

Dieter Birnbacher/David Hommen
Negative Kausalität

Ideen & Argumente



Herausgegeben von
Wilfried Hinsch und Lutz Wingert

Dieter Birnbacher/
David Hommen

Negative Kausalität

DE GRUYTER

ISBN 978-3-11-029502-3
e-ISBN 978-3-11-029506-1

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston
Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
♻️ Printed on acid-free paper
Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

Vorwort — IX

1 Das Problem — 1

- 1.1 Das Dilemma der Unterlassungskausalität — 1
- 1.2 Das Dilemma in der Rechtswissenschaft — 5
- 1.3 Problemverschärfungen — 9
 - 1.3.1 Fahrlässigkeit als inneres Unterlassen — 9
 - 1.3.2 Unterlassungen als Wirkungen — 11
- 1.4 Drei Lösungsversuche — 14
 - 1.4.1 Neubestimmung der kausalen Relata — 15
 - 1.4.2 Neubestimmung der Kausalrelation — 19
 - 1.4.3 Verantwortlichkeit für Unterlassungen ohne Kausalität — 22

2 Sind Unterlassungen ein Nichts? — 25

- 2.1 Sprachliche vs. ontologische Negativität — 25
- 2.2 Enger oder weiter Begriff von Unterlassung? — 27
- 2.3 Ontologie der Unterlassung — 30

3 Kausalität — 39

- 3.1 Intuitive Merkmale von Kausalität — 40
- 3.2 Desiderate an eine Theorie der Kausalität — 43
- 3.3 Theoretische Rekonstruktionsansätze — 45
 - 3.3.1 Kausale Relata — 46
 - 3.3.2 Tatsachen als Relata? — 49
 - 3.3.3 Wievieltellig ist die Kausalrelation? — 53
- 3.4 Die Struktur von Kausalrelationen — 55
 - 3.4.1 Mackies INUS-Modell — 58
 - 3.4.2 Abgrenzung der Ursachen gegen das „kausale Feld“ — 61
 - 3.4.3 Normative Kriterien der Ursachenselektion — 62
 - 3.4.4 Kausale Bedeutung und kausales Gewicht von Kausalfaktoren — 63
 - 3.4.5 Die kontrafaktische Analyse im Recht — 68
- 3.5 Kausalrelation: Produktivität oder Bedingungsgefüge? — 69
 - 3.5.1 Kritik der Produktivitätskonzeption — 71
 - 3.5.2 Kritik der Regularitätstheorie — 74
 - 3.5.3 Die kontrafaktische Theorie — 79

4 Können Unterlassungen kausal sein? — 85

- 4.1 Unterlassungen als Kausalfaktoren — 85

VI — Inhaltsverzeichnis

- 4.2 Unterlassungen als fokussierte Kausalfaktoren — 91
- 4.3 Welche Kausalitätstheorien schließen eine Unterlassungskausalität aus? — 97
- 4.4 Welche Kausalitätstheorien lassen eine Unterlassungskausalität zu? — 101
 - 4.4.1 Regularitätstheorie — 101
 - 4.4.2 Interventionstheorien — 102
 - 4.4.3 Kontrafaktische Theorie — 106

- 5 Die normative Asymmetrie von Handeln und Unterlassen — 108**
 - 5.1 Der Befund — 108
 - 5.2 Erklärungsansätze — 110
 - 5.2.1 Quantitative Aspekte — 110
 - 5.2.2 Qualitative Unterschiede — 111
 - 5.3 Wie und wie weit lässt sich die normative Asymmetrie rechtfertigen? — 114

- 6 Erweiterte Fragestellung: Nicht-handlungsartige negative Ursachen — 121**
 - 6.1 Die Geläufigkeit negativer Ursachen — 121
 - 6.2 Verhinderungen von Veränderungen: negative Faktoren auf der Wirkungsseite — 125
 - 6.3 Der Einwand der Kontraintuitivität — 126
 - 6.4 Die Möglichkeitsbedingung für nicht-handlungsartige Ereignisse — 128
 - 6.5 Was heißt „negativ“? — 130
 - 6.6 Bedenken gegen eine Ursächlichkeit von negativen Realitäten — 135
 - 6.7 Negative Realitäten als Auslöser? — 136
 - 6.8 Negative Realitäten als Wirkungen — 138

- 7 Der Inflationierungseinwand — 140**
 - 7.1 Vermeidungsstrategien bei Unterlassungen — 143
 - 7.2 Vermeidungsstrategien bei anderweitigen negativen Ursachen — 147
 - 7.3 Antworten auf den Inflationierungseinwand — 149

- 8 Negative Kausalität im Kontext von Mehrfachversursachung — 152**
 - 8.1 Varianten von Mehrfachkausalität bei Unterlassungen — 153
 - 8.1.1 Präemption — 153

- 8.1.2 Kausale Überdetermination durch Unterlassungen — 158
- 8.2 Zusammenfassung: Kausale und normative Verantwortlichkeit für Mehrfachunterlassungen — 168
- 9 Literatur — 172**
- Sach- und Personenregister — 177**

Vorwort

„Negative Kausalität“ bezeichnet ein in Vergangenheit und Gegenwart kontroverses philosophisches Problem. Die Kernfrage, an der sich die Geister scheiden, ist, ob negative Entitäten wie Abwesenheiten oder das Nicht-Eintreten bestimmter Ereignisse Ursachen oder Ursachenfaktoren sein können. Eine „Kernfrage“ ist diese Frage deshalb, weil sie im Schnittpunkt einer ganzen Reihe disziplinübergreifender Grundfragen steht: der Frage nach dem Wesen von Kausalität, der Frage nach der Natur von Handlungen und Ereignissen und nicht zuletzt der Frage nach der Beziehung zwischen Kausalität und normativer – moralischer und rechtlicher – Verantwortlichkeit. Erfordert die Zuschreibung rechtlicher – oder zumindest strafrechtlicher – Verantwortlichkeit, dass der Verantwortliche an den ihm zugeschriebenen Ereignissen kausal beteiligt war? Lässt sich eine kausale Beteiligung auch in Fällen zuschreiben, in denen sich der Eintritt des fraglichen Ereignisses gänzlich oder teilweise der Abwesenheit oder der Untätigkeit des Verantwortlichen verdankt? Sind Unterlassungen (nicht ausgeführte Handlungen) in kausalen Hinsichten Handlungen (ausgeführten Handlungen) vergleichbar, oder zwingt die von einigen Autoren geltend gemachte *intuition of difference* zu einer grundlegend verschiedenen Rekonstruktion der Beziehung zwischen „positiven“ und „negativen“ Vorgängerereignissen einerseits, „positiven“ und „negativen“ Nachfolgeereignissen andererseits?

Gegenwärtig stehen sich in diesem Punkt die Auffassungen zweier prominenter Rechtstheoretiker unvereinbar gegenüber: In seinem großen Werk *Causation and Responsibility* argumentiert der Chicagoer Rechtsphilosoph *Michael S. Moore* dafür, „negative Ursachen“ zu verwerfen. „Negative Ursachen“ seien nicht nur entbehrlich, sondern nicht weniger als eine logische Fiktion. Zwar soll jemand, der einen Schaden nicht verhindert, obwohl er dazu fähig und verpflichtet ist, für sein Untätigbleiben moralisch und/oder rechtlich verantwortlich sein. Da eine Kausalität von Unterlassungen unmöglich sei, soll diese Verantwortlichkeit jedoch keine Entsprechung in irgendeiner Form von kausaler Verantwortlichkeit haben. Das heißt, dass die normative Verantwortlichkeit in Fällen von Unterlassen gänzlich anders konstruiert werden muss als in Fällen positiven Tuns. Moore reklamiert für seine Auffassung, dass sie unsere Intuitionen sehr viel überzeugender erklärt als Auffassungen, die eine „negative Kausalität“ zulassen. Sie soll nicht nur unsere intuitiven Zweifel an der kausalen Wirksamkeit von Nicht-Existierendem erklären. Sie soll auch die normative Intuition erklären, dass derjenige, der aktiv einen Schaden zufügt, dafür in höherem Maße moralisch und rechtlich sanktioniert zu werden verdient, als wer ihn, ohne ihn zu verhindern, lediglich eintreten lässt. Dem gegenüber steht die Auffassung des ebenfalls aus Chicago stammenden Rechtstheoretikers *Richard W. Wright*, dem zufolge zwi-

schen Handlungen und Unterlassungen, was ihre kausale Funktion betrifft, kein wesentlicher Unterschied besteht. Vielmehr soll zwischen aktivem Tun und passivem Geschehenlassen – wie bereits in der Kausalitätstheorie John Stuart Mills – vollständige strukturelle Symmetrie herrschen. Nicht nur kommen Unterlassungen und andere negative Ereignisse in derselben Weise wie Handlungen und positive Ereignisse als Ursachen bzw. Kausalfaktoren in Frage. Wright beansprucht auch, dass sich die in der Rechtsphilosophie diskutierten Komplikationen der Kausalitätszuweisung – Mehrfachkausalität, Präemption, Täterschaft – für Unterlassungen in derselben Weise auflösen lassen wie für Handlungen.

Die folgende Studie entwickelt eine Konzeption von negativer Kausalität ausgehend von dem Sonderfall der handlungsförmigen negativen Kausalität, der Kausalität durch Unterlassen. Sie beginnt mit dem Spezialfall des Unterlassens, um von da aus weiterzugehen zum allgemeineren Fall der Abwesenheit und des Nicht-Eintretens beliebiger Ereignisse. Dieses Vorgehen hat entscheidende methodische Vorteile: Die in höherem Maße ausgearbeitete und diskutierte Theorie der Kausalität von Unterlassungen kann der Erkundung der *terra incognita* der Kausalität andersartig „negativer Ereignisse“ als hochwillkommener Ariadnefaden dienen. Begründet ist das darin, dass die philosophische Diskussion im Fall der Unterlassungen auf eindeutigeren und stabileren Intuitionen zurückgreifen kann als im Fall anderer Formen von „negativen Ereignissen“. Unterlassungen sind ein vertrauterer Gegenstand von Alltagsdenken und Alltagsmoral als ihre naturalen Entsprechungen. Darüber hinaus ist die Frage nach der Kausalität von Unterlassungen in der rechtswissenschaftlichen Handlungstheorie sehr viel ausführlicher diskutiert worden als die Frage nach der Möglichkeit negativer Kausalität in Metaphysik und Wissenschaftstheorie. Sie beschäftigt die Rechtsphilosophie seit dem 19. Jahrhundert mehr oder weniger regelmäßig und blickt vereinzelt sogar auf Vorgänger in der Scholastik zurück.

Wir versuchen, dem damit angedeuteten Weg möglichst konsequent zu folgen. Ausgehend von einer kritischen Durchmusterung der Positionen zur Unterlassungskausalität untersucht die Studie, wie weit sich ihre Ergebnisse auf den Bereich der nicht-handlungsförmigen negativen Ursachen extrapolieren lassen. Dadurch ergeben sich möglicherweise Horizontverengungen, die bei einem direkten Ansatz vermieden würden. Andererseits ergeben sich dadurch aber auch Hilfestellungen, auf die bei der Reise durch unwegbares Gelände schwer zu verzichten ist.

Die Autoren danken der DFG für die großzügige Förderung des Projekts, aus dem heraus dieses Buch entstanden ist, sowie den Teilnehmern an der Forschergruppe „Kausalität, Gesetze, Dispositionen und Erklärungen am Schnittpunkt von Wissenschaften und Metaphysik“ für zahlreiche klärende Gespräche und Anregungen.

1 Das Problem

1.1 Das Dilemma der Unterlassungskausalität

Ein vielzitiertes Satz aus Ludwig Wittgensteins *Philosophischen Untersuchungen* lautet: „Ein philosophisches Problem hat die Form: ‚Ich kenne mich nicht aus.‘“ (§ 123) Wittgenstein zufolge sind philosophische Probleme gedankliche Knoten, die den Fluss unserer Gedanken aufhalten und uns als unaufgelöste Rätsel nicht in Ruhe lassen. Aufgabe des Philosophen ist, diese Knoten zu entwirren. Ein philosophisches Problem zu lösen heißt, Klarheit zu gewinnen, wo vorher Unklarheit war – mag die gewonnene Klarheit gelegentlich auch in der Erkenntnis bestehen, dass ein Problem – jetzt oder auf Dauer – unlösbar ist und die Denkkraft auch noch der scharfsinnigsten Köpfe überfordert.

Die Frage nach der Kausalität von Unterlassungen ist ein solcher Knoten. Was sich hier zu einem schwer zu entwirrenden Knäuel verschlingt, ist ein Gemenge von divergierenden und letztlich unvereinbaren Annahmen. Die Hauptstränge sind zwei auf den ersten Blick gleichermaßen plausible Überzeugungen: Auf der einen Seite die Überzeugung, dass nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen – also das Nicht-Ausführen bestimmter Handlungen – die Rolle von Ursachen bzw. von Kausalfaktoren übernehmen können. Von dieser Überzeugung gehen wir im Alltagsdenken wie im Alltagssprachgebrauch mehr oder weniger problemlos aus, wenn auch nicht in allen Situationen gleichermaßen. Am ausgeprägtesten ist diese Überzeugung, wenn es sich bei der nicht ausgeführten Handlung um etwas Erfordertes, etwas Erwünschtes oder um etwas mit mehr oder weniger Sicherheit Erwartetes handelt, das ausbleibt. Die Standardsituation ist die, dass jemand etwas *unterlässt*, wenn er entweder etwas nicht tut, was er tun *sollte*, wenn er etwas nicht tut, was von ihm *gewünscht* wird oder wenn er sich anders verhält, als von ihm *erwartet* wird. In allen drei Fällen sprechen wir wie selbstverständlich davon, dass jemand dadurch, dass er etwas *nicht* tut, bestimmte Folgen *herbeiführt*, d. h. sein Unterlassen in kausalen Beziehungen zu anderen Ereignissen steht.

Als Beispiel für den ersten, *normativen* Verwendungskontext kann der Fall des versäumten „Winterdienstes“ dienen. In Recht und Alltagsmoral führen wir einen bestimmten Unfall bei Glatteis teilweise oder wesentlich darauf zurück, dass der zuständige Hauseigentümer es *versäumt* hat, auf dem Gehweg vor seinem Haus zu streuen. Dass wir in diesem Fall von einem *unterlassenen* Streuen sprechen, scheint denselben Grund zu haben, aus dem wir dem Hauseigentümer einen Anteil an der Kausalität für den Unfall zuschreiben und ihn angesichts der bestehenden „Streupflicht“ dafür überdies auch in einem rechtlichen oder moralischen Sinn verantwortlich machen: Er hat den Unfall mitver-

schuldet, insofern er verpflichtet war, bei Glätte zu streuen, er dieser Pflicht nicht nachgekommen ist und dadurch zumindest zu einer Teilursache des Unfalls geworden ist. Wie weit der Vorwurf berechtigt ist, scheint wesentlich davon abzuhängen, wie weit zwischen dem Unterlassen und dem eintretenden Schaden eine *Kausalrelation* besteht – dass das Nicht-Eingreifen kausal zu dem Schadenseintritt beiträgt und der Schaden durch das unterlassene Eingreifen zumindest *mitbewirkt* ist.¹

Ein Beispiel für den zweiten, *optativen* Verwendungskontext sind Handlungen, die wir uns von jemandem wünschen, die jedoch ausbleiben und deren Ausbleiben gravierende Folgen zeitigt – Handlungen des Typs „Kein Schwein ruft mich an“. Der nicht erfolgte Anruf, auf den man hofft, verursacht Gefühle von Verlassenheit und sozialer Isolation. Diese wären wie weggeblasen, ginge von anderen eine Initiative zur Kontaktaufnahme aus. Und auch dann, wenn man ihn nicht erwartet, kann die Tatsache, dass jemand, den man sich dringend herbeiwünscht, nicht da ist, ein Gefühl der Leere verursachen.²

Beispiele für den dritten, *deskriptiven* Verwendungskontext sind Handlungsweisen, die so regelmäßig ausgeführt werden, dass sie als Verhaltensgewohnheiten oder -routinen von anderen erwartet werden und ihr ausnahmsweiser Wegfall in besonderer Weise auffällt. Wenn A regelmäßig Kaffee zum Frühstück trinkt, aber eines Morgens ausnahmsweise nicht, mag das B zu der Frage veranlassen, was mit ihm heute Besonderes los ist. Auch in dieser Art von Situation wird die Nichtausführung der gewohnheitsmäßigen Handlung „Kaffee trinken“ seitens A zwanglos als Ursache der entsprechenden Frage Bs interpretiert. Dass A etwas nicht tut, was von ihm – nunmehr in einem rein deskriptiven Sinn – *erwartet* wird, ist ein weiterer Standardfall für eine Situation, die wir üblicherweise nicht nur als Fall einer Unterlassung beschreiben, sondern auch als Fall einer Unterlassungskausalität: Dass A unerwarteterweise etwas nicht tut, ist die *Ursache* bzw. ein wesentlicher *Kausalfaktor* für Bs Frage nach den Hintergründen dieses Verhaltens.

Damit sind die typischen Kontexte, in denen wir im Alltagsdenken von Unterlassungen sprechen und von ihnen annehmen, dass sie bestimmte Folgen

1 Als Beleg könnten zahlreiche Zitate aus der Literatur über Schadensfälle dienen. So schreibt etwa Klaus Peter Rippe im Zusammenhang mit der Chemiekatastrophe von Bhopal: „Die Katastrophe war Resultat einer Reihe von Unterlassungen“ (Rippe 2010, 169).

2 Heidegger beschreibt diese Leere so: „Die Dinge lassen uns in Ruhe, stören uns nicht. Aber sie helfen uns auch nicht, sie ziehen unser Verhalten nicht auf sich. Sie überlassen uns uns selbst. Deshalb, weil sie nichts zu bieten haben, lassen sie uns leer. Leerlassen heißt, als Vorhandenes nichts bieten. Leergelassenheit meint: vom Vorhandenen nichts geboten bekommen.“ (Heidegger 2004, 155)

zeitigen, nicht erschöpft. Ein weiterer Falltyp, in dem wir von Unterlassungen sprechen und in denen wir, falls diese Folgen haben, annehmen, dass diese u. a. durch jene kausal (mit)bedingt sind, ist der des *absichtlichen* Unterlassens. Absichtliches Unterlassen liegt vor, wenn wir eine Handlung H ausführen könnten, aber aus einem bewussten Entschluss heraus auf H verzichten. Ein solches Unterlassen ist nicht an einen der aufgeführten typischen Kontexte gebunden. Es kann auch dann vorliegen, wenn H weder aus moralischen, rechtlichen oder anderen Gründen erfordert oder gewünscht ist noch aufgrund von regelmäßiger Ausführung erwartet wird oder werden kann. Ein solches Unterlassen liegt z. B. vor, wenn A das Geld, das ihm B schuldet, bewusst und mit Absicht nicht zurückfordert, etwa weil er weiß, dass B durch die Rückzahlung in Not geraten würde. In diesem Fall ist das Zurückfordern weder aufgrund irgendwelcher Normen erfordert, noch braucht es von A erwartet zu sein, um als Unterlassen beschrieben zu werden. Es wird vielmehr primär deswegen als Unterlassen beschrieben, weil es einen ausdrücklichen Verzicht auf eine mögliche Rückforderung beinhaltet. Das Unterlassen beinhaltet in diesem Fall über die Nicht-Ausführung einer äußeren Handlung hinaus ein inneres Handeln. Auch hier schreiben wir üblicherweise Kausalität zu: Falls B wegen dieses Unterlassens nunmehr einige Sorgen weniger hat, als er andernfalls hätte, schreiben wir diesen Zustand u. a. As Schuldenerlass zu: Die Lebenserleichterung, die B erfährt, ist wesentlich oder zumindest teilweise As Großzügigkeit geschuldet. Auch A selbst würde es zweifellos als naheliegend empfinden, seinen Verzicht auf Rückzahlung als Unterlassung zu beschreiben, und um so mehr, je mehr sich dieser Verzicht einem bewussten Entschluss verdankt. Und derselbe A würde zweifellos auch von einer kausalen Beziehung zwischen diesem Unterlassen und dem Zustand von B ausgehen: A wollte B helfen und hat ihm tatsächlich geholfen. „Helfen“ ist eine implizit kausale Relation. Helfen ist nicht denkbar ohne eine kausale Beziehung zwischen Helfer und Hilfeempfänger.

Ein weiterer, fünfter Kontext, in dem wir bei nicht ausgeführten Handlungen von Unterlassungen sprechen, ist der, in dem sich ein Nicht-Handeln rückblickend als in besonderer Weise folgenreich herausstellt. So sprechen wir etwa davon, dass sich die Nichtausführung einer in einer Situation möglichen Handlung aus späterer Sicht als „schicksalhaft“ erweist.³ Auch dieser Kontext ist von den bisher genannten unabhängig: Das Nicht-Ausführen einer Handlung kann auch dann „schicksalhaft“ werden, wenn diese weder erfordert, gewünscht oder erwartet ist noch die Nicht-Ausführung auf einen bewussten Entschluss zurück-

³ Eine Belegstelle ist z. B. Werner 2004, 113: „Diese Unterlassung hat sich als schicksalhaft erwiesen.“

geht. Es kommt für diesen Fall lediglich auf die Folgen an. Wenn der zerstreute A den empfindlichen B auf der Straße trifft und nicht grüßt, kann dies für B auch dann gravierende Folgen haben, wenn dies von A weder zu fordern, zu wünschen oder zu erwarten ist und A das Grüßen nicht absichtlich verweigert, sondern aus Gedankenlosigkeit vergisst. Es ist klar, dass auch in diesem Verwendungskontext von „Unterlassung“ Unterlassungen Kausalität zugeschrieben wird. Der Kontext ist in diesem Fall sogar von vornherein so bestimmt, dass Kausalität impliziert ist. Wäre das jeweilige Unterlassen nicht für die Folgen kausal verantwortlich, wäre es sinnlos, die Folgenträchtigkeit als Kriterium dafür gelten zu lassen, ob ein bestimmtes Nicht-Handeln als Unterlassen beschrieben werden kann.

Soweit die eine Seite des Dilemmas. Die andere Seite ist die, dass man an den wie immer geläufigen Redeweisen von Unterlassungen, aus denen etwas „folgt“ bzw. die etwas „hervorrufen“ oder „bewirken“, irre wird, sobald man diesen Redewendungen „auf den Leib rückt“ und sich fragt, was sie genau besagen. Was einen zum Grübeln bringt, ist die Frage: Wie kann ein Nicht-Handeln für irgendetwas ursächlich sein? Wie kann etwas, was nicht stattfindet, bewirken, dass etwas anderes stattfindet? Wie kann ein Nicht-Ereignis ein Ereignis „hervorbringen“? Postuliert man nicht, indem man einem Nicht-Handeln kausale Wirksamkeit unterstellt, eine Art *creatio ex nihilo*? Nur aus etwas, so könnte man meinen, kann etwas entstehen. Und ein Unterlassen ist in diesem Sinn schwerlich ein Etwas.

Diese Meinung ist kein bloßes Vorurteil: Eine *creatio ex nihilo*, nicht im theologischen Sinn (bei der ein Schöpfergott mitgedacht wird), sondern wörtlich verstanden, ist in der Tat ein Unding und eine glatte Unmöglichkeit. Es fehlt schlicht an einem kausalen Relatum, das als Ausgangspunkt einer kausalen Relation fungieren könnte: einer Ursache. Nichts scheint kausal wirken zu können, was nicht in irgendeiner Weise existiert. *Ex nihilo nihil fit.*⁴ Ein vollständiges Nichts scheint in keiner kausalen Relation zu irgendetwas stehen zu können.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt noch einmal die fünf Anwendungskontexte des Unterlassens.

⁴ Heideggers – von Carnap zu Unrecht kritisierte – aktivistische Redeweise von einem „nichtenden“ Nichts (Heidegger 1969, 34) ist an diesem Punkt nicht einschlägig, da sie nur metaphorisch verstanden werden kann, im Sinne einer „nagenden“ Beunruhigung über die Sinnlosigkeit des Daseins. Robert Nozicks Gedankenspiele mit einem im wörtlichen Sinn „nichtenden“ Nichts, d. h. einer vom Nichts ausgehenden „Nichtungskraft“, bei der das Nichts, indem es sich selbst „nichtet“, etwas Seiendes hervorbringt, scheitert daran, dass ein Nichts keine Kraft entfalten kann (vgl. Nozick 1981, 123).

Wenn jemand nicht in der Weise handelt, in der es aufgrund einer Handlungsverpflichtung von ihm gefordert, von ihm gewünscht oder erwartet wird, stellt sich die Frage, wie dieses Nicht-Handeln für sich genommen irgendetwas bewirken können soll. Diese Frage stellt sich besonders dann, wenn der verpflichtete Akteur nicht nur anders als in der geforderten Weise handelt, sondern gar nicht handelt, etwa wenn er tief schläft.

Im vierten Fall einer absichtlichen Unterlassung stellt sich dieselbe Frage anders: Bei einer absichtlichen Unterlassung findet nicht einfach nichts statt, sondern es findet zumindest ein Akt des Beabsichtigens statt, also ein inneres Handeln. Dennoch fragt sich, wie die Kombination aus innerem Handeln und äußerem Nicht-Handeln hinreichen soll, auf ein äußeres Ereignis kausal zu wirken, ohne dass ein äußeres Handeln, also ein körperliches Verhalten zwischen Intention und intendiertem Zustand als kausale Brücke fungiert. Im obigen Beispielfall: Wie kann As absichtliches Nicht-Einfordern von Bs Schulden Bs Zustand verändern, wenn es an einer physischen Verbindung zwischen Intention und Wirkung – etwa einer entsprechenden verbalen Äußerung As gegenüber B – fehlt? Analog stellt sich im fünften Fall die Frage nach der Berechtigung, überhaupt von einer „folgenträchtigen“ Unterlassung zu sprechen. Es scheint, dass allenfalls die Ereignisse, die *anstelle* der unterlassenen Handlung eingetreten sind, folgenträchtig sein können, auch wenn diese Erklärung den Beispielfall des nicht grüßenden A nicht besonders gut zu treffen scheint. Schließlich ist es nicht das Vorübergehen von A, was den in diesem Punkt sensiblen B irritiert, sondern das Vorübergehen an B, *ohne* B zu grüßen. Nicht das Vorübergehen, sondern das unterlassene Grüßen ist es, was B verletzt. Dies genau scheint aber ein Nichts zu sein, etwas bloß Gedachtes, allenfalls – um noch einmal auf Wittgenstein zurückzukommen – eine „grammatische“, d. h. sprachinduzierte Fiktion.

1.2 Das Dilemma in der Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft ist das Dilemma der Unterlassungskausalität seit langem ein Thema, vor allem da das Strafrecht mit dem Rechtsbegriff der „unechten Unterlassungsdelikte“ einen Delikttyp entwickelt hat, der beide Seiten des Dilemmas miteinander in Einklang zu bringen versucht. Bei einem „unechten Unterlassungsdelikt“ wird einem A vorgeworfen, einen B zu schädigen, indem er bestimmte Handlungen nicht ausführt, zu deren Ausführung er verpflichtet ist. Die beiden Seiten des Dilemmas sind damit in ein delikates Gleichgewicht gebracht.

Das eine Horn des Dilemmas besteht darin, dass das Verhalten, das dem – in diesem Fall nur uneigentlich so genannten – Täter zum Vorwurf gemacht wird,

ein reines Nicht-Handeln sein soll, z. B. ein Nicht-Eingreifen im Fall der Bedrohung eines anderen durch natürliche oder menschliche Gefahrenquellen. Das andere besteht darin, dass dieses Nicht-Handeln Ursache des nachfolgenden Schadens sein soll, der durch ein Eingreifen hätte verhindert oder abgemildert werden können. Strafbar ist das Nicht-Handeln ausschließlich um seiner Folgen willen. Anders als bei den „echten Unterlassungsdelikten“, etwa der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323 c StGB) oder der Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB), die unabhängig von den Folgen strafbar sind, sind die „unechten Unterlassungsdelikte“ nur dann strafbar, wenn sich die Folge tatsächlich einstellt. Sie sind Erfolgs- und keine Tätigkeitsdelikte. Zwar vermeidet der Gesetzestext in § 13 StGB im Fall der „unechten Unterlassungsdelikte“ eine klare Aussage zur Kausalität des Unterlassens. Er spricht lediglich davon, dass ein Unterlassen immer dann strafbar ist, wenn „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Aber es fällt schwer, diese „Entsprechung“ anders zu verstehen als eine zwar im *modus operandi* andersartige, aber doch in gleicher Weise *kausale* Realisierung des jeweiligen Schadens wie im Fall der Verwirklichung des Schadens durch ein aktives Tun. Es ist schwer zu sehen, wie eine Verwirklichung einer Körperverletzung durch Unterlassen der Verwirklichung einer Körperverletzung durch aktives Tun „entsprechen“ soll, wenn sie diese nicht in demselben Sinn – wenn auch auf andere Weise – *verursacht*. Die Körperverletzung muss die kausale *Folge* des Unterlassens sein, wenn sie dem passiv bleibenden Akteur, der pflichtwidrig nicht eingreift, zugeschrieben werden soll. Diese Auffassung wird auch in der Rechtswissenschaft weitgehend geteilt. Der Rechtswissenschaftler Wolff etwa schreibt:

Sollte ein Unterlassen, aus welchen Gründen auch immer, die Verletzung eines Gutes nicht zur Folge haben können, dann kann es ein unechtes Unterlassungsdelikt nicht geben, und es würde der Gerechtigkeit widersprechen, einen Täter wegen eines Unterlassens nach § 212 oder nach sonst einem Erfolgsdelikt zu bestrafen. (Wolff 1965, 33)

Deshalb ist in jedem einzelnen Fall eines anscheinend durch Unterlassen bewirkten Schadens zu klären, ob es nicht weitere, in etwas anderem als im Unterlassen des Beschuldigten liegende Ursachen gibt, die den Schaden unabhängig hätten bewirken können. Im Fall des Nicht-Streuens des Gehwegs seitens des Hausbesitzers müsste etwa gefragt werden, ob der Passant nicht auch unabhängig vom Verhalten des Hausbesitzers, d. h. auch dann, wenn der Hausbesitzer seiner Pflicht nachgekommen wäre – etwa aufgrund einer altersbedingten Gehbehinderung – hätte stürzen können.

Die Überzeugung, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für ein Schadensereignis legitimerweise nur dann zugeschrieben werden kann, wenn zwi-

schen dem inkriminierten Verhalten und dem Schaden eine Kausalrelation besteht, ist tief verwurzelt. Ihre Grundlage scheint diese Überzeugung in dem Umstand zu haben, dass die Idee der Strafe, von der das Strafrecht ausgeht, einen *moralischen* Gehalt hat und mehr als eine bloße Maßnahme zur Verhaltenskorrektur sein soll. Eine Sanktionierung mit den Mitteln des Strafrechts enthält in der Regel auch eine *moralische* Sanktion. Dadurch unterscheiden sie sich von anderweitigen rechtlichen Normen zur Ordnung der Lebensverhältnisse und Umgangsformen einer Gesellschaft. Die Drohung, die von strafrechtlichen Normen ausgeht, ist nicht nur die Drohung mit der Zufügung eines empfindlichen Übels, sondern zugleich auch die mit der Beeinträchtigung der moralischen Selbst- und Fremdachung des Straftäters. Dieser moralische Gehalt strafrechtlicher Sanktionen ist unabtrennbar von der Notwendigkeit, den wegen eines Schadens ausgesprochenen Vorwurf an die Kausalität des Getadelten für den Schaden zu binden. Niemand kann im moralischen Sinn für einen Schaden verantwortlich sein, der an dem Zustandekommen dieses Schadens kausal unbeteiligt ist. Ein Strafrecht, das im Sinne einer Sippenhaftung oder einer Gefährdungshaftung verursachensunabhängige Strafen androht, mag unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten rechtfertigbar sein, würde aber dem inhärenten moralischen Anspruch des Strafrechts nicht gerecht. Das zeigt sich u. a. daran, dass eine Bestrafung von kausal an einem Schaden weder direkt oder indirekt Beteiligten durchweg als hochgradig problematisch empfunden wird. Wir wehren uns mit gutem Grund dagegen, für Ereignisse verantwortlich gemacht zu werden, an deren Zustandekommen wir keinen Anteil hatten. Für einen Schaden verantwortlich gemacht zu werden, an dessen Zustandekommen man weder direkt noch indirekt beteiligt war oder – wie im Fall einer etwaigen moralischen „Erbschuld“ – bereits aus logischen Gründen nicht beteiligt sein konnte, wird zu Recht als paradigmatischer Fall von Ungerechtigkeit empfunden. Viele Rechtswissenschaftler teilen diese Auffassung, u. a. auch die Kontrahenten in der gegenwärtigen Debatte um die Unterlassungskausalität, Moore und Wright. So schreibt Richard Wright: „Liability despite disproof of causation is, in my view, unjust and hence improper“ (Wright 2007, 301). Auch Michael Moore verweist ausdrücklich auf die moralische Basis der Bindung rechtlicher Verantwortlichkeit an Kausalität: „(causality) refers to a natural relation. ... Because moral responsibility is tied to such a natural relation, and because the law is tied to morality, the law is also tied to this natural relation.“ (Moore 2009, 5)

Diese Moralbindung gilt allerdings ausschließlich für das Strafrecht. In anderen Rechtsbereichen, in denen diese Bindung nicht besteht, etwa im Bereich der zivilrechtlichen Haftungspflichten, wird es nicht nur als sehr viel weniger anstößig empfunden, wenn negative Sanktionen unabhängig von Verursachungsgesichtspunkten verhängt werden, sondern ist eine verursachensunab-

hängige Sanktionierung gängige Praxis. So kann jemand etwa rechtlich verpflichtet sein, die Schulden seiner verstorbenen Eltern zurückzahlen, ganz unabhängig davon, ob er an deren Entstehung in irgendeiner Weise beteiligt war. Wenn hier eine moralische Verpflichtung besteht, dann allenfalls die, die entsprechenden Rechtsnormen einzuhalten. Er ist den Gläubigern seiner Eltern gegenüber nicht selbst moralisch verpflichtet – so wie er ihnen verpflichtet wäre, wäre er die Schuld in eigener Person eingegangen.

In der Sphäre der Moral ist nicht nur die Angemessenheit von moralischem Tadel, sondern auch die Angemessenheit von moralischem Lob an eine Kausalitätsrelation zwischen Verhalten und erwünschten Folgeereignissen geknüpft, soweit diese um der Verhaltensfolgen des Getadelten oder Gelobten willen ausgesprochen werden. Anders als bei rein symbolischen Ehrungen, bei denen es lediglich auf die Erfüllung einer etablierten Konvention ankommt, werden Ehrungen, die sich auf bestimmte Leistungen beziehen, nur dann als angemessen betrachtet, wenn der Geehrte die betreffende Leistung tatsächlich erbracht hat oder an dieser zumindest direkt oder indirekt beteiligt war. Für Leistungen gelobt zu werden, an denen man keinerlei kausalen Anteil hatte, mag als schmeichelhaft empfunden werden, ist ansonsten aber für den Gelobten nicht weniger peinlich als für nicht begangene Verfehlungen getadelt zu werden – es sei denn, Lob und Tadel werden primär als symbolische Akte gesehen, die exemplarisch bestimmte Normen und Standards bekräftigen, oder als politische Maßnahmen, die bestimmte Anreizfunktionen übernehmen sollen. Stellt sich nachträglich heraus, dass die unterstellte kausale Beziehung nicht gegeben war, wird die Ehrung konsequenterweise zurückgenommen und der Ehrentitel aberkannt – offenkundig nicht nur, um den Ehrentitel vor Reputationsverlusten zu schützen, sondern auch weil ohne die betreffende Kausalität die sachliche Grundlage der Ehrung entfällt. Insoweit sprechen starke Gründe dafür, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Unterlassungen an eine kausale Beziehung zwischen Unterlassung und Schadensfolgen zu binden.

Das andere Horn des Dilemmas besteht darin, dass eine große Zahl prominenter Vertreter des Strafrechts und der Rechtslehre eine derartige Kausalbeziehung für unmöglich halten (vgl. Puppe 2006, 128). Sie gehen davon aus, dass von einer „echten“ Kausalität nur dann gesprochen werden kann, wenn die Ursache des Schadens ein „positives Tun“ ist bzw. zumindest einen der verursachenden Faktoren in einer aktiven Mitwirkung ausmacht. Begründet ist diese Überzeugung in einem Bild der Kausalrelation, nach dem eine kausale Beziehung nur dann bestehen kann, wenn bestimmte ontologische Bedingungen erfüllt sind, darunter die, dass die durch die Relation miteinander in Beziehung stehenden Entitäten *real* sein müssen – gleichgültig, ob diese näherhin als Gegenstände, Zustände, Ereignisse oder Veränderungen aufgefasst werden und

gleichgültig, ob die Kausalrelation selbst als objektiv bestehend oder lediglich als Konstrukt oder Ergebnis bestimmter Deutungen interpretiert wird. Wesentlich ist, dass nach diesem Bild von Kausalität Kausalität immer nur zwischen real Existierendem bestehen kann, mit der Folge, dass weder die Ursache noch die Wirkung ausschließlich aus ontisch negativen Faktoren bestehen kann. Weder die Ursache noch die Wirkung könne ein reines Nichts sein. Das wären sie jedoch, würden nicht existierende Gegenstände, nicht bestehende Zustände, Nicht-Ereignisse oder nicht eintretende Veränderungen als kausale Relata zugelassen. Da Handlungen als ein bestimmter Typ von Ereignissen aufgefasst werden müssen, können Unterlassungen nicht anders denn als bestimmte Formen von Nicht-Ereignissen aufgefasst werden. Als solche kämen sie jedoch nicht als Ursachen in Betracht. Sie seien ein reines Nichts. Was darüber möglicherweise hinwegtäusche, seien die sprachlichen Mittel, derer wir uns zur Beschreibung von Unterlassungen bedienen. Diese enthalten ja gewöhnlich keine Negationspartikel, die auf die negative Beschaffenheit des Gemeinten hinweisen, sondern beschreiben Unterlassungen so, als bezeichneten sie positive Handlungen, z. B. Schweigen, Fehlen oder Vernachlässigen. Die oberflächengrammatisch positiven Ausdrücke verschleierten in diesen Fällen jedoch die ontisch negative Natur der entsprechenden Verhaltensweisen: Wer schweigt, redet nicht; wer vernachlässigt, kümmert sich nicht; wer fehlt, ist nicht gekommen. Diesen Redeweisen entsprechen zwar Tatsachen – es ist eine Tatsache, dass jemand nicht redet, sich nicht kümmert oder nicht gekommen ist –, aber keine Realitäten. Soweit aber nur Reales in kausalen Beziehungen stehen kann und Unterlassungen nichts Reales sind, können sie nichts bewirken. Sie können – wie es der deutsche Rechtstheoretiker Larenz in den 1950er Jahren ausdrückte – „für nichts kausal sein“ (Larenz 1953, 686). Michael S. Moore drückt dasselbe noch etwas drastischer aus, mit einem Zitat aus *The Sound of Music*: „Nothing can come from nothing“ (Moore 2009, 446).

1.3 Problemverschärfungen

1.3.1 Fahrlässigkeit als inneres Unterlassen

Damit ergibt sich für die Rechtstheorie ein gravierendes und missliches Problem. Solange Verantwortlichkeit daran geknüpft wird, dass zwischen einem Verhalten und bestimmten Verhaltensfolgen eine irgendwie geartete kausale Verknüpfung besteht, hat die gleichzeitige Annahme einer kausalen Unwirksamkeit von Unterlassungen zur Folge, dass niemand für die Folgen von Unterlassungen verantwortlich sein kann (zumindest nicht strafrechtlich verantwortlich). Wer die

Auffassung vertritt, dass Unterlassungen nicht kausal sein können, muss entweder bestreiten, dass Verantwortlichkeit Kausalität voraussetzt, oder er muss behaupten, dass Verantwortlichkeit für Unterlassungen vernünftigerweise nicht zugesprochen werden kann. Beide Alternativen scheinen gleichermaßen unannehmbar.

Das ist aber noch nicht das ganze Dilemma. Die Lage im Recht verschärft sich dadurch, dass, wenn die Kausalität von Unterlassungen geleugnet wird, viele Fälle von *Fahrlässigkeit* ebenfalls als Fälle von nur vermeintlicher Kausalität aufgefasst werden müssen. Zahlreiche Fallkonstellationen, in denen ein Akteur für ein fahrlässiges Verhalten strafrechtlich belangt wird, sind bei näherem Hinsehen ebenfalls Fälle, in denen ein bestimmter Schaden kausal von einem Unterlassen abhängt. Fahrlässigkeit ist dadurch definiert, dass ein Akteur einen Schaden bewirkt, ohne diesen bewirken zu wollen oder dieses Bewirken auch nur vorzusehen, es dabei jedoch an der in der jeweiligen Situation erforderlichen (und ihm zumutbaren) Sorgfalt vermissen lässt. Hätte er die erforderliche Sorgfalt walten lassen, hätte er das mit seinem Verhalten verbundene Risiko erkannt, so dass er sein Verhalten daraufhin hätte modifizieren können (unbewusste Fahrlässigkeit), oder er hätte, nachdem er das Risiko erkannt hatte, sein Verhalten darauf eingestellt (bewusste Fahrlässigkeit). In beiden Fällen verletzt der Akteur eine Sorgfaltspflicht. Bei der *unbewussten* Fahrlässigkeit verletzt er die Pflicht, die mit seinem Verhalten verbundenen Risiken zu bedenken: A fährt an einem dunklen Winternachmittag mit unangepasst hoher Geschwindigkeit durch ein unübersichtliches Wohnviertel. Er denkt nicht daran, dass seine Geschwindigkeit eine Gefahr darstellt und fährt ein unerwartet aus einer Reihe parkender Autos hervorkommendes Kind an. Bei der *bewussten* Fahrlässigkeit verletzt er die Pflicht, sein Verhalten entsprechend seinem Bewusstsein der Risiken umzusteuern. Er denkt an die Gefahrenträchtigkeit seines Handelns oder Unterlassens, lässt diesem Gedanken aber keine Taten folgen: A denkt flüchtig daran, dass seine Geschwindigkeit unter den gegebenen Umständen eine Gefahr darstellen könnte, fährt aber dennoch nicht langsamer und verursacht den besagten Unfall. Im ersten Fall ist die entscheidende Ursache des Unfalls As Gedankenlosigkeit, die Tatsache, dass A an das mit seinem Verhalten verbundene Risiko *nicht denkt*. Im zweiten Fall ist die entscheidende Ursache des Unfalls, dass sich A anders *verhält*, als es seinem Bewusstsein der mit seinem Verhalten verbundenen Risiken entspricht.

„Fahrlässigkeit“ ist – ebenso wie „Nachlässigkeit“ – nicht nur sprachlich mit dem Unterlassen verwandt. Beide Begriffe verweisen darauf, dass es jemand an etwas fehlen lässt, das aus bestimmten Gründen erforderlich ist. Beide qualifizieren jedoch nicht nur Unterlassungen, sondern auch positive Handlungen. Jemand kann sich dadurch fahrlässig verhalten, dass er etwas nicht tut,