

Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe*

Versuch einer Differenzierung

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Jesús-María Silva Sánchez**, Barcelona

I. Einführung

1. Der Ausdruck „objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe“ kann zwei verschiedene Bedeutungen haben. Es kann einerseits „objektive Zurechnung (des Rechtfertigungserfolgs) innerhalb der Rechtfertigungsgründe“ und andererseits „Rechtfertigungsgründe bei der objektiven Zurechnung des Tatbestandserfolgs“ bedeuten.¹ Beide Bedeutungen beziehen sich auf jeweils unterschiedliche Untersuchungsgegenstände.²

2. Mit dem Ausdruck „objektive Zurechnung innerhalb der Rechtfertigungsgründe“ ist hier folgendes Problem gemeint: Ist es sinnvoll, die Modelle, die auf die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos (tatbestandsmäßiges Verhalten) und auf der Verwirklichung des Risikos im Erfolg (objektive Zurechnung) basieren, von der Lehre des Deliktstatbestands auf den Bereich der Lehre vom Erlaubnistatbestand *mutatis mutandis* zu übertragen?³

3. Dementgegen ist mit dem Ausdruck „Rechtfertigungsgründe im Zusammenhang der objektiven Zurechnung“ ein ganz anderes Problem gemeint: nämlich ob das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds für das Verhalten des Täters die objektive Zurechnung des Erfolgs zu diesem Verhalten ausschließt. Diese Perspektive lässt mindestens noch zwei mögliche Deutungen zu. Einerseits könnte damit gemeint sein, dass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds das Bestehen eines rechtlich missbilligten Risikos (tatbestandsmäßigen Verhaltens) ausschließt. In diesem Fall könnte die Zurechnung des rechtsgutsverletzenden Erfolgs zu jenem Verhalten nicht begründet werden. Andererseits könnte angenommen werden, dass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds zwar weder das Bestehen des rechtlich missbilligten Risikos noch die Zurechnung des rechtsgutsverletzenden Erfolgs (Verletzungserfolg) zu jenem Risiko ausschließt, wohl aber die Zurechnung eines „Unrechtserfolgs“, d.i. ein Begriff aus

der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand.⁴ Beide Möglichkeiten schließen sich gegenseitig aus, was allerdings einer Annahme von bestimmten Nuancen innerhalb der jeweiligen Positionen nicht entgegensteht. Diese können sich aus der Berücksichtigung des vom geschützten Rechtsgut des jeweiligen Deliktstypus erreichten Normativierungsgrads, des vom tatbestandsmäßigen Verhalten der jeweiligen Straftat erreichten Normativierungsgrads oder schließlich der Besonderheiten der unterschiedlichen Rechtfertigungsgründe ergeben.

II. Die objektive Zurechnung des Rechtfertigungserfolgs beim Erlaubnistatbestand

1. In der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe ist die objektiv-subjektive Inkongruenz (irrigte Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds; Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements) ausführlich untersucht worden. Etwas anderes gilt für die Kongruenz zwischen dem (ex ante betrachteten) Rechtfertigungsverhalten und dem (ex post betrachteten) Rechtfertigungserfolg. Eine Ansicht vertritt, dass es bei Rechtfertigungsgründen allein auf die ex ante-Perspektive ankomme.⁵ Die ex post-Perspektive sei dagegen bedeutungslos. Eine andere Meinung legt die Aufmerksamkeit auf die ex post-Perspektive, mit Ausnahme einiger Prognose-Elemente, die beim jeweiligen Rechtfertigungsgrund vorliegen könnten.⁶ Im Rahmen der Lösung mit der ex post-Perspektive wird also als einzige Kongruenz üblicherweise nur diejenige zwischen dem objektiven ex post und der subjektiven Ebene geprüft.⁷ Tritt ex post ein Rechtfertigungserfolg ein und der Täter kannte ihn nicht, so wird bloß vom Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements gesprochen.

2. Eine Übertragung der im Bereich der objektiven Zurechnung *stricto sensu* verfolgten Methode auf die Rechtfertigung würde allerdings dazu führen, dass man auch hier vor der Prüfung der subjektiven Seite des Erlaubnistatbestands ex ante das Vorliegen einer Rechtfertigungslage und das einer für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs adäquaten Rechtfertigungshandlung berücksichtigen müsste. Im Bereich der objektiven Zurechnung *stricto sensu* gilt, dass die bloße Verursachung eines verletzenden Erfolgs (etwa bei einer objektiv unvorhersehbaren Abweichung des Kausalverlaufs)

* Übersetzung von *Dr. Teresa Manso Porto*, mag. iur. comp., Referentin für Spanien am MPI in Freiburg.

¹ So *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 113 ff.

² Üblicherweise wird die Fragestellung über den Zusammenhang zwischen objektiver Zurechnung und Rechtfertigungsgründen auf *Puppe*, JZ 1989, 728, und *Kuhlen*, in: Schöne-mann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331, zurückgeführt; so *Hefendehl*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 465; erkannt wurde die erste Bedeutung schon von *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 20.

³ Kritisch zur Möglichkeit einer solchen Fragestellung *Hefendehl* (Fn. 2), S. 465 (469 f.).

⁴ Zu dieser mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen eng verwandten Doktrin siehe *Hefendehl* (Fn. 2), S. 465 (473 ff.).

⁵ Zur Herkunft dieser Ansicht im Werk *Armin Kaufmanns*, vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 14 Rn. 88 f. m.w.N.

⁶ Siehe Beispiele in *Roxin* (Fn. 1), § 14 Rn. 88; anscheinend auch *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Vor §§ 32 ff. Rn. 5.

⁷ Vgl. etwa *Engländer* (Fn. 6), Vor §§ 32 ff. Rn. 8; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 82; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 208.

für die objektive Zurechnung dieses Erfolgs zum Verhalten unzureichend ist, wenn das Verhalten ex ante dazu ungeeignet war. Eine Anwendung dieses Kriteriums auf den Bereich der Rechtfertigungsgründe würde ergeben, dass, wenn das Täterverhalten im jeweiligen Kontext ex ante für die Herbeiführung eines Rechtfertigungserfolgs ungeeignet ist, dieses selbst dann nicht dem Täterverhalten zugerechnet werden könnte, wenn der rettende Erfolg auf Grund unvorhersehbarer Kausalverläufe einträte. Dies würde bedeuten: der Täter könne weder von einem positiven Zufallsfaktor begünstigt, noch von der zufälligen Herbeiführung einer Verletzung in ungeeigneter Weise benachteiligt werden. Die Frage ist, ob eine solche methodologische Übertragung richtig ist. Die Antwort erfordert folgende Analyse.

3. Das Paradigma des gerechtfertigten Verhaltens ist in einer Fallkonstellation (1) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet war, dieser Rechtfertigungserfolg in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbaren Weise ex post herbeigeführt wird und das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt.⁸ In einer zweiten Fallkonstellation (2) treten schon Probleme auf, wenn das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet scheint, das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt, der Rechtfertigungserfolg ex post jedoch nicht eintritt. In einem dritten Aufbau (3) ist das Verhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet, das subjektive Element liegt vor, und der rettende Erfolg tritt ex post zwar ein, aber rein zufällig, in einer der Rechtfertigungshandlung nicht zurechenbaren Weise. Die nächste Variante ist in einer vierten Konstellation (4) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante geeignet war, der Rechtfertigungserfolg in einer der Rechtfertigungshandlung ex post objektiv zurechenbaren Weise eintritt, das subjektive Element der Rechtfertigung jedoch fehlt. Dieser Fall (4) ist reichlich bekannt, sowie auch seine Lösung nach herrschender Meinung: direkte Anwendung der Regel des untauglichen Versuchs.⁹ Es gibt noch eine weitere Variante (5), in welcher das Täterverhalten zur Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante als objektiv geeignet scheint, der Rechtfertigungserfolg ex post jedoch nicht eintritt und das subjektive Rechtfertigungselement außerdem fehlt. Und es gibt noch eine letzte Fallkonstellation (6), in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet scheint, der rettende Erfolg ex post zwar tatsächlich eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise, und das subjektive Element der Rechtfertigung fehlt.

4. Der Vollständigkeit halber sind noch vier weitere Fallkonstellationen zu analysieren. Das Paradigma des nicht

gerechtfertigten Verhaltens ist in folgender Situation (7) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs schon objektiv ex ante ungeeignet scheint, der Rechtfertigungserfolg ex post nicht eintritt und das subjektive Rechtfertigungselement auch nicht vorliegt. Zudem gibt es noch die Konstellation (8), in der das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet ist, der rettende Erfolg ex post zwar eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise, und außerdem das subjektive Rechtfertigungselement nicht vorliegt. Ferner ist ein Aufbau (9) denkbar, in welchem das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet ist, der Rechtfertigungserfolg ex post nicht eintritt, das subjektive Rechtfertigungselement jedoch vorliegt. Diese Anordnung wurde üblicherweise unter der Bezeichnung „irrigte Annahme über das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds“ oder „Erlaubnistatbestandsirrtum“ analysiert. Überwiegend wird dieser Fall als Tatbestandsirrtum behandelt, sodass Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit bestehen bleibt, wenn der Irrtum vermeidbar war, während der subjektive Tatbestand entfällt, wenn der Irrtum persönlich unvermeidbar war. Zuallerletzt gibt es eine Konstellation (10), in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet scheint, der rettende Erfolg zwar ex post eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise,¹⁰ und das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt.

5. Diese strukturelle Analyse hebt hervor, dass es manche problematische Konstellationen gibt. Insbesondere gilt das für die Varianten (2) und (3), die Varianten (5) und (6) und die Varianten (8) und (10). Die Varianten (2) und (3) dürften für die Lehrmeinung unproblematisch sein, für die bei der Prüfung über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds die Berücksichtigung der ex ante-Perspektive ausreicht. Diese Meinung leugnet nicht, dass die volle Rechtfertigung einen Ausgleich des objektiven und subjektiven Handlungsunwerts, sowie des Erfolgsunwerts, verlangt. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass der Erfolgsunwert mangels Erfolgsunrechtszusammenhang nicht zurechenbar ist,¹¹ wenn der Handlungsunwert ausgeglichen wird (wie es hier der Fall ist, da sowohl die ex ante Geeignetheit für den Rechtfertigungserfolg als auch das subjektive Element der Rechtfertigung vorliegen).¹² Allerdings fordern die Konstellationen (2) und (3) die Kohärenz derjenigen Autoren heraus, die einen Rechtfertigungserfolg für die Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrunds verlangen. Für sie sollte in der Konstellati-

⁸ Wolter (Fn. 2), S. 134, 139.

⁹ Wolter (Fn. 2), S. 134 f.; Schönemann, GA 1985, 341 (373 f.). Die Lösung des untauglichen Versuchs in dieser Konstellation setzt allerdings erstens die Annahme einer subjektivistischen Konzeption des Versuchs sowie zweitens die Übernahme der Lehre vom Gesamttatbestand voraus.

¹⁰ Bei einem für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante ungeeigneten Verhalten gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder tritt der Erfolg nicht ein, oder er tritt zwar ein, aber in einer dem Verhalten objektiv nicht zurechenbaren Weise.

¹¹ Wolter (Fn. 2), S. 139 f.

¹² Was keine Rettungsintention, sondern eine „reale Chance zur Rechtsgutsbewahrung“ voraussetzt; Schönemann, JA 1975, 435 (438 f.); Wolter (Fn. 2), S. 137.

on (2) keine (oder zumindest keine volle) Rechtfertigung anerkannt werden. Die Frage ist, wie aus dieser Perspektive diese Konstellation behandelt werden soll, die ja eigentlich eine „versuchte Rechtfertigung“ darstellt. Ähnlich liegt es bei der Struktur (3), denn diese Autoren müssten verlangen, dass der Rechtfertigungserfolg der Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbar war. Besteht kein objektiver Sinnzusammenhang zwischen Rechtfertigungshandlung und -erfolg, wie das in der Struktur (3) der Fall ist, müssten sie die volle Rechtfertigung ebenfalls ablehnen.

Beispiel: T schießt auf A in einer zur Tötung geeigneten Weise, nachdem er beobachtet hatte, wie A sich anschickte, die Wohnung des Behinderten O zu betreten, um ihn zu ermorden. Der Schuss verfehlt sein Ziel. Vom Schock erholt, möchte A sein Vorhaben vollenden. Der Schuss hatte aber zufällig ein elektrisches Stromkabel des Hauses getroffen. Als A das Haus betritt und das Licht auszuschalten versucht, damit O ihn nicht sehen kann, berührt er das beschädigte Stromkabel und erhält einen tödlichen Stromschlag. O bleibt unversehrt.¹³

6. Die Varianten (5) und (6) stellen wiederum Herausforderungen an beide Sichtweisen über die Rechtfertigungsgründe, das heißt, sowohl an diejenige Auffassung, die von einer ex ante-Perspektive ausgeht, als auch an diejenige, die das Geschehen aus einer ex post-Perspektive beurteilt. In der Tat lässt sich aus der ex ante-Perspektive feststellen, dass es mangels subjektiver Seite an einer Rechtfertigungshandlung fehlt. Aus der ex post-Perspektive fehlt der Rechtfertigungserfolg (5) bzw. dieser ist dem ex ante objektiv zur Rettung geeigneten Verhalten nicht objektiv zurechenbar (6).

Beispiel: T schießt in einer zur Tötung geeigneten Weise auf seinen Feind A, ohne zu ahnen, dass dieser dabei ist, das Haus des behinderten O zu betreten, um ihn zu ermorden. Der Schuss geht jedoch fehl. Vom Schock erholt, möchte A sein Vorhaben vollenden. Der Schuss hatte aber zufällig ein elektrisches Stromkabel des Hauses getroffen. Als A das Haus betritt und das Licht auszuschalten versucht, damit O ihn nicht sehen kann, berührt er das beschädigte Stromkabel und erhält einen tödlichen Stromschlag. O bleibt unversehrt.

T ist voll verantwortlich. Er macht sich allerdings nur wegen eines Tötungsversuchs an A strafbar, da ihm der Todeserfolg (wegen der Abweichung vom Kausalverlauf) nicht objektiv zurechenbar ist. Außerdem ist der Tötungsversuch in keiner Weise gerechtfertigt, da der rettende Erfolg auch nicht dem Schuss des T objektiv zuzurechnen ist. Und obwohl sein Verhalten zur Rettung des O *ex ante* objektiv geeignet war,

ist ihm diese Dimension der Handlung subjektiv nicht zurechenbar.¹⁴

7. Die Variante (8) könnte allein aus der Perspektive des mangelnden subjektiven Rechtfertigungselements betrachtet werden. Das wäre allerdings falsch. Der paradigmatische Fall, den die Lehre als Ausgangspunkt für die Diskussion um das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements nimmt, ist der, in dem das Verhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs *ex ante* objektiv geeignet scheint und dieser *ex post* in objektiv zurechenbarer Weise eintritt; nur, dass der Täter es absolut verkennt.¹⁵ Das entspricht unserer Konstellation (4). Das Entscheidende in der Variante (8) ist dagegen, dass das Verhalten für den Rechtfertigungserfolg schon *ex ante* nicht geeignet ist. Tritt der Rettungserfolg ein, ist dies einer Abweichung vom Kausalverlauf oder dem objektiv unvorhersehbaren Eingriff Dritter geschuldet; das heißt, es geschieht in objektiv nicht zurechenbarer Weise. Das Problem ist also nicht subjektiv, unabhängig davon, dass der Täter sich zusätzlich keinen rechtfertigenden Vorgang vorgestellt hat. Vielmehr handelt es sich hier um ein Problem der objektiven Zurechnung des Rechtfertigungserfolgs. Es geht darum, dass eine Verursachung des rettenden Erfolgs geschehen ist, die dem Täter nicht objektiv zuzurechnen ist.

Beispiel: Wegen einer akuten Gasvergiftung befindet sich O in Lebensgefahr in seinem Wohnzimmer. Der ahnungslose Randalierer T wirft mit Steinen auf das Wohnzimmerfenster, was für die Luftreinigung und die Vermeidung des Todes ungeeignet ist, aber dennoch ermöglicht, dass der Passant D, der durch den Lärm alarmiert wird, sich nähert, das Gas riecht, das Haus betritt und O rettet. T macht sich einer vollendeten, ungerechtfertigten Sachbeschädigung schuldig.

8. Soweit ersichtlich, entspricht dieser Lösungsvorschlag nicht der herrschenden Lehre. Beispielsweise vertritt *Wolter*, dass auch ohne *ex ante*-Geeignetheit des Täterverhaltens und ohne Tätervorstellung über den Verhaltenssinn die Verursachung des Erfolgswerts in Betracht gezogen werden müsse. Es mangle in diesen Fällen nicht am Erfolgswertzusammenhang, sodass die objektive Zurechnung dieses Erfolgswerts bejaht werden könne. Sein Lösungsvorschlag für diese Fälle ist die Bestrafung wegen tauglichen Versuchs.¹⁶ Unklar ist jedoch, warum die bloß kausale (und zufällige) Verursachung eines „rettenden“ Erfolgs ohne Sinnzusammenhang mit einer in diesem Fall nicht bestehenden Rechtfertigungshandlung den Täter einer tatbestandsmäßigen Handlung begünstigen soll. Richtig ist, dass der Zufall – in Form einer unvorhersehbaren Nicht-Verursachung des Erfolgs – im Tatbestandsbereich im engeren Sinne den Täter sehr wohl begünstigt. Doch sollte der Abschied vom naturalistischen Denken und die

¹³ Die hiesige Position lautet: gerechtfertigte versuchte Tötung. Denn weder der Verletzungserfolg noch der Rechtfertigungserfolg sind objektiv zuzurechnen. Viel problematischer ist die Variante, in der der Verletzungserfolg objektiv zurechenbar wäre, der Rechtfertigungserfolg dagegen nicht.

¹⁴ Paradoxerweise führt dies zur völligen Irrelevanz eines (nur) objektiv *ex ante* für die Rettung geeigneten Verhaltens.

¹⁵ Nur in Bezug auf diese Struktur kann behauptet werden, dass der Täter „objektiv sachgemäß, aber in Unkenntnis der Rechtfertigungslage“ gehandelt hat: *Roxin* (Fn. 1), § 14 Rn. 104.

¹⁶ *Wolter* (Fn. 2), S. 140 Fn. 312.

Orientierung an der sozialen Bedeutung zur Formulierung folgender Regel führen: So wie für die Unrechtsbegründung der Verletzungserfolg in einem objektiven Zurechnungszusammenhang mit einem tatbestandsmäßigen Verhalten stehen muss, so muss auch der rettende Erfolg, der den Verletzungserfolg neutralisiert, in einem objektiven Zurechnungszusammenhang mit einem Rechtfertigungsverhalten stehen, um eben das Unrecht ausschließen zu können.¹⁷

9. Dieselbe Debatte kann im Zusammenhang mit der Konstellation (10) angestoßen werden, in der das Verhalten des Täters ex ante nicht objektiv geeignet war, um einen Rechtfertigungserfolg herbeizuführen, dieser aber trotzdem in objektiv unvorhersehbarer Weise ex post eintritt. Dabei glaubt der Täter, dass sein Verhalten für die Rettung ex ante geeignet ist. Nun würde die hier kritisierte Meinung in diesen Fällen zur Straflosigkeit führen, da eine (mangels Vorstellung über die ex ante-Geeignetheit des eigenen Verhaltens für die Rettung) bloß fahrlässige und (wegen der Verursachung des Rettungserfolgs nicht vollendete, sondern) bloß versuchte Tat nicht strafbar ist. Aus den oben genannten Gründen sind hier die Regeln des Tatbestandsirrtums anzuwenden (als ob der rettende Erfolg nicht eingetreten wäre).

III. Zur Lehre des Gesamtunrechtstatbestands

1. Die Lehre hat, soweit ersichtlich, den Kriterien der objektiven Zurechnung innerhalb der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe jede Relevanz abgesprochen. Dagegen finden sich in der Literatur Elemente für die Anerkennung einer gewissen Bedeutung der Rechtfertigungsgründe innerhalb der Dogmatik der objektiven Zurechnung. Tatsächlich wird die objektive Zurechnung von einer Lehrmeinung nicht nur als Lehre des spezifischen Tatbestandsunrechts, sondern als Lehre des Gesamtunrechtstatbestands verstanden.¹⁸ Das stünde auch im Einklang mit der Tatsache, dass die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand – deren Verteidigung unseren Jubilar auszeichnet¹⁹ – tatsächlich zur herrschenden Lehre über den Tatbestandsbegriff und seinen Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit aufsteigt.²⁰ Diese Position führt unabwieslich zur (zukünftigen) Konstruktion einer Makrotheorie des tatbestandsmäßigen Verhaltens und der Zurechnung des Erfolgs oder, um es genauer auszudrücken, des „gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens“ und der „Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs.“²¹

¹⁷ In diesem Sinne kann Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 321, zugestimmt werden (siehe auch S. 323).

¹⁸ Dazu Pawlik (Fn. 7), S. 195 ff.

¹⁹ Beispielsweise Schünemann, GA 1985, 341 (348 ff.); ders., in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, S. 149 (174 ff.); Schünemann/Greco, GA 2006, 777 (788 ff.); alle m.w.N.

²⁰ Vgl. die Belege bei Schünemann/Greco, GA 2006, 777 (782 Fn. 25); Rönnau (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 10 ff.; auch bei Pawlik (Fn. 7), S. 204 Fn. 329.

²¹ Um die – etwas geänderte – Terminologie von Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, zu verwenden.

2. Aus der Sicht einer solchen Makrotheorie ist klar, dass das ex ante-Bestehen einer objektiv-subjektiv rechtfertigenden Lage das gesamtunrechtstatbestandsmäßige Verhalten ausschließt und zur vollen Rechtfertigung führt. Lediglich beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements könnte die Existenz eines gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens in Form eines untauglichen Versuchs im subjektiven Sinne bejaht werden.

3. Nach der Festlegung des gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens soll analysiert werden, wie die objektive Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs verstanden werden soll. Das setzt zunächst eine Definition des Begriffs des Gesamtunrechtserfolgs selbst voraus. Wie oben schon angedeutet, resultiert der Gesamtunrechtserfolg aus erstens dem Vorliegen eines Verletzungserfolgs und zweitens dem Nicht-Vorliegen eines Rechtfertigungserfolgs. Das erste Element soll näher präzisiert werden: Tritt ein Verletzungserfolg ein, der aber nicht dem tatbestandsmäßigen Verhalten zuzurechnen ist, muss in der Tat derselbe Schluss gezogen werden, wie wenn der Verletzungserfolg nicht eingetreten wäre, nämlich: es gäbe keinen Gesamtunrechtserfolg. Nun: muss auch das zweite Element näher präzisiert werden? Die Antwort müsste auf den ersten Blick „Nein“ lauten. Sobald der Eintritt eines (wenn auch bloß kausierten) Rechtfertigungserfolgs festgestellt wird, fehlt es automatisch an einem Gesamtunrechtserfolg und dem gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhalten wäre objektiv nichts zuzurechnen (d.h.: tauglicher Versuch). Allerdings stellt sich meiner Meinung nach die Frage, ob an diesem Punkt nicht eine weitere Präzisierung notwendig ist. Dies würde der Doktrin des Gesamtunrechtstatbestands nicht widersprechen. Es ist in der Tat so, dass das Bestehen eines Rechtfertigungserfolgs den Gesamtunrechtserfolg ausschließt. Dafür ist es jedoch notwendig, dass jener einer Rechtfertigungshandlung zugerechnet werden kann. Man könnte behaupten, dass das Ausbleiben des Verletzungserfolgs auf die mangelnde Kausalität zurückzuführen ist; und das stimmt. Dies ist ebenso richtig wie die Tatsache, dass das Erscheinen des Verletzungserfolgs in der sinnhaften Welt nicht außerhalb dieser anhand bloßer kausaler Vorgänge kompensiert werden kann. Die Gegenmeinung kann diese Schlussfolgerung nicht abstreiten: Besteht ein (objektiv zugerechneter) Verletzungserfolg in der sinnhaften Welt, vermischt derjenige, der behauptet, dass sowohl der einer Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbare, als auch der zufällig verursachte Rettungserfolg die Herbeiführung eines „Gesamtunrechtserfolgs“ gleichermaßen verhindern, in willkürlicher Weise im selben Begriff Sinn und Zufall. Beim Bestehen eines vorsätzlichen, gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens, eines objektiv zugerechneten Verletzungserfolgs und eines objektiv nicht zurechenbaren Rechtfertigungserfolgs soll von Vollendung die Rede sein.

4. Es gibt noch eine Lehrmeinung, die darauf hinweist, dass der Ausschluss der objektiven Zurechnung des von einem gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhalten hervorgehenden (Unrechts-)Erfolgs noch in einem anderen Kontext anzunehmen wäre, nämlich bei Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hier scheint z.B. der Kern der Argumentation um die rechtfertigende Wirkung der sog.

hypothetischen Einwilligung zu liegen.²² Eine Argumentation, welche – wie die Lehre seit *Puppe* hervorgehoben hat²³ – auf andere Rechtfertigungsgründe ausgeweitet werden könnte. Aber die Argumentation führt eigentlich zur folgenden Behauptung: Der Erfolg eines tatbestandlichen Verhaltens kann diesem (ungeachtet der Tatsache, dass rechtswidrig bzw. mit Rechtfertigungsmängeln gehandelt wurde) nicht objektiv zugerechnet werden, wenn dieser Erfolg hypothetisch auch dann hätte eintreten können, wenn der Täter voll gerechtfertigt gehandelt hätte. In diesem Fall fehlt die objektive Zurechnung des Erfolgs zum rechtswidrigen Verhalten, weil kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht. So ausgedrückt, bewegt sich die Formel nicht mehr im Bereich der Lehre von der objektiven Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs, sondern innerhalb der Lehre der objektiven Zurechnung des Verletzungserfolgs.²⁴

5. Das bisher Gesagte führt eigentlich zu der Frage, welche Lehre der objektiven Zurechnung (oder besser: des objektiven Tatbestands) der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale oder des Gesamtunrechtstatbestands zugrunde liegt. Vorwiegend hat sich die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen als Irrtumslehre gehalten;²⁵ zugleich hat sie zur Klärung der materiellen Identität zwischen dem tatbestandsmäßigen und dem gerechtfertigten Verhalten entscheidend beigetragen, wobei man hier richtigerweise vom „unrechtstatbestandslosen Verhalten“ bzw. „gesamtunrechtstatbestandslosen Verhalten“ sprechen sollte. Allerdings fehlt ihr eine klare Positionierung hinsichtlich der Lehre von der objektiven Zurechnung, oder besser: hinsichtlich der Lehre vom gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhalten und von der Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs.

IV. Rechtfertigungsgründe und objektive Zurechnung des Verletzungserfolgs

1. Mit den bisherigen Überlegungen zur Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand ist noch nicht alles über die Auswirkungen der Rechtfertigungsgründe auf die Lehre von der objektiven Zurechnung gesagt worden. Die Fragestellung, die im Folgenden analysiert werden soll, ist, ob die Rechtfertigungsgründe schon auf die objektive Zurechnung des (Rechtsguts-)Verletzungserfolgs Einfluss haben können.²⁶ Es geht also darum, ob die Rechtfertigungsgründe in irgendeiner Weise in die Lehre des (positiv) tatbestandlichen Verhaltens integriert werden können.

²² Die Literatur, die über die ärztliche Haftung entstanden ist, wird schwer überschaubar. Das gesamte diesbezügliche Werk von *Kuhlen* ist hier insbesondere zu unterstreichen. M.w.N. *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (20 f.) m. Fn. 16 und 17; in den Kommentaren *Engländer* (Fn.6), Vor §§ 32 ff. Rn. 27; *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 230 ff.

²³ *Puppe*, JZ 1989, 728, im Zusammenhang mit der Notwehr.

²⁴ Dazu unten IV.

²⁵ Dies wird anerkannt von *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (792).

²⁶ Auf die Ansicht *Kuhlens* (Fn. 2), die auch von anderen vertreten wird, wird nicht weiter eingegangen, wobei sie auch eine Variation des hier Dargestellten ist.

2. Diesbezüglich sollten zumindest drei große Perspektiven differenziert werden. Einerseits geht ein Vorschlag davon aus, dass in manchen Fällen das Bestehen eines Rechtfertigungsgrunds die Behauptung erschwert, ein Rechtsgut sei verletzt worden. Diese Aussage steht in Zusammenhang mit hoch normativierten (oder zu normativierenden) Rechtsgütern, in denen das naturalistische Substrat seine juristische Relevanz weitgehend oder sogar vollständig verloren hat. Sie könnte allerdings insofern verallgemeinert werden, als das Rechtsgut als rechtlich geschützte Freiheitssphäre definiert wird. Dieser Definition ist eine relativierende Dimension eigen: Eine Freiheitssphäre kann gegenüber einem bestimmten Subjekt und nicht gegenüber einem anderen Subjekt, das über Eingriffsrechte in eine fremde Freiheitssphäre verfügt, rechtlich geschützt sein.²⁷ So gesehen, würde derjenige kein Rechtsgut verletzen, der in eine fremde Freiheitssphäre unter Ausübung eines Grundrechts, in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht oder gar mit einer öffentlichen Genehmigung eindringt.

3. Andererseits wird die Meinung vertreten, dass die objektive Zurechnung des tatbestandlichen Erfolgs zum Täterverhalten, beispielsweise bei Notwehr, auszuschließen sei. Ein Argument wäre, dass in solchen Fällen der Verletzungserfolg beim Angreifer seiner eigenen Organisationssphäre zuzurechnen sei.²⁸ Das schliesse die Zurechnung des Erfolgs zum Verhalten des Opfers aus. Allgemeiner wird sogar vertreten, dass diejenigen Erlaubnissätze, die auf einem „Zurechnungs-“ bzw. „Verantwortungsausschluss“ basieren, als Tatbestandsausschlussgründe verstanden werden sollten. Als Rechtfertigungsgründe sollen dagegen nur diejenigen Erlaubnissätze gelten, die auf einem Abwägungsprinzip basieren.²⁹

4. Diese Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung beim Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zeigt sich drittens in einer großen Zahl von Straftatbeständen;³⁰ darunter insbesondere solchen, in denen der Gesetzgeber das tatbestandsmäßige Verhalten mit Hilfe von gesamtatbewertenden

²⁷ Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *ders.*, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, S. 643 (651 ff.), anlässlich der sog. intrasystematischen Rechtfertigungsgründe: „Im Notstandsfall verschieben sich die Grenzen der dem einzelnen zugewiesenen Freiheitssphären“; „der Notstandstäter hat also das Rechtsgut überhaupt nicht verletzt, da das Eingriffsgut in seiner Zuordnung zur Sphäre des Eingriffsopfers keinen rechtlichen Schutz genießt“; ebenso *Silva Sánchez*, GA 2006, 382 (384 f.).

²⁸ Vgl. insbesondere *Palermo*, *La legítima defensa*, *Una revisión normativista*, 2006, S. 333 ff.; *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 45 f.

²⁹ *Jäger*, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, S. 21; kritisch *Pawlik* (Fn. 7), S. 212 Fn. 382.

³⁰ Vgl. dazu etwa *Schlehofer*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953 (963 f.); *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 14.

Merkmale definiert.³¹ Bei solchen Tatbeständen schließt das Vorliegen irgendeines oder zumindest bestimmter Rechtfertigungsgründe (zweifelsohne die Ausübung eines Rechts oder die Erfüllung einer Pflicht) das tatbestandsmäßige Verhalten selbst aus, und damit die objektive Zurechnung des Verletzungserfolgs. Konkret setzt die objektive Zurechnung des Erfolgs zum Täterverhalten voraus, dass dieser Erfolg insofern den Ausdruck des Verhaltens darstellt, als es solche Merkmale verwirklicht. Durchbrechungen des objektiven Zurechnungszusammenhangs können in diesem Punkt nicht ausgeschlossen werden.

5. Die eigentliche Fragestellung lautet, ob man der Lehre von der objektiven Zurechnung zufolge nicht sogar zu dem Schluss kommen könnte, dass alle Tatbestandsarten sich langsam aber unerbittlich als Tatbestände mit gesamtatbewertenden Merkmalen konstruieren lassen. Im Rahmen der Lehre von der objektiven Zurechnung ist die Bezeichnung des tatbestandsmäßigen Verhaltens als Schaffung eines „rechtlich missbilligten Risikos“ oder, noch deutlicher, eines „unerlaubten Risikos“ üblich.³² Die „rechtliche Missbilligung“ oder die „rechtliche Unerlaubtheit“ können in voller Hinsicht gesamtatbewertende Merkmale konstituieren. Dementsprechend und von der gesetzlichen Formulierung mal abgesehen, führt die teleologisch-normativistische Rekonstruktion der Tatbestände des Besonderen Teils zur fortschreitenden Einführung von Elementen der Rechtfertigungsgründe in die Lehre des tatbestandsmäßigen Verhaltens und der objektiven Zurechnung des Erfolgs.³³

6. In der Tat hat sich der Gedanke festgesetzt, dass das tatbestandslose und das gerechtfertigte Verhalten für das Strafrecht substantiell gleich sind. Außerdem hat die Normativierung des objektiven Tatbestands dazu beigetragen, dass die Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließenden Gründen und Rechtfertigungsgründen immer künstlicher wird. Eine andere Frage ist allerdings, ob man so weit gehen würde, der Eigenständigkeit der Tatbestandsmäßigkeit jeden dogmatisch-systematischen Sinn abzusprechen, um sich auf einer lediglich didaktischen, strukturellen oder pragmatischen Ebene zu bewegen.³⁴ Gerade derjenige, der – wie es hier der Fall ist – einen zweiseitigen Verbrechenaufbau und dementsprechend das Verständnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung als – immer stärker miteinander vermengte – Teile eines Ganzen ansieht, muss darauf bestehen, nicht auf die notwendigen Unterscheidungen zu verzichten.³⁵ Und zwar nicht nur, weil diese Komplexität reduzieren,³⁶ sondern auch und vor allem weil, wie *Schünemann* wiederholt hervorgehoben hat, wir ohne sie gerade das Spezifische unserer

systematischen Tradition aufgeben würden,³⁷ nämlich die Gewährung einer kohärenten, gleichen und vorhersehbaren Behandlung in der größtmöglichen Anzahl von Fällen. *Ad multos annos!*

³¹ *Roxin* (Fn. 1), § 10 Rn. 45 ff.

³² *Roxin* (Fn. 1) § 11 Rn. 53 ff.

³³ *Pawlik* (Fn. 7), S. 212 f; dazu schon *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 264 ff.

³⁴ *Pawlik* (Fn. 7), S. 203, 205.

³⁵ So *Köhler* (Fn. 17), S. 236: „Unrechtstatbestand und Rechtfertigungsgrund stehen somit in einem logischen und sachlichen Verhältnis unterschiedlicher Stufen der Normkonkretisierung aus dem Rechtsverhältnis.“

³⁶ *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 15 ff., 19.

³⁷ *Schünemann*, in: *Schünemann u.a. (Fn. 2), S. 1 (2 ff.); ders., GA 2006, 378 ff.*