

Handlungsgründe und Rechtfertigungsgründe

Einmal mehr: Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?

Von Wiss. Mitarbeiter **Thomas Grosse-Wilde**, Bonn

In diesen Tagen vollenden zwei große Bonner Strafrechtswissenschaftler ihr 65. bzw. 70. Lebensjahr, die mehr als einmal die Klängen im juristischen Diskurs gekreuzt haben: Hans-Ullrich Paeffgen und Ingeborg Puppe. Dazu gehört ihr intensives und Jahrzehnte überspannendes Ringen um die rechtliche Bewertung des Erlaubnistatbestandsirrtums,¹ mit dem (im juristischen Diskurs besonders provozierenden) Vorwurf logischer Widersprüchlichkeit einerseits,² axiologischer Inkonsistenz andererseits.³ Von nicht minderer Schärfe geprägt ist ihr Streit um den Inhalt des sog. subjektiven Rechtfertigungselements: Paeffgen gehört zu den im zeitgenössischen Schrifttum abnehmenden Stimmen, die über die Kennt-

¹ Paeffgen eröffnete 1979 mit einer in seiner Dissertation vorgetragenen Verteidigung der strengen Schuldtheorie: Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, S. 93 ff.; Puppe antwortete in dem wohl legendären Beitrag in der Lackner-Festschrift (vgl. Puppe, in: Küper/Puppe/Tenckhoff [Hrsg.], Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 199), Paeffgens Erwiderung folgte zwei Jahre später: Paeffgen, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 399; Puppe wiederholte ihre Kritik (Puppe, in: Küper [Hrsg.], Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 193); der Streit setzte sich dann in den Kommentierungen (Puppe, § 16 Rn. 127, und Paeffgen, Vor § 32 Rn. 109 ff., beide in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010) bzw. Lehrbüchern (Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1. Aufl. 2002, § 27; Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 128) fort.

² Nämlich der strengen Schuldtheorie mit dem Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente, so Puppe (Fn. 1 – FS-Lackner), S. 236 ff.; Puppe (Fn. 1 – FS-Stree/Wessels), S. 196 ff.; Puppe (Fn. 1 – NK), § 16 Rn. 131; schwächer in: Puppe (Fn. 1 – AT I), § 27 Rn. 8 („Diese Bestimmung der notwendigen Bedingung der Strafbarkeit [Anm. des Autors: nach der strengen Schuldtheorie] ist logisch vollkommen korrekt, aber gänzlich unplausibel.“); ähnlich Puppe, (Fn. 1 – Kleine Schule), S. 134.

³ Der vorsatzausschließenden Lehren, so Paeffgen (Fn. 1 – NK), Vor § 32 Rn. 109 ff., dort in Rn. 111 auch mit einer gegenüber der Voraufgabe erweiterten Replik zum Vorwurf logischer Inkonsistenz: Wenn Puppe in ihrem Beitrag in der Otto-FS (vgl. Puppe, in: Dannecker [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 389 [S. 402]) nunmehr selbst zugesteht, dass es eine scharfe Trennung von subjektiven und objektiven Elementen eines Verbrechens gar nicht gibt, so entfalle die entscheidende Prämisse für den Angriff gegen die strenge Schuldtheorie, diese operiere mit einer changierenden alternativen Strafbarkeitsbedingung (objektiver und subjektiver Verbrechenselemente).

nis derjenigen Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, hinaus ein Willenselement verlangen.⁴ Puppe lehnt diese Position wie folgt ab:

„Solange sich der Bürger [aber] bewußt im Rahmen der Rechtsordnung hält, geht seine innere Einstellung zu diesem seinen Verhalten um seinen Erfolg und die Ziele und Motive, die ihn zu diesem Verhalten veranlaßt haben, den Richter nichts an. Sie sind eine Frage der Moralität, nicht der Legalität. Eine Rechtsordnung, die die Rechtfertigung eines Verhaltens, das objektiv richtig ist und dessen Richtigkeitsvoraussetzungen der Täter kennt, davon abhängig macht, daß er sich aus den richtigen Gründen oder in der richtigen Gesinnung dazu entschließt, bestraft eine unrechte Gesinnung, nicht eine unrechte Tat.“⁵

Dieser, wohl erstmals 1963 von Roxin vorgebrachte⁶ und teilweise im Schrifttum mit noch schärferen Worten vorgebrachte Vorwurf⁷ bezieht sich offenbar auf eine von Kant in der Metaphysik der Sitten getroffene Unterscheidung von Recht und Moral.⁸

Ob dieser Verweis auf Kant bzw. diese Anspielung im Kontext des Inhalts des subjektiven Rechtfertigungselements tragfähig ist, ist bisher nicht untersucht worden. Zuvor soll aber ein Exkurs in die anglo-amerikanische Rechtsphilosophie unternommen werden, die ironischerweise den Weg zurück zu Kant weisen wird: Von dieser unerwarteten Stelle kann nämlich die Paeffgensche Position auf argumentative Schützenhilfe hoffen: Praktisch unbemerkt von der deutschen

⁴ Vgl. Paeffgen (Fn. 1 – NK), Vor § 32 Rn. 100; so auch schon Paeffgen (Fn. 1 – Verrat), S. 197 ff.

⁵ Vgl. Puppe (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4.

⁶ Roxin, ZStW 75 (1963), 497 (563).

⁷ S. etwa Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 213: „Eine entsprechende Motivationsforderung zur Rechtfertigung liefe somit tatsächlich auf die partielle Schreckensherrschaft eines Gesinnungsstrafrechts hinaus“.

⁸ Die Wortwahl Puppes (Legalität – Moralität) legt dies nahe, auch wenn sie sich nicht ausdrücklich auf Kant beruft; dies machen in diesem Zusammenhang etwa Loos, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 227 (S. 232); Rath (Fn. 7), S. 213; Roxin (Fn. 6) hatte seine Kritik nicht weiter philosophisch unterfüttert, Rudolphi, in: Schröder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 51 (S. 57), verwies auf Hartmann; ebenso Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 234 in Fn. 28; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 148, sprechen davon, es sei aus rechtsstaatlichen Gründen seit der Aufklärung prinzipiell anerkannt, dass das Motiv desjenigen, der sich mit seinem Handeln objektiv in den Grenzen des Rechts hält, rechtlich stets belanglos sei.

Strafrechtswissenschaft⁹ hat ein junger, aber bereits hochgelobter britischer Rechtsphilosoph, John Gardner,¹⁰ eine Rechtfertigungskonzeption vorgestellt, die nach den Gründen des in einer Rechtfertigungssituation Handelnden fragt und nachdrücklich Einwänden gegen die Legitimität einer solchen Frage widerspricht.¹¹ Dabei handelt es sich um eine inhaltlich durchaus von Paeffgen abweichende Position, die keinerlei Entsprechung in der deutschen Strafrechtswissenschaft hat, aber sie teilt mit Paeffgen die Auffassung, dass die bloße Tatsachenkenntnis über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht hinreichend ist, um den Handelnden zu rechtfertigen. Da sie zudem in eine umfassende, ebenfalls bisher weithin unbeachtete Normentheorie eingebettet ist, lohnt sie, einmal vorgestellt zu werden.

I. Normen und Handlungsgründe

Gardner knüpft mit seiner Rechtfertigungskonzeption an die Normentheorie von Raz an, die dieser in seinem Werk „Practical Reason and Norms“ entworfen hat.¹² Ein Kerngedanke dieser Theorie¹³ ist die Annahme, dass „Aussagen der Form

⁹ Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 397 in Fn. 311, erwähnt in seiner rechtsvergleichenden Habilitation Gardner, missversteht ihn dabei aber, s. hierzu Fn. 42.

¹⁰ Gardner hat einen Lehrstuhl für Jurisprudence an der Universität Oxford inne. Ein Sammelband seiner Aufsätze (Gardner, Offences and Defences, Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, 2008) wurde bereits als beste strafrechtliche Publikation seit Harts Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, 1. Aufl. 1967, gefeiert (für die 2. Auflage des Hartschen Werks im Jahre 2008 hat Gardner nota bene auch eine neue, ausführliche Einleitung geschrieben), s. die Rezension von Husak, Oxford Journal of Legal Studies 29 (2009), 169 (187): „Criminal theory has taken a giant step forward with the publication of Offences and Defences. This magnificent collection demonstrates what can happen when an outstanding philosopher turns his attention to criminal law. [...] A finer collection of essays in criminal law has not appeared since H.L.A. Hart's Punishment and Responsibility.“ Gardner gehört insofern bereits heute zu den profiliertesten Strafrechtsphilosophen der englischsprachigen Welt; leider ist bisher erst ein einziger Aufsatz in deutscher Sprache publiziert worden, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1996, S. 73.

¹¹ Erstmals in: Gardner, Simester/Smith (Hrsg.), Harm and Culpability, 1996, S. 103, wieder abgedruckt in: Gardner (Fn. 10), S. 91; Weiterentwicklung und Klarstellungen in den Aufsätzen in Gardner, Tulsa Law Review 39 (2004), 817, wieder abgedruckt in: Gardner (Fn. 10), S. 141; und in Gardner, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71.

¹² Erstmals erschienen 1975, später dann in einer deutschen Übersetzung noch mal veröffentlicht (vgl. Raz, Praktische Gründe und Normen, 2006, passim).

¹³ Die in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft soweit erkennbar bisher lediglich von Kindhäuser, in: Lüders-

,x sollte Ø¹⁴ tun‘ logisch äquivalent sind zu Aussagen der Form ‚Es gibt einen Grund für x, Ø zu tun‘.“¹⁵ Dies bedeutet: Wo eine Sollaussage, da besteht ein Handlungsgrund für den Adressaten, und wo ein Handlungsgrund besteht, ist man (regelmäßig) Adressat eines Sollens.¹⁶ Ersteres zumindest erscheint unmittelbar einleuchtend,¹⁷ fast trivial.

Man darf nun Raz keineswegs dahingehend missverstehen, er umschriebe nur eine Art Imperativen-Theorie aus subjektiver Sicht des Normadressaten, dass also eine Norm ein sanktionsbewehrter Befehl sei, so dass eine Klugheitsregel beim Normadressaten einen Handlungsgrund, den Befehl zu befolgen, erzeuge, um die Sanktion zu vermeiden. Für Raz ist die Imperativen-Theorie „unhaltbar“.¹⁸ Seine Normentheorie ist nicht „psychologisierend“, was der Begriff „(Handlungs-)Grund“ nahelegt, vielmehr geht er von der – in der Moralphilosophie freilich umstrittenen – These aus, dass Normen objektive Gründe für eine Handlung liefern. Dementsprechend sind für ihn objektive Gründe Tatsachen.¹⁹

Entscheidend für seine Theorie ist die Frage, was für eine Art von Gründen Normen sind und wie sie sich von anderen Gründen unterscheiden.²⁰ Nach Raz sind „Gebotsnormen“²¹, worunter er Handlungsverbote (= Unterlassungsgebote) und

sen/Nester-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 29 (S. 30) in Fn. 4, durch seinen Schüler Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 29 ff., sowie Renzikowski, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, S. 643 (S. 644 ff.) aufgegriffen worden ist.

¹⁴ Anm. des Autors: „Ø“ steht für eine beliebige Handlung.

¹⁵ Vgl. Raz (Fn. 12), S. 34.

¹⁶ Vgl. auch Stemmer, Normativität, Eine ontologische Untersuchung, 2008, S. 96 (allerdings mit anderer, hier nicht zu diskutierender, aber interessanter Terminologie).

¹⁷ Letzteres mag befremden, aber Raz versteht seine „Normen“-Theorie als einen über das Rechtsnormen-System hinausgehenden Beitrag zu einer Moralphilosophie, politische Philosophie und Rechtsphilosophie vereinende praktische Philosophie, vgl. Raz (Fn. 12), S. 11. Ich halte die Auffassung logischer Äquivalenz von Sollens-Aussagen (die Raz umfassend als Regeln versteht – vgl. Raz [Fn. 12], S. 9, 65 f.) und Handlungsgründen für nicht überzeugend, sie ist aber für die hier interessierende Rechtfertigungslehre Gardners ohne Bedeutung.

¹⁸ Raz (Fn. 12), S. 68; s.a. noch S. 219 f. (Sanktionen als bloße partielle Hilfsgründe); s. dazu auch Mañalich (Fn. 13), S. 35 f.

¹⁹ Raz (Fn. 12), S. 19 ff.

²⁰ Raz (Fn. 12), S. 67. Ob Normen wirklich Handlungsgründe und nichts anderes als Handlungsgründe sind oder ob dies nur eine Funktion von Normen, die einen eigenen wie auch immer gearteten ontologischen Status haben, kann hier offen bleiben. Raz unterscheidet strenggenommen zwischen Normen und Gründen, spricht aber der Einfachheit halber von Normen als Gründe (Raz [Fn. 12], S. 67 Fußnote).

²¹ Im englischen Original „mandatory norms“ (Raz [Fn. 12], Glossar S. 286).

Handlungsgebote fasst, ein sog. Grund erster Ordnung, den Normakt auszuführen (also bei einem Handlungsverbot die verbotene Handlung zu unterlassen und bei einem Handlungsgebot die gebotene Handlung auszuführen) und zweitens ein spezieller Grund zweiter Ordnung, ein sog. ausschließender Grund (exclusionary reason).²² Ein Grund zweiter Ordnung ist ein Grund dafür, aus einem bestimmten Grund zu handeln bzw. es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln. Und ein ausschließender Grund ist ein Grund zweiter Ordnung, es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln.²³ Dies bedeutet für Gebotsnormen, etwa das Tötungsverbot des § 212 Abs. 1 StGB: Die Norm ist erstens ein Handlungsgrund, eine Tötungshandlung zu unterlassen, und zweitens ein Grund, konfligierende Gründe (Gründe, die für eine Tötungshandlung sprechen) zu ignorieren i.S.v. nicht handlungswirksam werden zu lassen.²⁴

Dies entspricht der Sicht *Gardners*: „[mandatory norms] are reasons to perform the required act (or not to perform the prohibited act) that also serve as reasons not to act on some or all of the conflicting reasons.“²⁵ „[...] in the eyes of the law, a criminal prohibition excludes from consideration all competing reasons. It constitutes an absolute duty.“²⁶

Hier könnte man wiederum zweifeln, warum denn diese „Zweidimensionalität“ einer Norm als Handlungsgrund notwendig ist, warum man also eine Norm nicht einfach als Grund – meinetwegen als besonders starken Grund – erster Ordnung ansieht²⁷ und nicht auch noch als ausschließenden Grund zweiter Ordnung, (nicht) aus einem bestimmten Grund zu handeln? Letzteres trägt nach der Analyse beider *Autoren* entscheidend dazu bei, die Normativität einer Regel in einem „Gründe-Vokabular“ abzubilden: Ansonsten wäre jede Ver- oder Gebotsnorm bloß eine prima-facie-Regel, der im Wege praktischer Deliberation eine unüberschaubare Anzahl konfligierender Gründe gegenüberstünden und die einen Gutteil ihrer verhaltenslenkenden Funktion einbüßten, wäre sie für jeden Normadressaten lediglich ein Grund, der in jeder Entscheidungssituation erneut gegen alle möglichen Gegengründe unter Berücksichtigung aller Umstände abgewogen werden könnte.²⁸ Hinzu kommt, worauf auch das obige Zitat

Gardners hinweist, dass es sich bei dieser Interpretation einer Norm als ausschließenden Grund zweiter Ordnung um eine aus der Sicht des Rechts selbst handelt („in the eyes of the law“). Damit ist nicht gesagt, dass es immer moralische Gründe für einen Normadressaten gibt, jede rechtliche Regel zu befolgen und als ausschließenden Grund – als kategorische Pflicht – anzusehen.²⁹

II. Rechtfertigung und Gründe

Wie passen nun Rechtfertigungsgründe in dieses Modell? Rechtfertigungsgründe erlauben ein bestimmtes Verhalten, derogieren also (auf eine bestimmte Weise³⁰) ein Verbot oder Gebot. Damit folgt aus der Erlaubnisnorm selbst niemals eine Verpflichtung, die gerechtfertigte Handlung auszuführen; zwar mag es andere Normen geben, etwa § 13 StGB i.V.m. dem entsprechenden BT-Tatbestand oder § 323c StGB, die in einer Rechtfertigungssituation eine gerechtfertigte Handlung zur Pflicht und damit zu einem Handlungsgrund im oben geschilderten Sinne machen;³¹ auch impliziert in einem konsistenten Normensystem jede gebotene Handlung die Erlaubnis der entsprechenden Handlung.³² Aber aus einer Erlaubnisnorm selbst, aus einem „Dürfen“, folgt kein „Sollen“ und damit kein Handlungsgrund für den Normadressaten.³³

Paradoxerweise werden nun aber im Deutschen Erlaubnisgesetze als Rechtfertigungsgründe bezeichnet, ohne dass sie im rechtstheoretischen Sinne Gründe für die Ausführung der gerechtfertigten Handlung lieferten:

„Unlike a duty, neither a permission nor a power is a reason (or entails or even suggests the existence of a reason) to act as one is permitted or empowered by it to do. Is one to get married just because one’s marriage would be legally valid?

dem Schrifttumsnachweis in Fn. 6), *Moore*, Southern California Law Review 1989, 827 (849 ff.). Einen interessanten Vergleich von *Alexys* Regel-Prinzipienmodell und *Raz*’ Normentheorie unternimmt *Wang*, in: Borowski (Hrsg.), On the Nature of Legal Principles, 2010, S. 37.

²⁹ Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 211; s.a. *Raz*, The Authority of Law, 1983, S. 233 ff.; *Raz*, The Morality of Freedom, 1988, S. 99 ff.

³⁰ Wie man sich diese Derogation vorstellen soll, sogleich unten. Nachfolgend wird *Gardners* Modell von strafrechtlichen Rechtfertigungen erläutert; ob *Raz*’ Erlaubnismodell komplett deckungsgleich ist (s. *Raz* [Fn. 12], S. 115 ff.), bezweifle ich (ich halte es für teilweise selbstwidersprüchlich, s. zu *Raz Renzikowski* [Fn. 13], S. 644 ff.; und *Mañalich* [Fn. 13], S. 82 ff., insb. S. 88 f.), dies soll hier aber nicht näher untersucht werden.

³¹ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 116.

³² Vgl. *Puppe* (Fn. 1 – Kleine Schule), S. 139. Kritisch zu der Aussage, dass ein gebotenes Verhalten auch erlaubt sei, allerdings *Kelsen*, in: Ringhofer/Robert (Hrsg.), Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 79 f. Die Kritik lässt sich jedoch einfach zurückweisen, indem man zwischen einem Erlaubnisbegriff im Sinne einer Negation des Verbots und einem Erlaubnisbegriff als Negation des Verbots und Negation des Gebots („Freistellung“) unterscheidet.

³³ S.a. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 114.

²² Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 97 ff.

²³ Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 48.

²⁴ Damit ist natürlich nicht gemeint, dass das Tötungsverbot ein Verbot statuieren würde, über konfligierende Gründe nachzusinnen etc., aus Sicht des Rechts ist es ein Verbot, konfligierende Gründe handlungswirksam vorzuziehen, s.a. *Raz* (Fn. 12), S. 252 f.

²⁵ *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 147).

²⁶ *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79).

²⁷ In diesem Sinne etwa (gegen *Raz*) *Moore*, Southern California Law Review 1989, 827 (850 ff.).

²⁸ S. zu diesem Problem näher *Raz* (Fn. 12), S. 49 ff., 97 ff. Die Idee einer Norm als ausschließender Grund zweiter Ordnung ist indes im angloamerikanischen Schrifttum oft kritisiert worden, ohne dass hier die Diskussion näher nachgezeichnet werden kann, siehe pars pro toto *Gur*, American Journal of Jurisprudence 52 (2007), 159 (dort mit umfassenden

Is one to become a vegetarian just because it is morally unexceptionable to be one? Of course not. As they stand these are not intelligible explanations of one's actions."³⁴

Damit ist nicht gesagt, dass die Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, etwa ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB, nicht einen Grund für den Angegriffenen oder einen Dritten für die von § 32 StGB erlaubte Verteidigungshandlung liefern können, sondern lediglich, dass die Erlaubnisnorm selbst keinen Handlungsgrund liefert. Trotzdem ist gegen die Bezeichnung Rechtfertigungsgrund für eine Erlaubnisnorm nichts einzuwenden, wenn man damit den Umstand bezeichnen will, dass durch die Kategorie von Rechtfertigungsgründen eine Rechtsordnung bzw. der Gesetzgeber Gründe anerkennt, warum in einer bestimmten Situation ein Verbots- oder Gebotsgesetz nicht gelten soll.³⁵

Haben damit Rechtfertigungsgründe mit den Gründen des Normadressaten nichts zu tun? Nichts weniger als das nach *Gardners* Rechtfertigungskonzeption: „By default, in the eyes of the law, a criminal prohibition excludes from consideration all competing reasons. It constitutes an absolute duty. The provision by the law of a justificatory defence³⁶ unexcludes a certain reason or a certain range of reasons in favour of the prohibited action and returns the reason or reasons so unexcluded to the pool of reasons that engage in a simple conflict of weight with the duty, and are capable of either outweighing or being outweighed by it. In my fancy lingo, justificatory defences in law are cancelling permissions. They legally permit one to commit an offence by cancelling, not the legal reasons not to commit it, but the legal reasons not to act for (certain) reasons in favour of committing it.“³⁷

Liegt eine Rechtfertigungslage vor, so bleibt demnach trotzdem (und zwar nicht bloß abstrakt, sondern in dieser Situation) ein Handlungsgrund erster Ordnung bestehen, die verbotene Handlung zu unterlassen bzw. die gebotene Handlung auszuführen.³⁸ Dies bedeutet, dass die Ver- oder Ge-

botensnorm nicht vollständig derogiert wird; sie bleibt ein Handlungsgrund erster Ordnung. Dies bedeutet beispielsweise in einer Notwehrsituation, in der die Tötung des Angreifers die erforderliche und „gebotene“ (i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB) Notwehrhandlung ist, dass nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich weiterhin ein Grund besteht, den Angreifer *nicht* zu töten.³⁹

Was ein Rechtfertigungsgrund derogiert, ist gewissermaßen die normative Kraft, die eine Ver- oder Gebotsnorm als ausschließenden Grund zweiter Ordnung ausweist: Diese zweite normative „Schicht“ verliert die Ver- oder Gebotsnorm in einer Rechtfertigungssituation. Waren zuvor alle konfligierenden Gründe, die gegen die Befolgung der Norm sprechen, kategorisch ausgeschlossen, so eröffnet eine Rechtfertigungslage wieder die Möglichkeit, aus (bestimmten, nicht allen) konfligierenden Gründen zu handeln; damit besteht in einer Rechtfertigungssituation gewissermaßen kein Normen-Konflikt, sondern ein Gründe-Konflikt.⁴⁰ Dieser wird dadurch aufgelöst, dass der Grund, der für die Beachtung des Verbots bzw. Gebots spricht, verglichen wird mit dem Grund bzw. den Gründen, aus denen der in der Rechtfertigungslage

merely cancel the second-order-protective reasons not to act for certain countervailing reasons.“

³⁹ Hierdurch wird zugleich ausgedrückt, dass für *Gardner* strafrechtliche Ge- und Verbotsnormen nicht bloße prima facie Ge- und Verbote und entsprechend prima facie Gründe sind, die bei näherem Hinsehen im Falle des Vorliegens einer Rechtfertigungslage sich als bloß scheinbare Gründe, die pflichtige Handlung auszuführen, erweisen, sondern echte Gründe, siehe *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 96 f.). Nach deutscher Nomenklatur erweist sich *Gardner* demnach als Gegner der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, für die die Ge- und Verbote des Besonderen Teils bloße prima facie Ge- und Verbote sind und für die es im Falle des Vorliegens einer Rechtfertigungslage keinen Grund gibt, die gerechtfertigte Handlung nicht auszuführen.

⁴⁰ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148 f.): „When the law grants a cancelling permission by creating a justification defence it does not set up a second (permissive) norm that conflicts with the (mandatory) norm created by the law's specification of the offence. Rather, it creates a gap in the mandatory force of the mandatory norm, a gap through which certain conflicting reasons are readmitted as legally acceptable reasons for acting. [...] All it [Anm. des *Autors*: die Verbots-/Gebotsnorm] loses is its secondary protective layer.“ Man kann dies für normenlogisch nur schwer konstruierbar halten, wie ein Rechtfertigungsgrund nur „einen Teil“ einer Gebotsnorm außer Kraft setzen soll – andererseits: man sollte sich durch die metaphorische Redeweise nicht verwirren lassen – strenggenommen besteht natürlich ein Normenkonflikt, Voraussetzung, dass ein Gebot fallweise „gar nicht mehr“ gilt und damit alle Voraussetzungen der Erlaubnis erfüllt sind, ist dann eben, dass aus Gründen gehandelt wird, die von den Gründen für die Einhaltung der Gebotsnorm nicht übertrumpft werden.

³⁴ *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (78); inhaltlich übereinstimmend *Raz* (Fn. 12), S. 122; *Aiienza/Manero*, A Theory of Legal Sentences, 1997, S. 92.

³⁵ In diesem Sinne verstehe ich auch die Definition von *Jakobs* (vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 11/1): „Die Rechtfertigungsgründe sind die rechtlich guten Gründe, ein an sich verbotenes Verhalten doch zu vollziehen.“

³⁶ Anm. des *Autors*: Den Begriff „defence“ („Einwände“ oder „Einwendungen“) verwendet *Gardner* nicht im Sinne des klassischen common law, d.h. mit diesem Begriff ist nicht präjudiziert, wer im Prozess die Beweislast für Rechtfertigungsgründe trägt. Auch folgt *Gardner* nicht dem klassischen Verbrechenaufbau des common law (actus reus – mens rea – defences), sondern dem modernen dreistufigen Modell mit der Unterscheidung Rechtswidrigkeit und Schuld.

³⁷ *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79 f.).

³⁸ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 107): „permissions do not cancel the reasons not to perform the criminalized action, but

tigungslage Handelnde gehandelt hat: Solange sich ersterer nicht als stärker erweist, ist man gerechtfertigt.⁴¹

Die Voraussetzungen dieses – komplizierten – Rechtfertigungsmodells können daher wie folgt skizziert werden: Erstens müssen die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorliegen,⁴² zweitens muss der Handelnde Kenntnis dieser Tatsachen haben, und drittens muss er aus Gründen handeln, die von den Gründen, die für die Einhaltung des Ver- bzw. Gebots sprechen, nicht übertrumpft werden.

Gardner ist teilweise dahingehend missverstanden worden, er fordere, der Rechtfertigungsgrund selbst müsse der Handlungsgrund des in einer Rechtfertigungslage Befindenden sein.⁴³ Dem widerspricht er, wie das obige Zitat zeigt;⁴⁴ eine Erlaubnis liefert als Erlaubnis keinen Grund, sie wahrzunehmen. Er fordert auch nicht, dass alle Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, den (einigen) Handlungsgrund liefern (dass also beispielsweise bei der Notwehr der gegenwärtige, rechtswidrige Angriff und ein Verteidigungswille den Handlungsgrund konstituieren): Diejenigen Handlungsgründe, die den sich in einer Rechtfertigungslage Befindenden bestimmt haben, müssen vielmehr von der Rechtsordnung als mindestens gleichgewichtig gegenüber der Einhal-

tung der Pflicht bewertet werden.⁴⁵ Wer etwa, um ein schönes, von *Prittwitz* ersonnenes Beispiel aufzugreifen, eine Rechtfertigungssituation nur nutzt, um eine geplante spätere Straftat zu ermöglichen, handelt nicht gerechtfertigt, weil sein Handlungsgrund übertrumpft wird:

„A will am Wagen seines Intimfeindes B eine Bombe befestigen, die bei Zündung des Wagens explodieren soll. Während er noch die für sein Vorhaben geeignete Stelle sucht, naht C, der dem B feindlich gesonnen ist und der daher die Reifen des dem B gehörenden Wagens zerstechen will. A befürchtet – zu Recht –, dass dadurch die Ausführung seines Plans unmöglich würde, und vertreibt deswegen den C, der das Messer schon angesetzt hatte, mit einem leichten Boxhieb.“⁴⁶

Der entscheidende Aspekt dieser handlungstheoretischen Rekonstruktion von Rechtfertigungsgründen ist der – vielleicht kontraintuitive – Verbleib des Ver- bzw. Gebots als Handlungsgrund erster Ordnung in einer Rechtfertigungssituation:⁴⁷ Bestünde dieser situativ nicht mehr, gäbe es keinen

⁴¹ *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79) weist darauf hin, dass er es nicht für notwendig erachtet, dass die Gründe, die für die Nichtbeachtung des Ver-/Gebots sprechen, gegenüber denjenigen, die für die Beachtung sprechen, überwiegen; es sei hinreichend, dass sie nicht überwogen werden: „[...] where there is a bare conflict of weight between reasons for action, it is in my view justifiable to do whatever is supported by a reason that is not outweighed, whether or not it also outweighs. This is important because there are many conflicts involving incommensurables where one reason does not outweigh its rival, but is also not outweighed by it.“

⁴² *Safferling* (Fn. 9), S. 397 in Fn. 311, missversteht *Gardner*, wenn er formuliert „Nach seinem Ansatz ist ein Täter gerechtfertigt, wenn er in der Meinung handelt, er sei gerechtfertigt, und die Rechtsordnung tatsächlich eine solche Rechtfertigungsnorm umfasst.“ Diese Einschätzung verkennt, dass für *Raz* wie *Gardner* Gründe den Status objektiver Tatsachen haben; etwa eine Putativ-Notwehrlage liefert keinen entsprechenden Handlungsgrund, sich zu verteidigen, s. *Gardner* (Fn. 10), S. 258: „Reasons are facts. If I make a mistake of fact (e.g. if I think I am being attacked when I am not) then I do not have the reason to act that, in the grip of that mistake, I take myself to have (e.g. to defend myself). I may have ample reason to believe that I have that reason to act, but this can only furnish me with an excuse, not a justification, for so acting.“ Sowie S. 259: „I have in front of me a glass of petrol. I have ample reason to believe it to be a glass of gin. Do I have any reason to drink it? Williams [Anm. des *Autors*: *Gardner* verweist hier auf den englischen Philosophen *Bernard Williams*] and I agree that the answer is no.“

⁴³ *Botterell*, Criminal Justice Ethics 2007, 36 (49).

⁴⁴ S.o. bei Fn. 34.

⁴⁵ Um „sittlich hochstehende“ etc. Gründe muss es sich dabei nicht handeln, s. *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (81).

⁴⁶ *Prittwitz*, GA 1980, 381 (386). Objektiv liegt in dem Beispiel eine Nothilfesituation vor und A hat auch entsprechende Kenntnis. Die Nothilfe in Form der Körperverletzung gegen C zugunsten des Eigentums des B erfolgt indes nur, um den späteren Sprengstoffanschlag auf Bs Leben und Eigentum zu ermöglichen. *Prittwitz'* Lösung, dann eine Rechtfertigung zu versagen, wenn das in der Rechtfertigungslage bedrohte Rechtsgut mittelfristig gerade nicht gewahrt werden soll, halte ich für nicht überzeugend, da damit zwar im Beispielfall eine Rechtfertigung verneint werden kann, nicht aber in ähnlich gelagerten Fällen: Verhindert ein Attentäter nur deshalb eine Sachbeschädigung an einem Pkw, der durch den späteren Anschlag *nicht* droht, beschädigt zu werden, weil er befürchtet, dass etwa durch die Auslösung der Alarmanlage die Aufmerksamkeit der Leibwächter in seine Richtung gelenkt wird, so ist sein vorrangiger Handlungsgrund gleichsam die Ermöglichung einer Straftat, obwohl das Eigentum am Pkw auch mittelfristig geschützt würde. Auch hier halte ich eine Versagung der Rechtfertigung für sachgerecht. Man muss freilich bei diesen Beispielfällen diffizil unterscheiden: Ist etwa die Autobombe bereits installiert, kommt eine Rechtfertigung der Verhinderung des Reifenstechens von vornherein nicht in Betracht, weil nach richtiger Ansicht denjenigen, der eine Bombe installiert, das Gebot qua Ingerenzgarantenstellung trifft, alles zu unternehmen, was eine Detonation der Bombe verhindert (a.A. können nur diejenigen Ansichten sein, die eine Ingerenzgarantenstellung bei vorsätzlichem Vorherhalten ablehnen, s. die Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 192); dann besteht von vornherein keine Erlaubnis für eine Handlung, die eine Detonation gerade ermöglichen soll (für diesen Hinweis danke ich Frau Prof. *Puppe* herzlich).

⁴⁷ Dies sehen *Kindhäuser* sowie *Mañalich* anders, wenn sie formulieren, dass der Grund für die Einhaltung des Verbots bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes „fallweise nicht

rechtlichen Grund mehr, das Ver- oder Gebot zu beachten; dies entspricht aber nicht unbedingt der rechtlichen Perspektive: der Witz einer erlaubten Handlung ist ja gerade, dass es „dem Recht“ gleichgültig ist, ob sie ausgeführt oder unterlassen wird.⁴⁸ Rekonstruiert man dagegen eine Rechtfertigungssituation klassischerweise als die Durchsetzung eines stärkeren Handlungsgrundes (in Form des Rechtfertigungsgrundes) gegenüber einem schwächeren (in Form der Ver-/Gebotsnorm), erklärt man das Unterlassen einer gerechtfertigten Handlung für aus rechtlicher Perspektive irrational, denn dann gibt es aus Sicht des Rechts keinen Grund mehr, die gerechtfertigte Handlung zu unterlassen. Dies widerspräche aber aus der Sicht *Gardners* der allgemeinen Regel praktischer Rationalität, dass wir immer nach einem nicht ausgeschalteten bzw. übertrumpften Grund für unser Handeln Ausschau halten sollen.⁴⁹

III. (Handlungs-)Gründe zur Handlungserklärung

Was aber ist ein Handlungsgrund? Und wie verhält sich *Gardners* Rechtfertigungskonzeption zu den deutschsprachigen Positionen, die in einem heillosen Durcheinander von Rechtfertigungs-Willen, -intentionen, -tendenzen, -motiven, Motivbündeln, Beweggründen, Zwecken, Triebfedern etc. sprechen?

Im Rahmen der subjektiven Rechtfertigung benutzt *Gardner* den Terminus „reason“ nicht im oben erläuterten normativen, handlungsleitenden Sinne (guiding reason), sondern im Sinne einer Handlungserklärung (explanatory reason).⁵⁰ Es geht darum, zu erklären, aus welchen Gründen der eine Rechtfertigung Beanspruchende tatsächlich gehandelt hat. Nach einem Grund zu fragen meint, was jemanden dazu veranlasst, eine bestimmte Handlung auszuführen.⁵¹ Dieses Problem firmiert im Strafrecht unter dem – missver-

ständlichen⁵² – Begriff der psychischen Kausalität, genauer der Motivationskausalität, und zwar unter dem Gesichtspunkt, wie ein Verhalten einer Person dasjenige einer anderen beeinflusst.⁵³ Bei der Frage nach den Handlungsgründen in einer Rechtfertigungslage kann ebenfalls das Verhalten einer anderen Person motivierend wirken (das Verhalten des Angreifers bei der Notwehr), aber ebenso gut sonstige Tatsachen (etwa eine nicht durch menschliches Verhalten konstituierte Gefahr i.S.v. § 34 StGB).

Puppe selbst hat in einem Art „ceterum censeo“ wiederholt auf die Gefahren hingewiesen, eine Motivationskausalität mit Hilfe der *Conditio-sine-qua-non*-Formel zu ermitteln.⁵⁴ Dies bedeutet, dass es irreführend ist, danach zu fragen, ob jemand auch ohne Vorliegen einer Rechtfertigungslage entsprechend gehandelt hätte. Vielmehr muss man den Betroffenen fragen, ob er die in Rede stehende Tatsache zu einem Grund seines Handelns gemacht hat, ob sie ihn also auf irgendeine Weise motivierend beeinflusst hat. Was psychologisch dabei durchaus möglich ist, ist eine Mehrheit von Gründen, von denen möglicherweise jeder für sich die Entscheidung getragen hätte, also eine hinreichende Bedingung gewesen wäre;⁵⁵ letzteres ist für den psychischen Kausalitätsnachweis indes irrelevant, weil niemand kompetent darüber Auskunft geben kann, was in einer hypothetischen Situation ein Handlungsgrund für ihn sein könnte;⁵⁶ worüber man nur

zur Geltung kommt“, *Kindhäuser*, GA 2010, 490 (495) bzw. „ausgeschlossen wird“, *Mañalich* (Fn. 13), S. 83; unklar aber *Mañalich* (Fn. 13), S. 87: „Die Gründe etwa, die für die Geltung des Körperverletzungsverbots sprechen, sind dadurch, dass der Rechtsgutsinhaber einen Angriff auf ein fremdes Rechtsgut ausführt, nicht modifiziert; der gegenwärtige und rechtswidrige [...] Angriff stellt vielmehr die Basis für einen Gegengrund dar, der unter gewissen Umständen den ausschließenden Charakter des Verbots gegen Körperverletzungen selbst ausschließt, so dass (nur) unter diesen Umständen, die eine Kollision von Handlungsgründen mit sich bringen, die betreffende Körperverletzung (stark) erlaubt wird.“ – Wenn die Notwehrlage bloß den „ausschließenden Grund zweiter Ordnung“ des Verbots ausschließt, verbleibt immer noch ein Grund erster Ordnung für die Beachtung des Verbots.

⁴⁸ Siehe hierzu und zu Gegenargumenten noch unten VIII.

⁴⁹ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 100); ebenso *Raz* (Fn. 12), S. 49.

⁵⁰ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91.

⁵¹ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 101): „Reasons can only move us, if you like, by motivating us.“

⁵² Der Begriff der psychischen Kausalität soll erstens nicht suggerieren, dass es allgemeine Kausalgesetze für menschliche Entschlüsse gäbe. Es geht um eine singuläre Kausalaussage in einem Einzelfall. Zweitens hat dieser Begriff nichts mit der in neuerer Zeit wieder entbrannten Kausalismus-Teleologie-Debatte in der philosophischen Handlungstheorie zu tun, s. dazu den aktuellen Sammelband *Horn/Löhrer* (Hrsg.), *Gründe und Zwecke*, 2010; in der philosophischen Handlungstheorie geht es darum, ob kausale oder teleologische Handlungserklärungen für das Handeln einer Person adäquat sind, im Recht zuvörderst um die Frage, wann wir das Handeln einer Person als Beeinflussung des Handelns einer anderen ansehen (s. auch nachfolgende Fn.).

⁵³ S. dazu instruktiv *Puppe*, GA 1984, 101 (105) zur „Kausalität der Anstiftung für den Tatentschluss“; *Puppe*, GA 2003, 764 (769) zur Kausalität einer Falschaufklärung des Patienten für dessen Einwilligung; *Puppe* (Fn. 1 – AT I), 2/47 ff. zur Kausalität der Täuschung für die Vermögensverfügung beim Betrug; *Puppe* (Fn. 1 – AT I), 2/31 ff.; *Puppe*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2005, 48/13 ff. zur Kausalität der Nichteinschaltung eines potentiellen Erfolgshinderers; zusammenfassend *Puppe* (Fn. 1 – NK), Vor § 13 Rn. 125.

⁵⁴ S. Fn. 53.

⁵⁵ So auch *Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, 2004, S. 61 f.; für die englischsprachige Welt und gegen die Anwendung des *Pendants* zur *Conditio-sine-qua-non*-Formel, des sog. „but for“-Tests *Honoré*, *Responsibility and Fault*, 1999, S. 94 (S. 118).

⁵⁶ *Röckrath* (Fn. 55) weist zusätzlich darauf hin, dass jeder zusätzliche Grund, der für eine Entscheidung spricht, diese zu einer besser begründeten macht; somit sei bei der psychischen Kausalität ein motivierender Umstand nie „überflüssig“.

kompetent Auskunft geben kann, sind diejenigen Tatsachen, die in einer wirklich er- und durchlebten Situation eine Entscheidung beeinflusst haben. Damit ist aber jede dieser Tatsachen ein Grund des Handelns bzw. ein Element eines komplexen Tatsachengeflechts, das in der konkreten Situation den Handlungsgrund abgegeben hat^{57, 58}.

Dieser Gründe-Begriff ist weitaus einfacher zu handhaben als die im deutschen Schrifttum verbreiteten, aber untereinander differierenden Konzepte zu Beweggründen, Motiven, Zwecken, Intentionen, Absichten etc. Insbesondere kann sowohl Vergangenes wie Zukünftiges einen Grund für menschliches Verhalten abgeben.⁵⁹

IV. Gardners Modell im Vergleich zu deutschsprachigen Positionen

In der deutschen Strafrechtsdogmatik war es *Alwart*, der wohl als erster Gründe und Rechtfertigung miteinander in Beziehung gesetzt hat. Er meint, man sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Rechtfertigungslage ein Handlungsgrund i.S.e. „Weil-Motivs“, eines rückschauenden Motivs, gewesen ist.⁶⁰

sig“, im Gegensatz zur physischen Kausalität, wenn bereits ein hinreichender Bedingungskomplex vorhanden sei, denn eine hinreichende Bedingung ist nicht steigerbar.

⁵⁷ Vgl. auch *Raz* (Fn. 12), S. 28 f.: „Eine Tatsache ist zwar nur dann ein Grund, wenn sie Teil einer komplexen Tatsache ist, die einen vollständigen Grund darstellt; aber trotzdem ist nicht nur der vollständige Grund ein Grund, sondern auch die Tatsachen, aus denen er sich zusammensetzt, sind Gründe. Zwei vollständige Gründe bilden definitionsgemäß einen vollständigen Grund.“

⁵⁸ Letztere Formulierung würden diejenigen bevorzugen, die den Begriff der Mehrheit von Gründen in einer konkreten Situation ablehnen, für die es also immer nur einen singulären Grund gibt.

⁵⁹ A.A. *Rath* (Fn. 7), S. 216 f., der meint, ein reines „Weil-Motiv“ i.S.e. Motivierung aus Vergangenheit sei ein „Oxymoron“, weil menschliches Verhalten irreduzibel in die Zukunft gerichtet sei. Dies vertreten in der Philosophie einige Anhänger einer teleologischen Handlungserklärung. Meiner Meinung nach unterliegt man damit indes (wenigstens teilweise) einem Irrtum des „Ziehharmonikaeffekts“ von Handlungsbeschreibungen: Wenn ich nach den Gründen einer sog. Basis-Handlung frage, also solcher Handlungen, die wir direkt (unvermittelt) tun, ohne dass eine andere Handlung vollzogen wird (etwa: die Bewegung eines Fingers), wird die Antwort immer zukunftsgerichtet, teleologisch sein (dadurch, dass ich meinen Finger bewege, will ich den Knopf drücken etc.). Aber bei komplexeren Handlungsbeschreibungen – etwa bei der strafrechtlichen Rechtfertigung – geht es eben nicht um künstliche Basishandlungen – sondern darum, zu fragen, warum ich jemanden getötet, eine Sache beschädigt etc. habe; hier halte ich es für keineswegs ausgeschlossen, dass die Tatsache, die den Handlungsgrund für die komplexe Handlung abgibt, in der Vergangenheit liegt.

⁶⁰ *Alwart*, GA 1983, 433 (449 ff.). Er spricht allerdings recht dunkel davon, dass sein Motiv-Begriff ein „hermeneutischer“ sei, der auf einem „nichtkausalen Verstehen und Erklären von

Dass man auch im Sinne eines „Um-zu-Motivs“ handelt, eines vorausschauenden Motivs, beispielsweise bei der Notwehr mit seiner Verteidigungshandlung den Angriff zu beenden, sei dagegen nicht erforderlich.⁶¹

Dies hört sich prima vista nach hohen Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement an,⁶² analysiert man indes den Begriff des Handlungsgrundes genauer im obigen Sinne, so ist diese Lehre einerseits zu weit, andererseits zu eng:

In *Prittwitz*'s Bombenleger-Fall etwa müsste *Alwart* zu einer Rechtfertigung gelangen, denn diejenigen Tatsachen, die eine Nothilfelage konstituieren (indem jemand die Autoreifen eines anderen zerstechen will, liegt ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf das Eigentum eines anderen vor), haben den Bombenleger motiviert, einzugreifen. Freilich würde der Bombenleger die motivierenden Tatsachen anders beschreiben. Denn dieselben Tatsachen, die die Nothilfelage konstituieren, bilden zugleich eine gegenwärtige Gefahr für die Verwirklichung seiner Anschlagpläne. Warum würde er diese differierende Beschreibung des Sachverhalts wählen? Weil der Bombenleger nicht handelt, um das angegriffene Rechtsgut zu retten, sondern um seine deliktischen Pläne verwirklichen zu können. Ein „Um-zu-Motiv“ der Rechtfertigungshandlung will *Alwart*, aber im Gegensatz zu einem „weil-Motiv“ der Rechtfertigungslage, nicht verlangen.⁶³ Dementsprechend kann man gegen die Annahme, die Rechtfertigungslage habe den Bombenleger motiviert, nicht einwenden, er beschreibe diese Lage anders als das Gesetz – die Tatsachen, die die Notwehrlage konstituieren, waren psychisch kausal für sein Eingreifen.

Ebenso ist der Fall zu entscheiden, in dem A aus Furcht vor einer Sanktion es unterlässt, seinen Erzfeind B zu verprügeln, eines Tages aber B antrifft, wie er im Begriff ist, jemanden zu attackieren. Da A annimmt, unter diesen Umständen

Tätigkeiten“ beruhe, *Alwart*, GA 1983, 433 (437). Hier wurde schon festgestellt, dass physische und psychische Kausalität nichts miteinander zu tun haben (s.a. *Puppe* [Fn.1 – NK], Vor § 13 Rn. 131: „Es bleibt also nichts anderes übrig, als die Illusion eines einheitliche Kausalbegriffs preiszugeben“); der hier verwandte Begriff „Motivationskausalität“ bzw. „psychische Kausalität“ steht nur dafür, nach Gründen des konkret Handelnden zu fragen, nicht irgendwelche Kausalgesetze über menschliche Entscheidungen aufzustellen (s.o. Fn. 52). Zur Ermittlung einer solchen „Kausalität“ s. *Puppe* (Fn. 1 – NK) Vor § 13 Rn. 132. Damit dürfte in der Sache Übereinstimmung mit *Alwart* gegeben sein.

⁶¹ *Alwart*, GA 1983, 433 (450, 453).

⁶² Entsprechend lehnt *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 98 diese Position auch ab. Ich bin mir aber nicht sicher, ob er *Alwarts* Position nicht überzeichnet, wenn er formuliert, der Rechtfertigungsgrund müsse das Handeln (maßgeblich/ausschließlich) motiviert haben; *Alwart* geht es ja bloß um die Rechtfertigungslage, und diese muss nur irgendwie motivational kausal sein, ohne dass es auf „Haupt-“ und „Nebenmotive“ ankäme, vgl. *Alwart*, GA 1983, 433 (451).

⁶³ *Alwart*, GA 1983, 433 (453).

den keiner Sanktion ausgesetzt zu sein, schlägt er B nieder.⁶⁴ Zwar ist A hier nicht motiviert, dem Opfer von B zu helfen, aber diejenigen Tatsachen, die die Nothilfefolge konstituieren, sind motivational kausal für den Entschluss des A, B niederzuschlagen, weil sie dem A die Furcht genommen haben, eine Sanktion zu erleiden.

Dies bedeutet, das Erfordernis, dass die Tatsachen, die eine Rechtfertigungslage erfüllen, einen Handlungsgrund darstellen müssen, garantiert gerade nicht, dass eine Rechtfertigung bei allen fragwürdigen Motiven ausscheidet.

Andererseits mag es Fälle geben, in denen die Notwehrlage keinen Grund (mehr) bildet, zu handeln, man aber trotzdem intuitiv eine Rechtfertigung bejahen würde, weil gerade im Sinne *Gardners* die Handlungsgründe des eine Rechtfertigung Beanspruchenden verständlich und nachvollziehbar sind, und daher von den Gründen, die für die Einhaltung des Verbots sprechen, nicht übertrumpft werden:

Angenommen, während eines Raubüberfalls wird die Tochter der Wohnungsinhaberin getötet. Die Raubmörder sind im Begriff, mit der Beute zu fliehen, als die Mutter einen niederschießt, wobei es sich um das (i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB) erforderliche und gebotene Mittel handelt. Nach ihrem Handlungsgrund befragt, sagt sie aus, dass es ihr alleine darum gegangen sei, den Tod ihrer geliebten Tochter zu sühnen, nicht im geringsten sei es ihr um die Wiedererlangung der Tatbeute oder um eine sonstige Verteidigung ihrer selbst gegangen, weil sie keine weiteren Angriff auf sich durch die fliehenden Täter befürchtete.

Diese Aussage zu ignorieren und dem Handeln im Sinne eines „als ob“ eine entsprechende andere Motivation unterzuschieben, würde bedeuten, der Mutter den Status als rationaler Akteur abzusprechen und wohl auch ihre Gefühle verletzen, etwa in Anbetracht des Todes der Tochter allein das gestohlene Gut wiedererlangen zu wollen. Sie hat hier weder aus Gründen des noch nicht beendeten Angriffs auf ihr Eigentum gehandelt noch eine gegenwärtige Notwehrlage für sich angenommen, sondern gehandelt, um die Tat an ihrer Tochter zu vergelten; dies ist indes kein anerkannter Notwehrzweck. Trotzdem ist meiner Auffassung nach eine Rechtfertigung angebracht, weil es sich aufgrund der besonderen Nähebeziehung zum Opfer um einen verständlichen Handlungsgrund handelt.⁶⁵

Daher halte ich auch die Auffassung *Paeffgens* für problematisch, der eine Rechtfertigungstendenz i.S.e. Handlungswillens zur Verteidigung (bei § 32 StGB), zur Rettung des Erhaltungsgut (bei § 34 StGB) etc. verlangt.⁶⁶ Dieser liegt im eben dargestellten Fall eindeutig nicht vor.

⁶⁴ Das Beispiel stammt von *Robinson*, in: *Simester/Smith* (Fn. 11), S. 45 (S. 50).

⁶⁵ Dies soll nicht bedeuten, dass dieser Handlungsgrund hinsichtlich aller Delikte anerkennenswert ist. Bei weniger schwer wiegenden Straftaten mag ein „Sühnemotiv“ (mit *Hass* oder *Rache* – wegen der negativen Konnotation und der Assoziation zu einer exzessiven Gewalthandlung – will ich es nicht stets gleichsetzen) unangebracht erscheinen.

⁶⁶ *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 100.

Zudem muss man betonen, dass *Gardners* Auffassung, nach Handlungsgründen zu fragen, sich durchaus unterscheidet von *Paeffgens*, nach einem Handlungswillen zu fragen:

Im Rahmen der Vorsatzdogmatik meint das Willenselement (bei Verletzungsdelikten bezogen auf den tatbestandsmäßigen Erfolg), dass ich „will“,⁶⁷ dass durch meine Handlung eine gewisse nachteilige Zustandsveränderung an einem Rechtsgutobjekt eintritt. Warum ich dies will, also nach dem Grund oder den Gründen meines Handelns zu fragen, ist für die Vorsatzfrage irrelevant. Zwar kann in seltenen Fällen die Frage nach dem Vorsatz und diejenige nach den Gründen zusammenfallen, denn die wenigsten Menschen töten, weil sie töten wollen,⁶⁸ oder stehlen, weil sie stehlen wollen, aber es sind unterschiedliche Fragen.⁶⁹ Bei der Rechtfertigung mag es des Öfteren Fälle geben, in denen ich beispielsweise jemanden rette, weil ich ihn eben retten will, das „Gute“ also allein deshalb anstrebe, weil es das „Gute“ ist.⁷⁰ Aber auch hier ist die Frage nach Gründen regelmäßig nicht beantwortet, wenn ich einen Handlungswillen feststelle, sondern erst dann, wenn ich weiß, warum ich eben diesen Handlungswillen gebildet habe.

⁶⁷ Dass in Wahrheit die Willensdoktrin der h.M. ein bloßes Lippenbekenntnis ist, das beliebig manipuliert werden kann, hat *Puppe* überzeugend nachgewiesen, s. etwa *Puppe*, GA 2006, 65; zusammenfassend *Puppe* (Fn. 1 – NK), § 15 Rn. 23 ff. Insofern halte ich ihre Lehre von der Vorsatzgefahr für normativ überlegen gegenüber allen anderen Vorsatzlehren. Dies ändert nichts daran, dass es durchaus sinnvoll erscheint, nach Handlungsgründen bei der Rechtfertigung zu fragen. Die Frage, wie die gesteigerte Unrechts- und Schuldform des Vorsatzes gegenüber der Fahrlässigkeit zu bestimmen ist und wie eine subjektive Rechtfertigung aussieht, haben meiner Auffassung nach entgegen *Puppe* (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4: „Hält man, wie es hier geschieht, das sog. Willenselement schon beim Vorsatz für illegitim, so ergibt sich in der Konsequenz, dass es auch bei der Rechtfertigung fehl am Platze ist.“) und entgegen *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 100: „Die Forderungen nach einer emotiven Komponente folgt zwangsläufig aus der hier befürworteten zwei-basigen Vorsatz-Konzeption.“) nichts miteinander zu tun. Man kann folglich durchaus Anhänger der Lehre von der Vorsatzgefahr sein und trotzdem bei der Rechtfertigung mehr verlangen als eine bloße Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen.

⁶⁸ Ein solcher Handlungsgrund erfüllte das Mordmerkmal der „Mordlust“, bei dem der Tod des Opfers „als solcher der einzige Zweck der Tat ist“, BGHSt 34, 59 (61); BGH NJW 1994, 2629.

⁶⁹ Vgl. auch *Gardner*, *Relations of Responsibility*, 2010, S. 3: „Wanting to do something is not, normally, a reason to do it.“

⁷⁰ Ich halte allerdings den Begriff einer „guten“ Handlung, die Redeweise von durch eine Rechtfertigung erzeugten „Erfolgswerte“ etc. für problematisch, siehe dazu unten VIII. Manche in Rechtfertigungssituationen ausgeführte Handlungen mögen moralisch gut, wertvoll etc. sein, das Recht selbst bewertet eine erlaubte Handlung gerade nicht als besser gegenüber dem Nicht-Ausführen dieser Handlung, sonst würde es sie zur Pflicht machen.

Die Flexibilität von *Gardners* Modell wird sicherlich mit einem gehörigen Maß von Rechtsunsicherheit erkaufte, denn eine feste Taxonomie von Gründen kennt unsere Rechtsordnung nicht.⁷¹ Andererseits zeigen die erwähnten Beispielfälle, wie komplex die Handlungsgründe in einer Rechtfertigungssituation sein können. Daraus zu schließen, nicht nach den Gründen des Handelnden zu fragen, halte ich dagegen für vorschnell, insbesondere *Prittwitz'* Bombenleger-Fall zeigt paradigmatisch, dass die bloße Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen in Einzelfällen normativ insuffizient erscheint.⁷²

V. Verstoß gegen die Unterscheidung Legalität – Moralität?

Dagegen steht aber der zu Beginn angesprochene Vorwurf der Einebnung der Unterscheidung von Recht und Moral; auch *Gardner* referiert ihn, allerdings ohne Verweis auf die kantische Philosophie, im angloamerikanischen Schrifttum firmiert er als Verstoß gegen die „rule of law“⁷³: „One alluring line of argument goes something like this. The question of whether an action is justified is, on any view, a question of whether it ought all things considered to be performed. If they are to have a role in the criminal law, justifications must therefore serve as guidance to potential offenders as to what, in law, they ought to be doing. Justification doctrines must belong to the law's 'conduct rules'. [...] When justifications are being framed, the law can only state the guiding reasons, and leave the explanatory reasons to look after themselves.“

Rechtfertigungsnormen würden nach der Gegenmeinung also die Frage beantworten, was ich, alle Umstände berücksichtigend, in einer konkreten Situation letztendlich tun soll. Insofern gehörten sie zu den Verhaltensregeln, die eine Rechtsordnung aufstellt; das Recht selbst könne aber nur verlangen, dass ich mich eben an diese Regeln halte, warum

ich dies tue (meine subjektiven Handlungsgründe – „explanatory reasons“), gehe das Recht nichts an.

Seine Replik erinnert nochmals an die rechtstheoretische Rolle von Erlaubnissen: „When the law grants a justification [...] it provides a cancelling permission to act for certain reasons which would otherwise be automatically defeated by the prohibition. But a permission to do something is, by itself, no reason to do it. Thus the law does not provide any reasons for one to do what the law holds to be justified. It simply allows that one may have such reasons and act on them. To say that justificatory rules belong to the 'conduct rules' of the law, and must serve to 'guide' potential offenders, is to give the impression that the law gives people positive reasons to do what the justificatory rules allow. But the law does no such thing.“

Rechtfertigungsgründe seien also nicht insofern Verhaltensregeln, als sie mich verpflichten würden, etwas aus bestimmten Gründen zu tun.⁷⁴ Sie erlauben nur, aus bestimmten Gründen etwas zu tun; insofern aber könne man aus der Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes als solchem nie ableiten, dass damit eine Rechtsordnung dem Normadressaten gute Gründe liefere, eine gerechtfertigte Handlung auszuführen, gegenüber dem Unterlassen dieser Handlung. Das Recht könne zwar niemanden verpflichten, eine gebotene Handlung oder Unterlassung aus bestimmten Gründen zu tun bzw. zu unterlassen. Aber das Recht könne die Dispensierung eines rechtlichen Gebots davon abhängig machen, dass man aus bestimmten Gründen handelt.⁷⁵

Vor dem Hintergrund dieser Argumentation lohnt es sich, die einschlägigen Textstellen von *Kants* „Metaphysik der Sitten“ noch einmal genauer zu analysieren:

⁷¹ Das Wortlautargument soll hier, ohne es kleinreden zu wollen, ausgespart bleiben – inwieweit es für Rechtfertigungsgründe bspw. in Anbetracht von Rechtsfiguren wie der „*actio illicita in causa*“, diverser Notwehrein-schränkungen etc. überhaupt einschlägig ist, ist bekanntlich heillos umstritten, s. die Übersicht bei *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn 59 ff.

⁷² Man könnte hiergegen anführen, eine Versagung der Rechtfertigung sei doch nicht angebracht, weil ansonsten bloße Anschlags-Pläne, die gar nicht zur Ausführung gelangen müssen, mittelbar strafbegründend sind und dies sei ein Verstoß gegen das Tatschuldprinzip (so andeutungsweise *Rath* [Fn. 7], S. 211 f.); aber das könnte man gegen etwaige strafbegründende Absichten, wie sie etwa in den §§ 242, 253, 263 StGB positiviert sind, ebenso einwenden (s. *Kindhäuser* [Fn. 33], S. 114). Hingegen – derjenige, der bereits ein Verbot übertreten hat, kann sich nicht darauf berufen, seine Handlungsgründe seien weiterhin privatissime.

⁷³ *Gardner* (Fn. 10), S. 114 f. „rule of law“ wird zumeist mit dem „Rechtsstaats-Prinzip“ übersetzt (s. etwa *MacCormick*, JZ 1984, 65), welche Prinzipien der „Rule-of-Law“-Doktrin zugerechnet werden kann, s. etwa *McCormick*, ebenda; *Raz*, *The Authority of Law*, S. 210 ff.

⁷⁴ Man könnte zur Klarstellung freilich hinzufügen, dass die strafrechtlichen Ver- und Gebote zusammengelesen mit den Erlaubnisnormen Verhaltensregeln i.S.v. Orientierungshilfen insofern sind, als sie den Normunterworfenen leiten, eine Strafbarkeit intentional zu vermeiden, sie gebieten allerdings nicht immer in einer Situation eine Handlung oder Unterlassung.

⁷⁵ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 149: „As I mentioned, when it comes to the legal norm that creates an offence, all the law cares about is conformity, never mind why one conforms. It is no skin off the law's nose whether one acts for legal, moral or prudential reasons, or indeed no reasons at all, so long as one does not break the law. But when it comes to the conferring of a justificatory defence, things are different. What the conferring of the defence does is to unexclude certain conflicting reasons for action, such that these reasons (unlike others) are now available to be relied upon as reasons in favour of violating the norm. To avail oneself of the defence, one relies upon the reasons. It is no good merely to act in the way that someone relying upon the reason would act. Excluding a reason makes it a defeated reason, i.e. a reason for which one should not act. Unexcluding it merely reverses the process. It changes what one should do, on balance, only by changing what reasons one has available to act on. If one does not act on them, then one has no justification.“

Die bekannteste findet sich im III. Teil der Einleitung der Metaphysik der Sitten:

„Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, dass die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann.“⁷⁶

Der erste Satz ist – aus dem Kontext gerissen – zweideutig, der zweite hingegen nicht: Liest man den ersten isoliert, könnte man meinen, die Übereinstimmung einer Handlung „mit dem Gesetze“ bedeute: mit der gesamten Rechtsordnung (mit allen Ver-, Gebots- und Erlaubnisnormen – das, was wir heute mit Rechtmäßigkeit meinen), würde also bedeuten, dass *Kant* meint, die Rechtmäßigkeit einer Handlung bestimme sich stets ohne Ansehung irgendwelcher Triebfedern, cum grano salis Handlungsgründen. Indes, *Kant* verwendet hier den Begriff „Gesetz“ ausschließlich als Ver- bzw. Gebotsnorm, denn vorher heißt es: „Zu aller Gesetzgebung [...] gehören zwei Stücke: erstlich ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d.i. welches die Handlung zur Pflicht macht.“⁷⁷ Etwas zur Pflicht machen, können aber bloß Ge- und Verbotsgesetze.⁷⁸ Der zweite zitierte Satz macht dies deutlich, indem er von Pflichten spricht – alle Passagen aus der Metaphysik der Sitten, die die bekannte Unterscheidung Legalität und Moralität betreffen, sprechen stets von Rechts- und Tugendpflichten, berühren also das Sonderproblem von Handlungsgründen als Voraussetzung für Erlaubnisse gar nicht!⁷⁹ Und der Grund, wa-

rum die rechtliche Gesetzgebung keine bestimmten Handlungsgründe vorschreiben kann, ist denkbar einfach: „Alle Pflichten sind entweder Rechtspflichten [...] oder Tugendpflichten [...]; die letzteren können aber darum keiner äußeren Gesetzgebung unterworfen werden, weil sie auf einen Zweck gehen, der (oder welchen zu haben) zugleich Pflicht ist; sich aber einen Zweck vorzusetzen, das kann durch keine äußerliche Gesetzgebung bewirkt werden (weil es ein innerer Akt des Gemüts ist)“⁸⁰; es ist also nicht nur ein unbedingtes rechtsstaatliches Gebot, jemanden nicht auf bestimmte Handlungsgründe zu verpflichten, es ist strenggenommen empirisch gar nicht möglich, siehe die Einleitung zur Tugendlehre: „Ein anderer kann mich zwar zwingen, etwas zu tun, was nicht mein Zweck (sondern nur Mittel zum Zweck eines anderen) ist, aber nicht dazu, daß ich es mir zum Zweck mache, und doch kann ich keinen Zweck haben, ohne ihn mir zu machen. Das letzere ist Widerspruch mit sich selbst: ein Akt der Freiheit, der doch zugleich nicht frei ist.“⁸¹

Gegen diese Argumentation könnte man einwenden, die Unterscheidung von Ver-, Gebots- und Erlaubnisnormen sei ein sophistische: Jedes Handeln stehe doch stets unter der Pflicht, rechtmäßig zu sein. Dagegen ist erstens zu sagen, dass *Kant* streng zwischen gebotenen, verbotenen und erlaubten Handlungen unterschieden hat: Zwar ist die Interpretation und Stellung des Erlaubnisgesetzes innerhalb der Metaphysik der Sitten im Einzelnen streitig,⁸² dass *Kant* zwischen diesen deontischen Grundbegriffen differenziert hat, geht eindeutig aus dem Wortlaut der Einleitung in die Metaphysik der Sitten hervor: „Erlaubt ist eine Handlung (licitum), die der Verbindlichkeit nicht entgegen ist; [...] Pflicht ist diejenige Handlung, zu welcher jemand verbunden ist. [...] Eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist, ist bloß erlaubt, weil es in Ansehung ihrer gar kein die Freiheit (Befugnis) einschränkendes Gesetz und also auch keine Pflicht gibt.“⁸³

Zweitens steht zwar jedes Handeln unter der Pflicht, rechtmäßig zu sein, aber damit wird eben nicht jede Handlung zur Pflicht! In einer Rechtfertigungssituation etwa steht es dem betroffenen Subjekt grundsätzlich rechtlich frei, die entsprechende Handlung auszuführen oder zu unterlassen. Und selbst wenn tatsächlich die Verhaltensalternative der Beachtung des in Rede stehenden Ver- oder Gebots unzumutbar erscheint, wäre es nach kantischen Prämissen auch keineswegs eine zynische Verhaltensalternative in dem Sinne, dass derjenige mit den „falschen“ Motiven etwa vor der Wahl stünde, sich in einer Notwehrsituation entweder töten zu lassen oder sich strafbar zu machen. Denn nach *Kant* ist

der auch anmahnt, die oben zitierte Textstelle zur Unterscheidung Legalität – Moralität in ihrem Kontext zu lesen.

⁸⁰ *Kant* (Fn. 76), S. 239.

⁸¹ *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 381.

⁸² S. zur teilw. unterschiedlichen Verwendung des terminus Erlaubnisgesetz (lex permissiva) in der Metaphysik der Sitten und der Friedensschrift etwa *Hruschka*, *Law and Philosophy* 23 (2004), 45; dagegen aber *Kaufmann*, in: Byrd/Joerden (Fn. 13), S. 195 (S. 196 ff.).

⁸³ *Kant* (Fn. 76), S. 222 f.

⁷⁶ *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 219.

⁷⁷ Das Erlaubnisgesetz (lex permissiva) führt *Kant* erst später ein; *Kant* (Fn. 76), S. 222 f.

⁷⁸ Die Voraussetzungen für Erlaubnisse werden aus Sicht des Normadressaten, falls er eine Erlaubnis wahrnehmen will, zwar zu hypothetischen Imperativen, aber nicht zur Pflicht.

⁷⁹ Auch wenn gesagt wird, „das Recht“ habe sich nach *Kant* nicht für die Motive des Normadressaten zu interessieren, erscheint mir dies als eine Überzeichnung der kantischen Position; das Recht kann keine Motive vorschreiben, ob es aber etwa bei Entschuldigungsgründen nach (Handlungs-) Gründen (zu § 35 StGB s. etwa *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* [Fn. 1], § 35 Rn. 19) oder Gründen für Gründe fragt (etwa: § 33 StGB), beim Rücktritt vom Versuch oder bei der Strafzumessung, ist eine andere Frage; vgl. dazu etwa *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 88, 91; *Kelker*, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, S. 400 ff.; *Kühl*, in: Walker u.a. (Hrsg.) *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag*, 2010, S. 329 (S. 338 f.); *Zaczyk*, in: *Neumann/Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, S. 103 (S. 107 ff.),

nicht nur menschliches Handeln frei, das handelnde Subjekt kann auch seine Handlungsgründe frei wählen.⁸⁴

Damit halte ich die im Schrifttum zitierten Verweise auf Passagen der Metaphysik der Sitten bei dem hier in Rede stehenden Streit für unergiebig, wenn nicht gar irreführend. Ob allerdings aufgrund *Kantscher* Prämissen zu unserem Problem nicht auch eine Ablehnung, bei der Rechtfertigung Handlungsgründe zu evaluieren, entwickelt werden könnte, soll hier ausdrücklich offenbleiben.⁸⁵

Aber unabhängig von *Kantscher* Argumentation, wem sich in einer solchen Situation nicht die Verteidigung als ein – für die Rechtfertigung vollends hinreichender – Handlungsgrund einnistet, der steht psychologisch gar nicht vor dem Dilemma, getötet oder bestraft zu werden.

Damit erweist sich aus kantischer Sicht zwar das von *Loos* erstmals formulierte Argument als zutreffend, eine

⁸⁴ Sonst wäre die moralische Verpflichtung, nach einem guten Willen zu streben, von vornherein sinnlos. Es gibt freilich philosophische Positionen, die – obwohl sie unser Handeln als frei ansehen – bestreiten, dass wir unsere Gründe frei wählen können, s. etwa *Moore*, *Southern California Law Review* 1989, 827 (879) „in the relevant same (compatibilist) sense of ‚can‘, we can choose our actions. My point here is that, in the exact same (compatibilist) sense of ‚can‘, we cannot choose which of our belief/desire sets will be the reasons on which we act. Reasons are not among the possible objects of our willing, even though the actions for which they are reasons are.“ Kritisch im deutschen Schrifttum im hiesigen Kontext („Motivaustausch“) *Loos* (Fn. 8), S. 232.

⁸⁵ Was *Kant* speziell zu unserem Problem sagen würde (ausdrücklich findet sich bei ihm nichts), ist schwer auszumachen und eine eigene Studie wert: Einerseits würde nach seiner Rechtsphilosophie eine Erlaubnis und ein Gebot seltener koinzidieren als in der jetzigen positivierten Rechtsordnung, weil *Kant* eine allgemeine Hilfspflicht (§ 323c StGB) nicht als rechtliche Pflicht anerkannte; andererseits ist es schwierig, einen modernen Rechtfertigungsgrund zu finden, der für *Kant* wirklich eine Freistellung, also auch nicht geboten war: Die Notwehr war für *Kant* wohl eine „innere Rechts-Pflicht“ (so jedenfalls *Hruschka*, *ZStW* 115 [2003], 201 [208 ff.]; a.A. *Pawlik*, *ZStW* 114 [2002], 259 [268 in Fn. 49] – s. zur umstrittenen Figur der inneren Rechtspflicht bei *Kant* etwa *Kersting*, *Kant über Recht*, 2004, S. 54 ff.), einen rechtfertigenden Notstand wollte er nicht anerkennen (s. dazu m.w.N. *Kühl*, in: Eser [Hrsg.], *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 143 [S. 145 f.]; *Kühl*, in: Müller/Alber [Hrsg.], *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, 2008, S. 259 [S. 263 ff.]; *Küper* *JZ* 2005, 105 [108]), die Interpretation seiner Position zu einer rechtfertigenden Pflichtenkollision ist streitig. Insofern soll hier nicht etwa dafür plädiert werden, dass *Gardners* Rechtfertigungsmodell demjenigen *Kants* entspricht – *Gardner* selbst meint in *Kants* Rechtsphilosophie gerade ein gegenläufiges Modell von Unrecht und Rechtfertigung zu erblicken, s. *Gardner* (Fn. 10), S. 77 f. Aber die angeblich *Kantischen* Gegeneinwände lassen sich nicht aus den entsprechenden Passagen der *Metaphysik der Sitten* herleiten.

Rechtsordnung könne und dürfe nicht nach den Handlungsgründen fragen einer objektiv gerechtfertigten Handlung, die zugleich pflichtig ist (aus § 13 StGB oder § 323c StGB).⁸⁶ Aber damit wird kein Verbot bewiesen, nach den Gründen einer nicht pflichtigen Handlung zu fragen, die ihrerseits gegen ein Ver- oder Gebot verstößt (etwa in *Prittwitz’ Bombenleger-Fall*).

VI. Rechtfertigungsgründe als subjektive Rechte?

Schließlich werden Rechtfertigungsgründe – insbesondere im Zusammenhang mit dem Notwehr-Recht – oft als „subjektive Rechte“ bezeichnet, für die der eherne Grundsatz gelte, warum man sein subjektives Recht geltend mache, sei unerheblich. Dagegen ist erstens einzuwenden, dass es bis heute normentheoretisch umstritten ist, was genau ein „subjektives Recht“ ist und ob alle Erlaubnisse und erlaubten Handlungen als subjektive Rechte bezeichnet werden können und sollen.⁸⁷

Für die Rechtfertigungsgründe könnte man etwa fragen, ob es sinnvoll ist, die Einwilligung als subjektives Recht des Einwilligungsempfängers zu bezeichnen?⁸⁸ Wenn man mit der Wendung „subjektives Recht“ nur ausdrücken will, dass ein Angreifer eine von der Notwehr gedeckte Verteidigung dulden muss, so spricht man die Koordinationsfunktion der Unterscheidung rechtmäßiger und rechtswidriger Handlungen zwischen den Bürgern an, nicht aber das hier entscheidende Verhältnis Staat-Bürger (ist in diesem Verhältnis ein Recht-

⁸⁶ Vgl. *Loos* (Fn. 8), S. 231 f.; das Argument wird aufgegriffen etwa von *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 99.

⁸⁷ S. ausführlich *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, S. 159 ff.; *Atienza/Manero* (Fn. 34), S. 90 ff.

⁸⁸ Aus Sicht des Einwilligenden ist sie freilich eine Ausübung seines subjektiven Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG. – Die Einwilligung, verstanden als Rechtfertigungsgrund, versteht *Gardner* im Übrigen nicht als Einwand gegen sein Gründemodell: Zwar dürften die Handlungsgründe des Einwilligungsempfängers dem Einwilligenden selbst regelmäßig gleichgültig sein, solange jener objektiv das tut, was von der Einwilligung gedeckt ist (etwa: Jemanden ist es gleichgültig, ob der Tätowierer aus sadistischen Motiven handelt, solange er lege artis vorgeht). Aber es stehe in der normativen Macht des Einwilligenden, gewisse Handlungsgründe des Einwilligungsempfängers zu verlangen (dann werden sie zu Bedingungen der Wirksamkeit der Einwilligung), ebenso wie darauf zu verzichten; der Einwilligende müsse aber gegebenenfalls vorab deutlich machen, dass ihm Handlungsgründe wichtig für die Wirksamkeit seiner Zustimmung sind, vgl. *Gardner*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 71 (80 ff.). Die Gestalt und die normativen Regeln für das Rechtsinstitut der Einwilligung lägen also im Wesentlichen in der normativen Macht und Freiheit des Einwilligenden; freilich kann man, entgegen *Gardner*, auch sagen, dass bei der Einwilligung von vornherein kein Grund für die Einhaltung der Ge-/Verbotsnorm spricht, siehe zu einer solchen Konzeption der Einwilligung („als Normaufhebungsgrund“) in gewisser Anlehnung an *Raz’* Überlegungen *Kindhäuser*, *GA* 2010, 490; *Mañalich* (Fn. 13), S. 86 ff.

fertigungsgrund ein subjektives Recht, bei dem der Staat nach Handlungsgründen fragen darf?). Wenn man mit dem Begriff nur sagen will, der Handelnde habe eben das Recht, das Verbot zu verletzen, so bewegt man sich im entscheidenden Verhältnis Staat-Bürger, hat aber inhaltlich dem Begriff Rechtfertigungsgrund oder Erlaubnis nichts hinzugefügt.

Zweitens handelt es sich um eine offensichtliche *petitio principii*, denn ob zu den Voraussetzungen eines subjektiven Rechts bestimmte Handlungsgründe gehören, steht gerade in Streit; das elterliche Züchtigungs- und Erziehungsrecht, das wenigstens früher ein anerkannter Rechtfertigungsgrund für gewisse Tatbestände (§§ 223, 239, 240 StGB) war, war ein Beispiel für ein subjektives Recht, das zur Voraussetzung hatte, dass eine bestimmte Handlung eben zu Erziehungszwecken ausgeführt wird.

Aus *Gardners* Sicht sind Rechtfertigungsgründe keine subjektiven Rechte, sie sind im Gegensatz zu anderen Arten von Erlaubnissen nicht einmal selbständige Normen⁸⁹: „Some permissions (sometimes known as „strong permissions“) are norms in their own right. But a cancelling permission is not. When the law grants a cancelling permission by creating a justification defence it does not set up a second (permissive) norm that conflicts with the (mandatory) norm created by the law’s specification of the offence. Rather, it creates a gap in the mandatory force of the mandatory norm, a gap through which certain conflicting reasons are readmitted as legally acceptable reasons for acting. [...] So while there is no conflict of norms, there is a conflict of reasons.“⁹⁰ Wäre ein Rechtfertigungsgrund nämlich eine selbständige Norm, die mit einer Ver- oder Gebotsnorm kollidiert und diese vollständig derogiert,⁹¹ verbliebe kein für *Gardners* Modell so wichtiger Handlungsgrund erster Ordnung, die Ver- oder Gebotsnorm doch zu beachten; denn erst dieses Residuum der Ver- oder Gebotsnorm legitimiert, nach den faktischen Handlungsgründen des Akteurs zu fragen.

VII. Erlaubtes als Gewolltes als Selbstwiderspruch der Rechtsordnung?

Einen weiteren, interessanten Einwand gegen ein Wollens-element bei der Rechtfertigung hat *Kindhäuser* vorgebracht: Zwar sei es legislatorisch möglich und kein Verstoß gegen das Tatprinzip, für eine Erlaubnis mehr zu verlangen als bloß die Kenntnis ihrer Voraussetzungen, aber als allgemeine Regel sei dies selbstwidersprüchlich: „Wenn das Wollen die dem Sollen korrespondierende Kategorie personaler Verantwortung ist und wenn die Erlaubnis gerade besagt, dass ein Unterlassen nicht gesollt ist, dann ist der Inhalt des Wollens

⁸⁹ Dagegen für die Anerkennung als selbständige Normen im deutschen Schrifttum etwa *Hoyer*, in: Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, 2005, S. 99; *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 106 ff.

⁹⁰ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148 f.).

⁹¹ So das oftmals gängige Modell im deutschen Schrifttum, etwa *Hoyer* (Fn. 89), S. 99 (S. 114): „Ist aber ein Rechtfertigungsgrund gegenüber einer Verbotsnorm vorrangig, so führt dies im betreffenden Einzelfall immerhin zur Ungültigkeit der betreffenden Verbotsnorm.“

zurechnungsirrelevant. Die Erlaubnis, sich unter den Voraussetzungen der Notwehr verteidigen zu dürfen, bedeutet beispielsweise, dass ein Unterlassen einer Körperverletzung nicht die Handlung ist, die der Berechtigte ausführen soll. Dagegen meint die Notwehrbefugnis nicht etwa, dass der Berechtigte nunmehr die Körperverletzung vornehmen soll; es ist ja nicht vorgeschrieben, einen Angriff abzuwehren. Die Erlaubnis als Kontradiktion des Verbots lässt das vom Adressaten zu Wollende offen.“⁹²

Man könnte die erste Prämisse „das Wollen als die dem Sollen korrespondierende Kategorie“ *prima vista* als anthropomorphistisches Argument verstehen: Dann klingt sie durchaus einleuchtend – stellt man sich das Recht/den Gesetzgeber als Person (Befehlsgeber) vor, so entspricht einem Ge- oder Verbot, dass das Recht die Beachtung dieser Norm „will“, während es ihr bei Erlaubnissen „gleichgültig“ ist, ob sie wahrgenommen werden oder nicht. Und nun könnte man es für selbstwidersprüchlich halten, dass „das Recht“ einerseits vom Normadressaten verlangt, dass er das Gedurfte wollen „muss“⁹³, um gerechtfertigt zu handeln, „das Recht“ aber selbst die Wahrnehmung der Erlaubnis gerade nicht „will“ (sonst würde es die erlaubte Handlung auch gebieten). *Gardners* Konzept entgeht dieser Kritik jedenfalls, da er ja gerade nicht verlangt, dass die Erlaubnis der Handlungsgrund sein muss, sondern nur, dass aus akzeptablen Gründen gehandelt wird.⁹⁴

Allerdings meint *Kindhäuser* in diesem Zusammenhang etwas anderes: Ausgehend von seinen normentheoretischen Prämissen⁹⁵ sind für ihn das vom Normadressaten tatsächlich Gewollte, erst recht auch Handlungsgründe als „explanatory reasons“, zurechnungsirrelevant, gleichgültig ob auf der Vorsatzebene oder bei der „Zurechnung eines Verhaltens als Wahrnehmung eines Rechts“ (so versteht er die Rechtfertigungsgründe). Dies ist aus Sicht seiner Normentheorie konsequent, die sich – trotz der gemeinsamen Inspiration durch *Raz*’ Normentheorie – fundamental von derjenigen *Gardners* unterscheidet, die hier aber nicht näher erläutert werden kann.

VIII. Rechtsgüter-Schutz, Harm Principle und das Tat-schuldprinzip

Der sowohl im englischen wie deutschen Schrifttum wahrscheinlich unerschwinglich am stärksten gegen *Gardners* Konzept sprechende, persistente Gedanke ist jedoch ein anderer: Zwar sei das Unterlassen einer gerechtfertigten Handlung erlaubt, außer wenn ein entsprechendes Gebot hinzukommt, aber das Ausführen der gerechtfertigten Handlung würde die Rechtsordnung nicht nur tolerieren, sondern unterstützen, es sei die (*ceteris paribus*) „richtige“ bzw. zumindest „bessere“

⁹² *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 114 f.

⁹³ „Muss“ ist hier als hypothetischer Imperativ gemeint, der Akteur „muss“ das Gedurfte nur wollen, wenn er, was ihm freigestellt ist, die zu rechtfertigende Handlung ausführen will.

⁹⁴ S.o. bei Fn. 45.

⁹⁵ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 29 ff.

Handlung.⁹⁶ Dies suggerieren schon Metaphern wie diejenige, dass der Notwehrausübende nicht nur sich, sondern „das Recht“ verteidige (wer will schon, dass es nicht verteidigt wird) und natürlich paradigmatisch das Schlagwort vom „Rechtsgüterschutz“: Durch diese hinter den strafrechtlichen Verbote stehende Lehre müsse doch diejenige Handlung als „bessere“ angesehen werden, die (wesentlich) mehr Rechtsgüter schütze. Entsprechend formuliert etwa *Erb*: „Die Versagung der Rechtfertigung gegenüber demjenigen, der wesentlich das Richtige tut und dabei lediglich aus einer tadelnswerten Motivation heraus handelt, würde auf eine unzulässige Gesinnungsstrafe hinauslaufen und hätte die absurde Konsequenz, dass das wesentlich überwiegende Interesse nicht gerettet werden dürfte, wenn der Retter die falsche innere Einstellung aufweist.“⁹⁷

Und im englischen wird zum verwandten „harm principle“ argumentiert,⁹⁸ dass eine Handlung, die Schaden verhindert oder (weitaus) mehr Schaden vermeidet als sie hervorruft, zu akzeptieren sei, und die Handlungsgründe nicht interessierten, solange sie nicht die Höhe des Schadens beeinflussten.⁹⁹

Indes, die Lehre vom Rechtsgüterschutz (als „systemkritische Variante“) wurde entwickelt, die staatliche Strafgewalt zu beschränken, „auch den Strafgesetzgeber an ihm Vorgegebenes zu binden“¹⁰⁰. Sie steht also im Kontext der Legitimation strafrechtlicher Ge- und Verbote. Daraus folgt nicht, dass das Strafrecht (!) auch eine „Wertlehre“ aufstellt und innerhalb erlaubter Handlungen bessere und schlechtere voneinander unterscheidet (*das* wäre ein Verstoß gegen die Unterscheidung Recht und Moral ...).

Wenn die Lehre vom Rechtsgüterschutz auch präjudizieren würde, wann ein Verbot oder Gebot im Einzelfall *nicht* gelten soll, könnte die Strafrechtsphilosophie den ewigen Streit zwischen Konsequentialismus und Deontologie ad acta legen; hätte diese Lehre eine solche normative Kraft, dass diejenige Handlung die „richtige“ sei, die die meisten Rechtsgüter schützt, so liefere dies auf eine rein objektive Rechtfertigung hinaus, die heute nicht mehr vertreten wird. Und hätte sie bei den Ver- und Geboten eine entsprechende

Kraft, wäre die weitgehende strafrechtliche Beschränkung auf Vorsatzdelikte (§ 15 StGB) nicht erklärbar (bzw. nur durch ein divergierendes Prinzip).

Ebenso wenig hat § 34 StGB die positive Rechtsordnung zu einem reinen Konsequentialismus verpflichtet.¹⁰¹ Es wird gerade vom Wortlaut des § 34 StGB nicht bewiesen, dass „die Rechtsordnung die Verbindlichkeit ihrer Verbote unter einen weitreichenden Vorbehalt“ stelle, dass diese „suspendiert“ würden, „soweit die Folgen, die ihre Respektierung hätte, im Einzelfall als nicht hinnehmbar erscheinen“¹⁰² – quod erat demonstrandum –, ob man nicht noch hinzufügen müsste „und der Handelnde aus rechtlich akzeptablen Gründen gehandelt hat“, ist die entscheidende Frage.

Die Anforderungen an die Rechtfertigung entscheiden spiegelbildlich darüber, wie viel uns die strafrechtlichen Ge- und Verbote bedeuten. Fasst man sie als kategorische Pflichten auf und lehnt eine Verrechnung von „Werten“ und „Unwerten“ ab, so kann man auch keinen Verstoß gegen das Tatschuldprinzip annehmen,¹⁰³ weil sich die Tat nicht durch irgendeine Saldierung in Luft auflöst und nur ein nicht akzeptabler Handlungsgrund als Strafgrund übrigbleibt.

IX. Fazit

Der Exkurs in die zeitgenössische englischsprachige Rechtsphilosophie hat gezeigt, dass eine elaborierte Position dort entwickelt worden ist, die (wieder) nach Handlungsgründen fragt, wenn es um die Rechtfertigung einer Handlung geht.¹⁰⁴

Die hiesigen, auf *Kant* rekurrierenden Einwände, verfangen nicht, solange nicht zugleich ein rechtliches Handlungsgebot, das eine erlaubte Handlung zur Pflicht macht, erfüllt ist.

Natürlich wäre es angenehmer, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit allein an einem äußeren Verhalten festzumachen; aber wie uns klassische Beispiele – etwa das Schmierestehen – lehren, ist dies nicht immer möglich: Es ist prima facie erlaubt, irgendwo herumzustehen, aber es gibt

⁹⁶ S. für das englische Schrifttum etwa *Robinson*, UCLA Law Review 23 (1975), 266 (274): „Justified behaviour is correct behaviour and therefore is not only tolerated but encouraged.“ – zitiert nach *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 97 in Fn. 12); ebenso *Crocker*, Ohio State Journal of Criminal Law 6 (2008), 277 (297): „actions that society generally wants to encourage.“

⁹⁷ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 190; ähnlich *Neumann* (Fn. 1), § 34 Rn. 108; *Frisch*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Fn. 1), S. 113 (S. 121).

⁹⁸ Nähere Ausführungen zu Parallelen der Lehre vom Rechtsgüterschutz und „harm principle“ spielen hier keine Rolle, im hiesigen Kontext ist die Ähnlichkeit der Argumentation aber frappierend.

⁹⁹ S. die Nachweise bei *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 118).

¹⁰⁰ Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 112.

¹⁰¹ *Neumann* versteht § 34 StGB als eine „konsequentialistische Regelung mit einem doppelten deontologischen Korrektiv“ (das wesentliche Überwiegen des zu schützenden Interesses sowie die Angemessenheitsklausel, § 34 S. 2 StGB), *Neumann*, JhrRuE 1994, 81 (88 f.). Nach *Küper*, JZ 2005, 105 (108) haben sich „utilitaristische“ Grundvorstellungen des § 34 StGB überlebt.

¹⁰² So aber *Neumann* (Fn. 1), § 34 Rn. 6.

¹⁰³ So aber *Puppe* (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4 f.; *Jakobs* (Fn. 35), 11/20; *Loos* (Fn. 8), S. 231.

¹⁰⁴ Was hier nicht näher beleuchtet werden konnte, was aber ebenfalls mit *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 143 f. in Einklang steht, ist das Erfordernis, auch für Fahrlässigkeitstaten ein subjektives Rechtfertigungselement zu verlangen. Dies folgt aus der basalen Asymmetrie zwischen Gründen, die für und gegen eine Handlung sprechen: „What this means [...] is that undesirable side-effects as well as undesirable intended results can count against an action, while only desirable intended results can ever count in its favour.“ *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 103).

Handlungsgründe, die dies zu einem unerlaubten Verhalten sub specie Mittäterschaft oder Beihilfe machen.¹⁰⁵

Was *Gardners* Normenmodell – auf Kosten der Rechtssicherheit – abbildet, ist die Komplexität des Lebens: Es räumt der Tragik auch bei der für das Recht grundlegenden Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einen Platz ein, wo man ihr heutzutage höchstens ein Residuum in der Schuld zugesteht: „There is still something to regret“¹⁰⁶ – es gibt immer noch etwas zu bedauern bei einer gerechtfertigten Handlung – und zwar aus der Perspektive des Rechts selbst, nicht bloß aus der Sicht einer Moral oder als individuelles, gar irrationales Gefühl¹⁰⁷ – dies ist sein Kernsatz, der gewissermaßen nahtlos an *Welzels* legendäres Mückenbeispiel¹⁰⁸ anknüpft. Nur aus dieser Einsicht heraus kann man begreifen und verlangen, nach den Gründen einer Rechtfertigung beanspruchenden Handlung zu fragen.

Puppes wie *Paeffgens* Position haben jeweils gute, philosophisch fundierte Argumente für sich; was man letzterer Position meiner Meinung nach nicht vorwerfen darf, ist ein Verstoß gegen die Unterscheidung von Recht und Moral. Damit ist, was beide Jubilare in ihrem ungebrochenen wissenschaftlichen Eifer freuen dürfte, der Streit um eine der ewigen Fragen des Strafrechts immer noch nicht entschieden (wie könnte es anders sein?): Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?

¹⁰⁵ Vgl. auch *Kindhäuser*, in: Dannecker (Fn. 3), S. 355 (S. 360).

¹⁰⁶ Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148).

¹⁰⁷ S. *Gardner* (Fn. 10), S. 77 (S. 81 f.): „My own view [...], is that the elimination of this classical category of the tragic was a major mistake in the history of moral philosophy. Lawyers may protest that it is one thing to hold, with Aristotle and Aeschylus, that justified wrongdoing still leaves some kind of blemish on the wrongdoer’s life, but quite another to endow it with normative consequences of the kind that are commonly administered by the law. But the two cannot be prized apart. [...]“

¹⁰⁸ *Welzel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. 1969, § 14 I. 1. (S. 81) in Anlehnung an *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, S. 64.