex post* zu erfolgen.³⁹

Umstritten ist außerdem, in welchem Maße der Täter das Risiko erhöht haben muss. Einige Stimmen sprechen von überwiegender Wahrscheinlichkeit.⁴⁰ Im Gegensatz dazu stellt Roxin geringere Anforderungen und möchte eine mögliche Risikoerhöhung ausreichen lassen.⁴¹ Eine abstrakte Gefährdung kann nicht ausreichen, weil bei einem nicht sorgfaltsgemäßen Verhalten immer generelle Gefahren verursacht werden.⁴² Somit müsste das Täterverhalten konkrete erfolgsbegünstigende Umstände geschaffen haben, die das Risiko im Einzelfall erhöht haben.⁴³ Insofern kann dem Standpunkt Roxins nicht zuzustimmen sein, da eine Prüfung bei einem bloßen Möglichkeitserfordernis stets positiv verlief und lediglich für den Fall, dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, eine Risikosteigerung zu verneinen wäre. Nur eine tatsächliche Verschlechterung kann eine Verantwortung des Täters begründen, eine andere Auffassung bedeutete eine nach Art. 103 II GG unzulässige Beweislastumkehr.⁴⁴ Doch auch dem gegenüber erhöhte An-

forderungen verursachen Schwierigkeiten, da das Grundrisiko, von dessen Basis aus eine Risikoerhöhung zu bestimmen ist, nur schwerlich feststellbar ist.⁴⁵

Es zeigt sich, dass die Feststellung einer Risikoerhöhung problematisch ist. Im Weiteren wird von einer erheblichen Gefahrsteigerung ausgegangen. Somit wäre der Tod des Radfahrers dem Lastzugführer zurechenbar.

II. Darstellung anderer Ansichten

Die Risikoerhöhungslehre stellt lediglich einen Ansatz zur Lösung des Problems dar.

1. Vermeidbarkeitstheorie

Man könnte die von ihr aufgestellten Voraussetzungen als zu niedrig bewerten. Dann bedürfte es eines anders ausgestalteten Nachweises des Zusammenhangs zwischen Pflichtwidrigkeit der Handlung und Erfolg. Insofern gibt es zahlreiche Ansätze, die auf eine Grundannahme zusammengebracht werden können. Diese besteht darin, dass der Erfolg gerade auf der Sorgfaltswidrigkeit zu beruhen habe.⁴⁶

Wäre ein Erfolg bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten, beruhte er nicht auf der Pflichtwidrigkeit, sodass eine Zurechnung ausscheiden müsste.⁴⁷ Mithin soll die Vermeidbarkeit des Erfolgs eine Zurechnung legitimieren. Die Pflichtwidrigkeit müsste für den Erfolg also »kausal« geworden sein, sodass sich der Erfolg als Verwirklichung der gesetzten Gefahr darstellt.⁴⁸ Die Ursächlichkeit des Sorgfaltspflichtverstoßes dürfe nur dann angenommen werden, »wenn sicher ist, daß es bei verkehrsgrechtem Verhalten nicht zum Erfolg gekommen wäre.«⁴⁹ Zur Feststellung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs sei zu fragen, ob der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßen Alternativverhalten eingetreten wäre.⁵⁰ Schon die ernstzunehmende Möglichkeit eines Erfolgsintritts bei pflichtgemäßem Verhalten, führe zu einer Nichtzurechenbarkeit.⁵¹ Wenn Unsicherheiten bezüglich dessen, ob sich die geschaffene Gefahr verwirklicht hat, bestehen, müsse der Zweifelssatz *in dubio pro reo* greifen.⁵²

Die Vermeidbarkeitstheorie begründet das Erfordernis dieser Ausgestaltung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

(236).

⁴⁵ Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich, GA 1984, 491 (506 f.); Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung (1993), S. 491; LK-StGB/Vogel/Bülte (Fn. 22), § 15 Rn. 194.

⁴⁶ BGHSt 11, 1 (7); Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402).

⁴⁷ Frisch, Objektive Zurechnung, JuS 2011, 205 (207); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (571).

⁴⁸ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 36), § 15 Rn. 173; Frister (Fn. 1), Kap. 10 Rn. 34; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 148; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre der Kausalität, JuS 1977, 104 (104).

⁴⁹ BGHSt 11, 1 (1).

⁵⁰ Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (571).

⁵¹ Burgstaller (Fn. 6), S. 133.

⁵² Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (572); Schatz, Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, NSTZ 2003, 581 (583).

³⁴ Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 99; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (433).

³⁵ Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt (1992), S. 150; Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660 (664); Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten (1988), S. 112.

³⁶ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Auflage (2019), Vor § 13 Rn. 92a.

³⁷ Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 37 ff.; Kahlo (Fn. 35), 113.

³⁸ Ulsenheimer (Fn. 6), S. 134; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen, JZ 1969, 364 (366 f.); Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik, JA 1975, 647 (649); Burgstaller (Fn. 6), S. 142.

³⁹ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten (1988), S. 519 f.

⁴⁰ Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungslehre, in: FS Jescheck (1985), S. 273 (281).

⁴¹ Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96; Roxin, Literaturbericht Allgemeiner Teil zu Ulsenheimer, ZStW 78 (1966), 214 (219 Fn. 7).

⁴² Toepel (Fn. 35), S. 146; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 134 f.; Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (366 f.).

⁴³ Schönemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (650); Burgstaller (Fn. 6), S. 142 f.; Stratenweth (Fn. 31), S. 227 (228 f.); Otto, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung, in: GS Schlüchter (2002), S. 77 (88, 96); Kahlo (Fn. 35), S. 142 f.

⁴⁴ Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367); Stratenwerth (Fn. 31), S. 227

damit, dass der Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm nur dann erfüllt sei, wenn sich nachweisen lässt, dass die Einhaltung dieser den Erfolg im Einzelfall verhindert hätte.⁵³ Zweck der Erfolgsnormen sei es, Verletzungen vorzubeugen, also Erfolge zu verhindern.⁵⁴ Das Sorgfaltsgebot müsse seinen Zweck erfüllen können, damit es zu einer Zurechnung kommen könnte.⁵⁵ Bei Zweifeln, ob sich nicht ausschließlich das missbilligte Risiko des Fehlverhaltens, sondern auch ein bei rechtmäßigem Alternativverhalten bestehendes Risiko realisiert hat, entfele der Zurechnungszusammenhang.⁵⁶ Die Vermeidbarkeit des Erfolgs kann als das wesentliche Zurechnungskriterium verstanden werden.

Bezogen auf den Beispielfall bedeutete dies, dass eine Zurechnung nicht erfolgen kann. Es steht nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fest, dass sich nur die vom Täter geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat.

2. Kausalitätstheorie

Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, einen spezifischen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gar nicht erst für erforderlich zu erklären. Es käme auch zu einer Zurechnung des Erfolgs, wenn mit Sicherheit feststeht, dass dieser bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁵⁷ Ein Kausalitätsnachweis im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel wäre mithin ausreichend.

Der Tod des Radfahrers wäre dem Lastzugführer danach zurechenbar.

III. Diskussion der verschiedenen Positionen

Fraglich ist, welcher der Ansätze vorzuziehen ist.

1. Kriminalpolitische Überlegungen

Für die Risikoerhöhungslehre und die Kausalitätstheorie sprechen kriminalpolitische Erwägungen. Die Vermeidbarkeitstheorie führe wegen des praktisch kaum erfüllbaren Erfordernisses, dass die Möglichkeit zur Erfolgsverursachung durch pflichtgemäßes Alternativverhalten nicht ernstlich in Betracht kommen darf, zu Strafflosigkeiten und Strafbarkeitslücken.⁵⁸ Bei der Vermeidbarkeitstheorie bestünde »die Wahl zwischen einem theoretisch oder einem praktisch unhaltbaren Ergebnis«. ⁵⁹ Dies sei damit zu begründen, dass bei Unsicherheiten entweder *in dubio pro reo* entschieden werden

müsste oder andererseits eine Beweislastumkehr zulasten des Angeklagten, wie sie das Reichsgericht im Novokain-Fall vorgenommen hat, erfolgen müsste.⁶⁰ Dieses kam in einem Fall, in dem ein Arzt versehentlich Kokain anstelle von Novokain verabreicht hatte, zu dem Schluss, dass eine Strafbarkeit erst auszuschließen sei, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststünde, dass der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁶¹ Diese Lösung ist in Hinblick auf Art. 103 II GG abzulehnen, da man sonst *in dubio contra reum* argumentierte.⁶² Somit entstünden nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken.

Im Gegensatz dazu schwächt die Risikoerhöhungslehre das Erfordernis des Zurechnungszusammenhangs zur Stärkung des Rechtsgüterschutzes ab.⁶³ Dieser Standpunkt wird durch Aspekte des Opferschutzes weiter untermauert, da Sorgfaltpflichten auch dort greifen müssten, wo unsicher ist, ob sie überhaupt geeignet sind, die Gefahr für das Rechtsgut zu minimieren.⁶⁴ Nur so soll ein umfassender Rechtsgüterschutz zu gewährleisten sein. Auf Grundlage dieser Argumentation kann man die Risikoerhöhungslehre mitunter als unentbehrlich sehen, da sich kriminalpolitische Belange anders nicht befriedigen ließen.⁶⁵

Dem gegenüber lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber keinesfalls auf die Einhaltung vorgeschriebener Sorgfaltpflichten verzichtet, da den Täter die sich aus der Sorgfaltsnorm ergebenden Sanktionen treffen.⁶⁶ Im Lastzugfall haftet der Fahrer nach §§ 1, 49 StVO. Die Frage nach der Zurechenbarkeit eines Erfolgs zur Begründung einer Strafbarkeit ist jedoch davon zu trennen.⁶⁷ Darüber hinaus muss man bedenken, dass jenes Verständnis der anderen Ansätzen zu einer enormen Ausweitung von Strafbarkeiten führt.⁶⁸ Eine solche ist angesichts dessen, dass das Strafrecht *ultima ratio*⁶⁹ zu sein hat, kritisch zu sehen. Insbesondere die Kausalitätstheorie führt zu einer extensiven Ausweitung, da sie auf weitere Zurechnungskriterien gänzlich verzichtet. Nur im direkten Vergleich dazu könnte man die Risikoerhöhungslehre als strafbarkeitseinschränkend verstehen.⁷⁰ Wenn man die Kausalität nicht als ausreichendes Kriterium der Zurechnung begreift, präsentiert sich die Risikoerhöhungslehre

⁵³ NK-StGB/Puppe (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 201; Ebert/Kühl (Fn.7), Jura 1979, 561 (571).

⁵⁴ Fincke, Arzneimittelpflicht (1977), S. 58; Ebert/Kühl (Fn.7), Jura 1979, 561 (572); Samson, Hypothetische Kausalverläufe (1972), S. 97 ff.

⁵⁵ Schlüchter, Zusammenhang Pflichtwidrigkeit und Erfolg, JA 1984, 673 (680); Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (368.)

⁵⁶ Frisch (Fn. 47), JuS 2011, 205 (207).

⁵⁷ Spindel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke, JuS 1964, 14 (18 f.); Spindel (Fn. 8), S. 183 (194 ff.).

⁵⁸ Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm, JuS 1969, 549 (554); Roxin (Fn. 8), S. 159.

⁵⁹ Roxin (Fn. 8), S. 161.

⁶⁰ Roxin (Fn. 8), 160; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (423).

⁶¹ Unveröffentl. Entscheidung des RG v. 15.10.1926; mitgeteilt bei Exner, Frank-Festausgabe I, S. 587 f.

⁶² Roxin (Fn. 8), S. 160 f.; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (423 f.).

⁶³ Matt/Renzikowski/Gaede, StGB, 2. Auflage (2020) § 15 Rn. 57.

⁶⁴ Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 91; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

⁶⁵ Schünemann, GA 1985, 341 (356); Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (649).

⁶⁶ LK-StGB/Vogel/Bülte (Fn. 22), § 15 Rn. 191.

⁶⁷ Frisch (Fn. 39), S. 541.

⁶⁸ Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (275 f.); Prittwitz (Fn. 2), S. 350.

⁶⁹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 15; NK-StGB/Hassemer/Neumann (Fn. 14), Vor. § 1 Rn. 72.

⁷⁰ Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); Puppe, Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg, ZStW 99 (1987), 595 (604); Schaffstein, Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, in: FS Honig (1970), S. 169 (170).

im direkten Vergleich mit der Vermeidbarkeitstheorie als strafbarkeitsausweitend.⁷¹

2. Erforderlichkeit des Nachweises des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

Im Gegensatz zur Kausalitätstheorie gehen die anderen dargestellten Ansichten davon aus, dass zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg ein Zusammenhang bestehen müsse.⁷² Zunächst zur Terminologie: Dieser Zusammenhang wird von der Rechtsprechung Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit⁷³ genannt und in der Lehre als Pflichtwidrigkeits⁷⁴ oder auch Rechtswidrigkeitszusammenhang⁷⁵ bezeichnet. Ungeachtet dieser nominellen Differenzen ist zumindest bezüglich der Fahrlässigkeitsdelikte anerkannt, dass die Tatbestandsverwirklichung gerade auf der objektiven Sorgfaltswidrigkeit beruhen muss.⁷⁶ Anknüpfungspunkt zur Feststellung des Zusammenhangs ist die Sorgfaltsnorm.⁷⁷

Da dieses Merkmal insbesondere im Rahmen von Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten eine wichtige Rolle spielt,⁷⁸ ist zunächst auf den Wortlaut fahrlässiger Erfolgsdelikte hinzuweisen. Die Gesetzesformulierung »durch Fahrlässigkeit«, die man bei den §§ 222, 229 StGB wiederfindet, lässt darauf schließen, dass ein spezifischer Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg zu fordern ist.⁷⁹ Eine schlichte Erfolgshaftung nach dem Prinzip des *versari in re illicita* ist abzulehnen, da eine fahrlässige Verursachung eines tatbestandlichen Erfolgs nicht der Addition von Fahrlässigkeit und Erfolg entspricht.⁸⁰ Nach diesem Prinzip sind dem Täter alle Folgen *eo ipso* zuzurechnen, sodass es sich um eine Zufallshaftung handelt, die mit dem modernen Schuldstrafrecht nicht zu vereinbaren ist.⁸¹

Ein Zusammenhang ist zudem aus Gründen der Fairness und Gerechtigkeit zu fordern, da einem Täter nicht zugemutet werden kann, für einen Erfolg eintreten zu müssen, den er auch bei Anwendung der ordnungsgemäßen Sorgfalt nicht vermeiden konnte.⁸² Würde man den Pflichtwidrigkeitskonnex für überflüssig halten, leugnete man, dass eine

gewisse Risikoerhöhung durch das Recht erlaubt ist.⁸³ Der Überholvorgang anderer Teilnehmer des Straßenverkehrs ist nicht schlechthin untersagt, sondern unter Einhaltung der in § 5 StVO kodifizierten Auflagen erlaubt. Gefährliche Verhaltensweisen sind unter der Voraussetzung gestattet, dass die in der Rechtsordnung fixierten Sicherheitsbestimmungen eingehalten werden. Vorbedingung einer Strafbarkeit ist damit, dass die Abwendung des Erfolgs durch Einhaltung der Sorgfaltspflichten möglich war.⁸⁴ Es kann nicht irrelevant sein, dass die Norm im konkreten Fall nicht zur Erfolgsabwendung geeignet war, sonst stünde eine Erfolgszurechnung im Widerspruch zur Schutzfunktion der Norm.⁸⁵ Noch deutlicher wird die Unhaltbarkeit eines anderen Standpunktes, wenn man bedenkt, dass selbst dann eine Strafbarkeit anzunehmen wäre, wenn der Täter die Gefahr vermindert hat.⁸⁶

Unterstützt wird dies von straftheoretischen Erwägungen, da es für die Allgemeinheit andernfalls nicht nachvollziehbar wäre, warum der Täter zu bestrafen sei.⁸⁷ Die Strafzwecke der positiven und negativen Generalprävention, also das Normbewusstsein der Allgemeinheit zu stärken⁸⁸ und vor der Begehung von Straftaten abzuschrecken,⁸⁹ liefen bei einer Verurteilung des Täters leer.⁹⁰ Das Vertrauen in die Rechtsordnung würde gemeinsam mit der Legitimationsbasis der Strafe in Frage gestellt werden.⁹¹ Somit muss eine Verantwortung des Täters für den geschaffenen Erfolg dann entfallen, wenn er diesen auch bei Einhaltung der Sorgfaltspflichten verursacht hätte. Die Rechtsordnung kann nichts Unmögliches verlangen.⁹²

Erachtet man den Pflichtwidrigkeitszusammenhang nun aber als zwingend erforderlich, stellt sich die Frage, welches Element des Unrechts bei seiner Verneinung entfällt. Dies ist relevant, weil insoweit zwischen Handlungs-⁹³ und Erfolgswert⁹⁴ zu differenzieren ist. Der Handlungsunwert erschöpft sich in der rechtlich missbilligten Gefahrschaffung.⁹⁵ Durch den Erfolgswert der Tat wird festgestellt, dass sich die geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat.⁹⁶ Die Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens des Täters steht fest.⁹⁷ Ein Überholvorgang, bei dem der Mindestabstand nicht eingehalten wird, ist objektiv sorgfaltswidrig. Das Handlungs-

71 Prittwitz (Fn. 2), S. 330 f.; Burgstaller (Fn. 6), S. 143.

72 Burgstaller (Fn. 6), S. 70; BGHSt 11, 1 (7).

73 BGHSt 11, 1 (7); 33, 61 (64).

74 Küper (Fn. 30), S. 247 (249); Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402); Toepel (Fn. 35), S. 100.

75 Samson (Fn. 54), S. 34; Erb (Fn. 8), S. 70; Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht (1973), S. 29.

76 Schatz (Fn. 52), NSTz 2003, 581 (583).

77 Burgstaller (Fn. 6), S. 76.

78 Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 304; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (404).

79 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431); Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 144; Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (Fn. 20), Rn. 509.

80 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431); Roxin (Fn. 25), S. 133 (139 f.); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 144.

81 Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 367 (367); BGHSt 11, 1 (6 f.).

82 Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406); Toepel (Fn. 35), S. 50; Lampe, Das personale Unrecht (1967), S. 222.

83 Roxin (Fn. 41), ZStW 78 (1966), 214 (217 Fn. 5); Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten (1979), 334.

84 Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367).

85 Burgstaller (Fn. 6), S. 138.

86 Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (648); Wolter (Fn. 83), S. 334.

87 Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

88 Murmann (Fn. 1), § 8 Rn. 36; MüKoStGB/Radtke, (Fn. 11), Vor. § 38 Rn. 35.

89 Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 25; BVerfGE 45, 187 (255).

90 Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406); Frisch (Fn. 39), S. 517 f.

91 Frisch (Fn. 39), S. 516 f.; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

92 Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (405); Otto (Fn. 43), S. 77 (89).

93 Hohn, Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgswert, JuS 2008, 494 (495); NK-StGB/Paeffgen/Zabel (Fn. 14), Vor. §§ 32 ff. Rn. 51.

94 Hohn (Fn. 93), JuS 2008, 494 (495); Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 88.

95 Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 29; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 122.

96 Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 30; Frister (Fn. 1), Kap. 8 Rn. 14.

97 Burgstaller (Fn. 6), S. 131.

unrecht liegt folglich vor, da Sorgfaltsnormen ihre Wirkung nicht durch die Nutzlosigkeit im Einzelfall verlieren. Solche sind generell zur Gefahrverhinderung geeignet.⁹⁸ Bei Negation des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs liegt vielmehr kein zurechenbarer Erfolgswert vor, da nicht feststellbar ist, dass der Erfolg gerade die realisierte Pflichtwidrigkeit des Täters darstellt.⁹⁹ Wäre also sicher, dass der Radfahrer auch bei Einhaltung des erforderlichen Abstandes infolge einer Erfassung durch den Lastzug verstorben wäre, hätte sich nur das erlaubte Risiko eines Überholvorgangs verwirklicht. Im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung eines Vorsatzdeliktes prüft man sodann im Anschluss eine Versuchsstrafbarkeit, da der objektive Tatbestand mangels zurechenbarem Erfolgswert nicht vollständig erfüllt wäre.¹⁰⁰ Im Gegensatz dazu ist der fahrlässige Versuch infolge seiner Tatbestandslosigkeit straflos.¹⁰¹

Erst durch das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs lässt sich feststellen, ob sich Unrecht oder nur Unglück verwirklicht hat.¹⁰² In dem konkreten Fall lässt sich nicht sicher feststellen, dass sich die Gefährlichkeit der Handlung des Täters im Erfolg niedergeschlagen hat, sodass fraglich ist, ob der Erfolgswert gegeben ist.

Wie der erforderliche Zusammenhang im Einzelnen ausgestaltet sein soll und an welche Voraussetzungen er geknüpft sein soll, wird kontrovers diskutiert. Ein vollständiger Verzicht auf das Erfordernis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, wie ihn die Kausalitätstheorie fordert, ist jedoch abzulehnen. Es kann festgestellt werden, dass die tatsächliche Kausalität zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Zurechenbarkeit eines Erfolgs ist.¹⁰³

3. Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe

Es stellt sich weiter die Frage, ob hypothetische Ursachen und Verläufe im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs Berücksichtigung finden dürfen. Verneinte man dies im Rahmen der objektiven Zurechnung genauso wie man es grundsätzlich bei der Kausalität¹⁰⁴ handhabt, würde sich die weitere Debatte erübrigen. Die Prüfungsoperatoren der Vermeidbarkeitstheorie und der Risikoerhöhungslehre wären unzulässig. Sowohl nach der Vermeidbarkeits- als auch nach der Risikoerhöhungstheorie ist eine hypothetische Betrachtung maßgeblich.¹⁰⁵ Die objektive Zurechnung ist jedoch, als normatives Tatbestandsmerkmal, strikt von der naturgesetzlichen, tatsächlichen Kausalität zu trennen.¹⁰⁶

Für diese wesensverschiedenen Merkmale können nicht dieselben Regeln greifen. Da der objektiven Zurechnung eine wertende Aufgabe zukommt, muss Raum für gewisse hypothetische Erwägungen sein, die zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Man versucht gerade nicht hypothetische Ursächlichkeiten für eine Zurechnung eines Erfolgs ausreichen zu lassen, sondern bedient sich nur eines Vergleichs, um zu bewerten, ob der Erfolg dem Täter zurechenbar ist.¹⁰⁷

Die Hypothese ist ausschließlich auf die Frage beschränkt, ob der tatbestandliche Erfolg auch bei sorgfältigem Verhalten des Täters eingetreten wäre, beziehungsweise ob bei einem Vergleich mit dem sorgfältigen Verhalten eine Risikosteigerung anzunehmen ist.¹⁰⁸ Dabei ist der Pflichtverstoß relevant, der als unmittelbare Schadensursache in Betracht kommt, sodass Reserveursachen unberücksichtigt bleiben.¹⁰⁹ In dem Beispielfall ist mithin nur die Pflichtwidrigkeit des zu geringen Abstandes zu ersetzen.

4. *In dubio pro reo*

Vielfach wird gegen die Risikoerhöhungslehre vorgebracht, dass sie gegen den *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz verstoße.¹¹⁰ Nach diesem scheidet eine Verurteilung aus, wenn Zweifel im Hinblick auf strafbarkeitsbegründende Voraussetzungen bestehen.¹¹¹ Solche dürfen im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO niemals zu Lasten des Angeklagten, sondern nur zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.¹¹² Dies ist ein prozessualer Grundsatz. Insoweit ist zwischen der materiellrechtlichen und formalrechtlichen Ebene zu trennen.¹¹³ Art und Wesen einer materiellen Voraussetzung sind nicht mit einem Hinweis auf einen Prozessgrundsatz in Frage zu stellen.¹¹⁴ Materiell ist zunächst zu bestimmen, an welche Voraussetzungen eine Strafbarkeit zu knüpfen ist. Genau hier liegt der Kern der dargestellten Diskussion.

Generell erwidern die Anhänger der Risikoerhöhungslehre, dass in dem schlechthin nicht aufkläraren Bereich hypothetischer Kausalverläufe stets nur anhand von Wahrscheinlichkeiten zu operieren sei, weshalb der Zweifelsatz gar nicht zur Anwendung kommen könne.¹¹⁵ Dagegen wird argumentiert, dass es um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals – des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs – ginge und bezüglich solcher greife der *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz.¹¹⁶ Der hypothetische Kausalverlauf wird nur

⁹⁸ Küper (Fn. 30), S. 247 (264).

⁹⁹ Küper (Fn. 30), S. 247 (265 f.); Wolter (Fn. 83), S. 334.

¹⁰⁰ Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 88; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562); Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 36), Vor. §§ 13 ff. Rn. 99.

¹⁰¹ Küper (Fn. 30), S. 247 (265); Kaufmann (Fn. 8), S. 200 (230).

¹⁰² Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 30; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562).

¹⁰³ Frisch (Fn. 39), S. 524 f.; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562).

¹⁰⁴ RGSt 19, 141 (145); BGHSt 2, 20 (24); MüKoStGB/Freund (Fn. 11), Vor. § 13 Rn. 336; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (563).

¹⁰⁵ Erb (Fn. 11), JuS 1994, 449 (455); Puppe (Fn. 35), JuS 1982, 660 (664).

¹⁰⁶ Erb (Fn. 8), S. 54; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (569); MüKoStGB/Duttge (Fn. 11), § 15 Rn. 164.

¹⁰⁷ Ulsenheimer (Fn. 6), S. 148; Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 99.

¹⁰⁸ MüKoStGB/Duttge (Fn. 11), § 15 Rn. 169; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (435).

¹⁰⁹ Burgstaller (Fn. 6), S. 130 Fn. 3; BGHSt 49, 1 (4).

¹¹⁰ Samson (Fn. 54), S. 47; Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367).

¹¹¹ Frister (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 35; Murmann (Fn. 1), § 31 Rn. 73.

¹¹² Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1298; BGH NStZ 2005, 85 (86).

¹¹³ Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (281 f.); Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (652); Erb (Fn. 8), S. 103 f.

¹¹⁴ Burgstaller (Fn. 6), S. 144.

¹¹⁵ Stratenwert (Fn. 31), S. 227 (232f.); Roxin (Fn. 8), S. 171; Puppe, Brauchen wir eine Risikoerhöhungslehre?, FS Roxin, S. 287 (302).

¹¹⁶ Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (Fn. 20), Rn. 515; BGHSt 11, 1 (3).

zu Vergleichszwecken heran gezogen. Zweifel bestehen in Bezug darauf, ob sich die vom Täter geschaffene Gefahr tatsächlich realisiert hat.

Weiterhin wenden die Vertreter der Risikoerhöhungslehre ein, dass ein Risiko nicht in einen erlaubten und einen unerlaubten Teil aufspaltbar sei.¹¹⁷ Somit könne keine getrennte Gefahrverwirklichung für diese ermittelt werden. Der Täter schaffe ein insgesamt verbotenes Risiko. Dieses verwirkliche sich bei Erfolgseintritt.¹¹⁸ Die unerlaubte Gefahr hat sich unzweifelhaft mitverwirklicht.¹¹⁹ Die Frage, ob bei einem solchen pflichtgemäßen Alternativverhalten der Erfolg ebenfalls eingetreten wäre, müsste nicht beantwortet werden. Zweifel darüber könnten mithin zu keiner Anwendung des Zweifelssatzes führen.¹²⁰ Der Grund für die Unspaltbarkeit liege im Schutzzweck der Sorgfaltsnorm, sonst erfolge nämlich dort, wo größtmögliche Sorgfalt geboten sei, ein Verzicht auf die Geltung der Sorgfaltsnorm.¹²¹ Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber in solchen Fällen keinesfalls auf die Anwendung der Sorgfaltspflichten verzichtet, da solche unabhängig davon greifen, ob sie im Einzelfall eine effektive Maßnahme zum Rechtsgüterschutz darstellen. Sie sind generell geeignet Gefahren zu reduzieren, sodass deren »prinzipielle Zwecktauglichkeit durch ihre Nutzlosigkeit im Einzelfall nicht widerlegt werden kann.«¹²² Allerdings ist der Risikoerhöhungslehre insoweit zuzustimmen, dass, wenn eine Steigerung der Gefahr für das Rechtsgut als Zurechnungskriterium ausreichen soll, lediglich feststehen muss, dass der Täter eine solche herbeigeführt hat. Nur wenn unsicher ist, ob eine Steigerung des Risikos vorliegt, müsste der prozessrechtliche Grundsatz *in dubio pro reo* greifen und eine Verurteilung des Angeklagten wäre ausgeschlossen.¹²³

An dieser Stelle spaltet sich die Risikoerhöhungslehre. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass für den Radfahrer ein höheres Risiko besteht, wenn der Abstand nur 75 cm anstelle von 150 cm beträgt.¹²⁴ Die Besonderheit in dem Beispielfall liegt jedoch in der starken Angetrunkenheit des Radfahrers. Diese führt dazu, dass nicht mehr ohne Weiteres von einer Risikosteigerung auszugehen ist. Während einige Vertreter bei Zweifeln bezüglich dieser Tatsachen *in dubio pro reo* entscheiden wollen,¹²⁵ plädieren andere dagegen, da die Rechtsordnung keine Veranlassung sehe, auch nur solche Verhaltensweisen zu tolerieren, die möglicherweise das er-

laubte Risiko überschreiten¹²⁶. Es sei daran erinnert, dass Roxin insoweit auch eine mögliche Risikosteigerung zur Zurechnung ausreichen lässt.¹²⁷ Das entscheidende kriminalpolitische Motiv dieser Lehre, Strafbarkeitslücken zugunsten eines extensiven Rechtsgüterschutzes zu vermeiden, kommt zum Tragen.

An dieser Stelle ist jedoch zu betonen, dass es sich bei der Risikoerhöhung um ein unrechtskonstitutives Merkmal handelt, sodass bei Zweifeln hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen im konkreten Fall der Grundsatz *in dubio pro reo* greifen muss.¹²⁸ Alles andere liefe auf eine rechtliche Bewertung *in dubio contra reum* hinaus. Es zeigt sich somit, dass der Einwand, es gäbe nur bei der Vermeidbarkeitstheorie Beweisschwierigkeiten,¹²⁹ unhaltbar ist. Wenn es also um das Vorliegen der von der Lehre selbst aufgestellten Voraussetzungen geht, ist *in dubio pro reo* zu entscheiden. Liegt jedoch eine eindeutig feststellbare Risikoerhöhung vor, findet der *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz keine Anwendung.¹³⁰

Es hat sich gezeigt, dass die Risikoerhöhungslehre bei korrekter Anwendung im Einzelfall keinesfalls gegen den strafprozessrechtlichen Zweifelssatz verstößt, da keine Tatsachen zulasten des Täters unterstellt werden und dieser Ansatz sich nur in Rechtsfragen von der Vermeidbarkeitstheorie unterscheidet.

Umgekehrt wirft die Risikoerhöhungslehre der Vermeidbarkeitstheorie aufgrund kriminalpolitischer Erwägungen vor, dass ein Freispruch umso weniger einleuchtend sei, je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts bei pflichtgemäßem Handeln sei.¹³¹ Daraufhin ist zu erwidern, dass nicht jeder geringfügigste Zweifel zu einer Entscheidung *in dubio pro reo* führt, vielmehr genügt, dass vernünftige Zweifel ausgeräumt werden.¹³² »Die persönliche Gewißheit ist für die Verurteilung notwendig, aber auch genügend.«¹³³

5. Umwandlung von Erfolgsdelikten in Gefährdungsdelikte

Weiterhin wird gegen die Risikoerhöhungslehre vorgebracht, dass sie zur Behebung von Beweisschwierigkeiten Erfolgsdelikte zu reinen Gefährdungsdelikten umdeuten würde, was *de lege lata* unzulässig sei, wenn die Strafe von einem zu-rechenbaren Erfolg abhängig ist.¹³⁴

117 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 90; Küper (Fn. 30), S. 247 (254 f.).

118 Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (238); Rudolphi (Fn. 58), JuS 1969, 549 (554); Puppe, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), 287 (314 f.).

119 Küper (Fn. 30), S. 247 (286).

120 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (434); Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Küper (Fn. 30), S. 247 (285).

121 Roxin (Fn. 25), S. 133 (139); Roxin (Fn. 8), S. 131.

122 Küper (Fn. 30), S. 247 (264).

123 SK-StGB/Jäger (Fn. 23), Vor. § 1 Rn. 117; Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.).

124 Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (131).

125 Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.); Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (281 f.); Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Jescheck/Weigend (Fn. 9), S. 585.

126 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (434); Krümpelmann (Fn. 45), GA 1984, 491 (502).

127 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96.

128 Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.); Wolter (Fn. 83), S. 337; Erb (Fn. 8), S. 131.

129 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (440 f.).

130 Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (129f).

131 Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (649 ff.); Krümpelmann (Fn. 45), GA 1984, 491 (491 f.).

132 Toepel (Fn. 35), S. 130; Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 15.

133 Toepel (Fn. 35), S. 130.

134 Frisch (Fn. 47), Jus 2011, 205 (208); Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 63), § 15 Rn. 57; Samson (Fn. 54), S. 155; Prützwitz (Fn. 2), S. 329; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 572; Fincke (Fn. 54), S. 60.

Zunächst zu der allgemeinen Gesetzessystematik: Bei einem Erfolgsdelikt knüpft der Gesetzgeber die Strafbarkeit an einen von der Tathandlung abgrenzbaren konkreten Erfolg im Sinne einer Rechtsgutsverletzung an.¹³⁵ Im Rahmen von Gefährdungsdelikten ist zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten zu unterscheiden. Während der Täter bei einem konkreten Gefährdungsdelikt tatsächlich eine Gefahr schaffen muss und der Erfolg nur durch Zufall ausbleibt,¹³⁶ ist dies bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt nicht der Fall. Hier ist die abstrakte Gefährlichkeit einer Handlung nur Motiv des Gesetzgebers.¹³⁷ Die Diskussion um die Auswirkungen eines *non liquet* ist mithin ein Problem, das sich nur im Rahmen von vorsätzlichen oder fahrlässigen Erfolgsdelikten stellt, da es um die Zurechenbarkeit von Erfolgen geht.¹³⁸

Fraglich ist nun, ob die Kritik, dass Erfolgsdelikte zu Gefährdungsdelikten umstrukturiert würden, berechtigt ist. Begründen ließe sich dies damit, dass die erforderliche Zurechnung des Erfolgs nicht nur durch die reine Risikoerhöhung, also Schaffung einer Gefahr, nachgewiesen werden könne, sonst stehe nämlich lediglich die Risikoerhöhung, nicht aber die Risikoverwirklichung fest.¹³⁹ Indem auf den Nachweis der Erfolgsvermeidbarkeit verzichtet wird, ginge man von einem Risikodelikt aus, in dessen Rahmen der Erfolgseintritt lediglich als objektive Bedingung der Strafbarkeit hinzutritt.¹⁴⁰

Dagegen lässt sich vorbringen, dass auch die Risikoerhöhungslehre an das Vorliegen eines Erfolgs anknüpft und diesen nicht als entbehrlich erachtet.¹⁴¹ Lediglich sind die Voraussetzungen, die an eine Zurechenbarkeit des Erfolgs gestellt werden, niedriger als die der Vermeidbarkeitstheorie. Die Gefahr, die der Täter geschaffen hat, hat sich mindestens im Erfolg mitverwirklicht und dies müsste zu einer Zurechnung führen, da keine Aufspaltung des Risikos möglich sei.¹⁴² Die Zurechnung eines Erfolgs zum objektiven Tatbestand würde darüber hinaus stets nur durch eine Gefährdung vermittelt werden.¹⁴³ Mithin handle es sich bei dem Strafrecht um ein Risikostrafrecht.¹⁴⁴ Der Normzweck der Erfolgsdelikte liege nämlich nicht darin Rechtsgutsverletzungen zu verhindern, sondern solche auf ein erträgliches Maß zu reduzieren.¹⁴⁵

¹³⁵ Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 102; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 7; Erb (Fn. 11), JuS 1994, 449 (449); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (561).

¹³⁶ Murmann (Fn. 1), § 14 Rn. 23; Frister (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 25.

¹³⁷ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 44; BGHSt 26, 121 (123f).

¹³⁸ Frisch (Fn. 39), S. 539.

¹³⁹ Samson (Fn. 54), 155; Dencker, JuS 1980, 210 (212); Schlüchter (Rn. 55), JA 1984, 673 (676).

¹⁴⁰ Schaffstein (Fn. 70), S. 169 (173).

¹⁴¹ Küper (Fn. 30), S. 247 (286); Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 93; Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (127).

¹⁴² Küper (Fn. 30), S. 247 (286 f.); Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (238).

¹⁴³ Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (237 f.); Wolter (Fn. 83), 35; Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 93; Küper (Fn. 30), S. 247 (285 f.).

¹⁴⁴ Wolter (Fn. 83), S. 36.

¹⁴⁵ Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); SK-StGB/Jäger (Fn. 23), Vor. § 1 Rn. 114.

Im Gegensatz dazu könnte man davon ausgehen, dass die Funktion der Erfolgsdelikte darin läge, Rechtsgutverletzungen zu verhindern.¹⁴⁶ An dieser Stelle ist der appellative Charakter der Straftatbestände zu berücksichtigen. Es muss bedacht werden, dass der Normadressat durch eine Ausgestaltung einer Verhaltensnorm als Verletzungserfolgsnorm dahingehend angesprochen wird, jede Tötung nach Möglichkeit zu vermeiden.¹⁴⁷ Insoweit darf die Entscheidung des Gesetzgebers, die Erfolgsdelikte als solche auszugestalten, nicht unterlaufen werden. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Normzweck nicht die Vermeidung von Rechtsgutverletzungen, sondern nur die Beschränkung solcher sei, müsste der Erfolg dennoch zugerechnet werden und dürfte nicht als objektive Bedingung der Strafbarkeit hinzutreten.¹⁴⁸

Die Kritiker des Risikoerhöhungsansatzes bestreiten indes nicht, dass auch nach dieser ein Erfolgseintritt gefordert wird, sondern bemängeln, dass eine Zurechnung nicht zu erreichen sei. Eine Strafbarkeit im Rahmen von Erfolgsdelikten ist an das Vorliegen eines Verletzungserfolgs als Unrechtserfolg geknüpft, sodass eine Strafbarkeit entfallen muss, wenn eine eindeutige Identifizierung des Erfolgs als Unrecht nicht möglich ist.¹⁴⁹ Eine reine Risikoerhöhung kann zu einer solchen Feststellung nicht ausreichen, da sich der Erfolg, bei der Möglichkeit eines Erfolgseintritts bei rechtmäßigem Alternativverhalten, nicht sicher als Folge des unrechten Verhaltens darstellt.¹⁵⁰ Verletzungserfolgsdelikte würden sonst verfälscht, da der Standpunkt der Risikoerhöhungslehre darauf hinausläuft, »für die Zurechnung des Verletzungserfolgs das Vorhandensein einer zurechenbaren Gefährdung ausreichen zu lassen.«¹⁵¹ Dadurch, dass das Zurechnungskriterium nur für den Nachweis einer zurechenbaren Gefährdung taugt, bleibt die Haftung für den Erfolg auf Grund der »Inkongruenz von Zurechnungsgegenstand und Zurechnungskriterium«¹⁵² unerklärt.

Auch das Gegenargument, dass die Risikoerhöhungslehre deshalb keine Verwandlung von Verletzungsdelikten in Gefährdungsdelikte bewirke, weil sie strafbarkeitseinschränkend sei,¹⁵³ ist mit dem Hinweis darauf, dass die Kausalität für die Zurechenbarkeit eines Erfolgs nicht ausreichend ist und die Risikoerhöhungslehre deshalb strafbarkeitsausweitend¹⁵⁴ ist, zu entkräften.

Es hat sich gezeigt, dass dem Vorwurf, dass die Risikoerhöhungslehre Erfolgsdelikte zu reinen Gefährdungs-

¹⁴⁶ Toepel (Fn. 35), S. 17.

¹⁴⁷ Toepel (Fn. 35), S. 167.

¹⁴⁸ Prittwitz (Fn. 2), S. 332.

¹⁴⁹ Beck, Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit, JA 2009, 268 (268); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (573 f.).

¹⁵⁰ Frisch (Fn. 47), JuS 2011, 205 (208); Schlüchter (Fn. 55), JA 1984, 673 (676).

¹⁵¹ Frisch (Fn. 47), Jus 2011, 205 (208).

¹⁵² Toepel (Fn. 35), S. 166.

¹⁵³ Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); Puppe (Fn. 70), ZStW 99 (1987), 595 (604).

¹⁵⁴ Prittwitz (Fn. 2), S. 331; Burgstaller (Fn. 6), S. 143.

delikten umwandle, angesichts des bloßen Nachweises eines Gefahrenerfolgs zuzustimmen ist. Diese verändert die durch das Gesetz vorgegebenen Zurechnungskriterien und führt zu einer Verletzung des Analogieverbots zu Lasten des Täters nach Art.103 II GG.¹⁵⁵

C. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass den Standpunkten der Vermeidbarkeits- und Risikoerhöhungslehre sowie der Kausalitätstheorie unterschiedliche Argumente zugutekommen. Die Risikoerhöhungslehre und die Kausalitätstheorie überzeugen wegen anfangs aufgezeigter kriminalpolitischer Überlegungen und werden vielfach von solchen Überlegungen getragen. Jedoch muss ein Ansatz auch dogmatisch überzeugen können. Die Kausalitätstheorie vermag dies schon deshalb nicht, weil demnach unter Abstreitung des Erfordernisses des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ein Erfolg nur aufgrund des gegebenen Handlungsunwertes zugerechnet würde. Auch die Risikoerhöhungslehre bietet keine schlüssige Lösung für die aufgezeigte Problematik. Einzig die Vermeidbarkeitstheorie stellt einen dogmatisch überzeugenden Lösungsversuch für die Problematik eines *non liquet* dar. Insbesondere vor dem Hintergrund des hier dargestellten Verständnisses vom Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, ist ein hypothetisches Alternativverhalten im Rahmen der Frage nach der Vermeidbarkeit des Erfolgs zu berücksichtigen. Die stichhaltige Kritik gegen die Risikoerhöhungslehre wird insbesondere daraus gespeist, dass sonst Erfolgsdelikte zu Gefährdungsdelikten umkonstruiert würden. Eine solche Auffassung ist mit der vorgegebenen Normsystematik der Verletzungserfolgsdelikte unvereinbar. Mithin ist festzustellen, dass der Konnex zwischen Gefahrschaffung und

Erfolgseintritt durch die Frage nach der Vermeidbarkeit nachgewiesen werden muss und eine reine Risikoschaffung, im Sinne einer Erhöhung gegenüber dem erlaubten Risiko, nicht ausreichen kann.

Die Risikoerhöhungslehre vermag somit nicht zu überzeugen und ist mit dem geltenden Gesetz nicht zu vereinbaren.

155 Toepel (Fn. 35), S. 165.