4. Aktuelle Verwendung von Counterfactuals in der Rechtswissenschaft

Wenn Philosophen oder Geschichts- und Politikwissenschaftler sich mit hypothetischen Ereignisketten beschäftigen, sprechen sie nicht von „Hypothetischen Kausalverläufen" oder „Reserveursachen". Sie verwenden den Begriff „Counterfactuals" oder in der deutschen philosophischen Literatur das Pendant „kontrafaktische Konditionale". Beides bedeutet eine Befassung mit Kontrafakten, also mit etwas, das nicht geschehen ist, den Fakten entgegensteht.[404] So erforschen Historiker und Politikwissenschaftler zum Beispiel aus unterschiedlichen Perspektiven die Frage, was geschehen wäre, wenn Hitler das Attentat vom 20. Juli nicht überlebt hätte[405] und Philosophen versuchen, Kausalität im Sinne der conditio-Formel kontrafaktisch zu definieren.[406] In der deutschen Rechtswissenschaft werden die Forschungsergebnisse zu diesen Fragen bisher wenig beachtet. Nur selten erfolgt die begriffliche Erwähnung von „Counterfactuals", noch seltener erfolgt ein Verweis auf inhaltliche Betrachtungen. Beispielsweise Aichele[407] und Brem[408] benutzen den Ausdruck „kontrafaktische Konditionale" im Rahmen der Erörterung eines (juristischen) Kausalverständnisses, ohne darauf detailliert einzugehen. Schließlich benennen Birnbacher/Hommen die kontrafaktische Kausalitätstheorie als solche, wobei sie sich auch auf den Philosophen David Lewis beziehen.[409] Auf die Einzelheiten der Theorie gehen die Autoren aber genauso wenig ein, wie die bereits genannten Autoren. Merkel verwendet in seinem Beitrag „Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Puppes

404 *Lebow*, Forbidden Fruit, 2010, S. 30; *Levy*, Counterfactuals and Case Studies, in: *Box-Steffensmeier/Brady/Collier,* 2008, S. 627 ff. (629).
405 Ausführlicher hierzu Kap. 6.1.1.
406 Das versucht beispielsweise David Lewis, wie in Kapitel 5.1 dargestellt wird.
407 *Aichele*, Zurechnung, in: *Hilgendorf/Joerden,* 2017, S. 401 ff. (407).
408 *Brem*, ZSR 1983, 309 (316); eine reine Nennung des Begriffs "kontrafaktisch" und von "fiktiven Welten" ohne inhaltliche Auseinandersetzung auch bei *Grosse-Wilde*, ZIS 2017, 638.
409 *Birnbacher/Hommen*, Negative Kausalität, 2012, S. 106f.

https://doi.org/10.5771/9783748933403-114, am 10.09.2024, 03:27:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lehren dazu“[410] ebenfalls immer wieder den Begriff der „kontrafaktischen Konditionalaussagen“. In seinen Fußnoten dazu verweist auch er durchaus auf David Lewis und andere Vertreter, die sich aus philosophischer Sicht mit diesem Thema beschäftigt haben. Er geht sogar teilweise auf deren Überlegungen ein und nutzt sie, um die conditio-Formel zu kritisieren. Dabei beschränkt er sich jedoch auf Betrachtungen zur Kausalitätstheorie selber. Mit Lewis‘ Methode, kontrafaktische Konditionale nach gewissen Regeln als „wahr“ oder „falsch“ einzustufen (=Wahrheitswerte), die in Kapitel 5 diskutiert wird, setzt er sich weder auseinander, noch wird sie erwähnt. Dieser Teilbereich von Lewis‘ Theorie birgt aber besonders hohes Potential, für den Umgang mit Reserveursachen neue Erkenntnisse zu liefern.

Ein etwas anderes Bild bietet sich im Common Law. Dort gibt es bereits erste Ansätze, die sich mit Counterfactuals, insbesondere auch aus einem interdisziplinären Blickwinkel heraus, beschäftigen. Als Beispiele für Wissenschaftler, die einen solchen interdisziplinären Blickwinkel einnehmen, sind sowohl Michael Moore, der sich ausführlich mit David Lewis befasst, als auch Leo Katz, Gregory Mitchell und Roda Mushkat zu nennen. Letztere wenden ihren Blick zur Lösung von Kausalitätsproblemen hin in Richtung Geschichts- und Politikwissenschaften.

Michael Moore beschäftigt sich in Teil IV seines Buches „Causation and Responsibility“ ausführlich sowohl mit der kontrafaktischen Kausalitätstheorie als auch mit Lewis‘ Wahrheitswerten für Counterfactuals. Allerdings verwirft er die kontrafaktische Theorie letztendlich und nutzt deren Erkenntnisse daher auch nicht zur Lösung juristischer Probleme. Tatsächlich formuliert er jedoch auch an keiner Stelle eine wirklich eigene Theorie oder Definition von Kausalität. In der Einleitung begründet er das letztendlich damit, dass zur Auffindung von juristischen Verantwortlichkeiten ein natürliches Kausalverständnis ausreiche und es daher keiner konkreten Formulierung von Kausalität bedürfe.[411]

In „Bad Acts and Guilty Minds“ aus dem Jahre 1987 untersucht Leo Katz unterschiedliche Kausalitätstheorien und -probleme sowohl aus einer strafrechtlichen als auch aus einer zivilrechtlichen Perspektive. Da er zu dem Schluss kommt, dass sich Historiker, wie Rechtswissenschaftler, häufig mit „was wäre, wenn-Fragen“ beschäftigen, wendet er, zur weiteren

410 *Merkel*, Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Puppes Lehren dazu, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser u. a.*, 2011, S. 150 ff. (151 ff).

411 *Moore*, Causation and Responsibility, 2010, S. 11f.

https://doi.org/10.5771/9783748933403-114, am 10.09.2024, 03:27:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

juristischen Erkenntnisgewinnung, seinen Blick auf die Methodik der Geschichtswissenschaftler. Dadurch stößt er auf den dortigen Umgang mit Counterfactuals. Juristisch beschäftigt er sich ausgiebig mit der „but for-rule", die der deutschen coditio-sine-qua-non-Regel entspricht. Letztendlich geht aber auch Katz kaum über ein Nebeneinanderstellen von historischen Counterfactuals und Kausalitätstheorien hinaus.

Gregory Mitchell analysiert in „Case studies, counterfactuals, and causal explanations"[412] die Forschungsergebnisse der Wissenschaftler, die den Zusammenbruch des Energieversorgers Enron anhand von Counterfactuals untersucht haben. Die Ende 2001 infolge von fortgesetzten Bilanzfälschungen eingetretene Unternehmenspleite kostete viele Tausend Menschen ihren Arbeitsplatz.[413] Die genannten Forscher vergleichen das wirkliche Geschehen, in dem Enron zusammengebrochen ist mit verschiedenen Szenarien, in denen unterschiedliche Ausgangsbedingungen verändert wurden, um so Kausalaussagen über die Wirklichkeit treffen zu können. Mitchell zeichnet dann in seinem Aufsatz Richtlinien auf, wie Counterfactuals bei der Analyse von (wirtschaftsrechtlichen) Sachverhalten angewendet werden sollten, verwendet sie jedoch noch nicht selber.

Auch Roda Mushkat macht in ihrem Aufsatz „Counterfactual Reasoning: An Effective Component on the International Law Methodological Armor?"[414] auf Counterfactuals aufmerksam, wendet die Methodik der Historiker und Politikwissenschaftler aber eigentlich noch nicht selber an. Allerdings nennt sie eine (kurze) Reihe von Namen, die im Recht schon auf Counterfactuals zurückgegriffen haben. Dabei zitiert sie unter anderem Venzke, der den möglichen Mehrwert der Counterfactuals für Juristen, insbesondere für Völkerrechtler, an anderer Stelle selbst darstellt: Es befreie von voreiligen Festlegungen darauf, wie bestimmte Handlungen abzulaufen haben, könne Kausalerklärungen unterstützen und die menschliche Kreativität anregen.[415]

Es zeigt sich also, dass außerhalb von Deutschland bereits Ansätze bestehen, die fachfremden Theorien zur Lösung von rechtlichen Kausalitätsfragen heranzuziehen. Jedoch ist dieses Vorgehen selbst im angloamerikanischen Rechtsraum bisher mehr eine Idee, als dass eine Umsetzung schon stattfindet. Für das deutsche Recht soll eine solche Anwendung

412 *Mitchell*, University of Pennsylvania Law Review vol. 152, 2004, 1517.
413 Siehe näher bei https://www.zeit.de/2006/06/Enron/komplettansicht, 01.11.2022.
414 *Mushkat,* German Law Journal vol. 18, 2017, 59.
415 *Venzke*, ESIL Reflections vol. 3, 2014, 2 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748933403-114, am 10.09.2024, 03:27:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieser Kriterien im nächsten Kapitel durchgeführt werden, um von den genannten Vorteilen der Counterfactuals zu profitieren. Zunächst wird dafür die Theorie von David Lewis zu kontrafaktischen Konditionalen vorgestellt und auf juristische Sachverhalte übertragen. Anschließend werden Counterfactuals aus der Geschichts- und Politikwissenschaft eingeführt und wiederum auf dieselben Sachverhalte angewendet. Das Ziel dieser beiden Schritte ist es, herauszufinden, welche Bewertung die Theorien dieser Wissenschaften für juristische Fallkonstellationen treffen. Eine positive Bewertung kann, wie eingangs erläutert, die These untermauern, dass zivilrechtliche hypothetische Kausalverläufe bei der Bewertung von Schäden grundsätzlich Beachtung finden sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748933403-114, am 10.09.2024, 03:27:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb