

## □ Praktische Rechtstheorie: Die deontischen Modalitäten

Prof. Dr. Klaus F. Röhl, Bochum

»Das Gute – dieser Satz steht fest –  
Ist stets das Böse, was man läßt.«  
(Wilhelm Busch)

### I. Die Norm als Schlüsselbegriff der Rechtstheorie

Das Recht ist komplex. Analytische Rechtstheorie<sup>1</sup> will deshalb das Recht in seine Bestandteile zerlegen, so wie der Chemiker die Materie in Moleküle und Atome zerlegt. Man darf zwar nie vergessen, daß das Ganze mehr ist oder jedenfalls mehr sein kann als die Summe seiner Teile. Aber wenn wir die Teile nicht kennen, können wir oft das Ganze nicht verstehen.

Welche sind die kleinsten Bestandteile des Rechts? *Rudolf von Ihering* (1818–1892) und viele seiner Zeitgenossen suchten die Elementarteilchen des Rechts in den Rechtsbegriffen. Im »Geist des römischen Rechts«, seinem rechtstheoretischen Hauptwerk, stellt *Ihering* der Jurisprudenz die Aufgabe, ein »Rechtsalphabet« zu buchstabieren. Er meinte, wie man Wörter in Buchstaben zerlegen und wieder zusammensetzen könne, so müsse auch das Recht mit einer begrenzten Zahl scharfer Begriffe beschrieben werden. Solche Analyse sollte die Bausteine für die »juristische Construction« liefern.

Die Begriffsjurisprudenz hat sich aber als Irrweg erwiesen. Das hatte schon der späte *Ihering* erkannt, der darum selbst zum schärfsten Kritiker der Begriffsjurisprudenz wurde. Begriffsjurisprudenz kann nicht funktionieren, weil Rechtsbegriffe nur Namen für Sätze sind. Wenn ich zB den Begriff der Vormerkung oder des Eigentums verwende, so handelt es sich nur um eine Sammelbezeichnung für alle Regeln, die zusammen das Rechtsinstitut der Vormerkung oder des Eigentums ausmachen. Aus einem Rechtsbegriff läßt sich daher nicht mehr herausholen, als ohnehin schon in den Regeln steht, auf die der Begriff verweist. Wenn man nach den Elementarteilchen des Rechts sucht, darf man daher nicht bei Begriffen, sondern man muß bei Sätzen anfangen. Deshalb arbeitet die moderne Rechtstheorie nicht mit Rechtsbegriffen, sondern mit Rechtsnormen. »*Alles Recht besteht aus Normen, die ein äußeres Verhalten vorschreiben, sei es ein Tun oder ein Unterlassen...*«<sup>2</sup>

Normen sind also die Elementarteilchen des Rechts. Das Recht besteht aus Normen und nur aus Normen. Dieser Satz bildet das *Axiom* der analytischen Rechtstheorie, das nicht weiter begründbar ist, sich aber dadurch rechtfertigen kann, daß es sich bei dem Aufbau des Lehrgebäudes bewährt.

Im weiteren Sinne bezeichnet man als Rechtsnorm

jeden Satz innerhalb eines autoritativen Normtextes, also eines Gesetzes, einer Verordnung usw. Schlagen wir irgendein Gesetz auf, zB gleich § 1 BGB. Er lautet: »*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.*«

Wer wollte bezweifeln, daß es sich dabei um eine Rechtsnorm handelt? Aber es handelt sich eben doch nur um eine Rechtsnorm im weiteren Sinne. § 1 BGB ist für sich genommen eigentlich sinnlos. Es handelt sich nicht um eine Vorschrift, die irgend ein Tun oder Unterlassen anordnet. Nicht zufällig steht § 1 am Beginn des Allgemeinen Teils des BGB. Im Allgemeinen Teil sind diejenigen Bestandteile, die vielen konkreten Vorschriften gemeinsam sind, sozusagen vor die Klammer gezogen. Sie bilden nur unvollständige Rechtssätze, die erst in Kombination mit anderen Sätzen sagen, was zu tun oder was zu lassen ist. Die Rechtstheorie verwendet deshalb einen engeren Normbegriff. Danach sind alle Rechtsnormen als Gebote oder Verbote aufzufassen. Nur Normen, die ein bestimmtes Verhalten anordnen, sind Rechtsnormen in diesem engeren Sinne. Die Auffassung wird als *Imperativtheorie* bezeichnet.<sup>3</sup>

1 Zur analytischen Rechtstheorie rechnet man in erster Linie jene Richtung, die in der Tradition des Utilitarismus von *Jeremy Bentham* (1748–1832) und *John Austin* (1790–1859) steht. In diesem Jahrhundert ist sie maßgeblich durch die analytische Sprachphilosophie geprägt worden. Heute wird sie durch *H. L. A. Hart* (1907–1993) repräsentiert. An Bedeutung steht ihr jedoch die Wiener rechtstheoretische Schule um *Hans Kelsen* (1881–1973) in keiner Weise nach. Auch sie betreibt der Sache nach eine analytische Rechtstheorie.

Leider gibt es keine wirklich brauchbare Lehrdarstellung der analytischen Rechtstheorie. Man muß sich die Bruchstücke mühsam zusammensuchen. Hilfreich sind dafür besonders *Klaus Adomeit* *Rechtstheorie für Studenten*, 3. Aufl, 1990, *Maximilian Herberger/Dieter Simon* *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, sowie *Ota Weinberger* *Norm und Institution*, 1988.

2 *Hans Nawiasky* *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl, 1949, S 8  
3 Die Imperativtheorie geht ursprünglich auf *Jeremy Bentham* zurück und ist für die deutsche Jurisprudenz zuerst von *August Thon* formuliert worden (*August Thon* *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878). Ihre wichtigsten Verteidiger waren *Hans Kelsen* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl, 1923) und *Karl Engisch* (*Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl, 1983; *Auf der Suche nach Gerechtigkeit*, 1971; *Vom Sinn des hypothetischen juristischen Urteils*, in: *Existenz und Ordnung*, Festschrift für Erik Wolf, 1962, S 398). Ihr prominentester Gegner war *Karl Larenz* (*Methodenlehre*, 6. Aufl, 1991; *Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*, Festschrift für Engisch, 1969, S 150). Sieht man genauer hin, geht es aber gar nicht darum, ob die Imperativtheorie »richtig« oder

Die Sache ist allerdings noch etwas komplizierter. Ein bloßes Gebot oder Verbot ist noch kein Recht. Denken wir nur an die zehn Gebote. Wie kann man religiöse, moralische Gebote oder auch bloß die Gebote von Anstand oder Mode von rechtlichen Geboten unterscheiden? »Recht und Moral« ist ein großes Thema, ja man kann die ganze Rechtsphilosophie unter diesem Thema abhandeln. Die analytische Rechtstheorie hat damit jedoch keine Probleme; oder genauer: Der Zusammenhang von Recht und Moral ist nicht ihr Problem. Sie nimmt ein ganz einfaches Kriterium zur Abgrenzung von Recht und außerrechtlichen Normen. Rechtliche Normen sind solche, deren Verletzung mit spezifischen Sanktionen geahndet wird, mit Strafe, Schadensersatzpflichten oder Erfüllungszwang. Sanktionen gibt es auch außerhalb des Rechts. Kinder werden von ihren Eltern gestraft, unfaire Fußballer vom Schiedsrichter, und Gott straft die Sünder. Die Sanktionen, die eine Norm zur Rechtsnorm machen, beziehen ihren spezifischen Charakter daraus, daß sie unter der Kontrolle der Gerichte vom staatlichen Rechtsapparat verwaltet werden. Eine vollständige Rechtsnorm besteht aus der Kombination einer Verhaltensnorm mit einer Sanktionsnorm. Sie lautet also nicht bloß:

*Du sollst nicht stehlen!*

Zur Rechtsnorm wird die Norm erst in Kombination mit einem zweiten Gebot, das sich an den Rechtsapparat richtet.

*Wenn jemand stiehlt, sollt ihr ihn bestrafen!*

Diese engere Fassung der Imperativentheorie wird auch als *Sanktionstheorie* bezeichnet.<sup>4</sup>

## II. Die deontischen Modalitäten

Vorläufig werden wir die Kombination von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm zurückstellen und uns nur mit der Verhaltensnorm beschäftigen. Eine solche Norm wird durch einen Satz beschrieben. Jeder Satz kann in zwei Bestandteile zerlegt werden, in eine *Sachverhaltsangabe* und einen *Operator*. Sprachlich läßt sich der Sachverhalt ohne Operator allerdings kaum formulieren. Man kann immerhin durch den Infinitiv das Gemeinte andeuten:

*Hans Klavier spielen.*

Die folgenden Sätze benutzen in unterschiedlicher Weise alle den gleichen Sachverhalt,

*Hans spielt Klavier.*

*Hans, spiele Klavier!*

*Spielt Hans Klavier?*

*Soll Hans Klavier spielen?*

nämlich als Feststellung, als Aufforderung und als Frage. So läßt sich jeder dieser Sätze als die Verbindung des gleichen Sachverhalts mit einem anderen Operator verstehen. Den isolierten Sachverhalt bezeichnet man auch als *Proposition* und schreibt dafür symbolisch *p*.

Die verschiedenen Operatoren kann man als Aussage- oder Existenzoperator, Frageoperator und Gebotsoperator bezeichnen. Der Gebotsoperator wird symbolisch mit *O* geschrieben (von englisch obligatory oder lateinisch oportet). Für den Aussageoperator führen wir hier die Schreibweise *A* und für den Frageoperator die Schreibweise *Q* (von lateinisch quaestio oder englisch question) ein. Wir können also notieren für

»Hans spielt Klavier.« *A(p)*

für

»Hans spiele Klavier!« *O(p)*.

Dagegen können wir nicht schreiben für

»Spielt Hans Klavier?« *Q(p)*;

denn die Frage kann sich auf eine Aussage oder auf eine Norm beziehen, so daß wir schreiben müssen

»Spielt Hans Klavier?« *Q(Ap)*

oder

»Soll Hans Klavier spielen?« *Q(Op)*.

Der Frageoperator steht also auf einer anderen Ebene als der Aussage- oder der Gebotsoperator.

Die meisten Rechtsnormen sind *hypothetisch* in dem Sinne, daß sie nur unter bestimmten Bedingungen oder jedenfalls unter Einschränkungen zur Anwendung kommen. Das Gebot, einen Verbandskasten mit sich zu führen (§ 35 h StVZO), gilt nur beim Autofahren, und selbst das Tötungsverbot ist in Notwehrsituationen eingeschränkt. Um zum Kern der Norm vorzustoßen, denken wir uns jedoch Gebote

»falsch« ist. Auch *Larenz* bestritt nicht, daß die Imperativentheorie »möglich« sei. Er hielt sie nur für irrelevant, weil sie das eigentlich Wichtige nicht in den Griff bekomme. Näher *Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 1995, S 226 ff

<sup>4</sup> Die Unterscheidung von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm hat *August Thon* in die Rechtstheorie eingeführt. Daß zur vollständigen Rechtsnorm immer auch eine Sanktionsnorm gehört, hat besonders *Hans Kelsen* betont; dazu näher *Röhl* (Fn 3) S 217 ff.

und Verbote, die in äußerster Abstraktion ganz kategorisch lauten:

*Es ist verboten zu töten.*

*Es ist geboten, den Verunglückten zu retten.*

Um diesen *Normkern* in verschiedenen Erscheinungsformen wiederzuerkennen, ist es notwendig, die sog deontischen Modalitäten – Gebot, Verbot, Erlaubnis und Freistellung – und ihr Verhältnis zueinander näher zu betrachten. Das Fremdwort stammt von dem altgriechischen Verb *dein* = sollen oder müssen. »Deontisch« ist, was sein soll, »ontisch« ist, was ist. Die beiden Worte haben trotz des Gleichklangs verschiedene Wurzeln. »Ontisch« kommt von griechisch *enai* = sein.

Das *Gebot* haben wir bereits dahin analysiert, daß es aus der Bezeichnung eines Sachverhalts und einem Operator besteht, mit dem diesem Sachverhalt eine bestimmte Modalität zugeschrieben wird. Den Sachverhalt hatten wir mit *p* (für Proposition) notiert und für den Gebotsoperator *O* (von obligatory) geschrieben, so daß wir formalisieren konnten:

*Es ist geboten, daß ... O (p)*

Ähnlich lassen sich *Verbot*, *Erlaubnis*<sup>5</sup> und *Freistellung* formalisieren:

*Es ist verboten, daß ... F (p)*

*Es ist erlaubt, daß ... P (p)*

*Es ist freigestellt, daß ... L (p)*

(Merkhilfe: *F* von englisch *forbiden*, *P* von englisch *permission* oder lateinisch *permissio*, *L* von englisch *license* oder lateinisch *licet*.)

Wenn wir noch das Negationszeichen  $\neg$  hinzunehmen sowie das Zeichen  $\wedge$  für »oder«, lassen sich die logischen Beziehungen zwischen den vier Modalitäten so darstellen:

$O(p) = df. \neg P(\neg p)$

Es ist nicht erlaubt, eine Handlung zu unterlassen, die geboten ist.

$F(p) = df. \neg P(p)$

Was verboten ist, ist nicht erlaubt.

$P(p) = df. \wedge F(p)$

Was erlaubt ist, ist nicht verboten. Das ist aber nur eine »schwache« Erlaubnis, denn die Handlung könnte ja geboten sein. In diesem Sinne ist es erlaubt, Steuern zu zahlen.

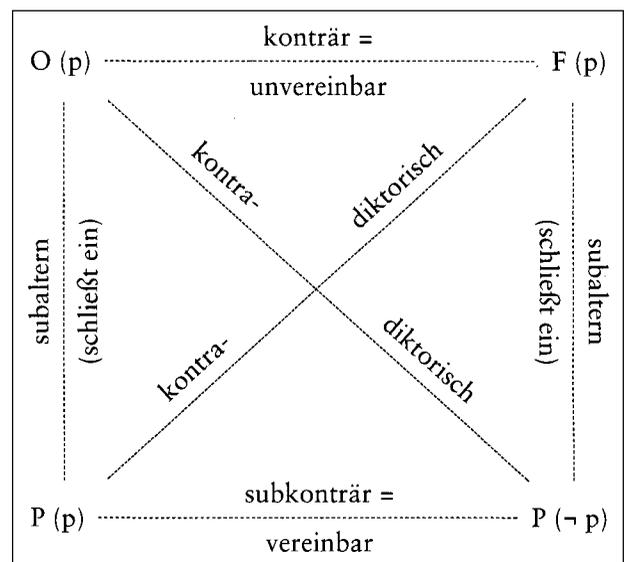
Das gleichzeitige Fehlen auch eines Gebots bringt folgende Konstellation, die Freistellung, zum Ausdruck:

$L(p) = df. P(p) \wedge P(\neg p)$

Freigestellt ist, was weder verboten noch geboten ist.

Es zeigt sich also, daß sich jede dieser Modalitäten durch eine andere und deren Negation definieren läßt. Dieser Zusammenhang wird häufig im sog *Normenquadrat*<sup>6</sup> dargestellt.

Das Normenquadrat



Gebot und Verbot sind danach *konträr*, dh sie bilden unvereinbare Gegensätze. Dagegen sind die Erlaubnis eines Tuns und die Erlaubnis einer Unterlassung *subkonträr*, dh miteinander vereinbar. Ein Gebot und die Erlaubnis zur Unterlassung der entsprechenden Handlung sind *kontradiktatorisch*, dh aus der Verneinung des einen folgt das andere (Umkehrschluß).

5 Der Ausdruck »Erlaubnis« wird in der juristischen Dogmatik anders verwendet als in der Rechtstheorie. Für die Rechtstheorie bedeutet eine Erlaubnis nur das Fehlen eines Verbots. Eine solche Erlaubnis ist gar keine Rechtsnorm im engeren Sinne, denn sie enthält weder ein Gebot noch ein Verbot, mithin keinen Imperativ, sondern bloß die Negation eines Verbots. In der praktischen Jurisprudenz versteht man dagegen unter einer Erlaubnis nicht das Fehlen, sondern die Einschränkung eines Verbots. Im Baurecht etwa oder für viele Gewerbe bestehen *Verbote mit Erlaubnisvorbehalt*. Zunächst werden bestimmte Tätigkeiten durch Gesetz generell verboten. Dieses Verbot wird jedoch im Einzelfall auf Antrag, etwa durch Erteilung einer Baugenehmigung, aufgehoben, wenn keine gesetzlich vorgesehenen Versagungsgründe vorliegen. In der Regel besteht dann auch ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Die Erlaubnis des Verwaltungsrechts ist also keine Norm, sondern ein Rechtssetzungsakt, der eine Verbotsnorm im Einzelfall zurücknimmt.

6 Dazu *Klaus Adomeit* *Rechtstheorie für Studenten*, 3. Aufl, 1990, S 40 ff

Aus der Rechtskraft eines Urteils, das eine negative Feststellungsklage abweist, folgt, daß das kontradiktorische Gegenteil, also das Recht, dessen sich der Beklagte berühmte, nunmehr positiv festgestellt ist.<sup>7</sup>

Entsprechendes gilt für Verbot und Erlaubnis. Schließlich sind Gebot und Erlaubnis subaltern, ebenso Verbot und Erlaubnis zur Unterlassung des verbotenen Tuns. Das Gebot schließt also die Erlaubnis zum Tun ein, das Verbot die Erlaubnis zur Unterlassung der verbotenen Handlung.

Zur Darstellung der deontischen Modalitäten genügt es eigentlich, die Menge möglicher Handlungen in zwei Teilmengen aufzugliedern, die Teilmenge der freigestellten und die Teilmenge der nicht freigestellten Handlungen. Als Gegenbegriff zur Freistellung wäre (logisch) nur das Verbot notwendig. Jedoch bleibt es zweckmäßig, von einem Gebot zu reden, wenn jede Unterlassung einer Handlung verboten ist, wenn es also keine freigestellte Handlungsalternative gibt, denn sonst müßten alle an sich möglichen Handlungen aufgezählt und mit einem Verbot belegt werden.

### III. Handlung und Unterlassung

Unter der Hand haben wir bei dieser Gelegenheit auch die Begriffe *Handlung* und *Unterlassung* eingeführt, ohne sie zu definieren. Handlung steht hier gleichbedeutend mit Tun als Gegenbegriff zu Unterlassung, und nicht als Oberbegriff für beides. Insofern weicht der Sprachgebrauch der Rechtstheorie von dem des Strafrechts ab. Was hier »Handlung« genannt wird, wird im Strafrecht in der Regel<sup>8</sup> als aktives oder *positives Tun* bezeichnet. Handlung bildet dort den Oberbegriff für Tun und Unterlassen. Die Rechtstheorie dagegen faßt »Handlung« und »Unterlassung« unter dem *Oberbegriff des Verhaltens* zusammen. Da die folgenden Erörterungen zwischen Rechtstheorie und Dogmatik hin und her wechseln, wird es nicht ausbleiben, daß auch der Sprachgebrauch schwankt. Aus dem Kontext wird jedoch verständlich sein, welcher Handlungsbegriff gemeint ist.

Für die weiteren Erörterungen ist eine Einsicht der Rechtstheorie wichtig, die maßgeblich von *Jürgen Rödig*<sup>9</sup> formuliert worden ist: Eine Unterlassung ist nicht die Negation von Handeln schlechthin, sie ist nicht bloßes Nichtstun. Eine *Unterlassung* besteht vielmehr stets in der *Vornahme einer alternativen Handlung*. Umgekehrt ist dann natürlich jede Handlung zugleich die Unterlassung anderer Handlungen.

Uns interessiert allein das Verhalten von Menschen. Ein Verhalten liegt nur vor, wenn der Mensch eine Alternative hat. Es ist zwar nicht völlig unsinnig zu sagen, ein Mensch »unterlasse« Handlungen, die ihm unmöglich seien. Man könnte also sagen, der Dieb habe es unterlassen, auf den Polizisten zu schießen, da er keine Waffe gehabt habe. Aber warum

sollte man so reden? Rechtlich sind »Unterlassungen«, die der Täter gar nicht vermeiden kann, irrelevant.

In den meisten Situationen gibt es eine Vielzahl möglicher Verhaltensweisen. Alle Verhaltensweisen, die für einen Menschen jeweils zugleich in Frage kommen, bilden einen *Verhaltensraum*.<sup>10</sup> Von allen Verhaltensweisen, die in einen Verhaltensraum fallen, wird jeweils nur eine zur Handlung, alle anderen bleiben Unterlassung. Die Ausführung einer Handlung schließt die Unterlassung aller im Verhaltensraum alternativ möglichen Handlungen ein.

So unterläßt es der Student S, der am Nachmittag Tennis spielt, ins Kino zu gehen, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nachzulesen, Klavier zu üben oder den Hund seines Nachbarn auszuführen. Er unterläßt es aber nicht, eine Vorlesung zu halten oder mit dem Fallschirm abzuspringen. Denn Vorlesungen oder Fallschirmsprünge scheiden für den Studenten als Handlungsalternative aus. Sie fallen nicht in seinen Verhaltensraum. Der Bademeister, der zusieht, wie ein Schwimmer ertrinkt, hat es unterlassen, die Wassertemperatur zu prüfen, Schwimmunterricht zu erteilen und den Ertrinkenden zu retten. Dagegen hat er es nicht unterlassen, ins Kino zu gehen, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nachzulesen oder Klavier zu üben. Das alles gehört nicht in seinen Verhaltensraum, denn es kommt als Alternative zu seinem aktuellen Verhalten nicht in Betracht. Allerdings kommt es für die Abgrenzung des Verhaltensraums immer auf die konkreten Umstände an. Wenn der Jurastudent zufällig auch Fallschirmspringer ist, könnte er seinen freien Nachmittag auch mit dieser Tätigkeit verbringen.

Da zu einem Verhaltensraum regelmäßig mehr als zwei mögliche Verhaltensweisen gehören, darf man streng genommen nicht von der Unterlassung einer Handlung reden, sondern muß den Plural verwenden und von den Unterlassungsmöglichkeiten sprechen. Die Unterlassung im Singular ist stets die Ausführung einer bestimmten alternativen Handlung.

Die Unterlassung besteht in der Vornahme einer alternativen Handlung. Eine Handlung und ihre Unterlassung sind daher konträr, das heißt, sie bilden unvereinbare Gegensätze in dem Sinne, daß nicht beide in der gleichen Welt existieren können. Wenn in Kommentaren und Lehrbüchern immer noch betont wird, in ontologischer Beziehung »sei die Unterlassung ein Nichts«,<sup>11</sup> so ist das angesichts der Tatsache,

7 BGH NJW 1983, 2032 und NJW 1986, 2058; *Walther J. Habscheid* NJW 1988, 2641; *Klaus Tiedtke* NJW 1990, 1697

8 Anders zB *Günther Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S 142

9 *Jürgen Rödig* Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, S 77 ff

10 *Rödig* (Fn 9) S 81 ff

11 ZB Schönke-Schröder-*Stree* StGB, 25. Aufl., vor § 13 Rn 139

daß sich das ontologische Nullum datieren und sogar beweisen läßt, scheinphilosophischer Tiefsinn. Der Mensch handelt, auch wenn er etwas unterläßt. Diese Einsicht der neueren Rechtstheorie ist inzwischen auch in der Moralphilosophie geläufig.<sup>12</sup> In der Rechtsdogmatik ist sie noch nicht angekommen. Hier wirkt noch immer die berühmte Formulierung *Gustav Radbruchs* nach:

»Die Unterlassung hat also nicht nur die Merkmale Wille, Tat und Kausalität zwischen beiden nicht mit der Handlung gemein, sie erschöpft sich vielmehr gerade darin, sie zu verneinen. Besäße sie an Stelle jener Merkmale andere positive Merkmale, so wäre noch Hoffnung, sie mit der Handlung unter einen Hut zu bringen. So aber lassen sich, so wahr man nicht Position und Negation, a und non-a unter einen Oberbegriff bringen kann, auch Handlung und Unterlassung nicht unter einen solchen zusammenbiegen, er nenne sich nun Handlung im weiteren Sinne, menschliches Verhalten, oder wie immer sonst!«<sup>13</sup>

Richtig ist diese Formel nur, soweit sie zum Ausdruck bringt, daß Handlung und Unterlassung nicht in derselben Welt existieren können, daß eine unterlassene Handlung Denkmöglichkeit geblieben, aber nicht Realität geworden ist. Die Unterlassung ist dennoch kein nullum, sondern selbst Handlung, nämlich alternative Handlung. Im übrigen ist *Radbruchs* Formulierung irreführend. Durch die Verwendung logiknaher Begriffe und Zeichen für den Gegensatz von Handlung und Unterlassung suggeriert sie Evidenz, die keinen Widerspruch duldet. Tatsächlich ist sie höchst ungenau, weil das, was wir umgangssprachlich als Gegensatz bezeichnen, je nachdem, eine konträre oder eine kontradiktorische Entgegensetzung bildet. Die Unterlassung bildet nur das konträre, nicht aber das kontradiktorische Gegenteil einer Handlung. Sie besteht lediglich in einer von vielen denkbaren Alternativen der Handlung. Deshalb läßt sich daraus, daß der Täter in bestimmter Weise gehandelt hat, nicht schließen, er habe eine bestimmte andere Handlung, und nur diese, unterlassen. Aus dem Verbot einer Handlung folgt daher auch nicht, daß die Unterlassung der Handlung geboten wäre.

Ein Autofahrer nähert sich einer Einmündung mit dem Verkehrszeichen nach § 41 Nr 250 StVO »Verbot für Fahrzeuge aller Art«. Er hält sein Auto an. Damit hat er dem Verbot gehorcht. Er ist nicht in die verbotene Straße eingefahren. Angenommen aber, der Fahrer hält an, steigt aus und läßt sein Fahrzeug vor der Einmündung stehen. Auch in diesem Fall hat er es unterlassen, weiterzufahren. Das Abstellen des Fahrzeugs ist genauso eine Unterlassung des Durchfahrens wie die Wahl einer anderen Straße.

Zu einer Handlung gehören mehrere Möglichkeiten der Unterlassung, die je für sich beurteilt werden müssen. Das Verbot einer Handlung gebietet also

wohl eine Unterlassung, stellt aber nicht jede Unterlassung frei. Ein alternatives Verhalten, das als Unterlassung der verbotenen Handlung in Betracht kommt, kann als Handlung wiederum durch andere Normen verboten sein.

#### IV. Vorsätzliche und fahrlässige Unterlassung ■

Die von *Jürgen Rüdiger* entwickelte Definition der Unterlassung mit Hilfe der Begriffe »Handlung« und »Verhaltensraum« bildet nur den »schwächsten« einer ganzen Reihe »stärkerer« Unterlassungsbegriffe.<sup>14</sup> Der »schwache« Begriff des Unterlassens setzt nicht voraus, daß der Handelnde sich der Gelegenheit zu einer entsprechenden Aktivität bewußt ist. In einem »stärkeren« Sinne kann man daher von Unterlassen sprechen, wenn der Handelnde die als Unterlassung in Betracht bezogene Alternative kennt. Noch »stärker« und damit enger wird der Begriff der Unterlassung, wenn der Handelnde sich im Interesse der Folgen, die er von der Unterlassung erwartet, für diese entscheidet. Eine Unterlassung kann ebenso wie positives Tun hinsichtlich verfügbarer Alternativen bewußt und im Blick auf die Folgen der realisierten Handlung intentional sein.

Eine Unterlassung kann also fahrlässig, vorsätzlich oder gar absichtlich begangen werden. Dagegen gibt es keine fahrlässige Normverletzung durch positives Tun,<sup>15</sup> vielmehr besteht jeder fahrlässige Normverstoß in einer Unterlassung.<sup>16</sup> Erst der Vorsatz verleiht dem Verhalten den Sinn einer Handlung. Das hat die finale Handlungslehre<sup>17</sup> gezeigt, und dahinter gibt es

12 *Dieter Birnbacher* Tun und Unterlassung; 1995, S 24 ff, 32 ff

13 *Gustav Radbruch* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903, S 140

14 *Georg Henrik von Wright* Norm und Handlung; 1979, S 56. Von *Wright* definiert die Unterlassung ähnlich wie *Rüdiger*: »Ein Handelnder unterläßt es in einer gegebenen Situation, etwas Bestimmtes zu tun, wenn er es zwar tun kann, es aber doch nicht tut.«

15 Anders die hM, so behandeln zB *Hans-Heinrich Jeschke/Thomas Weigend* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl, 1996, zunächst in § 54 (S 651 ff) das »fahrlässige Begehungsdelikt« und nachfolgend in § 59 VII (S 630 ff) die »Fahrlässigkeit bei den Unterlassungsdelikten«; ähnlich die Vorauflage.

16 Dazu ausführlich der Folgebeitrag: *Röhl* Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt (im Erscheinen)

17 Allerdings hat gerade die finale Handlungslehre mit der Unterlassung ihre Schwierigkeiten (*Hans Joachim Hirsch* Der Streit um die Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 93, 1991, 821, 850 ff). Da die Unterlassung für den Erfolg nicht kausal sei, so *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S 66 ff, lenke der Unterlassende keinen Kausalverlauf. Er könne daher gar nicht final handeln. Daran ist fraglos richtig, daß ein realer Erfolg, der sich in dieser Welt ereignet, realiter nicht durch die unterlassene Handlung verursacht werden kann, weil diese sich eben in dieser Welt nicht ereignet hat. Doch nichts spricht dagegen, Finalität auch als Steuerung mit Hilfe hypothetischer Kausalität zu defi-

kein Zurück mehr. Zur Begründung muß hier ein Beispiel ausreichen:

Der Vorsatz macht den Unterschied zwischen einer Fallgrube und einer Baugrube. Wer eine Grube gräbt, ohne sie abzusichern, in der Hoffnung, es werde alsbald jemand hineinfallen, hat den Sturz handelnd herbeigeführt. Wer dagegen eine Grube gräbt, um darin bestimmte Arbeiten zu verrichten, ohne die Grube abzusichern, dem ist eine Unterlassung vorzuwerfen, wenn jemand hineinfällt.

Die Bedeutung des Vorsatzes liegt zunächst darin, daß mit seiner Hilfe die zeitlich relevante Situation eingegrenzt wird. Zeit und Kausalität sind grenzenlos. Nur Wille und Vorstellung setzen Fixpunkte.

Wenn T nicht vor fünf Jahren nach Bochum umgezogen wäre, hätte er dort kaum gestern bei einem Raubüberfall den X getötet. Der Beginn der Ausführung von Raub und Tötung läßt sich nur nach dem im Vorsatz enthaltenen Tatplan bestimmen.

Jede Tat erstreckt sich über eine gewisse Zeit. Irgendwann gibt es stets eine letzte Sekunde, in der der Täter durch Aufgabe oder Umkehr den inkriminierten Erfolg noch hätte verhindern können. Stellt man auf diesen Zeitpunkt ab, so erscheint die Tat als unterlassene Erfolgsabwendung. Es ist daher gar nicht so absurd zu sagen, in letzter Konsequenz sei auch jede Vorsatztat als »vermeidbares Nichtvermeiden« eine Unterlassung.<sup>18</sup> Aber ganz richtig ist es nicht. Das zeigt die Strafbarkeit des Versuchs, die bei Vorsatztaten, und allein dort, in Betracht kommt. Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung, so könnte man sagen, liegt darin, daß der Täter es unterläßt, die letzte Chance zur Erfolgsabwendung zu nutzen. Doch nicht wegen dieser Unterlassung wird der Täter bestraft, sondern deshalb, weil er sich durch vorangegangenes Handeln selbst in die Situation gebracht hat, in der am Ende die Aufgabe oder gar nur eine Rettungshandlung als einzige rechtmäßige Handlungsmöglichkeit verbleibt.

»Stößt A in Tötungsabsicht den B ins Wasser, dann muß er, um den Tatbestand vollendeter vorsätzlicher Tötung zu verwirklichen, anschließend unterlassen, ihn wieder herauszuziehen. Aber dogmatische Bedeutung mißt dem niemand bei. A tötet allein durch Handeln.«<sup>19</sup>

Nachdem die Tat einmal im Versuchsstadium war, kann nur Rücktritt im Sinne von § 24 StGB den Täter noch vor Strafe bewahren. Tritt er nicht zurück, so wird er nicht wegen unterlassenen Rücktritts bestraft, sondern wegen seiner Handlung.

Äußerlich besteht eine Ähnlichkeit mit der Situation der Ingerenz, die beim unechten Unterlassungsdelikt die Garantenstellung begründet. Ganz grob geht es darum, daß der Täter durch vorangegangenes gefährdendes Tun eine Situation heraufbeschworen hat, in der er nunmehr zu einer Rettungshandlung verpflichtet ist. Der Unterschied ergibt sich allein aus dem Vorsatz. Hat der Täter die Gefährdungssituation herbeigeführt, weil er den Erfolg wollte, hat er im Hinblick auf den Erfolg gehandelt, wenn sich dieser am Ende realisiert. Hat der Täter die Gefahr heraufbeschworen, ohne den Erfolg zu wollen, so ist nunmehr die Rettungshandlung geboten. Verzichtet der Täter auf eine Rettungshandlung, so fällt ihm im Hinblick auf den Erfolg eine Unterlassung zur Last.

nieren. Wenn wir mit Hilfe der *Conditio-sine-qua-non*-Formel die Kausalität prüfen, dann denken wir stets in Alternativen. Ursache des Erfolgs ist danach jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. Man kann nun aber ein Ereignis nicht einfach »hinwegdenken« mit der Folge, daß es eine leere Stelle hinterläßt. Die Welt hat keine Löcher. Die Kausalitätsprüfung besteht daher immer in einem Vergleich von Alternativen, und zwar in Alternativen sowohl hinsichtlich der Handlung als auch hinsichtlich des Erfolgs. Da von vornherein nur die Kausalität des Verhaltens des Täters interessiert, setzen wir seinem realen Verhalten bei der Kausalitätsprüfung auch nicht das Verhalten eines anderen oder gar ein Gewitter entgegen, sondern eine Handlung des Täters selbst, die er nicht realisiert hat, also eine Unterlassung (*Rödiger* [Fn 9] S 126).

*Kaufmann* macht weiter geltend, der finale Handlungsbegriff verliere seine Grenzen, wenn jeder Verzicht auf die Wahrnehmung alternativer Handlungsmöglichkeiten als finale Tatmacht angesehen werde. Von dem Ehemann, der darauf verzichte, seine Frau umzubringen, obwohl er dazu imstande wäre, könne man nicht sagen, er habe insoweit final gehandelt. Warum eigentlich nicht? *Kaufmann* (S 74) zitiert aus *Binding*, Normen II, S 543: »Wieviel Menschen, vom Schulknaben bis zum Minister, kann ein Mann von überlegener Körperkraft nicht morgens hindern, sich an die Stätte ihrer Arbeit zu begeben. Daß sie alle rechtzeitig an dieser erscheinen und ihr Werk tun können, das ist sein Werk! Um Staat und Gesellschaft hat er sich ein unennbares Verdienst erworben – dadurch, daß er kein Verbrechen beging, sondern die Leute ruhig gehen ließ, wohin sie wollten.« Die witzige Formulierung täuscht ein Argument vor, das keines ist. Lob kann man erhalten, ohne normierte Pflichten zu erfüllen, Strafe dagegen nur bei Verstoß gegen bestimmte Normen. Das Strafrecht verteilt kein Lob, nur Tadel.

18 *Rolf Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S 170; jetzt auch *ders* Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt, JuS 1996, 377, 382 f, sowie *ders* Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur »vortatbestandlichen« Deliktsvereinbarung, GA 1996, 1, 9 ff

19 *Herzberg* Die Unterlassung (Fn 18) S 41