

Strafgesetzbuch: StGB

Kommentar

von

Prof. Dr. Adolf Schönke, Prof. Dr. Horst Schröder, Prof. Dr. Theodor Lenckner, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser,
Prof. Dr. Nikolaus Bosch, Prof. Dr. Walter Stree, Prof. Dr. Günter Heine, Dr. Jörg Eisele, Prof. Dr. Bernd Hecker,
Prof. Dr. Jörg Kinzig, Prof. Dr. Walter Perron, Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, PD Dr. Ulrike Schittenhelm

28., neu bearbeitete Auflage

[Strafgesetzbuch: StGB – Schönke / Schröder / Lenckner / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafgesetzbuch](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60404 1

ausländischen Schrifttum – Luzón Peña in: Schönemann, Figueiredo Dias, Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, 97 ff., Romano ebd. 107 ff., Costa Andrade ebd. 121 ff.). Für die Strafbarkeit ist dies jedoch schon deshalb zu verneinen, weil sie nur mit Inhalten angefüllt werden könnte, die sachwidrig dem – per se schon strafwürdigen – Unrecht und der Schuld entzogen werden (vgl. näher zB Otto aaO, Volk aaO; and. zB Langer aaO). Ebenso ist mit der Strafbarkeit idR auch die Strafbedürftigkeit iSd Notwendigkeit einer Bestrafung gegeben (vgl. zB Rudolphi SK 12 vor § 19). Ausnahmsweise anders ist dies lediglich bei einem Teil der jenseits von Unrecht und Schuld liegenden **objektiven Bedingungen der Strafbarkeit** und der **Strafausschließungs-** und **Strafaufhebungsgründe** (näher dazu u. 124 ff. sowie 127 ff. vor § 32). Weil unter den Strafbarkeitsbedingungen usw. aber auch solche sind, die nicht auf dem ausnahmsweisen Fehlen der Strafbedürftigkeit, sondern darauf beruhen, dass eine bestehende Strafbedürftigkeit im Konflikt mit anderen außerstrafrechtlichen Interessen zurücktreten muss (u. 124 u. 128 vor § 32), kann auch die Strafbedürftigkeit nicht das gemeinsame Dach für eine eigene Deliktskategorie sein. Gleichwohl sind auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen usw. insofern zusätzliche Straftatmerkmale, als sie – i. U. zu den Prozessvoraussetzungen – gleichfalls die materiellen Voraussetzungen für das Entstehen des staatlichen Strafanspruchs betreffen (daher auch Freispruch bei ihrem Fehlen bzw. Vorliegen) und daher zum Gesamtatbestand gehören (vgl. Eisele aaO 113, Krahl aaO 10); sie in einer weiteren Deliktsstufe „sonstiger Strafbarkeitsvoraussetzungen“ zusammenzufassen, wäre daher die systematische Konsequenz. – Außerhalb des Delikt-systems bleiben die Fälle fehlender Strafbedürftigkeit, in denen, anders als bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen usw., lediglich ein **Absehen von Strafe** – hier iVm einem den Täter gleichfalls in seinen Grundrechten berührenden Schuldspruch, der seinerseits bereits eine Rechtfolge der Tat darstellt (54 vor § 38; vgl. dazu auch Appel aaO 467, Schild, Lenckner-FS 310 f.) – oder eine **Verfahrenseinstellung** gem. §§ 153 ff. StPO die Folge ist (vgl. Roxin I 23/41 ff.; zum Bagatellprinzip vgl. auch u. 70 a). Selbst wenn deren Einbeziehung in das Straftatsystem oder dessen „Verlängerung“ in das Prozessrecht im Hinblick auf die Strafgesetzgebung der Gegenwart ein gangbarer Weg sein sollte (vgl. mit Unterschieden im Einzelnen zB Frisch, Stree/Wessels-FS 98 ff. u. in Wolter/Freund 201 ff., Freund ebd. 44 ff., Naucke, Maurach-FS 203 [zu § 153 StPO], Wolter, in Wolter/Freund 5 ff.), blieben Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld doch immer die Grundbausteine eines solchen Systems. Diesbezüglich ist Folgendes hervorzuheben:

1. Keine Einigkeit besteht über das **Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit**. Während die wohl h.M. entsprechend der Definition des Verbrechens als einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung einen „**dreistufigen**“ Verbrechensbegriff vertritt, bei dem die Rechtswidrigkeit zu der Tatbestandsmäßigkeit hinzukommen muss, geht die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen** von einem „Gesamt-Unrechtstatbestand“ aus: Danach ist der Tatbestand nicht nur „ratio cognoscendi“, sondern „ratio essendi“ der Rechtswidrigkeit, d. h. er bestimmt für den konkreten Fall abschließend die Grenzen von Recht und Unrecht, indem er nicht nur die deliktstypischen, sondern alle die Rechtswidrigkeit betreffenden Merkmale umfasst. Da dazu aber auch das Fehlen von Rechtfertigungsgründen gehört, das für die Unrechtsbewertung die gleiche Bedeutung hat wie das Vorliegen der unrechtsbegründenden („positiven“) Tatbestandsmerkmale, gehört nach dieser Lehre das Nichtvorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts bereits zum Tatbestand iS eines „Gesamtunrechtstatbestands“. Deshalb ist zB eine Körperverletzung in Notwehr in diesem Sinne schon nicht „tatbestandsmäßig“. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit werden auf diese Weise zu einer einheitlichen Wertungsstufe verbunden, was zu einem „**zweistufigen**“ Deliktsaufbau führt. Da der Tatbestand in der Umschreibung eines Deliktstypus auch schuldtypisierende Merkmale enthalten kann (vgl. u. 122 f.), kann diese Verschmelzung freilich nur solche Merkmale des „positiven“ Tatbestands erfassen, die ihrerseits unrechtstypisierend sind. Bedeutung hat diese Lehre beim Irrtum über rechtfertigende Tatbestände (zB Putativnotwehr) erlangt: Sind diese lediglich „negative“ Merkmale des Tatbestands, so soll die irrümliche Annahme solcher Umstände unmittelbar zur Anwendung des § 16 (Vorsatzausschluss) führen (vgl. aber auch u. 19), während bei einem „dreistufigen“ Verbrechenaufbau die Behandlung solcher Irrtumfälle zunächst offenbleibt (Vorsatzausschluss analog § 16, Rechtsfolgenverweisung iS des § 16, bloßer Verbotsirrtum; vgl. § 16 RN 14 ff.).

Im Schrifttum wird mit Nuancierungen im Detail ein **dreistufiger Deliktsaufbau** unter Ablehnung der Lehre v. d. neg. Tbm. u. a. vertreten von Baumann/Weber/Mitsch 12/1 ff., Dreher, Heinitz-FS 217 ff., Frister 7/8 ff., Gallas ZStW 67, 19, 27, Gropp 112, Günther SK 1 vor § 32 (formaler Verbrechensbegriff), Heinrich I 87 ff., Herzberg JA 86, 192, Heuchemer aaO 161 ff., Hirsch aaO 371 bzw. 1935 ff., Jescheck/Weigend (viergliedrige Verbrechensdefinition wegen des Erfordernisses einer „Handlung“), Armin Kaufmann, Normentheorie 158, 248, JZ 55, 37, Krey AT I 223 ff., Kühl 1/22 ff., L-Kühl 6, 17, M-Zipf I 14/16 ff., Perron, in: Eser/Nishihara, Rechtfertigung u. Entschuldigung IV, 1995, 70, Roxin I 10/16 ff. [and. noch Offene Tatbestände usw. 121 ff., 173 ff., ZStW 74, 536], Tiedemann, in: Eser/Fletcher aaO 1008 ff., Welzel 49 ff., W-Beulke 127 ff.; iE weitgehend auch Jakobs 6/46 ff.; für einen **zweistufigen Deliktsaufbau** mit Anerkennung der Rechtfertigungsgründe als neg. Tbm. zB Engisch, ZStW 70, 583 ff., DJT-FS I 406 ff., Freund MK 197, Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts (1949) 66 ff., 170 f., 178 ff., ZStW 76, 564 ff., Koriath aaO 322 ff., Lange JZ 53, 9, Otto I 5/23 ff., Rinck aaO 309 ff. (mit zT eigener Konzeption), Rödiger aaO 48, Schaffstein ZStW 72, 386 ff., OLG Celle-FS 185, Schröder hier 17. A., 6 vor § 1, Schroth, A. Kaufmann-FS 598 ff. (mit Modifikationen), Schönemann GA 85, 348 ff., v. Weber, Mezger-FS 183, Walter aaO 87 ff., LK 158, u. iE wohl auch Eser, Lenckner-FS 53; dagegen und gleichwohl für einen zweistufigen Deliktsaufbau Schmidhäuser Engisch-FS 454 [krit. dazu Roxin ZStW 83, 383 ff.]; gegen eine Trennung von Tatbestands-

Vorbem. §§ 13 ff 17, 18

Allg. Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

und Rechtswidrigkeitsstufe nunmehr auch Lesch aaO 274 f., Rönnau LK 12 ff. vor § 32, Schmid aaO 84 ff., 98).

- 17 Bei einer **kritischen Würdigung** dieser Lehren ist im Wesentlichen auf Folgendes hinzuweisen: Zuzustimmen ist der Lehre v. d. neg. Tbm. insofern, als es für die strafrechtliche Bewertung eines Verhaltens nur *zwei Wertkategorien* geben kann: die Rechtswidrigkeit, in der das Werturteil über die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehende Tat liegt, sowie die mit der Schuld begründete persönliche Vorwerfbarkeit, die ein Unwerturteil über den Täter enthält (vgl. auch Puppe NK 11 ff.). Demgegenüber hat die Tatbestandsmäßigkeit nicht die Bedeutung einer besonderen Wertungsstufe (vgl. zB Schünemann GA 85, 349, Wolter aaO 143; vgl. aber auch Jakobs 6/51 ff., W-Beulke 115). Zwar ist der Tatbestand nicht lediglich, wie die ältere Lehre angenommen hat, eine wertfreie Beschreibung objektiver Eigenschaften von Handlungen (vgl. zB Beling aaO 147, 178 ff.; dazu Eisele aaO 109). Ebenso wenig kann die tatbestandsmäßige Handlung selbst wegen der darin liegenden Rechtsgutsverletzung als wertneutral angesehen werden. Ein *rechtliches* Werturteil ist damit jedoch noch nicht verbunden, denn ob die Handlung im Einzelfall tatsächlich dem Recht widerspricht, ergibt sich erst, wenn auch die Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen entschieden ist (vgl. auch Paeffgen aaO 408: nur „bedingtes Werturteil“; and. Gropp 6/13 ff.). Daran ändert sich auch nichts, wenn man davon ausgeht, dass die dem Tatbestand zugrunde liegende Norm nicht die endgültige, durch Rechtfertigungsgründe schon inhaltlich von vornherein begrenzte Verhaltensnorm ist („Du sollst nicht töten, außer im Fall der Notwehr usw.“), sondern eine zunächst noch allgemeine, nicht durch entsprechende Erlaubnisvorbehalte eingeschränkte Verbots- oder Gebotsnorm („Du sollst nicht töten“). Denn auch eine mit der Tatbestandsmäßigkeit gegebene „Normwidrigkeit“ (Hirsch LK¹¹ 6 vor § 32, Welzel 50, 80; krit. zB Otto I 5/27, Rönnau LK 12 vor § 32) dieser Art hat für sich allein noch kein sachliches Gewicht, vielmehr ist es hier erst das Zusammenspiel mit den neben die generellen Verbotsnormen tretenden Erlaubnissätzen (Rechtfertigungsgründe), das zu der für das Recht allein maßgeblichen Wertkategorie „rechtswidrig“ bzw. „rechtmäßig“ führt (Rönnau LK 12 vor § 32).
- 18 Gleichwohl ist die Lehre v. d. neg. Tbm. is einer generellen Aussage über das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit abzulehnen. Zwar gibt es gesetzliche Tatbestände, die bereits alles enthalten, was endgültig auch die Rechtswidrigkeit des fraglichen Verhaltens ausmacht und wo deshalb Umstände, die sonst erst zur Rechtfertigung führen würden, bereits den Tatbestand ausschließen, weil dieser andernfalls seinen Sinn völlig verlieren und nicht einmal mehr „unrechtsindizierend“ wirken würde (vgl. zB zu § 240 II u. 66, Roxin I 10/16 ff.). Die Regel ist dies aber nicht. Hier widerspricht vielmehr die Lehre v. d. neg. Tbm. allgemeinen systematischen Erwägungen und der Methode des Gesetzes, das bei der Umschreibung deliktischen Verhaltens in den Tatbeständen des Bes. Teils zunächst von bestimmten „Leitbildern“ oder „Deliktstypen“ ausgeht (vgl. Gallas ZStW 67, 17, ferner zB Dreher, Heinitz-FS 219, Jescheck/Weigend 244 ff., Lackner/Kühl 17, M-Zipf I 24/1, Roxin I 10/19, Wolter aaO 144 f., Tiedemann, in: Eser/Fletcher aaO 1009). Soweit diese durch Unrechtsmerkmale geprägt werden, ist der Tatbestand daher „Unrechtstypus“, d. h. er fasst die Umstände zusammen, die für das Unrecht einer bestimmten Deliktsart spezifisch sind (u. 45). Im Wesentlichen auf dasselbe läuft es hinaus, wenn stattdessen vielfach auch davon gesprochen wird, der Tatbestand umschreibe die „Verbotsmaterie“ (vgl. Welzel 49, Jescheck/Weigend 245, Stratenwerth/Kuhlen 7/8, Tiedemann aaO 1008). Von solchen Verhaltenstypen muss nun aber auch die Lehre v. d. neg. Tbm. ausgehen, d. h. auch nach ihr müssen die „positiven“ den „negativen“ Tatbestandsmerkmalen vorangestellt werden, weil über die Ausnahmen vom Verbot erst entschieden werden kann, wenn das Verbot als solches feststeht (vgl. auch Stratenwerth/Kuhlen 7/13). Da es sich dabei jedoch um zwei Wertungsvorgänge handelt, sollte dem auch durch eine entsprechende Systembildung Rechnung getragen werden (so auch Tiedemann aaO 1010), zumal diese Wertungen durchaus eigenen Gehalt haben. Dies zeigt sich schon daran, dass die mit einer Einschränkung des „positiven“ Tatbestands – etwa durch Herausnahme einzelner Personengruppen oder Handlungen – verbundene Erweiterung des strafrechtlichen Handlungsspielraums nicht notwendigerweise auf der Anerkennung vorrangiger Werte beruhen muss, sondern auch ganz andere Gründe haben kann, dies u. U. sogar mit dem Ergebnis, dass das fragliche Verhalten außerstrafrechtlich rechtswidrig bleiben kann (auf dieser Möglichkeit beruht zB die durch BVerfGE 88 203, 273 f. verfassungsrechtlich als zulässig angesehene „Fristenlösung“ bei § 218; vgl. dazu jetzt § 218 a I u. dort RN 12 ff.). Dagegen liegt den Rechtfertigungsgründen immer eine positive und auf das gesamte Recht „durchschlagende“ Wertentscheidung in dem Sinne zugrunde, dass entweder in sozialen Konfliktsituationen ein bestimmtes Gegeninteresse höher bewertet wird oder dass in gewissen Grenzen das fehlende Interesse des Verletzten als hinreichender Grund für die Preisgabe des geschützten Rechtsguts anerkannt wird (vgl. auch BVerfG aaO, Jescheck/Weigend 250, Roxin I 10/21; and. Rüdiger aaO 51). Hinzu kommt, dass Einschränkungen des „positiven“ Tatbestands immer auf eine entsprechende Beschränkung der gerade diesem Tatbestand zugrundeliegenden Verbotsnorm zurückzuführen sind, während Rechtfertigungsgründe in aller Regel in den Bereich verschiedener Verbote und Tatbestände hineinwirken (vgl. auch Roxin I 10/20). Auch dies spricht dafür, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur „negative Tatbestandsmerkmale“ sind, sondern dass sie in Gestalt besonderer Erlaubnissätze mit eigenem Gehalt zu den abstrakten, zunächst nur an den typischen Unrechtssachverhalten orientierten Verbotsnormen hinzutreten. Mit der Lehre v. d. neg. Tbm., welche die Rechtfertigungsgründe als bloße Ausnahmen von einem Verbot begreift, wäre ferner nicht zu begründen, dass und warum der von der tatbestandsmäßigen Handlung Betroffene bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zur Duldung des Eingriffs in seine Rechtsgüter verpflichtet sein kann, was bei einem

tatbestandslosen Verhalten nicht der Fall zu sein braucht (vgl. W-Beulke 126, Wolter aaO 145 f.; zu den durch Rechtfertigungsgründe geschaffenen Duldungspflichten vgl. 10 f. vor § 32). – Vgl. näher die 25. A.

Im umgekehrten Verhältnis zum theoretischen Aufwand steht **die praktische Bedeutung** des Streits um einen „zwei“- oder „dreistufigen“ Deliktsaufbau – nach dem Gesagten handelt es sich um einen „dreistufigen Deliktsaufbau mit nur zwei Wertkategorien“ (Wolter aaO 148) –, wenn man nicht System- über Sachfragen entscheiden lässt. Insbes. kann auch beim **Irrtum über die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes**, wo die Lehre v. d. neg. Tbm. vor allem praktische Bedeutung erlangt hat, die Entscheidung nicht von der Frage abhängen, ob der Verbrechensaufbau in zwei oder drei Stufen zu gliedern ist (vgl. Roxin I 10/26, Stratenwerth/Kuhlen 7/14, ferner Tiedemann, in: Eser/Fletcher aaO 1010 f.; and. Schönemann GA 85, 350 f.). Einmal ist schon zweifelhaft, ob nach dieser Lehre § 16 bei irrtümlicher Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts wirklich bereits unmittelbar anwendbar ist, da dies voraussetzen würde, dass der „gesetzliche Tatbestand“ des § 16 auch ein teilweise nur gewohnheitsrechtlich geregelter sein kann, dort nämlich, wo Rechtfertigungsgründe nur durch Gewohnheitsrecht anerkannt sind. Zum andern betrifft § 16 I den Fall, dass der Täter, „irrig einen Umstand nicht kennt“, während es sich hier – entsprechend dem in § 16 II geregelten Irrtum über strafmildernde Umstände – darum handelt, dass er „irrig Umstände annimmt“, welche die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllen würden. Streng genommen kann deshalb auch die Lehre v. d. neg. Tbm. nur zu einer – für sie allerdings zwingenden – analogen Anwendung des § 16 kommen (vgl. auch Grünwald, Noll-GedS 187 f.; and. Paefigen aaO 401 mwN). Umgekehrt ist eine solche aber auch bei einem „dreistufigen“ Verbrechensaufbau durchaus möglich, da für die Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit als der für das Recht maßgeblichen Wertkategorie zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen kein qualitativer Unterschied besteht (o. 17). Die Folge davon kann nur sein, dass auch der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes qualitativ der gleiche ist wie ein Tatbestandsirrtum und daher auch ebenso zu behandeln ist wie dieser. In beiden Fällen fehlt es am Handlungsunwert *vorsätzlichen Unrechts* und es bleibt allenfalls Fahrlässigkeitsunrecht: Beim Tatbestandsirrtum wird der Handlungsunwert einer vorsätzlichen Tat aufgehoben, weil der Täter schon die Rechtsgutsverletzung nicht will; beim Rechtfertigungsirrtum will er diese zwar, doch fehlt hier der sonst durch den Vorsatz begründete Handlungsunwert, weil der Täter davon ausgeht, dass er das Rechtsgut infolge einer rechtfertigenden Sachlage verletzen dürfe und sein Wille deshalb ebenso wenig auf die Verwirklichung eines Erfolgsunwerts *iS* eines den Gegenstand rechtlicher Missbilligung darstellenden Sachverhalts gerichtet ist wie beim Tatbestandsirrtum (vgl. mit Unterschieden im Einzelnen zB Eser/Burkhardt I 15/16, Freund 7/106, Frisch, Vorsatz u. Risiko [1983] 244 ff. sowie in: Eser/Perron [wie u. vor 43] 268 ff., Herzberg JA 89, 296, Stree/Wessels-FS 205 ff., Arthur Kaufmann, Lackner-FS 192, Köhler 324 ff., Krey AT I 711, Kuhlen aaO 304 ff., Puppe, Stree/Wessels-FS 183, Rönnau 96 vor § 32, Roxin I 14/64 ff., Maurach-FS 58 f., Scheffler Jura 93, 617 ff., Schroth, A. Kaufmann-FS 597 ff., Stratenwerth/Kuhlen 9/162 f. u. in: Eser/Fletcher aaO 1064, 1071, Wolter aaO 134, 165 ff.; vgl. ferner u. 60, § 16 RN 18 sowie 21 vor § 32; and. sowohl die „strenge“ als auch die lediglich „rechtsfolgeneinschränkende“ Schuldtheorie, vgl. § 16 RN 14 ff.). Zur entsprechenden Problematik beim Handeln in Unkenntnis eines rechtfertigenden Sachverhalts vgl. 15 vor § 32.

2. Weniger bestritten ist die Notwendigkeit einer **Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld** 20 (vgl. aber Koriath aaO 258 ff. u. krit. dazu Neumann ZStW 109, 596 ff.; ferner Pawlik, Otto-FS 133 ff., Sinn aaO 244 [machttheoretischer Verbrechensbegriff], Gießen-FS 325 ff., Walter aaO 196 ff. [post-finalistisches Verbrechensmodell]; dazu, dass die positiven Systemkategorien Unrecht und Schuld der europäischen Strafrechtsdogmatik fremd sind, Vogel GA 02, 531; zum abweichenden völkerstrafrechtlichen Verbrechensbegriff vgl. nur Ambos 7/2 f.). Darin liegt nicht, wie früher gelegentlich eingewandt wurde, eine unnatürliche Zerreißung von Systemzusammenhängen (vgl. die Nachw. in der 17. A., 16 f. vor § 1; zur Entwicklung der Differenzierung Pawlik, Otto-FS 134 ff.), sondern eine von materiellen Kategorien her vorgegebene Mehrdimensionalität bei der Bewertung eines einheitlichen Geschehens. Auch stehen Unrecht und Schuld nicht beziehungslos nebeneinander, denn es gibt zwar Unrecht ohne Schuld (zB die Tat eines Geisteskranken), nicht aber umgekehrt strafrechtliche Schuld ohne kriminelles Unrecht, vielmehr setzt erstere das letztere immer voraus. Dass das Gesetz ebenfalls zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld unterscheidet, zeigt u. a. schon ein Vergleich der §§ 32, 34 („... handelt nicht rechtswidrig“) mit den §§ 17, 20, 35 („... handelt ohne Schuld“). Damit kommt zum Ausdruck, dass in den Fällen der §§ 32, 34 das Verhalten des Täters schon nicht im Widerspruch zu rechtlichen Sollensnormen steht, sondern objektiv „richtig“ ist, während im Falle der §§ 17, 20, 35 dem Täter ein rechtlich objektiv falsches Verhalten lediglich nicht persönlich zum Vorwurf gemacht wird. Zur inzwischen überholten Lehre einer zusätzlichen Wertungsstufe zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld in Gestalt der „**Tatverantwortung**“ (Maurach aaO 38 ff., M-Zipf I 31/1 ff.) vgl. näher die 25. A. RN 21.

3. Vielfach umstritten ist schließlich auch die **inhaltliche Ausfüllung** der einzelnen **Verbrechens- elemente**. Nachdem die ursprüngliche Annahme der „klassischen“ Verbrechenslehre von Beling u. a., wonach alles Objektive dem Unrecht und alles Subjektive der Schuld zuzurechnen sei, bereits durch die mit dem „neoklassischen“ Verbrechensbegriff erfolgte Anerkennung besonderer „subjektiver Unrechtselemente“ bei den Absichts- und Tendenzdelikten (u. 63) eine Korrektur erfahren hatte, hat die Entwicklung inzwischen zwar zu einer in ihrem Ergebnis von der h. M. weithin übernommenen

„**personalen Unrechtslehre**“ geführt, für die Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht erst Schuldmerkmale sind (u. 52/53 ff.). Immer noch unentschieden, wengleich heute in den Hintergrund getreten, ist aber zB der die Strafrechtsdogmatik lange Zeit beherrschende Meinungsstreit über einen dem Verbrechenssystem zugrunde liegenden allgemeinen Handlungsbegriff (u. 23 ff.). Aber auch sonst gehen die strafrechtlichen Zurechnungsmodelle der Gegenwart nicht nur in Einzelfragen, sondern teilweise schon in ihren Ansätzen und unter Ausbildung neuer Argumentationsmuster (vgl. dazu Neumann ZStW 99, 568 ff. mwN) zT erheblich auseinander. Unrecht und Unrechtsausschluss, Schuld und Schuldabschluss sind davon – zT auch in ihren Grundlagen – gleichermaßen betroffen (vgl. zB u. 56 ff., 109, 115 ff., sowie 8, 108 ff. vor § 32).

22 Dabei ist die Entwicklung nicht nur durch eine verstärkte **Normativierung strafrechtlicher Begriffe** gekennzeichnet (vgl. zB zur objektiven Erfolgszurechnung u. 91 ff.), sondern auch durch Bemühungen um ein teleologisches, betont auf die Strafe und kriminalpolitische Zwecksetzungen bezogenes Strafrechtssystem (vgl. dazu, wengleich mit erheblichen Unterschieden, insbes. Roxin, Kriminalpolitik usw. sowie zB die Lehrbücher von Jakobs und Roxin). Dass damit für die strafrechtlichen Systemkategorien von Tatbestand und Rechtswidrigkeit Wesentliches gewonnen ist, muss jedoch bezweifelt werden (krit. zB Amelung JZ 82, 617), und bei der Schuld bestehen sogar erhebliche Bedenken, diese von den Strafzwecken her auszufüllen (u. 117). Dass eine „kriminalpolitische Anreicherung“ von Unrecht und Schuld zu deren Auflösung „im Einheitsgebräu der Strafzwecklehre“ führen könnte, ist eine Gefahr, die immerhin auch von den Vertretern dieser Richtung gesehen wird (vgl. Schünemann GA 86, 302). Die Aufgabe kann daher nicht sein, das Straftatsystem an mehr oder weniger vagen präventiven Bedürfnissen zu orientieren, sondern die vorgegebenen Sachstrukturen ausfindig zu machen, die diese legitimieren und begrenzen (vgl. zB Hassemer Lenckner-FS 97). Aufs Ganze gesehen aber noch drängender ist die Frage nach der Zukunfts- und Leistungsfähigkeit des deutschen Straftatsystems in einem europäischen Strafrecht (vgl. dazu die recht unterschiedliche Einschätzung von Perron, Lenckner-FS 227 ff.).

C. Die Handlung

Schrifttum: Bacigalupo, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, Eser-FS 61. – Baumann, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, A. Kaufmann-GedS 181. – Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979. – Bloy, Finaler u. sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90, 609. – Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes usw., JZ 89, 71. – ders., Tun oder Unterlassen, Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 02, 193. – v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegel-Schule, 1966. – Bung, Sichtbare und unsichtbare Handlungen, Moralphilosophische und strafrechtliche Überlegungen zum Problem des Unterlassens, ZStW 120, 526. – Bunster, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, Roxin-FS 174. – Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949. – Cerezo Mir, Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, Eser-FS 102. – Dedes, Die Sinnbedeutung der Handlung, Roxin-FS 187. – Donatsch, Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987. – Eckstein, Besitz als Straftat, 2001. – ders., Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen, ZStW 117, 110. – Franzheim, Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar?, NJW 65, 2000. – Gimbernat Ordeig, Handlung, Unterlassen und Verhalten, A. Kaufmann-GedS 159. – Gössel, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlungslehre usw., 1966. – ders., Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, GA 06, 278. – ders., Probleme einer rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre, Küper-FS 83. – Gropp, Besitzdelikte und periphere Beteiligung, Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornografie, Otto-FS 249. – Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972. – ders., Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 88, 573. – ders., Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff u. zur „vortatbestandlichen“ Deliktsverneinung, GA 96, 1. – ders., „Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz“ – Überlegungen zu Günther Jakob's strafrechtlichem Handlungs- und Verhaltensbegriff, Jakobs-FS 147. – Hirsch, Der Streit um Handlungs- u. Unrechtslehre usw., StW 93, 831 u. 94, 239. – Hochmayr, Strafbare Besitz von Gegenständen, 2005. – Hübner, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004. – Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS 307. – ders., Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992. – Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-FS 139. – ders., Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98, 1. – Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht usw., 1991. – Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959. – Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, H. Mayer-FS 79. – Keil, Handeln und Verursachen, 2002. – Kindhäuser, Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht, 1980. – Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994. – Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990. – Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1999. – Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-FS 156. – G. Merkel, Zur Strafwürdigkeit automatisierter Verhaltensweisen, ZStW 119 (2007), 214. – Nau, Die Bewusstseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?, 2001. – Niese, Finalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit, 1951. – Pastor Muñoz, Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung, GA 06, 793. – Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74, 515. – ders., Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems, ZStW 83, 369. – Scheue, Reflexbewegung, Handlung, 1972. – Schild, Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff, GA 95, 101. – Schmidhäuser, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, A. Kaufmann-GedS 131. – ders., Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, GA 96, 303. – Eb. Schmidt, Soziale

Handlungslehre, Engisch-FS 338. – F. C. Schroeder, Besitz als Straftat, ZIS 07, 444. – Spiegel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 68, 283. – Sternberg-Lieben, Grenzen fahrlässiger actio libera in causa, Schlüchter-GedS 217. – Stratenwerth, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweiz. Strafrecht, SchwZStr 81, 179. – ders., Unbewußte Finalität?, Welzel-FS 289. – Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 87, 53. – ders., Besitzdelikte, Grünwald-FS 713. – Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006. – v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-FS 328. – Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 84, 408. – Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953. – ders., Um die finale Handlungslehre, 1949. – ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. A., 1961. – Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973. Vgl. näher zum älteren Schrifttum die 24. A.

I. Nach der Definition des Verbrechens als einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung (o. 12) ist **Voraussetzung der Straftat** zunächst das Vorliegen einer **Handlung**. Diese ist damit Ausgangspunkt des Systems und Strafanknüpfungspunkt. Noch nicht gesagt ist damit freilich, ob eine dem Tatbestand vorgelagerte Handlung „an sich“ oder die *tatbestandsmäßige* bzw. tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung am Anfang des Verbrechenssystems steht. Im Mittelpunkt der strafrechtsdogmatischen Diskussion stand dabei lange die Frage, ob von einem ontologischen oder einem bereits an rechtlichen Kategorien orientierten „juristischen“ Handlungsbegriff auszugehen ist und welche Bedeutung dem Handlungswillen im Deliktssystem zukommt (u. 25 ff., näher zur Entwicklung zB v. Bubnoff aaO, Gallas ZStW 67, 1 ff., Schmidhäuser, Radbruch-GedS 284 ff., A. Kaufmann-GedS 136 ff.; zum Ausland vgl. Jescheck ZStW 98, 10 f.; dazu, dass es eine Handlungslehre nicht in allen Mitgliedstaaten der EU gibt, Bacigalupo, Eser-FS 61 ff., zur Diskussion in der Philosophie Keil aaO). Heute wird vor allem danach gefragt, welche Bedeutung der Handlungsbegriff hat (Baumann, A. Kaufmann-GedS 186); dabei wird häufig die Auffassung vertreten, dass es einen als Oberbegriff alle Formen strafrechtlich relevanten Verhaltens – positives Tun wie Unterlassen, vorsätzliche wie fahrlässige Begehung – umfassenden Handlungsbegriff nicht gibt oder dass er jedenfalls so allgemein bleiben muss, dass er dogmatisch unergiebig ist (u. 37). Dort, wo im Gesetz von einem „Handeln“ die Rede ist, hängt es jedenfalls vom Sinn der einzelnen Bestimmung ab, ob damit nur das positive Tun (zB §§ 8, 9) oder auch das Unterlassen gemeint ist (zB §§ 14, 20). Eine Stellungnahme zum Handlungsbegriff in seiner dogmatischen Bedeutung ist damit nicht verbunden.

23/24

II. Während sich die Rspr. an den Bemühungen um einen strafrechtlichen Handlungsbegriff kaum beteiligt hat, haben in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung vor allem drei **Handlungslehren** Bedeutung gewonnen, die ihrerseits freilich zT wieder verschiedene Spielarten aufweisen: Die kausale, die finale und die soziale Handlungslehre (vgl. näher bei Otter aaO 59 ff.; über weitere Handlungsbegriffe vgl. u. 36).

25

1. Nach den **kausalen Handlungslehren** (*kHl*) bzw. dem **natürlichen Handlungsbegriff** ist primär auf die Ursächlichkeit der Willensbetätigung abzustellen. Handlung ist danach „gewollte Körperbewegung“ bzw. die „gewollte Regungslosigkeit“ (Beling, Lehre vom Verbrechen 9) bzw. „ein vom Willen getragenes menschliches Verhalten, einerlei, worin es besteht, einerlei, wohin der es meisternde Wille zielte“ (Beling aaO 17; ferner Baumann/Weber/Mitsch 13/8 ff. u. 22 ff., Gimbernat Ordeig aaO, Heinrich I 194 ff., Weber-FS 108, Walter aaO 27, LK 30 ff.). Wesentlich für die *kHl* ist, dass sie sich mit der Willkürlichkeit eines bestimmten Verhaltens begnügen (insoweit and. Gimbernat Ordeig aaO 163 ff.), wobei der Wille nur in seiner verursachenden, die Handlung auslösenden Eigenschaft gesehen wird, nicht aber in seiner das Handlungsgeschehen auf ein bestimmtes Ziel hin steuernden Funktion. Der Inhalt des Willens ist daher für den Handlungsbegriff selbst noch ohne Bedeutung. Die vorsätzliche Tötung ist danach ebenso eine „Tötungshandlung“ wie zB das unwissentliche Beibringen des tödlichen Gifts. Entscheidend ist nach dieser Lehre, dass nicht der ganze Willensgehalt der Handlung seine abschließende normative Bewertung schon in der Handlungslehre erfährt, sondern, soweit es um den Inhalt des Handlungswillens geht, erst an späterer Stelle (Rechtswidrigkeit, Schuld) zu berücksichtigen ist.

26

Zur **Kritik**: Gegen die *kHl* wird u. a. eingewandt, dass sich mit der Umdeutung aller willensgetragenen Verhaltensweisen in Kausalvorgänge das Wesen der echten Willenshandlungen nicht erfassen lasse, weil die Handlung damit zur „blinden Willensverursachung“ denaturiert werde (vgl. zB Jescheck LK¹¹ 27, ders./Weigend 219 f., Rudolphi SK 27 vor § 1, Welzel 39 ff.). Doch trifft diese Kritik die *kHl* nicht, solange sie nicht behauptet, mit ihrem Handlungsbegriff die ontologische Struktur der Handlung richtig wiederzugeben. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass es für die Zwecke rechtlicher Bewertung sinnvoll sein kann, die kausalen und finalen Elemente der Handlung verschieden zu betrachten und deshalb einen eigenen rechtlichen Handlungsbegriff zu bilden, der zunächst nur den kausalen Aspekt in sich aufnimmt, während ihm der finale erst in einer späteren Wertungsstufe wieder zugefügt wird. Weiter wird angeführt, dass der kausale Handlungsbegriff die Unterlassung nicht in sich aufzunehmen vermöge (vgl. Gropp 4/37, Jescheck/Weigend 220 mwN, Krey AT I 243, Roxin I 8/13). Zwar hat die *kHl* dem Unterlassen zT dadurch Rechnung zu tragen versucht, dass als Oberbegriff von Tun und Unterlassen von einem willkürlichen bzw. willentlichen Verhalten gesprochen wird (vgl. o. 26). Doch ist damit allein nichts gewonnen, da ein Unterlassen jedenfalls nicht notwendig durch einen Willensimpuls ausgelöst wird, wie schon der Fall des unbewussten Unterlassens zeigt (Brammsen GA 02, 200); hier von einer „Zurückhaltung motorischer Nerven“ zu sprechen (Beling, Lehre vom Verbrechen 15), läuft auf eine Fiktion hinaus, sofern man nicht ausdrücklich auch das auf Sorgfaltserfordernis und Möglichkeit des deliktischen Erfolges bezogene Vergessen einbezieht (so Walter LK 33;

27

gegen eine grundlegende Unterscheidung von Tun und Unterlassen aber Bung ZStW 120, 526 ff.; zu Modifikationen der kHl s. 26. A.). Gegen den kausalen Handlungsbegriff wird ferner angeführt, dass er sinnentleert sei und ins Uferlose führe, indem er an sich auch solche Verhaltensweisen einbeziehen muss, die mit der Tat in keinem sinnvollen Zusammenhang mehr stehen (Zeugung des Mörders als Voraussetzung für den Mord; vgl. zB Jescheck/Weigend 220, Arthur Kaufmann, H. Mayer-FS 93 u. Vorauf.). jedoch muss man sehen, dass solche Verhaltensweisen auf den weiteren Stufen des Deliktaufbaus problemlos ausgeschieden werden können (Roxin I 8/12, Walter LK 36; ferner SSW-Kudlich 13). Löst man die kHl zudem von einem kausalen Straftataufbau, bei dem der Vorsatz Bestandteil der Schuld ist (so noch Baumann/Weber/Mitsch 12/5), so dient die Handlung als Oberbegriff für Tun und Unterlassen im Wesentlichen als Filter, mit dessen Hilfe ein nicht vom Willen getragenes Verhalten ausgeschieden werden kann (vgl. Heinrich I 102, Walter LK 30). Ein so verstandener kausaler Handlungsbegriff gelangt zu denjenigen Ergebnissen, die inzwischen weitgehend Konsens sein dürften (näher u. 37 ff.).

- 28/29 2. Nach der vor allem von Welzel (Ansätze schon bei v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935) entwickelten und im Laufe der Jahre immer weiter ausgebauten **finalen Handlungslehre (fHl)** ist Handlung nicht nur der von einem Willensimpuls ausgelöste äußere Kausalvorgang, sondern „Ausübung der Zwecktätigkeit“ (Welzel 33 ff., Neues Bild 3 ff.). Davon ausgehend, dass es „sachlogische Strukturen“ gibt, die jeder rechtlichen Regelung vorgegeben sind, gelangt die fHl zu einem Handlungsbegriff, der – nach ihrer Auffassung – streng ontologisch ist. Grundlegendes Merkmal ist danach die Finalität, d. h. ein „bewusst vom Ziel her gelenktes Wirken“ (Welzel 33) bzw. „ein vom Willen gesteuertes und gelenktes Geschehen“ (Maurach-FS 8), wobei die finale Steuerung der Handlung in zwei Stufen verlaufe: Die eine gehöre der gedanklichen Sphäre an und umfasse die Vorwegnahme des Ziels, die Auswahl der für dessen Erreichung notwendigen Mittel sowie die Berücksichtigung von Nebenfolgen; die zweite vollziehe sich in der realen Welt und bestehe darin, dass die in der gedanklichen Sphäre vollzogene Zweck-Mittelbestimmung verwirklicht werde (Welzel 34 f.). Während Kausalität „blind“ sei, sei die Finalität „sehend“ (Welzel 33 ff.). – Die fHl hat in der strafrechtsdogmatischen Diskussion jahrzehntlang eine zentrale Rolle gespielt (zusfass. Hirsch ZStW 93, 831 u. 94, 239, Küpper aaO 44 ff.; ferner zur Diskussion Bacigalupo, Eser-FS 61 ff., Cerezo Mir, Eser-FS 101 ff., Hübner aaO 74 ff.). Zu ihren Vertretern gehören außer Welzel – mit Unterschieden im Einzelnen – insbes. Busch, Hirsch, Armin Kaufmann, Küpper, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth, Struensee und Zielinski (aaO; umfassende Nachw. b. Hirsch ZStW 93, 838 FN 35). Doch blieb die fHl in ihrer Bedeutung nicht auf das Strafrecht beschränkt, vielmehr hat sie auch auf die Zivilrechtsdogmatik übergegriffen (vgl. Deutsch, Welzel-FS 227 ff.). Unverkennbar ist schließlich ihr Einfluss auf die Rspr. (zB BGH 2 194, 8 393, 9 370, BGHZ 24 21), wenngleich diese zur Verbrechenslehre des Finalismus selbst nie ausdrücklich Stellung genommen hat.
- 30 Der Finalismus hat jedoch nicht nur einen neuen Handlungsbegriff in die Diskussion eingeführt, sondern aus der vorgegebenen Finalstruktur der Handlung auch eine ganze Reihe zT **weitreichender Konsequenzen** gezogen, durch die das System des bis dahin vorherrschenden „klassischen“ bzw. „neoklassischen Verbrechensbegriffs“ (zu diesen vgl. Jescheck LK¹¹ 13 ff., ders./Weigend 202 ff.) inhaltlich entscheidend verändert wurde. Aus der Gleichsetzung der Finalität der tatbestandsmäßigen Handlung mit dem – zuvor ausschließlich als Form oder Bestandteil der Schuld angesehenen – Vorsatz und aus der Funktion des Tatbestandes, die strafbare Handlung in allen wesentlichen Unrechtsmerkmalen zu kennzeichnen, ergibt sich für den Finalismus, dass der Vorsatz bereits zum Tatbestand gehören muss. Der Vorsatz wird damit – ebenso wie die sonstigen subjektiven Unrechtselemente (zB besondere Absichten) – zum „personalen Unrechtselement“ und als „Handlungsunwert“ dem „Erfolgsunwert“ gegenübergestellt. Damit im Zusammenhang steht die Herausnahme des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit aus dem Vorsatz und die Behandlung des Verbotsirrtums nach der sog. Schuldtheorie (vgl. § 15 RN 104, § 17 RN 3). Dabei wird – ebenfalls mit dem Verbrechensbegriff des Finalismus begründet – auch die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (zB Putativnotwehr) als ein Fall des Verbotsirrtums angesehen (sog. strenge Schuldtheorie, vgl. § 16 RN 15). Folgerungen wurden aus der fHl ferner für die Teilnahme gezogen (Erfordernis einer vorsätzlichen Haupttat). Auch für die Fahrlässigkeit, die ursprünglich pauschal als Schuldform angesehen wurde, ergab sich ein neues Verständnis. Da die bloße Erfolgsverursachung nicht die Voraussetzung einer Handlung erfüllt, kann sie nach der fHl auch nicht tatbestandsmäßig sein. Anknüpfungspunkt für ein Unwerturteil kann nach ihr vielmehr nur die fehlerhafte finale Steuerung sein, was zu einer Aufgliederung der Fahrlässigkeit und einer teilweisen Umverteilung ihrer verschiedenen Bestandteile führt: Soweit es sich um die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handelt, wird die Fahrlässigkeit zum Merkmal des Tatbestandes; soweit es sich dagegen um die persönliche Vorwerfbarkeit des Sorgfaltsmangels handelt, bleibt sie Element der Schuld.
- 31 Zur **Kritik**: Der finale Handlungsbegriff kann nicht beanspruchen, ein alle strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen umfassender Oberbegriff zu sein, weil es beim Unterlassen an einer „aktuellen Finalität“ iS eines „Steuerns und Lenkens“ gerade fehlt (vgl. zB Gallas ZStW 67, 8, Jescheck, Eb. Schmidt-FS 148 f., ders./Weigend 221, Krey AT I 245). Die fHl anerkennt deshalb, dass neben die Handlung als zweite, selbstständige Form menschlichen Verhaltens die Unterlassung tritt (vgl. Hirsch ZStW 93, 851 f., Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte 66 f., Stratenwerth/Kuhlen 6/17 ff., Welzel 200). Anfechtbar ist aber auch die teleologische Begründung, weil dagegen eingewandt werden kann, dass mit der Gleichsetzung von Finalität und Vorsatz zugleich die Sinndimensionalität in den Hand-

lungsbegriff aufgenommen wird und dieser damit seine Vorgegebenheit verliert und zu einem rechtlich-normativen Gebilde wird (so Roxin ZStW 74, 524 ff.; vgl. dagegen aber Welzel, Grünhut-EG 173, Hirsch ZStW 93, 849 f.). Ist Finalität ein „bewusst“ vom Ziel her gelenktes Wirken (Welzel 33), so scheint es ferner unmöglich zu sein, Fehlreaktionen auf Grund automatisierter Verhaltensmuster, aber auch gewisse Affekt- und Kurzschlusshandlungen in den Handlungsbegriff miteinzubeziehen, weil hier das Element einer bewussten Steuerung gerade fehlt (vgl. Roxin I 8/24). Die fHl kann diesen Schwierigkeiten nur dadurch begegnen, dass sie auch eine „unbewusste Finalität“ anerkennt, was nur durch eine erhebliche Modifizierung des ursprünglich aufgestellten Handlungsbegriffs möglich ist (näher Stratenwerth/Kuhlen 6/7 f. u. 22 f., Welzel-FS 289 ff.; vgl. auch Hirsch ZStW 93, 860 ff.). Ferner ist es seit jeher ein Haupteinwand gegen die fHl, dass sie der fahrlässigen Tat nicht gerecht werde und wo sie sich deshalb auch zu Korrekturen des ursprünglichen Systems genötigt sah (vgl. dazu Welzel 129 f., Weidemann GA 84, 409 ff.; ferner Heinrich I 105, Mitsch JuS 01, 106). Wenn hier auf den unsorgfältigen Vollzug einer finalen Handlung abgestellt wird (vgl. Welzel aaO, ferner Hirsch ZStW 93, 857 ff., Stratenwerth/Kuhlen 6/22 f., Weidemann aaO), erweisen sich aber auch dafür die vorgegebenen „sachlogischen Strukturen“ als unergiebig: Die Unsorgfältigkeit des Steuerungsvorgangs selbst ist kein Moment der Finalität, sondern eine der Handlung vom Recht zugeschriebene Eigenschaft, während das, worauf die Handlung tatsächlich gerichtet war, für die Begründung des Sorgfaltsmangels ohne Bedeutung ist (vgl. zB Baumann/Weber/Mitsch 13/74 ff., v. Bubnoff aaO 151, Jescheck/Weigend 221, Roxin I 8/20 ff., ZStW 74, 525; vgl. dazu aber auch Hirsch aaO, Weidemann aaO). Was die praktischen Konsequenzen der fHl betrifft, stößt insbes. die Behandlung des Irrtums über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als Verbotsirrtum iSd sog. strengen Schuldtheorie auf Kritik (vgl. § 16 RN 15 f.), zumal dies auch vom Standpunkt der fHl aus keineswegs zwingend ist (abweichend daher Schaffstein MDR 51, 196, Stratenwerth/Kuhlen 9/160 ff.; näher dazu 27. A.).

Insgesamt ist festzustellen: Selbst wenn ein Handeln ohne steuernden Handlungswillen nicht möglich ist, ergeben sich hieraus noch keine Konsequenzen für das System und den Inhalt der einzelnen Verbrechenlemente: Welchen Inhalt zB der Vorsatz haben muss, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuld- oder (auch) Unrechtsmerkmale sind usw., ergibt sich nicht aus der Finalstruktur der Handlung, sondern aus den normativen Entscheidungen des positiven Rechts und den Unrecht und Schuld eigenen Sinngehalten (vgl. auch schon o. 27; zur Gegenposition vgl. zuletzt Hirsch ZStW 93, 844 ff., Küpper aaO 51 ff.). Hier lassen sich die Ergebnisse der fHl, soweit sie angemessen sind, auch selbstständig begründen (vgl. dazu auch Jescheck ZStW 93, 17 ff. mwN). Das bleibende Verdienst der fHl ist es jedoch, dass sie die Bedeutung des personalen Kerns des Unrechts erkennt und dem Handlungsunwert die gleiche Bedeutung beigemessen hat wie dem Erfolgs- oder Sachverhaltsunwert (u. 52/53 ff.).

32

3. Nach den zT aus dem kausalen Handlungsbegriff hervorgegangen, zT auch unabhängig davon entstandenen **sozialen Handlungslehren** (krit. zur Terminologie Otter aaO 74) ist das allen Verhaltensformen Gemeinsame die soziale Relevanz menschlichen Tuns oder Unterlassens. Wesentlich für sie ist, dass sie das Handeln als sinnhaft gestaltenden Faktor der sozialen Wirklichkeit erfassen und damit einen Kompromiss zwischen einer rein ontologischen und einer normativen Betrachtungsweise darstellen. Entsprechend der Weite des damit gewonnenen Blickfelds bieten sie Raum für im Einzelnen zT recht differenzierte Lösungen, bei denen je nachdem der kausale Ansatz, die objektive Handlungstendenz, die subjektive Zwecksetzung oder die personale Struktur des Handelns mehr oder weniger deutlich hervortreten. So wird die Handlung zB beschrieben als „willensgetragenes Verhalten, das durch seine Auswirkungen die Lebenssphäre von Mitmenschen berührt und sich unter normativen Aspekten als soziale Sinnlichkeit darstellt“ (Eb. Schmidt JZ 56, 190, Engisch-FS 339), als „das willkürliche Bewirken berechenbarer sozialerheblicher Folgen“ (Engisch, Kohlrausch-FS 161) oder als „das vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozialerhebliche Verhalten“ (W-Beulke 93; vgl. ferner Maihofer, Eb. Schmidt-FS 178). Nach Jescheck (LK¹¹ 32, Eb. Schmidt-FS 151 u. Jescheck/Weigend 223) ist die Handlung „sozialerhebliches menschliches Verhalten“, wobei Verhalten „die Antwort des Menschen auf die ihm zu Gebote stehenden Handlungsmöglichkeiten“ ist und seine Sozialerheblichkeit darin besteht, dass es „den Menschen in seiner mitmenschlichen Rolle in Erscheinung treten lässt“ (zu weiteren Varianten s. E. A. Wolff aaO 15 ff. u. Radbruch-GedS 295, M-Zipf I 16/67 ff.; vgl. auch den Überblick b. Donatsch aaO 26 ff., Otter aaO 74 ff. sowie die Analyse b. Bloy ZStW 90, 609 ff.).

33/34

Zur **Kritik**: Die sozialen Handlungsbegriffe eignen sich als übergeordnete Einheit und Grundbegriff des Systems nur, wenn man die Verschiedenheiten von Tun und Unterlassen außer Acht lässt und beim Unterlassen die „Handlungserwartung“ in den Handlungs- bzw. Verhaltensbegriff aufnimmt (so Jescheck/Weigend 223 f.). Damit wird zwar noch nicht die Möglichkeit eines gemeinsamen Handlungsbegriffs preisgegeben (so jedoch Otter aaO 122), da als das Tun und Unterlassen verbindende Element die „Sozialerheblichkeit“ bleibt (vgl. jedoch Puppe NK 59, 61 mit einem Handlungsbegriff, der die Zweiteilung von Tun u. Unterlassen aufrechterhält). Entscheidend ist jedoch, dass mit dem Einfügen einer „Handlungserwartung“ die vortatbestandliche Stufe verlassen wird, weil eine solche Erwartung zwar auch schon aus anderen Normensystemen (Moral, Sitte) folgen kann (insoweit zutr. Bloy aaO), häufig aber erst durch rechtliche Handlungsgebote begründet wird (zB Anmelde-, Anzeigepflichten usw.), so dass das Unterlassen erst durch den Tatbestand konstituiert wird (Roxin ZStW 82, 681). Auch ansonsten weist der soziale Handlungsbegriff enge Verbindungen zum Tatbestand auf, da sich soziale und rechtliche Bewertung kaum trennen lassen (Roxin I 8/30) und sich etwa die Frage der

35

Sozialerheblichkeit mit der Kategorie der objektiven Zurechnung überschneidet. Der soziale Handlungsbegriff kann daher nicht die Aufgabe eines den Tatbeständen vorgelagerten Systemoberbegriffs erfüllen (vgl. im Übrigen auch die Kritik von Küpper aaO 61 ff., Lampe, Hirsch-FS 92 f., Roxin I 8/29 ff.). Da dogmatische Folgerungen für den Aufbau von Unrecht und Schuld aus ihm nicht abgeleitet werden können und sollen (vgl. zB Jescheck/Weigend 226, W-Beulke 93), erschöpft sich seine wesentliche Bedeutung in der negativen Funktion der Ausscheidung solcher Verhaltensweisen, die für die strafrechtliche Beurteilung von vornherein außer Betracht bleiben können.

36 **4. Weitere Handlungsbegriffe.** Noch in der Nähe der sozialen Handlungslehre steht der *personale Handlungsbegriff* von Arthur Kaufmann (H. Mayer-FS 116), wonach menschliches Handeln die „verantwortliche, sinnhafte Gestaltung der Wirklichkeit mit vom Willen beherrschbaren (dem Handelnden daher zurechenbaren) kausalen Folgen (im weitesten Sinn)“ ist. Abgesehen davon, dass hier mit der „Verantwortlichkeit“ und „Sinnhaftigkeit“ der Freiheitsgedanke zu früh ins Spiel gebracht wird – auch Geistesranke können handeln (vgl. Roxin I 8/47) –, ist ein so formulierter Handlungsbegriff jedoch gleichfalls nicht geeignet, das Unterlassen in sich aufzunehmen, weil dieses keine „Gestaltung der Wirklichkeit“ ist (and. Bloy ZStW 90, 632), dies auch nicht in dem Sinn, dass der Mensch hier „einen Kausalprozess in seinen Dienst nimmt“ (Arthur Kaufmann, Schuld und Strafe 53; vgl. im Übrigen krit. auch Koriath aaO 353 ff.). Solche Schwächen vermeidet zwar der personale Handlungsbegriff von Roxin (I 8/44 ff.; dazu Bunster, Roxin-FS 173 ff.) – Handlung als „Persönlichkeitsäußerung“ –, dies aber zunächst um den Preis, dass er wegen der jedenfalls beim Unterlassen unvermeidlichen Anleihen beim Tatbestand auf den Anspruch verzichten muss, uneingeschränkt eine Handlung „vor dem Tatbestand“ zu sein (Roxin I 8/55 ff., dazu auch Gössel, GA 06, 279 ff., Küper-FS 88 ff.; s. aber u. 37). – Mittels eines *negativen Handlungsbegriffs* sollen Tun und Unterlassen in der Weise unter einen Oberbegriff gebracht werden, dass auch das positive Tun in ein Unterlassen der „gebotenen Gegensteuerung“ umgedeutet wird: Handlung soll danach das „vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung“ sein (so Herzberg aaO 177, JZ 88, 576 ff.: der Täter als „Überwacher der Gefahrenquelle“, die er selbst darstellt; ähnl. Donatsch aaO 17 f., 117) bzw. das „sorgfaltspflichtwidrige und strafrechtlich missbilligte Unterlassen“ (vgl. Herzberg GA 96, 1, 91 f.) oder die „Nichtvornahme der gefahrvermeidenden Handlung angesichts einer tatbestandsmäßigen Gefahrensituation bei gegebener Handlungsfähigkeit“ (so auf psychoanalytischer Grundlage Behrendt aaO 130, 143 f., Jescheck-FS 308, GA 93, 68). Da der Akt der Gegensteuerung gegen „destruktive Regungen“ (Behrendt aaO 124) bei Tun und Unterlassen ganz verschieden aussieht (Entschluss, etwas zu tun bzw. etwas nicht zu tun), verbietet sich schon deshalb die Annahme, dass „in jedem Begehungsdelikt als minus ein unechtes Unterlassungsdelikt verborgen liegt“ (so aber Herzberg JZ 88, 579, Jakobs-FS 158; zur Kritik Brammsen JZ 89, 72 ff.). Mit der Bezugnahme auf die „Sorgfaltspflichtwidrigkeit“ usw. des Unterlassens wird auf die Gewinnung eines vortatbestandlichen Handlungsbegriffs verzichtet (zur Kritik vgl. zB Engisch, Gallas-FS 193 ff., Jescheck LK¹¹ 31, Puppe NK 52, Roxin I 8/33 ff.). – Nach dem auf sprachanalytischer Grundlage entwickelten *intentionalen Handlungsbegriff* von Kindhäuser ist Handlung „ein entscheidbares Tun, durch das der Handelnde in der Lage ist, ein Ereignis herbeizuführen“ (aaO 216, GA 82, 477; zu einer durch eine Normtheorie zu ergänzenden intentionalen Handlungslehre vgl. auch Koriath aaO 356 ff., 402; ferner für Begehungsdelikte Schmidhäuser I 5/5 ff.). Dass mit diesen sprachphilosophischen Deutungen des Handlungsbegriffs für das Strafrecht Wesentliches gewonnen ist, wird jedoch mit Recht bezweifelt (vgl. Brammsen JZ 89, 75, Küpper aaO 63 ff., Roxin I 8/50). – Völlig verlassen ist der Bereich herkömmlicher Handlungslehren mit einem Handlungsbegriff, der – so Jakobs aaO 44 – „das gesamte Programm des Strafrechts speichert“ und deshalb „bis zur Schuld durchgezogen“ wird: Handlung ist danach „das Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“, was in der Sache jedoch nichts anderes als die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung ist der allgemeinen Verbrechenstheorie (o. 12; krit. dazu auch Puppe NK 50, Schild GA 95, 101, Schünemann GA 96, 220, ferner Dedes, Roxin-FS 187). Zu einer Einbeziehung der Verantwortlichkeit bereits in den Handlungsbegriff und damit zu einer Aufhebung der Trennung von Unrecht und Schuld führt auch die *kognitive Handlungslehre* von Kargl (aaO 513 ff., 526 u. krit. dazu Gössel GA 93, 132). – Zu einem *rechtsgutsbezogenen Handlungsbegriff* als Nichtbeachtung rechtlich geschützter Werte vgl. Gropp 4/74 ff.

37 **III.** Nach allem gibt es deshalb weder einen einheitlichen vortatbestandlichen Handlungsbegriff, dem als Generalnenner für alle Phänomene des Strafrechts ein eigener Stellenwert zukommen würde, noch lassen sich aus der Seinsstruktur der Handlung wesentliche Sachaussagen über den Inhalt der verschiedenen Verbrechensteile gewinnen (i. E. ebenso zB Eser-Burkhardt I 3/72, Freund 1/58 ff., Gallas ZStW 67, 1 ff., Kindhäuser 61, Otter aaO 136 ff., 198 ff., Roxin I 8/51 ff., Sternberg-Lieben, Schlüchter-GedS 232). Auch die Würfel der strafrechtlichen Dogmatik fallen deshalb nicht in der Handlungslehre, sondern erst bei Tatbestandsmäßigkeit und Unrecht. Nur innerhalb des Systems interessiert daher auch die „Handlung“ bzw. das „Verhalten“, und zwar als *tatbestandsmäßiges* Tun oder Unterlassen. In dieser Verbindung aber kommt dem **Handlungsbegriff** als allgemeines Verbrechenselement nur eine **negative Filterfunktion** zu: Da der Tatbestand Deliktstypus und damit zunächst Unrechtstypus ist (u. 45), scheiden aus ihm von vornherein solche durch Menschen verursachte Geschehensabläufe aus, die überhaupt nicht in das Blickfeld des Rechts als einer menschlichen Verhaltensordnung geraten können (vgl. zB auch Gallas aaO 15, Heinrich I 194 ff., Jescheck ZStW 98, 9, Krey AT I 238, 249 ff., Kühl 2/3; and. zB Gropp 4/23 ff.). Zwar setzt auch eine solche Aussonderung von „Nichthandlungen“ voraus, dass zunächst die spezifischen Merkmale menschlichen Handelns