

## Erlaubnisnormen und Duldungspflichten\*

*Juan Pablo Mañalich\*\**

### I. Einleitung

Im ersten Band seiner monumentalen *Juristischen Prinzipienlehre* schreibt *Bierling*:

„Insbesondere ist entschiedene Verwahrung gegen die Meinung einzulegen, jeder erlaubende Rechtssatz sei schon deshalb mehr als blosse Negation eines Verbots, weil er ‚anderen (Personen) die Hinderung der erlaubten Handlung verbiete‘. In Wahrheit liegt in der ‚Erlaubnis‘ zu einer bestimmten Handlung an und für sich niemals ein solches Verbot für Andere. [...] Dagegen ist natürlich zuzugeben, dass neben den gedachten erlaubenden Rechtssätzen, die an sich nichts anderes thun als entsprechende Verbote [...], die etwa früher bestanden haben oder doch vorausgesetzt werden könnten, ausdrücklich zu verneinen, in denselben positiven Rechten auch Verbote bestehen, welche sich gegen zahlreiche Handlungen richten, die eine Hinderung Anderer in Vornahme erlaubter Handlungen in sich schliessen können. Und soweit dies im einzelnen Falle zutrifft, erscheint natürlich die Hinderung der erlaubten Handlung eines Anderen zweifellos als rechtswidrig; aber nicht wegen eines in den betreffenden erlaubenden Rechtssätzen mitenthalten, sondern immer nur wegen des daneben oder schon vor denselben bestehenden Verbots, gegen welches die hindernde Handlung verstösst.“<sup>1</sup>

Diese Passage enthält die Fundamente für eine Klarstellung des Status von Erlaubnisnormen, die auf der These beruht, dass sie eine rein negative Funktion bei der Bestimmung des Handlungsspielraumes haben,<sup>2</sup> der durch eine beliebige Menge von Verbotsnormen beschränkt wird. Die konsistente Entfaltung dieser These kann nun zur genauen Identifizierung der deontischen Positionen beitragen, die der Diskurs strafrechtlicher Dogmatik in Bezug auf die Anerkennung einer Erlaubnisnorm als Rechtfertigungsgrund thematisiert. Im Folgenden sei zunächst ein allgemeines Modell der Erlaubnisnormen skizziert, um dann die Möglichkeit einer rein normlogischen Rekonstruktion der Begründung von sog. „Duldungspflichten“ bezüglich der Ausführung einer Handlung zu untersuchen, die unter eine als Rechtfertigungsgrund anerkannte Erlaubnisnorm zu subsumieren ist.

\* Der vorliegende Aufsatz wurde während eines Forschungsaufenthalts an der Universität Bonn geschrieben, der durch ein großzügiges Stipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung ermöglicht wurde.

\*\* Universidad de Chile (Santiago), E-Mail: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

<sup>1</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 93 f.

<sup>2</sup> Zum Begriff des Handlungsspielraums und dessen Bedeutung für die Normentheorie s. *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974, 15 ff.; auch *Weinberger*, Alternative Handlungstheorie, 1996, 104 ff.

## II. Erlaubnisnormen als ausschließende Normen

### 1. Verbotenheit und Erlaubtheit als deontischer Status

Zunächst muss man die Auffassung von Erlaubnisnormen, wonach sich ihre Wirkung auf die Ausschließung einer Menge von Verbotsnormen beschränkt, die anderenfalls den deontischen Status einer Handlung als verboten begründen könnten, genauer analysieren. Dass *Bierling* seine Aufmerksamkeit allein an das durch die Kategorien „Verbots-“ und „Erlaubnisnorm“ konstituierte Paar richtet, erklärt sich dadurch, dass im Sinne des sog. deontischen Quadrats die durch die Prädikate „verboten“ und „erlaubt“ ausgedrückten Operatoren als gegensätzlich definiert werden können,<sup>3</sup> und zwar ebenso wie ihrerseits die durch die Prädikate „geboten“ und „freigestellt“ ausgedrückten Operatoren, welche den Charakter von Gebots- und Freistellungsnormen jeweils bestimmen.<sup>4</sup> Im Folgenden sei nur das erste Paar von Kategorien berücksichtigt.

Die Tatsache, dass *Bierling* den Erlaubnisnormen eine rein negative Funktion zuschreibt, ist noch bemerkenswerter, als er von der Notwendigkeit einer analytischen Unterscheidung ausgeht, die der modernen Differenzierung zwischen den Begriffen von „starker“ und „schwacher“ Erlaubtheit exakt entspricht:

„Vor allem aber ist zu beachten, dass auch die sog. erlaubenden Rechtssätze, wenn man sich wirklich streng an den Begriff des Erlaubens hält, gar nichts anderes sind als eine Art verneinender Rechtsätze: diejenigen nämlich, welche sich gegen ein Verbot richten, welche also aussprechen, dass dieses Verbot ‚an eine gewisse Thatsache nicht angeknüpft sein‘ oder ‚mit Eintritt einer gewissen Thatsache erlöschen‘ solle. Damit ist nicht gesagt, dass Erlaubtsein vollständig identisch sei mit Nichtverbotein. Im Gegenteil; gleichwie die Ablehnung einer bestimmten Synthese von Vorstellungen in der Form des verneinenden Urteils, rein logisch betrachtet, mehr ist als die bloße Tatsache der Nichtvollziehung einer solchen Synthese, so ist auch jede sog. erlaubende Rechtsnorm, rein logisch ausgesehen, mehr als die bloße Thatsache des Nichtvorhandenseins eines Verbotes. Allein der Wirkung nach reicht sie nicht weiter als die Erkenntnis, dass der ‚erlaubten‘ Handlung ein Verbot nicht entgegenstehe. Die erlaubende Rechtsnorm ist freilich nicht nur Ausdruck einer solchen Erkenntnis, sondern zugleich eine Forderung des Rechts und darum für sich allein schon zureichender Rechtsgrund für die Erkenntnis, dass gewisse Verbote innerhalb eines bestimmten Bereichs oder unter bestimmten Voraussetzungen nicht gelten; aber das praktische Resultat ist genau dasselbe, welches sich aus jeder (gleichviel wie gewonnen) Erkenntnis von dem Nichtvorhandensein oder Nichtgelten eines Verbots im gegebenen Fall ergibt.“<sup>5</sup>

Was *Bierling* als die bloße Inexistenz eines Verbots, worunter eine (beliebige) Handlung  $\phi$  subsumierbar sei, bezeichnet, entspricht genau einer schwachen Erlaubtheit der Handlung  $\phi$ : Diese gilt deswegen als erlaubt in schwachem Sinne, weil sie unter keine Verbotsnorm fällt.<sup>6</sup> Dies lässt sich derjenigen Situation gegenüberstellen, in der die

<sup>3</sup> Grundlegend bereits *Bentham*, Of Laws in General, hrsg. von H.L.A. Hart, 1970, 95 ff.

<sup>4</sup> Dies setzt die Annahme eines einseitigen Begriffs von Erlaubtheit in dem Sinne voraus, dass der entsprechende deontische Status allein mit dem des Verbots, nicht aber mit demjenigen des Gebots unverträglich ist. Hierzu *Hruschka/Joerden*, Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP 73 (1987), 93 (106 ff.); auch *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl., 2010, 203 ff.

<sup>5</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre I, 1894, 93 f.

<sup>6</sup> S. von *Wright*, Norm and Action, 1963, 85 ff.; *Alchourrón/Bulygin*, Normative Systems, 1971, 119 ff.; dies., Permission and Permissive Norms, FS Weinberger, 1984, 349 (350 ff.); *Weinberger*, Normenlogik und logische Bereiche, in: *Conte/Hilpinen/von Wright* (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik, 1977, 176 (197 ff.); *Atienza/Ruiz Manero*, Las piezas del derecho, 2. Aufl., 2004, 124 ff.

Handlung  $\phi$  eben unter eine Erlaubnisnorm fällt, was eine in starkem Sinne erlaubte Handlung genau kennzeichnet.<sup>7</sup> Die Unterscheidung lässt aber die Tatsache unberührt, dass es im Hinblick auf ihre Folgerungen für den deontischen Status der jeweiligen Handlung keine Differenz zwischen beiden Situationen besteht; mit den Worten *Bierlings*: „Das praktische Resultat ist genau dasselbe“.

Der Punkt lässt sich präziser formulieren. Die Prädikate „schwach erlaubt“ und „stark erlaubt“ drücken ein und denselben deontischen Status aus, sofern die Operatoren des Verbots und der Erlaubnis wechselseitig definierbar sind: „erlaubt“ bedeutet „nicht verboten“, „verboten“ bedeutet „nicht erlaubt“.<sup>8</sup> Mit dem Blick auf ein besonders berühmtes Beispiel: Die Bedeutung des Adjektivs „erlaubt“ im Kontext des Satzes „Die Tötung eines anderen Menschen in Notwehr ist erlaubt“ ist genau dieselbe wie im Kontext des Satzes „Die Tötung einer Mücke ist erlaubt“. Der Befund dieser semantischen Äquivalenz gilt als unleugbarer Verdienst der sog. „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen“.<sup>9</sup>

Die Feststellung dieser semantischen Äquivalenz beeinträchtigt jedoch in keiner Weise die Möglichkeit, zugleich einen pragmatischen Unterschied zwischen beiden Varianten der Charakterisierung einer Handlung als erlaubt anzuerkennen. Denn die Begründung des deontischen Status einer Handlung als stark erlaubt hängt von der *Berufung* auf eine Erlaubnisnorm ab, worunter eine solche Handlung subsumierbar ist. In logischem Vokabular besagt dies nun, dass das Prädikat „stark erlaubt“ weder im Verhältnis des kontradiktitorischen noch im Verhältnis des konträren Gegensatzes zum Prädikat „verboten“ steht.<sup>10</sup> Es handelt sich nicht um kontradiktitorische Begriffe, weil die Tatsache, dass eine Handlung nicht als verboten gilt, nicht impliziert, dass dieselbe Handlung als erlaubt im starken Sinn gilt – genau deswegen, weil sie immer noch als erlaubt im („nur“) schwachen Sinne gelten könnte.<sup>11</sup> Und es handelt sich ebenso nicht um konträre Begriffe, weil ein und dieselbe Handlung gleichzeitig als verboten und als erlaubt im starken Sinn gelten kann, sofern die (logische) Möglichkeit einer Kollision zwischen Normen, die ein und derselben Handlung unverträgliche deontische Status zuweisen, anerkannt wird. Dies heißt aber, dass die Tatsache, dass eine Handlung in starkem Sinne erlaubt ist, nicht impliziert, dass sie auch im schwachen Sinne erlaubt sein müsste.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Die Verkennung dieses Unterschieds ist für die von seinen Zeitgenossen geübte Kritik an *Bierlings* Auffassung kennzeichnend, s. nur *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 103 (m. Fn. 7).

<sup>8</sup> S. *Alchourrón/Bulygin*, Normative Systems, 1971, 120, 123; *dies.*, FS Weinberger, 1984, 353 f., die indessen gezeigt haben, dass dies von der Offenheit bzw. Geschlossenheit des jeweiligen Normensystems unabhängig ist. Hiergegen aber von *Wright*, An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action, 1972, 82 (85).

<sup>9</sup> Jüngst hierzu *Neumann*, Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 417 (419 ff.). Grundlegend für die neuere Diskussion im spanischsprachigen Bereich *Ortiz de Urbina*, InDret 3/2008, passim, m.w.N.

<sup>10</sup> *Alchourrón/Bulygin*, Normative Systems, 1971, 123. Zu den logischen Relationen von kontradiktitorischem und konträren Gegensatz s. *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, 7 ff.

<sup>11</sup> *Alchourrón/Bulygin*, FS Weinberger, 1984, 352 f.

<sup>12</sup> S. aber von *Wright*, Norm and Action, 1963, 86. Wie *Alchourrón/Bulygin*, FS Weinberger, 1984, 350 ff. (354 f.), zeigen, kommt von *Wright* zu dieser Folgerung, nachdem er – wahrscheinlich ohne es zu merken – zwei alternative Definitionen des Begriffs einer Erlaubnis in starkem Sinne anbietet, wobei nur die erste Definition tatsächlich als Prämisse dafür tauglich ist. Diese erste Definition lautet

Die Berufung auf eine Erlaubnisnorm ist völlig irrelevant für die Begründung des deontischen Status einer Handlung als schwach erlaubt; denn damit ist nur die Feststellung der Inexistenz irgendwelcher Verbotsnormen verbunden, unter die sich die Handlung subsumieren ließe.<sup>13</sup> Deshalb stehen die Prädikate „verboten“ und „schwach erlaubt“ im Verhältnis des kontradiktorischen Gegensatzes. Pragmatisch betrachtet besteht in einer Situation, in der jemand eine schwach erlaubte Handlung ausführt, sogar keine *prima facie* normative Basis für eine eventuelle pejorative Beurteilung seines Verhaltens.<sup>14</sup> Demgegenüber ist eben das mögliche Bestehen einer solchen Basis für die Situation kennzeichnend, in der jemand eine stark erlaubte Handlung ausführt: Hier kann dann die entsprechende Erlaubnisnorm als *Rechtfertigungsgrund* auftauchen.<sup>15</sup> Die Verleugnung dieser pragmatischen Differenz – betreffend die diskursive Begründung des jeweils erlaubten Charakters einer Handlung in einer und in einer anderen Situation – stellt den grundsätzlichen Fehler der bereits erwähnten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen dar.<sup>16</sup>

Obwohl er die Unterscheidung zwischen Erlaubtheit im schwachen und starken Sinne für unverzichtbar hält, lässt sich bei *Bierling* zugleich eine Konfundierung beider Konstellationen erkennen, die bei seinem Versuch zur Sprache kommt, die Auffassung von Erlaubnisnormen als rein ausschließende Normen zu untermauern:

„Vielleicht der beste Beweis für die rein verneinende Natur aller blos erlaubenden Rechtssätze liegt übrigens in der Thatsache, dass die Verneinung eines erlaubenden Rechtssatzes – als doppelte Verneinung – immer und überall ein entsprechendes Verbot ergibt; die Erklärung, dass eine gewisse Handlung nicht erlaubt sein soll, kann gar nichts anderes bedeuten, als ein Verbieten dieser Handlung.“<sup>17</sup>

eben: Eine Handlung gilt als erlaubt in starkem Sinne, „wenn sie nicht verboten ist, aber unter einer Norm fällt“. Die zweite Definition lautet indessen: Eine Handlung gilt als erlaubt in starkem Sinne, „wenn die Autorität ihren normativen Status berücksichtigt und entschieden hat, sie zu erlauben“. Der Unterschied besteht somit darin, dass der zweiten Definition gemäß die Tatsache, dass die Handlung  $\phi$  unter einer Erlaubnisnorm fällt, mit der Tatsache verträglich ist, dass die Handlung  $\phi$  gleichwohl unter einer Verbotsnorm fällt, also damit, dass eine Normkollision besteht. Die erste Definition setzt hingegen eine Lösung der eventuellen Kollision zugunsten der Erlaubnisnorm schon voraus, wie dies eben von *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 93, suggeriert wird.

<sup>13</sup> Weinberger; in: Conte/Hilpinen/von Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik, 1977, 202 f.

<sup>14</sup> Es sei hier allerdings bemerkt, dass eine derartige Redeweise als metaphorisch anzusehen ist. Denn wird einerseits die Kollision zugunsten der (Anwendung der) Erlaubnisnorm gelöst, so wird die fragliche Verbotsnorm („vollkommen“) *ausgeschlossen* sein als Grund für die Unterlassung der jeweiligen Handlung; wird andererseits die Kollision zugunsten der Verbotsnorm gelöst, so wird diese als *definitiver* Grund dafür gelten. Zur entsprechenden „zeitlichen Metapher“ im Hinblick auf den Zeitpunkt der Lösung der betreffenden Kollision s. Alchourrón/Bulygin, FS Weinberger, 1984, 351.

<sup>15</sup> S. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 106 f.; ders., Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, JRE 2 (1994), 339 (346 f.); Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 24 f.

<sup>16</sup> Hierzu Neumann, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 426 ff., im Sinne einer „begründungstheoretischen“ Kritik. Es sei hier beiläufig bemerkt, dass der Einwand allein die „inhaltliche“ Version der sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen im Sinne der Lehre vom gesamten Unrechtstatbestand betrifft, nicht hingegen die formallogische Version, wie sie vor allem von Minas-von Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 34 ff., 39 ff., 75 ff., 92 ff., 101 ff. dargelegt wird. Hierzu auch Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 132 ff.

<sup>17</sup> Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 97.

*Bierling* verwechselt hier die Implikation der Verneinung einer Erlaubtheit im starken Sinne mit der Implikation der Verneinung einer Erlaubtheit im schwachen Sinne. Denn nur die Feststellung, dass eine Handlung nicht im schwachen Sinne erlaubt ist, lässt sich in die Feststellung ihrer Verbotenheit umwandeln, weil „verboten“ und „schwach erlaubt“ eben kontradiktore Termini sind. Die Negation davon, dass eine Handlung unter einer Erlaubnisnorm fällt, besagt nicht unbedingt, dass „ein entsprechendes Verbot“ besteht, denn dieselbe Handlung kann immer noch als schwach erlaubt gelten. Daher reicht die bloße Annahme der Interdefinierbarkeit der deontischen Operatoren des Verbots und der Erlaubnis nicht aus, um eine Klarstellung des Status von Erlaubnisnormen zu liefern.

## 2. Die ausschließende Wirkung von Erlaubnisnormen

Es ist daher erforderlich, die Plausibilität der Charakterisierung von Erlaubnisnormen als Normen zu untersuchen, deren Funktion sich auf die Ausschließung von einer oder mehreren Verbotsnormen reduziert.<sup>18</sup> *Bierling* bemerkt die vermeintliche Schwierigkeit, die eine solche Konzeption angesichts der Unterscheidbarkeit der Begriffe von Erlaubnisnorm und „einfach aufhebendem Rechtssatz“ (i.S.v. derogatorischem Rechtssatz) mit sich bringt.<sup>19</sup> In dem von ihm favorisierten Sprachgebrauch machen Erlaubnisnormen eine Unterart von „(partiell) negativen Rechtsätzen“ aus, die ihrerseits eine Art von „modifizierenden Rechtssätzen“ ausmachen.<sup>20</sup> So bestehe die besondere Wirkung einer Erlaubnisnorm in einer kraft partieller Negation stattfindenden Modifizierung einer oder mehrerer Verbotsnormen, deren „formale Geltung“ jedenfalls unberührt bleibe, wobei genau eine Wirkung auf die formale Geltung einer (anderen) Norm das Kennzeichnende eines derogatorischen Rechtssatzes sei.<sup>21</sup>

Diese Darstellung der Unterscheidung ist aber keineswegs begrifflich befriedigend. Einerseits bleibt der Begriff einer „inhaltlichen“ Modifizierung der Verbotsnormen, um deren durch die jeweilige Erlaubnisnorm operierte Ausschließung es geht, analytisch unklar. Denn trotz ihrer Charakterisierung als eine unselbstständige Norm kann eine Erlaubnisnorm den „Inhalt“ einer Verbotsnorm keineswegs beeinträchtigen, und zwar bereits deshalb, weil der Inhalt – d.h.: der semantische Inhalt – irgendeiner Norm als entscheidendes Kriterium für ihre Individuation gilt.<sup>22</sup> Und davon hängt weiterhin die

<sup>18</sup> Auf diese Weise tritt *Bierling* als Vorläufer der von *Raz* entwickelten Auffassung von Erlaubnisnormen auf. S. *Raz*, Practical Reason and Norms, 2. Aufl., 1990, 89 ff., 95 ff.; hierzu *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 80 ff., 86 f., wo darauf hingewiesen wird, dass *Raz* zufolge das, was durch eine Erlaubnisnorm ausgeschlossen werden kann, allein die ihrerseits ausschließende Wirkung der betreffenden Verbotsnorm (als Grund zweiter Ordnung) sei, was jedoch falsch dargestellt wird, wenn *Grosse-Wilde*, Handlungsgründe und Rechtfertigunggründe, ZIS 2011, 83 (87 f. mit Fn. 47), mit Bezug auf einen „Grund für die Einhaltung des Verbots bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes“ argumentiert.

<sup>19</sup> S. *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 92, 97 f.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 88 ff.

<sup>21</sup> Hierzu *Weinberger*, The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms, in: *Paulson/Paulson* (Hrsg.), Normativity and Norms, 1998, 411, 427 ff., 430 f., der eine Definition des (normativen) Begriffs der Erlaubnis mit Bezug auf eine „derogatorische Kraft“ von Verpflichtungen begründenden Normen anbietet. Wird der Ausdruck „derogatorische Kraft“ durch den Ausdruck „ausschließende Wirkung“ ersetzt, so steht *Weinbergers* Auffassung näher zu *Bierlings* Konzeption als die von *Raz*.

<sup>22</sup> Grundlegend hierzu *Black*, Models and Metaphors, 1962, 95 ff., 99 f.

Identifikation einer bestimmten Erlaubnisnorm als eine Norm ab, die eine Ausschließung *jener* (statt einer anderen) Norm bedingen könnte.<sup>23</sup> So vermag etwa die Erlaubnisnorm der Notwehr den semantischen Inhalt des Tötungsverbots, der in der Deskription des Handlungstyps „das Töten eines Anderen“ besteht, nicht zu modifizieren, denn nur in Bezug auf die so identifizierte Verbotsnorm hat es gegebenenfalls Sinn, von jener Erlaubnisnorm eine ausschließende Wirkung zu prädizieren.<sup>24</sup>

Obgleich es als Verdienst *Bierlings* gilt, einen Begriff von derogatorischen Rechts-sätzen eindeutig artikuliert zu haben, der allein durch eine die „formale Geltung“ von Normen behebende Wirkung definiert wird, war er aufgrund des begrifflichen Instrumentariums seiner allgemeinen Rechts- bzw. „Prinzipienlehre“ noch nicht in der Lage, zu erkennen, dass die Begriffe von Derogation und Erlaubnis zu unterschiedlichen logischen Ebenen gehören. Denn unter „Derogation“ lässt sich das Ergebnis einer institutionellen Handlung – genauer: eines institutionell gebundenen Sprechaktes – verstehen, das in der Abschaffung der Geltung von einer oder mehreren (möglicherweise: erlaubenden) Normen besteht, womit es sogar keinen Sinn mehr hat, von einer „derogatorischen Norm“ zu reden.<sup>25</sup>

*Bierling* hat jedenfalls recht, wenn er die Auflösung des Begriffs der Erlaubnis im Begriff der Derogation zurückweist. Das Problem lässt sich aber umgehen, sobald man erkennt, dass die ausschließende Wirkung einer Erlaubnisnorm bezüglich einer beliebigen Verbotsnorm von der möglichen Überlappung ihrer jeweiligen semantischen Inhalte abhängt. Nur unter dieser Voraussetzung ist das Verhältnis zwischen Verbots- und Erlaubnisnorm als „Kollision“ zu charakterisieren.<sup>26</sup> Denn wird der Operator „erlaubt“ als gleichbedeutend mit „nicht verboten“ definiert, wird die Anerkennung einer Kollision zwischen einer Verbots- und einer Erlaubnisnorm erst möglich sein, wenn zumindest eine Handlung den semantischen Inhalt der beiden Normen erfüllt. In Hinblick also auf eine Handlung, die sowohl die Beschreibung „einen anderen töten“ als auch die Beschreibung „sich gegen einen rechtswidrigen Angriff auf erforderliche und gebotene Weise verteidigen“ erfüllt,<sup>27</sup> besteht die durch die Erlaubnisnorm der Notwehr eventuell bedingte Ausschließung des Tötungsverbots darin, dass die Anwend-

<sup>23</sup> Daran ändert sich nichts, wenn man die von *Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 75 ff., dargelegte Auffassung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalien akzeptiert, wonach die Kollision zwischen zwei Normen, welche ein und derselben Handlung zwei miteinander unverträgliche deontische Modalitäten (bzw. Rechtsfolgen) zuweisen, dadurch zu lösen sei, dass die Menge der Anwendungsbedingungen der einen als negative Anwendungsbedingung der anderen formuliert werde. Denn die Plausibilität einer solchen Lösungsmethode setzt eine Individuation beider Normen schon voraus. S. hierzu *Kindhäuser*, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, GA 2010, 490 (494 f.).

<sup>24</sup> So bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, 307 f., bei seiner Kritik an der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalien. Hierzu auch *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, 241 ff.

<sup>25</sup> Deshalb gehört der Begriff von Derogation zur selben logischen Stufe wie der Begriff von Pro-mulgation. S. von *Wright*, Norm and Action, 1963, 189 ff., 191; *Weinberger*, in: *Conte/Hilpinen/von Wright* (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik, 1977, 191 f., 203 f.; ebenso *Alchourrón/Bulygin*, Normative Systems, 1971, 393 ff.

<sup>26</sup> Hierzu unten 3.1.

<sup>27</sup> Hier kann das Erfordernis der fehlenden Provokation des Angriffs durch denjenigen, der beansprucht, Notwehr zu üben, unberücksichtigt bleiben, und zwar deswegen, weil es als Ausdruck einer *Obliegenheit* verstanden werden kann, deren Verletzung dazu führt, dass dem Provokateur eine Erlaubnis *qua* Notwehr nicht einzuräumen ist, was im Hinblick auf seine Manipulierung der Erfüllung der

barkeit des Verbots *situativ* suspendiert wird, sodass es als möglicher Grund für die Pflicht, gerade *jene* Handlung zu unterlassen, neutralisiert bleibt.<sup>28</sup>

Genau der situationsbedingte Charakter dieser ausschließenden Wirkung erklärt nun, dass *Bierling* ihre Kennzeichnung als *partielle* Verneinung immer wieder betont. Denn wäre erstens die Überlappung der Anwendungsbereiche einer Verbots- und einer Erlaubnisnorm vollkommen, und ginge man zweitens zunächst davon aus, dass die Kollision dazwischen grundsätzlich zugunsten der zweiten Norm zu lösen ist, dann ließen sich gar keine Fälle mehr erkennen, in denen die Verbotsnorm tatsächlich anwendbar sein sollte, was – ungenau gesprochen – einer „konkludenten Derogation“ derselben entspräche.<sup>29</sup>

### 3. Normen als Imperative?

Bisher ist noch nicht berücksichtigt worden, dass *Bierlings* Auffassung von Erlaubnisnormen als rein ausschließenden Normen im Rahmen eines allgemeinen Modells der Normentheorie entwickelt ist, das auf einer gemäßigt imperativistischen Rechtskonzeption beruht.<sup>30</sup> Es geht zwar um eine *imperativistische* Konzeption, da *Bierling* in der Tat die folgenden zwei Thesen vertritt. Erstens: Jede Rechtsnorm stellt einen Imperativ – wenn auch nicht unbedingt einen Befehl – in dem Sinne dar, dass sich jede solche Norm durch einen imperativischen Satz verzerrungsfrei ausdrücken lasse.<sup>31</sup> Und zweitens: Jedes Rechtssystem besteht allein aus Normen im Sinne der ersten These.<sup>32</sup> Trotzdem geht es aber um eine *gemäßigte* Variante von Imperativismus, indem *Bierling* zugleich zugibt, dass nicht jede Rechtsnorm so zu konstruieren sei, dass sie die Unterlassung oder die Ausführung einer Handlung bestimmter Art verlange, also dass sie jeweils die Form des Verbots oder des Gebots aufweisen müsse. So kann man erklären, dass *Bier-*

Anwendungsbedingung der betreffenden Erlaubnisnorm zu begründen ist. Hierzu *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, 115 ff.; analog *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, 371 ff., 381 ff., der auf eine Umformulierung der Kategorie der *actio illicita in causa* zurückgreift: Es gehe nicht darum, dass die betreffende Normwidrigkeit von der Provokation als *actio praecedens* zu präzidieren sei, sondern darum, dass diese eine „Ausnahme“ zur Regel begründete, wonach eine Verteidigungshandlung, welche die Voraussetzungen des § 32 StGB erfülle, als gerechtfertigt gelte. Dies lässt jedoch offen, ob die Verteidigungshandlung *sub specie* defensiven Notstands erlaubt sein könnte. Ebenso *Hruschka* (a.a.O.), 376 ff.; *Kindhäuser* (a.a.O.), 117 f.

<sup>28</sup> Ebenso *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 180; s. auch *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, 256, dessen Behauptung aber, hier sei die Ausführung einer *verbotenen* Handlung erlaubt, gerade die Implikationen einer Definition von „erlaubt“ als gleichbedeutend mit „nicht verboten“ verkennt. Hierzu *Neumann*, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 424 ff.

<sup>29</sup> Denn so verwendet bezeichnet das Wort „Derogation“ eben nicht einen Geltungsverlust, sondern eine (totale) Suspendierung der Anwendbarkeit der betreffenden Norm. In diesem Sinne *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, 163 ff., 166 ff., 170 f.; s. iehe hiergegen aber *Weinberger*, in: Conte/Hilpinen/von Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik, 1977, 191 f., 203 f.; *Alchourrón/Bulygin*, Weinberger-FS, 367 f., die die charakteristische Wirkung einer Erlaubnisnorm mit einer „Derogation“ der fraglichen Verbotsnorm identifizieren.

<sup>30</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 71 ff., 133 ff.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 27 ff.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 30 ff.

*lings* Modell als Variante eines dualistischen Imperativismus klassifiziert werde,<sup>33</sup> und zwar im Gegensatz zum etwa von *Hold von Ferneck* vertretenen monistischen Imperativismus,<sup>34</sup> der sich u.a. durch eine nihilistische Einstellung zum Begriff von Erlaubnisnorm als Kategorie einer Rechtsontologie auszeichnet: „Nirgends übt das Recht die Function zu ‚erlauben‘.“<sup>35</sup>

*Bierling* postuliert hierbei eine Unterscheidung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Normen, wobei die letztgenannten als Normen definiert werden, welche „nur Sinn haben unter Beziehung auf andere gleichzeitig existierende Normen“.<sup>36</sup> Während eine Verbots- bzw. Gebotsnorm stets und *eo ipso* als selbstständige Norm deswegen gelte,<sup>37</sup> weil sie der Realisierung des „regulativen“ (bzw. direktiven) Zwecks des betreffenden Rechtssystems unmittelbar diene,<sup>38</sup> würden alle Normen anderer Art nur als unselbstständig im bereits erklärten Sinne gelten. *Bierling* zufolge lässt sich unselbstständigen Normen immerhin der Status von Imperativen deswegen zuschreiben, weil sie jedenfalls verlangen, „beachtet zu werden“, oder genauer: „in die ihnen eigentümliche Beziehung zu anderen Normen gesetzt zu werden“.<sup>39</sup>

Diese Spezifikation des vermeintlich imperativischen Charakters solcher unselbstständiger Normen zeigt aber, wie mangelhaft eine imperativistische Rechtskonzeption im Grunde ist. Im Gegensatz zu einer selbstständigen Norm, welche die Ausführung oder Unterlassung einer Handlung verlange, erfordere eine unselbstständige Norm allein, „beachtet zu werden“, was heißt: als eine solche unselbstständige Norm beachtet zu werden, womit aber der Nachweis ihres imperativischen Charakters im Kreis bleibt. Das Problem wird offenkundig, wenn man nach der sich daraus ergebenden Charakterisierung von Erlaubnisnormen fragt. Dafür fügt *Bierling* eine weitere Unterscheidung zwischen formal und materiell unselbstständigen Normen hinzu. Unter die erste Kategorie würden die sog. „formell verweisenden“ wie auch die bereits erwähnten „einfach aufhebenden“ Rechtssätze fallen; unter die zweite Kategorie, die die sog. „modifizierenden Rechtssätze“ umfasse, würden ihrerseits die sog. „begriffsentwickelnden“ (bzw. „positiv modifizierenden“) wie auch die verneinenden (bzw. „negativ modifizierenden“) Rechtssätze fallen.<sup>40</sup> Erlaubnisnormen machten dann eine Unterart dieser letzten aus, indem sie als Verbotsnormen ausschließlich zu definieren seien. Das Problem besteht aber darin, dass damit ihre Charakterisierung als Imperative besonders erkläруngsbedürftig wird. Mit *Bierlings* Worten:

<sup>33</sup> Hierzu *Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 35 f., die aber *Bierling* unge nau die These zuschreibt, kennzeichnend für die unselbstständigen Rechtssätze sei es, dass sie „keine Imperative beinhalten“.

<sup>34</sup> *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, 98 ff., 104 ff., 281 ff., 301 ff.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>36</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 71.

<sup>37</sup> In der Terminologie von *Raz*, Practical Reason and Norms, 2. Aufl. 1990 32 ff., handelt sich es um Normen, die als „operative Gründe“ gelten in dem Sinne, dass eine derartige Norm die Prämisse eines entsprechenden praktischen Arguments angibt, dessen Akzeptanz die Annahme einer „praktisch-kritischen“ Einstellung impliziere, die sich in der Konklusion des Arguments ausdrücke.

<sup>38</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 87.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 72. Dies liegt nun nahe, dass *Bierlings* Begriff einer unselbstständigen Norm nur teilweise dem Begriff einer sekundären Regel *à la H.L.A. Hart* entspricht. Hierzu *Mañalich*, Reglas primarias de obligación, ZIS 2012, 571 (579 f.)

<sup>40</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 88.

„Einmal besteht die praktische Bedeutung einer einfach erlaubenden Rechtsnorm nur in einer ausdrücklichen partiellen Verneinung (statt des blossen tatsächlichen Mangels) widersprechender Rechtsnormen. Andererseits geht das Sollen, welches sich auch als Inhalt einer erlaubenden Rechtsnorm darstellt, immer nur auf den Vollzug einer rein geistigen Operation und kann [...] wohl als eine Pflicht im weiteren Sinne, nämlich als eine ‚Pflicht, zu beachten, dass unter gewissen Voraussetzungen Rechtsverbote nicht gelten sollen‘, niemals aber für sich allein schon als eine wahre und volle Rechtpflicht, weil niemals als eine Pflicht zu einem bestimmten äusseren Thun oder Unterlassen betrachtet werden.“<sup>41</sup>

Auf diese Weise wird *Bierlings* Festlegung auf eine nur gemäßigt imperativische Rechtskonzeption evident. Denn er gibt zu, dass die durch die jeweilige Erlaubnisnorm angeblich begründete „Pflicht“ nur ungenau als solche bezeichnet werden kann.<sup>42</sup> Diese Vermutung wird sofort durch die unmittelbar folgende Bemerkung *Bierlings* bestätigt, wonach der Inhaber eines dieser „Pflicht im weiteren Sinne“ korrespondierenden (subjektiven) Rechts, wenn es um staatlich produzierte Normen geht, nicht mit dem Adressaten der betreffenden Erlaubnisnorm zu identifizieren sei. Vielmehr sei der Staat selbst der Inhaber eines solchen „Rechts“ auf Beachtung, dass bestimmte Verbotsnormen unter gewissen Voraussetzungen ihre Geltung – genauer: Anwendungsmöglichkeit – verlieren. Somit aber sei dieses subjektive Recht nichts Weiteres als bloßer Ausdruck des staatlichen Anspruchs auf allgemeine Unterwerfung unter das objektive Recht.<sup>43</sup> Dies ist jedoch besonders schwierig zu vereinbaren mit der Tatsache, dass sich die Wirkung einer Erlaubnisnorm auf die Ausschließung einer Menge von Verbotsnormen reduziert. Denn vom Standpunkt der Frage nach den Adressaten einer so begriffenen Erlaubnisnorm aus scheint nun klar zu sein, dass diese Konzeption auf der Annahme gründet, dass es eine (zumindest teilweise) Überdeckung der Adressatenkreise der betreffenden Erlaubnisnorm und der dadurch eventuell auszuschließenden Verbotsnormen geben muss.

Die Verfeinerung der Auffassung von Erlaubnisnormen als rein „negativ modifizierenden“ Normen erfordert einen Verzicht auf die Festlegung auf eine imperativistische Rechtskonzeption. Ein Fortschritt in diese Richtung lässt sich bei *Bindings* normtheoretischem Modell erkennen, das eine Zurückweisung der zweiten der beiden Thesen mit sich bringt, aufgrund deren Konjunktion *Bierlings* Modell als imperativis-

<sup>41</sup> Ibid., 179.

<sup>42</sup> Hierbei gilt gegen *Bierlings* Feststellung derselbe Einwand, den *Binding* gegen die These vorbringt, wonach jeder Rechtssatz den Status eines Imperativs aufweise: Dieser These lege eine Verwechslung des spezifisch imperativischen Charakters, der (nur) für eine „Norm“ im engen Sinne kennzeichnend sei, mit der vom Inkrafttreten jedes Rechtssatzes implizierten Willenserklärung zugrunde. Hierzu *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 522 (527 ff., 530), der in Bezug auf den sog. „Rechtsbefehl“ (als *terminus technicus*) festhält: „Er ist überhaupt kein Befehl: er ist eine feierliche Willenserklärung, daß etwas, was Recht bis dahin nicht war, die Qualität des Rechtssatzes fürderhin an ans sich tragen soll“. Hierzu auch ders., Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 197 ff. Damit scheint *Binding* eine vollkommen institutionalistische Auffassung der Gesetzgebung zu antizipieren, was indessen die (ungerechtfertigte) Kritik daran seitens der Verfechter eines imperativistischen Verständnisses des sog. „Rechtsbefehls“ zu erklären vermag. Ein besonders deutlicher Beweis davon findet sich schon bei *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 2, 1883, 336 ff.; bemerkenswerterweise lässt sich eine der von *Binding* (zu Recht) kritisierten Auffassung ganz entsprechende Konzeption finden bei *Iorio*, Regel und Grund, 2011, 113 ff., der dadurch versucht, den angeblich latent präskriptiven – i.S.v. „imperativen“ – Charakter von Vorschriften- und Verfahrensregeln zu beweisen.

<sup>43</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 179 f.

tisch gilt. Demgegenüber verneint *Binding*, dass ein Rechtssystem ausschließlich aus „Normen“ bestehe, denn für seine Konzeption ist die Existenz von echten Rechtssätzen, denen kein Normstatus zuzuweisen ist, zwingend.<sup>44</sup> Unter anderem sei dies besonders der Fall bei sog. „Gewährungen“, die – einer ersten Formulierung nach – „den Menschen sagen, was sie dürfen“<sup>45</sup>, oder die – einer zweiten Formulierung nach – zur Ausführung bestimmter Handlungen berechtigen.<sup>46</sup> Dass bei *Binding* diese zwei unterschiedlichen Definitionen von „Gewährung“ zu finden sind, indiziert zunächst eine Konfusion der Begriffe von Erlaubnis und (subjektivem) Recht.<sup>47</sup> Allerdings ist jetzt allein das Folgende von Interesse: Sofern eine „Gewährung“ eine Handlung umfassen würde, welche zugleich unter eine Verbotsnorm subsumierbar wäre, würde dann die Existenz des betreffenden erlaubenden Rechtssatzes die Beschreibung der jeweiligen Verbotsnorm als eine „Regel mit Ausnahmen“ wahr machen.<sup>48</sup>

Ferner sei noch bemerkt, dass für *Binding* die Terminologie von „Erlaubnisnormen“ eigentlich gesperrt bleibt. Denn trotz seiner Widerlegung der zweiten Prämisse des Normmodells *Bierlings* geht *Binding* ohnehin von der Richtigkeit der ersten aus, wonach jede „Norm“ als ein Imperativ gelte, der entweder die Form des Verbots oder die Form des Gebots aufweise.<sup>49</sup> Genauer gesprochen besagt dies nun, dass *Bindings* Modell zwar nicht auf eine imperativische Konzeption des Rechts festgelegt ist, indem er die Existenz von echten Rechtssätzen, die keine Normen seien, annimmt, doch aber auf eine imperativistische Konzeption der Normen als „geschlossene Art der Rechtssätze“.<sup>50</sup> Hieraus folgt nun die folgende vorläufige Bilanz: Gibt man – mit *Binding* und pace *Bierling* – die Prämisse preis, dass den „erlaubenden Rechtssätzen“ der Status von Imperativen zuzuweisen sei, so hängt die Möglichkeit ihrer – von *Bierling* vertretenen – Kategorisierung als echte Rechtsnormen entscheidend davon ab, dass man – auch entgegen *Binding* – auf eine imperativistische Konzeption der Rechtsnormen ganz und vollständig verzichtet.

#### 4. Erlaubnisnormen: Grammatik und Pragmatik

Interessanterweise bietet *Bierlings* Erläuterung des Sinnes, in dem jede Rechtsnorm einen Imperativ darstelle, einen Schlüssel zur Überwindung der gesamten imperativistischen Grundannahme an.<sup>51</sup> Denn im Gegensatz zu *Binding*<sup>52</sup> unterscheidet *Bierling*

<sup>44</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 101 ff.; ebenso *ders.*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 524 ff.

<sup>45</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 156 ff. (mit Fn. 8), der behauptet, die (seiner Meinung nach: unrichtige) Definition von „erlaubt“ als „nicht verboten“ führe dazu, dass „alles subjektive Recht aus dem Rechtsgebiet“ falle, was allerdings zu einer Relativierung der Differenz zwischen dieser Formulierung und derjenigen, worauf die folgende Fn. Bezug nimmt, führt.

<sup>46</sup> S. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 103 (Fn. 7), 107 f.

<sup>47</sup> So bereits *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, 109 ff., 111.

<sup>48</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 127 ff.; *ders.*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 173 ff.

<sup>49</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 35 ff., 108 ff.; *ders.*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 155 ff.

<sup>50</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 107.

<sup>51</sup> Dies gilt trotz *Bindings* lapidaren Urteils, wonach *Bierling* den Begriff von Imperativ gar nicht bestimme, sondern ihn allein voraussetze. S. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 102 Fn. 3.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 44 f., 63; *ders.*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 158 f.

explizit zwischen den Begriffen von Imperativ und Befehl,<sup>53</sup> und zwar auf folgende Weise:

„Der Ausdruck ‚Befehl‘ ist immer nur zulässig, wo auf die blosse einseitige Normensetzung des Befehlenden hin Gehorsam vom Adressaten erwartet wird [...]. Der Ausdruck ‚Imperativ‘ bezeichnet dagegen überhaupt jeden Gedanken, der seinen prägnantesten Ausdruck in dieser speziellen Sprachform findet.“<sup>54</sup>

Unter „dieser speziellen Sprachform“ versteht *Bierling* die grammatischen Form des imperativischen Modus, womit sich seine These so verstehen lässt, dass eine Norm etwas sei, dessen natürlicher Ausdruck in einem im imperativischen Modus konstruierten Satz bestehe. So würde etwa das Tötungsverbot seinen prägnantesten Ausdruck im Satz „töte einen anderen nicht!“ finden.

Der Vorteil einer solchen Rekonstruktion *Bierlings* theoretischen Ansatzes liegt zunächst darin, dass auf diese Weise dessen Vergleich mit rivalisierenden Ansätzen einfacher wird, die ebenso grammatisch zu kennzeichnen sind.<sup>55</sup> Hierbei lohnt sich es, von *Wrights* Unterscheidung zwischen den Begriffen von Norm und Normformulierung im Auge zu behalten, wonach unter „Normformulierung“ der Komplex von Zeichen bzw. Symbolen zu verstehen sei, durch welchen eine Norm ausgedrückt wird (bzw. werden kann).<sup>56</sup> Im hier relevanten Zusammenhang lässt sich die Frage auf die folgende Alternative reduzieren: Eine Normformulierung kann entweder die Form eines imperativischen Satzes oder die Form dessen aufweisen, was von *Wright* einen „deontischen Satz“ nennt – nämlich einen Satz, der anhand eines deontischen Hilfsverbs wie „sollen“ oder „dürfen“ konstruiert wird.<sup>57</sup> Die zweite konstruktive Möglichkeit kann nun im Sinne einer *syntaktischen* Definition des Begriffs von (Verhaltens-)Norm umgeschrieben werden: Der mit der jeweiligen Normformulierung zu identifizierende deontische Satz lässt sich als ein Satz konstruieren, der einen deontischen Operator mit der Beschreibung eines bestimmten Handlungstyps kombiniert. So würde beispielhaft der Satz „Es ist verboten, einen anderen zu töten“ als Formulierung derjenigen Norm gelten, die sich als Tötungsverbot identifizieren lässt.<sup>58</sup>

Dafür spricht zunächst die (vermeintlich triviale) Tatsache, dass im Sinne von *von Wrights* Unterscheidung eine Norm etwas ist, das mittels eines entsprechenden deontischen Satzes zum Ausdruck kommen kann, wenn dieser als Normformulierung *gedeutet* wird.<sup>59</sup> Daher kann eine Norm zunächst als Korrelation eines bestimmten

<sup>53</sup> Bemerkenswert ist hier die Tatsache, dass ein ähnlicher Gebrauch des englischen Ausdrucks „mandate“ bei *Bentham*, Of Laws in General, 1970, 95 f., vorkommt.

<sup>54</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1, 1894, 27 Fn. 3.

<sup>55</sup> S. *Alchourrón/Bulygin*, Systems, Normative Systems, 1971 5.

<sup>56</sup> Von *Wright*, Norm and Action, 1963, 93 ff.; grundlegend bereits *Black*, Models and Metaphors, 1962, 100 ff.; s. auch *Schauer*, Playing by the Rules, 1991, 62 ff.

<sup>57</sup> Von *Wright*, Norm and Action, 1963, 96 ff.

<sup>58</sup> Dies bedeutet nun, wie von *Wright*, ibid., 102 f. bemerkt, dass der Begriff von Norm gegenüber dem von Normformulierung primär ist: „We thus rely upon the notion of a norm for determining whether an expression is used as norm-formulation or not.“

<sup>59</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist es nicht möglich, auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen Normen und Sprache einzugehen. Im Diskurs der analytischen Rechtstheorie beschränkt sich die übliche Diskussion darüber auf die Entgegensetzung einer „expressiven“ Normkonzeption einerseits, wonach eine Normsetzung einem präskriptiven – sogar: imperativischen – Sprachgebrauch entspreche, und einer „hyletischen“ Normkonzeption andererseits, wonach eine Norm ein abstrakter Satz mit

Handlungstyps mit einem deontischen Operator definiert werden.<sup>60</sup> Je nachdem, welcher Handlungstyp seiner Beschreibung nach den semantischen Inhalt der Norm ausmacht, kann man die entsprechende Anwendungsbedingung der Norm zunächst mit dem Vorliegen der Umstände identifizieren, die die jeweilige „Handlungsgelegenheit“ bilden, was heißt: die Situation, von deren Bestand es abhängt, dass eine den fraglichen Handlungstyp exemplifizierende Handlung jeweils ausgeführt bzw. unterlassen werden kann.<sup>61</sup>

Gewiss impliziert dies gerade nicht, dass jeder deontische Satz stets als Normformulierung zu interpretieren wäre, und zwar deswegen, weil man sonst die systematische Mehrdeutigkeit von deontischen Sätzen verleugnen würde.<sup>62</sup> Diese Ambiguität besteht darin, dass ein und derselbe deontische Satz sowohl als Normformulierung wie auch als normative Aussage, die über das Bestehen bzw. den Umfang einer Norm informiert,<sup>63</sup> gebraucht werden kann. Der Unterschied dazwischen lässt sich in Bezug auf die Frage verdeutlichen, ob deontische Sätze Wahrheitswert haben: Als Normformulierung gedeutet kann ein Satz der Art „Es ist verboten,  $\phi$  zu tun“ weder wahr noch falsch sein; als normative Aussage gedeutet kann hingegen derselbe Satz wahr oder falsch sein, wobei die Existenz einer Norm, die gerade verbietet,  $\phi$  zu tun, als Wahrheitsbedingung der entsprechenden normativen Aussage gilt.<sup>64</sup>

Aus einer solchen syntaktischen Definition des Begriffes von (Verhaltens-)Norm lässt sich nun zwangslässig eine Charakterisierung der sog. „erlaubenden Rechtssätze“ als echte Erlaubnisnormen geben. Denn die größere „semantische Fähigkeit“, die deontische Sätze im Vergleich zu imperativischen Sätzen zeigen, wird bei der Formulierung von Erlaubnisnormen besonders deutlich.<sup>65</sup> Graphisch: Die Formulierung einer Erlaubnisnorm mittels eines deontischen Satzes der Art „Es ist erlaubt,  $\phi$  zu tun“ ist nicht nur einfacher, sondern darüber hinaus auch eindeutiger als ihre Formulierung mittels eines imperativischen Satzes der Art „Tue  $\phi$ , wenn Du willst!“. Als weiterer Vorteil der hier vorgeschlagenen Definition gilt auch, dass dadurch die rein „negative“ (bzw. ausschließende) Funktion von Erlaubnisnormen ebenso einfach klargestellt werden kann. Denn

präskriptiver Bedeutung sei. Hierzu *Alchourrón/Bulygin*, The Expressive Conception of Norms, in: *Paulson/Paulson* (Hrsg.), *Normativity and Norms*, 1998, 383 ff.; *Weinberger*, ibid., 413 ff.; für die hier skizzierte syntaktische Definition ist es allerdings allein von Bedeutung, dass eine Norm eben kein *Satz* ist, sondern das, was durch einen als Normformulierung gedeuteten deontischen Satz ausgedrückt wird. Vgl. hierzu *Black*, Models and Metaphors, 1962, 102 ff., 106 f., 108, der zutreffend bemerkt: „The general form of a rule-formulation can, accordingly, be presented as follows: Such-and-such actions in such-and-such circumstances, done by such-and-such persons (done by anybody), forbidden (required, permitted).“

<sup>60</sup> S. bereits *Black*, Models and Metaphors, 1962, 107 f.; *Schauer*, Playing by the Rules, 1991, 23 f.

<sup>61</sup> Hierzu von *Wright*, Norm and Action, 1963, 73 ff.

<sup>62</sup> Ibid., 100 ff., 104 f.; s. auch *Iorio*, Regel und Grund, 2011, 79 f.

<sup>63</sup> Hierzu *Raz*, The Concept of a Legal System, 2. Aufl., 1980, 45 ff., 217 ff., 234 ff., demzufolge eine derartige normative Aussage angesichts ihrer Syntax als „direkt“ und angesichts ihrer Wahrheitsbedingungen als „rein“ (im Gegensatz zu „angewendet“) zu klassifizieren ist.

<sup>64</sup> S. von *Wright*, Norm and Action, 1963, 103 ff.; hiergegen will *Bung*, Subsumtion und Interpretation, 2004, 43 ff., 100 ff., die Begriffe von Norm und Normformulierung miteinander so identifizieren, dass eine wahrheitstheoretische Semantik der Normen möglich sei. Eine solche Auffassung lässt jedoch völlig außer Acht, dass der eine und der andere Begriff gegensätzliche „Anpassungsrichtungen“ (*directions of fit*) aufweisen, nämlich eine von „Wort-zu-Welt“ einerseits und eine von „Welt-zu-Wort“ andererseits. Grundlegend hierzu *Searle*, Expression and Meaning, 1979, 1, 3 f., 12 ff.

<sup>65</sup> S. von *Wright*, Norm and Action, 1963, 97 f., 100 f.

ist eine solche Norm nichts anderes als eine Korrelation des deontischen Operators der Erlaubnis mit einem spezifischen Handlungstyp, und wird der Operator „erlaubt“ als gleichbedeutend mit „nicht verboten“ definiert, so muss sich der praktische Beitrag einer derartigen Erlaubnisnorm auf den Ausschluss einer oder mehrerer – zum selben Normensystem gehörigen – Verbotsnormen beschränken, falls irgendeine Handlung sowohl unter diese als auch unter jene fällt.<sup>66</sup>

Demgegenüber könnte man allerdings einen Einwand erwarten, der sich auf *von Wrights* Argument gegen die Definition des Operators „erlaubt“ als gleichbedeutend mit „nicht verboten“ stützen könnte. Denn *von Wright* nach lässt sich erst durch eine Widerlegung einer solchen „negativen“ Definition von „erlaubt“ behaupten, dass diesem Operator ein selbstständiger – i.S.v. „nicht-reduzierbarer“ – Normcharakter entspreche.<sup>67</sup> Bei seinem Versuch, eine „positive“ Definition desselben zu erreichen, kommt *von Wright* zur Folgerung, dass die Tatsache, dass eine Handlung stark erlaubt sei, mit der Tatsache identisch sei, dass diese Handlung als Gegenstand einer „Tolerierungserklärung“ von der jeweiligen normsetzenden Autorität gelte.<sup>68</sup> *Von Wright* fügt allerdings hinzu, dass, damit eine solche Tolerierungserklärung als Inbegriff eines selbstständigen Normcharakters angenommen werden könnte, sie nicht im Sinne einer bloßen Absichtserklärung, sondern vielmehr im Sinne eines Versprechens derselben legislatorischen Autorität verstanden werden müsse, und zwar im Sinne eines „Selbstverbots“ gegen die Verhinderung der Ausführung der erlaubten Handlung.

Das Problematische dieser Folgerung findet sich nicht allein darin, dass damit Erlaubnisnormen ein „eigenartiger moralischer Geschmack“ (*peculiar moral flavor*) zu kommen,<sup>69</sup> sondern vielmehr bereits in der entscheidenden Prämissen.<sup>70</sup> Denn *von Wrights* Zurückweisung einer Definition von „erlaubt“ als gleichbedeutend mit „nicht verboten“ lässt sich als die Konsequenz einer begrifflichen Verwirrung erklären. *Von Wright* nimmt an, dass im Gegensatz zum Begriff von Erlaubtheit in schwachem Sinne der Begriff von Erlaubtheit in starkem Sinne doch einen Normcharakter ausmache,<sup>71</sup> der als selbstständig oder unselbstständig gelten müsse, je nachdem ob derselbe Begriff überhaupt positiv definiert werden kann. Dies beruht aber auf einer Verwechslung des deontischen Status einer Handlung, indem sie unter eine Erlaubnisnorm subsumierbar ist und insofern als erlaubt in starkem Sinn gilt, einerseits, mit dem betreffenden deontischen Operator (als Bestandteil des „Normkerns“), welcher den Charakter einer Erlaubnisnorm *qua* Erlaubnisnorm bestimmt, andererseits. Dass sich der (deskriptive) Begriff der starken Erlaubtheit nicht im Sinne bloßen Nicht-Verbotenseins definieren lässt, besagt jedoch nicht, dass der deontische Operator der Erlaubnis nicht i.S.v. „nicht verboten“ zu definieren wäre. Und zwar auch deswegen, weil durch diese letzte Definition die Zuweisung eines „eigenartigen moralischen Geschmacks“ zu Erlaubnisnormen ganz sauber vermieden wird.

Somit bleibt jedenfalls die Tatsache unberührt, dass das Verhältnis zwischen Erlaubnis- und Verbotsnormen im Sinne einer pragmatischen Abhängigkeit der ersten bezüg-

<sup>66</sup> S. Weinberger, Alternative Handlungstheorie, 1996, 172 ff.

<sup>67</sup> Von Wright, Norm and Action, 1963, 6 f.

<sup>68</sup> Ibid., 90 ff.

<sup>69</sup> Ibid., 92.

<sup>70</sup> Grundlegend hierzu Alchourrón/Bulygin, Weinberger-FS, 352 ff.

<sup>71</sup> Von Wright, Norm and Action, 1963, 86.

lich der zweiten dargestellt werden kann.<sup>72</sup> Denn während eine Verbotsnorm einen Grund für die Unterlassung von Handlungen bestimmter Klasse ausmacht, ist eine Erlaubnisnorm gerade kein Grund für die Ausführung irgendwelcher Handlungen; ihre praktische Funktion reduziert sich vielmehr darauf, die situationsbedingte Anwendbarkeit einer oder mehrerer Verbotsnormen als Gründe für die Unterlassung von Handlungen bestimmter Art zu neutralisieren. Die Kennzeichnung von Erlaubnisnormen als „unselbstständige Normen“ ist also hinsichtlich ihrer Funktion und nicht bezüglich ihrer Ontologie gerechtfertigt.

### III. Der Umfang der Ausschließung

#### 1. Das Kollisionsmodell

Das Verständnis von Erlaubnisnormen als ausschließende Normen trägt zur Verdeutlichung der (eher problematischen) herkömmlichen Darstellung des Verhältnisses zwischen Verbots- und Erlaubnisnormen als eine Relation von „Regel und Ausnahme“ bei.<sup>73</sup> Denn diese Charakterisierung lässt sich in dem Sinne verstehen, dass eine Erlaubnisnorm den Anwendungsbereich einer Verbotsnorm situativ verringern kann. Dies bedeutet zunächst, dass der entsprechende „Umfang der Ausschließung“ durch den Anwendungsbereich der fraglichen Erlaubnisnorm bestimmt wird, was seinerseits von der Beschreibung des unter dem Erlaubnisoperator stehenden Handlungstyps abhängt.<sup>74</sup> Das heißt: Die Ausschließung einer Verbotsnorm infolge der Anwendbarkeit einer Erlaubnisnorm ist stets contingent in dem Sinne, dass sie von der (kontingenten) Tatsache abhängt, dass eine – anhand einer bestimmten Beschreibung identifizierte – Handlung die Handlungstypen exemplifiziert (bzw. instanziert), die unter den einen und den anderen deontischen Operator gestellt sind. Genau deshalb weist eine solche Handlung den Status einer *actio duplex* auf.<sup>75</sup>

Beispielsweise: Die Erlaubnisnorm der Notwehr bedingt eine situative Suspendierung der Anwendbarkeit des Tötungsverbots dann und nur dann, wenn eine Handlung,

<sup>72</sup> S. Minas-von Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 4 f.; dazu auch von Wright, Norm and Action, 1963, 90 ff.; Weinberger, in: Conte/Hilpinen/von Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik, 1977, 188 ff., 190; ders., Alternative Handlungstheorie, 1996, 49, 159 ff., der darauf hinweist, dass der Erlaubnisoperator nicht als grundlegend definiert werden könne, indem keine Menge von Erlaubnisnormen für die Konstitution eines zur Erfüllung einer regulierenden (bzw. direktiven) Funktion fähigen Normensystems ausreichend sei.

<sup>73</sup> Ebenso bereits Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 127 ff.; ders., Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 173 ff.; vgl. Hart, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, 178 f.; Weinberger, Alternative Handlungstheorie, 1996, 173 f.; zum Problem s. auch Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 419 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 132 ff.; Neumann, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 421 f., der auf das Missverständliche solcher Formulierung zutreffend hinweist.

<sup>74</sup> Raz, Practical Reason and Norms, 2. Aufl. 1990, 91.

<sup>75</sup> Hierzu Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legitimia defensa, 1994, 17 f.; bereits in Worten Bindings, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 731: „Die Verteidigungshandlungen aber kommen strafrechtlich nur soweit in Betracht, als sie von dem Verteidigungsmerkmale abgesehen den Tatbestand strafbarer Handlungen darstellen würden, soweit also die Anwendung des Verteidigungszwangs nicht lediglich defensiv bleibt, sondern zugleich die Gestalt einer regelmäßig verbotenen Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern [...] annimmt.“

die den Handlungstyp „das Töten eines Anderen“ exemplifiziert, ebenso den Handlungstyp „das Abwehren des rechtswidrigen Angriffs eines Anderen auf erforderliche und gebotene Weise“ exemplifiziert.<sup>76</sup> Dies lässt sich anhand des Rückgriffs auf eine extensionalistische These zur Individuation von Handlungen erläutern: Die Möglichkeit einer Ausschließung der Verbotsnorm hängt davon ab, dass ein und dieselbe Handlung die Beschreibung beider Handlungstypen tatsächlich erfüllt.<sup>77</sup> Hieraus ergibt sich nun, dass, falls etwa die jeweilige Tötung des Angreifers nicht erforderlich ist, um den Angriff abzuwehren, eine Ausschließung des Tötungsverbots aufgrund der Notwehrerlaubnis gar nicht in Betracht kommt, indem in einer solchen Situation die Erlaubnisnorm eben keine Anwendung findet.

Somit liegt es nahe, dass es nicht der Fall ist, dass eine Erlaubnisnorm stets als *lex specialis* gelten müsste gegenüber der betreffenden Verbotsnorm, deren Ausschließung sie gegebenenfalls bedingen kann. Denn in der Tat besteht solche Relation gerade nicht zwischen dem Tötungsverbot und der die Notwehr erlaubenden Norm. Formallogisch ausgedrückt: Beide Normen befinden sich im Verhältnis der sog. Interferenz und nicht im Verhältnis der sog. Subordination bzw. Inklusion, wobei letzteres jedoch der Fall sein müsste, um von einer Relation von Spezialität (*stricto sensu*) ausgehen zu können.<sup>78</sup> Damit die Erlaubnisnorm der Notwehr *lex specialis* gegenüber dem Tötungsverbot wäre, hätte der semantische Inhalt der ersten Norm in der Beschreibung „das Töten eines Anderen im Wege erforderlicher und gebotener Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs seitens desselben“ zu bestehen.<sup>79</sup> Diese Normformulierung würde jedoch zu einer besonders unangenehmen Konsequenz hinsichtlich ihrer ontologischen Festlegungen führen, nämlich zur Feststellung, dass das betreffende Rechtssystem nicht eine *einzige*, sondern vielmehr *so viele* Erlaubnisnormen der Notwehr beinhalten würde, je nachdem wie viele Verbotsnormen es gibt, die durch die jeweils *ad hoc* gefasste Erlaubnisnorm ausgeschlossen werden könnten. So bestünden neben der Erlaubnisnorm der Tötung-in-Notwehr die Erlaubnisnormen der Körperverletzung-in-Notwehr, der Nötigung-in-Notwehr, der Freiheitsberaubung-in-Notwehr, usw. Eine

<sup>76</sup> Dies wird bei dem Versuch verkannt, die Frage nach der Legitimation einer Norm, welche die Erlaubtheit einer Tötungshandlung (marginal) begründen kann, in eine Frage nach der Legitimation der Zurechenbarkeit der betreffenden Todesverursachung zum Getöteten selber umzuwandeln, und zwar im Sinne eines „Suizids in mittelbarer Täterschaft“. So aber *Merkel*, Folter und Notwehr, in: Strafrechtswissenschaftstheorie, FS Jakobs, 2007, 375 (390 ff.); ihm folgend *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, 45 f.; auch *Pawlak*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, 237 f.; der Kategorienfehler lässt sich anhand folgender Fragestellung verdeutlichen: Wenn C dem B die Waffe verschafft, mit der sich dieser gegen den rechtswidrigen Angriff des A (auf erforderliche und gebotene Weise) mit Todesfolge verteidigt, müsste man dann folgern, dass C dem A bei seinem so begangenen „Selbstmord“ Hilfe leistet? Es sei hier nur beiläufig bemerkt, dass dies sowohl nach spanischem als auch nach chilenischem Recht die Bejahung der Strafbarkeit des C als Täter des verselbstständigten Gefährdungsdelikts des sog. „auxilio al suicidio“ implizieren könnte.

<sup>77</sup> Grundlegend hierzu *Anscombe*, Intention, 2. Aufl. 1963, 37 ff. (45 ff.); *dies.*, Under a Description, Nou 13 (1979), 219 ff.; *Davidson*, Essays on Actions and Events, 2. Aufl. 2001, 43 ff., 128 ff., 163 ff.; insgesamt zum Problem und dessen Relevanz für die Theorie des Strafrechts *Moore*, Act and Crime, 1993, 280 ff., m.w.N.

<sup>78</sup> Grundlegend *Klug*, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), 399 (403 ff.); *Hruschka*, Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, FS Larenz, 1983, 257 (282 ff.); auch *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, 389 ff.

<sup>79</sup> Wie aber *Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 75 f., bemerkt, drückt eine solche Formulierung nichts anderes aus als das bereits gewonnene Ergebnis der Verengung des Anwendungsbereichs der infolge der Lösung der betreffenden Normkollision verdrängten Norm.

derartige „inflationistische“ Lösungsstrategie ließe sich aber kaum mit einem vernünftigen Prinzip von ontologischer Sparsamkeit als Maßstab für die Individuation von Normen vereinbaren.<sup>80</sup>

Selbstverständlich scheidet damit nicht aus, dass sich die Beschreibungen der Handlungstypen, die unter den jeweiligen deontischen Operatoren stehen, bei anderen Konstellationen in Verhältnis der Subordination bzw. Inklusion befinden können, sodass die fragliche Kollision zwischen den Normen beider Arten anhand des Kriteriums der Spezialität zu lösen wäre. Dies wird aber dann und nur dann der Fall sein, wenn die Extension des semantischen Inhalts der betreffenden Erlaubnisnorm einem Ausschnitt der Extension des semantischen Inhalts der jeweiligen Verbotsnorm korrespondiert. Ein Beispiel davon besteht in den sog. therapeutischen und kriminologischen Indikationen der Abtreibung bei § 218 Abs. 2 und 3 StGB, sofern diese als Formulierungen von Rechtfertigungsgründe ausmachenden Erlaubnisnormen gedeutet werden.

Ungeachtet der Struktur, die die logische Relation zwischen Verbots- und Erlaubnisnorm im gegebenen Fall aufweisen mag, lässt sich allerdings das Verständnis einer Erlaubnisnorm als eine Norm, die eine „Ausnahme“ zur durch die betreffende Verbotsnorm konstituierten „Regel“ darstellt, dadurch klarstellen, dass die Situation, in der die erste zur Ausschließung der zweiten führt, durch die Existenz eines bestimmten praktischen Konflikts gekennzeichnet ist.<sup>81</sup> Dies entspricht nun im Grunde dem, was dogmatisch gesprochen als eine „Rechtfertigungslage“ zu bezeichnen ist,<sup>82</sup> deren Struktur sich normtheoretisch explizieren lässt.

Dem sog. „Kollisionsmodell“<sup>83</sup> nach hängt die Ausschließung einer Verbotsnorm durch eine Erlaubnisnorm davon ab, dass der Konflikt, der aus der gleichzeitigen Gel tung von beiden Normen entsteht, die ein und derselben Handlung unverträgliche deontische Modalitäten zuweisen, zugunsten der Erlaubnisnorm gelöst wird. Dafür ist es erforderlich, eine Metaregel zu identifizieren bzw. zu postulieren, welche die jeweiligen Vorzugsbedingungen festlegt.<sup>84</sup> Außer in den Fällen, in denen die fragliche Kollision anhand des Kriteriums der Spezialität zu lösen ist, stellt die Identifizierung bzw. Postu-

<sup>80</sup> Um das Kriterium der Spezialität trotzdem zu retten, wäre auch nicht die Strategie einer disjunktiven Bestimmung des semantischen Inhalts der Erlaubnisnorm erfolgreich, denn dann stünde die disjunktiv formulierte Erlaubnisnorm (angesichts ihres ganzen Umfangs) eben nicht im Verhältnis der Inklusion zur jeweiligen Verbotsnorm. Behauptete man hingegen, eine solche disjunktiv formulierte Norm sei nichts anderes als eine Disjunktion von mehreren Erlaubnisnormen, so wäre der im Haupttext dargelegte Einwand des ontologischen Inflationismus ebenso passend.

<sup>81</sup> Hierzu Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, 80 ff. m.W.N.

<sup>82</sup> S. Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, 21, dem zufolge das Charakteristische einer Rechtfertigungslage ist, dass die jeweilige Verbots- bzw. Gebotsnorm „im gegebenen Fall einer Gegennorm erliegt, die das Verbot oder das Gebot aufhebt“ (in der hier favorisierten Terminologie: „ausschließt“).

<sup>83</sup> Hierzu Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 107 ff. (109 f.); ders., GA 2010, 493 ff.; auch Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 37 ff.; s. bereits Minas-von Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, 70 ff., die von der „Lehre vom übergeordneten Rechtsatz“ spricht.

<sup>84</sup> S. Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 38 f.; dass Neumann, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 423 f., von dieser konstruktiven Möglichkeit absieht, erklärt sich durch seine Annahme, dass, wenn sie überhaupt die „Geltung“ und nicht den „Regelungsgehalt“ von Verbotsnormen betreffen, „Erlaubnissätze [...] auf einer höheren normativen Ebene zu lokalisieren“ seien, so dass sie eben als „übergeordnete Normen“ den entsprechenden Verbotsnormen gegenüber gekennzeichnet werden sollten. Neumann bemerkt zwar zu Recht, dass, wenn

lierung der betreffenden Metaregel eine interpretativ offene Frage dar. Hierbei sei nur am Rande bemerkt, dass die Tatsache, dass bestimmte Erlaubnisnormen in Vorschriften des Allgemeinen Teils des fraglichen Strafgesetzbuchs als Rechtfertigungsgründe anerkannt sind, als Indikator eines Kriteriums strafrechtlicher Präferenz dieser selben Erlaubnisnormen verstanden werden kann.<sup>85</sup>

## 2. Die Relativität des Umfangs des Ausschlusses

Wie es bereits dargestellt wurde, setzt die eventuelle Kollision zwischen einer Verbots- und einer Erlaubnisnorm stets voraus, dass ein und dieselbe Handlung den semantischen Inhalt beider Normen erfüllt. Von Belang ist jetzt zu merken, dass eine derartige Kollision stets *relativ* zu einer Beschreibung ist, unter welcher die betreffende Handlung unter die eine und die andere Norm subsumierbar werden muss. Dies folgt aus der „Intensionalität“ bzw. Deskriptionsabhängigkeit der deontischen Charakterisierung von Handlungen:<sup>86</sup> Eine Handlung gilt als verboten oder erlaubt allein unter einer bestimmten Beschreibung, womit allerdings die Redeweise, wonach eine Handlung „an sich“ verboten oder erlaubt sein könnte, sinnlos wird.<sup>87</sup>

Diese Deskriptionsabhängigkeit ist im vorliegenden Zusammenhang höchst bedeutsam. Denn es ist ohnehin möglich, dass eine Handlung, die eine Beschreibung erfüllt, worunter sie unter eine durch die jeweilige Kollisionsregel vorgezogene Erlaubnisnorm fällt, zugleich eine weitere Beschreibung erfüllt, worunter sie unter ein durch keine Erlaubnisnorm ausgeschlossenes Verbot zu subsumieren wäre. Wenn etwa A von B rechtswidrig angegriffen wird, indem ihn dieser mit einer Pistole zu verletzen droht, so ist dem A *sub specie* Notwehr *ceteris paribus* erlaubt, den B durch einen Schlag mit einem Hammer auf seinen Kopf zu betäuben. Die Erlaubtheit einer solchen den Angriff verhindernden und zugleich den Körper des Angreifers verletzenden Handlung ist aber relativ zu ihrer Einwirkung auf die Person des B. Das heißt: Die Erlaubtheit einer Handlung *sub specie* Notwehr ist stets relativ zu ihrer Beschreibung als eine präventive

Erlaubnis- und Verbotsnormen auf der gleichen logischen Ebene stehen würden, die Möglichkeit eines normlogischen Widerspruchs besteht, verkennt aber, dass ein solcher Widerspruch durch eine (sekundäre) Kollisionsregel zu lösen ist.

<sup>85</sup> Ebenso bereits *Tiedemann*, Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, FS Baumann, 1992, 7 (10 f.). Gewiss handelt sich es hier nicht um ein „gesetzbuchgeografisches“ Argument, sondern vielmehr um eine Deutung der entsprechenden Gesetzgebungstechnik als Ausdruck der Vorrangentscheidung. S. hierzu bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 130, der freilich auf die Metapher des Verhältnisses von Regel und Ausnahme zurückgreift. Zur allgemeinen Priorität von Erlaubnis vor Verbot „nach strafrechtlichen Präferenzen“ s. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, 109 f.

<sup>86</sup> Zur entsprechenden „Methode der Intension und Extension“ siehe *Carnap*, Meaning and Necessity, 1947, 23 ff., 46 ff.; grundlegend für ihre Anwendung auf die Semantik strafrechtlicher Subsumtion *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, 22 ff.

<sup>87</sup> Vgl. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 131 Fn. 7: „Überhaupt sollte man den Sprachgebrauch vermeiden, etwas sei ‚an sich‘ unerlaubt. Nichts ist ‚an sich‘ erlaubt oder unerlaubt“. Dies erklärt sich dadurch, dass der deontische Status einer Handlung eine superveniente Eigenschaft ist, also eine sekundäre Eigenschaft, die auf der Menge der Eigenschaften gründet, die durch diejenige Beschreibung spezifiziert sind, die eine Handlung erfüllen muss, um unter die betreffende Norm subsumierbar zu sein. Hierzu *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 41 ff.

Handlung, die zugleich ein oder mehrere Rechtsgüter des Angreifers beeinträchtigt.<sup>88</sup> Denn allein angesichts der Position des Angreifers lässt sich eine solche Handlung eben als *Verteidigungshandlung* kennzeichnen.

Die „Intensionalität“ der deontischen Charakterisierung einer Handlung (etwa) als *sub specie* Notwehr erlaubt bringt nun Folgendes mit sich: Kann dieselbe Handlung zugleich als Herbeiführung einer Beeinträchtigung von Rechtsgütern eines am Angriff unbeteiligten Dritten beschrieben werden, so bleibt jede Verbotsnorm, die eine Pflicht zur Unterlassung der den Dritten beeinträchtigen Handlung begründen könnte, durch die Erlaubnisnorm der Notwehr eben nicht ausgeschlossen. Eine solche Verbotsnorm würde sich also außerhalb des (deskriptionsabhängig bestimmten) „Ausschluss-Umfangs“ der fraglichen Erlaubnisnorm befinden. Natürlich ist es immerhin möglich, dass unter dieser letzten, auf die Rechtsgüter eines Dritten bezogenen Beschreibung dieselbe Handlung unter einer *andere* Erlaubnisnorm zu subsumieren wäre.<sup>89</sup> Dies wird aber stets contingent sein, indem es selbstverständlich möglich ist, dass die Anwendungsbedingungen übriger Erlaubnisnormen auch unerfüllt bleiben. Falls etwa der vom angegriffenen A abwehrend versetzte Schlag auf den Kopf des (zuvor) rechtswidrig angreifenden B dazu führt, dass der infolgedessen betäubte B auf die Schulter des (am Angriff unbeteiligten) C fällt, der auf diese Weise körperlich verletzt wird, so ist dieselbe Handlung des A unter ihrer Beschreibung als Herbeiführung einer Körperverletzung des C nicht mehr *sub specie* Notwehr erlaubt. Und indem C ein am Angriff unbeteiliger Dritter ist, könnte die Herbeiführung von dessen Körperverletzung als „negative Externalität“ der Ausübung von Notwehr gegen den B allein unter dem Aspekt des aggressiven Notstands erlaubt sein, was offensichtlich bereits deswegen

<sup>88</sup> S. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/28; hierzu bereits Oetker, in: Birkmeyer et al (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Bd. 2, 1908, 255 (291 ff.), der als einzige Ausnahme dazu den Fall betrachtet, in dem der Angreifer die Sachen eines Dritten als Angriffsmittel benutze; ebenso Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 750 Fn. 68; auch ders., Grundriss des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1913, 189. Das Argument, die *qua* Notwehr erlaubte defensive Handlung könne „nur Verteidigung gegen den Angreifer samt den ihm dienenden instrumentis sceleris und in seiner konkreten Beschaffenheit beim Angriffe“ sein – so Oetker (a.a.O., 294) – verkennt nicht nur die Deskriptionsabhängigkeit der betreffenden deontischen Charakterisierung, sondern auch – und zwar gerade deswegen! – das hier bestehende axiologische Problem. Denn wäre es „selbstverständlich“, dass die Beschädigung der dem Angreifer dienenden Sache eines Dritten *qua* Notwehr erlaubt sein müsse, so wäre es besonders schwierig, zur selben Folgerung in den Fällen der Benutzung „eines menschlichen Schutzschild“ nicht zu kommen. Bei Spendel in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., 2003, § 32 Rn. 216, findet sich eine bejahende Beantwortung dieser Frage, obwohl das Argument eher für die Annahme einer Erlaubtheit *sub specie* defensiven Notstands spricht. Hierfür argumentiert etwa Köhler, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, FS Schroeder, 2006, 257 (267 ff.). Ohne hier auf das Problem eingehen zu können, ist jedenfalls zu beachten, dass der gegen die Annahme einer Rechtfertigung aufgrund defensiven Notstands erhobene Einwand, „der Angreifer ‘verwendet’ den Schutzschild nicht zur Erhöhung des Verletzungsrisikos für den Verteidiger, sondern um die Abwehr des Verteidigers abzuschwächen“ – so Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 300 –, nicht zutrifft. Denn in einer Notwehrlage entspricht die Abschwächung des Abwehrmanövers des Angegriffen *eo ipso* eine Erhöhung der im Angriff bestehenden Verletzungsgefahr.

<sup>89</sup> Für eine Erlaubnis *qua* defensiven Notstands in den Fällen etwa, in denen der Angreifer die Sachen eines Dritten als Angriffsmittel benutzt, die dann infolge der Angriffsabwehr beschädigt werden, siehe Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 299 f., und zwar unter der Annahme, dass sich der Eigentümer die vom Angreifer auf solche Weise geschaffene Gefahr „zurechnen lassen“ müsse.

nicht der Fall ist, weil der hierfür erforderliche Verhältnismäßigkeitsmaßstab nicht erfüllt wird.<sup>90</sup>

Entgegen der Bemerkung Kochs besteht in solchem Ergebnis kein „mit dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung unvereinbarer Widerspruch“.<sup>91</sup> Denn es gibt eben nichts Widersprüchliches darin, dass unter einer bestimmten Beschreibung eine Handlung als rechtlich erlaubt, unter einer anderen Beschreibung dieselbe Handlung jedoch als rechtlich verboten gelten kann.<sup>92</sup>

## IV. Erlaubnisnormen als Gründe für Duldungspflichten?

### 1. Rechte und Pflichten als korrelative deontische Positionen

Gemäß der bisherig dargelegten Auffassung von Erlaubnisnormen zeichnen sich diese durch ihre rein ausschließende Wirkung gegenüber einer möglichen Menge von Verbotsnormen aus. So wird jedoch die tradierte Annahme, eine Erlaubnisnorm könnte ein „Recht“ auf die Ausführung der jeweils (stark) erlaubten Handlung begründen,<sup>93</sup> höchst problematisch.

Hierbei kann man zunächst auf die durch von Wright eingeführte Unterscheidung zwischen drei Arten von Erlaubnissen im Hinblick auf ihre entsprechende „Intensität“ zurückgreifen.<sup>94</sup> Die Erteilung einer einfachen Erlaubnis ohne weitere Qualifizierung impliziere nur, dass die fragliche Handlung, um deren deontische Charakterisierung es gehe, allein Gegenstand einer „Tolerierungserklärung“ der betreffenden normsetzenden Autorität gewesen sei;<sup>95</sup> nach der hier favorisierten rein „negativen“ Auffassung besagt dies nur, dass jene Autorität der jeweiligen (durch eine bestimmte Beschreibung identifizierten) Handlung den deontischen Status der Erlaubtheit „positiv“ – nämlich: durch die entsprechende Normsetzung – zugewiesen hat. Werde nun jedoch die Erlaubnisnorm „mit einem Verbot, den Adressaten der Erlaubnisnorm daran zu hindern, das Erlaubte zu tun“, kombiniert, so habe der Erlaubnisinhaber auch ein „Recht“ (*right*) gegenüber den Adressaten jenes Verbots. Und werde letztlich dieselbe Erlaubnisnorm mit einem Gebot, dem Erlaubnisinhaber die Realisation des Erlaubten zu ermöglichen“,

<sup>90</sup> Eine ganz andere Frage ist indessen, ob das Verhalten des A als rechtswidriger *Angriff* im Sinne der Erlaubnisnorm der Notwehr gilt. Wird dies dadurch verneint, dass das Bestehen eines solchen Angriffs von der Erfüllung von schuldähnlichen Zurechnungsvoraussetzungen abhängt, so könnte ein Abwehrmanöver des C, das zur Beeinträchtigung von Rechtsgütern des A führte, allein *sub specie* defensiven Notstands erlaubt sein. Hierzu Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 243 f., 280 ff., 300.

<sup>91</sup> Koch, Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Verteidigung in Notwehr bei unvermeidbarem Eingriff in Rechte Dritter, ZStW 122 (2010), 804 (807).

<sup>92</sup> S. Widmaier, Die Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JuS 1970, 611 f., der von einem Prinzip der „Teilbarkeit der Unrechtsbewertung“ spricht.

<sup>93</sup> Dafür aber u.a. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, 68 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 168 ff., 173, 175 ff.; Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, 37 f., 176 ff., 325 f.

<sup>94</sup> Von Wright, Norm and Action, 1963, 88 ff.

<sup>95</sup> Für die Kritik hieran siehe oben II.4.

kombiniert, dann habe dieser nun einen „Anspruch“ (*claim*) gegenüber den Adressaten des betreffenden Gebots.<sup>96</sup>

Im hier relevanten Kontext ist allein die Unterscheidung zwischen der Tatsache, dass die Handlung  $\phi$ , „bloß erlaubt“ (in starkem Sinne) ist, und der Tatsache, dass ein Recht auf die Ausführung der Handlung  $\phi$  besteht, von Bedeutung. Hierzu stellt *von Wright* fest, dass der Adressat der Erlaubnisnorm nur dann über ein Recht auf die Ausführung der erlaubten Handlung verfüge, wenn jene Norm zumindest mit einer Verbotsnorm kombiniert werde, die eine Verhinderung der Ausführung der erlaubten Handlung untersage.<sup>97</sup> Hieraus folgt nun, dass die Vorstellung, die jeweilige Erlaubnisnorm könne ein „Eingriffsrecht“ begründen, dessen entsprechende deontische Position mit einer Pflicht zur Unterlassung der Verhinderung der Ausführung der erlaubten Handlung zu identifizieren wäre, grundsätzlich preiszugeben ist.<sup>98</sup> Es ist kein Zufall, dass *Bierling* genau diese Folgerung aus seiner „negativen“ Auffassung der Erlaubnisnormen zieht.<sup>99</sup>

Man muss hierbei allerdings die Mehrdeutigkeit im Auge behalten, welche der Terminus „Recht“ (i.S.v. subjektivem Recht) aufweist, wenn dieser als Bezeichnung deontischer Positionen gebraucht wird. Dem von *Hohfeld* präsentierten Schema von rechtlichen Modalitäten<sup>100</sup> entsprechend kann der Terminus „Recht“ als Bezeichnung für eine solche deontische Position beibehalten werden, die sich dadurch auszeichnet, dass sie (strikt) korrelativ zu einer fremden Pflicht ist, und zwar in dem Sinne, dass Recht und Pflicht die *Relata* eines entsprechenden Rechtsverhältnisses ausmachen.<sup>101</sup> In *Hohfelds* Worten: „If X has a right against Y that he shall stay off the former's land, the correlative (and equivalent) is that Y is under a duty toward X to stay off the place“<sup>102</sup>

So verstanden muss nun ein Recht von dem unterschieden werden, was *Hohfeld* ein „Privileg“ (bzw. eine „Freiheit“) nennt:

„In the example last put, whereas X has a *right* or *claim* that Y, the other man, should stay off the land, he himself has the *privilege* of entering on the land; or in equivalent words, X does not have a duty to stay off.“<sup>103</sup>

<sup>96</sup> Es sei hier allerdings bemerkt, dass *von Wrights* Unterscheidung zwischen den Begriffen von Recht und Anspruch völlig ersetzbar ist durch die Unterscheidung zwischen den Begriffen von einem „negativen“ Recht auf die *Unterlassung* einer fremden Verhinderungshandlung einerseits und einem „positiven“ Recht auf die *Ausführung* einer fremden Ermöglichungshandlung andererseits. Für eine entsprechende Definition des Begriffs von „Anspruchsrecht“ in diesem Sinne siehe *Iorio*, Befugnis, Erlaubnis, Recht und Freiheit, Rechtstheorie 42 (2011), 87 (100 f.). Die hier vorgeschlagene Formulierung hat den Vorteil, dass sie explizit macht, dass sich der relevante Unterschied darauf beschränkt, ob die jeweilige Erlaubnisnorm durch eine Verbots- oder eine Verbotsnorm komplementiert wird.

<sup>97</sup> Ähnlich *Iorio*, Rechtstheorie 42 (2011), 94 ff.

<sup>98</sup> So bereits *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 2, 1905, 150 ff., der im Gegensatz zu *Bierling* jedoch aus einer nihilistischen These bezüglich der Existenz von erlaubenden *Rechtsnormen* argumentiert.

<sup>99</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 94.

<sup>100</sup> *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions, 1919, 35 ff.; hierzu auch *Hart*, Essays on Bentham, 1982, 162 ff.

<sup>101</sup> Zum entsprechenden (formalen) Begriff von Rechtsverhältnis s. bereits *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1, 1894, 145 ff., 183 ff.

<sup>102</sup> *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions, 1919, 38. Eine jüngere Darlegung der Korrelationsthese findet sich etwa bei *Searle*, Making the Social World, 2010, 177 ff.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 39.

Nach der von *Hohfeld* vorgeschlagenen Terminologie ist *Bierlings* Konzeption auf die These festgelegt, dass eine Erlaubnisnorm keine *Rechte*, sondern nur *Privilegien* zugunsten ihrer Adressaten begründet, wobei unter „Privileg“ diejenige deontische Position zu verstehen ist, die konträr zu einer eigenen Pflicht und insofern korrelativ zur Inexistenz eines fremden Rechts ist.<sup>104</sup> Denn nach *Bierlings* Konzeption beschränkt sich die Wirkung einer Erlaubnisnorm auf die Neutralisierung der Begründung derjenigen Pflichten, die durch eine oder mehrere Verbotsnormen begründet wären, wenn diese durch jene Erlaubnisnorm nicht ausgeschlossen wären. Wie *Hohfeld* selber bemerkt:

„It is equally clear, as already indicated, that such a privilege or liberty to deal with others at will might very conceivably exist without any peculiar concomitant right against ‚third parties‘ as regards certain kinds of interference. [...] The only correlative logically implied by the privileges or liberties in question are the ‚no-rights‘ of ‚third parties‘. It would therefore be a *non sequitur* to conclude from the mere existence of such liberties that ‚third parties‘ are under a *duty* not to interfere, etc.“<sup>105</sup>

*Hohfelds* Schema gemäß wird also klar, dass daraus, dass eine Person über die Erlaubnis – d.h.: ein „Privileg“ – verfügt, die Handlung  $\phi$  auszuführen, nicht folgt, dass andere Personen verpflichtet wären, sie an der Ausführung der Handlung  $\phi$  nicht zu hindern. Hierzu müsste vielmehr noch eine weitere normative Prämissen herangezogen werden.

## 2. Erlaubnisnormen als Gründe für Rechte?

Die Behauptung des strikt korrelativen Verhältnisses von Rechten und Pflichten lässt sich besonders prägnant aus *Adolf Merkels* allgemeiner Charakterisierung von Rechtsnormen herauslesen: Das (objektive) Recht, so *Merkel*,

„hat in allen seinen Theilen in bestimmter Richtung die Bedeutung eines Gebotes, in einer anderen die einer Gewährleistung, es wirkt dort beschränkend, hier schützend, begründet in der ersten Richtung ein Sollen und Müssen, in der zweiten ein Dürfen und Können, in der ersten Pflichten, in der zweiten Befugnisse.“<sup>106</sup>

Auch *Binding*, der später die Ansicht favorisierte, dass es Rechtssätze gebe,

„die reine Gewährungen sind oder lediglich die Voraussetzungen für das Entstehen des konkreten Eigentumsrechts bestimmen ohne irgendwie an Pflichtenbegründung zu denken“<sup>107</sup>,

<sup>104</sup> Ibid., 38 ff.; daher findet ein Recht seine korrelative Position in einer Pflicht, während ein Nicht-Recht ein Privileg (als „Nicht-Pflicht“) als korrelative Position hat; zugleich hat ein Recht als konträre Position ein Nicht-Recht, während eine Pflicht ihre konträre Position in einem Privileg findet.

<sup>105</sup> Ibid., 43.

<sup>106</sup> *Adolf Merkel*, Juristische Enzyklopädie, 1885, § 16. Siehe auch *ders.*, ZStW 6 (1886), 496 (519). Hierzu weiterhin *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 107 Fn. 18.

<sup>107</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 107. Dies lässt sich aber schwer mit der auch von *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 182, akzeptierten Korrelationsthese vereinbaren: „Nun sind aber Recht und Pflicht korrelative Begriffe. Jeder Berechtigung steht eine Verpflichtung, jeder Verpflichtung ein Recht auf Erfüllung derselben gegenüber“. Unmittelbar danach fügt *Binding* (a.a.O., Fn. 5) hinzu, der Ausdruck „Pflicht“ werde hierbei „in der weitesten Bedeutung genommen“. Zu *Bindings* unterschiedlichen Auffassungen siehe *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normtentheorie, 1954, 238 ff.

vertrat zunächst eine *Merkels* Ansicht entsprechende Auffassung. Diese ursprüngliche Konzeption *Bindings* basiert auf einer eher erscheinungsbildlichen Erfassung des Unterschieds zwischen „Normen“ (bzw. verpflichtenden Rechtssätzen) und „Gewährungen“ (bzw. berechtigenden Rechtssätzen):

„Das Verhältnis von Rechten und Pflichten ist insofern verschieden, als bald das Recht geschaffen wird, während es dem Gesetzgeber an erster Stelle auf Begründung der Pflicht ankommt, bald die Pflicht, um des ihr entsprechenden Rechtes willen. [...] Alle Privatrechte werden z.B. um ihrer selbst willen aufgestellt, nicht um Pflichten zu begründen. Diese Verschiedenheit bewirkt den irrgen Glauben, es gäbe Rechtssätze, die nur berechtigen, und solche, die nur verpflichten, während doch alle Gesetze, die berechtigen, auch zugleich verpflichten und umgekehrt. Allenfalls könnte man primär berechtigende und primär verpflichtende Rechtssätze unterscheiden.“<sup>108</sup>

Nach dieser Ansicht wäre also jeder Rechtssatz sowohl Verpflichtungs- als auch Berechtigungsgrund, so dass die Unterscheidung zwischen primär verpflichtenden und primär berechtigenden Rechtssätzen rein phänomenologisch zu verstehen wäre, und zwar angesichts der Frage, ob die Setzung des jeweiligen Rechtssatzes unmittelbar auf die Begründung von Pflichten oder auf die Begründung von Rechten gerichtet „erscheint“. Genau ein solches „Bivalenzprinzip“ nimmt *Binding* an, wenn er die „Normen“ – d.h. Verbote und Gebote – als „bejahende Rechtssätze“ definiert.<sup>109</sup>

Die Bedeutung der Prädikation einer solchen Bivalenz bei den hier interessierenden „Rechtssätzen“ liegt nun in ihrer möglichen Konsequenz, nämlich: dass die Unterscheidung zwischen Pflichten begründenden und Rechten begründenden Normen analytisch nicht praktikabel ist, da es von diesem Standpunkt aus unmöglich ist, dass eine Norm eine Pflicht begründet, ohne *eo ipso* ein Recht zu begründen, und umgekehrt. Dieser Punkt lässt sich anhand folgender Feststellung *Hruschkas* in Bezug auf die in einer aggressiven Notstandslage bestehenden deontischen Positionen verdeutlichen:

„Nun kann aber und muß sogar, wenn das Normensystem durchsichtig gemacht werden soll, die Sprache der Befugnisse, in der bis hierher gesprochen wurde, in eine Sprache übersetzt werden, in der von den Pflichten der primär und sekundär Beteiligten die Rede ist. Es besteht nämlich auch ein Korrespondenzverhältnis zwischen den Befugnissen, die in einer Notstandslage gewährt, und den Pflichten, die in dieser Lage auferlegt sind.“<sup>110</sup>

*Hruschka* verwendet den Ausdruck „Befugnis“ zur Bezeichnung der einer Pflicht korrespondierenden deontischen Position, also dessen, was *Hohfeld* ein „Recht“ nennt. Das Problem ist keineswegs terminologischer Art: Zwar spricht nichts gegen einen solchen Sprachgebrauch, sofern man einen anderen Ausdruck besitzt, um die von *Hohfeld* „Privilegien“ genannten Positionen zu kennzeichnen.<sup>111</sup> *Hruschka* scheint aber die Not-

<sup>108</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 182. Dass *Binding* im selben Zusammenhang behauptet, dass „begrifflich stets die Pflicht aus dem Recht folgt“, so dass die Pflicht „als Gebundenheit eines Rechtssubjekts, fremdem Rechte zu genügen“ zu definieren sei (a.a.O., Fn. 6), ist hier ohne Belang. Die entgegengesetzte Behauptung findet sich etwa bei *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, 120: „Das Recht ist der gewollte Reflex der Pflicht“.

<sup>109</sup> Ebenso *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung I, 4. Aufl. 1922, 96 f.: „Somit charakterisiert es die Normen, dass sie stets zugleich Recht und Pflicht begründen“. Hierzu auch *ders.*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 537 ff.

<sup>110</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 89.

<sup>111</sup> S. schon *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, 106 (128).

wendigkeit der Unterscheidung zwischen beiden Kategorien zu übersehen, da er eine Auffassung von Erlaubnisnormen i.S.v. primär berechtigenden Rechtssätzen *à la Binding* vertritt, nämlich als Normen, die Pflichten dadurch begründen, dass sie dazu korrelative Rechte begründen.

Eine derartige „positive“ Auffassung von Erlaubnisnormen ist weit davon entfernt, in sich widersprüchlich zu sein. Wichtig ist jedoch, ihre normlogische Konsequenz explizit zu machen: Analytisch betrachtet unterscheidet sich eine so verstandene Erlaubnisnorm in keiner Weise von einer Verbotsnorm. Begründet eine Verbotsnorm die Pflicht, eine Handlung bestimmter Art zu unterlassen, dann lässt sich aufgrund des Korrelationsprinzips annehmen, dass dieselbe Norm ebenso (für irgendeine Person) ein Recht darauf begründet, dass jene Handlung nicht ausgeführt wird. Deswegen sei „es auch gleichgültig, ob im Gesetz eine Aggressivnotstandsbefugnis des Gefährdeten oder seines Helfers statuiert wird – wie in § 34 Satz 1 StGB – oder ob das Gesetz stattdessen dem Dritten eine Duldungspflicht auferlegt – wie in § 904 Satz 1 BGB“.<sup>112</sup> Normtheoretisch müsste dieses Argument zu einem Verzicht auf die Unterscheidung zwischen Verbots- und Erlaubnisnormen führen, um stattdessen eine einheitliche Normkonzeption im Sinne *Adolf Merkels* zu postulieren, wonach jede Norm sowohl verpflichtend als auch berechtigend wirke.

Somit wäre es aber eigentlich nicht mehr möglich, von „Erlaubnisnormen“ als solchen zu reden, die „bloß“ Ausnahmen gegenüber einer bestimmten Menge von Verbotsnormen darstellen, obwohl *Hruschka* genau auf diese Weise diejenigen Normen charakterisiert, die sich als „intrasyntaktische Rechtfertigungsgründe“ kennzeichnen ließen, wie es zum Beispiel bei der Norm des aggressiven (rechtfertigenden) Notstands der Fall sei.<sup>113</sup> Das Problem besteht darin, dass eine solche Charakterisierung vielmehr einer rein „negativen“ Konzeption der Erlaubnisnormen entspricht. Nach einer Auffassung wie *Hruschkas* müsste hingegen die Erlaubtheit einer Handlung, auf deren Ausführung die jeweilige „Erlaubnisnorm“ ein Recht begründete, sich erst durch „Implikation“ ergeben: Da es widersprüchlich wäre, dass eine Handlung  $\phi$ , auf deren Ausführung eine Person ein Recht hat, derselben Person verboten wäre, wäre dann anzunehmen, dass die Zuerkennung eines Rechts auf die Ausführung der Handlung  $\phi$  „impliziert“, dass dem Inhaber dieses Rechts die Handlung  $\phi$  auch erlaubt ist.<sup>114</sup> Dies zeigt nun indessen, dass die von *Hruschka* bevorzugte Terminologie nicht ganz glücklich ist. Denn der Ausdruck „Erlaubnisnorm“ scheint nicht besonders adäquat zu sein, um eine Norm zu kennzeichnen, aus welcher erst mittelbar eine Erlaubnis folgt.

---

<sup>112</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 90 Fn. 28.

<sup>113</sup> Hierzu *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, FS Dreher, 1977, 189 (209); *ders.* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 374 f. Hierzu unten Fn. 124.

<sup>114</sup> Ebenso von *Wright*, Norm and Action, 1963, 89: „In granting a right to some subjects, the authority declares his toleration of a certain act (or forbearance) and his intolerance of certain other acts“. – Es sei hier beachtet, dass im Haupttext der Ausdruck „Implikation“ deswegen in Anführungszeichen gesetzt wird, weil es um eine ungenaue Verwendung desselben geht, die eher dem entspricht, was *Grice* als eine *conversational implicature* versteht. S. hierzu *Grice*, Logic and Conversation, in: Cole/Morgan (Hrsg.), Syntax and Semantics 3: Speech Acts, 1975, 41 (43 ff.).

### 3. Strafrechtliche Verhaltensnormen als Grundlage öffentlich-rechtlicher Verhältnisse

Gegen *Hruschkas* Auffassung von Erlaubnisnormen, die von *Renzikowski* ausführlich entwickelt worden ist,<sup>115</sup> lässt sich auch ein weiterer Einwand heranziehen, der über den Rahmen einer strikt normlogischen Kritik hinausgeht. Denn dieser Konzeption liegt die These zugrunde, strafrechtliche Verhaltensnormen (bzw. -regeln) tauchten als Grundlage von Rechtsverhältnissen auf, welche unmittelbar zwischen Privatpersonen bestünden. So begründe etwa in einer aggressiven Notstandslage die entsprechende Erlaubnisnorm das jeweilige „Eingriffsrecht“ für diejenige Person, deren Rechtsgüter gefährdet sind, wie auch die hierzu korrelative „Duldungspflicht“ für eine weitere Person, deren Rechtsgüter durch eine die Rechtsgüter der ersten Person rettende Handlung beeinträchtigt werden könnten.<sup>116</sup> Gilt dies aber im Hinblick auf eine derartige Erlaubnisnorm, so müsste es *mutatis mutandis* auch bezüglich der Verbotsnormen gelten, die zum selben Normensystem gehören. Beispielhaft: Das Tötungsverbot, welches die vom Täter eines Totschlags verletzte Pflicht begründet, müsste dann auch ein hierzu korrelatives („negatives“) Recht für diejenige Person begründen, die *ex post* als Opfer des entsprechenden (vollendeten) Totschlags in Betracht kommt.

Dies lässt sich aber kaum mit dem öffentlich-rechtlichen Status vereinbaren, der den sog. „Verhaltensnormen des Strafrechts“ zukommt. Zunächst ist hier zu bemerken, dass trotz ihrer allgemeinen Verwendung diese letzte Bezeichnung alles anderes als unproblematisch ist. Insbesondere lehnte schon *Binding* es ab, denjenigen „Normen“ eine strafrechtliche Natur zuzuweisen, deren zurechenbare „Übertretung“ strafbar sein kann; vielmehr handele es sich bei solchen „Normen“ um bejahende Rechtssätze des (allgemeinen) öffentlichen Rechts.<sup>117</sup> Zumaldest teilweise lässt sich diese Feststellung dadurch erklären, dass *Binding* vermeiden wollte, die Aufgabe des Strafrechts im Hinblick auf den den „Normen“ eigentümlichen Zweck des Rechtsgüterschutzes präventionstheoretisch zu definieren.<sup>118</sup>

Im hiesigen Zusammenhang ist es jedoch nicht von Interesse, *Bindings* eigene Variante einer Vergeltungstheorie zu würdigen. Es kommt vielmehr darauf an, seiner Behauptung Rechnung zu tragen, dass die durch strafbares Verhalten verletzte Norm nicht einfach mit einem Rechtssatz des Strafrechts identifiziert werden könne.<sup>119</sup> Als Paradigma eines Sanktionsrechts überhaupt besteht nun das Strafrecht – als Subsystem des fraglichen Rechtssystems – aus Sanktionsnormen, also aus Regeln, die *Bindings* Begriff von „Strafgesetzen“ genau entsprechen. Demgegenüber gehören die Verhaltensnormen zu einer logisch vorherigen Stufe, indem die Sanktionsnormen gerade die Bedingungen nennen, von denen die Strafbarkeit eines eventuellen Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm abhängt, womit eine Kategorisierung der Verhaltensnormen als primär den

<sup>115</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 162 ff., 169 ff.

<sup>116</sup> S. *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 89 f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 191 ff.

<sup>117</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 35 ff.; *ders.*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 155 ff.; *ders.*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 538 f., 551 ff.; hiergegen s. etwa *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, 85 ff.

<sup>118</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 162 f.

<sup>119</sup> Hierzu *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, 237 f.

Sanktionsnormen gegenüber gerechtfertigt ist.<sup>120</sup> Somit hängt die Klarstellung des Problems von einer Auflösung der Ambiguität ab, die der Genitiv im Kontext der Kennzeichnung „Verhaltensnormen des Strafrechts“ aufweist. Die Verhaltensnormen sind nicht deswegen Normen des Strafrechts, weil sie *Bestandteile* des jeweiligen Strafrechtsystems sind, sondern vielmehr, weil sie dessen *Bezugsobjekt* konstituieren: Es geht also um Normen, deren spezifisch institutionalisiertes Identifikationskriterium in der Tatsache besteht, dass sie – sei es vollständig oder fragmentarisch – durch einen Komplex von Sanktionsnormen bewehrt sind.<sup>121</sup>

Die Charakterisierung von strafrechtlich sanktionierten Verhaltensnormen als öffentlich-rechtliche Normen hat nun eine wichtige Konsequenz für die hier relevante Fragestellung. Begründet die jeweilige Verbots- bzw. Gebotsnorm eine Pflicht für einen ihrer Adressaten, so müsste – und zwar entgegen von Wrights Bemerkung – der Inhaber des hiermit korrespondierenden (subjektiven) Rechts mit derjenigen Person identifiziert werden, an die der Normadressat als Verpflichteter gebunden ist. Bei einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis kann solche Person allein der Staat bzw. die Allgemeinheit als abstrakte Person sein. Dieses (subjektive) Recht lässt sich schwerlich bloß als staatliches Recht auf Gehorsam begreifen.<sup>122</sup> Denn dies wäre unverträglich mit der Feststellung einer strikten Korrelation von Rechten und Pflichten. Begründet eine Norm die Pflicht einer Person P, die Handlung  $\phi$  (beim Verbot) zu unterlassen bzw. (beim Gebot) auszuführen, so muss das dazu korrelative Recht in einem Recht darauf bestehen, dass P die Handlung  $\phi$  unterlässt bzw. ausführt.<sup>123</sup> Ein „abstraktes und allgemeines Recht auf Gehorsam“ als diejenige deontische Position anzunehmen, die zu der durch die betreffende Norm begründeten Pflicht korrelativ wäre, implizierte eine Konfusion dessen, was die Norm verlangt – nämlich: die Unterlassung bzw. Ausführung einer Handlung –, mit der bloßen Umschreibung ihres Verbindlichkeitsanspruchs, den ihre Anerkennung als Verpflichtungsgrund impliziert.<sup>124</sup>

Gegen die Identifizierung des Staats als diejenige Rechtsperson, die als Rechtsinhaber im Rahmen des durch eine strafrechtlich bewehrte Norm begründeten Rechtsverhältnisses auftaucht, sollte nicht der (freilich rhetorisch geladene) Einwand erhoben

<sup>120</sup> Hierzu Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, 23 ff.; *ders.*, ZIS 2012, 578 ff., 581 f., jeweils m.w.N.

<sup>121</sup> S. Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 48 f., der von einer „vollständigen Legitimation“ strafrechtlich bewehrter Verhaltensnormen spricht.

<sup>122</sup> So aber Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, 96 f.; *ders.*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 537 f.; s. jedoch Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 184: „Jene Pflicht ist eine Pflicht zu bestimmtem Handeln oder Unterlassen, somit zu einer Willensbetätigung. Das entsprechende Recht erschöpft sich in der Befugnis grade diese Willensbetätigung zu fordern oder unterlassen zu sehen.“

<sup>123</sup> Ebenso bereits Bierling, Juristische Prinzipienlehre III, 1905, 183 f.

<sup>124</sup> Derselbe Einwand lässt sich *mutatis mutandis* gegen die Postulierung einer Pflicht zur Normbefolgung vorbringen, die als Prämisse zur Anerkennung von „extrasystematischen Rechtfertigungsgründen“ herangezogen wird, die als Metaregeln den betreffenden Normadressaten von der (Meta-)Pflicht entbinden sollen, die jeweilige Norm zu befolgen; hierzu sollen etwa die Regeln der Notwehr und der Einwilligung zu zählen sein. So Hruschka, FS Dreher, 1977, 196 ff.; *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 373 ff. (379 ff.); ebenso Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 137 ff.; *ders.*, Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Philosophia Practica Universalis. FS Hruschka, 2005, 643 ff.; hiergegen Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389 (397 f.); Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, 84 ff.; Kindhäuser, GA 2010, 498 f.

werden, dass sie auf ein etatistisches Modell der Rechtsverpflichtung festgelegt sei.<sup>125</sup> Ein solcher Einwand gründet auf einer Verwechslung der Frage nach der Person, an die der Normadressat *qua* Normadressat unmittelbar gebunden ist, mit der Frage nach den Personen, in deren Interesse der von derselben Norm prädiizierte Schutzzweck legitimiert wird.<sup>126</sup> Diese Verwechslung ergibt sich aus dem Versuch, zwei miteinander unverträgliche Modelle der Pflichtbegründung zu kombinieren, nämlich: einerseits ein Modell der Verpflichtung gegenüber Dritten, andererseits ein Modell der Bindung an allgemeine Regeln.<sup>127</sup> Das erste Modell mag zwar zur Verdeutlichung privatrechtlicher Verhältnissen adäquat sein; es ist aber zur Rekonstruktion öffentlich-rechtlicher Verhältnisse, wie sie durch strafrechtlich bewehrte Verhaltensnormen begründete werden, unbrauchbar.

#### 4. Bilanz: die mangelnde Tauglichkeit von Erlaubnisnormen zur Begründung von Duldungspflichten

Ein solch öffentlich-rechtlicher Charakter muss nun auch den Erlaubnisnormen zukommen, deren Anwendbarkeit zur Ausschließung einer oder mehrerer strafrechtlich bewehrter Verbotsnormen führen kann.<sup>128</sup> Dies heißt aber: Auch wenn man – entgegen der hier dargelegten Auffassung – davon ausgeinge, dass eine Erlaubnisnorm ein „Recht“ auf die Ausführung der jeweils erlaubten Handlung begründen könnte, würde die zu diesem Recht korrelative Pflicht, die Ausführung derselben Handlung nicht zu verhindern, allein in der Person des Staates ihren Träger finden. Dies macht jedoch einen entscheidenden Grund dafür aus, auf die Vorstellung, eine Erlaubnisnorm könnte überhaupt ein Recht bzw. eine Pflicht begründen, gerade zu verzichten. Denn nimmt man die Unmöglichkeit einmal an, dass diese Normen zu „Duldungspflichten“ Dritter korrelative „Eingriffsrechte“ begründen, so verliert eine solche „positive“ Konzeption von Erlaubnisnormen die wichtigste Basis ihrer potenziellen theoretischen Attraktivität.

<sup>125</sup> So aber *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 168 ff.; hiergegen argumentiert *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, 77 ff., der zwar die daraus folgende „Privatisierung“ der strafrechtlich bewehrten Verhaltensnormen kritisiert, zugleich aber dafür plädiert, eine vermeintliche axiologische Priorität von subjektiven Privatrechten anzuerkennen (a.a.O., 104 f.). *Haas* dualistisches Modell, das auf einer strikten Unterscheidung zwischen („objektiver“) privatrechtlicher und („subjektiver“) strafrechtlicher Rechtswidrigkeit beruht, wonach die erste Bezugsgegenstand der zweiten sei, führt zu einer höchst problematischen Verdoppelung derjenigen Pflicht, deren Verletzung strafbar sein soll. So behauptet etwa *Haas* (a.a.O., 105): „Die Verhaltensnormen verpflichten den einzelnen, einen derartigen rechtswidrigen Zustand durch das Unterlassen oder die Vornahme bestimmter Handlungen zu vermeiden. Sie dienen nicht der unmittelbaren Vermeidung bloßer Erfolgsunwerte im Sinne der traditionierten strafrechtlichen Rechtsgüterlehre, die nur den Zurechnungspunkt eines schädigenden Geschehensablaufs markieren, sondern bezwecken vielmehr, die Ausweitung der eigenen Rechtssphäre zu Lasten einer fremden zu verhindern, die in ihrer rechtlichen Existenz von der Übertretung der Verhaltensnorm unabhängig ist“. Auch wenn man zunächst einmal von dessen konstruktiven Schwierigkeiten absieht, scheint ein solches Modell zur Pflichtbegründung kaum plausibel zu sein, wenn es um Verhaltensnormen geht, die kollektive Rechtsgüter schützen. Treffend hierzu *Gössel*, GA 2004, 371 (373 f.)

<sup>126</sup> *Ebenso Kindhäuser*, GA 2010, 498 f.

<sup>127</sup> Hierzu *Neumann*, GA 1985, 398 f.; *ders.*, in: Państwo prawa i prawo karne. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 422 f.

<sup>128</sup> Gegen die Auffassung *Hruschkas* und *Renzikowskis* s. *Koch*, ZStW 122 (2010), 814 ff., und zwar mit Bezug auf das Prinzip des Gewaltmonopols.

Dies hat eine bedeutsame Konsequenz. Denn sofern der Inhaber des zur verletzten „Duldungspflicht“ korrelativen Rechts nicht mit dem Adressaten der betreffenden Erlaubnisnorm identifiziert werden kann, ist es normlogisch ausgeschlossen, von einem (subjektiven) „Notwehrrecht“ bzw. von einem (subjektiven) „Notrecht“ zu reden. Obgleich die Erlaubnisnormen der Notwehr und des defensiven und aggressiven Notstands (kontingent) durch Verbotsnormen, die Unterlassungspflichten für Dritte begründen, komplementiert sind, lassen sich diese Pflichten eben nicht als korrelativ zu subjektiven Rechten darstellen, deren Inhaber mit den jeweiligen Erlaubnisträgern zu identifizieren wären.

## V. „Duldungspflichten“: Struktur und Begründung

### 1. Duldungs- als Unterlassungspflichten

Dass eine „Duldungspflicht“ allein durch eine Verbotsnorm begründet werden kann, folgt daraus, dass eine solche Pflicht nichts anderes ist als die Pflicht, eine Handlung bestimmter Art zu *unterlassen*.<sup>129</sup> Ihre Spezifizierung als *Duldungspflicht* ergibt sich aus der Struktur der Handlung, deren Unterlassung durch die fragliche Norm verlangt wird: Das zu Unterlassende ist hierbei eine Handlung, die die Ausführung einer weiteren Handlung *verhindert*.<sup>130</sup> Diese Beschreibung ist allerdings von der Struktur derjenigen Handlung unabhängig, deren Ausführung vom jeweiligen Pflichtträger nicht verhindert werden darf. Bei Notwehr- und Notstandsfällen wird nun auch die jeweils erlaubte Handlung ihrerseits die Struktur einer Verhinderungshandlung aufweisen, und zwar als eine Handlung, die eine Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter verhindert und insofern dieselben Rechtsgüter aufrechterhält. Deshalb wird die Verletzung einer so verstandenen „Duldungspflicht“ durch die Verhinderung der Ausführung einer solchen aufrechterhaltenden Handlung stets die Struktur eines Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs aufweisen.<sup>131</sup>

Die Präzisierung, dass eine „Duldungspflicht“ nichts anderes ist als die Pflicht, die Ausführung einer fremden Handlung nicht zu verhindern, ist nun von Belang, um ein mögliches Missverständnis bezüglich des Begriffs der *Duldung* im hier interessierenden Zusammenhang auszuräumen. Behauptet man, in einer Notwehrlage habe der Angreifer die Plicht, die Ausführung der abwehrenden Handlung seitens des Angegriffenen zu „dulden“, so wird damit nicht gemeint, dass der Angreifer eben „buchstäblich“ dazu verpflichtet wäre, eine aus der Abwehr seines Angriffs folgende Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter zu *erleiden*. (Insofern gibt es auch keine Analogie zwischen Notwehr und Strafe.) Beispielhaft: Nähert sich A drohend dem B mit einem Messer und verlangt, dass B ihm seine Tasche übergebe, und versucht B ihm deshalb zur Abwehr mit einem Stock auf den Kopf zu schlagen, so ist A von Rechts wegen nicht verpflichtet,

<sup>129</sup> Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 90 f.; hierzu auch Silva Sánchez, Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen, GA 2006, 382 (384 f.).

<sup>130</sup> Zu diesem Begriff von verhindernder bzw. „präventiver“ Handlung von Wright, Norm and Action, 1963, 42 ff.; ders., Practical Reason. Philosophical Papers Vol. I, 1983, 169 f.

<sup>131</sup> Ebenso Silva Sánchez, GA 2006, 384 f.

den Schlag hinzunehmen; vielmehr kann bzw. „darf“ er (ohne die Tasche) fliehen,<sup>132</sup> so dass der ihm zurechenbare rechtswidrige Angriff nicht mehr „gegenwärtig“ und insoweit auch die Erlaubnisnorm der Notwehr (zugunsten des B) nicht mehr anwendbar wäre.<sup>133</sup>

Das Problem verschwindet, wenn im Beispielsfall unter „Duldung“ allein die Unterlassung einer die Abwehr verhindernden Handlung verstanden wird.<sup>134</sup> Hieraus folgt, dass die „Duldungspflicht“, die der Angreifer in einer Notwehrlage hat, identisch ist mit der Unterlassungspflicht, die auch jeder Dritte hat, der imstande wäre, dem Adressaten der Erlaubnisnorm an der Ausführung seiner defensiven Handlung zu hindern, und zwar unter der Bedingung, dass die die jeweilige Pflicht begründende Verbotsnorm sowohl für den Angreifer als auch für den Dritten gilt (s. oben III.2.). Um im Beispiel zu bleiben: Lässt sich die Pflicht des A, die Ausführung der verteidigenden Handlung seitens des angegriffenen B zu „dulden“ – d.h., nicht zu verhindern –, allein durch eine Verbotsnorm begründen, so ist es durchaus möglich, dass diese Verbotsnorm auch gegenüber anderen Personen anwendbar ist, die jene Verteidigungshandlung ebenso verhindern könnten.

Hierbei geht es aber keineswegs um eine vermeintliche Besonderheit der Notwehrfälle. Denn dasselbe gilt etwa bei der Begründung der Pflicht, die Ausführung einer *sub specie* aggressiven Notstands erlaubten Handlung nicht zu verhindern. Die Person, auf Kosten deren Rechtsgüter die Rettung der gefährdeten Rechtsgüter stattfindet, wie auch jede weitere Person, die zugunsten der ersten eingreifen könnte, haben die identische Pflicht, die Rettungshandlung nicht zu verhindern, sofern zumindest eine Verbotsnorm jene Verhinderung untersagt. Deshalb ist es ungenau, sich auf ein allgemeines Solidaritätsprinzip als materielle Grundlage einer solchen „Duldungspflicht“ zu berufen.<sup>135</sup> Denn es liegt nahe, dass eine solche Begründung fehl am Platz ist, wenn es um eine Unterlassungspflicht geht, die nicht nur der Inhaber der Rechtsgüter, auf dessen Kosten die Rettung der gefährdeten Güter erfolgt, sondern auch jede andere Person hat, deren Rechtsgüter durch die Rettungshandlung nicht gefährdet sind. Das allgemeine Solidaritätsprinzip kommt allein als materielles Legitimationskriterium der Erlaubnisnorm des aggressiven Notstands in Betracht, welche eine Verbotsnorm ausschließen kann, die

<sup>132</sup> Es sei hier bemerkt, dass eine solche Flucht keineswegs eine Handlung darstellt, die die *Ausführung* der jeweils defensiven Handlung *verhindern* würde; vielmehr führt die Flucht zu einer Behebung der entsprechenden „Handlungsgelegenheit“ in dem Sinne, dass sich die vom (nicht mehr gegenwärtig) Angegriffenen auszuführende Handlung gerade nicht mehr als eine Verteidigungshandlung beschreiben lassen wird. Das Problem betrifft also allein den Handlungstyp, der durch jene Handlung exemplifiziert werden könnte: Ohne das Bestehen eines gegenwärtigen Angriffs scheidet die Möglichkeit *irgendwelcher* defensiver Handlung aus.

<sup>133</sup> Denn sobald A vom Tatort flieht, verschwindet die „Handlungsgelegenheit“, die als Voraussetzung einer Ausübung von Notwehr gilt, und zwar deswegen, weil ab jenem Zeitpunkt der Angriff nicht mehr gegenwärtig ist. Hierzu bereits *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 535. Zur Bestimmung der Anwendungsbedingung einer Norm angesichts der Umstände, die die betreffende Handlungsgelegenheit bilden, siehe von *Wright*, Norm and Action, 1963, 35 ff., 73 f.

<sup>134</sup> S. *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 375 Fn. 191, ohne aber die Pflicht zur Unterlassung der Verhinderung der Abwehr von der (situativ vorherigen) Pflicht, die Handlung zu unterlassen, deren Ausführung den Angriff ausmacht, zu unterscheiden. Zu dieser Unterscheidung s. etwa *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 2, 1905, 151.

<sup>135</sup> Hierzu *Silva Sánchez*, GA 2006, 383 f.

anderenfalls die Pflicht begründet hätte, die Rettungshandlung angesichts ihrer Folgen für diejenigen fremden Güter zu unterlassen, auf deren Kosten die Rettung stattfindet.

## 2. Die „Verbotsrelativität“ von Unterlassungspflichten

Dass eine Duldungspflicht *qua* Pflicht zur Unterlassung der Verhinderung der Ausführung einer erlaubten Handlung allein durch eine jene Verhinderung untersagende Verbotsnorm begründet werden kann, besagt nun, dass ihre Existenz stets contingent sein muss. Dies gilt sogar bei Fällen, in denen der Träger der jeweiligen Unterlassungspflicht ein Staatsbeamter ist.<sup>136</sup> Der Punkt lässt sich anhand eines von *Silva Sánchez* konstruierten Beispielsfalls erläutern:

Der kurz zuvor von einer Giftschlange gebissene A versucht, in die Apotheke eines Krankenhauses einzubrechen, um sich mit dem Gegengift zu versorgen, wird aber von einem Polizisten festgehalten und stirbt letztlich infolge der Vergiftung.<sup>137</sup>

Wie *Silva Sánchez* zwar richtig bemerkt, könnte dem Polizisten *ceteris paribus* ein Tötungsdelikt zurechenbar sein. Dies ergibt sich aber nicht daraus, dass es hier um die Verhinderung der Ausführung einer (*sub specie* aggressiven Notstands) erlaubten Handlung durch einen Staatsbeamten geht, sondern allein daraus, dass auch der Polizist Adressat des Tötungsverbots ist, welches die von ihm verletzte Unterlassungspflicht begründet.<sup>138</sup> Entscheidend wird hierbei der Hinweis darauf, dass die Verbotenheit der Verhinderungshandlung davon abhängt, ob diese Handlung unter eine Verbotsnorm subsumierbar ist, welche *insofern* als Grund für die betreffende Unterlassungspflicht in Betracht kommt.<sup>139</sup> Zur Veranschaulichung kann nun die folgende Variante des im vorherigen Abschnitt diskutierten Falls berücksichtigt werden:

A nähert sich mit einem Messer drohend dem B und verlangt, dass dieser ihm seine Tasche übergebe. B nimmt jedoch einen Stock, um dem A zur Abwehr einen Schlag auf den Kopf zu versetzen. Die Situation wird vom C, der sich als „Nihilist“ versteht, beobachtet. C führt ein Gewehr bei sich und will den Ausgang des Geschehens dem „Schicksal“ überlassen: Je nachdem, ob „Kopf“ oder „Zahl“ das Ergebnis einer von ihm geworfenen Münze ist, will er entweder zugunsten des A oder zugunsten des B eingreifen; da das Ergebnis „Zahl“ ist, schießt C mit seiner Waffe auf B und trifft dessen rechte Schulter. Dadurch wird B unfähig, gegen die unmittelbar danach von A vollzogene Wegnahme der Tasche Widerstand zu leisten.

Hier ist weder die Frage nach der Strafbarkeit der dem A zurechenbaren Tat als Diebstahl bzw. als Raubversuch noch die Frage nach der Bestimmung der Beteiligungsform von Belang, die eine Zurechnung derselben Tat zum C begründen könnte. Vielmehr

<sup>136</sup> S. aber *Silva Sánchez*, in: *da Costa Andrade* (Hrsg.), *Festschrift für Figueiredo Dias II*, 2009, 979 (997).

<sup>137</sup> *Ibid.*, bei dessen Fallgestaltung freilich zwei Polizisten vorhanden sind.

<sup>138</sup> Hieran ändert sich nichts, wenn man der – oben (II.4.) abgelehnten – Auffassung von Wrights folgt, dass jede Setzung einer Erlaubnisnorm stets eine „Tolerierungserklärung“ impliziert, die als ein Selbstverbot gegen Interferenz seitens der normsetzenden Autorität zu verstehen ist. Wie *Atienza/Ruiz Manero, Atienza/Ruiz Manero, Las piezas del derecho*, 2. Aufl., 2004, 123 f., zutreffend bemerken, entspräche ein solches Selbstverbot seitens der normsetzenden Autorität keineswegs einem an ihre Agenten adressierten Verbot.

<sup>139</sup> S. *Bierling*, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, 1894, 94 Fn. 14.

geht es allein um Folgendes: Durch den Schuss mit seinem Gewehr verhindert C, dass B eine gegen den Angriff des A gerichtete Verteidigungshandlung ausführt, die *qua* Notwehr erlaubt wäre. Das die Ausübung der Notwehr verhindernde Verhalten des C ist allerdings eine Handlung, die dieser unterlassen musste, um das (durch keine Erlaubnisnorm ausgeschlossene) Verbot der Körperverletzung zu befolgen.<sup>140</sup> Die Begründung der von C verletzten Unterlassungspflicht ist also von einer Deskription seiner Handlung abhängig, die diese nicht als *bloße* Verhinderung der Ausführung einer Verteidigungshandlung seitens des B, sondern darüber hinaus als Körperverletzung eines anderen charakterisiert.

Hieran ändert sich nichts, wenn man als möglichen Grund für die vom C verletzte „Duldungspflicht“ (auch) das Nötigungsverbot heranzieht. Denn ob die Verhinderung der Ausführung einer bestimmten Handlung tatsächlich den semantischen Inhalt des Nötigungsverbots erfüllt, hängt von der Art und Weise ab, in der die jeweilige Verhinderung konkret stattfindet: Nach deutschem Strafrecht muss die Verhinderung mittels Gewalt oder Drohung erfolgen.<sup>141</sup> Insofern taugt auch das Nötigungsverbot als Grund für eine von C verletzte Unterlassungspflicht, da das Schießen auf B in der Absicht, diesen gegen den Angriff des A widerstandsfähig zu machen, als Nötigung mittels Gewalt – i.S.v. *vis absoluta* – zur Duldung, d.h. zur Unterlassung der Verhinderung einer fremden Handlung, gilt.<sup>142</sup> Deshalb ist auch vom Standpunkt des Nötigungsverbots aus die Verbotenheit der Handlung des C relativ zu einer Beschreibung, die sie nicht auf die *bloße* Verhinderung der Ausführung einer fremden Handlung reduziert.

Damit kann man festhalten, dass auch die Begründung einer „Duldungspflicht“ einem Prinzip der Deskriptionsabhängigkeit unterlegen bleibt: Eine Person verletzt eine Unterlassungspflicht durch die Verhinderung der Ausführung einer erlaubten fremden Handlung dann und nur dann, wenn die Verhinderungshandlung eine Beschreibung erfüllt, mit welcher sie unter eine (durch keine Erlaubnisnorm ausgeschlossene) Verbotsnorm fällt.

### 3. Zum strafrechtlichen Status der Verletzung einer Duldungspflicht

Somit ist bereits gezeigt worden, dass eine „Duldungspflicht“ durch mehrere Verbotsnormen (gleichzeitig) begründet werden kann. Dies ist genau der Fall bei der Handlung des C im bereits diskutierten Beispiel: Seine Pflicht, das Schießen auf den B zu unterlassen, wird sowohl durch das Verbot der Körperverletzung als auch durch das

<sup>140</sup> Nach dem hier zugrunde gelegten normtheoretischen Modell lässt sich die betreffende Pflicht als die Konklusion einer praktischen Inferenz formulieren, die die Handlung identifiziert, die der Normadressat zu unterlassen hat, um sein Verhalten der jeweiligen Verbotsnorm anzupassen. So wird eine Unterlassungspflicht als die Pflicht konstituiert, *ex ante* eine bestimmte Handlung zu unterlassen, die *ex post* diejenigen Eigenschaften aufweisen würde, von denen ihre Subsumtion unter die fragliche Verbotsnorm abhängt. Dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* gemäß wird die so begründete Pflicht sowohl durch die eigene physische Fähigkeit des Normadressaten als auch durch seine Vorstellung der relevanten faktischen Umstände begrenzt. Ausführlich hierzu *Kindhäuser*; Gefährdung als Straftat, 1989, 50 ff.; *ders.*, Der subjektive Tatbestand im Verbrechensauffbau, GA 2007, 447 (451 ff.); *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 46 ff., 54 ff.

<sup>141</sup> Hierzu *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 213 ff., 231 ff.

<sup>142</sup> Das tradierte Erfordernis einer nötigungsspezifischen Absicht, die sich jeweils auf die Ausführung oder auf die Unterlassung (bzw. Duldung) einer bestimmten Handlung seitens des Opfers bezieht, lässt sich als Folgerung davon erklären, dass die Nötigung als „Freiheitsverschiebungsdelikt“ zu verstehen ist. Siehe *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 246 ff. m.w.N.

Nötigungsverbot begründet. Was heißt: Beide Verbotsnormen gelten als situativ vertragliche Gründe für die Unterlassung ein und derselben Handlung, und zwar in dem Sinne, dass beide als Prämissen einer praktischen Inferenz auftreten können, deren Konklusion in der Unterlassung ein und derselben Handlung durch den C besteht, deren Nicht-Unterlassung dem C dann als *doppelte Pflichtverletzung* in „Tateinheit“ bzw. Idealkonkurrenz zurechenbar wäre, und zwar ungeachtet der eventuellen Konkurrenzfrage bezüglich seiner Beteiligung an der dem A als Täter zurechenbaren Straftat.

Dies setzt indessen eine Antwort auf die Frage voraus, welche strafrechtliche Bedeutung der Verletzung einer Duldungspflicht bezüglich der Ausführung einer unter eine Erlaubnisnorm fallenden fremden Handlung zukommt. Hierzu stellt *Hruschka* – und zwar in Einklang mit der von ihm vertretenen Auffassung (s. oben IV.2. und 3.) – fest, dass es Fälle gebe, in denen die Strafbarkeit des Verhaltens einer Person auf der Verletzung einer Pflicht beruhe, die sich aus den Regeln des (rechtfertigenden) aggressiven und defensiven Notstands ergebe.<sup>143</sup> Beispielsweise:

X hat beim Baden in einem See einen Wadenkrampf bekommen und ist im Begriff zu ertrinken. A eilt zu dem verschlossenen Bootsschuppen des Eigentümers E. Er hat den Plan, das Schloss des Schuppens aufzusprengen, das Boot des E aus dem Schuppen zu holen, und den X zu retten. E, der die Situation überblickt und die Absichten des A erkennt, hält A mit Gewalt – er umklammert den A mit beiden Armen – davon ab, das Schloss aufzubrechen und das Boot zu benutzen. X ertrinkt; er wäre gerettet worden, wenn E den A an der Beschädigung des Schlosses und an der Benutzung des Bootes nicht gehindert hätte.<sup>144</sup>

*Hruschka* kommt zu dem Schluss, dass E sowohl Täter eines Totschlags gegenüber dem X als auch Täter einer Nötigung gegenüber dem A sei.<sup>145</sup> Diese letzte Behauptung weist indessen keine große Schwierigkeit auf: Durch das Umklammern des A mit beiden Armen zwingt E den A mittels Gewalt – genauer: durch *vis absoluta*<sup>146</sup> – dazu, die Rettungshandlung zugunsten des X zu unterlassen. Da die vom A auszuführende Rettungshandlung *sub specie* aggressiven Notstands erlaubt war, stellt ihre Ausführung keinen rechtswidrigen Angriff dar, wogegen E Notwehr hätte ausüben können.<sup>147</sup>

Das Bestehen eines Tötungsdelikts hängt seinerseits davon ab, dass durch die (nötigende) Verhinderung der Ausführung der Rettungshandlung E den Tod des X im Sinne des Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs bedingt. Entsprechend dem hier favorisierten Modell der Kausalanalyse formuliert: E bedingt aktiv – nämlich: durch das Festhalten des A –, dass A eine Rettungshandlung zugunsten des X nicht ausführt,

<sup>143</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 68.

<sup>144</sup> *Ibid.*, 72.

<sup>145</sup> *Ibid.*, 83 ff.

<sup>146</sup> Es sei hier bemerkt, dass dies eine Zurückweisung der u.a. auch von *Hruschka* vertretenen Ansicht voraussetzt, wonach im Kontext des Nötigungstatbestands unter „Gewalt“ allein eine Ausübung von *vis compulsiva* zu verstehen sei, und zwar unter der Annahme, dass eine Ausübung von *vis absoluta* keine nötigende Relevanz aufweisen könne. Für eine Kritik hieran zugunsten der entgegengesetzten Auffassung, wonach allein die *vis absoluta* als nötigende Gewalt gelte, s. *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, 198 ff., 213 ff., 273 ff. m.w.N.

<sup>147</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 87, weist zu Recht darauf hin, dass, damit die Anwendbarkeit der Norm des defensiven Notstands verneint werden könnte, ihr Umfang auf folgende Weise zu beschränken wäre: „Die Abwehr der Gefahr ist nicht nach dem Recht des Defensivnotstands gerechtfertigt, wenn die Gefahr, resultierte sie aus dem Handeln eines Menschen, rechtmäßig geschaffen worden wäre“. Hierzu unten VI.2.

wobei die fehlende Rettung des X – im Sinne einer negativ formulierten partiellen Bedingung – als Bestandteil einer *ceteris paribus* minimal hinreichenden Bedingung des Todes des X gilt.<sup>148</sup> So lässt sich die Verhinderung der Ausführung der Rettungshandlung im Sinne des sog. „Akkordeon-Effekts“ als Herbeiführung des Todes des X beschreiben,<sup>149</sup> ohne dass diese Handlung untersagende Tötungsverbot durch irgendwelche Erlaubnisnorm ausgeschlossen wäre.

Von Belang hierbei ist jedoch lediglich die vermeintlich triviale Tatsache, dass als Täter eines Begehungsdelikts – sei es eines Totschlags, einer Nötigung oder eines Delikts sonstiger Art – allein die Person in Betracht kommen kann, welcher der jeweilige Verstoß gegen die entsprechende Verbotsnorm zurechenbar ist. Insoweit ist die in Hruschkas Beispieldelikt vom E verletzte Duldungspflicht nichts anderes als eine situationsbedingte Überlappung von zwei Unterlassungspflichten, die jeweils durch das Tötungs- und das Nötigungsverbot begründet werden, sodass beiden Verbotsnormen „tatsächlich“ durch die fehlende Unterlassung ein und derselben Handlung widersprochen wird. Der Versuch, als Grund für die jeweilige „Duldungspflicht“ die Erlaubnisnorm zu postulieren, unter welche die Handlung, deren Ausführung vom Täter verhindert wird, subsumierbar ist, ist nicht nur normlogisch verfehlt, sondern auch überflüssig.

#### 4. Die normlogische Funktion der Erlaubtheit defensiver Handlungen

##### a) Die Sperrwirkung der Notwehrerlaubnis

Bisher ist die These entwickelt worden, dass eine Erlaubnisnorm keine Pflicht begründen kann, und zwar auch keine als „Duldungspflicht“ bezeichnete Unterlassungspflicht. Dies ist jedoch vereinbar damit, dass eine Erlaubnisnorm *negativ* auf die Begründung einer solchen „Duldungspflicht“ einwirken kann, und zwar in dem Sinne, dass sie durch die Ausschließung andererfalls situativ anwendbarer Verbotsnormen eine *Erlaubnis* im Sinne eines „Privilegs“, also genau die zu einer solchen Pflicht konträre deontische Position, begründen kann. Wie noch zu zeigen sein wird, liegt in diesem Ansatz der Schlüssel, um die Bedeutung des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit des Angriffs als Voraussetzung einer Erlaubnis *qua* Notwehr genauer zu bestimmen.

Hierbei mag es nützlich sein, nochmals den im letzten Abschnitt diskutierten Beispieldelikt zu berücksichtigen. Von Belang nun ist allein die Tatsache, dass vom Standpunkt des E aus die Ausführung der Rettungshandlung von A zugunsten des X eine Variante *aggressiven* Verhaltens darstellt, indem die Rettung des X durch eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern des E stattfindet, dem die Schaffung der Lebensgefahr, in der sich X befindet, nicht zuzuschreiben ist.<sup>150</sup> Insofern lässt sich von der Existenz eines

<sup>148</sup> Ebenso *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, 90 ff.; auch bereits *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863 (895 ff., 903 ff.); zum Problem ferner von *Wright*, Causality and Determinism, 1974, 73 ff., 101 ff.; hiergegen aber *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, 212 ff., 217 ff.; ausführlich *Moore*, Causation and Responsibility, 2009, 426 ff., 459 ff.

<sup>149</sup> Grundlegend hierzu *Feinberg*, Doing & Deserving, 1970, 132 ff.; s. auch *Davidson*, Essays on Actions and Events, 2. Aufl. 2001, 53 ff.; *Bratman*, What is the Accordion Effect?, The Journal of Ethics 10 (2006), 5 ff.; mit näherem Bezug auf die strafrechtliche Normentheorie *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, 50 ff.

<sup>150</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 86.

(gegenwärtigen) Angriffs des A gegenüber E ausgehen. Dies besagt aber noch nicht, dass dann die Verhinderung der (vom Standpunkt des E aus) als aggressiv zu betrachtenden Ausführung der Rettungshandlung, unter ihrer Beschreibung als Nötigung mittels Gewalt zur Unterlassung jener Rettungshandlung, als erlaubt *sub specie* Notwehr zu beurteilen wäre.<sup>151</sup> Denn dies hängt ebenso davon ab, ob jener Angriff rechtswidrig ist. Dies ist jedoch deswegen nicht der Fall, weil die vom A auszuführende Rettungshandlung zugunsten des X unter die Erlaubnisnorm des aggressiven Notstands fällt, womit ihre Ausführung eben keinen „rechtswidrigen“ Angriff im Sinne der Erlaubnisnorm der Notwehr darstellen würde.<sup>152</sup> Wie bereits *Oetker* bemerkte, ist die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs als Voraussetzung einer Notwehrlage so zu verstehen, dass der Angriff „nicht berechtigt“ sein darf,<sup>153</sup> was in der hier favorisierten Terminologie heißt: nicht erlaubt im starken Sinne.

Durch diese Strukturierung ihrer Anwendungsbedingung, die in der Existenz eines rechtswidrigen Angriffs besteht, kommt also der Erlaubnisnorm der Notwehr eine Sperrwirkung bei der Begründung von Duldungspflichten zu, die sich auf die Ausführung erlaubter fremder Handlungen beziehen.<sup>154</sup> Da es dabei allein um eine durch eine beliebige Verbotsnorm begründete Unterlassungspflicht geht, die durch eine Erlaubnisnorm ausgeschlossen werden kann, führt das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs als Notwehrvoraussetzung zur Vermeidung einer „suboptimalen“ Gestaltung der deontischen Positionen, die die jeweilige Kollisionslage definieren. Denn nochmals mit Blick auf den Beispielsfall: Wäre eine Erlaubnis *qua* Notwehr nicht durch das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs bedingt, so stünde E nicht mehr in der (durch das Nötigungsverbot begründeten) Pflicht, die nötigende Verhinderung der Ausführung der Rettungshandlung des A zugunsten des X zu unterlassen, wobei aber auch A dann seinerseits nicht in der Pflicht stünde, die Verhinderung der Ausführung der defensiven Handlung des E zu unterlassen, usw. Somit wird die Weisheit des Dogmas,

<sup>151</sup> Unter der Beschreibung der Handlung des E als Herbeiführung des Todes des X (im Sinne des Abbruches eines rettenden Kausalverlaufs) besteht selbstverständlich keine Möglichkeit einer Erlaubtheit *sub specie* Notwehr, da dem X kein rechtswidriger Angriff zuzuschreiben ist. Hierzu *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 83 f.

<sup>152</sup> *Ibid.*, 69 f., 86.

<sup>153</sup> *Oetker*, in: *Birkmeyer et al* (Hrs. g), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Bd. 2, 1908, 263 f.; merkwürdigerweise behauptet *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 740, dass die (marginale) Möglichkeit von „Notwehr gegen rechtmäßige Handlungen“ bestehe. Der von ihm als Beispiel angebotene Fall zeigt indessen, dass die dafür entscheidende Prämissen eher problematisch ist. Denn wenn im Kontext eines Krieges der Soldat des Landes X den Soldaten des Landes Y in einer Situation tötet, in der dieser seinerseits dazu angesetzt war, den ersten unmittelbar zu töten, lässt sich davon ausgehen, dass der Soldat des Landes X nicht deswegen nicht gegen das Tötungsverbot handelt, weil dieses durch die Erlaubnisnorm der Notwehr ausgeschlossen wäre, sondern vielmehr deswegen, weil im selben Kontext die Anwendbarkeit des Tötungsverbots zwischen den täglichen Kombattanten suspendiert ist, was freilich alles andere als unproblematisch ist; hierzu *Eser*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, v. 27.12.2011; auch *Neumann* in: in: *Państwo prawa i prawo karne*. FS Zoll, 2012, Bd. 2, 420, 432. Denn erst dadurch lässt sich erklären, dass – wie *Binding* bemerkt – auch der Soldat des Landes Y, der bereits *zuvor* dazu angesetzt war, den anderen unmittelbar zu töten, kein rechtswidriger Angreifer ist. Deswegen ist es kein Zufall, dass, obwohl er darauf hinweist, dass solche Fälle „der Rechtskollision innerhalb desselben Gemeinwesens“ möglich seien, *Bindings* weitere Beispiele (a.a.O., Fn. 31) allein Situationen betreffen, in denen es um die Bewahrung von „inländischen“ Rechtsgütern vor „ausländischen“ Angriffen geht.

<sup>154</sup> *S. Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 180.

„Gegen Notwehr gibt es keine Notwehr“<sup>155</sup> bewiesen, welches allerdings nichts anderes ist als eine Implikation des (dogmatisch trivialen) Satzes, wonach es gegen einen *rechtmäßigen* Angriff keine Notwehr gibt.

### b) Extrapolation auf die Erlaubnisnorm des defensiven Notstands

Es ist nun von entscheidender Bedeutung, die Variable genau zu identifizieren, die dazu führt, dass der Erlaubnisnorm der Notwehr eine solche Sperrwirkung zukommt, nämlich: die Struktur der erlaubten Handlung als einer *defensiven* Handlung. Es geht somit um eine Handlung, deren Ausführung eine Variante aggressiven Verhaltens neutralisieren muss. Da die Verteidigungshandlung durch eine Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter (hier: des Angreifers) erfolgt, trifft auf sie auch eine Beschreibung zu, unter der sie ebenfalls als aggressiv gilt, so dass dieser „defensive Gegenangriff“<sup>156</sup> seinerseits auch durch eine fremde defensive Handlung neutralisiert werden könnte. Gilt dies jedoch bei einer Notwehrlage, so muss es *mutatis mutandis* auch bei einer defensiven Notstandslage gelten, und zwar deswegen, weil auch hier die jeweils erlaubte Handlung eben als *defensiv* gelten muss, sodass sie die Schaffung bzw. Intensivierung der aus einer fremden Rechtssphäre „aggressiv“ stammenden Gefahr neutralisieren kann.<sup>157</sup>

Im Gegensatz zur Erlaubnisnorm des aggressiven Notstands, bei deren Legitimation auf ein allgemeines Solidaritätsprinzip zurückzugreifen ist,<sup>158</sup> lässt sich für die Legitimation der Erlaubnisnormen der Notwehr und des defensiven Notstands ein Prinzip von Autonomie (bzw. „negativer Freiheit“) heranziehen, welches durch ein Solidaritätsprinzip *limitiert* werden kann.<sup>159</sup> Mit dem Blick auf das Autonomieprinzip wird erklärbar, dass das unterschiedliche Maß, in dem derjenigen Person, deren Rechtsgüter durch die jeweilige defensive Handlung beeinträchtigt werden können, die fragliche Gefahrenschaffung zuzuschreiben ist, die jeweils unterschiedliche Weite der entsprechenden Erlaubnis bestimmt, je nachdem ob es um eine Notwehr- oder eine defensive Notstandslage geht. So lässt sich der weitere Umfang der Erlaubtheit einer defensiven Handlung *qua* Notwehr als Konsequenz der größeren Strenge der Anwendungsbedingung der ent-

<sup>155</sup> Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 743; Oetker, in: Birkmeyer et al (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts II, 1908, 256.

<sup>156</sup> Zur Definition der Verteidigungshandlung als „Gegenangriff“ s. nur Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 750; Löffler, Unrecht und Notwehr, ZStW 21 (1901), 537 (543).

<sup>157</sup> S. Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1913, 191, der trotzdem für eine analoge Anwendung der Notwehrregelung auf die Fälle von Sachgefahren plädiert. – Der im Text hervorgehobene Punkt vermag zu erklären, dass, bevor die Eigenständigkeit der Kategorie des defensiven Notstands anerkannt wurde, eine Unterscheidung zwischen zwei Formen der Notwehr postuliert wurde, die der heutigen Unterscheidung zwischen Notwehr und defensivem Notstand genau entspricht. S. hierzu Löffler, ZStW 21 (1901), 542 ff., der auf diese Weise eine Differenzierung der Begriffe von „Trutzwehr“ und „Notwehr im engeren Sinne“ vertritt, und zwar so, dass § 228 BGB eben eine Variante von Notwehr im engeren Sinne reguliere. Dies lässt sich nun als die exakte Umkehrung von Bindings Meinung ansehen, der als Notwehrfälle auch diejenigen ansah, die dem heutigen Verständnis entsprechend gerade als paradigmatische Fälle defensiven Notstands gelten. S. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 735 ff., 738 f.

<sup>158</sup> S. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 188 ff., 191 ff., 196 ff., auch wenn er – seiner „positiven“ Konzeption der als Rechtfertigungsgründe anerkannten Erlaubnisnormen entsprechend – in Bezug auf die unmittelbare Legitimation der korrespondierenden „Duldungspflichten“ argumentiert; ebenso Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, 67 f., 90 ff.

<sup>159</sup> Hierzu Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 178 ff., 185 f., 194 f.; grundlegend in der spanischsprachigen Literatur Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, 47 ff., 59 ff., 63 ff., 77.

sprechenden Erlaubnisnorm erklären, die sich mit der Situation identifiziert, die als „Gelegenheit“ für die Verteidigungshandlung auftritt: Die Erlaubtheit der Beeinträchtigung von Rechtsgütern einer Person *sub specie* Notwehr hängt zunächst davon ab, dass dieser Person die jeweilige Gefahrschaffung für die zu verteidigenden Rechtsgüter als „Angriff“ *zurechenbar* sei.<sup>160</sup>

In diesem Zusammenhang ist es weder möglich noch erforderlich, auf die genaueren Voraussetzungen der Zurechenbarkeit des rechtswidrigen Angriffs einzugehen.<sup>161</sup> Es ist allerdings hinreichend klar, dass es sich um erheblich strengere Voraussetzungen handelt als diejenigen, von deren Erfüllung eine Erlaubnis *sub specie* defensiven Notstands abhängt.<sup>162</sup> Und bereits die Tatsache, dass eine Erlaubnis *qua* Notwehr durch keine Subsidiaritätsklausel begrenzt wird, bietet einen Schlüssel zur sachgerechten Rekonstruktion der Voraussetzungen der Zurechenbarkeit des (rechtswidrigen) Angriffs. Die Erlaubtheit der Abwehr eines gegenwärtigen (rechtswidrigen) Angriffs hängt nicht davon ab, dass der Angegriffene über keine Verhaltensalternativen verfügt, um die Schädigung seiner Rechtsgüter zu umgehen, ohne die Rechtsgüter des Angreifers zu beeinträchtigen, wie etwa eine Flucht vom Tatort. Denn unter einem „gegenwärtigen (rechtswidrigen) Angriff“ lässt sich zunächst eine Verhaltensvariante verstehen, zu deren intentionaler Vermeidung der Angreifer selbst motivationsfähig sein muss.<sup>163</sup>

So liegt es nahe, dass die größere Strenge der Erlaubtheit einer defensiven Handlung *sub specie* defensiven Notstands im Hinblick auf die größere Ausdehnung der Anwendungsbedingung der betreffenden Erlaubnisnorm zu erklären ist: Die jeweilige Gefahrschaffung muss aus der „Sphäre“ des Inhabers derjenigen Rechtsgüter stammen, die durch die – insoweit – defensive Handlung beeinträchtigt werden können,<sup>164</sup> was davon völlig unabhängig ist, ob diese Person imstande ist, die Schaffung bzw. Intensivierung der Gefahr für die zu verteidigenden Rechtsgüter intentional zu vermeiden. So lässt sich u.a. erklären, dass aufgrund der entsprechenden Subsidiaritätsklausel dem (*lato sensu*) „Angegriffenen“ keine Abwehrerlaubnis *qua* defensiver Notstand anzuerkennen ist, falls er über eine (gleich effektive) Möglichkeit verfügt, die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter auf andere Weise zu umgehen.

<sup>160</sup> Hierzu *Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 (303 ff.), der auf der Basis einer monistischen Begründung der Notwehrerlaubnis argumentiert.

<sup>161</sup> In diesem Zusammenhang und nicht in Bezug auf das Erfordernis der „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs ist die Frage zu beantworten, ob der Angriff „schuldhaft“ sein muss. Ebenso *Frister*, GA 1988, 305 f. Ohne auf diese Frage eingehen zu können, ist jedenfalls zu beachten, dass es hierbei allein um eine „Quasi-Schuld“ gehen kann, da die Zurechnungsbedingungen, die als Voraussetzungen strafrechtlicher Schuld gelten, strikt auf den Verstoß gegen eine strafrechtlich bewehrte Verhaltensnorm bezogen sind, was für die Existenz eines (rechtswidrigen) Angriffs als Voraussetzung der Notwehr ohne Belang ist. Ebenso *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar zum StGB, 5. Aufl. 2012, § 32 Rn. 26.

<sup>162</sup> Dies folgt daraus, dass die Weite einer Erlaubnis aufgrund defensiven Notstands erheblich beschränkter ist, da sie neben der entsprechenden Subsidiaritätsklausel durch eine Umkehrung des für eine Erlaubnis aufgrund aggressiven Notstands maßgebenden Proportionalitätserfordernisses mitbestimmt wird. S. *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, 78 f., 101 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 191 ff., 194 f., 238 ff., 244 f., jeweils mit unterschiedlicher Begründung.

<sup>163</sup> In diese Richtung bereits *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 279 ff., 283 ff.

<sup>164</sup> Trotz der Strukturähnlichkeit zwischen beiden stellt die Erlaubnisnorm der Notwehr keine *lex specialis* gegenüber derjenigen des defensiven Notstands dar, da das formallogische Verhältnis zwischen ihnen Interferenz und nicht Inklusion ist. S. hierzu weiterhin *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11/17.

Hier ist auch nicht möglich, auf die Frage näher einzugehen, wie die Voraussetzungen einer solchen Zuordnung – nach Köhler: „objektiver Zurechnung“ im strengen Sinne<sup>165</sup> – der Gefahrschaffung zur Rechtssphäre derjenigen Person, deren Rechtsgüter durch die aufgrund defensiven Notstands erlaubte defensive Handlung beeinträchtigt werden können, genau zu bestimmen sind. Vielmehr ist es hier von Interesse, die Tat-sache festzustellen, dass die Anwendungsbedingung der Erlaubnisnorm des defensiven Notstands „notwehranalog“ zu konstruieren ist. Wie Hruschka dargelegt hat, muss die (*lato sensu*) „aggressive“ Gefahrschaffung, welche die entsprechende „Gelegenheit“ für eine defensive Handlung bildet, *rechtswidrig* sein, und zwar im selben Sinne, in dem es der (zurechenbare) gegenwärtige Angriff bei einer Notwehrlage rechtswidrig sein muss.<sup>166</sup> So ist die Erlaubnisnorm des defensiven Notstands bereits dann nicht mehr anwendbar, wenn die „aggressive“ Schaffung bzw. Intensivierung der betreffenden Gefahr ihrerseits unter eine Erlaubnisnorm fällt. Einem auf diese Weise rekonstruierten Normensystem gelingt es zu vermeiden, dass bei der Begründung von Erlaubnissen zur „defensiven“ Verhinderung der Ausführung von in starkem Sinne erlaubten Hand-lungen ein unendlicher Regress entsteht.

<sup>165</sup> S. Köhler, FS Schroeder 2006, 260 ff., dessen Argument zugunsten einer („objektiven“) Gefähr-dungshaftung als Voraussetzung einer defensiven Notstandslage im dem Sinne verstehen lässt, die Dan-Cohen ein „konstitutives Paradigma“ der Zuschreibung von Verantwortung nennt, und zwar im Gegensatz zum „Paradigma des freien Willens“. Die entscheidende Frage bei einer Zuschreibung von Verantwortung sei daher nicht bloß, was wir zu tun wählen, sondern vielmehr, was und wer wir sind. Siehe Dan-Cohen, Harmful Thoughts, 2002, 199 ff. Hier geht es nicht darum, Köhlers Auffassung genauer zu würdigen, sondern allein darum, darauf hinzuweisen, dass sie – entgegen dem Diktum Paw-liks, Das Unrecht des Bürgers, 2012, 241 f. Fn. 527 – etwas anderes als „mehr oder weniger anschau-liche Phänomenologie“ ist.

<sup>166</sup> Grundlegend hierzu Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, 85 ff., 87; s. auch Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, 183 f., 257, der allerdings zutreffend bemerkt, dass es dabei nicht darauf ankommt, ob die Gefahrschaffung einem „Verhalten“ derjenigen Person entspricht, aus deren Sphäre die Gefahr kommt. Und gewiss bleibt dadurch die Tatsache unbe-rührt, dass der Gefahrschaffung keine Pflichtverletzung zu entsprechen braucht. Hierzu Köhler, FS Schroeder, 2006, 263 ff.