

Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberamerikanischen Ländern

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir, Madrid

Es bedeutet für mich eine große Ehre, an der Festschrift für Prof. Dr. Fritz Loos mitwirken zu können. Ich habe vor vielen Jahren Herrn Prof. Loos bei den Seminaren von Prof. Welzel in Bonn kennengelernt und seine akademische Laufbahn mit Interesse verfolgt. Deswegen fand ich es sehr angebracht, dass Prof. Kai Ambos als Thema meines Beitrages zu dieser Festschrift den Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre in Spanien und in den iberamerikanischen Ländern angeregt hat.

I. Die Ausbreitung der finalen Handlungslehre in Spanien und Iberoamerika

Die finale Handlungslehre wurde in Spanien durch Prof. Rodríguez Muñoz in verschiedenen Aufsätzen und vor allem durch seine Abhandlung „La doctrina de la acción finalista“ bekannt gemacht.¹ In diesem Werk hat er eine ausführliche Darstellung der finalen Handlungslehre und eine scharfsinnige Analyse der Schwierigkeiten vorgelegt, auf die die finale Handlungslehre bei den fahrlässigen Delikten damals gestoßen war.² Die jungen spanischen Wissenschaftler haben dann ihre Aufmerksamkeit diesen neuen Gedanken gewidmet. Ich war an der Universität von Bonn bei Prof. Welzel von 1956 bis 1960 und Cordoba Roda war lange Zeit bei Prof. Maurach an der Universität von München. Nach unserer Rückkehr nach Spanien hat Cordoba Roda zwei wichtige Bücher,³ und die Übersetzung des Lehrbuchs von Maurach mit ausführlichen Fußnoten⁴ veröffentlicht, in denen er die finale Handlungslehre in der Maurachschen Interpretation ausführlich darstellt und analysiert. Ich selbst habe die vierte Auflage von „Das neue Bild des Strafrechtssystems“ von Welzel ins Spanische übersetzt und mit Fußnoten, in denen ich die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Gedankengängen Welzels vor allen Dingen in Bezug auf das spanische Straf-

recht führe, veröffentlicht.⁵ Später habe ich auch die Abhandlung von Stratenwerth, „Das rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache’“ und den im April 1968 von Welzel in Madrid gehaltenen Vortrag „La doctrina de la acción finalista hoy“ ins Spanische übersetzt und veröffentlicht.⁶

Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre wurde in den sechziger und siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts in Spanien und in den iberamerikanischen Ländern, wo die genannten Übersetzungen eine große Verbreitung fanden, sehr intensiv geführt. In Argentinien wurde die dritte Auflage des Allgemeinen Teils des Lehrbuchs von Welzel durch Carlos Fontán Balestra und Eduardo Frike 1956,⁷ und die elfte Auflage in Chile durch Juan Bustos Ramírez und Sergio Yáñez Román 1970⁸ übersetzt und veröffentlicht. Die grundlegenden Werke von Armin Kaufmann („Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie“⁹ und „Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte“¹⁰), von Stratenwerth („Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat“)¹¹, die Fortführung des Lehrbuches von Maurach durch Heinz Zipf und Karl Heinz Gössel¹², das Werk von Zielinski über Hand-

* Deutsche Fassung des in dieser Ausgabe (ZIS 2009, 200) veröffentlichten spanischen Beitrags; sprachliche Überarbeitung durch PD Dr. Peter Rackow und Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen.

¹ Rodríguez Muñoz, La doctrina de la acción finalista, 1953. Früher hatte er die Aufsätze „La acción finalista en Derecho Penal“ Jus 1944 und „Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953, veröffentlicht.

² Siehe dazu meinen Aufsatz „Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel“, ZStW 71 (1959), 44 ff.

³ Cordoba Roda, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; ders., Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963.

⁴ Cordoba Roda, Tratado de Derecho Penal, zwei Bände, 1962.

⁵ Welzel, El nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, 1964. Eine Neuauflage meiner Übersetzung mit Fußnoten und einer vom uruguayischen Professor Gonzalo Fernández verfassten Einführung ist im Jahre 2001 bei dem Verlag B de F, Buenos Aires-Montevideo erschienen. Professor Luiz Regis Prado hat meine Übersetzung mit Fußnoten ins Portugiesische übersetzt: O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista, 2001.

⁶ Stratenwerth, El problema de la ‚naturaleza de las cosas‘ en la teoría jurídica, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Bd. 8, Nr. 19 (1964); Welzel, La doctrina de la acción finalista, hoy, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, no. 2.

⁷ Welzel, Derecho Penal, 1956.

⁸ Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 11. Aufl. 1970.

⁹ Kaufmann, Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna, übersetzt von Enrique Bacigalupo und Ernesto Garzón Valdés, 1977.

¹⁰ Kaufmann, Dogmática de los delitos de omisión, übersetzt von Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2000.

¹¹ Stratenwerth, Derecho Penal, Parte General, Bd. 1, El hecho punible; die zweite Auflage wurde von Romero, 1982 und die vierte von Meliá/Sancinetti, 2005, übersetzt.

¹² Maurach/Zipf, Derecho penal. Parte general 1, Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible, Übersetzung der 7. Auflage durch Jorge Bofill Genzsch und Enrique Aimone Gibson, 1994; Maurach/Gössel/Zipf, Derecho penal, Parte general 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, 1995.

lungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff¹³, die gesammelten Werke von *Hirsch*¹⁴ und zahlreiche Aufsätze der genannten und anderer Vertreter der finalen Handlungslehre (*Struensee*, *Schöne*) sind auch ins Spanische übersetzt und veröffentlicht worden.

Auf der Grundlage der finalen Handlungslehre sind in Spanien und in den iberoamerikanischen Ländern zahlreiche und bedeutende Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des Strafrechts erschienen. In Argentinien haben *Enrique Bacigalupo* seine „Lineamientos de la teoría del delito“¹⁵, *Eugenio Raúl Zaffaroni* seinen berühmten, einen großen Einfluss in ganz Iberoamerika ausübenden „Tratado de Derecho penal“ in fünf Bänden¹⁶, und *Edgardo Alberto Donna* seine „Teoría del delito y de la pena“¹⁷ und in der letzten Zeit den ersten Band eines umfangreicheren Lehrbuchs¹⁸ veröffentlicht. In Chile haben *Enrique Cury* und *Luis Cousiño Mac Iver* ausgezeichnete Lehrbücher zum Allgemeinen Teil¹⁹ vorgelegt. In Brasilien haben *Heleno Claudio Fragoso* seine „Lições de Direito Penal. Parte Geral“²⁰, *Luiz Regis Prado* einen „Curso de Direito Penal Brasileiro“²¹, in Peru *Felipe Villavicencio*

¹³ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973, spanische Übersetzung von *Marcelo A. Sancinetti*, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, 1990.

¹⁴ *Hirsch*, Derecho Penal. Obras Completas, vier Bände (1999, 2000, 2003 und 2005).

¹⁵ *Bacigalupo*, Lineamientos de la teoría del delito, 1974. Sein späteres Lehrbuch Principios de Derecho Penal. Parte General, 4. Aufl. 1997, ist durch das Denken von *Jakobs* beeinflusst.

¹⁶ *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal, Bd. 1 (1980), Bd. 2 (1981), Bd. 3 (1981), Bd. 4 (1982) und Bd. 5 (1983). Früher hatte *Zaffaroni* eine Teoría del delito, 1973 und den Manual de Derecho penal. Parte General, 1979 veröffentlicht. In den letzten Jahren hat er mit seinen Schülern *Alejandro Alagia* und *Alejandro Slokar* ein weniger umfangreiches Lehrbuch Derecho Penal. Parte General, 2000 veröffentlicht, das sich vor dem Hintergrund der Erfahrungen der argentinischen Militärdiktaturen durch eine ganz andere stark politisierte kriminalpolitische Orientierung auszeichnet.

¹⁷ *Donna*, Teoría del delito y de la pena. 1 Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, 2. Aufl. 1996, 2 Imputación delictiva, 1995.

¹⁸ *Donna*, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos-Teoría de la ley penal, 2006.

¹⁹ *Cury*, Derecho Penal. Parte General, 7. Aufl. 2005; früher hatte er schon das ähnlich ausgerichtete Werk Orientación para el estudio de la teoría del delito, 1. Aufl. 1969, 2. Aufl. 1973, veröffentlicht; *Cousiño Mac Iver*, Derecho Penal Chileno. Parte General, Bd. 1 (1975), Bd. 2, (1979), Bd. 3, (1992).

²⁰ *Claudio Fragoso*, Lições de Direito Penal. Parte Geral, 2. Aufl. 1977.

²¹ *Regis Prado*, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1. Parte Geral, 7. Aufl. 2007.

Terreros, seine „Lecciones de Derecho Penal. Parte General“²² und in Ecuador *Alfonso Zambrano Pasquel*, einen „Derecho Penal Parte General“²³ veröffentlicht. In Spanien habe ich einen „Curso de Derecho Penal Español. Parte General“, in drei Bänden²⁴ und *Cuello Contreras* einen ersten Band eines tieferschürfenden Lehrbuchs²⁵ veröffentlicht.

II. Geltung des Finalismus in der modernen Strafrechtswissenschaft und in der Gesetzgebung Spaniens und der iberoamerikanischen Länder

In Spanien und in Iberoamerika hat die finale Handlungslehre trotz der Verbreitung des teleologischen wertbezogenen kriminalpolitischen Systems von *Roxin* und des systemischen Funktionalismus von *Jakobs* – auch heute noch sowohl in der Wissenschaft als auch in der Gesetzgebung eine große Bedeutung.²⁶ Dies soll in Bezug auf ihre Hauptprobleme überprüft werden.²⁷

1. Die methodologischen Grundlagen

Die Existenz der von *Welzel* aufgezeigten sachlogischen Strukturen – die finale Struktur der menschlichen Handlung, die sachlogische Beziehung der Teilnahme auf eine vorsätzliche Haupttat und die sachlogische Struktur der Schuld, die dazu zwingt, dem Verbotsirrtum Bedeutung zuzumessen – und ihr bindender Charakter für den Gesetzgeber, der rechtliche Folgen an Handlung und Schuld knüpfen will, wurden in Spa-

²² *Villavicencio Terreros*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 1990.

²³ *Zambrano Pasquel*, Derecho Penal, Parte General, 3. Aufl. 2006.

²⁴ I Introducción, 6. Aufl. 2004; II Teoría jurídica del delito, 6. Aufl. 1998; III Teoría jurídica del delito/2, 1. Aufl. 2001. Meine Gesammelten Werke, Obras Completas, deren erster Band mein Lehrbuch Allg. Teil ist, sind in Peru, Mexiko, Kolumbien und Brasilien durch den Verlag ARA, Lima, in Zusammenarbeit mit Verlagen jener Länder in den Jahren 2006 und 2007 veröffentlicht worden. Mein Schüler *Juan Felipe Higuera Guimerá* hat einen Allgemeinen Teil des spanischen Militärstrafrechts (Curso de Derecho Penal Militar Español. I Parte General, 1990) veröffentlicht.

²⁵ *Cuello Contreras*, El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3. Aufl. 2002.

²⁶ *Kai Ambos* hat neuerdings in Bezug auf Iberoamerika resümiert: „Mustert man die Werke der (noch) modernen Autoren durch, so wird man wohl sagen können, dass der Finalismus bzw. Postfinalismus im Sinne des moderaten Funktionalismus und Normativismus Roxins vorherrschend ist.“ („100 Jahre Belings ‚Lehre vom Verbrechen‘: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene ?“, ZIS 2006, 469); trotzdem kommt er kurz danach (a.a.O., 470) im Hinblick auf die zahlreichen Veröffentlichungen über die objektive Zurechnung zum Schluss, dass die Lehre *Roxins* diejenige ist, die mehr Geltung hat.

²⁷ Im Rahmen dieses Aufsatzes kann ich natürlich weder auf alle Probleme eingehen noch die verschiedenen Meinungen im Einzelnen darstellen.

nien bald durch unseren bekannten Rechtsphilosophen *Legaz Lacambra*²⁸ und mehrere Strafrechtler²⁹, in Argentinien durch *Bacigalupo* und *Zaffaroni*³⁰ und in Chile durch *Cury*³¹ anerkannt. In der modernen Strafrechtswissenschaft wird diesen sachlogischen Strukturen in Spanien hauptsächlich durch *Luis (Gracia) Martín*³² und *Joaquín Cuello Contreras*³³, in Mexi-

ko durch *Moisés Moreno Hernández*³⁴ und in Brasilien durch *Luiz Regis Prado*³⁵ Rechnung getragen.

Ich selbst habe mich der Meinung von *Stratenwerth* angeschlossen, nach der die sachlogischen Strukturen zur Seinsphäre gehören, dabei aber aus der großen Vielfalt der ontischen Gegebenheiten durch einen bestimmten Gesichtspunkt als wesentlich für die rechtliche Regelung hervorgehoben werden: der Auffassung vom Menschen als Person.³⁶ Wenn aber die von *Welzel* gemeinten sachlogischen Strukturen nur aus dem Blickwinkel eines Verständnisses vom Menschen als Person, als verantwortliches Wesen sichtbar werden und sich als wesentlich herausheben, können die entsprechenden Begriffe keine rein ontologischen Begriffe mehr sein, weil es in ihnen schon ein normatives Element gibt.³⁷ Dies können wir beim finalen Handlungs- und Unterlassungsbegriff sehr deutlich sehen. Wenn das Recht von der Auffassung vom Menschen als Person ausgeht, hebt sich die finale Struktur der menschlichen Handlung nach *Stratenwerth* als wesentlich für die rechtliche Wertung ab. Nur die finalen Handlungen erscheinen dann als das spezifisch menschliche Verhalten und können Gegenstand rechtlicher Wertung sein. Ein nicht finales Verhalten (wie die Körperbewegungen bei einem epileptischen Anfall, die Reflexbewegungen im engen Sinne, die Körperbewegungen im Schlaf – denken wir z.B. an den Schlafwandler – u.s.w.) kann also nicht als menschliches Verhalten angesehen werden. Der Unterlassungsbegriff, der

²⁸ *Legaz Lacambra*, *Filosofía del Derecho*, 2.Aufl. 1961, S. 213 f., 304 ff.

²⁹ Die ontologische Struktur der menschlichen Handlung und die Bindung des Gesetzgebers hieran wurden durch *Beristain*, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Sonderabdruck von *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, S. 21 f., und *Conde/Pumpido Ferreira*, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, S. 276 anerkannt.

³⁰ *Bacigalupo* (Fn. 15), S. 25; *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd.2, S. 298 ff. Neuerdings bestreitet *Zaffaroni* die Bindung des Rechts an sachlogische Strukturen; das Recht sei nur an die Anerkennung des Menschen als Person, als verantwortliches Wesen gebunden; siehe *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 330 und *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, 2002, S. 118 ff. („Die ontischen Angaben sind nur eine Schranke in der Begriffsbildung, sie wird dadurch nicht aufgedrängt, sondern nur bedingt“).

³¹ *Cury* (Fn. 19), Bd. 1, S. 311 f. („Die sachlogischen Strukturen sind ontologische oder axiologische Beziehungen, nach denen die Auswahl eines bestimmten Wertgegenstandes die Annahme von anderen Gegenständen oder Wertungen, deren Vorhandensein oder Geltung durch den ersten bedingt ist, notwendig nach sich zieht“); im Vorwort zur 7. Auflage (S. 27) macht er darauf aufmerksam, dass er seine Meinung nicht geändert hat.

³² *Gracia Martín*, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2005, S. 94 ff.; „El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito“, in: *Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, 2005, S. 95 ff. und in: *Moreno Hernández u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, 2005, S. 161 ff.

³³ *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 439 ff. Im Sinne *Kaufmanns*, begreift er die sachlogischen Strukturen als die notwendige Korrespondenz zwischen einer rechtlichen Regelung und einer Seinsstruktur. Die ontische Struktur der Handlung und der Schuld werden nach *Cuello Contreras* vom Zweckgedanken abgeleitet. Die Geltung der Normen muss von der Voraussetzung ausgehen, dass derjenige, der sie übertritt, ein Subjekt ist, das heißt jemand der sinngerichtet handelt. Die Schuld ist Zurechnung zu einem Subjekt und deswegen ist

die Motivationsfähigkeit eine Voraussetzung der subjektiven Zurechnung.

³⁴ *Moreno Hernández*, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, S. 131 ff.; *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, S. 75 ff., 92 ff., 99 ff. und in: *Facultad de Derecho de la UNED, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2000, S. 579ff.; *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, in: *Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, S. 171 ff.; *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, in: *Moreno Hernández u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 187 ff. *Moisés Moreno* hatte schon die Grundgedanken der finalen Handlungslehre in seiner Dissertation vertreten „Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht“, 1977.

³⁵ *Regis Prado* (Fn. 21), S. 102, 112, 305 ff.

³⁶ *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, 1957, S. 13 ff.

³⁷ Siehe meinen Aufsatz *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in: *Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 111 ff.

von Armin Kaufmann als die Nichtverwirklichung einer finalen Handlung entwickelt wurde, die der Täter in der konkreten Lage hätte vollziehen können, scheint mir ebenfalls an die Auffassung vom Menschen als Person gebunden zu sein. Außerhalb des Unterlassungsbegriffs bleiben dann die rein passiven Haltungen, bei denen die konkrete Handlungsfähigkeit fehlt.³⁸

Ob aber das Recht von der Auffassung des Menschen als Person ausgehen muss, ist eine andere Frage, die man aus dem Sein mit Sicherheit nicht beantworten kann.³⁹ ⁴⁰ Aus dem Blickwinkel des Sollens kann man mit Welzel der Meinung sein, dass die Achtung der Menschenwürde, die Anerkennung des Menschen als autonome Person ein materielles, *a priori* geltendes Gerechtigkeitsprinzip ist. Wenn das Recht keine reine Macht, kein bloßer Terror sein will, wenn es für das Gewissen der Bürger verbindlich sein möchte, dann soll es die Menschen als Personen, als verantwortliche Wesen anerkennen.⁴¹

1. Die dogmatischen Begriffe

a) Der finale Handlungsbegriff

Der finale Handlungsbegriff wird nicht nur von denjenigen Strafrechtlern vertreten, die die Existenz der von Welzel aufgezeigten sachlogischen Strukturen und ihren bindenden Charakter für das Recht anerkennen, sondern auch von denjenigen, die ihn als rein rechtlichen Begriff verstehen. Das ist der

³⁸ Siehe meinen *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, Bd. 2, *Teoría jurídica del delito*, S. 48 ff.

³⁹ Siehe dazu meine Aufsätze, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, Sonderabdruck aus *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, S. 29 f. und *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, S. 112 f.

⁴⁰ Deswegen finde ich es nicht richtig, sie als eine sachlogische Struktur zu bezeichnen, wie es z.B. *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 2, S. 301, 303 f.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 330; *Moisés Moreno*, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, (nota 34), S. 151; *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, 2002, S. 81 f.; *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, 2005, S. 174 (202); *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, (nota 34), S. 190 (200); *Gracia Martín*, Vorwort zu *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, von *Rueda Martín*, 2001, S. 31, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, S. 101 ff. (die Struktur des Objektes der rechtlichen Regelung bedingt auch den entscheidenden Wertgesichtspunkt) und *Regis Prado* (Fn. 21), 307 f. tun.

⁴¹ Siehe dazu meinen Aufsatz, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre* Sonderabdruck aus *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, S. 112.

Fall in Spanien bei *Cordoba Roda*⁴² und *Muñoz Conde*⁴³, in Chile bei *Etcheberry*⁴⁴, in Argentinien bei *Zaffaroni/Alagia/Slokar*⁴⁵ und *Donna*⁴⁶, in Perú bei *Villavicencio Terreros*⁴⁷, in Ecuador bei *Zambrano Pasquel*⁴⁸, und in Brasilien bei *Heleno Claudio Fragoso*⁴⁹ und *Miguel Reale junior*⁵⁰.

⁴² *Cordoba Roda*, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 86 f. Nach *Cordoba Roda*, Handlung im weiten Sinne, die die Unterlassung umfasst, ist „die menschliche Tätigkeit definiert durch die Kategorie der Finalität“; *Cordoba Roda/(Rodríguez) Mourullo*, *Comentarios al Código penal*, Bd. 1, 1972, S. 5 und in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht*, Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 630. Kritisch dazu mein Werk (Fn.38), S. 40.

⁴³ *Muñoz Conde*, *Teoría general del Delito*, 2. Aufl. 1989, S. 25 ff., (obwohl er in *Muñoz Conde/García Arán*, *Derecho Penal*, Parte General, 6. Aufl. 2004, S. 213 ff. den finalen Handlungsbegriff nur als Ausgangspunkt nimmt und dem bedeutenden Handlungsbegriff von *Vives Antón* folgt).

⁴⁴ *Etcheberry*, *Derecho Penal*, Tomo Primero, Parte General, 2. Aufl. 1976, S. 125 ff.

⁴⁵ *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 381 ff., 394 ff. Selbst wenn sie die Handlung „als menschliches (und in folgedessen sinnhaftes) Verhalten, das sich mit Wirkungen in einem gewissen weltlichen Zusammenhang äußert“, definieren, verlangen sie die Finalität als unabdingbares Element von diesem vortatbestandlichen strafrechtlichen Begriff. Damit wird am besten die Geltung des Grundsatzes kein Verbrechen ohne Handlung garantiert. Auch bei den fahrlässigen und den Unterlassungsdelikten (*aliud agere*) gibt es eine finale Handlung.

⁴⁶ Selbst wenn sein finaler Handlungsbegriff von dem durch Welzel formulierten abweicht, ist Handlung für *Donna* nicht nur ein finales, sondern auch ein freies Verhalten. „Für uns sind Freiheit, Finalität und Wille Synonyme in dem Sinne der Lenkung des Kausalprozesses“. Er nimmt seinen Begriff der freien Handlung von *Hruschka*. „Eine Handlung ist nicht frei, wenn die Not oder die Unkenntnis die Zurechnung des Prozesses oder der Handlung verhindern“. Als Beispiele nennt er die Fälle der *vis absoluta*, des Tatbestandsirrtums, des entschuldigenden Notstandes, des Verbotsirrtums oder einer Geisteskrankheit. Siehe Fn.18, S. 57 ff. Seine Meinung halte ich aber nicht für überzeugend. So sind etwa die Handlungen von Unzurechnungsfähigen zwar nicht frei, ihre Struktur aber bleibt final. Die Willensfreiheit ist keine Voraussetzung einer finalen Handlung, sondern nur ihrer Zurechnung.

⁴⁷ *Villavicencio Terreros* (Fn. 22), S. 111 ff.

⁴⁸ *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 22 ff.

⁴⁹ *Claudio Fragoso* (Fn. 20), S. 167 f.

⁵⁰ Obwohl er meint, dass jede Zielsetzung eine Wertbeziehung einschließt. Neben der Finalität erscheint also als wesentliches Element der Handlung eine „sinnhafte Intentionalität“. Der Zweck ist immer ein aktualisierter Wert. „Die Handlung hat eine axiologische, finalistische Natur, die ihre ontologische Struktur ausmacht“. Die Zurechnungsfähigkeit ist für *Reale* deswegen eine Voraussetzung der Handlung und

b) Die personale Unrechtslehre

Die personale Unrechtslehre hat sich in Spanien und in Iberoamerika weitgehend durchgesetzt. Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit werden durch viele Strafrechtler und manche Gesetzgebungen nicht mehr als Schuldformen aufgefasst. Es wird zwischen den vorsätzlichen und den fahrlässigen Tatbeständen (so wie zwischen den Handlungs- und den Unterlassungstatbeständen) unterschieden.

aa) Das Unrecht der vorsätzlichen Delikte

Die Eingliederung des Vorsatzes in den Tatbestand der vorsätzlichen Delikte hat sich in Spanien völlig durchgesetzt. Sie wird nicht nur durch die Finalisten, sondern auch durch viele andere Strafrechtler nachvollzogen. Die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Tatbestand der vorsätzlichen Delikte wird dabei nicht nur aus der finalen Struktur der menschlichen Handlung als ontischer Gegebenheit,⁵¹ sondern auch aus systematischen Gründen (den bekannten Argumenten des Vorhandenseins anderer subjektiver Unrechtselemente, der Bestrafung des Versuchs, der finalen Tätigkeitsworte, die in manchen Tatbeständen für die Beschreibung der tatbestandsmäßigen Handlung benutzt werden), dem Verständnis der Rechtswidrigkeit als Zuwiderhandlung gegen Bestim-

nicht der Schuld. Siehe: *Instituições de Direito Penal, Parte Peral*, Bd. 1, 2006, S. 128 ff, insbesondere S. 131 f.

⁵¹ Siehe, in diesem Sinne, *Gracia Martín*, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2005, S.102 f.; El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, S. 107 ff. und in: Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 170 ff.; *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 412 ff., 439 ff. Wie *Stratenwerth* herausgestellt hat, hebt sich als wesentlich für die rechtliche Regelung die finale Struktur der menschlichen Handlung ab, wenn das Recht vom Menschen als Person ausgeht. Der Verwirklichungswille muss dann Objekt der rechtlichen Wertung sein. Aus der Auffassung vom Menschen als verantwortlichem Wesen und aus der finalen Handlungsstruktur kann man aber meines Erachtens nicht die Folgerung ziehen, dass der Verwirklichungswille gerade Gegenstand des Unwerturteils der Rechtswidrigkeit sein muss; siehe meinen Aufsatz, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in: Arnold u.a.(Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, S. 111 f.; *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, S. 63 f. und in: Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 158 f.

mungsnormen (Gebote oder Verbote)⁵² und der Appellfunktion der strafrechtlichen Tatbestände⁵³, abgeleitet. Auch in Iberoamerika hat sich die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Tatbestand der vorsätzlichen Delikte, die durch die Finalisten vertreten wird, weitgehend durchgesetzt.⁵⁴ Die modernen

⁵² Siehe mein Werk (Fn.38), S. 124 ff.

⁵³ Siehe in diesem Sinne *Gimbernat Ordeig*, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, Sonderabdruck aus dem *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1 (1971-1972), S. 277 ff., eingeschlossen in seine *Estudios de Derecho Penal*, 3. Aufl. 1990, S. 170 ff. und in: Roxin u.a. (Hrsg.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag*, 1974, S. 154 ff. Die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Unrechtstatbestand der vorsätzlichen Delikte wird z.B. auch vertreten von: *Cordoba Roda*, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, 1962, S. 79 f.; notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Bd. 1, 1962, S. 301 ff., 370 ff.; *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 93 ff.; *Muñoz Conde/García Arán* (Fn. 43), S. 265 ff.; *Mir Puig*, *Derecho Penal, Parte General*, 7. Aufl. 2004, S. 259 ff.; *Luzón Peña*, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Bd. 1, 1996, S. 331 f., 390; *Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4. Aufl. 1997, S. 223 f.; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, *Lecciones de Derecho Penal*, Bd. 2, 1999, S. 59 ff., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 83; *Zugaldía Espinar*, *Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 486 ff.

⁵⁴ Siehe z.B. *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 27 (295 ff.); *Zaffaroni/Plagia/Slokar* (Fn. 16), S. 495 ff.; *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 12 ff., 89; *Moreno Hernández*, „El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal“, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, S. 191 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 303; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 1, S. 642 ff.; *Fragoso* (Fn. 20), S. 173 f., 180, 190; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 355 ff., 364 ff.; *Reale junior*, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Bd. 1, 2006, S. 136, 140, 149 ff. (obwohl für ihn der Vorsatz nicht nur Wollen, sondern Wollen mit einer axiologisch bedeutenden Intentionalität im Sinne einer Wertminderung ist); *Velásquez*, *Derecho Penal, Parte General*, 3. Aufl. 1997, S. 406; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 282-284; *Villavicencio Terreros* (Fn. 22), S. 132, insbesondere S. 137 f., 143 f.; *Peña Cabrera*, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3. Aufl. 1997, S. 292, 362-363; *Cabrera Freyre*, *Derecho Penal Peruano, I Teoría General de la Imputación del Delito*, 2004, S. 177 ff.; *Villa Stein*, *Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2001, S. 252-254; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bd. 1, 3. Aufl. 2005, S. 447 f.; *Daza Gómez*, *Teoría general del delito*, 5. Aufl. 2006, S. 99 ff.; *Rodríguez Barillas*, in: *Díez Ripollé/Jiménez/Salinas Colomer* (Hrsg.), *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, 2001, S. 174 ff., 179, 183, 199 f.; *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 32 ff., 45 f., 65 ff., 75 und *Villamor Lucía*, *Derecho Penal Boliviano, Parte General*, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, S. 210 f. (obwohl er dem Vorsatz, anscheinend – siehe S. 167

Strafgesetzbücher, die eine (an sich unnötige) Bestimmung des Vorsatzes enthalten, fassen den Vorsatz als bloßes Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung auf (mit keinem Hinweis auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, das heißt auf den *dolus malus*).⁵⁵

und 233 – eine Doppelstellung beimisst: der Tatvorsatz als Unrechtselement; als Schuldform würde er auch ein Feindschafts- oder Gleichgültigkeitsgefühl gegenüber der Rechtsordnung beinhalten). *Etcheberry* lehnt, obwohl er den finalen Handlungsbegriff vertritt, die Eingliederung des Vorsatzes beim Unrechtstatbestand der vorsätzlichen Delikte ab, weil seiner Meinung nach das Wort Vorsatz, und vor allen Dingen seine Bezeichnung als „malicia“ (Böswilligkeit), in der spanischen Sprache, einen bewerten Willen, einen schuldhaften Willen, (der Kenntnis, einschließlich der Rechtswidrigkeit, Wollen und äußere Freiheit, das heißt eine normale Motivationsfähigkeit, voraussetzt) bedeutet; siehe Fn. 44, S. 194 ff., 206 ff. Zu diesen vermeintlichen sprachlichen Schwierigkeiten siehe *Cury* (Fn. 19), S. 306 und in Bezug auf ähnliche Bedenken von *Cordoba Roda*, meinen Aufsatz *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, in: Sonderdruck der Revista de Estudios Penitenciarios, 1964, S. 4 ff. (auch in meinem Sammelband *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, S. 75 ff. und in meinen *Obras Completas*, Bd. 2, 2006, S. 134 ff.).

⁵⁵ Siehe z.B. Art. 14 des bolivianischen StGB von 1997 (dessen allgemeiner Teil von *Stratenwerth* stark beeinflusst wurde); Art. 14 des ecuadorianischen StGB (siehe dazu *Zambra Pasquel*, *Derecho Penal*, Parte General, S. 121-122); Art. 18 Abs. 1 des brasilianischen StGB, Art. 17 des neuen paraguayischen StGB von 1997 (das von *Schöne* stark beeinflusst wurde und aus dem sich ganz deutlich ableitet, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldformen sind, sondern zu verschiedenen Tatbeständen Anlass geben); Art. 22 des kolumbianischen StGB von 2000; Art. 9 des mexikanischen BundesStGB i.d.F. von 1984 (die durch *Moisés Moreno* stark beeinflusst wurde) und Art. 18 des StGB für den Bundesstaat Mexiko von 2002. In Mexiko hatte man in den Jahren 1993 und 1994 eine Reform der Art. 16 und 19 der Verfassung und des Art. 168 der StPO vorgenommen, die die Verbreitung der personalen Unrechtslehre begünstigte. Man hat den Begriff des *corpus delicti* (dessen Beweis die Mindestvoraussetzung für eine Festnahme und eine formale gerichtliche Verfolgung war) durch den Tatbestandsbegriff, der ausdrücklich die Elemente des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit enthält, ersetzt. Diese Reformen haben Anlass zu einer starken Auseinandersetzung gegeben und wurden im Jahre 1999 schließlich rückgängig gemacht. Siehe dazu *Moreno Hernández*, *Reformas penales de 1993-1994*; *ders.*, *Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (párrafos 16 y 19)*, in: *Moreno Hernández*, *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, 1999, S. 181 ff., 219 ff.; *ders.*, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años*, in: *Moreno Hernández*, *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2003, S. 23 ff., 38 ff.; *Luna*

bb) Das Unrecht der fahrlässigen Delikte

Trotz der Schwierigkeiten, auf die die finale Handlungslehre bei den fahrlässigen Delikten stoßen musste und die der Anlass mehrerer Meinungsänderungen von *Welzel* waren⁵⁶ hat sich die personale Unrechtslehre auch für die fahrlässigen Delikte sowohl in Spanien als auch in Iberoamerika durchgesetzt. Die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht ist als Tatbestandselement der fahrlässigen Delikte weitgehend anerkannt.^{57 58} Die Sorgfaltspflicht wird dabei zum Teil als

Castro, *El concepto de tipo penal en Méjico*, 3. Aufl. 2003, S. 77 ff., 205 ff.

⁵⁶ Siehe dazu meinen Aufsatz *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ZStW 71 (1959), 44 und mein Werk (Fn.38), S. 34 ff.

⁵⁷ Über ihre Annahme in der spanischen Strafrechtswissenschaft und in der Rechtsprechung unseres Höchsten Gerichtshofes, siehe mein Werk (Fn. 38), S. 173 f. Die Zugehörigkeit der Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt zum Unrechtstatbestand der fahrlässigen Delikte wird z.B. auch vertreten durch *Cordoba Roda* (Fn. 53), S. 76f. (80); *ders.*, *notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal von Maurach*, Bd. 2, 1962, S. 257 ff.; *ders.*, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 90 ff.; *ders.*, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, ZStW 81 (1969), 432 ff.; *Gimbernat*, *La causalidad en Derecho Penal*, *Anuario de Derecho Penal*, 1962, S. 567f.; *ders.*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, S. 87 f.; *ders.*, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, S. 174 f.; *ders.*, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, 1979, S. 127; *ders.*, *Torío*, *El conocimiento de la antijuricidad en los delitos culposos*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, S. 87; *Romeo Casabona*, *El médico y el Derecho Penal, I La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, S. 221 ff.; *Muñoz Conde/García Arán* (Fn. 43), S. 284 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 53), S. 495 ff.; *Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée* (Fn. 53), Bd. 2, S. 171 ff. und *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 98 ff.

⁵⁸ Entscheidend für die Verbreitung dieser Auffassung in Iberoamerika war die Abhandlung von *Bustos Ramírez*, *Culpa y Finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, 1967. In den letzten Jahren hat er ein neues Buch „*El delito culposo*“, 1995, veröffentlicht, in welchem er die Entwicklung der Dogmatik der fahrlässigen Delikte unter einer kriminalpolitische Perspektive darstellt. Die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt wird in Iberoamerika zum Beispiel auch von folgenden Autoren als ein Tatbestandselement der fahrlässigen Delikte aufgefasst: *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 389 ff., 393 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 331 ff.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 1, S. 838 ff., 847f.; *Moisés Moreno*, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, 2005, S. 192; *Fragoso* (Fn. 20), S. 241 ff.; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 376 ff.; *Reale junior* (Fn. 54), S. 149 ff., 234 ff.; *Velásquez* (Fn. 54), S. 433 ff.; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 313 ff.; *Peña Cabrera*,

eine subjektive Pflicht aufgefasst, um nicht nur die individuellen Kenntnisse, sondern auch die individuellen Fähigkeiten in Betracht ziehen zu können.⁵⁹

Die Meinungen der spanischen und iberamerikanischen Strafrechtler gehen indes hinsichtlich der Kriterien für die Bestimmung der objektiv gebotenen Sorgfalt und der weiteren Tatbestandselemente der fahrlässigen Delikte (außer der Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt und des Erfolgs) auseinander. Meines Erachtens muss der Erfolg eine Folge gerade der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt sein (Rechtswidrigkeitszusammenhang). Die sorgfaltswidrige Handlung, die den Erfolg verursacht hat, wäre nicht tatbestandsmäßig, wenn der Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auch verursacht worden wäre, wenn der Täter die gebotene Sorgfalt beachtet hätte. Außerdem muss der verursachte Erfolg gerade einer der Erfolge sein, den die verletzte Sorgfaltspflicht verhindern wollte.⁶⁰

Wenig Anklang hat die radikale Meinung von *Struensee* gefunden, wonach die finale Handlung, die auch bei jedem fahrlässigen Delikt vorhanden ist, nicht nur in Bezug auf die gewählten Mittel und die Art ihrer Anwendung, sondern auch in Bezug auf ihren Zweck tatbestandsmäßig relevant wäre. Die Finalität würde sich zwar nicht auf den tatbestandsmäßigen Erfolg, wohl aber auf die für den strafrechtlichen Tatbestand relevanten Risikofaktoren (an einer roten Ampel weiterfahren, eine unübersehbare Kurve schneiden, u.s.w.) richten.⁶¹ Die Vertreter dieser Meinung nehmen deswegen auch beim fahrlässigen Delikt die Existenz eines subjektiven Tatbestandes an.⁶²

Estudio Programático de la Parte General, 3.ed, 1999, S. 511 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 267 ff.; *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 36 ff., 97 ff., 105 ff., 110 ff. und *Aníbal de León Velasco*, in: *Díez Ripollés/Giménez de Salinas*, Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General, 2001, S. 227 ff.

⁵⁹ Siehe z.B. *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 240 f., 243; *Zugaldía*, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, 328; *ders.*, Derecho Penal, Parte General, S. 415 f. 486 ff., 531 ff.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 531 f.; *Cabrera Freyre* (Fn.54), S. 404 ff., und *Villamor* (Fn.54), S. 221 (die Bestimmung der Fahrlässigkeit im Par. 15 des bolivianischen Strafgesetzbuches beruht meines Erachtens auf einer subjektiven Auffassung der Sorgfaltspflicht).

⁶⁰ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 179 ff., 183 ff., wo die verschiedenen Meinungen im Einzelnen dargestellt und analysiert werden.

⁶¹ Siehe meine kritische Auseinandersetzung mit der Meinung von *Struensee*, in meinem Werk: Fn 38, S. 166 f.

⁶² Siehe in diesem Sinne, *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990, S. 182 ff.; *ders.*, El Derecho Penal Español, Parte General, 3. ed 2002, S. 471-473 und *González de Murillo*, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), 1991, S. 79 ff., 110 f., 116 ff., 153-155, 202-204, 206 ff. *Alicia Gil* lehnt die Existenz eines subjektiven Tatbestandes beim fahrlässigen Delikt ab, ist aber der Meinung, dass die Finalität auch in Bezug auf die ausgewähl-

c) Handlungs- und Erfolgswert

In der personalen Unrechtslehre wird also von dem Erfolgswert ein Handlungsunwert unterschieden. Bei den vorsätzlichen Delikten besteht der Handlungsunwert nicht nur aus dem Vorsatz, gegebenenfalls den übrigen subjektiven Unrechtselementen, den Sonderpflichten (des Täters eines Sonderdelikts), sondern auch aus der Art und Weise und dem Grad der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung und außerdem, meiner Meinung nach, aus der Gefährlichkeit der Handlung *ex ante* für die Erfolgsverursachung. Bei den fahrlässigen Delikten besteht der Handlungsunwert aus der Verletzung der (meistens objektiv gefassten) Sorgfaltspflicht. Der Erfolgswert liegt bei den vorsätzlichen wie bei den fahrlässigen Delikten bei der Verletzung oder Gefährdung des geschützten Rechtsgutes vor.⁶³

Die Beziehung zwischen Handlungs- und Erfolgswert war in der finalistischen Schule immer sehr umstritten. Nach *Welzel* und *Armin Kaufmann* wird das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte schon durch den Handlungsunwert konstituiert. Mit dem beendeten Versuch und der Verwirklichung der fahrlässigen Handlung werden die jeweiligen Verbote schon völlig übertreten. Bei den vorsätzlichen Delikten erhöht die Erfolgsverursachung trotzdem das Maß des Unrechts und gehört noch zum Unrechtstatbestand. Bei den fahrlässigen Delikten gehörte die Erfolgsverursachung zwar für *Welzel* zum Unrechtstatbestand, sie erfüllte aber nur eine Auswahlfunktion unter den rechtswidrigen Handlungen unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit. Diese Einschränkung der Strafbarkeit könnte, nach *Welzel*, aus Praktikabilitätsgründen geschehen, vor allen Dingen aber wegen des irrationalen Gefühls, dass „alles nicht so schlimm war, wenn es noch einmal gut gegangen ist“. Für *Armin Kaufmann* war die Erfolgsverursachung nur eine Strafbarkeitsbedingung der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen fahrlässigen Handlung.⁶⁴ *Zielinski* ging noch einen Schritt weiter und meinte, dass das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte sich im Handlungsunwert erschöpfe. Die Erfolgsverursachung sei immer vom Zufall abhängig, erfülle

ten Mittel und die Art ihrer Anwendung für die Tatbestände der fahrlässigen Delikte irrelevant sei. Die Finalität sei nur relevant, um die Art der vollzogenen Handlung und dementsprechend die Sorgfaltspflicht, die geachtet werden sollte, zu ermitteln; siehe, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, S. 25 ff.

⁶³ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 154 ff., 186 ff.

⁶⁴ Siehe *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 62, 136; Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 29 f., 36 f.; Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961, S. 21; *Kaufmann*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, in: *Stratenwerth u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 395 f., 403 ff., 411 und schon früher, Das fahrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, S. 43 f.

nur eine Äußerungsfunktion des Unrechts und bedinge die Notwendigkeit der Bestrafung.⁶⁵

Alle diese Meinungen haben Anklang in der Strafrechtswissenschaft Spaniens und der iberamerikanischen Länder gefunden.⁶⁶ Sie gehen aber von einer falschen Gleichsetzung von Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit aus. Mit dem beendeten Versuch und der fahrlässigen Handlung werden zwar die jeweiligen Verbote übertreten. Die Normen haben aber die Funktion des Rechtsgüterschutzes und erhalten nur aus dieser Funktion ihren Sinn. Zwischen dem Handlungs- und dem Erfolgswert muss daher sowohl bei den vorsätzlichen wie den fahrlässigen Delikten konsequenterweise eine innere Beziehung verlangt werden. Diese fehlt bei den vorsätzlichen Delikten, wenn der konkrete Erfolg durch den Vorsatz nicht umfasst wird (in den Fällen der *aberratio ictus* oder des Objektsirrtums) und bei den fahrlässigen Delikten, wenn der Erfolg nicht eine Folge der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt (Rechtswidrigkeitszusammenhang) oder keiner derjenigen Erfolge ist, die die Norm verhindern wollte. Deswegen wird das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte nur konstituiert, wenn zu dem

⁶⁵ Siehe Zielinski (Fn. 13), insbesondere S. 128 ff., 135 ff., 152 ff., 168 ff., 185 ff., 205 ff., 209 ff., 308 f.

⁶⁶ Der Meinung von Welzel und Kaufmann folgt Cury (Fn. 19), S. 346 f. und Cousiño (Fn. 19), Bd. 1, S. 844 ff.; Bd. 2, S. 78 ff. Die Auffassung von Kaufmann hat sogar im neuen paraguayischen StGB (dass durch Schöne stark beeinflusst wurde), ihren Niederschlag gefunden: für den beendeten Versuch wird nämlich eine lediglich fakultative und für den unbeendeten Versuch eine obligatorische Strafmilderung im Vergleich mit der Vollendungsstrafe aufgestellt (siehe §§ 27, 67). In Spanien ist Esteban Sola der Meinung, dass das Unrecht der vorsätzlichen Delikte allein durch den Handlungswert konstituiert wird. Als Handlungswert betrachtet er die Art und Weise und den Grad der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung, ihre Gefährlichkeit, den Vorsatz und die Sonderpflichten bei den Sonderdelikten (siehe Esteban Sola Reche, „La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, 1, S. 170, 173 f.; ders., La llamada ‚tentativa inidónea‘ de delito. Aspectos básicos, 1996, S. 108 ff.). Die radikale Meinung von Zielinski hat in Spanien bei Cuello Contreras (Fn. 25), S. 437, 476 ff. und Serrano González de Murillo (Fn. 62), S. 249 ff. Anklang gefunden. Cuello Contreras lehnt aber die rein subjektive Unrechtsauffassung von Zielinski ab, nach der der Handlungswert sich lediglich auf die subjektiven Tätervorstellungen stützt, also im normwidrigen Willen besteht (siehe El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito, 2002, S. 486-488). Die rein subjektive Unrechtsauffassung von Zielinski ist in Argentinien durch Sancinetti aufgenommen und weiter geführt worden; siehe Sancinetti, Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, 1991.

Handlungswert der Erfolgswert hinzukommt.⁶⁷ Diese Auffassung der Beziehung vom Handlungs- und Erfolgswert wird mit verschiedenen Begründungen durch die Mehrheit der spanischen und iberamerikanischen Strafrechtler vertreten.⁶⁸

d) Handlungswert und Erfolgswert bei den Rechtfertigungsgründen

Die Annahme subjektiver Elemente bei allen Rechtfertigungsgründen durch die finale Handlungslehre hat einen großen Anklang in der spanischen und der iberamerikanischen Strafrechtswissenschaft gefunden.⁶⁹ Die Meinungen gehen aller-

⁶⁷ Siehe in diesem Sinne, Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht, in: Grünwald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 187; Suarez Montes, Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo, 1963, S. 75 ff. und in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 392 und mein Werk (Fn. 38), S. 156 ff., 187 f.

⁶⁸ Siehe z.B. in Spanien Huerta Tocildo, Sobre el contenido de la antijuridicidad, 1984, S. 46 ff., 66 ff., 72 f.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée (Fn. 53), Bd. 2, S. 35 ff., 190 (wo der soziale Handlungswert *ex ante*, d.h. die Eignung der konkreten Handlung für die Verletzung des Rechtsgutes bezogen auf die Tatbestandsmäßigkeit, und der soziale Erfolgswert *ex post* der Rechtswidrigkeit zugeordnet wird); Nuevo sistema de Derecho Penal, 2004, S. 76 ff., 89 ff.; Guallart de Viala, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, S. 640 ff.; Romeo Casabona, El médico y el Derecho Penal, Bd. 1, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), 1981, S. 226; Luzón Peña (Fn. 53), S. 338; Gil, Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto, in: Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, 2005, S. 389 ff. Für Iberoamerika vgl. Zaffaroni (Fn. 16), Bd. 3, S. 395 f.; Donna (Fn. 17), Bd. 2, S. 23; Fragoso (Fn. 20), S. 247; Regis Prado (Fn. 21), S. 104 f., 355 ff.; Villa Stein (Fn. 54), S. 340 f. und Velásquez (Fn. 54) S. 460 ff.; ders., Manual de Derecho Penal, Parte General, 2. Aufl. 2004, S. 347.

⁶⁹ Siehe z.B. in Spanien, Cordoba Roda, Fußnoten zu seiner Übersetzung des Tratado de Derecho Penal von Maurach, Bd. 1, 1962, S. 371; ders., Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966, S. 107 f.; Cordoba Roda/Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, Bd. 1, 2004, S. 247; Magaldi, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976, S. 228 f.; mein Werk (Fn. 38), S. 198 ff.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée (Fn. 53), Bd. 2, 1999, S. 115 f., 191 f.; ders., Nuevo sistema de Derecho Penal, 2004, S. 93; Cuello Contreras (Fn. 25), S. 437 f., 768; für Iberoamerika vgl. Zaffaroni (Fn. 16), Bd. 3, S. 574 ff., Zaffaroni/Alagia/Slokar (Fn. 16), S. 573 ff. weisen dagegen die Annahme subjektiver Rechtfertigungselemente zurück; siehe die scharfe Kritik dieser neuen objektivistischen

dings auseinander in Bezug auf die Natur der subjektiven Rechtfertigungselemente: Für manche Strafrechtler geht es nur um das Bewusstsein des Vorliegens der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe, für andere entsprechen sie den subjektiven Unrechtselementen (wie der Zueignungsabsicht beim Diebstahl), oder dem Vorsatz (Wissen und Wollen der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe) bei den vorsätzlichen Delikten;⁷⁰ schließlich werden

Auffassung der Rechtfertigungsgründe bei *Gil*, „¿Es posible y conveniente una justificación meramente objetiva?“, *Revista de Derecho Penal*, 2006, Bd.2, Eximientes de la responsabilidad penal, Bd. 1, 2006, S. 87 ff.); *Cury* (Fn. 19), S. 365 f.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 2, 137 ff.; *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 134 ff.; *Fragoso* (Fn. 20), S. 205; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 394 f.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 344; *Velásquez* (Fn. 54), S. 466 f.; *ders.*, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2. Aufl. 2004, S. 349 f.

⁷⁰ *Gimbernat* ist der Meinung, dass es bei *allen* Rechtfertigungsgründen genügt, dass der Täter „das Bewusstsein davon hatte, dass ein Rechtfertigungsgrund objektiv vorhanden war“; siehe *Gimbernat*, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, S. 51; *ders.*, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen* (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht, in: *Eser u.a. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 3, 1991, S. 71 f.; im gleichen Sinne, *Donna* (Fn. 17), Bd.2, S. 135; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 344. Vertreter der Meinung, dass die subjektiven Rechtfertigungselementen den subjektiven Unrechtselementen entsprechen, sind z.B. *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (Fn. 53), S. 116, 192; *dies.*, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 93; *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 578 f. Dies war auch früher meine Meinung (siehe mein Werk (Fn. 38), S. 198 f. Für *Mir Puig* entsprechen die subjektiven Rechtfertigungselemente dem Vorsatz; siehe seine Bemerkungen zu seiner Übersetzung der dritten Aufl. vom *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, von *Jescheck*, Bd. 1, 1981, S. 456; *ders.*, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2. Aufl. 1982, S. 89; *ders.*, *Derecho Penal, Parte General*, 7. Aufl. 2006, S. 419; im gleichen Sinne *Luzón Peña*, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, in: *Comentarios a la Legislación Penal*, Bd. V, Tb. 1, 1985, S. 253; *ders.*, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, in: *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, S. 38 ff.; *ders.* (Fn. 53), S. 580, 602 f.; *Trapero Barreales*, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, S. 214 ff., 259 ff., 287 f.; *Díez Ripollés*, *La reforma del delito de aborto*, *Comentarios a la Legislación Penal*, IX, 1989, S. 246 f.; *Valle Muñiz*, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, S. 86 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 365 f.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd.2, S. 141 f., 144; *Velásquez* (Fn. 54), S. 466; *ders.*, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2. Aufl. 2004, S. 349; *Fragoso* (Fn. 20), S. 205. Joaquín Cuello Contreras meint, dass das subjektive Element des Erlaubnistatbestands in der Vorstellung der objektiven Elemente der Rechtfertigungsgründe, d.h. der rechtfertigenden Lage be-

sie, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der finalen Handlungslehre, als der Verwirklichungswille des wertvollen Erfolges (die Abwehr des rechtswidrigen Angriffs, die Rettung des gefährdeten Rechtsgutes beim rechtfertigenden Notstand, die Erfüllung der Pflicht oder die Ausübung des Rechtes u.s.w.), der meistens außerhalb des Rechtfertigungstatbestandes liegt, aufgefasst.⁷¹ Die Mehrheit der Rechtfertigungsgründe ist mehraktig oder erfolgskupiert.⁷² Der Tatbestand des Rechtfertigungsgrundes ist schon verwirklicht und das Verhalten rechtmäßig, wenn all seine objektiven und subjektiven Elemente vorhanden sind, selbst wenn der wertvolle Erfolg nicht eingetreten ist. Der Verwirklichungswille umfasst nicht nur die Fälle, in denen der wertvolle Erfolg der Zweck der Handlung ist, sondern auch diejenigen, in denen der wertvolle Erfolg als eine notwendige oder als eine mögliche Folge der Handlung mit der der Täter rechnete, vorhergesehen wurde.⁷³ Die Meinungen gehen auch darüber auseinander, ob die rechtfertigende Handlung *ex ante* für die Herbeiführung des wertvollen Erfolges geeignet sein soll oder nicht.⁷⁴

steht, sowie in dem Bewusstsein der Notwendigkeit und Tauglichkeit der Handlung zur Rettung eines höherwertigen Rechtsguts (siehe *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*, 3.Aufl. 2002, S. 764, 768, 777 ff.).

⁷¹ So *Gil*, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, S. 16 ff. und besonders S. 24 f.; *dies.*, *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Nr.15, 2005, S.137 f. und in: *Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, 2003, S. 344 f.; zu dieser Meinung hat sich auch *Regis Prado* (Fn. 21), S. 394 f. bekannt.

⁷² Siehe dazu *Gil* (Fn. 71), S. 8, 15, 24 f., 36 f. und besonders S. 63 ff.; *dies.*, *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, 2005, S.135 ff. (sie macht eine Ausnahme für die Einwilligung des Verletzten und die *exceptio veritatis* bei den Beleidigungsdelikten, Art. 210 des spanischen StGB). In ähnlichem Sinne sprach schon *Hirsch* von Unternehmensrechtfertigungsgründen, bei denen für die Rechtfertigung des Verhaltens die Herstellung des wertvollen Erfolges nicht notwendig ist (er nahm hiervon nur die Einwilligung des Verletzten aus); siehe *Hirsch*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.Aufl. 1985, Vorbemerkungen zu § 32 Rn. 53.

⁷³ Siehe, in diesem Sinne, *Gil* (Fn. 71), S. 16 ff., und besonders S. 22 (64 f.). Nach *Hirsch* (Fn. 72 a.a.O.) genügt der *dolus eventualis* hinsichtlich des Rechtfertigungszieles nicht.

⁷⁴ *Sanz Morán* glaubt (der Meinung von *Rudolphi* folgend), dass die Tauglichkeit der Handlung für die Erreichung des wertvollen Erfolges eine notwendige Konsequenz der Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung ist (siehe *Sanz Morán*, *Teoría general de la justificación*, *Revista Penal*, Nr. 5, 2000, 82). Für *Cuello Contreras* ist die Tauglichkeit der Handlung zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung ein

In der spanischen und iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft wird unter den Vertretern der personalen Unrechtslehre ferner heftig darüber diskutiert, ob der Täter im Falle des Vorhandenseins der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes bei Fehlen des entsprechenden subjektiven Elementes wegen versuchten oder vollendeten vorsätzlichen Delikts verantwortlich gemacht werden soll. Wenn der Erfolg verursacht worden ist, könnte die Annahme eines Versuchs nur durch Analogie (*in bonam partem*) mit der Begründung geschehen, dass der Erfolgswert durch das Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes ausgeglichen worden sei⁷⁵. Dieser Gedanke ist aber mit der Auffassung der Rechtswidrigkeit als Verletzung einer Bestimmungsnorm (eines Verbotes oder eines Gebotes) unvereinbar. Das Recht verbietet die Verwirklichung von (gefährlichen) Handlungen, die durch den Täterwillen zur Verletzung eines Rechtsgutes getragen sind oder die objektiv gebotene Sorgfalt nicht achten, und kann Erfolgsverursachungen nicht positiv bewerten, die nur objektiv und zufällig durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt sind. Ebenso wenig genügt es, dass dem Handlungswert die Erfolgsverursachung folgt, um das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte zu konstituieren; stattdessen muss zwischen ihnen eine innere Beziehung bestehen. Der Erfolgswert kann unabhängig vom Handlungswert oder vom Handlungswert weder begründet noch ausgeschlossen werden⁷⁶. Deswegen halte ich es für zutreffend, dass der Täter in diesen Fällen wegen eines vorsätzlichen vollendeten Delikts verantwortlich gemacht wird.⁷⁷ Die Vollendungsstrafe kann aber in

objektives Element des Erlaubnistatbestandes, zu dem als subjektives Element die Vorstellung des Handelnden von der Tauglichkeit tritt (siehe Fn. 70, S. 768 f.). *Alicia Gil* lehnt aus kriminalpolitischen Gründen mit Recht das Erfordernis der Tauglichkeit der Handlung zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung ab. Der Umfang der strafbaren Handlungen würde dadurch nicht verringert, sondern erweitert (anders verhält es sich insoweit mit dem Erfordernis der Gefährlichkeit der Handlung bei den Unrechtstatbeständen!) und letztlich würde man die Bürger von Rettungshandlungen abhalten (siehe *Gil* [Fn. 71], S. 40 f.).

⁷⁵ Für die Versuchslösung in Spanien plädiert etwa *Gimbernat* (Fn.70), S. 51; *Huerta Tocildo* (Fn.68), S. 121 ff.; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, S. 125; *ders.*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, 1985, S. 254; *ders.*, Causas de atipicidad y causas de justificación, 1995, S. 38 f.; *ders.* (Fn. 53), S. 579, 580 f., 603 f. (wenn es sich um Rechtfertigungsgründe handelt, die den Erfolgswert ausschließen); *Trapero Barreales* (Fn.70), S. 301 ff., 327 ff., 347 ff., 394.

⁷⁶ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 106 ff., 136 ff., 155 ff., 179 ff., 186 ff. M.E. haben sich *Gil* (Fn. 71), besonders S. 89 f., 115 ff. und *Regis Prado*(Fn. 35), S. 395 angeschlossen.

⁷⁷ Für die Vollendungslösung in Iberoamerika mit verschiedenen Argumenten, *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 577 f. und *Velásquez* (Fn. 54), S. 467 f.; *ders.*, Manual de derecho penal, Parte general, 2.Aufl. 2004, S. 350 (der eine Strafmilderung

einem gewissen Ausmaß gemildert werden. Man kann einen unvollständigen Strafausschließungsgrund (in diesem Falle einen unvollständigen Rechtfertigungsgrund)⁷⁸ zwar nicht anwenden⁷⁹, denn nach der personalen Unrechtslehre ist das subjektive Rechtfertigungselement ein wesentliches Element,⁸⁰ aber doch einen Milderungsgrund anerkennen auf der Grundlage einer Analogie zu einem unvollständig vorliegenden Rechtfertigungsgrund.⁸¹

Alicia Gil meint, dass eine derartige Strafmilderung unmöglich sei, da man, wenn der Handlungswert beim Rechtfertigungsgrund fehlt, weder einen Unrechtsausschluss noch eine Unrechtsmilderung annehmen könne.⁸² Natürlich wird das Unrecht nicht ausgeschlossen. Man kann weder einen Erfolgswert, welcher den Erfolgswert, noch einen Handlungswert, welcher den Handlungswert ausgleichen könnte, annehmen, wenn das subjektive Rechtfertigungselement fehlt. Indes ist der Handlungswert durch das Vorhandensein von allen oder mehreren objektiven Elementen der Rechtfertigungsgründe zumindest gemildert. Der Handlungswert bei den Rechtfertigungsgründen besteht nicht nur aus dem subjektiven Rechtfertigungselement, sondern auch aus den objektiven Elementen, mit deren Hilfe das Gesetz die rechtfertigende Handlung beschreibt. Die objektiven Elemente der Rechtfertigungsgründe bilden keineswegs, wie man üblicherweise annimmt,⁸³ den Erfolgswert des Rechtfertigungsgrundes, sondern stellen einen Teil des Handlungswerts dar.⁸⁴

im Wege der Anwendung des Exzesses eines Rechtfertigungsgrundes gem. Art. 32, 7 des kolumbianischen StGB befürwortet).

⁷⁸ Im spanischen StGB werden die unvollständigen Strafausschließungsgründe als Milderungsgründe ausdrücklich anerkannt (Art. 20 und 21.1).

⁷⁹ So jedoch der Vorschlag von *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, 5. Aufl. 1999, S. 507 f., Fn. 13; *Valle Muñoz* (Fn. 70), S. 119 ff.; *ders.*, La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, in: *Silva Sánchez* (Hrsg.), Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, S. 460 ff.; *Mir Puig* (Fn. 53), S. 420 f.; *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 780 f., 794 ff., 800.

⁸⁰ Die h.M. in der spanischen Strafrechtswissenschaft verlangt das Vorhandensein der wesentlichen Elemente eines Strafausschließungsgrundes (in unserem Falle eines Rechtfertigungsgrundes), um einen Milderungsgrund anzunehmen; siehe dazu mein Werk (Fn. 38), S. 357 ff.

⁸¹ In diesem Sinne auch *Cobo del Rosal/Vives Antón* (Fn. 79), S. 507 f., Fn. 13, *Maqueda Abreu*, „Los elementos subjetivos de justificación“, Año V, Nr. 935, 1984, S. 7, Fn. 105 und S. 8, Fn. 120; zust. *Díez Ripollés*, „La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, Heft 3, S. 748, Fn. 116.

⁸² Siehe La ausencia del elemento subjetivo de justificación, S. 126 ff. und besonders 131.

⁸³ Das war noch meine Meinung; siehe mein Werk (Fn. 38), S. 201 ff.

⁸⁴ Siehe in diesem Sinne *Gil* (Fn. 71), S. 107 ff.

e) Die Schuldtheorie

Nach der von *Welzel* entwickelten Schuldtheorie ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein Vorsatzelement. Der Vorsatz ist ein subjektives Unrechtselement der vorsätzlichen Delikte, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört dagegen zur Schuld. Der Verbotsirrtum kann also den Vorsatz nicht ausschließen. Wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar war, werden die Schuld und die Strafe ausgeschlossen. Wenn der Verbotsirrtum vermeidbar war, werden die Schuld und die Strafe gemildert. Die Strafmilderung sollte nach der ursprünglichen Auffassung von *Welzel* bloß fakultativ sein.⁸⁵

Umstritten war unter den Vertretern der Schuldtheorie immer, ob die irriige Annahme der objektiven Vorraussetzungen der Rechtfertigungsgründe ein Verbotsirrtum ist. Nach der reinen Schuldtheorie, die durch *Welzel* vertreten wurde, ist das der Fall. Nach der eingeschränkten Schuldtheorie ist die irriige Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ein Tatbestandsirrtum (so die Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen) oder sollte als solcher behandelt werden, weil man dann angeblich zu gerechteren Ergebnissen gelangen kann. Nur der Irrtum über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes oder die irriige Annahme eines nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes wären Verbotsirrtümer.

Nach einer Mindermeinung würde dagegen im Falle der irrigen Annahme der objektiven Vorraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, wenn der Irrtum unvermeidbar war, nicht erst die Schuld, sondern schon die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausgeschlossen.⁸⁶ Eine demgemäß rein subjektivistische Auffassung der Rechtfertigungsgründe wird in Argentinien durch *Sancinetti* vertreten. Wie *Zielinski* in Deutschland hält *Sancinetti* es grundsätzlich für ausreichend, dass der Täter an das Vorhandensein der objektiven Vorraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes glaubt. Das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte erschöpft sich danach im Handlungsunwert. Die irriige Annahme der objektiven Vorraussetzungen der Rechtfertigungsgründe schließt den Handlungsunwert der vorsätzlichen Delikte aus und auch den Handlungsunwert der fahrlässigen Delikte, wenn der Täter gewissenhaft und pflichtgemäß das mögliche Vorliegen solcher Voraussetzungen geprüft hatte.⁸⁷ Obwohl auch *Cuello Contreras* (Spanien) der Meinung ist, dass das Unrecht der

vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte durch den Handlungsunwert nicht nur konstituiert, sondern auch erschöpft wird, verlangt er gleichwohl, dass die Rettungshandlung *ex ante* erfolgsg geeignet ist, um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens auszuschließen⁸⁸.

Die reine und die eingeschränkte Schuldtheorie haben großen Anklang in der spanischen und in der iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft gefunden.⁸⁹ Sie haben in meh-

⁸⁸ Siehe *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 768 f., 785 ff., 1107 f.; eine Kritik der rein subjektivistischen Unrechtsauffassung von *Zielinski* und *Sancinetti* findet sich dort, S. 486 ff.

⁸⁹ Ich hatte als erster die Annahme und Anwendung der reinen Schuldtheorie in Spanien vorgeschlagen (siehe „La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español, Revista de Estudios Penitenciarios“, Nr. 166 (1964); Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 473 ff.; Curso de Derecho Penal Español, Bd. 3, 2002, Teoría jurídica del delito/2, S. 124 ff.). In Spanien vertreten die reine Schuldtheorie etwa auch *Huerta Tocildo* (Fn. 68), 1984, S.131 ff., 145 ff.; *Romeo Casabona*, El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, fasc. 2-3, S. 761 ff.; *Gracia Martín*, Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del proceso de reforma penal en España (y II), Actualidad Penal, 1994, Nr. 18, S. 378; *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 307 f., 312 f. (der die Möglichkeit des Bewusstseins der Strafbarkeit verlangt); *Maqueda*, El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, Cuadernos de Política Criminal, Nr 31, 1987, S.260 f.; *Zugaldía Espinar*, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980, Cuadernos de Política Criminal nº 15, 1981, S. 519 ff.; *ders.* (Fn.53), S. 807, 610 ff. (nach dem der Irrtum über die Strafbarkeit wie der Verbotsirrtum durch Analogie behandelt werden soll); *Díez Ripollés*, Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien, JZ 1984, 561; *Cuello Contreras* (Fn. 51), S. 1073 f., 1080, 1094, 1097 f.; *Melendo Pardos*, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Desafíos para la dogmática penal continental, 2007, S. 116 f.; für Argentinien siehe *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 4, S. 86 ff., 222, 228 ff.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 503 f., 647 ff., 698, 700, 707 (die das aktuelle oder mögliche Bewusstsein der Strafrechtswidrigkeit verlangen); *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 279 ff., 286-288 (der sich der Lehre von *Maurach* von der Tatverantwortung als Element der Zurechenbarkeit des Verhaltens anschließt; siehe Teoría del delito y de la pena, 1, 2008, S. 240 ff. und Teoría del delito y de la pena, 2, 2.Aufl. 2006, S. 187 ff.); für Chile siehe *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 3, S. 201 ff. (er meint aber, dass auch im Falle eines vermeidbaren Verbotsirrtums die Verantwortlichkeit ausgeschlossen werden soll); für Brasilien, *Fragoso* (Fn. 20), S. 227 ff.; *Regis Prado* (Fn. 35), S. 448 f.; für Kolumbien *Velásquez* (Fn. 54), S. 555, 558 ff.; *ders.*, Manual de Derecho Penal, Parte General,

⁸⁵ Siehe *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl 1969, S. 164 ff.; *ders.*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 66 ff.

⁸⁶ Siehe in diesem Sinne mit verschiedenen Argumenten und Anforderungen, *Córdoba Roda* (Fn. 69), S. 126 ff., 158 ff., 317 ff.; *ders.*, Comentarios al Código Penal, Bd. 1, 1972, S. 260 ff., 272 ff., 381 ff.; *Muñoz Conde*, Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 213 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 75), S. 33 f.; *ders.* (Fn. 53), S. 575 f.; *Mir Puig* (Fn. 53), S. 418 f.

⁸⁷ Siehe *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 218 ff., 266 f., 268 ff.; *Sancinetti* (Fn. 66), S. 511 ff.

rere Strafgesetzbücher Eingang gefunden. Durch Art. 14. 3 des spanischen StGB wird der Verbotsirrtum im Sinne der Schuldtheorie geregelt. Der spanische Gesetzgeber hat aber wie der deutsche die Frage offen gelassen, ob die irri- ge Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungs- grundes einen Verbots- oder Tatbestandsirrtum darstellt. Der h.M. nach entspricht aber nur die reine Schuldtheorie dem Gesetzeswillen.⁹⁰ Eine Besonderheit der Regelung des Ver- botsirrtums im spanischen StGB, die einen Anklang in meh- reren Strafgesetzbüchern der iberoamerikanischen Länder ge- funden hat, besteht darin, dass für den vermeidbaren Verbots- irrtum eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen ist⁹¹. Diese Besonderheit bedeutet keineswegs eine Kompromisslö- sung zwischen der Vorsatz- und der Schuldtheorie⁹², vielmehr

2.Aufl. 2004, S. 407, 410 f.; für Mexico *Daza Gómez* (Fn. 54), S. 209 f., 225; für Perú *Armaza Galdós*, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, 2004, S. 181 ff. Die *ingeschränkte Schuldtheorie* wird in Spanien z.B. vertreten durch: *Torío López*, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, in: *Beristain* (Hrsg.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, S. 109 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 53), S. 473 ff.; in Argentinien durch *Righi*, *La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino*, in: *Hirsch u.a.* (Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, S. 230 ff.; in Chile neuerdings durch *Cury* (Fn. 19), S. 440, 445 ff., 448 (früher vertrat er die reine Schuldtheorie); in Brasilien durch *Gomes*, *Erro de tipo. Erro de proibicao*, 3. Aufl. 1996, S. 144 ff., 161 f.; *Reale* (Fn. 54), S. 203-205; in Perú durch *Hurtado Pozo* (Fn. 54), S. 656 ff., 659 ff., 663 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 345; in Ecuador durch *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 342 ff.

⁹⁰ Siehe dazu meinen *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, *Teoría jurídica del delito* /2, S. 133 und (*Zugaldía*) *Espinar*, *Artículo 14*, in: *Comentarios al Código Penal*, Bd. 1, 1999, S. 699 f.

⁹¹ Eine obligatorische Strafmilderung für den vermeidbaren Verbotsirrtum ist auch im peruanischen StGB (Art. 14), im mexikanischen Bundesstrafgesetzbuch (Art. 66) und im StGB für den Bundesstaat Mexiko (Art. 83), im paraguayischen StGB (Art. 22 und 67) und im neuen StGB von Kolumbien (Art. 32, 11) vorgesehen.

⁹² So aber *Cuello Contreras*, siehe (Fn. 25) S. 703 ff., 1094, 1101. Einige spanische Strafrechtler sind der Meinung, dass die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB entgegen dem Willen des Gesetzgebers der Vorsatztheorie entspricht; siehe *Mir Puig*, *Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform*, *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium*, 1986, S. 38 ff.; *ders.* (Fn. 53), S. 552 f.; *ders.*, *Artículo 14*, in: *Comentarios al Código Penal*, Bd. 1, 1999, S. 677 f.; *Cobo del Rosal/Vives Antón* (Fn. 79), S. 682. Vgl. zur Kritik hieran meine Argumente, in: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, S. 131 ff. *Vives Antón* hat später seine Meinung geändert in den von ihm herausgegebenen *Comentarios al Código Penal de 1995*, Bd. 1, 1996, S. 96. *Muñoz Conde* vertritt die Meinung dass die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB weder

ergibt sie sich aus dogmatischen und kriminalpolitischen Gründen.⁹³ Denn selbst wenn ein Verbotsirrtum sehr leicht zu überwinden war, so beschränkt eine solche Fehlvorstellung gleichwohl die Fähigkeit des Täters anders zu handeln, so dass seine Schuld gemindert ist⁹⁴. Eine bloß fakultative Straf- milderung würde nun unter kriminalpolitischen Gesichts- punkten die Gefahr mit sich bringen, dass die Gerichte immer oder fast immer die Verbotsirrtümer als vermeidbar, eine Strafmilderung aber als nicht angebracht betrachten würden. Auf diesem Umweg wäre die Geltung des Grundsatzes *error iuris nocet* im spanischen Strafrecht wiederhergestellt.

In Iberoamerika ist die reine Schuldtheorie in das mexi- kanische Bundesstrafgesetzbuch (Art. 15, VIII, B und 66) und das StGB für den Bundesstaat Mexiko (Art. 29, VIII, b), und 83) und die beschränkte Schuldtheorie durch die StGBs von Brasilien (Art. 20,1 und 21), Bolivien (Art. 116.1, Abs. 3 und Art. 12.2) und Kolumbien (Art. 32, 10 und 11) eingegan- gen. Das peruanische StGB (Art. 14) nimmt keine Stellung dazu, ob der Irrtum über die objektiven Voraussetzungen ei- nes Rechtfertigungsgrundes ein Tatbestands- oder ein Ver- botsirrtum ist.

f) Der finale Täterbegriff

Abschließend möchte ich lediglich darauf hinweisen, dass die Lehre *Welzels* von der finalen Tatherrschaft zur Bestimmung der Täterschaft bei den vorsätzlichen Handlungsdelikten ei- nen großen Einfluss in der Strafrechtswissenschaft Spaniens und der iberoamerikanischen Länder gehabt hat.⁹⁵

der Vorsatz- noch der Schuldtheorie, sondern einer folgenori- entierten Theorie entspricht (siehe *Muñoz Conde*, *El error en Derecho Penal*, 1989, S. 43, 123 ff.).

⁹³ Siehe dazu meinen *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, S. 129 f.

⁹⁴ A.A. *Luzón Peña* (Fn. 53), Bd. 1, S. 464; *Díaz/García Conlledo*, *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, in: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, S. 352 (gleichwohl tritt er für eine obligatorische Strafmilderung ein).

⁹⁵ In Spanien wird sie z.B. vertreten durch *Cordoba Roda* in den Bemerkungen zu seiner Übersetzung des AT-Lehrbuchs von *Maurach*, *Tratado de Derecho Penal*, Bd. 2, 1962, S. 310, Fn. 3; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (Fn. 53), Bd. 2, S. 287, 289 f.; *Muñoz Conde/(García) Arán* (Fn. 43), S. 435 f.; *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 360 ff. (der betont dass unser Oberster Gerichtshof [Tribunal Supremo] immer mehr der Lehre der Tatherrschaft folgt; siehe S. 364, Fn. 729); vgl. auch mein Werk (Fn. 93), S. 211 ff. In Iberoamerika wird die Lehre der Tatherrschaft verbreitet vertreten, in Argentinien etwa durch *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 4, S. 305 ff.; *Zaffaroni/Alagia/ Slokar* (Fn. 30), S. 741 ff.; *Donna*, *La autoría y la participación criminal*, 2. Aufl. 2002, S. 30 ff. und insbesondere S. 39; in Perú durch *Peña Cabrera*, *Tratado de Derecho Penal, Estudio programático de la Parte General*, 3. Aufl. 1999, S. 336 ff., 339 ff., 347 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 294-296, 298 ff., 303 ff.; in Brasilien (teilweise meiner Meinung folgend) durch *Regis Prado* (Fn. 21), S. 487 ff.; in

Chile durch *Cury*, *Derecho Penal, Parte General*, Bd. 2, 1. Aufl. 1985, S. 234 f., 244 ff., 246 ff. (obwohl er in der 7. Auflage, *Roxin* folgend, Tatherrschaft nur bei den sog. Herrschaftsdelikten annimmt und diese von den Pflichtdelikten und den eigenhändigen Delikten unterscheidet; siehe S. 591 ff., 595 ff., 616 ff., 621 f.); in Kolumbien durch *Velásquez* (Fn. 54), S. 612, 614 ff.; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 450 f., 453 ff.
