

GEDANKEN ZUR FINALEN HANDLUNGSLEHRE

Rolf Dietrich Herzberg

Professor für Strafrecht. Ruhr-Universität Bochum

HERZBERG, Rolf Dietrich. Gedanken zur finalen Handlungslehre. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, Nr. 10-01vo, p. 01:1-01:31. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01vo.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-01 (2008), 2 feb]

ZUSAMMENFASSUNG: Der Autor analysiert und bestreitet die Hauptthesen der finalen Handlungslehre, ihre Begründung sowie ihre Kohärenz. Insbesondere wird die Identität zwischen Vorsatz und Handlungswille, sowie die Kohärenz zwischen der Annahme des bedingten Vorsatzes und der Bestimmung des Vorsatzes als auf die Verwirklichung des Tatbestandes bestimmte Zwecksetzung, in Frage gestellt. Der Verfasser bestreitet zudem, dass die Verlagerung des Vorsatzes in den Unrechtstatbestand und die Verletzung einer Sorgfaltspflicht als Tatbestandselement in den Fahrlässigkeitsdelikten als aus einem

finalistischen Handlungsbegriff abgeleiteten Auswirkungen zu betrachten sind. Desweiteren ist der Verfasser der Meinung, dass aus einem finalistischen Handlungsverständnis die strenge Schuldtheorie keinesfalls zu entnehmen ist, deren Ergebnisse er im Übrigen ablehnt. Schliesslich bestreitet Herzberg nicht nur die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit, die Teilnahme ausschliesslich auf den Bereich der vorsätzlichen Taten einzugrenzen, sondern auch die Abwehr eines Teils der Strafrechtslehre, einzugestehen, dass die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ein allgemeines Erfordernis des Unrechts sowohl in den vorsätzlichen als auch in den fahrlässigen Delikten darstellt.

STICHWORTE: Finale Handlungslehre, bedingter Vorsatz, objektive Zurechnung, strenge Schuldtheorie, Teilnahme an Fahrlässigkeitsdelikten

Veröffentlichungsdatum: 2. Februar 2008

*INHALT: I. Rückblick. II. Finalität und Willentlichkeit. III. Handeln und Unterlassen: das Gemeinsame aller Delikte. IV. Handlungswille und Vorsatz: Identität oder Parallelität? V. Neubestimmung des Vorsatzes im Sinne wirklicher Finalität? VI. Inkonsequente Anerkennung des *dolus eventualis*. VII. Kritik. VIII. Auswirkungen und Erkenntnisgewinne? 1. Fahrlässigkeitsdelikte. 2. Abenteuerlicher Kausalverlauf. 3. Die Verlagerung des Vorsatzes im Deliktsaufbau. 4. Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat. A) Die Argumentation. B) Erwiderung. 5. Erlaubnistatbestandsirrtum und strenge Schuldtheorie. IX. Zusammenfassung*

I. Rückblick

Mit der Straftatvoraussetzung „vorsätzlich“ hat sich die Juristengeneration, der wir beide angehören, *Karl Heinz Kunert* und ich, erstmalig während des Studiums in den fünfziger Jahren des vorigen Jahrhunderts befassen müssen. Diese Begegnung war damals eine ganz eigentümliche. Der Student gewann den Eindruck, dass es sich hier keineswegs um ein gewöhnliches Gesetzesmerkmal handelte, vergleichbar anderen Voraussetzungen, auf die es für einen Anspruch oder eine Strafbarkeit ankommt, etwa Eigentum, Erklärungswille, Urkunde oder Habgier. Denn sein Studium fiel in die Hoch- und Blütezeit der „finalen Handlungslehre“, deren Hauptthema eben der Vorsatz als angebliches Finalitätsphänomen war, und wer unter Kommilitonen bei anspruchsvollen Diskussionen mitreden wollte, der musste im Streit um diese Lehre bestimmte Wendungen beherrschen und so tun, als ob er die Dinge durchschaue und einen Standpunkt habe. Die meisten hatten die einschlägigen Fremdwörter und fremdartigen Ausdrücke vorher nie gehört und verstanden nur undeutlich die damit angefüllten Aussagen. Aber man war beeindruckt und mancher hatte zum ersten Mal das stolze Gefühl, Jünger einer wirklichen Wissenschaft zu sein und in einem bedeutenden Meinungskampf Stellung zu beziehen. „Zu meiner Studienzeit“, so hat *Roxin* 2002 auf einem Kongress in Neapel vorgetragen, „stand der Finalismus in seiner Hochblüte. Und ich will gern bekennen, daß es die Faszination durch diese Schule war, die mich zum Strafrechtler gemacht hat“.¹

Worum ging es und was versuchte man als Student zu verstehen? Man hörte oder las, dass – entgegen der immer noch herrschenden „kausalen Handlungslehre“ – der Vorsatz keine „Schuldform“ und darum im Deliktsaufbau nicht erst bei der Schuld einzuordnen, sondern ein „essentielles Unrechtselement“ sei und allein der „finale Handlungsbegriff“ die „seinsmäßige“ oder „ontologische“ Grundlage der Unrechtslehre abzugeben vermöge (was hieß das: „ontologisch“?). Da war die Rede vom „Kausal-“ und „Finalnexus“ (was war das, ein „Nexus“?), vom Vorsatz als der „finalen Überdetermination von Kausalverläufen“ („Überdetermination“?) oder des „objektiv gestaltenden Faktors“ der Handlung, weshalb er ein „Wesenselement“ schon der Handlung und damit des Unrechts darstelle. Angeblich war er „vorgegeben“ kraft des „in den Strukturen des Seins unverrückbar festgelegten Wesens der Handlung“, und auch der Gesetzgeber hatte das zu beachten: Er „ist nicht etwa nur an die Gesetze der physischen Natur gebunden, sondern muß auch bestimmte sachlogische Strukturen im Objekt seiner Regelung beachten, widrigenfalls seine Regelung notwendig falsch wird. So ist vor allem die ontologische Struktur der Handlung jeder Bewertung und Regelung vorgegeben...Die Struktur der menschlichen Zwecktätigkeit und die Funktion des Vorsatzes in ihr kann auch der Gesetzgeber nicht ändern, sondern (er) muß, wenn er sie normieren will, in seiner Regelung an sie anknüpfen, widrigenfalls er das Regelungsobjekt verfehlt.“²

¹ Festschrift f. Androulakis (2003), S. 574.

² *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. (1962), S. 197.

Der Vorwurf traf selbstverständlich auch alle, die bei der Deutung des *geltenden* Rechts die Einsichten der finalen Handlungslehre missachteten oder bestritten. Sie mussten eben, im Maße ihrer Missachtung, die Wahrheit verfehlen. Angesichts solch aggressiver Herausforderung der Nichtanhänger mag es verwundern, welche Entwicklung der Streit genommen hat. Man kann einerseits nicht sagen, dass sich das Vorbringen einer Seite durchgesetzt und den Streit entschieden hätte. Immer noch wird die finale Handlungslehre hier verworfen und dort verfochten, mitsamt gewissen Rechtsaussagen, die aus ihr folgen sollen. Man kann aber andererseits auch nicht sagen, dass der Streit noch aktuell sei, und ein Kongress zum Thema „Finalismus“, wie 2002 in Neapel veranstaltet, fände in Deutschland heute kein Echo mehr. Der Streit ist erstarrt, oder, vielleicht ein passenderes Bild, er ist im Sande verlaufen. Gewiss, es erscheinen bei uns auch heute noch Aufsätze, die *Welzels* Lehre entweder als unwiderlegt, richtig und fruchtbar verteidigen oder umgekehrt sie in ihren zentralen Thesen für unhaltbar erklären.³ Aber die jeweiligen Argumente sind alt und repetitiv. Meistens in Festschriften versteckt, erreichen die Wiederholungen auch nur wenige Leser. Stichproben in der mündlichen Prüfung haben mir gezeigt, dass die Studenten heute mit dem Namen der Lehre und leider auch mit dem ihres Begründers nichts oder fast nichts verbinden. Eine Kandidatin, befragt nach der „finalen Handlungslehre“, äußerte die Vermutung, es gehe vielleicht um eine Theorie des menschlichen Handelns, die für sich beanspruche, die Dinge vollkommen zu durchschauen und der Diskussion ein Ende zu setzen. Das ist übrigens sprachlich klüger gedacht, als man dies den Namensgebern zugestehen kann, denn die Befragte bezog das Adjektiv „final“ korrekterweise auf das Grundwort im Kompositum, d.h. auf die *Lehre*, während *Welzel* doch die *Handlung* (sprachlich das Bestimmungswort) als von Finalität geprägt kennzeichnen wollte. Genau besehen ist also „die finale Handlungslehre“ eine sprachliche Misserschöpfung, vergleichbar dem kleinen Kindergeschrei, dem geräucherten Fischliebhaber, dem siebenköpfigen Familienvater, der befruchteten Eiertötung.

Was nun die Sache selbst, die inhaltlichen Aussagen des Finalismus betrifft, so ist natürlich auch meine kritische Betrachtung allenfalls von theoretischem Interesse. Aber diesem Interesse kann ich vielleicht in besonderer Weise dienen, weil ich mich am Streit bislang nicht beteiligt habe und ganz unbefangenen Blickes meine Erwägungen anstellen kann.

³ Beides findet sich in der Festschrift f. Androulakis (2003); man lese den apologetischen Beitrag von *Hirsch* über „Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des ‘Finalismus’“, S. 225-249, und *Roxins* kritische Studie über „Vorzüge und Defizite des Finalismus – eine Bilanz“, S. 573-590. Vgl. auch die beiden einschlägigen Beiträge in der Festschrift f. Eser (2005): *Enrique Bacigalupo*, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, S. 61-75; *José Cerezo Mir*, Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, S. 101-113; philosophisch-tiefgründig *Santiago Mir Puig*, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (2005), S. 77-103.

II. Finalität und Willentlichkeit

Der Ansatz der finalen Handlungslehre ist bekanntlich eine Grundlegung, die *Hirsch* mit den folgenden Sätzen leistet: Der „*Handlungsbegriff*...ist ein Zentralbegriff, weil es bei den Delikten um Verstöße gegen Verbote oder Gebote geht und Gegenstand beider Normarten Handlungen sind. Das Verbot untersagt eine Handlung, das Gebot fordert sie.“Die Handlung nun zu definieren als „auf einem bloßen Willensimpuls...beruhende Erfolgsverursachung“ verwandle den Handlungsbegriff in ein „strafrechtliches Kunstprodukt“. *Welzel* habe sich dagegen gewandt und in Erinnerung gebracht, „daß zur Handlung die auf objektive Verwirklichung gerichtete Intention, also der sie überspannende Willensinhalt, gehört: zu einer Tötungshandlung beispielsweise der Tötungswille“. ⁴ Hinzu füge ich die pointierte Feststellung des Finalisten *Jürgen Weidemann*: „Ebensowenig wie die fahrlässig Gift injizierende Krankenschwester eine Tötungshandlung vornimmt, begeht der Kraftfahrer, der...ein Stoppschild übersieht, eine Vorfahrtsverletzung“, und das jeweils gegebene Fahrlässigkeitsdelikt solle man besser nicht als „fahrlässige Handlung“ bezeichnen, weil dies „ein in sich widersprüchlicher Begriff“ sei. ⁵

Ich stelle mir nun einen Studenten vor, der sich danach richten will; etwa bei der Lösung des Falles, dass ein Gast heimlich ein Buch der Gastgeberin einsteckt, weil er es für das verliehene eigene hält, und anschließend, beim Helfen, auch noch Sektgäser zerstört, weil sie ihm vom Tablett rutschen. Der Student könnte mit Blick auf die §§ 242, 303 StGB sagen, hier fehle es schon an der Basisvoraussetzung, die der „Handlungsbegriff“ aufstelle. Der Gast wolle ja gar kein fremdes Buch wegnehmen und wolle gar keine Gläser zerstören, er habe, ich zitiere wieder *Hirsch*, keinen „auf das objektive Geschehen inhaltlich gerichteten Willen“, wie ihn nach *Wetzels* richtiger Lehre „das Vorliegen einer Handlung erfordere“. ⁶ Nun, es ist klar, dass *Hirsch* und *Weidemann* sich über diese Gefolgschaft nicht freuen könnten und sich für missverstanden erklären müssten. Sie würden den Nachwuchsfinalisten belehren, dass auch in ihrem Sinn eine „Handlung“ vorliege, denn der Täter habe final sein Tun auf das Ergreifen und Einstecken eines Buches bzw. auf das Transportieren von Sektgäsern hin gesteuert. Diese Einbeziehung der – wie *Weidemann* sie nennt – „guten“ Finalität in den Handlungsbegriff ist schlechterdings notwendig, denn auch die Finalisten müssen sich ja einstellen auf die Möglichkeit der Fahrlässigkeitshaftung, mag diese auch bei näherem Studium des Gesetzes, weil es die Strafe auf Vorsatz beschränkt, entfallen. Schlicht und anschaulich sagt *Weidemann* es so: „Wer statt des

⁴ (Fn. 3) S. 228. Vgl. auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), S. 130: „Es geht hierbei darum, die Überlegung dogmatisch umzusetzen, daß ein Willkürakt ohne Blick auf seinen Inhalt ein Kausalfaktor wie jeder andere auch ist und deshalb zur Bestimmung dessen, was eine Normwidrigkeit ist, nichts beiträgt. Es ist sinnlos, Normen an Kausalfaktoren zu adressieren ...“

⁵ *Weidemann*, GA 1984, 420, 423. Die letzte Aussage ist mir nicht verständlich. „Die fahrlässig Gift injizierende Krankenschwester“ *handelt*, und sie tut es, wie *Weidemann* selbst sagt, „fahrlässig“. Das hier adverbial gebrauchte Adjektiv kann aber selbstverständlich auch attributiv verwendet werden: die fahrlässige Injizierhandlung.

⁶ *Hirsch*, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (1988), S. 401.

Hasen versehentlich den Treiber trifft, begeht keine finale Tötungshandlung. Damit ist aber nicht gesagt, daß er überhaupt nicht handelt. Der Handlungscharakter entfällt nicht deshalb, weil die 'böse' Finalität, der Tötungsvorsatz, fehlt, denn eine Finalität ist vorhanden, nämlich die Zielsetzung, den Hasen zu schießen.⁷ Die Belehrung des Studenten müsste also lauten, dass unter beiden Aspekten, Diebstahl wie Sachzerstörung, die erste Tatbestandsvoraussetzung sehr wohl erfüllt sei, weil der Gast „final gehandelt“ habe; seine Straflosigkeit folge erst aus dem Fehlen des Vorsatzes und daraus, dass „das Gesetz fahrlässiges Handeln“ weder da noch dort „mit Strafe bedroht“ (§ 15 StGB).

Wer sich die jedenfalls beim *Handlungsmerkmal* und im *objektiven* Tatbestand gegebene gänzliche Übereinstimmung von kausaler und finaler Handlungslehre vor Augen führt, fragt sich, worauf die Finalisten eigentlich den Anspruch stützen, „das Wesen der menschlichen Handlung“ tiefer zu erfassen und treffender zu bestimmen,⁸ und warum sie den Kausalisten kritisch vorhalten, sie böten als Handlungsbegriff „ein strafrechtliches Kunstprodukt, nämlich eine auf einem bloßen Willensimpuls, gleichgültig welchen Inhalts, beruhende Erfolgsverursachung“. ⁹ Wenn ein *Willensimpuls* eine körperliche Bewegung auslöst, etwa ein Sprechen, das Einstecken eines Buches, das Vorwärtsgehen mit Sektkläsern, das Einschlagen des Lenkrades, das Krümmen des Fingers am Abzug, dann *will* die Person mit dieser Bewegung etwas, z.B. jemandem etwas mitteilen oder nach links abbiegen, sie verfolgt ein Ziel, wie unbedeutend es auch sei, und also ist, hochtrabend gesprochen, das äußere Geschehen „final überdeterminiert“, wenn auch vielleicht nur ein Stück weit und nicht einschließlich aller Folgen, die die Bewegung verursacht. Mir scheint *Roxins* Kritik an dieser Stelle vollkommen zutreffend: *Welzels* These, „daß jede menschliche Handlung in der finalen Überdetermination eines Kausalverlaufs besteht“, entzieht „dem Zugriff des Strafrechts nicht mehr Verhaltensweisen“, als andere Handlungslehren es tun. „Denn...auch die Finalisten (sehen) fahrlässige Taten als Handlungen und damit als möglichen Gegenstand strafrechtlicher Sanktionierung an, weil der Wille des Täters auf irgendein Ziel, wenn auch nicht auf das der Tatbestandsverwirklichung, gerichtet ist“. ¹⁰

III. Handeln und Unterlassen: das Gemeinsame aller Delikte

Dies klargestellt und in Sicherheit gebracht, muss nun freilich der Zweifel tiefer dringen und sich gegen *alle* Lehren richten, die, nimmt man sie beim Wort, von den *körperlichen* Vorgängen und Bewegungen allein die *Handlungen* „als möglichen Gegenstand strafrechtlicher Sanktionierung“ anerkennen. „Handlung“ nennen wir einen körperlichen Vorgang herkömmlicherweise nur, wenn ihn der Inhaber des Körpers *willentlich steuert*. Die Willentlichkeit ist ein Merkmal des Handlungsbegriffs.

⁷ GA 1984, 410.

⁸ Vgl. *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik (1990), S. 59.

⁹ *Hirsch* (Fn. 3), S. 228.

¹⁰ (Fn. 1) S. 586.

Handlung, heißt es im Lexikon, ist „eine reflektierte, willentliche Tätigkeit, die auf Gestaltung der Wirklichkeit gerichtet ist“. ¹¹ Nicht einleuchtend finde ich demgegenüber *Mir Puigs* antifinalistische These, der Begriff „menschliche Handlung“ umfasse, jedenfalls außerhalb der „Verbrechenslehre“, „nicht nur finale, sondern auch nichtwillentliche Handlungen“. ¹² Der Autor wird dabei wohl kaum den Alltagsfall im Auge haben, dass bei einem Willensakt das Verursachte über das Gewollte hinausgeht, etwa die Zerstörung eines Weinglases infolge erregten Gestikulierens. Hier ist eben das Gestikulieren die finale, willentliche Handlung. Damit es an einer solchen fehle, muss ungewollt schon das Ausgangsgeschehen, d.h. die *Körperbewegung* sein. Auch solch einen Vorgang nun in den Handlungsbegriff einzubeziehen, was *Mir Puig* anscheinend tut, kann ich nicht richtig finden. Das Zu-Boden-Stürzen ist *auch alltagssprachlich* nur dann eine Handlung, wenn der Stürzende wie ein Torwart seine Bewegung will. Will er sie nicht und erleidet er sie nur als Kollaps oder Krampfanfall, dann ist sie ein Geschehen und jedenfalls nach deutschem Sprachgebrauch keine „Handlung“. *Mir Puig* gibt zu bedenken: „Gerade die linguistische Möglichkeit des Ausdrucks ‘nichtwillentliche Handlung’ zeigt, dass er verwendet werden kann, ohne den Sinn dieser Worte zu verdrehen“. Linguistisch möglich ist auch das „hölzerne Eisen“. Trotzdem verbietet es sich, dem Begriff „Eisen“ Hölzer einzuverleiben, etwa besonders harte wie das Eben- oder das Eisenholz.

Unzutreffend ist aber nun der verbreitete Lehrsatz, unwillkürliche Körpervorgänge seien rechtlich ohne Belang, sie könnten den Betroffenen nicht haftbar machen. Der plötzliche Austritt von Blut aus der Nase und der von Komik erzeugte Reiz, laut loszulachen, *widerfahren* uns und sind von keinem Willen gesteuert. Das Bluten und das Lachen werden aber strafrechtlich relevant, wenn die Folge etwa die Befleckung eines fremden Sofas (§ 303 StGB) oder die Störung einer Bestattungsfeier (§ 167 a StGB) ist. Es liegt auf der Hand, dass man dann das Delikt nicht mit der Begründung verneinen kann, der körperliche Vorgang sei unwillkürlich, er sei nicht final gesteuert und keine Handlung im strafrechtlichen Sinne. Nicht auf die Handlungsqualität kommt es an, sondern darauf, ob der Betroffene den körperlichen Vorgang, etwa durch Verlagerung oder Unterdrückung, so beeinflussen kann, dass der Erfolg ausbleibt. Darum widerspreche ich *Stratenwerth*, der von *jeder* Handlungslehre glaubt fordern zu müssen, dass sie „Reaktionen“ ausgrenze, „die unmittelbar durch einen das Nervensystem treffenden Reiz ausgelöst werden und, als bloße Reflexe, von vornherein keine strafrechtliche Haftung begründen können“. Das können sie durchaus, sie müssen nur beeinflussbar, in ihren Auswirkungen zu entschärfen sein. Zustimmung verdient also *Stratenwerths* zweite, zur ersten nicht passende These, dass „strafrechtliche Haftung...schon anknüpfen kann an die bloße *Fähigkeit* des Menschen, Geschehensabläufe in bestimmten Grenzen zu steuern und zu beherrschen“. ¹³ Gewiss, der Autor denkt hier nur an den Täter des klassischen

¹¹ *Brockhaus*, Die Enzyklopädie in 24 Bänden, Bd. 9 (2001), Stichwort „Handeln“, S. 448.

¹² (Fn. 3) S. 92 f.

¹³ *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2000), §6 Rdnrn. 7, 8; unverändert beibehalten in *Stratenwerth/Kuhlen*, 5. Aufl. (2004). *Stratenwerth* folgend *Cerezo Mir* (Fn. 3), S. 111; in der Sache übereinstimmend auch *Mir*

Unterlassungsdelikts, den Mann etwa, der, obwohl er es könnte, sein Kind oder seinen Hund nicht davon abhält, ein fremdes Sofa zu beschädigen oder eine Bestattungsfeier zu stören. Aber der Schluss vom einen aufs andere ist zwingend: Wer für Kind und Hund rechtlich einzustehen hat, hat es auch und erst recht für die Gefahrquelle seines eigenen Körpers, mag dieser nun durch *Handeln* oder *andere unterdrückbare Vorgänge* wie Bluten oder Lachen den tatbestandlichen Erfolg hervorzubringen drohen.

Der letzte Schritt, den wir noch tun müssen, deutet sich damit an. Es gilt, die „Handlung“, die „final gesteuerte Zwecktätigkeit“ (*Weidemann*) *gänzlich* zu entthronen und sie nicht länger (mit *Hirsch*) als den „Zentralbegriff“ des Strafrechts anzusehen. Denn auch im Paradefall der finalen Handlungslehre, dem aktiv-absichtlichen Herbeiführen des tatbestandlichen Erfolgs, etwa durch Ergreifen eines Steines und gezieltes Werfen in eine Fensterscheibe, ist das *Entscheidende* nicht diese „finale Handlung“. Was die Haftung wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung bereits begründet, ist ein der Handlung innewohnendes *Versäumnis*, nämlich dass der Täter wissentlich den Schadenserfolg nicht abwendet, der aus einer Gefahrquelle seiner besonderen Zuständigkeit hervorgeht. Denn wie er bei seinem Kind für die Vermeidung solcher Erfolge „rechtlich einzustehen“ hat, so noch deutlicher bei seiner eigenen Person. Geht es um Nasenbluten auf fremdem Sofa, ist das jedem sofort klar, geht es aber um Steinewerfen gegen fremde Fensterscheiben, dann wird das Nichtvermeiden von der final-aktiven Handlung überlagert und verdeckt, weshalb der Blick der meisten an der Handlung gleichsam hängen bleibt. Und dieser kleine, scheinbar so unbedeutende Mangel an Eindringlichkeit des Blicks ist der Grund, weshalb es der h.L. bis heute nicht gelingt, die Handlungs- und die Unterlassungsdelikte begrifflich und systematisch zu vereinen. Denn man erfasst nicht den gemeinsamen Nenner, den ein *Versäumnis* bildet: Ob Unterlassungs- oder Handlungsdelikt, jeder Straftäter versäumt, etwas zu leisten, was das Recht von ihm fordert. Dass das etwa für ein Delikt wie die unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB) zutrifft, muss ich nicht erklären. Es gilt aber ebenso z.B. für die Vergewaltigung (§ 177 StGB). Auch ihr Täter leistet nicht das ihm vom Recht Auferlegte. Denn er hat bestimmte Gefahrquellen zu kontrollieren, insbesondere seine eigene Person zu zügeln und von Aggressionen abzuhalten, und daran lässt er es fehlen. Ist Frucht des Versäumnisses die eigene deliktische Handlung, dann hat das Versäumnis freilich besonderes Gewicht, sodass keine Strafmilderung in Frage kommt. Wer zulässt, dass sein eigenes aktives Tun den Erfolg herbeiführt, wird normal bestraft, wer es entgegen seiner Einstandspflicht auf anderem Weg zum Erfolg kommen lässt, kann sich auf § 13 Abs. 2 StGB berufen.

Die Finalisten finden sich demgegenüber damit ab, dass ihr Handlungsbegriff untauglich ist, „das allen strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen *Gemeinsame*... zu umschreiben, also den *Oberbegriff* dieser Verhaltensweisen zu bilden.“¹⁴

Puig (Fn. 3), S. 94 f.

¹⁴ *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 13), § 6 Rdnr. 9. Auf diesen Mangel zielte von Anfang an die Kritik, der die Finalisten durch den Rückzug von anspruchsvolleren Positionen inzwischen Rechnung tragen; vgl. die lehrreiche Darstellung bei *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 8 Rdnrn. 17-26.

Allgemeingültigkeit nehmen sie aber immerhin insofern in Anspruch, als „die hinter den Unterlassungsdelikten stehenden Gebote...ebenfalls eine Handlung in dem vom Finalismus herausgearbeiteten Sinne zum Gegenstand“ haben; denn was man zur Erfüllung des Gebotes leisten müsse, sei stets eine finale Handlung.¹⁵ Ich bestreite das. Mir scheint zunächst die von dieser Lehre betonte Unterscheidung zwischen Verbot und Gebot unergiebig und die damit meist verbundene Annahme eines Entweder-oder sogar irreführend. Ein Rechtsbefehl ist immer beides, denn er fordert das eine so gut wie das andere: das Gute zu leisten, das Schlechte zu meiden. Vorsicht beim Autofahren ist geboten, unvorsichtiges Fahren verboten. Der Vorsitzende, der den Zuhörern das Reden verbietet, gebietet ihnen zu schweigen. § 176 Abs. 1 StGB enthält das Verbot der sexuellen Handlungen und das Gebot, der Versuchung zu widerstehen. § 323 c StGB gebietet Hilfeleistung und verbietet, was sie unmöglich macht, z.B. das Weglaufen vom Unglücksort. Wo der Gebotsaspekt im Vordergrund steht und man von „Unterlassungsdelikten“ zu sprechen pflegt, ist das Gebotene natürlich fast immer eine Tätigkeit, weil man ohne sie das Erwünschte meistens nicht bewirken kann. Aber ausnahmsweise kann man es eben doch, z.B. durch schlichtes, vollkommen passives Anwesendbleiben bis zur Rückkehr eines anderen Angehörigen, wenn genau dies die rechte Maßnahme ist zur Abwendung des Selbstmordes, den die Ehefrau in akuter Depression sonst beginge.

Sowenig wie das passive Verweilen bewertet man im Strafrecht als Handlungen die *mentalen* Aktivitäten, obwohl sie doch oft geradezu bestehen in Zielsetzung und willentlicher Steuerung: Nachdenken zwecks Lösung eines Problems, Ringen um einen Entschluss, Sich-etwas-Vorstellen, um Lust oder Freude zu gewinnen. Diese Verneinung des Handlungscharakters ist natürlich Definitionssache und nicht, wie *Welzel* mir vielleicht erwidert hätte, kraft der „ontologischen Struktur der Handlung jeder Bewertung vorgegeben“. Folgt man aber der herkömmlichen Sicht, dass rein geistliche Anstrengungen nicht zu den „Handlungen“ gehören, dann finden sich auch hier Leistungen ohne Handlungscharakter, die Schlimmes abwenden und darum rechtlich geboten sein können. So läge es etwa, wenn der von Komik zum Lachen Gereizte die Störung der Bestattungsfeier bei gutem Willen doch noch abwenden könnte, indem er sich „mit Gewalt“ ablenkt und intensiv an etwas Trauriges denkt.

IV. Handlungswille und Vorsatz: Identität oder Parallelität?

Ich rekapituliere: Abweichung von den Lösungen, die auf der Grundlage anderer Lehren erzielt werden, bewirkt jedenfalls nicht der *Handlungsbegriff* des Finalismus. Das Lenkrad drehen und in eine Seitenstraße abbiegen ist für alle ein Handeln, und es ist nur im Ausdruck ein Unterschied, ob man es mit der Finalität, der Intentionalität oder der Willentlichkeit des Drehens begründet. Wer will, will *etwas*, und dieses Etwas verfolgt er als Ziel. Hat nun das Einschlagen des Lenkrades den Tod eines auf die Straße laufenden Kindes zur Folge, so mag die finale Handlungslehre den Terminus

¹⁵ *Hirsch* (Fn. 3), S. 244.

„Tötungshandlung“ ablehnen, weil der Fahrer nur das Abbiegen und nicht den Tod bezweckt hat. Eine *Handlung* des Fahrers, die den Tod eines Menschen verursacht hat und im Fahrlässigkeitsfall Strafe nach § 222 StGB begründet, würde der Finalist aber selbstverständlich bejahen, wie er auch den objektiven Tatbestand des § 212 StGB erfüllt sähe. Verneinen würde er unter dem Aspekt des Totschlags nicht die finale Handlung, sondern, getrennt davon und erst im subjektiven Tatbestand, den Vorsatz.

Mit dieser Sicht ist nun der zentrale Lehrsatz des Finalismus unvereinbar. *Welzel* hat ihn immer wieder vorgetragen, z.B. im Lehrbuch, als knappe Überschrift sowohl – „Der Vorsatz als finales Handlungsmoment“ – wie als wichtige These: „Vorsatz im strafrechtlich-technischen Sinne“ ist „der Handlungswille“, der sich „auf die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes richtet“. ¹⁶ In *Hirschs* Formulierung lautet er, „daß der Vorsatz des Begehungsdelikts...mit dem Handlungswillen identisch“ sei. ¹⁷ Dasselbe sagt *Weidemann*, der beim Vorsatzdelikt Handlungswillen und Finalität mit dem auf den tatbestandsmäßigen Erfolg gerichteten Vorsatz gleichsetzt und in ihm den „Steuerungsfaktor“ und „das gestaltende Element des äußeren Geschehens“ sieht. ¹⁸ Dem ist zu widersprechen. Auch für den Finalismus gilt nach seiner eigenen Logik, dass der „Handlungswille“ zu sehen ist im Willen, das Lenkrad zu drehen und das Auto in die Seitenstraße zu steuern. Denn dieser Wille trägt ja die schon für § 222 StGB unerlässliche Annahme, dass die Körperbewegung eben „willentlich“ war, von „Finalität“ geprägt, dass der Fahrer mit ihr einen Zweck verfolgte. ¹⁹ Wenn der Student mit Blick auf § 212 StGB vor der Frage des Vorsatzes steht, dann hat er bereits herausgestellt, dass die todesursächliche Körperbewegung eine *finale Handlung* war. Ob er den Vorsatz dann bejaht oder verneint, für den „Handlungswillen“ und die „Finalstruktur“ spielt das keine Rolle mehr. Beleuchten wir das noch mit einem anderen Beispiel: Wenn der Gast beim Einstecken nicht sicher ist, ob das Buch ihm oder der Gastgeberin gehört, dann ist sein Diebstahlsvorsatz nicht ganz unproblematisch. Träfe nun die Identitätsthese der Finalisten zu, dann müssten wir uns schon im objektiven Tatbestand zur Klärung des Handlungswillens – als Untervoraussetzung der (Wegnahme-)Handlung – fragen, ob der Gast den deliktischen Vorsatz hatte. Das kann nicht stimmen. Der Vorsatz ist *nicht* identisch mit dem Handlungswillen. Für diesen genügt im Beispiel, dass der Gast – ob mit oder ohne Diebstahlsvorsatz – willentlich das Buch ergreift und einsteckt.

¹⁶ Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 64, 65.

¹⁷ (Fn. 3) S. 229. Die Identitätsthese ist für *Hirsch* fundamental und wird mehrfach wiederholt, wobei die Beschränkung auf das „Begehungsdelikt“ meistens fehlt; vgl. *dens.* (Fn. 6), S. 399, 401 (bei Wiedergabe der *Welzel*'schen Lehre); *ders.*, Festschrift f. Lampe (2003), S. 515, 524: „Während dieser konkrete individuelle Handlungswille beim vorsätzlichen Delikt mit dem auf die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz identisch ist ...“; *ders.*, ZStW 93 (1981), 831 (860): „Da nämlich beim Vorsatzdelikt der von der finalen Handlungslehre zugrunde gelegte Handlungswille (Finalität) mit dem Tatbestandsvorsatz identisch ist ...“

¹⁸ GA 1984, 410, 412, 419 (Fußn. 37).

¹⁹ Beiseite lasse ich hier den seltenen Fall, dass der Körpervorgang nicht willensgesteuert war, aber dennoch Haftung begründet, weil der Betroffene die Schadensauswirkung hätte vermeiden können (Bluten, Erbrechen, Stolpern).

Was aber anstelle der unhaltbar beanspruchten Identität in Frage kommt und den Finalisten vielleicht auch vorschwebt, ist *Parallelität* und *Entsprechung*. Ich will das erklären. Wenn wir uns für einen Lebenssachverhalt fragen, ob jemand durch Handeln ein Tötungsdelikt begangen hat, dann bejahen wir die Handlung, also auch die Finalität, weil sie als zielgerichteter Wille dazugehört, meist ganz beiläufig und nahezu unbewusst im Rahmen der Kausalität. Der Fahrer hat das Lenkrad gedreht, ist nach rechts abgebogen und hat dadurch den Unfalltod des Kindes verursacht. Dass seine Körperbewegung nicht – wie vielleicht bei einer Herzattacke – reflexhaft, sondern willentlich war, dass sie einen Zweck verfolgte, eben den des Abbiegens, gibt der Sachverhalt vor und ist der Erwähnung nicht wert. So ist mit der schnellen Feststellung der erfolgsursächlichen Handlung das Finalitätserfordernis erledigt, und die Fallbetrachtung kann sich dem eigentlichen Problem widmen: Lag die Handlung im Spielraum des erlaubten Risikos oder war sie eine fahrlässige oder gar eine vorsätzliche Tötung?

Welzel selbst ist einmal nahe daran, seine Lehre im Kern zurückzuführen auf die Banalität der Aussage, dass zur Handlung das Wollen eines Geschehens gehöre. Denn um Widerstand aufzulösen, bietet er an, man möge doch, wenn das besser gefalle, die finale Handlungslehre umbenennen: „Lehre von der Handlung als einem vom Willen gesteuerten und gelenkten Geschehen.“²⁰ Gewiss, das Geschehen des Abbiegens ist nur dann Handlung, wenn ein Wille es steuert und lenkt. Aber wenn der Finalismus nicht mehr zu bieten hätte, als uns über ein allgemein und immer schon anerkanntes Erfordernis innerhalb des Handlungsmerkmals zu belehren, dann wäre der ganze Wesensbeschreibungsaufwand von wegen „Strukturen des Seins“, „Finalnexus“, „Überdetermination“, „Steuerungsfaktor“, „gestaltendes Element des äußeren Geschehens“ usw. doch etwas unverhältnismäßig. Das hat natürlich auch *Welzel* gespürt, und deshalb hat er von Anfang an seiner Lehre *das Deliktsmerkmal des Vorsatzes* unterworfen im Glauben, dazu im Licht der Lehre neue Erkenntnisse zu gewinnen, zur Unterscheidung von Vorsatz und Unrechtskenntnis etwa oder zur Relevanz des Vorsatzes bei der Teilnahme. Als Vorsatz im weiteren Sinne verstand er schon den undeliktischen Handlungswillen. Wer handle, habe einen Vorsatz gebildet, d.h. sich etwas als Ziel „vorgestellt“ und verfolge nun dieses Ziel, etwa ein Glas zu füllen, einen Schuss abzufeuern oder mit dem Auto abzubiegen. Der deliktische Vorsatz sei nur ein besonderer Fall, insofern nämlich, als der Täter sich mit ihm eine Tatbestandsverwirklichung zum Ziel, zum *finis* setze. Der Vorsatz des Straftäters ist also nach *Wetzels* Lehre Finalität, aber *jede* menschliche Handlung setzt Finalität voraus und je nach Reichweite ist eine Körperbewegung als „Handlung“ anzuerkennen. Sie kann etwa eine Fingerkrümm-, eine Schieß-, eine Tötungshandlung sein. *Hirsch* betont, dass *Welzel* damit nur das alte, richtige Verständnis „in Erinnerung“ gebracht habe: Zur Handlung gehöre „die auf objektive Verwirklichung gerichtete Intention,

²⁰ (Fn. 16) S. 131.

also der sie überspannende Willensinhalt ..., zu einer Tötungshandlung beispielsweise der Tötungswille“.²¹

V. Neubestimmung des Vorsatzes im Sinne wirklicher Finalität?

Diese Grundlegung eröffnete dem Finalismus die Möglichkeit einer Neubestimmung des Vorsatzes, die es verdient, ernsthaft bedacht zu werden. Denn die Lehre lautet, dass der deliktische Vorsatz eine zweite Finalität sei und genau der primitiven ersten entspreche, die für jede Handlung zu fordern sei, z.B. dass die Tötungsfinalität parallel zur Fingerkrümmfinalität definiert werden müsse, d.h. als Streben hin zum vorgesetzten Ziel (finis), hier der Krümmung, dort der Tötung. Daraus hätten die Finalisten ableiten können, ja ableiten müssen, dass die Annahme deliktischen Vorsatzes zu beschränken sei auf Fälle *wirklichen* Wollens der Tatbestandsverwirklichung, also i.S. von *Absicht* und *Zweckverfolgung*. Denn darauf besteht man ja auch beim Erfordernis „Willentlichkeit der Körperbewegung“. Grimassieren, Spucken und Fluchen sind nicht schon dann ein Handeln, wenn man das Geschehen als Folge seiner Tourette-Krankheit mit Gewissheit vorausgesehen oder „billigend in Kauf genommen“ hat. Nein, man muss die Muskelbewegungen im strengen Sinne *gewollt*, d.h. sie beabsichtigt, darauf abgezielt usw. haben. Solch kühne Verengung des Vorsatzbegriffs hätte auch nicht schlecht gepasst zur Methodologie des Finalismus. „Es geht ihm darum“, sagt *Hirsch*, „daß die Gegenstände der rechtlichen Wertungen nicht normativistisch gebildet, sondern der Wirklichkeit entnommen werden und daß man innerhalb des normentheoretischen Systems ihre vorrechtlichen Strukturen und die sich daraus ergebende Sachlogik beachtet. Wenn beispielsweise das Gesetz von Anstiftung spricht, hat man sich erst einmal anzusehen, wie dieses Phänomen vorrechtlich strukturiert ist ...“²² Das ist zwar nicht jedermanns Glaube. Viele halten nichts von derartigem Ontologismus, bestreiten die Greifbarkeit „vorrechtlicher Strukturen“ und anerkennen keine „Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik“.²³ Aber auch der eingefleischte Normativist muss einräumen, dass *Hirschs* methodologische Forderung einen wichtigen wahren Kern hat und einer allgemein anerkannten ganz nahe kommt. Denn wie soll man beim Studieren von Gesetzestexten und Gesetzesbegriffen („vorsätzlich“, „Anstiftung“) der „vorrechtlichen Phänomene“ und „Strukturen“, die für das rechte Verständnis wichtig sind, anders habhaft werden als in Gestalt des „natürlichen“ oder „umgangssprachlichen Wortsinnes“? *Hirsch* erkennt z.B. beim Gesetzeswort „Anstiftung“ ein „Phänomen“, das „vorrechtlich strukturiert“ ist, und zwar in der Weise, „daß ihm die Hervorrufung eines betätigten Entschlusses wesenseigen ist“.²⁴ So mag man sich ausdrücken, aber man kann es auch schlichter sagen, und dann deckt sich die „vorrechtliche Strukturierung“ mit dem, was man nach dem allgemeinen Sprachgebrauch so unter

²¹ (Fn. 3) S. 228.

²² (Fn. 3) S. 227.

²³ So der Titel von *Küppers* Habilitationsschrift (1990).

²⁴ (Fn. 3) S. 227.

„Anstiftung“ versteht, was einem dabei als das Wesentliche erscheint: einen anderen zu einer bestimmten EntschlieÙung und Handlung zu bewegen. Ob nun im konkreten Fall hilfreich oder nicht, niemand bestreitet, dass bei der Gesetzesdeutung der „natürliche Wortsinn“, den man auch den „vorrechtlichen“ nennen kann, zu beachten ist. Und in Ansehung des Merkmals „vorsätzlich“ fällt er zweifellos (wenn auch m.E. nicht Ausschlag gebend) zugunsten der engen Deutung ins Gewicht, die man aus der Grundaussage der finalen Handlungslehre ableiten muss.

Betrachten wir den Fall des Polizisten, der dem vor ihm Flüchtenden, um ihn anzuhalten und festzunehmen, aus wenigen Metern tödlich in Kopf und Rücken geschossen hatte. Das Landgerichtsurteil lautete auf Totschlag. Der BGH verweist zurück, weil ihn die Begründung nicht überzeugt, und neigt eher zur Verneinung des Vorsatzes.²⁵ Immer wieder geht es in der Praxis um diese Konstellation: Der Täter will nicht den Tod, sondern nur die lebensgefährliche Handlung, womit er einen anderen, manchmal sogar guten Zweck verfolgt. Er erkennt, dass er eine unmittelbare Todesgefahr schafft, aber er hofft, dass nichts passiert (russisches Roulette) oder das Opfer nur verletzt wird (gezieltes Schießen zur Fluchtverhinderung). Das Schrifttum produziert ständig neue Formeln und typologische Unterscheidungen, um diesseits der vage gezogenen Grenze einen sog. „bedingten“ Vorsatz und jenseits das Fehlen von Vorsatz, d.h. lediglich „bewusste Fahrlässigkeit“ anzunehmen. Der BGH verfährt im Prinzip genauso, nur dass er viel stärker als das Schrifttum dahin neigt, unter Berufung auf das Dogma des „voluntativen“ Elementes im Vorsatzbegriff dem Angeklagten an der Bestrafung wegen vollendeten oder versuchten Totschlags vorbeizuhelfen.

Die Finalisten hätten sich nun von der eigenen Lehre aufgefordert fühlen müssen, hier einen scharfen Schnitt zu tun und an die Stelle verschwommener Gefühlsjurisprudenz eine klare, die Tendenz des BGH stärkende Rechtsaussage zu setzen. Denn ihr Fundamentalsatz lautet ja (ich zitiere *Geilen*): „Vorsätzlichkeit ist nur die auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Finalität“.²⁶ Oder bei *Welzel*: „Der strafrechtliche Vorsatz...ist...der auf Tatbestandsverwirklichung *abzielende*...Wille“.²⁷ Oder bei *Weidemann*: „Vorsatz ist nur die auf die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes gerichtete Finalität“.²⁸ Das ergibt eine schöne deutliche Konsequenz: Die Vorsatzhaftung scheidet jedenfalls für einen Täter aus, dem nur der sog. *dolus eventualis* angelastet werden kann. Denn auch bei Ernstnahme und billiger Inkaufnahme der Erfolgsgefahr fehlt ihm die *Finalität* im Hinblick auf die Verwirklichung des Tatbestandes. Der Polizist z.B. mag sich mit tödlicher Auswirkung „innerlich abgefunden“ haben, aber das *Ziel* seines Handelns war nicht der Tod, auf dessen Ausbleiben er vielmehr inständig hoffte, sondern eine Verletzung und die damit verbundene Fluchtverhinderung. Nur soweit reicht dann auch, im umgangssprachlichen Verständnis, sein „Vorsatz“; denn in welchem Wörterbuch man auch nachschlägt, die

²⁵ BGH NJW 1999, 2533.

²⁶ Strafrecht AT, 2. Aufl. (1976), S. 34.

²⁷ (Fn. 16) S. 64 (Hervorhebung bei *Welzel*).

²⁸ GA 1984, 418.

Bedeutung von „vorsätzlich“ wird überall mit dem Wort „absichtlich“ erklärt.²⁹ Für die kühne Verengung des Vorsatzbegriffs, die ich der finalen Handlungslehre als Konsequenz abfordere, hätte man also auch den „vorrechtlichen Wortsinn“ ins Feld führen können, ein Interpretament, das im Gegensatz zu den fragwürdigen „vorrechtlichen Strukturen des Seins“ sich allgemeiner Anerkennung erfreut.

VI. Inkonsequente Anerkennung des *dolus eventualis*

In der Sache spricht allerdings doch wohl mehr dagegen als dafür, den Vorsatzbegriff um den *dolus eventualis* zu schmälern. Man mag es loben, dass die Finalisten das stets stillschweigend anerkannt haben. Andererseits enttäuscht aber auch wieder ihr Mangel an Mut, die Konsequenz der eigenen Lehre als eine strafeinschränkende, von „vorrechtlicher Struktur“ oder besser: von der Umgangssprache gestützte Gesetzesdeutung zur Diskussion zu stellen. Hinzu kommt das un gute Bestreben, die Inkonsequenz möglichst verdeckt zu halten.

1. So streift *Welzel* den bedingten Vorsatz mit dem einen Satz: „Folgen, bei denen er damit *rechnet*, daß sie bei Vornahme seiner Handlung eintreten, muß er, wenn er die Handlung vornimmt, eventualiter mitverwirklichen wollen“.³⁰ Das lenkt ab vom wahren Befund. *Welzel* bejaht hier den Vorsatz entgegen seiner eigentlichen Definition, wonach ein „auf Tatbestandsverwirklichung *abzielender* Wille“ gegeben sein muss. Auch ist die Bejahung des Verwirklichungswillens eine Missachtung psychischer Gegebenheiten (oder meinetwegen auch: „ontologischer Strukturen“). Der Arzt, der aus Geldgier seinem Patienten das hohe Risiko der Operation verschwiegen hat und nun mit tödlichem Ausgang rechnet, ist dennoch allein vom Willen beseelt, den Tod zu vermeiden, und nicht gewillt, ihn zu „verwirklichen“.

2. *Hirsch* meint mit Blick auf „die Fälle des Eventualvorsatzes“ den Einwand bestätigen zu müssen, „daß menschliches Handeln nicht immer zweckgerichtet sei“.³¹ Das ist nicht recht verständlich. Weil ein Handelnder per definitionem etwas will, ist jedes Handeln zweckgerichtet, das harmlose Aufdrücken einer Tür so gut wie das lebensgefährliche Abdrücken einer Waffe. Vermutlich meint aber *Hirsch*, die *Dolus-eventualis*-Fälle bewiesen, dass auch Handlungen mit deliktischem Vorsatz nicht notwendig *abzielten* auf Tatbestandsverwirklichung und dann in dieser Beziehung das Wort „final“ nicht passe. *Hirsch* will nun die „Kritik am Finalismus“, die im Hinblick auf den bedingten Vorsatz „das Wort ‘final’ hervorgerufen“ habe, mit dem Satz entschärfen, es gehe „nur um eine terminologische Frage“, und er räumt lediglich ein, dass man „genauer...von Willenshandlung sprechen“ solle. Aber das wird der Kritik nicht gerecht. Sie besagt ja, dass die allgemeine Anerkennung des *dolus eventualis* die finale Handlungslehre *widerlege* oder, zurückhaltender gesagt, mit ihr *unvereinbar* sei. Denn deren Grundaussage ist nun einmal, dass Vorsatz „Finalität“ sei und speziell

²⁹ Vgl. etwa Duden, Bd. 10, Das Bedeutungswörterbuch, unter „vorsätzlich“: „ganz bewusst und absichtlich“; ausführlich *Jakob und Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch (1984), Bd. XXVI, Sp. 1440 ff.

³⁰ (Fn. 16) S. 68.

³¹ (Fn. 3) S. 238 (dort auch die in diesem Absatz folgenden Zitate).

deliktischer Vorsatz die *Tatbestandsverwirklichung* zum Finis, zum Ziel habe. „Vorsatz“, sagt *Weidemann*, „ist...die Finalität, die auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes gerichtet ist“.³² Das kann nicht stimmen, wenn z.B. einen Totschlagsvorsatz auch haben kann, wer mit seinem Schießen den Tod keineswegs bezweckt, sondern nur die Verletzung und Festnahme des Beschossenen.

3. *Küpper* hat dem bedingten Vorsatz, den die Finalisten sonst lieber nicht so genau betrachten, einen langen Aufsatz gewidmet.³³ In der Tradition seiner Schule lobt er darin mit ein paar Zeilen die finale Handlungslehre. Sie habe einen wichtigen Zusammenhang „am deutlichsten...formuliert: Zweckhaftes menschliches Handeln beruht darauf, daß die möglichen Folgen des Tätigwerdens vorhergesehen werden und das äußere Geschehen auf ein bestimmtes Ergebnis gelenkt, also ‘final überdeterminiert’ wird. Der Erfolg ist Bestandteil des Finalzusammenhangs; erst mit der Zielerreichung ist die Handlung (komplett) vollzogen“.³⁴ Nach dem Kontext ist klar, dass es hier um den deliktischen *Vorsatz* geht und mit „Ergebnis“, „Erfolg“ und „Zielerreichung“ die Verwirklichung des Tatbestandes gemeint ist. Das ist wieder die finalistische Wesensbeschreibung: der Vorsatz als Zweckverfolgung, als ein Lenken hin auf ein bestimmtes Ergebnis, als ein Streben nach dem Ziel des tatbestandlichen Erfolges, etwa dem Tod eines Menschen. Natürlich offenbaren *Küppers* Darlegungen zum eigentlichen Thema, dass die Wesensbeschreibung falsch sein muss. Der Vorsatztäter *kann* den Erfolg zum Ziel haben, aber für seinen Vorsatz spielt das keine Rolle, dieser ist schon gegeben, wenn der Täter aufweist, was für den *dolus eventualis* genügt. Indessen unterbleibt die Kritik, die ja zur Preisgabe des finalistischen Vorsatzverständnisses führen müsste. *Küpper* lässt dieses unangetastet und setzt es in keine Beziehung zu seinem eigenen Ergebnis, nämlich der These, dass die herkömmliche Eingrenzung des Vorsatzes zutrefte: Ein „Wollen“ des Erfolgs ist nicht nötig, es genügt das Fehlen von Vertrauen „auf den guten Ausgang“, das Sichabfinden „mit dem unbeherrschbaren Risiko des Erfolgseintritts“.³⁵

4. Vordergründig betrachtet verstrickt sich *Weidemann* in solche Schwierigkeiten nicht, weil er in seiner Studie „Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt“ den Eventualvorsatz und seine allgemeine Anerkennung mit keinem Wort erwähnt. Er bleibt bei einer einzigen Vorsatzkennzeichnung stehen, eben der des Finalismus, und spielt sie aus gegen die ihn rückständig dünkende der „herkömmliche(n) Lehre ... , bei der noch heute der Vorsatz mitunter nur als ‘Spiegelbild’ des äußeren Geschehens, nicht etwa als dessen Steuerungsfaktor angesehen wird“. Und dieser Gedanke durchzieht die ganze Abhandlung: Der Vorsatz als „aktiver Steuerungsteil“, als Finalität, die „dem tatbestandsmäßigen Erfolg gilt“, die Finalität wird zum Vorsatz, wenn „das von ihr angesteuerte Ziel strafrechtlich relevant ist“, „Vorsatz ist nur die

³² GA 1984, 414.

³³ Zum Verhältnis von *dolus eventualis*, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), 758-785.

³⁴ ZStW 100 (1988), 778.

³⁵ ZStW 100 (1988), 785.

Finalität, die auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes gerichtet ist“.³⁶ Dennoch, so eindeutig die Festlegung erscheint, ich glaube nicht, dass sie gewollt ist. Den Vorsatz nur zu bejahen, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung als Ziel und Zweck verfolgt, also nur bei Verwirklichungsabsicht, das ist zwar, wie gesagt, bedenkenswert; aber man kann diese Einschränkung nicht im Vorübergehen vornehmen und nicht ohne Auseinandersetzung mit der einhelligen Ansicht, dass Vorsatz *keine* auf Tatbestandsverwirklichung gerichtete Finalität voraussetzt.

VII. Kritik

In Wahrheit ist das Nichterwähnen wohl ein *Ignorieren* des *dolus eventualis*, worin sich das allgemeine Unbehagen der Finalisten ausdrückt. Es passt ihnen nicht in die Theorie und nicht ins Konzept, dass Deliktvorsatz auch haben können soll, wer den Erfolg mit seinem Handeln nicht als „Finis“ bezweckt, sondern gerade zu vermeiden sucht. Weil man sich nicht getraut, es anders zu sehen, akzeptiert man den *dolus eventualis* und verschweigt die Unvereinbarkeit oder behauptet ohne rechte Begründung die Vereinbarkeit mit der finalistischen Kernthese. Die Kritik hat darauf, wenn überhaupt, nur nebenbei und ohne Schärfe und Betonung hingewiesen. Es liegt aber tatsächlich so, dass den Finalismus nicht, wie meist vorgebracht, die Unterlassungs- und die Fahrlässigkeitsdelikte widerlegen. Insoweit kann er sich damit verteidigen (und hat es nach anfänglicher Selbstüberschätzung getan), dass er zum strafbaren Verhalten allgemeingültige Lehrsätze gar nicht aufstellen wolle, sondern sich auf Aussagen zur Begehungsform des *Handelns* und zum Vorsatz des *Handlungsdelikts* beschränke. Bei Letzterem hat er es aber nicht gewagt, konsequent zu sein und auf Finalität zu bestehen. Er hat vielmehr das Genügen des *dolus eventualis* anerkannt und müsste nun eigentlich die umgekehrte Konsequenz ziehen, d.h. er müsste *sich selbst* bestreiten. Aber das unterbleibt. Man wird einwenden, dies sei zu viel verlangt, das Beharren auf dem eigenen Standpunkt sei schließlich das Normale und eine Fehlsicht, die niemandem schadet, solle man tolerieren. *Hardtung* hat solches Verständnis in eine hübsche allgemeine Betrachtung gekleidet: „Dass die Erde eine Scheibe sei, war gewiss eine Fehlkonstruktion. Aber sie schadete jahrhundertlang nicht und bewies deshalb erstaunliche Lebenskraft...Fehl-Konstruktionen der nicht physischen Welt“ halten sich „besonders gut. Und normative Fehl-Konstruktionen halten sich am besten. Denn sie sind das, was man ‘enttäuschungsfest’ nennt...Ihre Konstrukteure und Anhänger haben...die Möglichkeit, ihren Fehl-Konstruktionen treu zu bleiben und sie konsequent in Ehren zu halten“.³⁷ Aber bei allem Verständnis – man muss diese Einstellung tadeln und es kritisch sehen, dass im Lager der finalen Handlungslehre von Anfang an die Bereitschaft gefehlt hat, die Irrtümlichkeit *schon des Ausgangspunktes* („der Vorsatz als Handlungswille“) für möglich zu halten.

³⁶ GA 1984, 410, 411, 412, 414.

³⁷ *Hardtung*, Die Obstruktion als Konstruktion – über die Bremswirkung gewohnter Denkmuster im Strafrecht, Rostocker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 18 (2005), S. 33, 36.

Einwände waren ihr, schon bei *Welzel*, immer nur Anlass zur Verteidigung und höchstens zur Frontbegradigung, aber niemals ein Anstoß, an sich selbst zu zweifeln und sogar die eigene *Grundlegung* in Frage zu stellen. Das kann man nicht gutheißen. Erkenntnisse und Lehrsätze sind Hypothesen. Idealerweise muss schon der Autor selbst sie nicht immer neu zu bekräftigen, sondern zu *falsifizieren* suchen. Er mag dann hoffen, dass sie standhalten, nur darf die Hoffnung nicht zur Absicht werden, die der Einsicht den Weg versperrt. Überfordert ihn das Ideal der Selbstwiderlegung, dann muss er doch wenigstens den Widerlegungsversuchen anderer aufgeschlossen begegnen, statt auf Abwehr zu sinnen um jeden Preis.

Abwehr fand auch statt in der Diskussion des Vortrags. *Weidemann* wandte sich gegen meine Kritik, die den Finalisten den *dolus eventualis* vorhält. Er gestand zwar zu, dass er selbst und die anderen über den bedingten Vorsatz unter dem Finalismusaspekt bisher zu wenig nachgedacht hätten und irreführende Worte üblich seien zur bildhaften Kennzeichnung dessen, was die Finalität der Tatbestandsverwirklichung begründe. Indessen verharrte er in der Überzeugung, dass nichts die finale Handlungslehre erschüttern könne und dass sie letztlich auch mit dem *dolus eventualis* „keine Probleme“ habe. Man müsse nur „Finalität“ klarer und ein wenig weiter definieren, eben exakt so, dass auch der mit bedingtem Vorsatz Handelnde im Hinblick auf die Tatbestandserfüllung „final“ handle, und schon sei auch diese Kritik erledigt.

Dem zuzustimmen zeigte sich *Kunert* geneigt. Es komme darauf an, was man unter dem finalistischen „gerichtet auf“ verstehe. Sinnvoll und ohne weiteres möglich sei ein Verständnis, dass auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtet auch das Handeln eines Täters sei, der sie als ein Vielleicht, als Eventualfolge vor Augen habe. Die Konsequenz, die *Kunert* freilich nicht formuliert hat: Mit der auf etwas Harmloses gerichteten *Absicht* kann z.B. ein auf Tötung gerichteter *Wille* einhergehen, der den Ansprüchen der finalen Handlungslehre – „zur Tötungshandlung gehört der Tötungswille“ – genügt.

Beider Vorbringen ist zwar untauglich, meine Kritik zu entkräften, aber richtig. Was dem „vorsätzlich“ recht ist, muss dem „final“ und dem „gerichtet auf“ billig sein. Worte haben den Sinn, den wir ihnen geben.³⁸ Betrachten wir noch einmal *Weidemanns* Beispiel der Hasenjagd! Der mit seiner Flinte dem rennenden Hasen folgende, von Jagdlust ergriffene Schütze mag die ernstliche Gefahr einer Schrotschussverletzung für den nahe stehenden Treiber erkennen und in Kauf nehmen. Juristisch betrachtet kommt dann zur Wirbeltiertötungsabsicht (die sich auf einen „vernünftigen Grund“ berufen kann, vgl. § 17 Tierschutzgesetz) ein „bedingter“ Körperverletzungsvorsatz. Das ist allgemeine Ansicht, obwohl es natürlich den Laien befremdet, wenn die Juristen hier von „Vorsatz“ sprechen. *Weidemann* und *Kunert* fügen nun achselzuckend die Kennzeichnungen „final“ und „gerichtet auf“ hinzu. Dagegen ist nichts zu sagen, ja, es stünde meinen Kritikern sogar frei, auch noch im

³⁸ Sehr schön sagt das *Mir Puig* (Fn. 3), S. 83: „Wenn wir ein Ding benennen, wählen wir aus, welcher Teil der Realität innerhalb dieser Benennung enthalten sein soll...Reichweite und Sinn der Wörter werden uns nicht auferlegt, sondern entstehen durch Übereinkunft der Sprachgemeinschaft: Sie sind konventionell.“

Fall *bewusster Fahrlässigkeit* von „Finalität“ zu sprechen und vom „Gerichtetsein“ des Tuns auf den als möglich erkannten Erfolg. Aber man muss sich doch klarmachen, was die terminologische Ausdehnung auf den *dolus eventualis* für die verteidigte Lehre bedeutet: Das Abdrücken wäre in *doppelter* Hinsicht eine finale Handlung. „Final überdeterminiert“ bis hin zum Erfolg wäre das Geschehen sowohl, wenn der Schrot den Hasen tötet, wie auch, wenn er den Treiber verletzt. *Weidemann* müsste seine Beschreibungen folgerichtig auf beide Fälle beziehen: Auch den Treiber zu treffen und zu verletzen, obwohl im höchsten Grade unerwünscht, ist Gegenstand einer „final gesteuerten Zwecktätigkeit“, „Steuerungsfaktor“ des Handelns ist nicht nur die Absicht, den Hasen zu erlegen, sondern ebenso der Vorsatz der Verletzung des Treibers, ja diese ist – neben dem Erlegen – ein „angesteuertes Ziel“ des Handelns! Ich bin sicher, dass der Autor sich das alles so nicht gedacht hat, als er sein Jäger-Beispiel zwecks Veranschaulichung des Begriffs der finalen Handlung bildete. Wie hätte er sonst den so nahe liegenden Fall der doppelten Finalität verschweigen können? „Eine Finalität“, sagt *Weidemann* zu seinem Beispiel, „ist vorhanden, nämlich die Zielsetzung, den Hasen zu schießen“. ³⁹ Wer das sagt, will nicht verstanden sein im Sinne der Fortsetzung, es könne aber daneben noch eine zweite Finalität vorhanden sein, nämlich die Zielsetzung, den Treiber zu verletzen. Oder auch: Je nach Gefahrenschätzung verfolge der Jäger, während er auf den *Hasen* zielt, auch das Ziel, den *Treiber* zu treffen.

Weidemann und *Kunert* wollen wahrhaben, dass die finale Handlungslehre die begrifflichen Ausdehnungen verkräfte, ohne sich selbst untreu zu werden. Das ist insofern richtig, als man die Lehre gleichsetzen kann mit dem, was ihr Nestor gesagt hat, und dieser in der Tat den bedingten Vorsatz in seine Theorie einzufügen versucht hat mit ein paar beiläufig-unauffälligen Worten, die andeutungsweise vorwegnehmen, was hier als Konsequenz entschieden und deutlich ausgesprochen ist. Es ist aber zugleich unrichtig, weil die Anerkennung des *dolus eventualis* als Finalität schon bei *Welzel* selbst einen tiefgreifenden Selbstwiderspruch in die finale Handlungslehre hineingetragen hat. Denn ihre Grundidee ist, dass man – vorgegebene Seinsstrukturen erkennend – den deliktischen Vorsatz des Handlungstäters als qualifizierten Handlungswillen begreifen müsse, und der Wille, der eine Körperbewegung zur „Handlung“ macht, ist eine *Absicht*. Um dies noch einmal am Jagdbeispiel zu verdeutlichen: Ein unwillkürliches Fingerkrümmen genügt nicht, auch nicht bei sicherer Erwartung oder „billigender Inkaufnahme“ solcher Reflexbewegungen. Der Herr des Fingers muss die Bewegung *gesteuert*, er muss den Erfolg der Krümmung *beabsichtigt* haben. Das Gleiche gilt für entferntere Erfolge. Damit die finale Krümmungs- zur finalen Schieß- und diese zur finalen Verletzungshandlung wird, muss die Finalität entsprechend weit gehen, muss der Täter das Geschehen auch zu diesen Erfolgen hin gesteuert, muss er auch diese Erfolge beabsichtigt haben. Das ist ja das Axiom der finalen Handlungslehre: Die Struktur der Allerweltshandlung, d.h. die strukturelle Beschaffenheit des Willens als essentielltem Handlungsbestandteil

³⁹ GA 1984, 410.

offenbart uns, was bei der deliktischen Handlung der Vorsatz ist. „Beim Vorsatzdelikt ist der von der finalen Handlungslehre zugrunde gelegte Handlungswille (Finalität) mit dem Tatbestandsvorsatz identisch.“⁴⁰

Die Finalisten müssen also wählen. Entweder richten sie sich nach ihrem Axiom und bejahen den Vorsatz nur bei Finalität im strengen Sinn, d.h. nur wenn die Tatbestandsverwirklichung das *Ziel* des Täters ist, wie bei der Kratzhandlung die Fingerbewegung und Juckreizbeseitigung. Dann beschränken sie die Annahme von Vorsatz auf Fälle der Absicht. Oder sie folgen der traditionellen Auffassung, dass der *dolus eventualis* als Vorsatz genüge. Dann geben sie ihre Grundidee preis und lenken vollkommen ein in das, was die Nichtfinalisten lehren. Denn der weite Vorsatzbegriff ist das Herkömmlich-Übliche und das Erfordernis der Finalität beim Handlungsdelikt war immer unstrittig; der Täter muss seine Körperbewegung wollen und mit ihr auf etwas abzielen. Finalisten, die angesichts des Dilemmas, worin der *dolus eventualis* sie führt, finden oder behaupten, ihre Lehre habe mit dem bedingten Vorsatz „keine Probleme“ oder es handle sich „nur um eine terminologische Frage“, sind beseelt von der guten Absicht des Abschirmens und treuen Bewahrens, aber gewiss nicht vom Willen, Irrtümer zu überwinden und sich gegnerischen Argumenten zu öffnen.

VIII. Auswirkungen und Erkenntnisgewinne?

Karl Heinz Kunert hat in der Debatte betont, dass ihm die ontologische Argumentation nie recht eingeleuchtet habe, er aber – bei aller Distanz – die dogmatischen Früchte des Finalismus eindrucksvoll finde und er ihm deshalb doch mehr Kredit gebe, als der Referent es tue. Die Fruchtbarkeit einzuräumen und zu bewundern ist wohl der Tenor bei allen, die urteilen. Selbst *Roxin*, einer der bemühtesten Gegner, sagt anerkennend: „*Welzels* Handlungslehre ist seine wirkungsmächtigste systematische und dogmatische Innovation, und sie hat weit über die Grenzen Deutschlands hinaus die strafrechtliche Diskussion mitbeherrscht. Der Gedanke, daß das Rückgrat des Tatbestandes nicht die bloße Kausalität, sondern die zielbewußte Steuerung von Kausalverläufen sei, hat der Strafrechtswissenschaft wesentliche Neuerungen beschert.“⁴¹

Ohne hier schon ins Einzelne zu gehen, sollte man dem Wohlwollen des letzten Satzes doch sogleich zwei Klarstellungen folgen lassen. Zum einen, dass für *Welzel* selbst „der zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen *Handlung*“⁴² und nicht erst des *Tatbestandes* ist. Das scheint mir wichtig, weil die Finalisten den lenkenden Willen mit dem *Vorsatz* gleichsetzen und es ihre Lehre im Kern angreifbar macht, den *Vorsatz* nicht nur als Tatbestandsvoraussetzung, sondern als „essentiellen Bestandteil“ schon der *Handlung* zu betrachten. Zum anderen ist angesichts des *Roxin*'schen Lobes daran zu erinnern, dass den Finalisten als

⁴⁰ *Hirsch*, ZStW 93 (1981), 860.

⁴¹ (Fn. 1) S. 583. Auch *Bacigalupo* schreibt der finalen Handlungslehre „wichtige Auswirkungen“ und „eine tiefgehende Erneuerung der Struktur der Straftatlehre“ zu (Fn. 3), S. 72, 74.

⁴² (Fn. 16) S. 34 (Hervorhebung von mir).

„zielbewußte Steuerung von Kausalverläufen“ auch der kleinste Willensakt genügt und genügen muss, z.B. der Willensakt, der in einer jähen Körperdrehung besteht oder der eine glimmende Zigarette durch die Luft fliegen lässt. Auch wenn das Ziel der Bewegung nur die Drehung selbst oder der Wegwurf war, ist sie eine Handlung, die ihren Urheber wegen eines fahrlässigen oder (bedingt) vorsätzlichen Handlungsdelikts strafbar machen kann. Was damit als „zielbewußte Steuerung“ zum „Rückgrat der finalen Handlung“ erklärt wird, ist nicht im Geringsten innovatorisch. Es ist die „willentliche“ oder „gewillkürte Körperbewegung“, die immer schon anerkannt war als Voraussetzung der Handlung im strafrechtlichen Sinne und des Handlungsdelikts.⁴³

1. Fahrlässigkeitsdelikte

Befragt man die Finalisten selbst nach den Neuerungen, die ihrer Lehre zu verdanken seien, so führen sie mit Betonung, was manchen immer noch überraschen mag, die *Fahrlässigkeitsdelikte* ins Feld. „Gerade bei der Analyse des fahrlässigen Delikts“, sagt *Hirsch*, „hat sich der Finalismus als außerordentlich fruchtbar erwiesen... Erst die Herausarbeitung der *sorgfaltswidrigen* Handlung als Erfordernis des Unrechts des fahrlässigen Delikts hat die intensive Debatte über die Dogmatik der Fahrlässigkeit ausgelöst“. Was vorher schon an richtiger Erkenntnis publiziert war, „blieb bis zu den seit den 50er Jahren erschienenen Arbeiten der Finalisten so gut wie unbeachtet“.⁴⁴

Zweifellos trifft es zu, dass das Fahrlässigkeitsdelikt – als Handlungsdelikt – schon im *Unrecht* eine *sorgfaltswidrige* Handlung voraussetzt. „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“, heißt es in §276 Abs. 2 BGB. Und nach der Fahrlässigkeit erst bei Prüfung der Schuld zu fragen ist die falsche Einordnung. Als Verletzung der Sorgfaltspflicht muss sie schon Unrechtsvoraussetzung sein. Denn nur wer pflichtwidrig handelt, begeht Unrecht, oder umgekehrt: Wer seine Pflichten erfüllt, handelt allemal rechtens.⁴⁵

⁴³ *Jakobs* (Fn. 4), S. 135, geht so weit, zu sagen: „Im Ergebnis ist die Finalität eine verkürzende (!) Metapher für die Bedingungen vermeidbaren Verhaltens, mehr nicht.“ Danach wäre „final“ auch das Unterlassungsverhalten des Babysitters, der fahrlässigerweise vergisst, dem Kind zum vorgeschriebenen Zeitpunkt seine Medizin zu verabreichen. Denn die Bedingungen für ein „vermeidbares Verhalten“ sind im Fall der Annahme von Fahrlässigkeit als erfüllt anzusehen. Gar so weit wollen die Finalisten aber nicht gehen. Sie grenzen das Unterlassungsverhalten aus und begreifen als „final“ nur aktives Tun.

⁴⁴ (Fn. 3) S. 238; in diese Richtung geht auch *Roxins* Zugeständnis (Fn. 14), § 8 Rdnr. 26. *Weidemann*, GA 1984, 425, sieht die Besonderheit des fahrlässigen Delikts im Mangel an Umschreibung des verbotenen Verhaltens; es müsse, „was im konkreten Fall gegen die Sorgfaltspflicht verstößt, also verboten ist, erst durch die Normfindung ermittelt werden“. „Diesen Wesensunterschied deutlich herausgearbeitet zu haben“, sei das Verdienst der finalen Handlungslehre. Aber wenn es richtig ist, ihr die fragliche Behauptung zuzuschreiben, würde sie ihr nicht zum Ruhm gereichen. Denn der Wesensunterschied besteht nicht. Auch das Vorsatzdelikt setzt voraus, dass der Täter „gegen die Sorgfaltspflicht verstößt“, sprich fahrlässig handelt; siehe dazu den folgenden Text und eingehend *Herzberg*, NStZ 2004, 593, 595 ff.

⁴⁵ Übrigens muss man darum, auch wenn ein *Vorsatzdelikt* in Rede steht, bereits im Rahmen von Tatbestand und Rechtswidrigkeit das Vorliegen von Fahrlässigkeit klären. Der Sache nach ist das heute weithin anerkannt, wenngleich vielen noch nicht deutlich ist, dass sie bei der „objektiven Zurechnung“ nach nichts anderem als der Sorgfaltspflichtverletzung fragen.

Es verhält sich wohl wirklich so, dass früher viele diese Selbstverständlichkeit auch der Sache nach nicht erkannt haben und die finale Handlungslehre mit ihrer Tendenz, bei der Deliktsprüfung Handlung und Tatbestand stärker als die Schuld zu betonen, die richtige „Einsicht...wesentlich gefördert hat“.⁴⁶ *Ableitbar* aus dem Finalismus ist sie aber nicht. Hat jemand durch das Steuern seines Autos den Tod eines die Straße überquerenden Kindes verursacht, dann sagt uns auch die finale Handlungslehre nur, dass der Tod auf ein *Handeln* des Fahrers zurückgeht. Worauf es für die Strafbarkeit sonst noch ankommt und wo die weiteren Voraussetzungen einzuordnen sind, kann der Finalismus so wenig wie andere Handlungslehren erklären. Es folgt letztlich aus der rein normativen Überlegung, dass man *Unrecht* nur durch *Pflichtverletzung* begehen und dass man angesichts allgegenwärtiger Risiken zu nicht mehr als zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet sein kann.

Hirsch bestreitet das gängige Vorbringen, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt „der Inhalt der Finalität rechtlich keine Rolle spiele“ und „der ‘finale’ Handlungsbegriff nicht weiterführe“. Vielmehr habe „der Handlungswille...hier eine auch praktisch große Bedeutung“ wegen der Notwendigkeit, „die Handlung zu bestimmen, die auf ihre Sorgfaltswidrigkeit hin geprüft werden soll“; die Frage sei stets, „welches willentliche Tun...hätte unterbleiben sollen, und der Willensinhalt beeinflusst den Grad des Handlungsunwertes“.⁴⁷ Das ist im Prinzip richtig. In unserem Beispiel der tödlichen Kollision von Auto und Kind macht es einen Unterschied, worauf das zu schnelle Fahren abzielte: auf die Verfolgung einer Frau zwecks sexueller Nötigung oder auf den Besuch des sterbenden Vaters im Pflegeheim. Aber die Verschiedenartigkeit der Willensinhalte (der „Finalitäten“) berücksichtigen wir bei der Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB wohl nur unter dem Gesichtspunkt der „Beweggründe und...Ziele des Täters“. Wenn *Hirsch* „den Grad des Handlungsunwertes“ beeinflusst sieht, dann geht es bei der Strafzumessung um „das Maß der Pflichtwidrigkeit“. Und dafür scheint es mir belanglos, welchem Zweck das fahrlässige Handeln diene. Vielmehr sind insoweit wohl nur maßgebend die *ex ante* einzuschätzende *Größe* der Gefahr, die sich im Erfolg realisiert, und die *Gefahrkenntnis* des Täters, die ja als „bewusste Fahrlässigkeit“ eine Annäherung an die vorsätzliche Begehung bedeutet.⁴⁸

2. Abenteuerlicher Kausalverlauf

Das Erfordernis „Finalität“ wird von der es betonenden Lehre ferner ins Feld geführt als die rechte Begründung im Schulfall des „abenteuerlichen Kausalverlaufs“. Gemeint sind Sachverhalte von der Art, dass ein Mann den Verkehrsunfalltod seiner zehnjährigen Stieftochter verursacht, weil er für sie in der Hoffnung auf eine solche

⁴⁶ *Roxin* (Fn. 1), S. 585.

⁴⁷ Festschrift f. Lampe (2003), S. 515, 519 f.

⁴⁸ Genau dies belegen m.E. auch *Hirschs* eigene Beispiele (Fn. 47) auf S. 520, die nicht eigentlich verschiedene fines und Willensinhalte, als vielmehr Fälle des Wissens und Nichtwissens sowie der unterschiedlichen Gefährhöhe miteinander vergleichen: Befahren der Autobahn in falscher Richtung – hier unwissentlich, dort

Auswirkung eine Busreise organisiert hat und der Bus tatsächlich verunglückt. Mit Blick auf solche Fälle hatte *Welzel* – den *dolus eventualis* verschweigend – „Vorsatz“ und „Verwirklichungswille“ getreu seiner finalistischen Kernthese gleichgesetzt und für den Vorsatz die Voraussetzung aufgestellt, „daß der Täter sich eine *Einwirkungsmöglichkeit* auf das reale Geschehen zuschreibt“. Was außerhalb liege, könne er „als zufällige Verknüpfung mit seiner Handlung wohl *erhoffen* oder *wünschen*, aber nicht *verwirklichen wollen*.“⁴⁹

Hirsch hat das aufgegriffen und der heute herrschenden Begründung, dass – schon im objektiven Tatbestand – die „objektive Zurechnung“ entfallt, entgegengesetzt. Es gehe „um Fragen des Vorsatzes und damit nicht um Probleme des objektiven, sondern des subjektiven Tatbestandes“. Denn bei solcher auf einen Unglücksfall spekulierenden Schaffung gewöhnlicher Risiken des Soziallebens beziehe sich die Tätervorstellung „nicht...auf ein konkretes Verletzungsgeschehen“, und ein „bloßes Hoffen“ sei kein „steuernder Wille“, also kein Vorsatz.⁵⁰ Heute lehrt *Hirsch*, dass es an der Versuchsvoraussetzung des Ansetzens und damit eben doch „schon an der objektiven Seite einer Tötungshandlung“ fehle; denn wenn „der konkrete Erfolgseintritt dem außerhalb der Steuerung des Täters liegenden Zufall überlassen“ ist, „liegt von vornherein keine auf Erfolgsverwirklichung gerichtete Handlung vor.“⁵¹ Ich sehe in dieser Objektivierung eine bedenkenswerte finalistische Konsequenz (dazu sogleich unter 3.), aber doch die alte Begründung im Kern unverändert beibehalten. Weil der Täter das Fehlen der Steuerungsmacht erkennt, hat er auch keinen Steuerungswillen. Sowohl das Ansetzen zum Töten wie die Tötungshandlung selbst sind zu verneinen mangels Tötungsfinalität. Da aber nach *Hirsch* der Vorsatz Finalität ist und „mit dem Handlungswillen identisch“, sind die Begründungen austauschbar. Sie besagen beide, dass in unserem Beispiel mangels finaler Steuerung des tödlichen Geschehens Vorsatzdelikte, Versuch und Vollendung, entfallen.

Hirschs Abneigung gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung teile ich. Dieses Merkmal ist ein Verlegenheitsprodukt, das eher eine Folge als eine Voraussetzung ausdrückt und sein Anerkanntsein nur dem Umstand verdankt, dass die tiefere Einsicht, obwohl längst gewonnen und ausgesprochen, von vielen noch nicht nachvollzogen wird. Ich meine das Einschließungs- oder Plus-Minus-Verhältnis von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt: Jedes Vorsatzdelikt setzt voraus, dass der Täter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Nehmen wir als Beispiel die Hehlerei! Wer beim gewerblichen Ankauf von gestohlenem Schmuck vor Augen hat und gleichgültig hinnimmt, dass die Behauptung der Erbschaft vielleicht eine Lüge ist, begehrt dennoch kein Hehlereirecht, wenn er *die Regeln einhält*, vor allem indem er eindringlich nachfragt und Verdachtsmomente überprüft. Ein Restrisiko bleibt, und dass es sich verwirklicht und der Käufer dies in Kauf nimmt, kann sein korrektes

wissentlich; Aushändigen einer Pistole an ein Kind – im einen Fall für einen Augenblick und ohne Kenntnis des Geladenseins, im anderen mit Kenntnis und für längere Zeit.

⁴⁹ (Fn. 16) S. 66.

⁵⁰ (Fn. 6) S. 404, 405.

⁵¹ Festschrift f. Lenckner (1998), S. 119, 135.

Vorgehen nicht zur strafbaren Hehlerei machen. Nun ist es aber mit Händen zu greifen, dass es bei der Wertungsfrage, die es zu beantworten gilt, um das „erlaubte Risiko“ und die Beachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ geht, also um die Frage, ob *Fahrlässigkeit* vorliegt oder nicht. So paradox es dem Leser, der die Zusammenhänge nicht durchschaut, erscheinen mag, aber man kann sagen, dass z.B. die Straftat der Hehlerei nur begeht, wer „durch Fahrlässigkeit“ – d.h. unter Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt oder kürzer: pflichtwidrig – die ausdrücklich genannten Gesetzesmerkmale mit Vorsatz erfüllt. Ist der Sorgfaltsverstoß gegeben, dann ist dem Täter das objektiv Bewirkte, der Ankauf von Diebesgut, als Unrecht „zuzurechnen“, aber diese Zurechnung kann nicht sich selbst zur Voraussetzung haben.

Roxin hat von der Adäquanztheorie gesagt, sie sei nur, wenn auch immerhin, die „unvollkommene, gewissermaßen embryonale Vorform“ der neueren, wesentlich weiter tragenden „Lehre von der objektiven Zurechnung“.⁵² Ich ergänze, dass auch diese noch verbessert und entwickelt werden muss. Sie liegt auf der Vorstufe zur Erkenntnis und Systembildung, dass jede Prüfung eines Vorsatzdelikts die der fahrlässigen Begehung als darin enthaltener Voraussetzung durchlaufen muss.

Hirschs Abneigung gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung hat aber einen ganz anderen Grund. Er würde im Beispiel des Stiefvaters die Strafbarkeit nicht verneinen, weil keine unerlaubte Risikoschaffung und also schon keine fahrlässige Tötung vorliege, sondern weil es an der *Tötungsfinalität*, an einem das Geschehen hin zum Tod des Kindes „steuernden Willen“ fehle. Diese Begründung scheint mir nicht schlüssig. Sie ist beschränkt auf das *Vorsatzdelikt*, sodass nach dessen Verneinung selbstverständlich die Frage beantwortet werden muss, ob die Todesverursachung als *fahrlässige* Tötung zu bestrafen ist. *Hirsch* würde wohl auch dies verneinen, aber er gibt keine Begründung, ja fasst die Frage des § 222 StGB gar nicht ins Auge. Täte er es, so könnte er nicht umhin, dem Stiefvater zu bescheinigen, dass er wegen Sozialadäquanz und extremer Unwahrscheinlichkeit schon objektiv erlaubt, im Spielraum des erlaubten Risikos gehandelt und deshalb den Tod nicht „durch Fahrlässigkeit verursacht“ hat. Bei Prüfung des Vorsatzdelikts muss nun der Befund, dass der Verursacher objektiv korrekt und einwandfrei gehandelt hat, genauso auftauchen und die Begründung bilden. Denn wenn die Verursachung eines Todes *kein Unrecht* ist, dann muss man dies dem Verursacher ausdrücklich zugestehen, gleichviel ob man die Tat an § 222 StGB oder an § 212 StGB misst.

Aber auch eine schwächere zweite, auf das Vorsatzdelikt beschränkte Begründung ist auf dem finalistischen Wege nicht zu gewinnen. *Hirsch* beruft sich darauf, dass „eine Handlung die Beherrschung des von ihr umfassten Kausalgeschehens erfordert. Ist der konkrete Erfolgseintritt dem außerhalb der Steuerung des Täters liegenden Zufall überlassen, so liegt von vornherein keine auf Erfolgsverwirklichung gerichtete Handlung vor“.⁵³ Doch sperrt es die Vorsatzhaftung keineswegs, dass der Täter das

⁵² Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann (1989), S. 237, 242.

⁵³ (Fn. 51) S. 135.

von ihm ausgelöste Geschehen nicht „steuert“ und der Zufall den erwarteten oder beabsichtigten Erfolg irgendwo außerhalb jeder „Beherrschung“ eintreten lässt. Entscheidend ist allein die Schaffung einer hinreichend großen Gefahr. Daran fehlt es im Fall des Stiefvaters. Man betrachte aber zum Vergleich den Fall eines Täters, der seinen kläffenden Hund wütend aus dem Auto wirft und ihn durch Feld und Wald nach Hause laufen lässt mit der Folge, dass der Hund, wie zu befürchten war, irgendwo einen Spaziergänger beißt! Es ist klar, dass der Eigentümer für den konkreten Erfolg jedenfalls nach §229 StGB haftet. Kommt bei ihm aber hinzu, was für den *dolus eventualis* zu fordern ist, dann ist natürlich die gänzlich ungesteuerte, aber *pfllichtwidrig* begangene Körperverletzung als Vorsatzdelikt zu bestrafen.

3. Die Verlagerung des Vorsatzes im Deliktsaufbau

Als die wertvollste Frucht des Finalismus gilt die Herauslösung des Vorsatzes aus der Schuld und seine Verlagerung in den Unrechtstatbestand. Weil „eine einseitig am Erfolgsunrecht ausgerichtete Dogmatik das Wesen des Deliktsunrechts nicht trifft“, lesen wir bei *Hirsch*, „wird der Forderung *Welzels* gemäß der Tatbestandsvorsatz heute nicht erst als Form oder Element der Schuld, sondern bereits als ein subjektives Erfordernis des Unrechtstatbestandes des Vorsatzdelikts angesehen“. ⁵⁴ „Die herrschende Lehre“, sagt *Hirsch* an anderer Stelle, folgt heute „im Deliktsaufbau der Auffassung der Finalisten, daß der Tatbestandsvorsatz bereits zum Unrechtstatbestand des Vorsatzdelikts“ gehört. ⁵⁵

Ich selbst habe mich mit der Deliktsaufbauproblematik an anderer Stelle befasst ⁵⁶ und gefunden, dass einerseits die frühere Einordnung des Vorsatzes, woran die Rechtsprechung festhält, widerspruchsfrei durchführbar ist und sich mit jedem „Wesen“ und allen „Seinsstrukturen“ verträgt. Man muss nicht, aber man kann zur Bejahung des tatbestandlichen Unrechts der fraglichen Vorsatztat die „kleine“ Pflichtverletzung, für die auch bei unvorsätzlicher Tatbegehung immer Raum ist, genügen lassen und die Frage nach dem Vorsatz erst bei Prüfung der Schuld aufwerfen. Das Argument des Finalismus, das ginge keinesfalls beim Versuch, scheint schlagend und wird auch von den Gegnern akzeptiert, erweist sich indes bei ganz genauem Hinsehen als unzutreffend. ⁵⁷ Andererseits hat sich mir aber auch ergeben, dass die neue, von den Finalisten zur Herrschaft gebrachte Sicht nicht nur gleichfalls vertretbar ist, sondern sogar den Vorzug verdient. Denn wie gesagt ist Fahrlässigkeit Pflichtwidrigkeit und als solche unbestreitbar Unrechtsvoraussetzung. Dann hat es aber etwas Künstliches, den Vorsatz davon abzutrennen und in die Schuld zu verschieben. Er ist ja im jeweiligen Fall der Umstand, der die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens

⁵⁴ (Fn. 6) S. 401.

⁵⁵ (Fn. 1) S. 231.

⁵⁶ *Herzberg*, 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV (2000), S. 51-58.

⁵⁷ (Fn. 52) S. 56 f. Für die Insihchlüssigkeit und sachliche Vertretbarkeit des früher herrschenden Aufbaus auch *Cerezo Mir* (Fn. 3), S. 111 f.: „Die Berücksichtigung des Willensinhaltes im Schuldvorwurf würde...keine Verknennung der finalen Struktur der menschlichen Handlung bedeuten.“

konkret begründet. Einem anderen ein Gläschen mit vergiftetem Likör zu überreichen kann trotz der Todes- oder Verletzungsfolge unverboden („erlaubtes Risiko“) sein, wenn man vom Gift, das ein Dritter eingefüllt hat, nichts weiß; weiß man dagegen Bescheid, so begründet dies sowohl den Pflichtverstoß wie den Vorsatz. Beides also hat gegebenenfalls seinen Grund in demselben tatsächlichen Umstand, im Wissen vom Gift im Likör, unbeschadet dass in einem anderen Fall – der Täter hätte es wissen müssen, hat es aber nicht gewusst – die Pflichtwidrigkeit schon zu bejahen und der Vorsatz noch zu verneinen sein kann. Dieser wächst gleichsam aus jener hervor, er steigert, wenn gegeben, ihr Ausmaß, weshalb der heute übliche Aufbau recht organisch erscheint: Der subjektive Umstand des Vorsatzes wird im unmittelbaren Anschluss an den objektiven der Pflichtwidrigkeit („objektive Zurechnung“) geprüft.

Die Vorzugswürdigkeit zugestanden, muss man jedoch den Anspruch einer logischen Ableitung zurückweisen. Ich erinnere mich, schon als Student gerade umgekehrt die Unstimmigkeit empfunden zu haben. Wer den jeweiligen Vorsatz als das „Rückgrat“ oder als einen „essentiellen Bestandteil“ der jeweiligen Handlung ansieht, also etwa den Tötungsvorsatz als Rückgrat der Tötungshandlung, muss doch folgerichtig, wo der deliktische Vorsatz fehlt, schon die tatbestandsrelevante *Handlung* verneinen. Zum Beispiel wenn ein Unfallbeteiligter sich mit seinem Auto vom Unfallort entfernt (§ 142 Abs. 1 StGB), weil er den Unfall unaufmerksamweise nicht bemerkt, oder wenn jemand mit seiner ihm fremdgewordenen Tochter den Beischlaf vollzieht (§ 173 Abs. 1 StGB), weil er aus Fahrlässigkeit die Indizien missachtet. Aber so hat die finale Handlungslehre die Dinge nie gesehen. Sie bejaht vielmehr in den Beispielen die relevanten Handlungen und die Erfüllung des objektiven Tatbestandes.

Immerhin, in einem singulären Zusammenhang stoßen wir auf die Folgerung, die zu verallgemeinern wäre. Denn wie soeben berichtet, lehrt *Hirsch* im Hinblick auf den „abenteuerlichen Kausalverlauf“ neuerdings, dass es „schon an der objektiven Seite einer Tötungshandlung“ fehle, wenn „keine auf Erfolgsverwirklichung gerichtete Handlung“ vorliege, wenn es nicht die „Steuerung des Täters“ sei, die den Todeserfolg herbeiführe. Das wäre auch und erst recht bei fahrlässigen Tötungen jedem Täter zuzubilligen, weil er ja anders als der abenteuerlich Spekulierende den Tod gar nicht will und ihn meistens noch nicht einmal vor Augen hat. „Gerichtet“ auf den Todeserfolg oder dahin „gesteuert“ ist sein Handeln nicht; man denke an die Krankenschwester, die ihrem Patienten fahrlässigerweise tödliches Gift injiziert. Es fehle hier, müsste *Hirsch* sagen, „schon an der objektiven Seite einer Tötungshandlung“, was doch nur die Verneinung des § 212 StGB schon im objektiven Tatbestand bedeuten kann. Das ist aber durchaus nicht die Sicht der Finalisten, und auch *Hirsch* scheint seine Lösung auf die Konstellation des abenteuerlichen Kausalverlaufs begrenzen zu wollen, wo sie sich als finalistische Ausprägung der Lehre von der objektiven Zurechnung darstellt und im Ergebnis zutrifft.

Könnten aber die Finalisten nicht nach vorne fliehen und tatsächlich schon im *objektiven* Tatbestand die tatbestandsspezifische Handlung, weil „das Rückgrat“ fehle, verneinen? Das scheint mir mit dem Gesetz unvereinbar. Denn § 16 Abs. 1 StGB geht im Hinblick auf unsere Fälle von einer „Begehung der Tat“ aus, d.h. er sagt von den

Tätern, sie hätten die „Tat“ des Sichentfernens vom Unfallort, des Beischlafs mit einem Abkömmling, der Tötung eines Menschen begangen und bei der Begehung nur einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand nicht gekannt. Dieser Weg (den die Finalisten auch gar nicht zu gehen versuchen) ist also versperrt. Dann aber muss man feststellen: Mit dem Pochen darauf, dass die jeweilige Person sich *irgendwie zielverfolgend* (final) körperlich bewegt haben muss, um Täter einer „Handlung“ zu sein (was niemand bestreitet), hat der Finalismus sein Pulver verschossen. Was die Frage betrifft, ob neben der Körperbewegungsfinalität auch der *Vorsatz* schon als Unrechtsvoraussetzung (oder erst bei der Schuld) behandelt werden soll, kann er nicht deduzieren, nicht in sich selbst die Lösung finden, sondern er muss wie seine Gegner Sachgründe anführen, die mit dem Handlungsbegriff nicht das Geringste zu tun haben.

Mit dieser Kritik ist es aber nicht getan. Man muss sogar sagen, dass der vielgelobte finalistische Deliktsaufbau am deutlichsten die Unrichtigkeit der Grundidee verrät, weil er demonstrativ den Vorsatz vom Handlungswillen *trennt*, statt der Lehre gemäß beide miteinander zu *identifizieren*. Die finale Handlung wird in den objektiven, der Vorsatz in den subjektiven Tatbestand eingeordnet. Zur finalen, vom Willen gesteuerten Handlung z.B. des Wegfahrens im Auto kommt – wenn der Fahrer die Sachlage erkennt – der Vorsatz des Sichentfernens vom Unfallort; mit dem Handlungswillen identisch ist der Vorsatz nicht. Man kann den neuen Deliktsaufbau als Frucht des Finalismus anerkennen, weil Handlungswillen und Vorsatz im Aufbau einander *nahezubringen* das war, was die Identitätsthese erreichen konnte und erreicht hat. Doch liegt im Propagieren dieses Aufbaus zugleich das verschwiegene Eingeständnis der Finalisten, dass ihre Gleichsetzung von finalem Handlungswillen und Vorsatz nicht stimmt und dieser eben doch, was *Weidemann* als antiquiert verwerfen zu können glaubt, „nur als ‘Spiegelbild’ des äußeren Geschehens, nicht etwa als dessen Steuerungsfaktor“ anzusehen ist.

Darum widerspreche ich auch dem eingeschränkten Lob des Finalismuskritikers *Jakobs*, es sei „das Verdienst der finalen Handlungslehre, im Handlungsbegriff und damit im Unrecht die Trennung von objektiver und subjektiver Deliktsseite überwunden zu haben“.⁵⁸ Im *Handlungsbegriff* ist die Trennung nicht überwunden. Er umschließt ja auch bei den Finalisten mitnichten die „subjektive Deliktsseite“. Diese kommt in getrennter Prüfung erst zur Sprache, nachdem die Handlung und als deren Voraussetzung die Finalität schon bejaht sind.

4. Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat

Die alte Streitfrage, ob man als Anstifter oder Gehilfe strafbar teilnehmen kann an *unvorsätzlicher* Haupttat, ist seit 1975 gesetzlich entschieden durch die Kennzeichnung der Haupttat als „vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat“ (§§ 26, 27 StGB). Früher enthielt das Gesetz die Voraussetzung einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ (§§ 48, 49 StGB a.F.), was der Deutung und beiden Antworten Raum gab. An der

⁵⁸ (Fn. 4) S. 130.

Entscheidung des Gesetzgebers, die bejahende Lösung auszuschließen, hat die Argumentation der Finalisten erheblichen Anteil, weshalb ich sie im Rahmen meines Themas nicht übergehen möchte.

a) Die Argumentation

Ausgespielt hat man auch hier die finalistisch-ontologische Karte. Es müsse, hatte *Welzel* gesagt, „jede Teilnahme wesensmäßig (sachlogisch) auf eine zwecktätige (finale) Haupttat bezogen“ sein,⁵⁹ und der Zusammenhang ergab, dass er mit der „finalen“ eine *deliktvorsätzliche* Haupttat meinte. *Roxin* hat sich – als Gegner – auf die Finalistenthese berufen, die Finalität sei ein essentieller Bestandteil der *Handlung* und mit dem Vorsatz identisch, und daraus eine verblüffende Begründung abgeleitet: Wenn man der These folgt, ist „eine Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat nach dem Wesen der Handlung oder...nach der ‘Natur der Sache’ ausgeschlossen... Eine Teilnahme setzt eine Tat voraus, an der man teilnimmt. Wenn nun dem unmittelbar Ausführenden der Vorsatz fehlt, dann hat er im Rechtssinne nicht einmal gehandelt. Wenn aber keine Handlung da ist, an der man teilnehmen könnte, dann muss jede Teilnahme ausgeschlossen sein“. ⁶⁰ *Küpper* zitiert beifällig eine offenbar vom Finalismus beeinflusste Entscheidung des BGH, wonach das „Wesen“ der Anstiftung „ein Hervorrufen des *Tatentschlusses* beim Täter“ erfordert.⁶¹ Bei *Küpper* selbst findet man die Ableitung aus Wesen und Seinsstruktur nicht deutlich ausgesprochen, aber sie klingt doch verschiedentlich an, etwa wenn er fragt, „wie weit hier die sachlogische Vorgegebenheit reicht“, und zur Anstiftung eine Art ontologischer *petitio principii* formuliert: „Anstiftung als Hervorrufen des *Tatentschlusses* besagt ..., daß der Haupttäter zu einer *Straftat* bestimmt wird, auf die sich sein Willen richtet.“⁶² *Hirsch* fordert allgemein, „daß man innerhalb des normentheoretischen Systems...vorrechtliche Strukturen und die sich daraus ergebende Sachlogik beachtet“. Speziell beim Gesetzesbegriff „Anstiftung“ habe man sich „erst einmal anzusehen, wie dieses Phänomen vorrechtlich strukturiert ist, und dabei...zu erkennen, daß ihm die Hervorrufung eines betätigten Entschlusses wesenseigen ist. Und als sachlogischer Zusammenhang zeigt sich das Akzessorietätsverhältnis zwischen der Anstiftung und dem durch sie veranlaßten Verhalten des Angestifteten“. ⁶³ Gemeint ist auch hier, dass schon „Sachlogik“ und „vorrechtliche Struktur“ die Konstruktion einer Anstiftung zu

⁵⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. (1949), S. 66; ähnlich *Stratenwerth*, Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“ (1957), S. 15 f. – In *Welzels* späterem Lehrbuch (Fn. 16) entsprechen dem ablehnende Bemerkungen wie die, dass „die Annahme einer ‘Anstiftung’ zur unvorsätzlichen Haupttat zur völligen Verkehrung der Lebensverhältnisse und zu ganz unvolkstümlichen Vorstellungen führen“ würde und dass „die Annahme einer Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat...die Tatbestandlichkeit“ auflöst (S. 113).

⁶⁰ *Roxin*, ZStW 74 (1962), 515, 520. Eine so radikale Aussage haben die Finalisten wohl niemals machen wollen, doch ist richtig, dass sie in Anbetracht der fraglichen Haupttat die Konsequenz hätten ziehen müssen, schon die *tatbestandliche* Handlung und den *objektiven* Tatbestand zu verneinen.

⁶¹ BGHSt 9, 370, 379 f.

⁶² (Fn. 8) S. 141, 142.

⁶³ (Fn. 3) S. 227.

unvorsätzlicher Haupttat verbieten. Das darf man einer Bemerkung an anderer Stelle entnehmen, wo *Hirsch* die „Vorsatzakzessorietät“ als eine „Erkenntnis“ der *Welzel*'schen Teilnahmelehre rühmt.⁶⁴

b) Erwiderung

Mir leuchtet das alles nicht ein. Gewiss gibt es Grenzen, jenseits deren das Wort „Anstiftung“ nach dem Sprachsinn nicht passt. Obwohl der in die Scheibe geworfene Stein „fliegt“ und „zerstört“, werden wir vom Werfer nicht sagen, er habe den Stein zu fliegen und zu zerstören angestiftet. Mit etwas anderer, auf den vorrechtlichen *Wortsinn* gestützter Begründung gebe ich *Hirsch* also darin Recht, dass zur Anstiftung ein Angestifteter gehört, der zu einer *EntschlieÙung* gebracht wird. Aber ich sehe kein „Wesen“, keine „Sachlogik“ und keine „vorrechtliche Struktur“, die dem Gesetzgeber die Regelung und uns die Gesetzesdeutung verböte, dass in meinen Beispielen des vorsatzlosen Sichertferns vom Unfallort und des unvorsätzlichen Beischlafs zwischen Verwandten sehr wohl teilnahmefähige Haupttaten vorliegen. Nehmen wir an, der Beifahrer hat den Schaden bemerkt, den Unfallbeteiligten aber belogen und ihn dadurch zum Wegfahren veranlasst; oder jemand, der die Vater-Tochter-Beziehung kennt, verschweigt sie und verschafft dem lüsternen Mann die Gelegenheit zum Beischlaf! Nach § 16 Abs. 1 StGB wäre das Sichertferns vom Unfallort bzw. der Beischlaf mit der Tochter die „Begehung der Tat“ in Unkenntnis eines zum Tatbestand (§§ 142 Abs. 1 bzw. 173 Abs. 1 StGB) gehörenden Umstandes, und die Tatbegehung beruht auf EntschlieÙung und „finalelem“ Handeln, nämlich dem Wegfahren mit dem Auto, dem Vollziehen des Beischlafs. Zur jeweiligen Tatbegehung hat der Bescheidwissende den Täter „bestimmt“ bzw. ihm „Hilfe geleistet“. HieÙe es in §§ 26, 27 StGB, angelehnt an § 16 StGB, „zu dessen rechtswidriger Begehung der Tat“, so wäre die Strafbarkeitslücke des geltenden Rechts vermieden, weil wir die böswilligen Tatverursacher als Anstifter bzw. Gehilfe bestrafen könnten. Was man aus diesen Begriffen herausholt an „Struktur“ und „Wesensmäßigkeit“, um die gegenwärtige Gesetzesregelung mit ihrer seltsamen Strafbarkeitslücke zu erklären, das steckt nicht wirklich darin, sondern man hat es vorher hineingelegt.

Vollkommen zu Recht sagt *Roxin* im Allgemeinen, es sei „ein grundsätzlicher Irrtum zu glauben, daß abstrakte ontologische Strukturen dem Gesetzgeber oder der richterlichen Auslegung Schranken setzen und bestimmte Problemlösungen verbindlich machen könnten“. Und ebenso zutreffend ist seine Kritik im Besonderen: Die Annahme, „daß keine Teilnahme an unvorsätzlicher Tat möglich sein soll, hat zwar viel Zustimmung gefunden und auch den deutschen Gesetzgeber überzeugt, reißt aber bei Sonderdelikten und bei der irrtümlichen Annahme unvorsätzlichen Täterhandelns bedenkliche Strafbarkeitslücken auf und ist eher abzulehnen. In irgendeiner Weise zwingend ist eine solche Annahme jedenfalls nicht“.⁶⁵

⁶⁴ ZStW 93 (1981), 839; ebenso (Fn. 6) S. 401.

⁶⁵ (Fn. 1) S. 587.

5. Erlaubnistatbestandsirrtum und strenge Schuldtheorie

Anerkannt ist schließlich, dass aus der finalen Handlungslehre Aussagen abzuleiten seien, welche Irrtümer den Vorsatz und die entsprechende Strafbarkeit ausschließen. Das damit in den Blick kommende Problemfeld ist weit und ich beschränke mich auf die Frage, ob man wirklich aus dem Handlungsbegriff und dem Vorsatzverständnis der fraglichen Lehre folgern kann, dass der *Erlaubnistatbestandsirrtum* den deliktischen Vorsatz nicht berührt.

Roxin hat das seinerzeit zugestanden. Der finalistische „Handlungsbegriff trägt...die sog. strenge Schuldtheorie, wonach nicht einmal die irrtümliche Annahme rechtfertigender Umstände – also etwa die Putativnotwehr – den Vorsatz ausschließt. An der Steuerung des Kausalverlaufs kann ja ein solcher Irrtum nichts ändern. Wenn jemand einen vermeintlichen Räuber notgedrungen erschießt, dann ist seine Kugel genau dort eingeschlagen, wo sie einschlagen sollte, ihr Verlauf ist bis ins Einzelne vom Schützen gelenkt worden“.⁶⁶ Das gibt wohl wirklich den Anspruch wieder, den *Welzel* geltend machen zu dürfen geglaubt hat. Denn er hatte für wahr befunden, dass eine Irrtumstheorie, die in der Verneinung des Vorsatzes weiterginge als die seine, „auf einem Verfehlen der kategorialen Struktur der Handlung beruht“.⁶⁷ Der Glaube daran hat auch *Küpper* schreiben lassen, dass „vorgegebene Gesichtspunkte“ den Rahmen für die Bewertung von Irrtümern abstecken, dass die Schuldtheorien nur „über eine Wertungsfrage *innerhalb* der Schuld“ streiten und das Unberührtbleiben des Vorsatzes „ohne weiteres aus dem finalen Handlungsbegriff“ folgt, d.h. aus der „Abtrennung des Vorsatzes von der Schuld und dessen Zuweisung zur Handlung“.⁶⁸ Auch *Hirsch* verneint die Vorsatzrelevanz des Erlaubnistatbestandsirrtums unter Berufung auf die „wirklichen Phänomene“: „Daß bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes...schon gar keine Tötungs- oder Körperverletzungshandlung gegeben ist“, sei eine „Sichtweise“, die der „an den wirklichen Phänomenen ausgerichtete Finalismus in der Tat nicht mitmachen“ könnte; „denn am tatsächlichen Vorliegen einer Tötungs- oder Körperverletzungshandlung ist hier nicht vorbeizukommen“.⁶⁹

In Wahrheit sind Ableitbarkeit und Insichschlüssigkeit der Vorsatzbejahung nicht einzuräumen, sondern zu bestreiten. Auch vom Großvater, der seinen Enkel heimlich aus der mütterlichen Wohnung entführt und auf eine Urlaubsreise mitnimmt, kann man sagen, er lenke den Kausalverlauf „bis ins Einzelne“ und am „tatsächlichen Vorliegen“ einer Kindesentziehungshandlung sei „nicht vorbeizukommen“ (§ 235 StGB). Desgleichen „steuert“ das Geschehen der Bürger, der korrekt seine Stimme bei der Bundestagswahl abgibt, und der Amtsträger, der einem Gefangenen nach Ablauf der Strafzeit die Türen öffnet, und wieder ließe sich feststellen, am Vorliegen einer „finalen Handlung“ des Wählens oder der Gefangenenbefreiung (§§ 107 a, 120 StGB)

⁶⁶ ZStW 74 (1962) 520. – In seiner „Bilanz“ zum Finalismusstreit betont *Roxin*, dass er an den Thesen seiner alten Kritik festhalte (Fn. 1), S. 574.

⁶⁷ Festschrift f. Niedermeyer (1953), S. 279, 292.

⁶⁸ (Fn. 23) S. 164.

⁶⁹ (Fn. 3) S. 239.

sei „nicht vorbeizukommen“. Aber daraus folgt doch nicht, was die Finalisten glauben folgern zu dürfen! Man kann weder sagen, die Täter hätten den „Tatbestand“ erfüllt, noch darf man im Irrtumsfall – irrige Annahme von Großvaterschaft, Wahlberechtigung, Strafzeitende – schon wegen der finalen Steuerung des objektiven Geschehens den *Vorsatz* der Kindesentziehung, Wahlfälschung, Gefangenenbefreiung bejahen. Entscheidend ist allein, ob die straflos machenden Gegebenheiten – Angehörigenstellung, Wahlbefugnis, Erlaubtheit der Freilassung – solche sind, die den „gesetzlichen Tatbestand“ i.S. von § 16 Abs. 1 StGB ausschließen. Wenn dies zu bejahen ist, dann ist das *Nicht*gegebensein – der Entziehende ist *kein* Angehöriger, der Wählende *ohne* Befugnis, die Strafzeit noch *nicht* abgelaufen – ein „Umstand ...“, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, und die Nichtkenntnis des Umstandes lässt beim Täter den Vorsatz entfallen.

In allen drei Fällen würde man es so sehen. Um den Tatbestand zu erfüllen, muss der das Kind Entziehende ein Nichtangehöriger sein, der Bürger „unbefugt“ wählen und der Amtsträger ohne eine vom Recht gewährte Befreiungserlaubnis handeln (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 120 Abs. 1 StGB⁷⁰). Die Beispiele beweisen: Aus der Finalität beim Bewirken der äußerlichen Erfolge des Tatbestandes, hier der Entziehung, Stimmabgabe und Befreiung, kann man nicht auf den Vorsatz schließen. Wenn also die Finalisten im Schulfall der Putativnotwehr den Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz bejahen, dann aus dem alleinigen Grund, dass sie *hier* das Negativum – keine Notwehrlage – *nicht* gelten lassen als einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand i.S. des § 16 Abs. 1 StGB, während sie dies sehr wohl tun, wenn es z.B. bei §§ 235, 107 a, 120 StGB um die negativen Voraussetzungen geht, kein Angehöriger zu sein bzw. ohne Befugnis zu handeln. Entscheidend ist also auch für die Finalisten die positivistische Frage, wie bestimmte Unrechtsvoraussetzungen zu verstehen sind: Gehören die sie erfüllenden Umstände zum „gesetzlichen Tatbestand“ oder gehören sie nicht dazu? „Vorgegebene Gesichtspunkte“ (*Küpper*), die „kategoriale Struktur der Handlung“ (*Welzel*) oder die finalistische Ausrichtung „an den wirklichen Phänomenen“ (*Hirsch*) liefern dagegen keine Begründung. – Es ist immer dasselbe: Die finale Handlungslehre bringt keine Lösungen hervor. Wenn in irriger Annahme einer Befugnislage der eine einen Gefangenen befreit und der andere seinen Gegner körperlich verletzt, dann sagt sie nur, dass die Täter wegen der Finalität ihrer ursächlichen Körperbewegungen *gehandelt* haben. Ob mit oder – wegen des Irrtums – ohne Vorsatz, kann sie selbst dagegen nicht beantworten.

Diese Frage steht auf einem anderen Blatt, und hier muss man für möglich halten, dass die Finalisten *aus sachlichen Gründen* im Recht sind, wenn sie in Anwendung ihrer strengen Schuldtheorie zwar im ersten, nicht aber im zweiten Fall den Vorsatz ausgeschlossen sehen. Aber auch das ist zu bestreiten. Die Sachgründe sprechen gerade umgekehrt dafür, beide Fälle gleich zu beurteilen und den Vorsatz immer zu verneinen, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die gegebenenfalls sein Tun gestatten würden. Angenommen, ein Mann tut nach einem schweren Unglück genau, was die

⁷⁰ Vgl. Schönke/Schröder-Eser, StGB, 26. Aufl. (2001), § 120 Rdnr. 7.

Not gebietet; er dringt, weil es anders nicht geht, am protestierenden Hausherrn vorbei in dessen Räume ein und nutzt das Telefon für einen Notruf. Das erste ist nicht strafbar, weil der Mann nicht „widerrechtlich“ eindringt (§ 123 StGB), das zweite nicht, weil er den Notruf nicht „mißbraucht“ (§ 145 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Hier wie dort ist die Notlage der Grund, weshalb wir eine gesetzliche Deliktsvoraussetzung und das Vorliegen von Unrecht verneinen. Nun braucht es zwar keinen Schaden anzurichten, wenn man wie üblich so unterscheidet, dass das Eindringen immerhin tatbestandsmäßig und „nur“ gerechtfertigt sei, der Notruf dagegen schon gar nicht den Tatbestand erfülle; man würde innerhalb der Unrechtsprüfung Stufen bilden und das Deliktmerkmal „widerrechtlich“ auf einer höheren einordnen als das Merkmal „mißbraucht“.⁷¹ Auf Abwege gerät jedoch, wer aus der überlieferten Stufung sachliche Unterscheidungen für Irrtumsfälle ableitet. Handelt der Täter guten Glaubens, hätte er aber durchschauen müssen, dass man ihm das Unglück vorgetäuscht hat, dann kann es nicht stimmen, nur den vorsätzlichen Notrufmissbrauch zu verneinen, den vorsätzlichen (und strafbaren) Hausfriedensbruch hingegen zu bejahen. Wer es vorzieht zu sagen, das Merkmal „widerrechtlich“ in § 123 StGB sei, anders als das „miß“ in § 145 StGB, kein Tatbestandsmerkmal und darum betreffe hier der Irrtum des Täters keinen Umstand, der „zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, der muss dann eben, zur Vermeidung eines offensichtlichen Wertungswiderspruchs, auf den „Erlaubnistatbestandsirrtum“ des Eindringenden § 16 Abs. 1 StGB analog anwenden.

IX. Zusammenfassung

Die Finalisten sagen zu Recht, was alle sagen, dass die „Handlung“ im strafrechtlichen Sinn eine willentliche, finale, auf ein Ziel gerichtete Körperbewegung voraussetzt, die „Finalität“ also „essentieller Bestandteil der Handlung“ ist. Unrichtig ist dagegen die These, dass der „finale Handlungswille“ im Vorsatzdelikt mit dem Vorsatz „identisch“ sei. Hier versucht man in eins zu setzen, was offensichtlich zweierlei ist. Wer eine fremde Sache, die er für herrenlos hält, ergreift und sich zueignet, hat einen den objektiven Tatbestand erfüllenden „Handlungswillen“, aber keinen deliktischen „Vorsatz“. Oder auch: Die Finalität des Schießens, d.h. eine Schießhandlung, ist schon feststellbar, bevor die Frage des Tötungsvorsatzes beantwortet ist, und die Feststellung hat Bestand, selbst wenn der Vorsatz am Ende verneint und fahrlässige Tötung angenommen wird. Helfen kann den Finalisten nur, die These der *Identität* durch die der *Parallelität* zu ersetzen. Sie lautet dann: Um Vorsatztäter einer *Straftat* zu sein, muss man die Tatbestandsverwirklichung genauso wollen wie der *irgendwie* Handelnde mindestens die Körperbewegung selbst und ihren unmittelbaren Erfolg will, z.B. wenn er einen Stein ins Wasser wirft oder eine Fratze schneidet. „Zur Tötungshandlung gehört der Tötungswille“ wie zur Werfhandlung der

⁷¹ Andererseits stellt sich natürlich auch die Frage nach Gründen und Nutzen der Unterscheidung. Im Münchener Kommentar zum StGB (2003), Vor § 32 ff., Rdnm. 33-46, ist *Schlehofer* der Frage besonders eindringlich nachgegangen. Er hat – nach meiner Bewertung – Punkt für Punkt widerlegt, was die Unterscheidung von „unrechtstypisierenden Merkmalen“ und „Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen“ gebieten soll.

Werfwille. Denn von einer Handlung sprechen wir nicht schon, wenn jemand seine Körperbewegung, wie etwa beim zwanghaften Grimassieren, als sichere Folge seiner körperlichen Disposition vorausieht, sondern erst, wenn er sie *willentlich*, d.h. *absichtlich* erzeugt.

Die höchst bedenkenswerte, auch vom Wortsinn gestützte Konsequenz, die Annahme von „Vorsatz“ tatsächlich auf Fälle „finaler“ Tatbestandsverwirklichung zu beschränken, haben die Finalisten aber nicht gezogen. Sie anerkennen auch den *dolus eventualis*. Das ist enttäuschend. Die finale Handlungslehre verliert so nicht nur die Konsistenz, sie versäumt auch die Präsentation einer *wirklichen* Ableitung. Denn die tatsächlich zur Diskussion gestellten Lehrsätze und Problemlösungen, die meist auch von Nichtanhängern als Früchte des Finalismus anerkannt werden, verdienen es, bedacht, z.T. sogar bestätigt zu werden (Fahrlässigkeit und Vorsatz sind Voraussetzungen schon des Unrechts), stehen aber bei Lichte besehen in gar keinem Zusammenhang mit dem finalen Handlungsbegriff.