

Das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente

Von Simon Kemper, Freiburg im Breisgau*

Dieser Beitrag beantwortet die praktisch und theoretisch interessante Frage, wie der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente zu behandeln ist. Die Annahme, dass der Täter gerechtfertigt handelt (Rechtfertigungsmodell), ist unplausibel; der eigentliche Streit besteht daher nur zwischen dem Ansatz, der wegen Vollendung strafen will (Vollendungsmodell), und dem Ansatz, der wegen Versuchs strafen will (Versuchsmodell). Der Verf. plädiert für das Versuchsmodell, und zwar aus drei Gründen: Erstens passt dieses Modell exakter zum positiven Recht (Erklärungsmacht). Zweitens ist das Versuchsmodell von seiner axiologischen Substanz her überzeugender (Überzeugungskraft). Und drittens ist es im Hinblick auf die Folgen für die Anwendung der Rechtfertigungsgründe angemessener (Folgenadäquanz).

I. Einleitung

Diesem Beitrag liegt der Fall zugrunde, dass jemand vorsätzlich einen Deliktstatbestand und auch den objektiven Tatbestand eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt, ihm jedoch die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage fehlt.¹

Auf den ersten Blick erscheint dieser Fall als einer jener, die „dogmatisch reizvoll“ sein mögen, denen aber „leider völlig die von der Judikatur nachgewiesene Lebenswirklichkeit, die dem wissenschaftlichen Streit auch praktischen Sinn gäbe“, fehlt.² Denn welches Opfer würde beispielsweise vor Gericht aussagen, dass der Täter – ohne es gewusst zu haben – einem Messerstich zuvorgekommen ist, sodass seine Tat durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte?³ Dass es sich bei diesem Fall dennoch nicht nur um ein Glasperlenspiel für die „Vorhölle der Erwähnungsfußnoten“⁴ handelt, ergibt sich bereits aus einem flüchtigen Blick in die Geschichte der Rechtsprechung.⁵

Der Bundesgerichtshof sah sich mit dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente insbesondere im Rahmen des Tatbestands des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 StGB) konfrontiert. In einem Urteil aus dem Jahr 1952 hielt

er die Verurteilung eines Arztes wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs aufrecht.⁶ Der Arzt hatte bei einer seiner Patientinnen einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen, der den damaligen Tatbestand erfüllte. Zur damaligen Zeit war in der Rechtsprechung jedoch ein sogenannter übergesetzlicher Notstand anerkannt, der Schwangerschaftsabbrüche unter gewissen Umständen rechtfertigte. Im Prozess wurde festgestellt, dass der objektive Tatbestand dieses Rechtfertigungsgrundes wegen einer Krankheit der Patientin in der Tat erfüllt war. Weil der Arzt seine Patientin jedoch bloß flüchtig untersucht hatte, wusste er nicht um ihre Krankheit. Ihm fehlte also die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage. Daraus schloss der Bundesgerichtshof, dass der Arzt wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs strafbar ist. Fast 40 Jahre später, 1991, bezog der Bundesgerichtshof abermals zur Rechtsfrage aus dem Jahr 1952 Stellung.⁷ Neu war nun, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich einen Rechtfertigungsgrund für Schwangerschaftsabbrüche normiert hatte (§ 218a StGB), der die Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand obsolet machte. Aus dieser Veränderung schloss der Bundesgerichtshof, dass ein Arzt im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht wegen *vollendeten* Schwangerschaftsabbruchs (so 1952), sondern lediglich wegen *versuchten* Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen ist.⁸

Die These, die der Verf. in diesem Beitrag plausibilisiert, entspricht der Auffassung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1991, beschränkt diese Auffassung aber nicht auf den Spezialfall des Schwangerschaftsabbruchs, sondern wendet sie vielmehr auf *alle* Rechtfertigungsgründe an. Das heißt: Im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist wegen Versuchs zu bestrafen, sofern der Versuch des fraglichen Delikts unter Strafe gestellt ist (sogenanntes Versuchsmodell).⁹ Diese These bedeutet, wie jede These,¹⁰ eine Negation

⁶ BGHSt 2, 111 (111 ff.).

⁷ BGHSt 38, 144 (149 ff.).

⁸ BGHSt 38, 144 (155 f.).

⁹ Ebenso etwa BGH NJW 2017, 1186 (1188); OLG Celle BeckRS 2013, 7170; OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (719); KG GA 1975, 213 (215); Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 53 ff.; Börgers/Grunewald, ZJS 2008, 521 (527 ff.); Börner, JURA 2017, 477 (478); Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 8; Ernst, ZJS 2011, 382 (384); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 16 Rn. 23; Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 17 ff.; Frisch, Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 36 ff.; ders., in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 113 (138 ff.); ders., Vorsatz und Risiko, 1983, S. 456 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16; Herzberg, JA 1986, 190 (190 ff.); Hruschka, GA 1980, 1 (16 f.); Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 50; Jakobs, Strafrecht, Allge-

* Der Verf. ist Doktorand und Mitarbeiter am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Fragen, Anregungen und Kritik nimmt er unter der dort angegebenen E-Mail-Adresse gern entgegen.

¹ Es geht also insbesondere nicht um den Fall, dass jemand fahrlässig handelt, und ebenso wenig um die Frage, ob über die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage hinaus eine Absicht erforderlich ist.

² So Herzberg, JA 1986, 190 (190).

³ Siehe auch Herzberg, JA 1986, 190 (190); Hoven, GA 2016, 16 (16); Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 202.

⁴ Kersting, Macht und Moral, 2010, S. 190; Hinweis gefunden bei Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 21.

⁵ Aus neuerer Zeit BGH NJW 2017, 1186 (1188); OLG Celle BeckRS 2013, 7170; OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (719); vgl. auch Rinck (Fn. 3), S. 202 f.; Salimi, Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht, 2010, S. 93.

ihrer Alternativen. Sie bedeutet also, dass der Täter nicht – wie es der Bundesgerichtshof 1952 meinte – wegen Vollendung zu bestrafen ist (sogenanntes Vollendungsmodell).¹¹ Sie

meiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11/22 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 328 ff.; *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 149; *ders.*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 111 ff.; *Knobloch*, JuS 2010, 864 (867); *Kudlich*, JA 2014, 587 (590); *Kuhlen*, in: Fahl (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 153 (154 f.); *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 192 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 25 Rn. 32 ff.; *Otto*, JURA 1995, 468 (475); *Pawlik* (Fn. 4), S. 207; *Puppe*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 183 (185 ff., 195 f., 196 ff.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 13 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 201 ff.; *Rönnau*, JuS 2009, 594 (596); *ders./Hohn*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 268; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 16; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 104 ff.; *Rudolphi*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 51 (58); *Schlehofer*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 107 f.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983, S. 182 f., 185; *Schünemann*, GA 1985, 341 (373 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 15; *Stratenwerth*, in: Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 177 (189 f.); *ders./Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 153 ff.; *Streng*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 469 (473 ff., 487); *Theile*, ZJS 2009, 545 (548 f.); *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 372 f.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 134 f.

¹⁰ Siehe *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 13 ff.

¹¹ Ebenso etwa *Alwart*, GA 1983, 433 (454 f.); *Gallas*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 155 (172 ff.); *Gössel*, in: Kurt (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 93 (98 f.); *Heinrich*, JURA 1997, 366 (374); *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 50 ff.; *ders.*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 254 f.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 323 f.; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 18 Fn. 37; *Paeffgen*, in:

bedeutet auch, dass der Täter – so die dritte Lösungsmöglichkeit – nicht gerechtfertigt ist (sogenanntes Rechtfertigungsmodell)¹².

Zur Plausibilisierung dieser These zeigt der *Verf.* zunächst, dass subjektive Rechtfertigungselemente notwendig sind, dass also nicht das Rechtfertigungsmodell angenommen werden sollte (II.). Der eigentliche Streit um den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente besteht daher nur zwischen dem Versuchs- und dem Vollendungsmodell.¹³ Es gilt also zu zeigen, dass das Versuchsmodell dem Vollendungsmodell vorzuziehen ist. Hierfür wird dreistufig vorgegangen: Erstens wird der *Verf.* nachweisen, dass das Versuchsmodell exakter zum positiven Strafrecht passt (III., Erklärungsmacht).¹⁴ Zweitens wird der *Verf.* das Versuchs-

Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 399 (421 ff.); *ders.*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 156 Fn. 382; *ders./Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 124 ff.; *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Triffterer*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 209 (224 f.); *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 263 ff.; *Zieschang*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Fn. 9), § 34 Rn. 84.

¹² Dieses Modell wurde – etwa von *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 141 – insbesondere in der klassischen Verbrechenlehre vertreten; vgl. auch *Gropp*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 247 (249 f.); *Salimi* (Fn. 5), S. 9. In der neueren Literatur ist der letzte große Vertreter dieses Zusammenhanges *Spendel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 11), § 32 Rn. 138 ff.; *ders.*, in: Herzberg (Fn. 11), S. 197 (197 ff.); *ders.*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Fn. 11), S. 245 (245 ff.). Einen im Ergebnis identischen, in der Begründung abweichenden Ansatz vertritt heute *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 631 ff., 654 (atypischer Unrechtsausschluss), der freilich ausdrücklich nicht um die Erklärungsmacht seines Ansatzes bemüht ist (S. 79 f.); zust. *Gropp* (a.a.O.), S. 256 f., 258; *ders./Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 49 ff.; treffend kritisch *Salimi* (Fn. 5), S. 27 f.

¹³ So bezeichnet etwa *Hoven*, GA 2016, 16 (17), das Rechtfertigungsmodell als „überholt“; ähnlich *Hirsch*, in: Roxin (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 199 (233); *Schmidt*, Mehraktive Rechtfertigungskonstellationen am Beispiel des Festnahmerechts und der Notrechte, 2007, S. 37. Schon 1965 schreibt auch *Lenckner* (Fn. 9), S. 192: „In Wahrheit verlaufen die Fronten daher nicht, wie es nach den eingangs dargestellten Thesen den Anschein hatte, zwischen den Anhängern und Gegnern der Theorie von den subjektiven Rechtfertigungselementen, sondern zwischen denen, die Versuch, und denen, die Vollendung annehmen. In der Tat ist dies das einzige Problem, über das zu streiten heute noch Sinn hat.“

¹⁴ Beim Kriterium der Erklärungsmacht geht es also darum, dass ein plausibles Modell auch de lege lata fungieren können

modell – losgelöst vom positiven Strafrecht – als das Modell nahelegen, das von seiner axiologischen Substanz her am ehesten überzeugt (IV., Überzeugungskraft).¹⁵ Und drittens ist aufzuzeigen, dass die Folgen des Versuchsmodells für die Anwendung des Strafrechts angemessener sind als die Folgen, die aus dem Vollendungsmodell zu ziehen sind (V., Folgenadäquanz).¹⁶ Die wesentlichen Ergebnisse werden abschließend theseartig zusammengefasst (VI.).

II. Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente

Insbesondere *Spendel* vertritt das Rechtfertigungsmodell.¹⁷ Er geht also davon aus, dass es keiner subjektiven Rechtfertigungselemente bedarf. Das heißt etwa, dass sich der Tatbestand der Notwehr (§ 32 StGB) nur aus einer sogenannten Notwehrlage (gegenwärtiger rechtswidriger Angriff) und einer sogenannten Notwehrhandlung (gebotene und erforderliche Verteidigung) zusammensetzt, während es in subjektivi-

muss, und nicht nur als Modell de lege ferenda in Betracht kommen darf. Zu diesem Kriterium siehe nur *Pawlik*, GA 2014, 369 (373 f.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 469 (478).

¹⁵ Beim Kriterium der Überzeugungskraft geht es also darum, die hinter einem bestimmten Modell stehenden Überzeugungen offenzulegen. Zur Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft, diese Überzeugungen offenzulegen, siehe etwa *Jakobs*, in: *Pawlik* (Hrsg.), *Günther Jakobs Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, S. 133 (133 ff.); *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 18 f. mit Fn. 15; *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 30 ff., 120 ff., 129 ff.; v. *Liszt*, in: *Rüping* (Hrsg.), *Franz von Liszt*, Bd. 1, 1999, S. 126 (126 f.); *Mañalich*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 613 (613 ff.); *Oehler*, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, 1950, S. 202 ff.; *Pawlik*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (a.a.O.), S. 217 (217 ff.); *ders.* (Fn. 10), S. 33 f., 79 ff.; *ders.*, GA 2014, 369 (369 ff.); *ders.* (Fn. 4), S. 26 ff., 52 ff.; *ders.* (Fn. 14), S. 475 ff., 490 ff.; *ders.*, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 147 f.; *Radbruch*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 2, 1993, S. 233 f.; *Robles Planas*, ZIS 2010, 357 (357 ff., 363 ff., 365); *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl. 1973, S. 40; *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. VII ff.; *Wolf*, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Teil I, 1928, S. 112 ff.; speziell zum Problem der fehlenden subjektiven Rechtfertigungselemente siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 113 ff., 115 ff.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (190).

¹⁶ Beim Kriterium der Folgenadäquanz geht es also um das Gebot der Folgenberücksichtigung, das „für alles praktische Handeln [gilt], also auch für den Vollzug des Rechts, unabhängig davon, mit welchen juristischen Mitteln dieses Recht im konkreten Fall gewonnen worden ist“, *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4. Aufl. 2019, S. 158; ähnlich *Pawlik* (Fn. 4), S. 47.

¹⁷ Siehe Fn. 12.

ver Hinsicht noch nicht einmal der Kenntnis des notwehrbegründenden Sachverhalts bedarf.

Diese These *Spendels* rührt aus seinem materiellen Verbrechensbegriff her: *Spendel* versteht den materiellen Begriff des Unrechts rein objektiv, den der Schuld rein subjektiv.¹⁸ Das rein objektive Unrechtsverständnis gelte dabei sowohl für die Unrechtsbegründung, also für die Tatbestandsmäßigkeit, als auch für den Unrechtsausschluss, also für die Rechtfertigungsgründe. Wenn demnach ein rein objektiver Unrechtsbegriff vertreten wird und dementsprechend für die Unrechtsbegründung wie auch für den Unrechtsausschluss rein objektiv vorgegangen wird, dann ist es nur konsequent, auch die Rechtfertigungsgründe rein objektiv zu lesen, auf subjektive Rechtfertigungselemente zu verzichten und somit das Rechtfertigungsmodell zu vertreten.¹⁹ In den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs um den Schwangerschaftsabbruch müsste *Spendel* also darauf abstellen, dass die objektiven Voraussetzungen des Notstands erfüllt sind und der Arzt deswegen gerechtfertigt ist.

Es entspricht der nahezu ubiquitären Meinung, dass dieser Ansatz weder überzeugungskräftig noch erklärungs mächtig ist. Er verdient es zwar trotzdem nicht, „totgeschwiegen“ zu werden,²⁰ zwei allgemeine Gegenargumente sollten jedoch ausreichen.

Zunächst lässt sich *Spendels* Ansatz in Sachen Überzeugungskraft nur, aber immerhin vorwerfen, dass er eine etwa 100-jährige Entwicklung verpasst hat, die sich plakativ als *Subjektivierung des Unrechtsbegriffs* bezeichnen lässt.²¹ Diesen gemeinsamen Nenner teilen zahlreiche wichtige Entwicklungsschritte in der Strafrechtswissenschaft, insbesondere *Welzels* sogenannte finale Handlungslehre.²² Auf der Seite der Schuld sieht es für *Spendels* Ansatz nicht besser aus. Denn mit der Subjektivierung des Unrechtsbegriffs ist seit jeher eine *Objektivierung des Schuldbegriffs* einhergegangen, die die Schuldfrage von einer individuellen Beziehung zwischen der Tat und dem Täter losgelöst und mit dem Begriff der Vorwerfbarkeit an normativen, d.h. normbezogenen, Maßstäben ausgerichtet hat.²³ Diese doppelte Entwicklung geht sogar so weit, dass die Trennung von Unrecht und

¹⁸ *Spendel*, in: *Herzberg* (Fn. 11), S. 197 (207); *ders.*, in: *Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk* (Fn. 11), S. 245 (251 f.); *grundlegender ders.*, ZStW 65 (1953), 519 (519 ff.).

¹⁹ *Niese* (Fn. 11), S. 17; *Rath* (Fn. 12), S. 253; *Rinck* (Fn. 3), S. 207; *Schünemann*, GA 1985, 341 (371).

²⁰ Seine eigene Auffassung hält *Spendel* (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 138 für eine „beachtliche, heute aber meist totgeschwiegene Mindermeinung“.

²¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329; *Köhler* (Fn. 11), S. 321 f.; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Otto*, JURA 1995, 468 (475); *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 14; *Schlüchter* (Fn. 9), S. 182; *Streng* (Fn. 9), S. 211; *Zimmermann*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 2, 2020, § 37 Rn. 59; siehe auch *Brüning*, ZJS 2013, 511 (516); *Prittitz*, JURA 1984, 74 (75 f.); *Salimi* (Fn. 5), S. 14 ff., 31.

²² Dazu siehe nur *Welzel*, ZStW 51 (1931), 703 (703 ff.).

²³ Siehe *Pawlik*, in: *Dannecker* (Fn. 9), S. 133 (134 f.).

Schuld, von *Welzel* noch als „wichtigste[r] dogmatische[r] Fortschritt der letzten zwei bei drei Menschenalter“ gerühmt,²⁴ prinzipiell bezweifelt wird.²⁵ Zwar ist kein Qualitätskriterium eines Ansatzes, wie viele Befürworter er hat. Es ist aber auch kein Zufall, dass *Spendel* als „einer der letzten Verfechter einer rein objektiven Unrechtslehre“ gilt²⁶ und an der prominentesten Stelle seiner Ausführung – im Leipziger Kommentar – heutzutage das Versuchsmodell befürwortet wird.²⁷

Zudem ist *Spendels* Ansatz nicht erklärungs mächtig. Die fehlende Erklärungsmacht seines Ansatzes lässt sich vor allem an vier Stellen des positiven Rechts festmachen.

Erstens: Beispielsweise setzt die Notwehr voraus, dass der Täter handelt, um einen Angriff abzuwenden (§ 32 Abs. 2 StGB). Um einen Angriff abzuwenden, kann aber nur handeln, wer überhaupt davon weiß, dass er angegriffen wird. Mit anderen Worten ist für die Notwehr eine Verteidigungsabsicht erforderlich,²⁸ die nur haben kann, wer vorher überhaupt die Kenntnis des notwehrbegründenden Sachverhalts hatte.²⁹ Das Rechtfertigungsmodell ist also nicht mit dem Wortlaut des Notwehrtatbestandes vereinbar.³⁰

Für die anderen Rechtfertigungsgründe gilt dasselbe.³¹ Zwar mag man insoweit darauf verweisen, dass der Wortlaut anderer Rechtfertigungsgründe weniger eindeutig ist.³² Am Grundverständnis auch dieser Rechtfertigungsgründe ändert dies aber nichts. Denn entweder man nimmt an, dass alle Rechtfertigungsgründe auf denselben materiellen Grund zurückzuführen sind, sodass nicht ersichtlich ist, warum an deren subjektive Elemente unterschiedlich hohe Voraussetzungen zu stellen sind. Oder man nimmt an, dass die Rechtfertigungsgründe auf unterschiedlichen materiellen Gründen beruhen, sodass sich aber gerade nicht ergibt, warum an die Notwehr höhere Voraussetzungen zu stellen sind als etwa an den – begründungstheoretisch schwierigeren – Aggressivnotstand (§ 34 StGB, § 904 BGB).³³

Zweitens: Der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist an einer Stelle positiv geregelt, und zwar im Wehrstrafrecht. So steht in den §§ 19–21 WStG – grob gesagt – unter Strafe, einen militärischen Befehl nicht zu befolgen. Für diese Delikte normiert § 22 Abs. 1 S. 1 WStG einen besonderen Rechtfertigungsgrund für den Fall, dass der nicht befolgte Befehl nicht verbindlich war. § 22 Abs. 1 S. 2 WStG – die hier interessierende Norm – sieht nun weiter vor, dass der Täter auch dann gerechtfertigt handelt, wenn er irrtümlich annimmt, dass der Befehl verbindlich war. Diese Norm positiviert also das Rechtfertigungsmodell.³⁴ Anzunehmen, in ihr sei ein allgemeines Rechtsprinzip normiert, liegt ferner, als von einer einmaligen Ausnahme auszugehen. Die Existenz von § 22 Abs. 1 S. 2 WStG spricht deshalb gegen das Rechtfertigungsmodell und somit für das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente.

Drittens: *Spendel* kann nur deshalb einen objektiven Unrechtsausschluss durch die Rechtfertigungsgründe annehmen, weil er zuvor eine objektive Unrechtsbegründung durch die Deliktstatbestände angenommen hat. Gegen eine solche Unrechtsbegründung sprechen aber die subjektiven Elemente in zahlreichen Deliktstatbeständen. Solche Elemente sind nicht nur in rein subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu finden (Absicht, sich zuzueignen, habgierig, etc.), sondern auch in denjenigen Tatbestandsmerkmalen, die zwar im Ausgangspunkt objektiv scheinen, jedoch eine subjektive Komponente enthalten (wegnehmen, täuschen, missbrauchen, etc.). Mit diesen beiden Gruppen an Tatbestandsmerkmalen ist eine objektive Unrechtsbegründung unvereinbar.³⁵

Viertens: Gegen eine objektive Unrechtsbegründung spricht zudem die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Gemäß § 23 Abs. 3 StGB kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe mildern, wenn der Täter aus grobem Unverstand verkannt hat, dass der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte. Diese Norm setzt unausgesprochen voraus, dass der Versuch, der objektiv *ex ante* nicht zur Vollendung führen konnte (untauglicher Versuch), grundsätzlich strafbar ist. Da es bei einem solchen Versuch an einer objektiven Gefahr gänzlich fehlt, lässt sich dessen Strafbarkeit nur subjektiv begründen. Damit ist eine objektive Unrechtsbegründung unvereinbar.³⁶

Im Ergebnis ist das Rechtfertigungsmodell deshalb nicht plausibel. Aus diesem Ergebnis folgt, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente überhaupt zu

²⁴ *Welzel*, JuS 1966, 421 (421); Hinweis gefunden bei *Pawlik* Fn. (23), S. 133.

²⁵ *Pawlik* Fn. (23), S. 134 f.

²⁶ So *Schünemann*, GA 1985, 341 (364).

²⁷ *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268.

²⁸ So jedenfalls die Rechtsprechung, siehe nur BGHSt 2, 111 (114); vgl. auch *Fischer* (Fn. 9), § 32 Rn. 25.

²⁹ Siehe auch *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384); *Lenckner* (Fn. 9), S. 187.

³⁰ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 51; *Köhler* (Fn. 11), S. 324; *Niese* (Fn. 11), S. 17 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 88; *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 14; *Schünemann*, GA 1985, 341 (371 ff. mit Fn. 122).

³¹ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 51; *Köhler* (Fn. 11), S. 324; *Niese* (Fn. 11), S. 17 ff.

³² So etwa *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384); *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 115 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 209 ff.; *Schlehofer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 104; *Streng* (Fn. 9), S. 469.

³³ Zum materiellen Grund hinter den Rechtfertigungsgründen siehe IV. 1. b). Treffend auch *Geilen*, JURA 1981, 308 (308 f.), der ein „systematisches Potpourri“ verhindern will; ähnlich *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,

7. Aufl. 2022, § 13 Rn. 459; abweichend etwa *Salimi* (Fn. 5), S. 22.

³⁴ Hinweis auf die Existenz dieser Norm gefunden bei *Fischer* (Fn. 9), § 16 Rn. 23; zur Interpretation siehe nur *Dau*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, WStG § 22 Rn. 5 f.

³⁵ *Puppe/Grosse-Wilde*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 22.

³⁶ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 126 ff.; *ders.* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 456 f.; *Gallas* (Fn. 11), S. 159; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Rinck* (Fn. 3), S. 207 ff.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529); *Zimmermann* (Fn. 21), § 37 Rn. 59.

bestrafen ist. Und erst an dieser Stelle lässt sich die eigentliche Frage angehen: Ist der Täter sogar wegen Vollendung oder nur wegen Versuchs zu bestrafen?³⁷

Der harte Kern dieser Fragestellung ist die Frage, wie viele Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit der betreffende Rechtfertigungsgrund irgendeine Wirkung entfaltet. Das Vollendungsmodell geht davon aus, dass alle Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit der betreffende Rechtfertigungsgrund irgendeine – und zwar eine vollständig rechtfertigende – Wirkung entfaltet. Fehlt auch nur ein einziges Merkmal des betreffenden Rechtfertigungsgrundes, dann greift er also überhaupt nicht ein.³⁸ Das Versuchsmodell geht demgegenüber davon aus, dass ein Rechtfertigungsgrund auch eine teilweise Wirkung entfalten kann, und zwar wenn der betreffende Rechtfertigungsgrund teilweise erfüllt ist. Fehlen also die subjektiven Rechtfertigungselemente und sind aber die objektiven Rechtfertigungselemente erfüllt, dann greift der betreffende Rechtfertigungsgrund auch insoweit ein. Das heißt, dass die objektive Seite der Unrechtsbegründung neutralisiert wird und nur deren subjektive Seite bestehen bleibt – ein paradigmatischer Fall des Versuchs.³⁹

III. Erklärungsmacht

Dieser Kern des Problems ist zunächst im Hinblick darauf zu untersuchen, ob das Versuchs- oder das Vollendungsmodell exakter zum positiven Strafrecht passt. Aus dem positiven Strafrecht lässt sich dabei zwar nur wenig, aber mehr als nichts gewinnen.⁴⁰ So lässt sich einerseits fragen, ob aus den

Rechtfertigungstatbeständen ein Argument für das Versuchsmodell oder das Vollendungsmodell zu gewinnen ist (1). Andererseits ist der Versuchstatbestand zu analysieren – denn die These des Versuchsmodells ist, dass es sich beim Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente um einen Versuch handelt (2). Der *Verf.* wird aufzeigen, dass weder die Rechtfertigungstatbestände noch der Versuchstatbestand gegen das Versuchsmodell sprechen. Vielmehr ist es das erklärungs mächtigere Modell.

1. Rechtfertigungstatbestände

Die Befürworter des Vollendungsmodells machen unter anderem geltend, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen um Normen handelt, die auf Tatbestandsseite bestimmte Bedingungen dafür enthalten, dass eine bestimmte Rechtsfolge eintritt. So tritt beispielsweise die Rechtsfolge der Notwehr (§ 32 StGB), die darin besteht, dass der Täter nicht rechtswidrig handelt, nur dann ein, wenn der Tatbestand der Notwehr vorliegt. Dieser Tatbestand setzt sich zumindest zusammen aus einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, der erforderlichen und gebotenen Verteidigung dieses Angriffs und der Kenntnis des rechtfertigenden Sachverhalts. So formuliert liegt die Annahme nahe, dass die Rechtsfolge dieses Tatbestandes *insgesamt* nicht eintritt, wenn auch nur eines der Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, der Täter also beispielsweise nicht um den notwehrbegründenden Sachverhalt weiß. Das Argument gegen das Versuchsmodell lautet demnach, dass es fälschlicherweise ignoriert, dass im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ein Merkmal des Rechtfertigungstatbestandes nicht erfüllt ist, und deshalb nicht oder jedenfalls nicht gut zu den Rechtfertigungsgründen passt.⁴¹

Dieses Argument ist aber nur dann naheliegend, wenn man nach den Voraussetzungen der Rechtfertigung fragt: Eine rechtfertigende Norm greift – wie jede andere Norm – nur dann ein, wenn alle ihre objektiven und auch subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind.⁴² Fernliegend ist dieses Argument hingegen dann, wenn man statt nach den Voraussetzungen der Rechtfertigung nach den Voraussetzungen der

unwert für sich allein niemals die Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts zu begründen vermag.“

⁴¹ Gallas (Fn. 11), S. 168, 173 f.; Niese (Fn. 11), S. 18 Fn. 37; Paeffgen, in: Freund (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 403 (407 f.); ders. (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421 ff.; ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 111, 128; Triffterer (Fn. 11), S. 225; siehe auch Streng (Fn. 9), S. 473.

⁴² Gallas (Fn. 11), S. 168, 173 f.; Niese (Fn. 11), S. 18 Fn. 37; Paeffgen (Fn. 41), S. 407 f.; ders. (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421 ff.; ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 111, 128; Triffterer (Fn. 11), S. 225; siehe auch Streng (Fn. 9), S. 473; Zimmermann (Fn. 21), § 37 Rn. 68. Mit diesem zusätzlichen Gedanken ist denn auch die Replik von Herzberg, JA 1986, 190 (190 f.), dass das Versuchsmodell die *Rechtsfolge* der Rechtfertigungsgründe („handelt nicht rechtswidrig“) beachtet, entkräftet.

³⁷ Spendel (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 138 ff.; ders., in: Herzberg (Fn. 11), S. 197 (199), meint, dass sich aus diesem Streit ein Argument für das Rechtfertigungsmodell ergibt, verkennt dabei aber, dass das Vollendungsmodell und das Versuchsmodell nicht mehr und nicht weniger als eine einzige Prämisse teilen: die Anerkennung subjektiver Rechtfertigungselemente; treffend kritisch Rinck (Fn. 3), S. 211.

³⁸ Vgl. Rinck (Fn. 3), S. 224: „Ebenso wie im Rahmen der Begründung vollendeten Unrechts keine ‚halbe‘ Tat existieren kann, gilt auch für den Unrechtsausschluss das Prinzip ‚Alles oder nichts‘“; vgl. auch Herzberg, JA 1986, 190 (191); Maurach/Zipf (Fn. 9), § 25 Rn. 32.

³⁹ Illustrativ Mitsch (Fn. 9), § 14 Rn. 55; Frisch (Fn. 9 – Strafrecht), § 4 Rn. 40; Hruschka, GA 1980, 1 (16 f.); Knobloch, JuS 2010, 864 (867); Lenckner (Fn. 9), S. 196 f.; Otto, JURA 1995, 468 (475); Rönnau, JuS 2009, 594 (596); Roxin/Greco (Fn. 9), § 14 Rn. 104; Sternberg-Lieben (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 15; Streng (Fn. 9), S. 473; Wolter (Fn. 9), S. 134 f.

⁴⁰ A.A. Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124: „Aus der positivierten Rechtslage folgt keinerlei Anknüpfungspunkt.“ Aufmerksam hingegen Prittwitz, JURA 1984, 74 (76): „Das Ergebnis bestimmt sich vielmehr nach den Regeln des Allgemeinen und des Besonderen Teils über die Strafbarkeit der versuchten Tat.“ Siehe auch Jäger (Fn. 9), § 22 Rn. 50: „Aus der Existenz der besonderen Normen über die Versuchsstrafbarkeit folgt aber zwingend, dass ein Handlungs-

Rechtswidrigkeit fragt. Aus dem konjunktiven Satz, dass alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolge des betreffenden Rechtfertigungsgrundes eingreift, erhält man auf Basis des Vollendungsmodells dann einen disjunktiven Satz: Der Täter handelt rechtswidrig, wenn die objektiven Voraussetzungen oder die subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes nicht erfüllt sind.⁴³ Auf Grundlage dieses Satzes können objektive gegen subjektive Unrechtselemente ausgetauscht werden; und umgekehrt. Ein solcher Satz gilt in der Strafrechtswissenschaft aber ansonsten berechtigterweise als nicht vertretbar, und zwar weil man auf höchster Abstraktionsebene mehrere Definitionen für den Begriff des vorsätzlichen und vollendeten Verbrechens anerkennen müsste.⁴⁴

Das Versuchsmodell kann diesen Satz vermeiden: Zunächst stellt es fest, dass der Täter den objektiven und den subjektiven Tatbestand des Deliktstatbestandes erfüllt hat. Sodann stellt es die Frage, ob der Täter auch derart rechtswidrig gehandelt hat, dass er wegen Vollendung zu bestrafen ist. Dies ist eben dann der Fall, wenn sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit erfüllt sind. Fehlen subjektive Rechtfertigungselemente, sind zwar die subjektiven, aber nicht die objektiven Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit erfüllt: Der Täter weiß zwar nicht um den Sachverhalt, der seine Rechtfertigung begründet (subjektive Voraussetzungen), aber sein Verhalten ist – am Beispiel der Notwehr veranschaulicht – die erforderliche und gebotene Verteidigung eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs (objektive Voraussetzungen).⁴⁵

2. Versuchstatbestand

Das häufigste und wichtigste Argument gegen das Versuchsmodell in Sachen Erklärungsmacht ist, dass es nicht zum Tatbestand des Versuchs passt. Es gibt zwei Varianten dieses Arguments: Die erste Variante stellt darauf ab, dass bei fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementen *zu viel* für einen Versuch vorliegt, da der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten ist. *Hirsch* bringt dies besonders illustrativ auf den Punkt:

„Für die Frage, ob Versuch oder Vollendung vorliegt, kommt es deshalb allein darauf an, ob die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung eingetreten ist oder nicht. Außer-

dem kann schon sprachlich ein Versuch nur darin bestehen, etwas verwirklichen zu wollen, ohne daß dies erreicht wird.“⁴⁶

Die zweite Variante hingegen meint, dass *zu wenig* für einen Versuch vorliegt. So wird das Versuchsmodell für nur „vordergründig gesetzesbeflissen“ gehalten, denn „saldierte man tatsächlich in der strikten Form, wie [das Versuchsmodell] es vorgibt, so bliebe auf der objektiven Tatseite nichts übrig. Ohne Verobjektivierung, i.e. manifest gewordenes, zumindest rudimentäres Handlungsunrecht mit einer Komponente objektiven ‚Erfolgsunwertrestes‘ (unmittelbares Ansetzen) kann es überhaupt keinen Versuch geben.“⁴⁷ Das Versuchsmodell ist auf dieser Grundlage eine unzulässige Analogie zugunsten des Täters.⁴⁸

Diesen beiden Varianten ist die Misslichkeit zuzugestehen, dass sich zahlreiche Befürworter des Versuchsmodells dazu genötigt sehen, den Versuchstatbestand nicht direkt, sondern nur analog auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente anzuwenden.⁴⁹ Da ein solches argumentum a simile mit einem anspruchsvollen Begründungsaufwand einhergeht, setzen sich diese Befürworter des Versuchsmodells sehr leicht gewichtiger Kritik aus. Es ist jedoch zweifelhaft, dass das argumentum a simile der richtige Weg ist, um die Anwendung des Versuchstatbestands zu begründen. Der einfachere Weg zum Ziel ist, den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente direkt unter den Versuchstatbestand zu subsumieren. Dieses Vorgehen ist denn auch nicht nur der einfachere, sondern auch der bessere Weg zum Ziel.⁵⁰

Gemäß § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Der Begriff der Vorstellung von der Tat ist synonym zum Begriff Vorsatz zu lesen.⁵¹ Daran, dass der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente vorsätzlich gehandelt hat, besteht kein Zweifel. Unmittelbar angesetzt im Sinne des Versuchstatbestands hat er jedenfalls dann, wenn er bereits einen Teil des objektiven Deliktstatbestandes verwirklicht hat. Das klassische Beispiel hierfür ist der Räuber, dem es zwar gelingt, zu nötigen, aber nicht gelingt, wegzunehmen (§ 249 StGB).⁵² Für den Fall fehlender

⁴³ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 f.; *dies.*, in: Küper (Fn. 9), S. 199 (235 ff.); siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138, 142 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192); *Rath* (Fn. 12), S. 278 ff. So gibt denn auch *Köhler* (Fn. 11), S. 323, die Trennung von objektiven und subjektiven Unrechtselementen bzw. von Erfolgs- und Handlungsunrecht ausdrücklich auf.

⁴⁴ *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.*, ZStW 128 (2016), 301 (308 f.); *dies.* (Fn. 9), S. 197 ff.; *dies.*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 235 ff.; siehe auch *Hruschka*, GA 1980, 1 (16 f.).

⁴⁵ Siehe auch *Otto*, JURA 1995, 468 (475).

⁴⁶ *Hirsch* (Fn. 11), S. 255; ähnlich *ders.* (Fn. 13), S. 234 f.; *Zieschang* (Fn. 11), § 34 Rn. 84.

⁴⁷ So *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 126.

⁴⁸ *Gropp* (Fn. 12), S. 256 f.; *ders./Sinn* (Fn. 12), § 5 Rn. 54 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 126; *Rath* (Fn. 12), S. 274 ff.

⁴⁹ Illustrativ *Jakobs* (Fn. 9), 11/23; *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329 f.; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 9), § 9 Rn. 153 ff.

⁵⁰ Nachdrücklich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (191, 192 f., 201); *Schünemann*, GA 1985, 341 (373 f.); *Streng* (Fn. 9), S. 474.

⁵¹ *Mitsch* (Fn. 9), § 22 Rn. 31; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Fn. 9), § 22 Rn. 36; wohl auch BGHSt 22, 330 (332); BGH NSTz 2020, 402 (402); a.A. etwa *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.).

⁵² *Puppe* (Fn. 16), S. 89 f.

subjektiver Rechtfertigungselemente gilt es dabei, festzuhalten, dass der Täter den objektiven Deliktstatbestand nicht nur teilweise, sondern sogar vollständig verwirklicht hat: er hat getötet, beschädigt, unterdrückt, etc. Deshalb hat er auch im Sinne des Versuchstatbestands unmittelbar angesetzt. Den Versuchstatbestand beim Worte genommen, hat der Täter diesen Tatbestand im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente also verwirklicht.⁵³

Der wesentliche Fehler der Variante, dass *zu viel* für einen Versuch vorliegt, besteht daher darin, dass sie für das Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung die konkurrenzrechtliche Figur der sogenannten Exklusivität einführt: Es liegt *entweder* ein Versuch *oder* eine Vollendung vor.⁵⁴ Diese Figur ist aber nicht nur theoretisch ominös, sondern – vor allem – bei ihrer Anwendung auf das Verhältnis von Versuch und Vollendung ohne positivrechtliche Stütze: Dass ein Versuch gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Erfolg, ein Schaden, eine Rechtsgutsverletzung, etc. ausgeblieben ist, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 22 StGB.⁵⁵ Der Versuch ist in der Vollendung vielmehr logisch enthalten, sogenannte Spezialität.⁵⁶

Damit verbleibt nur noch die Variante, dass *zu wenig* für einen Versuch vorliegt. Gegen die Subsumtion fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente unter den Begriff des unmittelbaren Ansatzens wird eingewandt, dass nicht mehr in der strikten Form saldiert wird, wie es offenbar als Kernthese des Versuchsmodells ausgegeben wird. Denn wenn der sogenannte Erfolgswert der Verwirklichung eines objektiven Deliktstatbestandes mit dem sogenannten Erfolgswert der Verwirklichung eines objektiven Rechtfertigungstatbestandes saldiert wird, bleibt objektiv nichts übrig. Wenn nichts Objektives übrigbleibt, dann gibt es aber auch nichts, das unter den Begriff des unmittelbaren Ansatzens subsumiert werden kann.⁵⁷

Die Anwendung der Versuchsregeln auf Grundlage einer solchen „Pseudo-Mathematisierung auf Klippschüler-Niveau“⁵⁸ zu kritisieren, ist leicht. Dabei wird aber verkannt, dass es überhaupt nicht um eine Saldierung von Erfolgswerten und Erfolgswerten geht. Einer solchen Saldierung liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass es bei den Erfolgswerten um die Verursachung von Schäden (Beispiel: Tod

eines Menschen), bei den Erfolgswerten um die Verhinderung von Schäden (Beispiel: Rettung eines Kindes aus einer Gefahr) geht. Entscheidend sind aber keine Schadensverursachungen und Schadensverhinderungen, sondern die „inhaltlichen Zusammenhänge“ zwischen der objektiven Seite der Unrechtsbegründung und des Unrechtsausschlusses.

„Diese Zusammenhänge werden durch die Saldierung nicht nur verschwiegen, sie werden verfälscht.“⁵⁹

Auf dieser Grundlage hat der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente selbstverständlich einen Erfolg, einen Schaden, eine Rechtsgutsverletzung, etc. verursacht und dieser Umstand wird durch die objektive Rechtfertigungslage ebenso selbstverständlich nicht beseitigt („wegsaldiert“). Diese Verursachung ist aber objektiv eines: kein Unrecht.⁶⁰

„[D]er Eintritt eines Erfolgs, der an sich herbeigeführt werden durfte, dessen Herbeiführung vielleicht sogar erwünscht war, kann niemals als Unwert begriffen werden – *sein* Eintritt vermag ein halbwegs differenziertes Rechtsbewußtsein nicht zu erschüttern.“⁶¹

Was übrig bleibt, ist deshalb die Vorstellung des Täters, eine Tat zu begehen, und die Handlung, mit der er zur Begehung dieser Tat unmittelbar ansetzt – ein paradigmatischer Fall des Versuchs.⁶²

IV. Überzeugungskraft

Demnach ist das Versuchsmodell erklärungs mächtiger als das Vollendungsmodell. Da sich aus dem positiven Strafrecht dabei zwar nicht nichts, aber auch nur wenig gewinnen lässt, ist die Erklärungsmacht allein nicht ausreichend, um das Versuchsmodell als plausibel auszuweisen. Notwendig ist vielmehr ein größerer Bogen auf allgemeinere verbrechens-theoretische Kategorien, d.h. also der Nachweis, dass das Versuchsmodell nicht nur erklärungs mächtiger, sondern auch überzeugungskräftiger ist.

Zwei Perspektiven können dabei untersucht werden: Einerseits kann man von der Perspektive des Opfers ausgehen und fragen, inwieweit es relevant ist, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur den Täter entlasten, sondern vor allem das Opfer belasten – denn es hat den Eingriff in seine Rechte

⁵³ Treffend *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 f.; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Streng* (Fn. 9), S. 474; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529).

⁵⁴ Zu dieser Figur siehe *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 343 ff.

⁵⁵ Treffend *Herzberg*, JA 1986, 190 (191, 192 f.); *Rinck* (Fn. 3), S. 234 f.; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268; *Schlehofer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 108.

⁵⁶ v. *Heintschel-Heinegg*, in: Pawlik (Fn. 14 – FS Jakobs), S. 131 (137); *Jakobs* (Fn. 9), 31/13; *Puppe* (Fn. 54), S. 331; *dies./Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 52 Rn. 10.

⁵⁷ *Gropp* (Fn. 12), S. 256 f.; *dies./Sinn* (Fn. 12), § 5 Rn. 54 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), § 32 Rn. 126; *Rath* (Fn. 12), S. 274 ff.

⁵⁸ So die pejorative Charakterisierung von *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124 Fn. 587.

⁵⁹ *Puppe* (Fn. 9), S. 184, ferner S. 183 ff.; ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 124 ff., 138 ff.; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 13.

⁶⁰ Siehe etwa *Engländer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 8; *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 123 f.; *Heger* (Fn. 9), § 22 Rn. 16; *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 16.

⁶¹ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 141 (*Hervorhebung* im Original), ferner 138 ff.

⁶² Illustrativ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 104; *Rudolphi* (Fn. 9), S. 58; siehe auch Fn. 39.

zu dulden (1).⁶³ Andererseits kann man von der Perspektive des Täters ausgehen und fragen, inwieweit es relevant ist, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente den Tatbestand eines Deliktstatbestandes erfüllt; damit ist die Frage nach dem unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit gestellt (2.). Der *Verf.* wird zeigen, dass der Hinweis auf die Duldungspflicht differenziert zu sehen ist und im Ergebnis eher für das Versuchsmodell spricht. Zudem überschätzt das Vollendungsmodell den unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit.

1. Rechtfertigungsgründe als Duldungspflichten

Der Gedanke, dass die Rechtfertigungsgründe dem Opfer eine Duldungspflicht auferlegen, beruht auf der Erwägung, dass dem Opfer eine solche Pflicht nur zumutbar ist, wenn auch wirklich alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind. Dies spricht auf den ersten Blick zugunsten des Vollendungsmodells (a). Diese Erwägung verkennt aber, dass hinsichtlich etwaiger Duldungspflichten nicht alle Rechtfertigungsgründe auf einen einzigen Nenner reduziert werden dürfen. Konkret ist zwischen den Rechtfertigungsgründen, deren begründungstheoretische Grundlage das Verantwortungsprinzip ist, und den Rechtfertigungsgründen, deren begründungstheoretische Grundlage das Solidaritätsprinzip ist, zu differenzieren (b). Auf Grundlage dieser Differenzierung spricht die Zumutbarkeitserwägung bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, nicht für, sondern gegen das Vollendungsmodell; bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, wird man im Ergebnis sagen müssen, dass der Streit zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell nicht entschieden werden kann (c).

a) Zumutbarkeitserwägung

Gallas trägt zugunsten des Vollendungsmodells vor, dass es bei den Rechtfertigungsgründen „nicht nur um eine Entlastung des Täters, sondern zugleich auch um eine Belastung des Verletzten [geht], dessen Interessenbereich einer mit der Handlungserlaubnis verbundenen Eingriffsbefugnis des Täters geöffnet wird, der er sich zu beugen hat.“⁶⁴ Mit anderen Worten hebt *Gallas* hervor, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur eine Eingriffsbefugnis auf Seiten des Täters, sondern zugleich eine Duldungspflicht auf Seiten des Opfers zur Folge haben. Davon ausgehend analysiert er die Rechtfertigungsgründe im Hinblick darauf, ob sie „einen den Unwert der Täterhandlung kompensierenden ‚Handlungswert‘“ voraussetzen, der „zugleich [eine] sinnvolle Beschränkung der dem Täter gegenüber dem Verletzten eingeräumten Ein-

griffsbefugnis [darstellt].“⁶⁵ Dies tun für *Gallas* beispielsweise die Notwehr und der Aggressivnotstand.⁶⁶

Entscheidend an dieser Argumentation ist, dass die dem Täter „eingeräumte Eingriffsbefugnis“ *vollständig* entfällt, sobald es auch nur am „kompensierenden Handlungswert“ fehlt. So heißt es zur Notwehr:

„Der Verteidigungswille [bei der Notwehr] ist somit ein echtes subjektives Rechtfertigungselement der Notwehr, d.h. notwendige Voraussetzung für den Ausschluß sowohl des Handlungs- als auch des Erfolgsunwerts der deliktischen Tat. Fehlt er, so ist der Täter trotz Vorliegens der objektiven Voraussetzungen wegen vollendeter Tat strafbar.“⁶⁷

Zum Aggressivnotstand schreibt *Gallas* dementsprechend:

„Das Merkmal der Rettungsabsicht hat also auch als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis des Täters einen guten Sinn. Es bleibt daher, wenn dieses Merkmal fehlt, nicht nur beim Handlungs-, sondern auch beim Erfolgsunwert, und der Täter ist somit wegen vollendeter Tat zu bestrafen.“⁶⁸

Mit anderen Worten ausgedrückt vertritt *Gallas* also für die Notwehr und den Aggressivnotstand das Vollendungsmodell.

Dieser Argumentation von *Gallas* liegt dabei die Vorstellung zugrunde, dass dem Opfer die Duldung des Eingriffs in seine Rechte nur zumutbar ist, wenn der Täter die objektiven und die subjektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungstatbestandes erfüllt. Dies ist eine im Ausgangspunkt naheliegende Vorstellung. Als Argument für das Vollendungsmodell ist sie zudem insoweit zutreffend, als das Vollendungsmodell in der Tat dazu führt, dass sich das Opfer gegen den Angriff des Täters wehren darf, während das Versuchsmodell dazu führt, dass das Opfer den Angriff des Täters dulden muss.⁶⁹

⁶⁵ *Gallas* (Fn. 11), S. 176.

⁶⁶ *Gallas* (Fn. 11), S. 176 ff.

⁶⁷ *Gallas* (Fn. 11), S. 177.

⁶⁸ *Gallas* (Fn. 11), S. 178.

⁶⁹ Treffend zum Vollendungsmodell *Rinck* (Fn. 3), S. 227; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105. Für das Versuchsmodell ist dieser Satz nicht ohne Weiteres evident, denn auch der Versuch einer Straftat ist ein rechtswidriger Angriff, gegen den man sich wehren darf (§ 32 StGB). Richtigerweise ist jedoch eine Ausnahme dieses Grundsatzes für untaugliche Versuche anerkannt (*Roxin/Greco* [Fn. 9], § 15 Rn. 9) und ebenso richtigerweise wird im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente der Versuch im Sinne des Versuchsmodells als ein untauglicher Versuch eingeordnet (*Frisch* [Fn. 9 – Strafrecht], § 4 Rn. 40; *ders.* [Fn. 9 – FS Lackner], S. 126 ff., 142; *Roxin/Greco* [Fn. 9], § 14 Rn. 104; *Wolter* [Fn. 9], S. 134 f.; falsch *Hirsch* [Fn. 13], S. 235: Wahndelikt). Aus der Kombination dieser beiden Gedanken ergibt sich, dass dem Opfer gegen den Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf Grundlage des Versuchsmodells kein Notwehrrecht zusteht, es also den

⁶³ Hierbei handelt es sich um einen Aspekt, der üblicherweise nur unzureichend berücksichtigt wird, siehe auch *Meyer*, GA 2003, 807 (820), zur Notwehr (§ 32 StGB).

⁶⁴ *Gallas* (Fn. 11), S. 167, ferner 172 ff.

b) Differenzierung zwischen Rechtfertigungsgründen

Bemerkenswert an dieser Argumentation von *Gallas* ist jedoch, dass er sie nicht pauschal auf alle Rechtfertigungsgründe gleichermaßen erstreckt, sondern differenziert. So geht *Gallas* nämlich davon aus, dass sie zwar zum Beispiel bei der Notwehr und beim Aggressivnotstand zum Vollendungsmodell führt.⁷⁰ Für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung vertritt er jedoch das Versuchsmodell.⁷¹

Der Grund für diese Unterscheidung liegt für *Gallas* darin, dass der Täter bei der Einwilligung mit seinem Eingriff in das Recht des Opfers „kein Unrecht tut, mit seiner Tat vielmehr ins Leere stößt.“⁷² Dies liegt für ihn daran, dass „die objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung und damit der Erlaubtheit des Eingriffs hier ausschließlich im Wirkungsbereich des Verletzten liegen.“⁷³ Die Notwehr ist für *Gallas* demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass sie „nicht nur dem Bedürfnis nach Selbstschutz Rechnung tragen will,“ sondern „davon ausgeht, daß der [...] Täter zugleich die Funktion wahrnimmt, an Stelle der nicht präsenten Staatsgewalt dem Recht gegenüber dem es herausfordernden Unrecht Geltung zu verschaffen („das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“).“⁷⁴ Seine Einordnung des Aggressivnotstandes begründet *Gallas* mit der Überlegung, dass dieser Rechtfertigungsgrund „einen Ausweg aus Konfliktsituationen“ ermöglicht, indem vom Opfer eine „solidarische Hinnahme“ seiner Rechtsverletzung zum Zwecke der „Erhaltung [eines] höherwertigen Guts“ abverlangt wird.⁷⁵

Eine ähnliche Differenzierung lässt sich bei *Puppe* finden.⁷⁶ *Puppe* vertritt grundsätzlich das Versuchsmodell, für das sogenannte elterliche Züchtigungsrecht demgegenüber ausnahmsweise das Vollendungsmodell. Letzteres „liegt daran, daß die Ohrfeige, die der Vater nicht in der Absicht der Erziehung des Kindes ausgeteilt hat, die ihr zugeschriebene erzieherische Wirkung, die sie rechtfertigen soll, nicht entfalten kann oder doch nicht entfalten soll.“⁷⁷ Dem Kind „erwächst“ deswegen „nicht die Verpflichtung, die Ohrfeige als Strafe zu akzeptieren, denn diese ist tatsächlich nicht in der ‚wohlwollenden‘ Gesinnung ausgeteilt worden, die die Schmerzzufügung als Handlungsziel rechtfertigen soll.“⁷⁸ Mit diesem Gedanken kontrastiert *Puppe* alle anderen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Notwehr und die Notstände:

„Der Angreifer wird auch dann in die Schranken des Rechts zurückverwiesen, wenn es dem Verteidiger nicht

um die Abwehr zu tun ist, und sogar dann, wenn dieser von dem Angriff nichts weiß. Die Aufopferung des geringwertigen Rechtsguts erfüllt den Rettungszweck, um dessentwillen die Rechtsordnung die Notstandshandlung erlaubt, wenn sie objektiv dazu geeignet und das mildeste Mittel ist. Deshalb ist der Träger des aufgeopferten Rechtsguts verpflichtet, die Aufopferung zu dulden, auch wenn der Täter damit ganz andere Zwecke verfolgt oder gar von der Notstandssituation überhaupt nichts weiß.“⁷⁹

An diesen beiden Ansätzen von *Puppe* und *Gallas* zeigt sich, dass der Hinweis auf die Duldungspflicht nicht ohne Weiteres als Argument für das Vollendungsmodell vorgetragen werden kann. Vielmehr ist es so, dass eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Rechtfertigungsgründen nahe liegt, weil sie – begründungstheoretisch betrachtet – auf fundamental verschiedenen Erwägungen beruhen.⁸⁰ Infolgedessen ist es – und insoweit ist *Gallas* und *Puppe* beizupflichten – sachgerecht, zu differenzieren.

Sodann überzeugen die von *Gallas* und *Puppe* vorgeschlagenen Differenzierungen jedoch nicht. Denn warum sollte die „erzieherische Wirkung“ etwas anderes sein als beispielsweise die „verteidigende Wirkung“, sodass mit *Puppe* das Züchtigungsrecht und die Notwehr zu kontrastieren sind? Warum liegt die Verletzung des Opfers zwar bei der Einwilligung im „Wirkungsbereich“ des Opfers selbst, aber nicht bei der Notwehr, sodass mit *Gallas* diese Rechtfertigungsgründe gegenüberzustellen sind, obwohl das „Opfer“, in die Begriffe der Notwehr übersetzt, doch der „Angreifer“ ist? Begründungstheoretisch ist es demgegenüber vorzuzugewürdig, zwischen den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, und den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, zu unterscheiden.⁸¹

Auf dem Verantwortungsprinzip beruhen die Rechtfertigungsgründe, bei denen die Rechtsverletzung des Opfers aus seinem eigenen Organisationskreis rührt.⁸² Das grundlegende Beispiel für diese Gruppe ist der sogenannte Defensivnotstand, der dadurch charakterisiert ist, dass vom Opfer eine

⁷⁹ *Puppe* (Fn. 9), S. 186 f.

⁸⁰ Zur Verschiedenheit der Rechtfertigungsgründe siehe etwa *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 120; *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 114. Das ändert aber natürlich nichts daran, dass alle Rechtfertigungsgründe – mit *Pawlik* (Fn. 4), S. 215, gesprochen – „nicht rhapsodisch aneinandergereiht, sondern, systematisch korrekt, aus der Struktur des Rechtsbegriffs heraus entwickelt werden“ müssen; ähnlich *Rath* (Fn. 12), S. 624 f.

⁸¹ Grundlegend *Pawlik* (Fn. 4), S. 215 ff., der zwischen dem „Respektierungsgedanken“ und der Tätigkeit als „Repräsentant der Allgemeinheit“ unterscheidet; ähnlich *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 ff.; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.).

⁸² *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 216.

Angriff des Täters dulden muss, siehe *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 270; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105; i.E. ebenso *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 143 ff.; *Walter* (Fn. 9), S. 373.

⁷⁰ Siehe Fn. 66.

⁷¹ *Gallas* (Fn. 11), S. 174 ff.

⁷² *Gallas* (Fn. 11), S. 174.

⁷³ *Gallas* (Fn. 11), S. 174.

⁷⁴ *Gallas* (Fn. 11), S. 177.

⁷⁵ *Gallas* (Fn. 11), S. 178.

⁷⁶ *Puppe* (Fn. 9), S. 185 ff.

⁷⁷ *Puppe* (Fn. 9), S. 186.

⁷⁸ *Puppe* (Fn. 9), S. 186.

Gefahr ausgeht, die der Täter abwendet.⁸³ Ein spezielleres Beispiel für die Verantwortungsrechtfertigungsgründe ist die Notwehr, denn der Kern dieses Rechtfertigungsgrundes ist, dass der abgewendete Angriff – eine spezielle Gefahr – vom Opfer ausgeht.⁸⁴

„Verteidigung ist also zunächst einmal Reaktion auf den Angriff.“⁸⁵

Darüber hinaus ist auch die Einwilligung dieser Gruppe zuzuordnen, weil das Opfer frei über seine Rechte verfügt.⁸⁶ Letztlich gehört zu dieser Gruppe auch das Recht zur vorläufigen Festnahme (§ 127 Abs. 1 StPO), sofern man annimmt, dass dieser Tatbestand eine tatsächliche Tat des Opfers und nicht bloß einen – im Detail umstrittenen – Tatverdacht voraussetzt.⁸⁷

Auf dem Solidaritätsprinzip beruhen die Rechtfertigungsgründe, bei denen das Opfer im Interesse einer anderen Person oder der Allgemeinheit dergestalt in Anspruch genommen wird, dass ihm ein Sonderopfer abverlangt wird.⁸⁸ Das grundlegende Beispiel für diese Gruppe ist der Aggressivnotstand. Denn – entgegen einem liberalen Rechtsbegriff, wie ihn vor allem *Kant* exemplifiziert⁸⁹ – verlangt dieser Rechtfertigungsgrund vom Opfer, den Eingriff des Täters in sein Recht zu dulden, obwohl das Opfer für die Entstehung der Notlage des Täters nicht verantwortlich ist.⁹⁰

Beispiel: Wenn T den Angriff des A auf sein Leben nur mit dem Regenschirm des O abwehren kann und dieser Regenschirm dabei zerstört wird, so wird O verwehrt, sich gegen die Sachbeschädigung des T an seinem Regenschirm zu verteidigen. Mit anderen Worten: Er muss diese Sachbeschädigung dulden. Da O aber zum Angriff des A auf T nichts beigetragen hat, rührt diese Duldungspflicht

aus der Erwartung an O, sich mit der Verteidigung des T solidarisch zu zeigen.

Ein weiteres Beispiel für diese Gruppe an Rechtfertigungsgründen ist die sogenannte rechtfertigende Pflichtenkollision. Denn dieser Rechtfertigungsgrund beruht auf dem Gedanken des *ultra posse nemo obligatur* – aber dafür, dass der Täter nicht so viel leisten kann, wie er im Idealfall für das Opfer leisten müsste, ist das Opfer nicht verantwortlich. Im Gegenteil, das Recht erwartet Solidarität mit der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Täters.⁹¹

c) Neujustierung der Zumutbarkeitserwägung

Infolge dieser Differenzierung ist die Zumutbarkeitserwägung neu zu justieren. Dies betrifft insbesondere die Rechtfertigungsgründe, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, aber auch solche, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen.

Bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, kehrt sich die Zumutbarkeitserwägung um: Nicht dem Opfer ist wenig und dem Täter viel, sondern dem Opfer ist viel und dem Täter wenig zuzumuten.⁹² Dies liegt daran, dass bei den betreffenden Rechtfertigungsgründen der rechtliche Konflikt nicht aus der Sphäre des Täters, sondern der des Opfers rührt: Das Opfer ist *Angreifer*, der Täter ist *Angegriffener* (Notwehr); das Opfer ist *Gefährder*, der Täter ist *Gefährdeter* (Defensivnotstand); etc. Daher unterliegen die Verantwortungsrechtfertigungsgründe im Vergleich zu den Solidaritätsrechtfertigungsgründen berechtigterweise wenig Beschränkungen: So kennt etwa die Notwehr keine Güterabwägung, bei der die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung in Rechnung zu stellen wäre.

„Zurechnung heißt, salopp gesprochen: ‚Das ist *in toto* deine Sache!‘ – von Abwägung und Verhältnismäßigkeit keine Spur.“⁹³

Für den Fall subjektiver Rechtfertigungselemente liegt es dieser Gedanke nahe, die fehlende Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage auf Seiten des Täters nicht vollständig auf seine Rechnung zu schreiben, denn dass er überhaupt in einen

⁸³ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 46 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 237 ff.; *ders.* (Fn. 15), S. 148 f., 311 ff.

⁸⁴ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 45 f.; *ders.* (Fn. 9), S. 350; *Pawlik* (Fn. 4), S. 237 ff.; nachdrücklich auch BGHSt 23, 327 (328); *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (377 f.); *Meyer*, GA 2003, 807 (820); *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 36 f.

⁸⁵ *Meyer*, GA 2003, 807 (820).

⁸⁶ *Pawlik* (Fn. 4), S. 216, 219 ff.; abweichend *Jakobs* (Fn. 9), 11/3 („Interessendefinition durch das Eingriffsopfer“).

⁸⁷ I.E. ebenso *Jakobs* (Fn. 9), 11/3; a.A. *Pawlik* (Fn. 4), S. 217; zum Streit um den Tatbegriff siehe nur *Rönnau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 266 ff. m.w.N.

⁸⁸ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 217.

⁸⁹ Siehe nur *Kant*, in: *Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Kants gesammelte Schriften*, Bd. 6, 1914, S. 235 f.

⁹⁰ *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (1 f., 39); *Jakobs* (Fn. 15–Zurechnung), S. 47 ff.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 217, 248 ff.

⁹¹ Siehe auch *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 9), § 34 Rn. 125; *Rönnau* (Fn. 87), Vor § 32 Rn. 119.

⁹² Treffend hebt denn auch BGHSt 23, 327 (328) zur Verneinung einer Garantenstellung aus Ingerenz des in Notwehr Handelnden hervor: „Die Gefährdungshandlung des Angegriffenen, also die Verteidigung gegen den Angreifer, beruht nicht auf seiner freien Entschließung, sondern ist durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers herausgefordert und ausgelöst.“ Siehe auch *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 271, der betont, dass der Angreifer bzw. Gefährder auf eigene Gefahr handelt, wenn er sich eigenmächtig in den Organisationskreis des Angegriffenen bzw. Gefährdeten gibt.

⁹³ *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378, *Hervorhebung* im Original).

rechtlichen Konflikt geraten ist, liegt nicht an ihm, sondern am Opfer:

„[D]ie Schutzwürdigkeit [seiner] Rechtssphäre wird nicht deshalb geringer, weil [er] im Zeitpunkt seiner Reaktion (noch) nicht bemerkt hat, was ihm droht.“⁹⁴

Es ist also dem Täter nicht zumutbar, das Risiko der fehlenden Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage derart zu tragen, dass er nicht wegen Versuchs, sondern wegen Vollendung bestraft wird; und ebenso wenig, dass er dem Risiko ausgesetzt wird, dass sich das Opfer verteidigt.

Bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, ist die Lage im Ausgangspunkt anders: Dem Opfer ist nur wenig zumutbar, denn es wird ihm schon zugemutet, sich im Falle vollständiger Rechtfertigung des Täters überhaupt solidarisch mit dem Täter zu zeigen und dessen Rechtseingriff zu dulden. In einem Recht, das sich als freiheitlich gibt, weist diese Duldungspflicht – vorsichtig gesagt – „stark irreguläre Züge“ auf.⁹⁵ Diesen Gedanken mag man als Argument dafür vorbringen, bei den Solidaritätsrechtfertigungsgründen das Vollendungsmodell vorzuziehen. Doch auch dieser Gedanke lässt sich durch zwei Aspekte entkräften: zum einen, wenn man die Situation des Täters in Rechnung stellt; zum anderen, wenn man die Situation des Opfers abstrakter denkt. Beide Aspekte lassen sich am Aggressivnotstand aufzeigen.

Beachtet man die Situation des Täters beim Aggressivnotstand, erschließt sich, dass – jedenfalls im paradigmatischen Fall – nicht nur das Opfer nicht für den rechtlichen Konflikt verantwortlich ist, sondern auch der Täter nicht.⁹⁶ Dass etwa im obigen Beispiel T durch A angegriffen worden ist, ist im binären Verhältnis zwischen T und O weder T noch O zuzuschreiben, sondern nicht mehr und nicht weniger als ein Unglück, Zufall. Dieser Aspekt wird deutlicher, sobald man sich einen Fall vorstellt, in dem die Gefahr für T nicht durch eine dritte Person – wie etwa den Messerstecher A –, sondern durch die Natur verursacht wird: ein Wetterumschwung auf einer Wanderung, ein anaphylaktischer Schock nach einem Bienenstich im Sommerurlaub, etc. Es ist also nicht so, dass dem Täter beim Aggressivnotstand per se sehr viel zumutbar ist, weil das Opfer nicht für den rechtlichen Konflikt verantwortlich ist. Vielmehr ist hervorzuheben, dass *auch* der Täter für diesen Konflikt nicht verantwortlich ist. Dem Umstand, dass grundsätzlich der Täter seine eigene Notlage zu erleiden hat – *casum sentit dominus* –, wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rechtfertigung des Täters beim Aggressivnotstand an äußerst enge objektive Voraussetzungen gebunden ist, vor allem an eine besondere Verhältnismäßigkeitsprü-

⁹⁴ Pawlik (Fn. 4), S. 207; ähnlich Freund/Rostalski (Fn. 9), § 3 Rn. 20; Frisch (Fn. 9 – Vorsatz), S. 457 ff.; Rath (Fn. 12), S. 283; Rinck (Fn. 3), S. 232 f.; Theile, ZJS 2009, 545 (548 f.).

⁹⁵ Pawlik (Fn. 15), S. 1; siehe auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (1 f.).

⁹⁶ Zur Bedeutung dieses Aspekts für den Aggressivnotstand siehe auch Pawlik (Fn. 15), S. 121 f.

fung.⁹⁷ Dass dem Täter darüber hinaus zuzumuten ist, im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente wegen Vollendung bestraft zu werden und eine etwaige Verteidigung des Opfers gegen sein Verhalten dulden zu müssen, ist deshalb zwar näherliegend als bei den Verantwortungsrechtfertigungsgründen, jedoch trotzdem mit Restzweifeln behaftet. Denn auch der Täter ist nicht für den Konflikt verantwortlich, sondern einzig und allein der Zufall.

Denkt man die Situation des Opfers beim Aggressivnotstand abstrakter, kann man sich von dem Gedanken freimachen, dass Solidarität mit einem gemeinwohlorientierten Utilitarismus einhergehen muss.⁹⁸ Stattdessen kann man die Solidaritätsrechtfertigungsgründe dergestalt *hegelianisch* legitimieren, dass sie einen „Widerstreit zwischen [...] gleichermaßen berechtigten Teilmomenten der Idee rechtlicher Freiheit“ auflösen.⁹⁹ Grundlage der Solidarität des Opfers ist nach diesem Verständnis kein gemeinwohlorientierter Utilitarismus, sondern dessen Stellung als Repräsentant der bürgerlichen Gesellschaft, die ihm überhaupt erst die Ausübung seiner Freiheit ermöglicht.¹⁰⁰

„Er muss drohende schwere Verbrechen melden, bei meiner Not Hilfe leisten, als Zeuge vor Gericht aussagen etc. bis hin zur Duldung von Notstandseingriffen, dies alles nicht erst als politischer Bürger, als Citoyen, sondern als wirtschaftender Bürger, der eben die Bedingungen des Wirtschaftens in der bürgerlichen Gesellschaft auch zu seiner Sache machen muss, wie es im abstrakten Recht seine Sache ist, als Person zu agieren.“¹⁰¹

Wenn also etwa im obigen Beispiel von O erwartet wird, den Angriff des T auf seinen Regenschirm hinzunehmen, dann ist diese Erwartung dadurch legitimiert, dass O überhaupt an einer Gesellschaft partizipieren darf, die ihm die Wahrnehmung seiner Freiheit ermöglicht. Die freiheitstheoretische Brisanz des Schlagworts der Solidarität ist infolgedessen erheblich gemildert.

Nochmals: Die Duldungspflicht des Opfers ist zwar ein berechtigter Diskussionsaspekt, jedoch nur bei vordergründiger Betrachtung ein schlagendes Argument für das Vollendungsmodell. Dies liegt daran, dass die mit den Rechtferti-

⁹⁷ Dazu siehe Neumann (Fn. 91), § 34 Rn. 65 ff.; Zieschang (Fn. 11), § 34 Rn. 99 ff.

⁹⁸ So die Notstandslehre im römischen Recht, vgl. nur Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, S. 55 f.

⁹⁹ So Pawlik (Fn. 15), S. 140.

¹⁰⁰ Jakobs (Fn. 15 – Zurechnung), S. 48 f.; Pawlik (Fn. 4), S. 248 ff.; ders. (Fn. 15), S. 103 ff., 140 ff.

¹⁰¹ Jakobs (Fn. 15 – Zurechnung), S. 48 f.; siehe auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (41): „Es geht bloß um ein grundlegendes Prinzip der distributiven Gerechtigkeit, nämlich um die Entsprechung von Verdientem und Geschuldetem. Die Gesellschaft ermöglicht es erst, dass wir etwas nicht nur besitzen, sondern erwerben, und verdient sich damit einen Anteil an dem, was wir erwerben; diesen Anteil zurückzugewähren schulden wir ihr in bestimmten Situationen, in Notsituationen.“

gungsgründen einhergehende Duldungspflicht des Opfers entweder dadurch legitimiert wird, dass es für die Tat verantwortlich ist (Verantwortungsrechtfertigungsgründe), oder dadurch, dass es sich mit dem Täter solidarisch zu zeigen hat (Solidaritätsrechtfertigungsgründe). Bei den Verantwortungsrechtfertigungsgründen ist es nun gerade besonders naheliegend, den Täter möglichst großzügig zu entlasten, denn dass er überhaupt in eine Notsituation gekommen ist, liegt nicht an ihm, sondern am Opfer. Und auch bei den Solidaritätsrechtfertigungsgründen ist die Evidenz des Vollendungsmodells geringer, als sie zunächst scheinen mag. Denn zum einen ist zwar das Opfer nicht für die Notsituation des Täters verantwortlich, aber ebenso wenig ist dies der Täter; und zum anderen haben auch diese Rechtfertigungsgründe letzten Endes auch für das Opfer keine freiheitsbeschränkende, sondern eine freiheitsermöglichende Funktion. Im Ergebnis ist es deswegen näherliegend, den Gedanken der Duldungspflicht – entgegen *Gallas* – nicht zugunsten, sondern zulasten des Vollendungsmodells zu veranschlagen (Verantwortungsrechtfertigungsgründe) bzw. ein Remis zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell anzunehmen (Solidaritätsrechtfertigungsgründe).

2. Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit

Mit der Frage, inwieweit es relevant ist, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente einen Deliktstatbestand (etwa den des Totschlags) erfüllt, ist die Frage nach dem unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit gestellt. Das Argument des Vollendungsmodells gegen das Versuchsmodell in diesem Zusammenhang lautet, dass es sich bei der Tatbestandsmäßigkeit um die wesentliche Wertungsstufe des Verbrechensbegriffs handelt und dass das mit der Tatbestandsmäßigkeit einhergehende Unrecht nur dann neutralisiert wird, wenn alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind (a). Auf dieses Argument wird berechtigterweise eingewandt, dass es sich bei der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nur um ein vorläufiges Unrechtsurteil handelt, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf einer beschränkten Grundlage erfolgt; dies ist im Kern die These der sogenannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (b).¹⁰² Dieser Lehre wird seit jeher vorgehalten, dass zwischen einem tatbestandslosen und einem gerechtfertigten Verhalten ein wesentlicher wertungsmäßiger Unterschied besteht (c). Dieser Einwand ist jedoch normlogisch unhaltbar, denn sowohl das tatbestandslose Verhalten als auch das gerechtfertigte Verhalten gehören in die normlogische Kategorie des erlaubten Verhaltens (d). Gegen dieses Argument für das Versuchsmodell verbleibt dem Vollendungsmodell nur noch der Hinweis darauf, dass der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat und dass dieser Erfolg, der sich nun nicht mehr aus der Welt schaffen lässt, in Rechnung gestellt werden muss (e). Dies überzeugt allerdings nur dann, wenn man den Erfolg naturalistisch versteht; er überzeugt aber nicht, wenn

¹⁰² Besser wäre der Begriff Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand, siehe *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 138; *dies.* (Fn. 9), S. 187 f., 201; zust. *Pawlik* (Fn. 4), S. 204.

man – was näherliegt – die sogenannte Lehre von der objektiven Zurechnung für die Frage fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente fruchtbar macht (f).

a) Tatbestandsmäßigkeit als wesentliche Wertungsstufe

Viele Befürworter des Vollendungsmodells teilen die Überzeugung, dass es sich bei der Tatbestandsmäßigkeit um die „maßgebliche Wertungsstufe im Unrechtsbereich“ handelt, während das Fehlen der Rechtfertigung der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit „nichts hinzufügt“, sondern nur die Aussage erlaubt, dass es an einem rechtfertigenden Grund für das tatbestandsmäßige Verhalten fehlt.¹⁰³ Aus dieser Überzeugung wird dabei abgeleitet, dass „eine Rechtfertigung nur dann eintreten kann, wenn der gesamte Rechtfertigungsgrund erfüllt ist“, dass also „ein etwaiges Manko [...] ihn in seiner [...] unrechtausschließenden Wirkung vollständig [beseitigt].“¹⁰⁴

Richtig an diesem Gedankengang ist erstens, dass die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nicht vollkommen wertfrei sein kann. Denn wenn ich diese Feststellung mit *Belting* so verstehe, dass sie „gar nichts [!] darüber [verrät]“, ob das tatbestandsmäßige Verhalten rechtswidrig ist,¹⁰⁵ dann besteht gar kein Anlass, nach der Rechtfertigung dieses Verhaltens zu fragen. Die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit muss also ein Unrechtsurteil enthalten.¹⁰⁶ Dieses Unrechtsurteil muss zweitens mehr oder jedenfalls etwas anderes sein als nur ein Indiz für die Rechtswidrigkeit. Denn die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit ist mit Sicherheit kein Indiz für die Rechtswidrigkeit in dem Sinne, in dem Rauch ein Indiz für Feuer ist.¹⁰⁷ Die Tatbestandsmäßigkeit ist demnach nicht nur *ratio cognoscendi* (Anzeichen), sondern *ratio essendi* (Gegenstand) der Rechtswidrigkeit.¹⁰⁸

¹⁰³ So jetzt *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 15; siehe auch schon *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 408; ähnlich *Gallas* (Fn. 11), S. 175; *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 5 ff.; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Triffierer* (Fn. 11), S. 214 ff.

¹⁰⁴ So jetzt *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128.

¹⁰⁵ *Belting*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 65.

¹⁰⁶ *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 309 f.; *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 107; *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 218; *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 10; *Schmidhäuser*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 433 (438 f.); *Schünemann*, GA 1985, 341 (347); *Triffierer* (Fn. 11), S. 217.

¹⁰⁷ So aber *Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 51 f.; für weitere Nachweise zu der Aussage, der Tatbestand habe eine Indizfunktion, siehe nur *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 15 Fn. 91; *Pawlik* (Fn. 4), S. 202 Fn. 310.

¹⁰⁸ *Mezger*, in: Möseneder/Schüssler (Hrsg.), Bedeutung in den Bildern, Festschrift für Jörg Traeger zum 60. Geburtstag, 2002, S. 187 (189 ff.); *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 9.

b) *Tatbestandsmäßigkeit als vorläufiges Unrechtsurteil*

Trotz dieser Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit ist aber fraglich, ob es sich bei ihr um die maßgebliche oder nur um eine vorläufige Wertungsstufe handelt. Indem sich das Verständnis der Tatbestandsmäßigkeit vom Anzeichen zum Gegenstand der Rechtswidrigkeit entwickelt hat, ist ein Schritt vollzogen worden, mit dem es sich „geradezu auf[drängt]“, die Tatbestandsmäßigkeit nur als vorläufige Wertungsstufe zu verstehen.¹⁰⁹ Vorläufig ist diese Stufe in rechtlicher Hinsicht und in tatsächlicher Hinsicht: In rechtlicher Hinsicht ist die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit auf einen einzelnen Deliktstatbestand beschränkt; in tatsächlicher Hinsicht auf die Elemente eines Sachverhalts, die den betreffenden Deliktstatbestand verwirklichen. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit eröffnet anschließend den Blick für die gesamte Rechtsordnung, ebenfalls in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht: In rechtlicher Hinsicht wird das Unrechtsurteil auf alle Rechtfertigungsgründe der Rechtsordnung erweitert; in tatsächlicher Hinsicht auf alle Elemente des betreffenden Sachverhalts, die einen Rechtfertigungsgrund erfüllen. Die Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit „erfüllt demnach eine pragmatisch-didaktische, nicht aber eine systematisch tragende Funktion.“¹¹⁰ Diesen Gesamtzusammenhang zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit hat vor allem *Puppe* grundlegend herausgearbeitet.¹¹¹ Die Annahme, dass es bei der Tatbestandsmäßigkeit um die maßgebliche Wertungsstufe geht, ist demnach nicht überzeugend.¹¹²

Dieses quantitative Verständnis zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit entspricht – wie *Puppe* selbst hervorhebt – der sogenannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.¹¹³ Demnach stehen der Deliktstatbestand und die Rechtfertigungstatbestände auf ein und derselben Wertungsstufe, bilden also einen aus positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen zusammengesetzten Gesamtunrechtstatbestand.¹¹⁴ Auf Basis dieser Lehre ist das

Versuchsmodell zwingend: Denn wenn jemand objektiv sowohl einen Deliktstatbestand als auch einen Rechtfertigungstatbestand erfüllt, dann fehlt es objektiv am Gesamtunrecht. Wenn er dabei den Deliktstatbestand vorsätzlich erfüllt und zugleich nicht um den rechtfertigenden Sachverhalt weiß, dann liegt subjektiv demgegenüber Gesamtunrecht vor. Fehlendes objektives Unrecht in Verbindung mit dem Vorliegen subjektiven Unrechts ist nun eben genau derjenige Sachverhalt, der im Strafrecht mit dem Begriff des Versuchs etikettiert wird.¹¹⁵

c) *Tatbestandsloses vs. gerechtfertigtes Verhalten*

Der kräftigste und im Hinblick auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente wichtigste Einwand gegen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen lautet, dass zwischen einem tatbestandslosen und einem gerechtfertigten Verhalten ein „elementare[r] Wertunterschied“ besteht.¹¹⁶ „Es ist [...] strafrechtlich-dogmatisch toto coelo etwas Verschiedenes, ob ein Bauer einen Hahn schlachtet, oder ob er in Notwehr einen Menschen tötet“, schreibt *Welzel* in Replik auf *Kohlrausch*.¹¹⁷ Diesem Beispiel liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich das Strafrecht für tatbestandsloses Verhalten – ein Bauer schlachtet seinen Hahn – nicht interessiert, es also prinzipiell irrelevant ist, während das Strafrecht gerechtfertigtes Verhalten – ein Mensch tötet in Notwehr – im Ausgangspunkt skeptisch sieht, es also „auffällig“ ist.¹¹⁸ Mit *Welzel* gesagt ist auch das tatbestandsmäßige, aber gerechtfertigte Verhalten *sozial inadäquat*, und zwar weil es sich nicht „innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemein-

Pawlik (Fn. 4), S. 195 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 309 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347 ff.); *Wolter* (Fn. 9), S. 143 f.

¹¹⁵ Siehe *Börner*, JURA 2017, 477 (478); *Lenckner* (Fn. 9), S. 193 f.; *Salimi* (Fn. 5), S. 23. Verfehlt daher *Heinrich*, JURA 1997, 366 (374): „Da dem Täter jedoch Umstände, die seine Motivation nicht bestimmen, auch nicht zugute kommen können und seine Einstellung zur Rechtsordnung genauso fehlerhaft ist, wie wenn die Notwehrlage tatsächlich nicht vorläge, ist, wie wenn die Notwehrlage tatsächlich nicht vorläge, [...] wegen vollendetem Delikt zu bestrafen.“ Dies müsste nicht nur für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente, sondern auch für den „normalen“ Versuch gelten.

¹¹⁶ So *Welzel*, ZStW 67 (1955), 196 (210); ähnlich *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 8; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 406 f.; *Triffterer* (Fn. 11), S. 216 ff.

¹¹⁷ *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, S. 51 f. Fn. 2; ähnlich *ders.*, ZStW 67 (1955), 196 (210 ff.); zust. *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 17. Zum Anlass siehe *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Bd. 1, 1903, S. 64: „Die einzelne in Notwehr oder in Ausübung eines sonstigen Rechts begangene Tötung eines Menschen ist schlechthin rechtmässig, nicht mehr und nicht weniger als die Tötung einer Mücke.“

¹¹⁸ Siehe auch *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Jakobs* (Fn. 9), 11/1.

¹⁰⁹ *Pawlik* (Fn. 4), S. 199 ff.

¹¹⁰ *Pawlik* (Fn. 4), S. 205, ferner S. 219.

¹¹¹ *Puppe*, in: Dannecker (Fn. 9), S. 389 (392 f.); *dies.* (Fn. 9), S. 183 ff.; siehe auch *dies./Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 8 ff.; ähnlich *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 199 ff., 217 ff.

¹¹² Ebenso etwa *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 244 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192 f., 194 ff.); *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 195 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347 ff.).

¹¹³ Jetzt *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 12 ff.; siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 148; *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 12 f., 137 ff.; *dies.* (Fn. 9), S. 187 ff.

¹¹⁴ Insb. *Frank*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät Gießen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, S. 519 (533 ff.); *Arth. Kaufmann*, JZ 1954, 653 (653 ff.); *ders.*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950, S. 66 f., 170 f., 178 ff.; *A. Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889 (Neudr. 1996), S. 82; ferner

schaftslebens eines Volkes [bewegt].¹¹⁹ Bezogen auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente muss daher der Umstand, dass der Täter nicht tatbestandslos, sondern nur tatbestandsmäßig und gerechtfertigt handelt, berücksichtigt werden. Diese Berücksichtigung besteht dann eben darin, dass man dem Täter die Obliegenheit aufbürdet, vom rechtfertigenden Sachverhalt Kenntnis zu nehmen, und dass man ihn andernfalls nicht bloß wegen Versuchs, sondern sogar wegen Vollendung bestraft.

Dieses Argument gegen das Versuchsmodell verträgt sich gut damit, dass häufig von einer „Appellfunktion“ des Tatbestandes gesprochen wird. Damit soll im Ausgangspunkt ausgedrückt werden, dass der Täter dem Deliktstatbestand selbst den materiellen Gehalt des betreffenden Delikts derart entnehmen können muss, dass er vor seiner Entscheidung, ihn zu erfüllen, das Warnsignal erfährt, es nicht zu tun.¹²⁰ Entschieden er sich trotzdem, den betreffenden Deliktstatbestand zu erfüllen, kann man demnach von ihm erwarten, vor der Vornahme seiner Handlung zu überprüfen, ob alle objektiven Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrundes vorliegen.¹²¹ Nicht zuletzt für die eingangs erwähnte Rechtfertigung von Schwangerschaftsabbrüchen nimmt der Bundesgerichtshof eine solche Prüfungsobliegenheit an.¹²² Als Argument wird dabei vorgetragen, dass das tatbestandsmäßige, aber gerechtfertigte Verhalten eben sozial inadäquat (*Welzel*) oder – insoweit treffender formuliert – riskant ist, und man „leichtsinnige Eingriffe unter Berufung auf eine angebliche [Rechtfertigungslage]“ verhindern will.¹²³ Wenn man daher schon vom Täter, der die rechtfertigende Sachlage kennt, erwartet, die von ihm gewählte Rechtfertigungshandlung sorgfältig zu prüfen, ist es unangemessen, ihn bereits dann zu entlasten, d.h. nicht wegen Vollendung zu bestrafen, wenn ihm misslingt, überhaupt die rechtfertigende Sachlage zu erkennen.

d) Erlaubtes Verhalten

Eine solche kategorische Unterscheidung zwischen tatbestandslosem und gerechtfertigtem Verhalten ist jedoch normlogisch unhaltbar. Dies wird besonders deutlich bei denjenigen *Autoren*, die zwischen einem „erlaubten“, d.h. einem tatbestandsmäßigen, aber gerechtfertigten Verhalten, und einem „unverbotenen“, d.h. einem nicht tatbestandsmäßigen

Verhalten differenzieren.¹²⁴ Diese Differenzierung verkennt nämlich, dass es normlogisch gesehen nur drei Operatoren gibt: verboten, erlaubt und geboten.¹²⁵ Aus diesen Operatoren liegt es für einen freiheitlichen Staat nahe, als Ausgangspunkt die Erlaubnis zu wählen, also – wie das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 – *alle* Verhaltensweisen für grundsätzlich erlaubt zu erklären.¹²⁶ Eine Ausnahme zu dieser Erlaubnis sind etwa die strafrechtlichen Deliktstatbestände, und zwar weil sie Verbotsnormen ausdrücken. Der Tatbestand „Wer [...] tötet, [...], wird [...] bestraft“ (§ 212 Abs. 1 StGB), drückt also die Verbotsnorm aus: Es ist verboten, zu töten. Die Rechtfertigungstatbestände sind dann eine Ausnahme zu dieser Ausnahme, erklären also ein verbotenes Verhalten ausnahmsweise für erlaubt, drücken also Erlaubnisnormen aus. Der Tatbestand: „Wer [in Notwehr] eine Tat begeht, [...] handelt nicht rechtswidrig“ (§ 32 Abs. 1 StGB), drückt also die Erlaubnisnorm aus: Es ist erlaubt, in Notwehr eine Tat zu begehen. Nach diesem Modell unterfallen aber die Verhaltensweisen, die keinen Deliktstatbestand erfüllen (tatbestandsloses Verhalten), und die Verhaltensweisen, die zwar einen Deliktstatbestand, aber zugleich auch einen Rechtfertigungstatbestand erfüllen (gerechtfertigtes Verhalten), ein und demselben normlogischen Operator. Es handelt sich nämlich in beiden Fällen um erlaubte (= unverbote) Verhaltensweisen.¹²⁷

Einen solchen Gedanken hat vor allem *Kindhäuser* zur Begründung des Versuchsmodells skizziert.¹²⁸ Er geht von einem „Kollisionsmodell“ aus, weil er aus den Deliktstatbeständen und den Rechtfertigungstatbeständen keinen Gesamtunrechtstatbestand bildet (so die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen), sondern annimmt, dass Verbotsnormen und Erlaubnisnormen zu trennen sind und also fallweise miteinander konkurrieren können.¹²⁹ Am Beispiel der Notwehr illustriert er:

„Dem Angegriffenen ist es – auf derselben logischen Ebene des Systems – einerseits verboten, den Angreifer zu verletzen, andererseits ist es ihm erlaubt, die zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, also auch den Angreifer zu verletzen.“¹³⁰

Diese Normkonkurrenz ist für *Kindhäuser* durch eine Metaregel aufzulösen, wobei „nach den Präferenzen des Straf-

¹¹⁹ *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (516, ferner 516 ff.).

¹²⁰ So insb. *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 323 f.; ebenso *Gaßner/Strömer*, HRRS 2015, 122 (122 f.); kritisch *Pawlik* (Fn. 4), S. 195 ff.; zum Zusammenhang mit dem Problem fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente siehe *Triffirer* (Fn. 11), S. 217; dementsprechend ist dies auch das Argument von *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 1969, S. 168 f., für die strenge Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum.

¹²¹ Zu dieser Prüfungsobliegenheit siehe nur *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 17a.

¹²² BGHSt 38, 144 (154 f.).

¹²³ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 132; ferner *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 406 f.

¹²⁴ So etwa *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 24, 28 f.; ähnlich *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 8.

¹²⁵ *Puppe* (Fn. 16), S. 255 f.; siehe auch *dies.* (Fn. 9), S. 190 ff.

¹²⁶ Siehe *Pawlik* (Fn. 4), S. 182.

¹²⁷ Ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 244 f., 413 f.; *Kohlrausch* (Fn. 117), S. 63 f.; *Lesch*, in: *Pawlik* (Fn. 14), S. 327 (338 ff.); *ders.* (Fn. 92), S. 264 ff.; *Otto*, JURA 1995, 468 (470, 473 f.); *Puppe* (Fn. 111), S. 392 f.; *Pawlik* (Fn. 4), S. 205 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (349); *Wolter* (Fn. 9), S. 143 f.

¹²⁸ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 106 ff.

¹²⁹ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 107 f.

¹³⁰ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 110.

rechts die Erlaubnis in der Regel das Verbot verdrängt.¹³¹ Weil dabei „[g]egen eine Verbotsnorm, die nicht gilt – und sie gilt nicht, wenn ihr im Kollisionsfall eine Erlaubnisnorm vorgeht –, [...] durch ein Verhalten auch nicht objektiv verstoßen werden [kann]“, bevorzugt *Kindhäuser* für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente – konsequenterweise – das Versuchsmodell.¹³²

e) Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges

Das letzte große Argument gegen das Versuchs- und für das Vollendungsmodell in Sachen Überzeugungskraft liegt darin, dass der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat und dass sich dieser Erfolg durch die bloße Erfüllung der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen auch nicht mehr beseitigen lässt.

„Wer beispielsweise vorsätzlich einen anderen Menschen tötet, vollendet einen Totschlag und versucht ihn nicht nur.“¹³³

Dem Versuchsmodell wird deshalb vorgeworfen, „den Boden der Realität zu verlassen“,¹³⁴ „die Tatsachen zu vergewaltigen“,¹³⁵ etc.

Auch dieses Argument ist in einem gewissen Maße berechtigt. Dies liegt daran, dass sich zahlreiche Befürworter des Versuchsmodells damit schwertun, die Fälle des – *sit venia verbo* – normalen Versuchs und den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente gleichzusetzen. So bevorzugt etwa *Jakobs* zwar das Versuchsmodell, gesteht aber einen wesentlichen Unterschied zum „normalen“ Versuch ein:

„Dem Versuchstäter mißlingt schon die Opferung, und deswegen ist nichts umsonst; hier gelingt die Opferung, aber sie ist nicht umsonst.“¹³⁶

Viele Befürworter des Versuchsmodells sehen sich deswegen – wie erwähnt – dazu genötigt, die Versuchsnormen nur analog anzuwenden.¹³⁷

¹³¹ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 110.

¹³² *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 111 ff. Irritierend ist daher der Ausdruck von *Jakobs* (Fn. 9), 11/1, dass die Rechtfertigungsgründe dazu dienen, „ein an sich verbotenes Verhalten doch zu vollziehen“.

¹³³ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; ähnlich *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Zieschang* (Fn. 11), § 34 Rn. 84.

¹³⁴ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; ähnlich *Köhler* (Fn. 11), S. 323 f.

¹³⁵ *Spendel* (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 140.

¹³⁶ *Jakobs* (Fn. 9), 11/23. Auch *Zielinski* (Fn. 11), S. 222, sieht sich gezwungen, darzulegen, dass es an einer Rechtsgutsverletzung fehlt; kritisch *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 113 Fn. 18.

¹³⁷ Siehe Fn. 49.

f) Lehre von der objektiven Zurechnung

Es stellt sich aber die Frage, ob der Hinweis auf den eingetretenen Erfolg nicht zu kurz gedacht ist. Die Befürworter des Vollendungsmodells legen bei diesem Hinweis offenbar die Vorstellung zugrunde, dass der Täter durch sein Verhalten kausal eine Veränderung der Welt herbeigeführt hat und dass sich diese Veränderung nicht aus der Welt schaffen lässt. Dies ist eine Selbstverständlichkeit, die der *Verf.* nicht bestreitet. Zu bestreiten ist jedoch, dass dieser Dreiklang aus Verhalten, Kausalität und Weltveränderung hinreichend viele Aspekte in Rechnung stellt. Mit diesem Dreiklang wird nämlich einem naturalistischen Strafrechtsverständnis das Wort geredet, ohne dass die Frage nach der *rechtlichen* Relevanz des Erfolgseintritts überhaupt gestellt wird.¹³⁸

Diese Relevanz wird nach dem herrschenden Verständnis von der sogenannten Lehre von der objektiven Zurechnung berücksichtigt.

„Sie stellt die herkömmliche Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in fundamentaler, bislang allerdings nur vereinzelt wahrgenommener Weise in Frage.“¹³⁹

Für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente hilft diese Lehre bereits dann, wenn man sie im Sinne ihres „modernen“ Entwicklers *Honig* als eine Erfolgszurechnungslehre versteht, also als ein sekundäres Hilfsmittel, um Probleme der Kausalitätslehre zu lösen.¹⁴⁰ Denn selbst nach diesem Verständnis hat man nicht nur die Frage zu klären, ob der Täter *irgendeine* Gefahr geschaffen hat, die sich im Erfolg realisiert hat, sondern ob er eine *rechtlich missbilligte* Gefahr geschaffen hat, die sich ebenda realisiert hat.¹⁴¹ In diesem Sinne hat beispielsweise das Kammergericht Berlin zum Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ausgeführt, dass der Täter „zwar den Tatbestand der vorsätzlich leichten Körperverletzung einschließlich des Erfolges

¹³⁸ Siehe *Frisch* (Fn. 9 – Strafrecht), § 4 Rn. 40; *ders.* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 ff.; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 457 ff.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (193); *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 ff.; *Lesch* (Fn. 127), S. 338 ff.; *Rath* (Fn. 12), S. 256; *Rinck* (Fn. 3), S. 224 f., 234 f.; *Rönnau*, JuS 2009, 594 (596); *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105.

¹³⁹ *Pawlik* (Fn. 4), S. 212, ferner S. 211 ff.; ähnlich *Lesch* (Fn. 92), S. 264 ff.; *Reyes*, ZStW 105 (1993), 108 (120).

¹⁴⁰ *Honig*, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. 1, S. 174 (174 ff., illustrativ 179 f.): „Vielmehr tritt zum Kausalurteil als weiteres selbständiges Urteil das über die objektive Zurechnung hinzu, welches die axiologische Frage zu prüfen hat, nämlich die Bedeutsamkeit des Kausalzusammenhanges [!] für die Rechtsordnung, gemessen an Maßstäben, die mit der Rechtsordnung selbst gegeben sind.“ Zum heutigen Verständnis der Lehre von der objektiven Zurechnung vgl. nur *Kubiciel* (Fn. 15), S. 80 ff.

¹⁴¹ Dies ist allgemeine Meinung, siehe nur *Fischer* (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 25 m.w.N.

verwirklicht [hat]“, dass dieser Erfolg „jedoch wegen der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage von der Rechtsordnung nicht mißbilligt [wird]“ – und sich deshalb für das Versuchsmodell ausgesprochen.¹⁴² Mit anderen Worten ist das Versuchsmodell demnach nichts anderes als die Lehre von der objektiven Zurechnung angewandt auf das Problem der fehlenden subjektiven Rechtfertigungselemente.

Noch deutlicher wird dieser Zusammenhang, sobald man die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht mehr nur als Erfolgsszurechnungslehre versteht. Denn dieser Lehre kommt nicht nur die begrenzte Aufgabe zu, die Äquivalenzlehre einzuschränken (Erfolgsszurechnungslehre), sondern vielmehr die allgemeine Aufgabe, den Umfang des verbotenen Verhaltens maßgeblich festzulegen.¹⁴³ Die Lehre von der objektiven Zurechnung dient demnach zur Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsverletzung in den Zuständigkeitsbereich des Täters fällt oder nicht.¹⁴⁴ *Nicht* ist dies in den Situationen möglicher Rechtfertigung der Fall, wenn die Rechtsverletzung in den Zuständigkeitsbereich des Opfers fällt. Die objektive Zurechnung erfordert daher, die Regeln der Zuständigkeitsverteilung nicht nur für die Begründung der Zuständigkeit des Täters, also auf die Tatbestandsmäßigkeit, sondern auch für den Ausschluss der Zuständigkeit des Täters, also auf die Rechtfertigung, anzuwenden. Es ist demnach nichts weiter erforderlich, als die Regeln der Zuständigkeitsverteilung auf die Frage der Rechtfertigung zu erstrecken.¹⁴⁵

Damit ist die Brücke zurückgeschlagen zum Verantwortungsprinzip und zum Solidaritätsprinzip.¹⁴⁶ Während es bei diesen Prinzipien zuvor noch darum ging, die Pflicht des Opfers zu begründen, den Rechtseingriff des Täters zu dulden, geht es nun darum, aufzuzeigen, dass der Hinweis auf den Erfolgseintritt dem Versuchsmodell nicht entgegensteht. Denn im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente mag zwar der tatbestandmäßige Erfolg eingetreten sein. Für diesen Erfolgseintritt ist jedoch allein das Opfer – kraft Verantwortung oder kraft Solidarität – zuständig. Dass der Täter um die Tatsachen, die diese Zuständigkeit des Opfers be-

gründen und seine eigene Zuständigkeit ausschließen (Rechtfertigungsebene), nicht weiß, kann daher nur insoweit relevant sein, wie es auch ansonsten relevant ist, dass der Täter Tatsachen annimmt, die seine Zuständigkeit begründen (Tatbestandsebene). Das heißt also, um es ein weiteres Mal zu betonen, es handelt sich um einen üblichen Fall des Versuchs.¹⁴⁷

V. Folgenadäquanz

Abschließend wird dargelegt, dass das Versuchsmodell nicht nur das erklärungs-mächtigere und überzeugungskräftigere, sondern auch das folgenadäquatere Modell ist. Folgenadäquater als das Vollendungsmodell ist es insbesondere deshalb, weil es zu einer tat- und schuldangemessenen Bestrafung des Täters führt (1.). Zudem sind seine Konsequenzen für das Eingreifen Dritter in den Konflikt (2.) und für die Frage nach einer Garantstellung des Täters (3.) angemessener. Schließlich spricht die Fernwirkung des Problems fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf den sogenannten Erlaubnistatbestandsirrtum zugunsten des Versuchsmodells (4.).

1. Tat- und schuldangemessene Strafe

Das Versuchsmodell führt zu einer angemessenen Bestrafung. Dies liegt daran, dass der Versuch milder bestraft werden kann als die Vollendung, aber nicht muss (§ 23 Abs. 2 StGB, sogenannte fakultative Strafmilderung). So ist etwa der Täter eines versuchten Mordes nicht zwingend zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu verurteilen (§ 211 StGB), sondern zu einer Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Dem Umstand, dass der Täter nicht um die rechtfertigende Sachlage weiß, kann das Gericht also Rechnung tragen, muss es aber nicht, auch wenn es dies aufgrund des fehlenden objektiven Unrechts im Regelfall sollte.¹⁴⁸ Beim Vollendungsmodell muss das Gericht demgegenüber – im Beispiel geblieben – auf lebenslange Freiheitsstrafe entscheiden.

Diese Konsequenz des Vollendungsmodells ist seinen Befürwortern teilweise offenbar unangenehm.¹⁴⁹ So meint etwa *Hirsch*, dass eine sachgerechte Strafmilderung (§ 49 StGB) auch beim Vollendungsmodell möglich ist.¹⁵⁰ Ähnlich halten *Paeffgen/Zabel* es für ausreichend, das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen notfalls bei der individuellen Strafzumessung in Rechnung zu stellen.¹⁵¹

¹⁴⁷ *Pawlik* (Fn. 4), S. 207.

¹⁴⁸ Siehe auch *Herzberg*, JA 1986, 190 (200).

¹⁴⁹ Vgl. auch *Rinck* (Fn. 3), S. 225 ff.

¹⁵⁰ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 59; *ders.* (Fn. 13), S. 235 f.; ebenso *Triffterer* (Fn. 11), S. 225.

¹⁵¹ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; ähnlich *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Triffterer* (Fn. 11), S. 225. Es überrascht daher auch nicht, dass *Paeffgen/Zabel*, (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 108, die harten Konsequenzen der strengen Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum durch einen Verweis auf die „prozessualen Vermeidetechniken“ (§§ 153 ff. StPO) mildern wollen. Anfangs hatte *Paeffgen*, (Fn. 11 – Verrat), S. 175 f., noch für eine Lösung über § 49 StGB plädiert; in der Zwischenzeit gelangte *ders.*, (Fn. 11 – GS Kauf-

¹⁴² KG GA 1975, 213 (215); ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 142; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 330; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268.

¹⁴³ Siehe nur *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 15 f., 24, 25 ff.; *Kubiciel* (Fn. 15), S. 94 f., 99 f.; *Müssig*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser, 2019, S. 1029 (1030 ff.); grundlegend auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 23 ff., 33 ff., 50 ff., der der Lehre von der objektiven Zurechnung als Erfolgsszurechnungslehre die Lehre vom tatbestandmäßigen Verhalten als „eine den Gedanken des Verhaltensunrechts thematisierende Systemkategorie“ (S. 32) gegenüberstellt.

¹⁴⁴ *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 213 ff., 215 ff.; siehe auch *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378 f.).

¹⁴⁵ *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 213 ff., 215 ff.; siehe auch *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378 f.).

¹⁴⁶ Dazu siehe 1. b).

Sowohl bei *Hirsch* als auch bei *Paeffgen/Zabel* wird jedoch der Eindruck erweckt, als wolle man nun mittels eines „reparierenden Zugriffs“ im Rahmen der Strafzumessung nachholen, was man zuvor im Rahmen der Dogmatik noch versäumt hat.¹⁵² Bei *Hirsch* kommt hinzu, dass sein Ansatz offensichtlich nicht mit dem positiven Recht vereinbar ist – ein Aspekt, den er nicht einmal erwähnt.¹⁵³ Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* ist darum ehrlicher, steht aber vor zwei anderen Problemen: Er überschätzt die Rolle der Strafzumessung und unterschätzt zugleich die Rolle des Schuldspruchs.

Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* überschätzt die Rolle der Strafzumessung, weil er dazu führt, dass die Sachfragen von der Ebene der Dogmatik auf die Ebene der Strafzumessung verlagert werden. Eine solche Verlagerung ist jedoch „mit hohen rechtsstaatlichen Kosten verbunden.“¹⁵⁴ Diese Kosten bestehen konkret darin, dass die Begriffe der Dogmatik, „wenn sie nur noch als Elemente der Strafzumessung fungieren, ihre scharfen Konturen [verlieren], gewissermaßen zur Disposition des Richters [stehen] und in dem Dunst [verschwinden], der noch immer über diesem Gebiet liegt.“¹⁵⁵ Es ist daher auch kein Zufall, dass ein vehementer Befürworter einer solchen Verlagerung in aller Konsequenz dafür eingetreten ist, die Strafrahmen der Deliktstatbestände so weit wie möglich zu fassen und allgemein „die Freiheit richterlicher Wertung gegen allzu enge Fesseln dogmatisch-begrifflicher Kategorienbildung [...] zu verteidigen.“¹⁵⁶

Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* unterschätzt die Rolle des Schuldspruchs, weil er dazu führt, dass der Schuldspruch und die konkrete Bestrafung auseinanderfallen. Und welche Bedeutung hat der Schuldspruch: „Der Täter wird wegen Vollendung bestraft“, wenn die Strafzumessung zu der Aussage führt: „Der Täter wird wegen Versuchs bestraft“?¹⁵⁷ Der

mann), S. 411 Fn. 60, aber zu der – treffenden – Überzeugung, dass dies mit dem Gesetz unvereinbar ist.

¹⁵² So *Rinck* (Fn. 3), S. 226 (zu § 49 StGB); kritisch auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (530); *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 129; siehe auch *Aicher*, Subjektive Voraussetzungen in zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 2020, S. 233 ff., der von einer „Honorierung“ des Täters spricht.

¹⁵³ Dieser Ansatz steht also vor demselben Problem wie die sogenannte Rechtsfolgenlösung von BGHSt 30, 105 (119 ff.) beim Mord (§ 211 StGB); kritisch dazu etwa *Günther*, NJW 1982, 353 (356 f.).

¹⁵⁴ *Volk*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 563 (564); ähnlich v. *Uthmann*, Der Urheber des Verbrechens, 1963, S. 54.

¹⁵⁵ *Volk* (Fn. 154) S. 564; ähnlich *Drost*, NJW 1955, 1255 (1255 ff.); siehe auch *Arth. Kaufmann*, in: Küper (Fn. 9), S. 185 (186); *Philipsborn*, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen, 1906, S. 23 f.

¹⁵⁶ *Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 32.

¹⁵⁷ A.A. *Triffterer*, (Fn. 11), S. 225, auf Grundlage der hier nicht geteilten Prämisse, dass der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht unter den Versuchstatbestand subsumiert werden kann.

Schuldspruch wird bei diesem Vorgehen vom wesentlichen Merkmal des Urteils zu einem bedeutungslosen Vorwort der Strafzumessung degradiert. Eine solche Degradierung widerspricht aber der fundamentalen Bedeutung des Schuldspruchs im Hinblick darauf, dass das Urteil vor allem eine expressive Funktion hat. Diese besteht darin, die kommunikative Infragestellung der Norm durch den Täter zurückzuweisen.¹⁵⁸

Gegen das Argument, dass das Versuchsmodell zu einer angemessenen Strafe führt, verbleibt daher nur der Einwand, dass der Versuch manchmal straflos ist (§ 23 Abs. 1 StGB) und der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente daher manchmal nicht bestraft wird.¹⁵⁹ Diese Folge ist aber kein Sondergut des Versuchsmodells, sondern die Konsequenz daraus, dass das Gesetz den Versuch eben in manchen Fällen straflos lässt: Der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente unterscheidet sich also insoweit nicht vom „normalen“ Versuch.¹⁶⁰

2. Eingreifen Dritter

Wie bereits gesehen, führt das Vollendungsmodell dazu, dass sich das Opfer gegen das Verhalten des Täters wehren darf, während das Versuchsmodell dazu führt, dass das Opfer das Verhalten des Täters dulden muss.¹⁶¹ Dieser Satz gilt nicht nur für das Opfer, sondern auch für Dritte, die in das Geschehen eingreifen: Während sie auf Grundlage des Versuchsmodells das Verhalten des Täters hinnehmen müssen, ist es ihnen auf Grundlage des Vollendungsmodells hingegen erlaubt, es abzuwehren.

¹⁵⁸ Dahinter stehen diejenigen Straftheorien, die an *Hegels* dialektischen Strafbegriff anknüpfen und die Strafe als kommunikative Antwort auf die Infragestellung einer Norm deuten, grundlegend *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), 1/4 ff.; *ders.* (Fn. 9), S. 6 ff.; *Pawlik* (Fn. 10), insb. S. 29 ff.; *ders.* (Fn. 4), insb. S. 82 ff.; zu *Hegels* Strafbegriff siehe *Hegel*, in: Grottsch/Weisser-Lohmann (Hrsg.), Georg Friedrich Wilhelm Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Bd. 14.1, 2009, S. 90 ff.

¹⁵⁹ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 255; *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 425; *ders./Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; ebenso – als Vertreter des Versuchsmodells – *Jakobs* (Fn. 9), 11/23; siehe auch *Geilen*, JURA 1981, 308 (309); *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329 f.

¹⁶⁰ *Herzberg*, JA 1986, 190 (193); *Rath* (Fn. 12), S. 258; *Rinck* (Fn. 3), S. 237; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 104. Pointiert *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 142: „Die Vollendungslösung ignoriert in diesen Fällen in naturalistischer Verkennung des Gesetzesprogramms und der hinter diesen stehenden Legitimationserwägungen die gesetzlichen Vorwertungen durch Ausdehnung der Strafbarkeit in einen nach der Wertung des Gesetzes straffreien Raum!“ Zum Erlaubnistatbestandsirrtum *Puppe* (Fn. 9), S. 195: „Wenn das Unrecht, das dem Täter vorzuwerfen ist, seiner Qualität nach Fahrlässigkeitsunrecht ist, so ist es keine Strafbarkeitslücke, wenn er nicht bestraft werden kann, soweit Fahrlässigkeit nicht strafbar ist.“

¹⁶¹ Siehe IV. 1.

Diese Folge ist absurd,¹⁶² weil jeder Dritte, der das Verhalten des Täters zunächst zugunsten des Opfers rechtmäßig abwehrt, ein gleiches Verhalten – in Kenntnis des rechtfertigenden Sachverhalts – sodann rechtmäßig selbst vornehmen darf.¹⁶³ In den eingangs erwähnten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs dürfte also ein dritter Arzt den Schwangerschaftsabbruch des behandelnden Arztes mit Gewalt (!) abwenden, um ihn anschließend – eben in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage (die Krankheit der Patientin) – selbst vorzunehmen. Diese Konsequenz lässt sich vermeiden, indem man das Versuchsmodell annimmt: Ebenso wenig wie sich das Opfer gegen den Täter verteidigen darf, darf ein Dritter das Opfer gegen den Täter verteidigen; das Problem, dass der Dritte dem Täter nachahmt, stellt sich demnach gar nicht.

3. Garantenstellung

Hoven hat neuerdings auf einen interessanten Zusammenhang zwischen dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente einerseits und dem Problem einer sogenannten Garantenstellung aus Ingerenz andererseits aufmerksam gemacht.¹⁶⁴

Bei der Garantenstellung aus Ingerenz wird darüber diskutiert, ob diese nur durch ein verbotenes Verhalten oder auch durch ein erlaubtes Verhalten begründet werden kann.¹⁶⁵ Virulent wird diese Frage nicht zuletzt in denjenigen Fällen, in denen jemand zwar einen Deliktstatbestand erfüllt, dabei aber gerechtfertigt handelt, und das Opfer an den Folgen dieses Handelns verstirbt.¹⁶⁶

Beispiel: O schlägt mit einem Baseballschläger auf T ein, um ihm eine Lektion zu erteilen. T gelingt es, sich dadurch zu wehren, dass er O mit einem Stein gegen den Kopf schlägt. Anschließend entfernt sich T vom Geschehensort, während O infolge des Steinschlages des T verblutet.

Das Vollendungsmodell muss im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente eine Garantenstellung aus Ingerenz annehmen. Denn aus der Perspektive dieses Modells ist allein in Rechnung zu stellen, dass der Täter vorsätzlich einen Deliktstatbestand verwirklicht und dabei nicht gerechtfertigt gehandelt hat. Der Täter hat also ein verbotenes Verhalten vorgenommen, das unstreitig eine Garantenstellung aus Ingerenz bedingt. Verkennt T also im obigen Beispiel, dass O im Begriff war, mit einem Baseballschläger auf ihn einzuschlagen, so wäre er – seinen Tötungsvorsatz unterstellt – nach dem Vollendungsmodell zwangsläufig wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) zu bestrafen. O kommt demnach in den Genuss, dass T in einem besonderen Maße –

¹⁶² Treffend *Jakobs* (Fn. 9), 11/22; zust. *Rath* (Fn. 12), S. 290; *Rinck* (Fn. 3), S. 228 f.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (530).

¹⁶³ *Jakobs* (Fn. 9), 11/22.

¹⁶⁴ *Hoven*, GA 2016, 16 (16 ff.).

¹⁶⁵ Dazu siehe nur *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 13 Rn. 35 f., 37; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 9), § 13 Rn. 75 ff.; *Heger* (Fn. 9), § 13 Rn. 11.

¹⁶⁶ Siehe nur BGHSt 23, 327 (327 f.).

als Garant – dazu verpflichtet wird, ihm zu helfen, obwohl O – objektiv betrachtet – das erhalten hat, was sich das Recht vorgestellt hat: die Verteidigung des Angriffs.¹⁶⁷ Umgekehrt betrachtet wird T eine enorme Handlungspflicht aufgebürdet, obwohl er – objektiv betrachtet – das getan hat, was sich das Recht vorgestellt hat: die Verteidigung des Angriffs. Diese Folgen scheinen kaum angemessen.

Zu angemesseneren Folgen kann demgegenüber das Versuchsmodell führen. Dies tut es zwar nicht, wenn man annimmt, dass auch erlaubte, aber gefährliche Verhaltensweisen eine Garantenstellung aus Ingerenz begründen,¹⁶⁸ um dann den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente als eine solche Verhaltensweise anzusehen.¹⁶⁹ Ebenso wenig führt es zu angemesseneren Folgen, wenn man unter Hinweis auf die nur teilweise Verwirklichung des Rechtfertigungsgrundes darauf schließt, dass es sich gar nicht um eine erlaubte Verhaltensweise handelt,¹⁷⁰ und daher eine Garantenstellung aus Ingerenz annimmt. Zur angemessenen Verneinung einer Garantenstellung aus Ingerenz führt das Versuchsmodell jedoch dann, wenn man mit der Lehre von der objektiven Zurechnung auch an dieser Stelle ernst macht. Dies führt nämlich dazu, dass man einen Täter, der für ein bestimmtes Geschehen zunächst nicht zuständig ist,¹⁷¹ nicht durch die naturalistische Hintertür zuständig macht, indem man für wesentlich hält, dass der Täter den Ort des Geschehens zwischenzeitlich verlassen hat und der tatbestandsmäßige Erfolg erst anschließend eingetreten ist. Vielmehr ist das einmal gefundene Ergebnis durchzuziehen: Der Täter ist unzuständig.¹⁷²

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

Letztlich ist die Fernwirkung des Falls fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf den Erlaubnistatbestand zu beachten. Diese Fernwirkung liegt näher als sie auf den ersten Blick scheinen mag. Dies rührt daraus, dass der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht mehr und nicht weniger ist als die Umkehrung des Erlaubnistatbestandsirrtums: Beim Erlaubnistatbestandsirrtum ist der objektive Rechtfertigungstatbestand nicht erfüllt, jedoch der subjektive Rechtfertigungstatbestand; im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist der objektive Rechtfertigungstatbestand erfüllt, jedoch der subjektive Rechtfertigungstatbestand nicht.¹⁷³

¹⁶⁷ Siehe auch *Hoven*, GA 2016, 16 (34 f.).

¹⁶⁸ So etwa *Freund*, JuS 1990, 213 (216); *Seelmann*, GA 1989, 241 (255).

¹⁶⁹ Siehe IV. 2. c).

¹⁷⁰ So *Herzberg*, JA 1986, 190 (190 f.).

¹⁷¹ Siehe IV. 2. f).

¹⁷² Siehe auch *Hoven*, GA 2016, 16 (26 ff.).

¹⁷³ *Aicher* (Fn. 152), S. 230; *Hoven*, GA 2016, 16 (16 ff.); *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 ff.; *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 235 ff.; *Walter* (Fn. 9), S. 373; siehe auch *Kuhlen* (Fn. 9), S. 154; *Zimmermann* (Fn. 21), § 37 Rn. 67; kritisch *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421; *Rath* (Fn. 12), S. 289, 291 ff.

Die Befürworter des Vollendungsmodells vertreten – sofern dieser Zusammenhang gesehen wird – die sogenannte strenge Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum. Der gemeinsame Nenner dieser Auffassungen ist, dass ein Rechtfertigungsgrund eben nur dann irgendeine Wirkung entfalten soll, wenn sowohl seine objektiven als auch seine subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Da dies jedoch weder beim Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente noch beim Erlaubnistatbestandsirrtum der Fall ist, wird der Täter in beiden Fällen wegen vorsätzlicher Vollendung bestraft.¹⁷⁴

Dabei wird jedoch verkannt, dass die strenge Schuldtheorie nur mit dem – nicht plausiblen¹⁷⁵ – Rechtfertigungsmodell logisch vereinbar ist: Wenn es den Täter nicht entlastet, dass er sich irrtümlicherweise einen rechtfertigenden Sachverhalt vorstellt (strenge Schuldtheorie), dann darf es ihn nicht belasten, dass er irrtümlicherweise einen rechtfertigenden Sachverhalt verkennet (Rechtfertigungsmodell).¹⁷⁶ Nicht nur, weil biographische Kohärenz von wissenschaftlicher Qualität zeugt,¹⁷⁷ sondern, weil logische Richtigkeit Voraussetzung jedes Diskurses ist,¹⁷⁸ muss derjenige, der das Vollendungsmodell vertritt, sich damit abfinden, dass er nicht die strenge Schuldtheorie vertreten darf.

Wie sollten die Vertreter des Vollendungsmodells stattdessen mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum verfahren? Es verbleibt ihnen nur, den Erlaubnistatbestandsirrtum nicht als Verbotsirrtum (§ 17 StGB), sondern als Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) einzuordnen.¹⁷⁹ Dies bedeutet allerdings, dass der Täter beim Erlaubnistatbestandsirrtum nicht wegen vorsätzlicher, sondern – sofern strafbar – nur wegen fahrlässiger Vollendung bestraft wird.¹⁸⁰ Wirklich nahtlos einher geht diese Annahme zum Erlaubnistatbestandsirrtum nun aber nicht mit dem Vollendungsmodell, sondern nur mit dem Versuchsmodell: Beim Erlaubnistatbestandsirrtum begeht der Täter objektiv Unrecht, aber subjektiv nicht,¹⁸¹ und wird deswegen wegen Fahrlässigkeit bestraft; beim umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum – dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente – begeht der Täter subjektiv Unrecht, aber objektiv nicht, und wird deswegen wegen Versuchs bestraft. Daher ist das Versuchsmodell also auch be-

züglich der Fernwirkung auf den Erlaubnistatbestandsirrtum einmal mehr: das angemessenere Modell.

VI. Zusammenfassung

1. Im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist wegen Versuchs zu bestrafen, sofern der Versuch des betreffenden Delikts strafbar ist, sogenanntes Versuchsmodell. Der Täter ist also nicht wegen Vollendung zu bestrafen, sogenanntes Vollendungsmodell, und auch nicht gerechtfertigt, sogenanntes Rechtfertigungsmodell (I.).

2. Das Rechtfertigungsmodell ist *unplausibel*, weil es einerseits den Anschluss an die moderne Verbrechenslehre verliert und andererseits nicht zum positiven Strafrecht passt. Der eigentliche Streit besteht deshalb nur zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell (II.).

3. Das Versuchsmodell ist *erklärungsmächtiger* als das Vollendungsmodell, weil es exakter zu den Rechtfertigungstatbeständen und zum Versuchstatbestand passt (III.).

4. Das Versuchsmodell ist *überzeugungskräftiger* als das Vollendungsmodell: Erstens überschätzt das Vollendungsmodell den unrechtssystematischen Wert, der mit der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit einhergeht. Zweitens ist das Vollendungsmodell schlechter mit dem Gedanken zu vereinbaren, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur den Täter entlasten, sondern auch und vor allem das Opfer belasten – denn es hat den Eingriff in seine Rechte zu dulden (IV.).

5. Das Versuchsmodell ist *folgenadäquater* als das Vollendungsmodell. Dies liegt insbesondere daran, dass das Versuchsmodell zu einer tat- und schuldangemessenen Bestrafung führt, aber auch daran, dass es zwangsläufige Folgefragen des Problems fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente (Garantenstellung, Nothilfe, Erlaubnistatbestandsirrtum) stimmiger löst (V.).

¹⁷⁴ Illustrativ *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 319 ff.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 103 ff.; vgl. auch *Herzberg*, JA 1986, 190 (191).

¹⁷⁵ Siehe II.

¹⁷⁶ *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 ff.; *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 235 ff.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529).

¹⁷⁷ *Pawlik* (Fn. 14), S. 478.

¹⁷⁸ *Puppe* (Fn. 16), S. 231 ff.; siehe auch *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 236.

¹⁷⁹ So die herrschende Lehre, siehe nur *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 122 ff.

¹⁸⁰ Gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 StGB bleibt die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt. Die fahrlässige Begehung ist jedoch nur in wenigen Fällen strafbar (etwa §§ 222, 229, 306d StGB).

¹⁸¹ Jedenfalls begeht der Täter kein sogenanntes Vorsatzunrecht.