

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 71

**Rechtmäßiges Alternativverhalten  
und seine Auswirkungen auf die  
Erfolgszurechnung im Strafrecht**

Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung  
der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellung

Von

**Dr. Volker Erb**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**VOLKER ERB**

**Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen  
auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht**

# **Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge**

**Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser**  
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

**und Dr. Friedrich-Christian Schroeder**  
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

**in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten**

**Band 71**

# **Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht**

**Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung  
der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellung**

**Von**

**Dr. Volker Erb**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Justus Krümpelmann, Mainz

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Erb, Volker:**

Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen  
auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht: eine systematische  
Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechenden  
zivilrechtlichen Fragestellung / von Volker Erb. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1991

(Strafrechtliche Abhandlungen; N. F., Bd. 71)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1990

ISBN 3-428-07179-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten  
© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISSN 0720-7271  
ISBN 3-428-07179-4

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die Arbeit wurde im Jahre 1990 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Justus Krümpelmann, der das Thema der Arbeit angeregt und ihr Entstehen mit viel Verständnis gefördert hat. Ebenfalls herzlich danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Arndt Teichmann, der die zivilrechtliche Betreuung übernommen hat. Dank schulde ich ferner der Lang-Hinrichsen-Stiftung für ihre großzügige Förderung. Weiterhin bin ich Herrn Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder und dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der "Strafrechtlichen Abhandlungen" verpflichtet.

Mainz, Februar 1991

*Volker Erb*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .	21
<b>1. Abschnitt: Einleitung</b> . . . . .	25
I.    Einführung . . . . .	25
1. Radfahrer-Fall . . . . .	25
2. Beschädigung eines Schiffes . . . . .	26
II.   Die Schwerpunkte der bisherigen Diskussion . . . . .	26
III.  Ansätze einer rechtsgebietübergreifenden Lösung . . . . .	27
IV.  Zur Methodik vorliegender Arbeit . . . . .	28
<b>2. Abschnitt: Die systematische Einordnung</b> . . . . .	31
A.   Rechtmäßiges Alternativverhalten und Kausalität . . . . .	31
I.    "Kausalität der Pflichtwidrigkeit" . . . . .	31
II.   Eignung des naturwissenschaftlichen Kausalbegriffs als Zurechnungskriterium im Recht . . . . .	33
1. Das Kausalmodell von Puppe . . . . .	34
a) Ausgangspunkt . . . . .	34
b) Die Formel von der gesetzmäßigen Bedingung . . . . .	34
c) Die Bestimmung des relevanten Erfolges . . . . .	35
d) Konsequenzen für die Betrachtung des rmAV . . . . .	37
2. Kritische Würdigung . . . . .	39
a) Zweckmäßigkeitserwägungen . . . . .	39
b) Die Bewältigung der Reserveursachen-Problematik . . . . .	41
aa) Der Ausschluß der Kausalität durch Reserveursachen . . . . .	41
bb) Reserveursachen werden selbst für den Erfolg kausal . . . . .	42
cc) Das Erfordernis der "ganz konkreten" Betrachtung von Erfolg und Kausalverlauf . . . . .	44
dd) Kein Zirkelschluß durch "konkrete Betrachtung" des Geschehensablaufs . . . . .	47

	(1) Puppes Einwand . . . . .	47
	(2) Keine Kausalität des gesamten vorhergehenden Weltgeschehens . . . . .	48
	(3) Zulässigkeit der Konkretisierung auch des Kausalverlaufs . . . . .	50
	(4) Vorgabe der Wirklichkeit durch konkrete Gestalten? . . . . .	51
III.	Ergebnis; Übertragung der Konsequenzen auf die zivilrechtliche Fragestel- lung . . . . .	53
B.	Rechtmäßiges Alternativverhalten als Reserveursache . . . . .	54
I.	Zivilrechtliche Rechtsprechung und Literatur . . . . .	55
1.	Rechtsprechung . . . . .	55
a)	Mietgelder-Fall - RG, Urt. v. 13.7.1933 - VIII 186/33 . . . . .	55
b)	Löschteich-Fall - OGH brit. Zone, Urt. v. 20.1.1949 - II ZS 20/48 . . . . .	56
c)	Brandgassen-Fall - BGH, Urt. v. 19.4.1956 - III ZR 26/55 . . . . .	57
d)	Inseratkosten-Fall - BAG, Urt. v. 18.12.1969 - 2 AZR 534/74 . . . . .	57
2.	Literatur . . . . .	58
3.	Kritiken . . . . .	59
4.	Stellungnahme . . . . .	59
II.	Strafrecht . . . . .	60
1.	Arthur Kaufmann: Entlastung durch Reserveursachen . . . . .	60
a)	Der Ansatz . . . . .	60
b)	Die ablehnenden Stellungnahmen des Schrifttums . . . . .	61
c)	Kaufmanns Replik . . . . .	62
d)	Stellungnahme . . . . .	63
2.	Spendel: Die Unbeachtlichkeit des rmAV . . . . .	65
a)	Der Ansatz . . . . .	65
b)	Befürworter . . . . .	66
c)	Kritiken . . . . .	66
III.	Vergleichende Betrachtung . . . . .	68
C.	Rechtmäßiges Alternativverhalten als Frage des Rechtmäßigkeitszusammenhangs . . . . .	70
	<b>3. Abschnitt: Der Einfluß des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Zurechnung des Erfolges . . . . .</b>	<b>72</b>
A.	Die Vermeidbarkeitstheorie . . . . .	72

## Inhaltsverzeichnis

	11
<b>I. Varianten und Begründungen</b>	<b>73</b>
1. Strafrecht	73
a) Kausalität der Pflichtwidrigkeit	73
b) Der "besondere Zusammenhang"	74
c) Die Zweckverfehlung der Norm	76
d) Die Ratio des Erfolgerfordernisses	77
2. Zivilrecht	78
a) Überblick	78
aa) Gotzler	80
bb) Esser/Schmidt	81
cc) Übrige Autoren	81
b) Der Standpunkt des BGH	82
c) Stellungnahme	83
aa) Parallelbegründungen zum Strafrecht	83
bb) Der Schadensausgleichszweck des Zivilrechts	85
cc) Der Schutzbereich der Norm	87
3. Zwischenbilanz	90
<b>II. Ergebnisbedingte Probleme der Vermeidbarkeitstheorie</b>	<b>90</b>
1. Darstellung	90
2. Zivilrecht: Lösung des Problems mittels Beweiserleichterungen	92
3. Strafrecht: Keine Abhilfe möglich?	96
a) Die unzulässige Beweislastumkehr	96
b) Bedenkliche Tendenzen in der Rechtsprechung	97
c) Die eingeschränkte Vermeidbarkeitstheorie nach Frisch	99
aa) Die Unbeachtlichkeit des Grundrisikos	99
bb) Die geringfügige Lebensverkürzung	101
<b>III. Abgrenzbarkeit zu den eigentlichen Reserveursachen</b>	<b>102</b>
1. Der Schädiger konnte den Schaden selbst rechtmäßig herbeiführen	103
2. Die "Gebotenheit" des rMAV	105
3. Die Abgrenzung nach Haftungsgrund, Haftungsausfüllung und Zeitmoment	107
a) Die Unterscheidung zwischen Haftungsgrund und Haftungsausfüllung	107
b) Die Differenzierung nach Gotzler und das Eignungsprinzip	109
c) Das Zeitmoment als der entscheidende Aspekt	109
d) Die Willkürlichkeit des Abstellens auf den Erfolgszeitpunkt	111
aa) Die geringfügigen Zeitunterschiede	111

bb)	Die Zugrundelegung des exakten Zeitpunktes . . . . .	112
e)	Die Aufspaltung der Sorgfaltspflichten . . . . .	112
4.	Abgrenzungen nach der Rechtsprechung . . . . .	113
a)	Keine Gegenüberstellung der Fragenkreise . . . . .	113
b)	Was darf "hinzugedacht" werden? . . . . .	114
c)	Die Bedeutung des fehlerhaften Opferverhaltens nach BGHSt 30, 228 ff. . . . .	115
5.	Die Bestimmung des "hinzuzudenkenden" AV nach dem neueren straf- rechtlichen Schrifttum . . . . .	116
6.	Bilanz der Abgrenzungsversuche . . . . .	118
IV.	Zusammenfassende Stellungnahme zur Vermeidbarkeitstheorie . . . . .	118
B.	Die Risikoerhöhungslehre . . . . .	120
I.	Darstellung . . . . .	120
II.	Die Bedeutung der Risikoerhöhungslehre für das Zivilrecht . . . . .	121
III.	Die dogmatischen Begründungen der Risikoerhöhungslehre . . . . .	124
1.	Die Unteilbarkeit des geschaffenen Risikos . . . . .	124
2.	Die Nichtsteigerung des erlaubten Risikos . . . . .	124
3.	Die Erreichung des Normzweckes im Einzelfall . . . . .	126
a)	Allgemeines . . . . .	126
b)	Der Zweck der Verhinderung des Gefahrerhöhungserfolges . . . . .	127
c)	Stellungnahme . . . . .	128
IV.	Die klassischen Kritikpunkte . . . . .	129
1.	Darstellung . . . . .	129
2.	Gegeneinwände . . . . .	130
a)	In dubio pro reo . . . . .	130
b)	Die Beibehaltung der erfolgsorientierten Deliktsstruktur . . . . .	132
3.	Stellungnahme . . . . .	132
a)	Keine Umwandlung der Deliktsstruktur . . . . .	132
b)	In dubio pro reo . . . . .	133
aa)	Die Einheitlichkeit der Rechtsauslegung . . . . .	133
bb)	Die zu beweisende Tatsachenbasis des Gefahurteils . . . . .	135
cc)	Weitere Ungereimtheiten des Risikovergleichs . . . . .	136
(1)	Die uneingeschränkte ex post-Betrachtung . . . . .	136
(2)	Die Anpassung der Tatsachenbasis an die des hypothe- tischen Urteils . . . . .	137
V.	Differenzierung nach prinzipieller Aufklärbarkeit der Tatsachen . . . . .	138

Inhaltsverzeichnis		13
1.	Darstellung . . . . .	138
2.	Kritik . . . . .	139
a)	Theoretische Überzeugungskraft . . . . .	139
b)	Bewältigung des in dubio-Problems? . . . . .	141
VI.	Die Ungeeignetheit des ex post-Risikoerhöhungserfolges als Zurechnungskriterium . . . . .	142
1.	Sicherheits- und Wahrscheinlichkeitsurteil als unterschiedliche Betrachtungsweisen der gleichen Situation . . . . .	143
2.	Keine Abhilfe durch Beschränkung auf nicht determinierte Abläufe . . . . .	143
VII.	Abschließende Würdigung der Risikoerhöhungslehre . . . . .	144
C.	Die "normative Korrespondenz" zwischen Verhalten und Erfolg . . . . .	146
I.	Darstellung . . . . .	146
1.	Der Grundgedanke . . . . .	146
2.	Die ex ante vorzunehmende Wahrscheinlichkeitsbetrachtung . . . . .	148
a)	Die Begründung der ex ante-Betrachtung . . . . .	148
b)	Die Möglichkeit des Auseinanderfallens von Pflichtwidrigkeit und Nichterfüllung des Anspruchs . . . . .	149
3.	Die beweisbedürftige Tatsachenbasis . . . . .	150
a)	Die Trennung der Tatsachenbasis von der Verlaufsprognose . . . . .	150
b)	Die unbeschränkte Tatsachenbasis der Anspruchslage . . . . .	151
4.	Keine Entlastung beim Verstoß gegen "Eingriffsverbote" . . . . .	152
II.	Stellungnahme . . . . .	153
1.	Die theoretische Erfassung des RWZ . . . . .	153
a)	Grundsätzliche Erwägungen . . . . .	153
b)	Die unrechtstheoretische Rechtfertigung des Ansatzes . . . . .	155
aa)	Der Handlungsunwert als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnung . . . . .	155
bb)	Entbehrlichkeit des Erfolgswertes für das Unrecht? . . . . .	157
cc)	Die Bedeutung des Erfolgswertes als Unrechtskomponente neben dem Handlungsunwert . . . . .	158
(1)	Einwände gegen die rein handlungsbezogene Unrechtslehre . . . . .	158
i.	Plausibilitätsargumente . . . . .	158
ii.	Die Kritik Paeffgens . . . . .	160
(2)	Die normentheoretische Konstruktion des Unrechtssystems aus der Opferperspektive . . . . .	161

i.	Die dem Erfolgswert zugrundeliegende Normverletzung . . . . .	162
ii.	Der Wirkungsmechanismus der Verhaltensnorm . . . . .	163
iii.	Die Möglichkeit reinen Handlungsunrechts . . . . .	164
iv.	Die eigenständige Stellung des Schutzanspruchs . . . . .	165
v.	Die grundsätzliche Gleichberechtigung von Verhaltensnorm und Schutzanspruch . . . . .	168
dd)	Der Zusammenhang zwischen beiden Komponenten . . . . .	168
ee)	Der Ausschluß des Zusammenhangs in rAV-Fällen . . . . .	169
c)	Der Fortschritt gegenüber der Risikoerhöhungslehre . . . . .	170
2.	Probleme der konsequenten Durchhaltung des ex ante-Standpunktes . . . . .	172
a)	Grundsätzliche Bedenken . . . . .	172
b)	Folgen für "in dubio pro reo" . . . . .	173
c)	Konsequenzen . . . . .	175
d)	Die Bedeutung der theoretischen Aufklärbarkeit eines Verlaufs für die Bestimmung der Gefahrenlage . . . . .	176
aa)	Grundsätzliche Möglichkeiten der Differenzierung . . . . .	176
bb)	Unzureichende Begründung der Entbehrlichkeit des Beweises des sicheren Erfolgesintrittes . . . . .	177
cc)	"Prinzipielle Unmöglichkeit" der Abgrenzung . . . . .	177
dd)	Die Differenzierung nach Horn . . . . .	178
ee)	Stellungnahme . . . . .	180
(1)	Wesentliche Vorzüge von Horns Vorgehen . . . . .	180
(2)	Eindeutige Unterscheidbarkeit zwischen beiden Kategorien von Sachverhalten . . . . .	182
(3)	In dubio pro reo . . . . .	186
ff)	Die Übertragung des Ansatzes auf die normative Korrespondenz . . . . .	187
gg)	Die Unanwendbarkeit auf die Risikoerhöhungslehre . . . . .	189
hh)	Zusammenfassung/Exakte Bestimmung der Anspruchslage . . . . .	190
3.	Die "Eingriffsverbote" . . . . .	191
a)	Kein Verlust des Schutzes gegen zusätzliche Bedrohungen . . . . .	192
b)	Wann liegt eine zusätzliche Bedrohung vor? . . . . .	193
c)	Die Unabhängigkeit dieser Differenzierung von der Schwere des Pflichtverstoßes . . . . .	195
d)	Zusammenfassende Stellungnahme zu den Eingriffsverboten . . . . .	196
e)	Mehrere rechtmäßige Alternativ-Verhaltensweisen . . . . .	196

aa)	Theoretische Darstellung der Lösung . . . . .	196
bb)	Das Beispiel von BGH VRS 35, 114 . . . . .	197
III.	Das Verhältnis der Theorie von der normativen Korrespondenz zu anderen Ansätzen . . . . .	200
1.	Normative Korrespondenz und der Gegensatz Vermeidbarkeitstheorie - Risikoerhöhungslehre . . . . .	200
a)	Praktische Unterschiede . . . . .	200
aa)	Im Regelfall Übereinstimmung mit der Risikoerhöhungslehre . . . . .	200
bb)	Weitergehende Zurechnung in Einzelfällen . . . . .	202
cc)	Engerer Zurechnungsrahmen bei konsequenter Berücksichtigung des Normzweckes . . . . .	203
b)	Der grundverschiedene theoretische Ansatz . . . . .	204
2.	Die Trennung von Reserveursachen . . . . .	205
3.	Die Risikorealisation nach Jakobs . . . . .	206
a)	Einführung . . . . .	206
b)	Vergleich mit der Zurechnung nach der normativen Korrespondenz . . . . .	207
aa)	Gemeinsame Grundannahme . . . . .	207
bb)	Unterschiedliche Methode . . . . .	207
cc)	Die Bewältigung der "Eingriffsverbote" . . . . .	209
4.	Die Kongruenz zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand . . . . .	209
a)	Das Fahrlässigkeitsdelikt nach Struensee . . . . .	209
b)	Fehlende Kongruenz zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand in den rmAV-Fällen . . . . .	210
c)	Struensees Lösung und die normative Korrespondenz . . . . .	212
5.	Der Zusammenhang zwischen dem Schutzzweck der Sorgfaltspflichten und der normativen Korrespondenz . . . . .	213
a)	Unmöglichkeit der Chancenverbesserung . . . . .	214
b)	Ausscheidung von Schutzreflexen . . . . .	215
aa)	Fehlende generelle Eignung . . . . .	215
bb)	Die spezifische Schutzrichtung . . . . .	217
IV.	Die Übertragung des Modells der normativen Korrespondenz auf das Zivilrecht . . . . .	219
1.	Grundsätzliche Anwendbarkeit . . . . .	219
2.	Gültigkeit der Begründungen der normativen Korrespondenz auch auf dem Gebiet des Zivilrechts . . . . .	221
a)	Ausgangspunkt der zivilrechtlichen Unrechtskonzeption . . . . .	221
b)	Die Verteidigung der erfolgsbezogenen Unrechtslehre. . . . .	222

c)	Die Gegenansicht . . . . .	223
aa)	Die Rechtsordnung kann nur Handlungen steuern . . . . .	223
bb)	Gesetzliche Zuordnung der Pflichtwidrigkeit zur Schuld? . . . . .	224
cc)	Die Einheit der Rechtsordnung . . . . .	225
dd)	Folgen für den defensiven Güterschutz . . . . .	225
d)	Stellungnahme . . . . .	227
aa)	Die Bedeutung des Handlungsunwertes . . . . .	227
bb)	Die Unzulänglichkeit des rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs für das Zivilrecht . . . . .	228
(1)	Probleme beim defensiven Güterschutz . . . . .	229
(2)	Die Überwindung der Schwierigkeiten durch eine "zweispurige" Unrechtskonzeption auch im Zivilrecht . . . . .	230
cc)	Die Einheit der Rechtsordnung . . . . .	231
(1)	Ein willkürlicher Bruch innerhalb des Zivilrechts? . . . . .	231
(2)	Die Wahrung der Systemeinheit . . . . .	232
e)	Konsequenzen . . . . .	233
3.	Vereinbarkeit mit der spezifischen Aufgabenstellung des Zivilrechts . . . . .	234
a)	Ausschluß der Zurechnung bei fehlender Gefahrerhöhung ex ante . . . . .	234
b)	Keine zwingende Begründung der Ersatzpflicht bei positiv gegebener Gefahrerhöhung . . . . .	235
c)	Zwei hintereinandergeschaltete Zurechnungsschritte . . . . .	236
d)	Die Unterscheidung nach Haftungs begründung und Haftungsausfüllung bei Gotzler . . . . .	238
4.	Zusammenfassung . . . . .	240
5.	Auswirkungen auf die Beweislastverteilung . . . . .	240
a)	Der Beweis der normativen Korrespondenz . . . . .	241
aa)	Allgemeines . . . . .	241
bb)	Der Schädiger muß das Vorliegen atypischer Umstände beweisen . . . . .	241
cc)	Weitere Beweiserleichterungen . . . . .	242
b)	Der Einwand der Unvermeidbarkeit ex post . . . . .	244
c)	Ergebnis . . . . .	244
V.	Bemerkungen zur Einordnung des RWZ in den Tatbestandsaufbau . . . . .	244
4. Abschnitt: Sonderfragen . . . . .		248
A.	Rechtmäßiges Alternativverhalten und Unterlassen . . . . .	248

## Inhaltsverzeichnis

17

	<b>Inhaltsverzeichnis</b>	17
I.	Die Kausalität des Unterlassens . . . . .	249
1.	"Ex nihilo nihil fit" . . . . .	250
2.	Kein Verzicht auf das Kausalitätserfordernis . . . . .	250
II.	Der Rechtswidrigkeitszusammenhang beim Unterlassungsdelikt . . . . .	252
1.	Der Dachwohnungsbrand-Fall . . . . .	253
2.	Die stillschweigende Übernahme der konkreten Erfolgsbetrachtung . . . . .	254
3.	Kritische Stimmen . . . . .	255
4.	Stellungnahme . . . . .	256
a)	Der berechnigte Kern der Kritik . . . . .	256
b)	Die zutreffende Einordnung . . . . .	256
c)	Wahrung der Strukturparallelität zum Begehungsdelikt . . . . .	258
5.	Die normative Korrespondenz beim Unterlassungsdelikt . . . . .	259
a)	Das Vorliegen der normativen Korrespondenz . . . . .	259
b)	Das Fehlen der normativen Korrespondenz . . . . .	260
c)	Ergebnis . . . . .	261
B.	Rechtmäßiges Alternativverhalten und Vorsatz . . . . .	262
I.	Theoretische Möglichkeit der Beachtlichkeit von rmAV nach der Theorie der normativen Korrespondenz . . . . .	263
1.	Gültigkeit des Modells des Zusammenwirkens von Verhaltens- und Anspruchsnorm auch bei vorsätzlichem Handeln . . . . .	263
2.	Ausschluß der normativen Korrespondenz bei Vorsatz . . . . .	264
3.	Zurechnung eines vorsätzlich verursachten Erfolges trotz Fehlens der funktionalen Verbindung zwischen Handlungs- und Erfolgsperspektive? . . . . .	264
II.	Geringere praktische Bedeutung des rmAV in Vorsatzfällen . . . . .	266
1.	Das unerlaubte als Steigerung des erlaubten Risikos . . . . .	266
2.	Vorsatz bei geringer Erfolgswahrscheinlichkeit . . . . .	268
3.	Hohe erlaubte Risiken für ein Rechtsgut . . . . .	270
a)	Verletzung von Leib und Leben . . . . .	270
b)	Beeinträchtigung von Vermögen und freier Willensentfaltung . . . . .	271
aa)	Zusätzliche Gefahrschaffungen durch besondere Angriffsformen . . . . .	272
bb)	Pflichtwidrige Realisierung der im Grundsatz tolerierten Beeinträchtigung . . . . .	273
III.	Unterlassensfälle . . . . .	275
IV.	Zusammenfassung . . . . .	277

C.	Die Beteiligung mehrerer . . . . .	278
I.	Der Aufzug-Fall . . . . .	278
II.	Die Lösung auf dem Boden der Vermeidbarkeitstheorie . . . . .	279
III.	Die Kritik von Würfel . . . . .	281
IV.	Die Lösung des Problems nach Jakobs . . . . .	282
V.	Stellungnahme / Behandlung der Fälle bei Zurechnung nach der normativen Korrespondenz . . . . .	283
	1. Der Fortschritt durch den Lösungsansatz von Jakobs . . . . .	284
	2. Die Begründung der Lösung anhand der normativen Korrespondenz . . . . .	284
	a) Die Möglichkeit der Betrachtung des "Gesamtverhaltens" bei der Bestimmung des Schutzanspruchs . . . . .	285
	b) Die Prüfung des Einzelverhaltens bei zeitlichen Verschiebungen . . . . .	286
	c) Die Übereinstimmung mit den von Jakobs befürworteten Ergebnissen . . . . .	287
	d) Die Lösung des Aufzug-Falles . . . . .	288
	3. Schlußbetrachtung . . . . .	288
	<b>5. Abschnitt: Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .</b>	<b>289</b>
I.	Die Kritik der herrschenden Ansichten . . . . .	289
	1. Kein Kausalitätsproblem . . . . .	289
	2. Rechtmäßiges Alternativverhalten und Reserveursachen . . . . .	290
	3. Die Vermeidbarkeitstheorie . . . . .	291
	4. Die Risikoerhöhungslehre . . . . .	292
II.	Die normative Korrespondenz zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht . . . . .	293
	1. Die hier vertretene Zurechnungsformel für die Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens . . . . .	293
	a) Der Entwicklungsstand des Kausalverlaufs ex ante im Hinblick auf den späteren Erfolgseintritt . . . . .	293
	b) Der Bezug des Chancenvergleichs auf eine Gefahr . . . . .	294
	c) Die Berücksichtigung des Schutzbereichs der Norm . . . . .	295
	2. Die Zusammenfassung der Begründung . . . . .	295
	3. Geltung auch für das Zivilrecht . . . . .	296
	4. Die Behandlung von Sonderproblemen im Zusammenhang mit rAV . . . . .	297
	5. Die Bewältigung der Probleme der anderen Theorien . . . . .	297

<b>6. Abschnitt: Die Anwendung der erarbeiteten Grundsätze auf rrmAV Fälle aus der Praxis</b> . . . . .	299
<b>A. Fälle aus der strafrechtlichen Rechtsprechung</b> . . . . .	299
I. Apotheker-Fall - RG, Urt. v. 20.12.1886 - Rep. 2779/86 . . . . .	299
II. Kokain-Novokain-Fall - RG, Urt. v. 15.10.1926 - 1 D 555/26 . . . . .	301
III. Ziegenhaar-Fall - RG, Urt. v. 23.4.1929 - I 1265/28 . . . . .	302
IV. Diphtherie-Fall - RG, Urt. v. 30.9.1941 - 1 D 330/41 . . . . .	303
V. Steinbruch-Fall - BGH, Urt. v. 23.10.1952 - 4 StR 431/52 . . . . .	304
VI. Fußgänger-Fall - BGH, Urt. v. 11.7.1957 - 4 StR 160/57 . . . . .	306
VII. Radfahrer-Fall - BGH, Beschl. v. 4.9.1957 - 4 StR 354/57 . . . . .	307
VIII. Referendar- und Wohnungsmakler-Fall - BGH, Beschl. v. 27.5.1959 - 4 StR 49/59 und BGH, Urt. v. 8.10.1957 - 5 StR 366/57 . . . . .	308
IX. Zahnarzt-Fall - BGH, Urt. v. 27.4.1966 - 2 StR 36/66 . . . . .	308
X. Bus-Fall - BGH, Urt. v. 10.4.1968 - 4 StR 62/68 343 . . . . .	309
XI. Dachwohnungsbrand-Fall - BGH, Urt. v. 28.7.1970 - 1 StR 175/70 . . . . .	309
XII. Peritonitis-Fälle - BGH, Urt. v. 20.5.1980 - 1 StR 177/80 und Urt. v. 10.8.1984 - 1 StR 9/84; OLG Koblenz, Beschl. v. 20.8.1980 - 2 WS 398/80 . . . . .	310
XIII. Kettenauffahrunfall - BGH, Urt. v. 15.10.1981 - 4 StR 398/81 . . . . .	310
XIV. Tödlicher Sturz einer Radfahrerin im Engpaß - BayObLG, Urt. v. 3.2.1959 - 2 St 751/59 . . . . .	312
<b>B. Fälle aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung</b> . . . . .	313
I. Mietgelder-Fall - RG, Urt. v. 13.7.1933 - VIII 106/33 . . . . .	313
II. Dreschsatz-Fall - RG, Urt. v. 5.2.1935 - III 263/34 . . . . .	314
1. Der Sachverhalt und seine Behandlung durch das RG . . . . .	314
2. Die Kausalzusammenhänge . . . . .	314
3. Die normative Korrespondenz . . . . .	316
III. Löschteich-Fall - OGH brit. Zone, Urt. v. 20.1.1949 - II ZS 20/48 . . . . .	317
IV. Brandgassen-Fall - BGH, Urt. v. 19.4.1956 - III ZR 26/55 . . . . .	317
V. Vergiftete Schweine - BGH, Urt. v. 13.2.1958 - VII ZR 108/57 . . . . .	318
1. Sachverhalt und Lösung des BGH . . . . .	318
2. Kein Rechtswidrigkeitszusammenhang in bezug auf die Eigentumsverletzung . . . . .	318
3. Die Pflicht zum Ersatz des reinen Vermögensschadens . . . . .	319
VI. Werbeagentur-Fall - BGH, Urt. v. 5.7.1973 - VII ZR 12/73 . . . . .	321
VII. Beschädigung eines Schiffes - BGH, Urt. v. 4.2.1980 - II ZR 55/79 . . . . .	322

VIII. Notar-Fall - BGH, Urt. v. 24.10.1985 - IX ZR 91/84 . . . . .	323
IX. Eigenmächtige Amputation - OLG München, Urt. v. 14.2.1985 - 24 U 356/84 . . . . .	325
X. Die Inseratkosten-Fälle . . . . .	326
1. Die Rechtsprechung des BAG . . . . .	327
2. Die Lösung unter dem Gesichtspunkt der normativen Korrespondenz . . .	328
C. Schlußbetrachtung . . . . .	329
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>332</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort; gleiche Fundstelle wie das vorhergehende Zitat desselben Autors
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AV	Alternativverhalten
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (amtliche Sammlung)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
bes.	besonders
Beschl.	Beschluß
Beschr.	Beschränkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
csqn	conditio sine qua non
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Einschr.	Einschränkung(en)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
Lehrb.	Lehrbuch
Lit.	Literatur
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OGH brit. Zone	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafprozeßrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
rmAV	rechtmäßiges Alternativverhalten
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Rechtswidrigkeitszusammenhang
S.	Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
SchWZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StrVert	Strafverteidiger
u.	unten
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrecht-Sammlung
z.T.	zum Teil
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Abkürzungen für Literaturtitel in den Zitaten sind im Literaturverzeichnis beim jeweiligen Werk angeführt.



## *Erster Abschnitt*

### **Einleitung**

#### **I. Einführung**

Behandelt wird die Problematik des "rechtmäßigen Alternativverhaltens".<sup>1</sup> Dabei geht es um die Frage, wie es sich auf die Zurechnung eines durch rechtswidriges Verhalten verursachten Erfolges auswirkt, daß für den Schädiger die Möglichkeit bestand, statt des pflichtwidrigen ein pflichtgemäßes Verhalten zu realisieren, das die gleichen Folgen nach sich gezogen hätte oder wenigstens für das betroffene Rechtsgut ebenso gefährlich gewesen wäre. Diese Frage stellt sich sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht.<sup>2</sup> Zur Einführung zwei Beispiele:

#### *1. Radfahrer-Fall*

Der sicherlich bekannteste einschlägige Fall aus der Rechtsprechung ist der "Radfahrer-Fall":<sup>3</sup> Ein Radfahrer wurde überfahren und getötet, als ihn ein LKW mit zu geringem Abstand überholte. Es stellte sich allerdings heraus, daß der Radfahrer hochgradig betrunken war, so daß der Unfall höchstwahrscheinlich auf einer trunkenheitstypischen Schreckreaktion beruhte, die sich darin äußerte, daß der Radfahrer das Rad plötzlich nach links zog. Unter diesen Umständen spricht jedenfalls viel dafür, daß der Unfall auch bei Einhaltung des vorgeschriebenen Seitenabstandes durch den Radfahrer eingetreten wäre. Ist der LKW-Fahrer nach § 222 StGB zu bestrafen? Wenn der Fall auch unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit die Gerichte befaßte, so ist seine Bedeutung

---

<sup>1</sup> Fortan "rmAV".

<sup>2</sup> In abweichender Form wird das Problem des rmAV auch im *Strafprozeßrecht* relevant, nämlich bei der Frage, ob ein Urteil i.S.v. § 337 Abs. 1 StPO auf einem Verfahrensfehler beruht: Wäre bei "rechtmäßigem Alternativverhalten" der Vorinstanz, nämlich bei *gesetzmäßigem* Prozedieren, das Urteil (möglichlicherweise) anders ausgefallen? Eine Einbeziehung dieser Problematik würde im Rahmen vorliegender Untersuchung zu weit führen. Vgl. etwa *Herdegen*, NSZ 1996, 513 ff.

<sup>3</sup> BGHSt 11, 1 ff.

doch keineswegs auf das Gebiet des Strafrechts beschränkt: Machen die Angehörigen des getöteten Radfahrers Ansprüche nach § 844 BGB geltend, so stellt sich auch unter zivilrechtlichem Aspekt die Frage, wie sich das rAV auf die Zurechnung des Erfolges auswirkt.

## 2. Beschädigung eines Schiffes

Ein Fall, in dem mangels der Strafbarkeit fahrlässiger Sachbeschädigung ausschließlich die zivilrechtliche Seite des Problems berührt wird, ist der folgende:<sup>4</sup> Bei der Beladung eines Schiffes ließ das Ladepersonal das Ladegut aus zu großer Höhe herabfallen; das Schiff wurde dabei beschädigt. Infolge einer in den Verantwortungsbereich der Schiffseignerin fallenden falschen Reihenfolge der Beladung wäre das Schiff jedoch in gleicher Weise beschädigt worden, wenn das Ladepersonal die "Regeln fachgerechter Beladungstechnik" eingehalten hätte. Welchen Einfluß hat dieser Umstand auf den von der Eignerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch?

## II. Die Schwerpunkte der bisherigen Diskussion

Die Diskussionsschwerpunkte bei der Erörterung des rechtmäßigen Alternativverhaltens sind in beiden Rechtsgebieten unterschiedlich gelagert. Im Strafrecht herrscht weitgehende Einigkeit, daß dem Täter ein Erfolg, der *mit Sicherheit* auch durch rAV verursacht worden wäre, nicht zugerechnet werden kann.<sup>5</sup> Der Streit entzündet sich an der Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen der Erfolg bei rAV nur *möglicherweise* eingetreten wäre: Während die "Vermeidbarkeitstheorie" verlangt, daß das *Ausbleiben* des Erfolges bei rAV als strafbarkeitsbegründende Tatsache eindeutig nachgewiesen wird oder der Angeklagte "in dubio pro reo" freizusprechen ist,<sup>6</sup> soll nach der "Risikoerhöhungslehre" das eigentlich relevante Zurechnungskriterium nicht die Vermeidbarkeit des Erfolges sein, sondern der Umstand, daß sich das für den Erfolg kausale pflichtwidrige Verhalten des Täters gegenüber dem rAV als Risikoerhöhung darstellt, was eben auch dann der Fall sein kann, wenn der Er-

---

<sup>4</sup> BGH MDR 1980, 647.

<sup>5</sup> Anderer Ansicht etwa *Spendel*, Eb.-Schmidt-FS, S. 183 ff. und JuS 1964, 14 ff. und ihm im Ergebnis folgend *Bindokat*, JZ 1977, 551 f. sowie *Kirschbaum*, S. 143.

<sup>6</sup> Vgl. u. 3. Abschnitt B.I.

folg nur *möglicherweise ausgeblieben* wäre.<sup>7</sup> Im Zivilrecht spielt dieser Streit keine Rolle; den mit der häufigen Unbeweisbarkeit der Vermeidbarkeit des Erfolges verbundenen Problemen<sup>8</sup> sucht man mit prozessualen Mitteln (Beweiserleichterungen) zu begegnen.<sup>9</sup> Dagegen ist im Zivilrecht bereits die grundsätzliche Beachtlichkeit des rAV umstritten: Die ältere Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums wollen diesem keine über die einer Reserveursache hinausgehende Bedeutung beimessen;<sup>10</sup> auch die der "Vermeidbarkeitstheorie" zuzuordnenden Ansichten, nach welchen die Möglichkeit rechtmäßiger Erfolgsherbeiführung grundsätzlich entlastende Wirkung haben soll, divergieren hinsichtlich der Frage, inwieweit sich aus dem Zweck der verletzten Pflichten Einschränkungen dieses Prinzips ergeben.<sup>11</sup>

### III. Ansätze einer rechtsgebietsübergreifenden Lösung

Bei der Behandlung des rechtmäßigen Alternativverhaltens gehen nur wenige Autoren auf die Parallelproblematik des jeweils anderen Rechtsgebietes ein. Bemerkenswert erscheint zunächst der Ansatz von Arthur Kaufmann, den Gedanken der "Schadensanlage", der im Zivilrecht zur der Behandlung bestimmter Fälle von Reserveursachen entwickelt wurde, u.a. im Hinblick auf die rAV-Konstellationen auf das Strafrecht zu übertragen.<sup>12</sup> Der Versuch, im Umfeld dieses Fragenkreises eine rechtsgebietsübergreifende Lösung zu entwickeln, wurde ansonsten bislang nur von Kahrs unternommen, der dabei allerdings nicht speziell das rechtmäßige Alternativverhalten, sondern allgemein Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung der "Conditio-sine-qua-non-Formel" behandelt. Kahrs hat seinen diesen Fragenkomplex betreffenden Lösungsansatz, der auf die Anwendung einer modifizierten Conditio-sine-qua-non-Formel hinausläuft,<sup>13</sup> zunächst für das Strafrecht entwickelt<sup>14</sup> und in einer weiteren Monographie für das Zivilrecht fruchtbar gemacht.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Näheres u. 3. Abschnitt C.I.

<sup>8</sup> Dazu u. 3. Abschnitt B.III.

<sup>9</sup> 3. Abschnitt B.III.1.

<sup>10</sup> 3. Abschnitt A.I.

<sup>11</sup> Dazu 3. Abschnitt B.II.2.

<sup>12</sup> Arthur Kaufmann, Eb.-Schmidt-FS, S. 227 ff.; vgl. ausführlich u. 2. Abschnitt B.II.1.

<sup>13</sup> Kahrs, Vermeidbarkeitsprinzip, S. 283.

<sup>14</sup> Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht.

<sup>15</sup> Kahrs, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht; vgl. dabei das Vorwort zu Kahrs' Ansicht zu den Zusammenhängen zwischen beiden Rechtsgebieten.