

# Hans Welzel

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. (em.) Günther Jakobs, Bonn\*

## I. Person, Werke<sup>1</sup>

Vor einem halben Jahr fand in Freiburg eine Tagung zu dem Thema „Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre *Hans Welzels*“ statt; während dreier Tage diskutierten Kolleginnen und Kollegen aus der Schweiz, aus Spanien, Italien, Japan, Deutschland und weiteren Ländern *Welzels* System.<sup>2</sup> *Welzels* Tod lag zur Zeit der Tagung schon mehr als 35 Jahre zurück, und die Formulierung seines Systems erfolgte in den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts. Bei welchem Strafrechtswissenschaftler kann man es wagen, nach einer solchen (oder sogar noch längeren) Zeit noch „Lebendiges“ zu suchen? Die Finger einer Hand reichen für eine Aufzählung hin: *Feuerbach, Köstlin, Liszt, Binding* und eben *Welzel*.

Daten seines Lebens: geboren 1904 in Thüringen; Studium (kurz der Mathematik, dann) der Rechtswissenschaft und Philosophie in Jena, Heidelberg und wieder Jena; beide Staatsexamina; promoviert mit seiner Arbeit „Die Naturrechtslehre *Samuel Pufendorfs*“ (gedruckt erst 1958); Assistent in Köln; Habilitation dort; Habilitationsschrift: „Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht“ (1935); 1937 Extraordinarius und 1940 Ordinarius in Göttingen; mehrfach schwere Lungentuberkulose und deshalb vom Wehrdienst freigestellt; ab 1952 Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Bonn; Gründer des Rechtsphilosophischen Seminars der Fakultät; Rektor der Universität 1962; gestorben 1977 nach einer mehrjährigen Zeit starken geistigen Verfalls.

*Welzels* bekannteste Werke: Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491 ff.; Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, 1969; Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Auflage, 1962; ansonsten leicht greifbar: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; nahezu vollständiger Nachweis in: Günther Stratenwerth u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 1–6.

\* Der Autor war geschäftsführender Direktor des Rechtsphilosophischen Seminars der Universität Bonn. Er hat bei *Hans Welzel* seine Habilitationsschrift angefertigt.

<sup>1</sup> Literatur: *Engisch*, Hans Welzel, ZStW 90 (1978), S. 1 ff.; *Kaufmann*, Hans Welzel zum Gedenken, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 279 ff.; *Loos*, Hans Welzel (1904–1977). – Die Suche nach dem Überpositiven im Recht, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 486 ff.; *Sticht*, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904–1977), 2000; *Stratenwerth*, Hans Welzel, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net>.

<sup>2</sup> Ein die Tagung dokumentierender Band wird demnächst im Verlag Mohr Siebeck erscheinen.

## II. Strafrecht

Fragt man Studierende, die den Allgemeinen Teil des Strafrechts verstanden haben, nach der besonderen Leistung *Welzels*, lautet die Antwort, er habe die finale Handlungslehre entwickelt, und auf die weitere Frage, worum es sich dabei handele, erfolgen Darlegungen zur Trennung von Tatbestandsvorsatz und Unrechtsbewusstsein, wobei der Vorsatz (die „Handlungssteuerung“) bereits als subjektiver *Unrechtstatbestand* behandelt wird und das Unrechtsbewusstsein als *davon getrennter* Bestandteil der Schuld (der „Antriebssteuerung“; sogenannte Schuldtheorie<sup>3</sup>). Wegen des Vorhandenseins eines subjektiven Tatbestands sprechen die „Finalisten“ von *personalem* Unrecht, dies in Entgegensetzung zur Lehre der „Kausalisten“, bei denen die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs im Vordergrund steht, allenfalls begleitet von *besonderen* subjektiven Merkmalen, etwa der Zueignungsabsicht beim Diebstahl. Als Konsequenz der finalistischen Lehre folgt für die Beteiligung, es bedürfe einer nicht nur rechtswidrigen, vielmehr auch *vorsätzlichen* Haupttat;<sup>4</sup> zudem lässt sich der Versuch glatter deuten, da der Vorsatz im finalistischen Konzept ja ohnehin als subjektiver Tatbestand anerkannt wird.

Die letzte Frage an die Studierenden lautet, wer diese Lehre heute vertrete; Positivisten beantworten die Frage mit einem Hinweis auf die §§ 16 f., 22 und 26 f. StGB, die nahtlos dazu passen, und nahezu alle finden diese Lehre beim Aufbau eines Verbrechens „praktisch“: So lassen sich Klausuren am glattesten schreiben. – Es gab auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Bedürfnis nach einer finalistischen Umgruppierung des Tatbestandsvorsatzes; denn die noch in den dreißiger Jahren geläufige Vorsatztheorie (Tatbestandsvorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sind zusammen *ein* Element der Schuld) kam, streng angewandt, spätestens bei den flutartig anwachsenden Bewirtschaftungsvorschriften im und nach dem Ersten Weltkrieg immer häufiger zu dem Ergebnis, ein aktuelles Unrechtsbewusstsein lasse sich nicht nachweisen und deshalb liege allenfalls Fahrlässigkeit vor, aber ein Fahrlässigkeitstatbestand fand sich nur selten und findet sich auch heute häufig nicht. Das *Reichsgericht* hat fantasievoll Auswege gesucht (Trennung des strafrechtlichen Irrtums vom außerstrafrechtlichen etc.) und sich dabei bald in einem Wald von unklaren Topoi verirrt: Niemand konnte prognostizieren, wie es entscheiden werde. Bei dieser Lage brachte der Finalismus eine Erlösung von

<sup>3</sup> Von der Rechtsprechung übernommen seit BGHSt 2, 194 ff.

<sup>4</sup> Von der Rechtsprechung übernommen seit BGHSt 9, 370 ff.

manchem Übel: Eine Tat ohne aktuelles Unrechtsbewusstsein soll nach dem Vorsatztatbestand (!) behandelt werden, und Beteiligung an ihr möglich bleiben.

Alles das war für *Welzel* ein Zeichen für die „Stimmigkeit“ seiner Lehre, aber kein wissenschaftlich gewichtiger Grund. Nach ihm muss eine Theorie zwar praktisch brauchbare Ergebnisse liefern, aber mehr sein als ein bloßer Überbau der Praxis, vielmehr Bestimmung des überhaupt möglicherweise Richtigen. Sehr früh, noch als Assistent in Köln, hat sich *Welzel* die Frage nach der Konstitution einer Handlung in erkenntniskritischer Absicht vorgenommen,<sup>5</sup> dies durchaus im Anschluss an *Kant*. Er legt dar, die Kausalität sei nicht „die einzige und alleinige Determination des realen Geschehens“,<sup>6</sup> vielmehr liege das Spezifikum menschlichen Handelns in seiner „Intentionalität“, Sinnhaftigkeit: „Als eigene Tat oder Handlung einem Subjekt zugehörig und in diesem Sinne objektiv zu-rechenbar ist jeder tatbestandlich festgelegte Erfolg, der vom Täter sinnhaft gesetzt oder dessen Abwendung vorsehbar und sinnhaft setzbar war.“<sup>7</sup>

*Welzel* formuliert zunächst recht individualistisch; die „Sinngelbe“ sollen kein „selbstständiges Reich“ bilden, vielmehr auf einem „Ich, dem etwas ‚wert‘ ist“, basieren. Diese Sicht ändert sich in der Habilitationsschrift von 1935.<sup>8</sup> Wenn auch zum Handlungsbegriff nichts zurückgenommen, vielmehr der Kausalismus in einer fulminanten Attacke gegen den „Positivismus“ bei *von Liszt* als unzeitgemäß, als Kind des 19. Jahrhunderts, dargestellt wird, so wurzeln doch nunmehr die Werte nicht mehr im bloßen „Ich“, sondern „tief im Ontischen“,<sup>9</sup> und zwar im *sozialen* Sein mit seinen „Lebensstilen und Weltanschauungen“. <sup>10</sup> *Welzel* verortet das „Gemeinschaftsdasein des Menschen [...] in ursprünglichen Ordnungen und Bindungen“<sup>11</sup> – der Zungenschlag der Zeit wird hörbar.

In seiner wohl bedeutendsten strafrechtlichen Abhandlung, den „Studien zum System des Strafrechts“ von 1939,<sup>12</sup> einem Aufsatz von immerhin 75 Seiten, also einer kleinen Monografie, wird der Handlungsbegriff erneut mit der Sozialität verbunden: Handlung als die Wirklichkeit des sozialen Lebens.<sup>13</sup> Geradezu als Vorwegnahme des systemtheoretischen Verständnisses der Gesellschaft als Kommunikationszu-

sammenhang wird die Handlung zum „Sinnausdruck“.<sup>14</sup> Das hat bedeutende Konsequenzen: Da sich das soziale Leben nicht als die Veranstaltung eines Museums für Rechtsgüterschutz begreifen lässt, vielmehr auch immer Rechtsgüter „verbraucht“, können „sozialadäquate“ Handlungen<sup>15</sup> keine deliktischen Handlungen sein.<sup>16</sup> Damit wird *Welzel* zu einem der Väter der heute als Teil der objektiven Zurechnung behandelten Lehre vom unerlaubten Verhalten.<sup>17</sup> – Das Problem der Behandlung von Täterschaft und Teilnahme wird bereits mit der „Tatherrschaft“ verbunden. – Handlung als soziales Phänomen, als Sinnausdruck, Sozialadäquanz, Tatherrschaft, das alles in *einem*<sup>18</sup> Aufsatz von 1939 – gewiss ein Meilenstein der Strafrechtsdogmatik.

Das damit skizzierte System, das – wie auch hiesige Lokalpatrioten akzeptieren müssen – lange vor *Welzels* Zeit in Bonn von ihm bereits voll entwickelt worden war (wenn auch die Verfeinerungen in den zahlreichen Neuauflagen seines Lehrbuchs und anderes mehr dem Wirken in Bonn zu verdanken sind), wird heute – in kommentierfreudiger, aber vielleicht gerade deshalb unphilosophischer Zeit ohne *Welzels* theoretische Fundierung – in Deutschland sehr verbreitet als Raster für strafrechtliche Erörterungen benutzt. Allerdings formiert sich eine Gruppe von Wissenschaftlern, nach denen *Welzels* Umbau des Strafrechtssystems zwar mit einer bis heute richtigen Intention, aber teils vorschnell und teils nicht radikal genug vollzogen worden sein soll. *Erstens* wird bezweifelt, dass die Trennung von Tatbestandsvorsatz und Unrechtsbewusstsein überhaupt möglich sei (Die mittlerweile fest zum Tatbestand gehörenden Merkmale der sogenannten objektiven Zurechnung sind allesamt *normative* Merkmale, wie auch die Sozialadäquanz ein solches Merkmal ist!), und *zweitens* wird kritisiert, dass die Bestimmung einer Handlung *ohne Schuld* – und *Welzel* hat den Begriff der Handlung oder denjenigen des Unrechts als *voll* zurechenbares Verhalten stets energisch abgelehnt<sup>19</sup> – bei den rein instrumentellen Fähigkeiten des Menschen stehenbleibe, also bei nur Vorläufiges erfassenden *Hilfsbegriffen* der Zurechnungslehre. – Aber auch wer einen erneuten Umbau bewerkstelligen will, weiß, dass er sich erst einmal auf *Welzels* Schultern stellen muss.

<sup>5</sup> *Welzel*, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703 ff.

<sup>6</sup> *Welzel* (Fn. 5), 708.

<sup>7</sup> *Welzel* (Fn. 5), 720; Hervorhebung original.

<sup>8</sup> *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935.

<sup>9</sup> *Welzel* (Fn. 8), S. 55.

<sup>10</sup> *Welzel* (Fn. 8), S. 57.

<sup>11</sup> *Welzel* (Fn. 8), S. 74.

<sup>12</sup> *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 451 ff.

<sup>13</sup> *Welzel* (Fn. 12), 496, 503 und öfter.

<sup>14</sup> *Welzel* (Fn. 12), 503 und öfter. Man vergleiche aus dieser Zeit: *Gehlen*, Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 13. Auflage 1986 (1. Auflage 1940), S. 32: der Mensch als „das stellungnehmende Wesen“.

<sup>15</sup> *Welzel* (Fn. 12), 512, 516 f. und öfter.

<sup>16</sup> *Welzel* (Fn. 12), 514 ff.

<sup>17</sup> Der Begriff des „erlaubten Risikos“ wird bereits gebildet, *Welzel* (Fn. 12), 518. – Eingehend: *Cancio Meliá*, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung, GA 1995, S. 179 ff.

<sup>18</sup> *Welzel* (Fn. 12), 537 ff.

<sup>19</sup> Siehe nur *Welzel* (Fn. 12), 504.

### III. Rechtsphilosophie

Das Bild des Wissenschaftlers *Welzel* wäre ohne einen – wenigstens kurzen – Blick auf sein rechtsphilosophisches Werk allzu unvollständig. Mindestens dreierlei ist zu vermelden. *Erstens* und hauptsächlich ist auf seine Darstellung der Geschichte des Naturrechts hinzuweisen.<sup>20</sup> Das Werk, dessen Anschaffung auch heute noch jedem, der sich in der Rechtsphilosophie orientieren will, dringend zu empfehlen ist, blieb, was seine Klarheit und den Umfang des behandelten Zeitraums angeht, im 20. Jahrhundert unerreicht. Es beginnt mit den Vorsokratikern, durchwandert die Antike und das Mittelalter, findet einen gewichtigen Schwerpunkt in der Zeit der Aufklärung,<sup>21</sup> schließt die Behandlung des deutschen Idealismus an und beendet seinen historischen Teil mit der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Bilanz dieser gewaltigen Bemühungen wird von *Welzel* selbst in aller denkbaren Nüchternheit gezogen: „Was die Naturrechtler an Wertvorstellungen in die Dinge hineingelegt haben, das holen sie hinterher als das ‚Natürliche‘ oder das ‚Unnatürliche‘ aus ihnen wieder heraus.“<sup>22</sup> Sie argumentieren deshalb nach *Welzel* „ideologisch“, mit einer Begründung, die „übersteigert“ ist.<sup>23</sup>

Das zitierte Resümee zeigt *Welzel* als Skeptiker, und so nimmt es nicht wunder, wenn er auf dem *zweiten* von ihm beackerten rechtsphilosophischen Feld, dem des Begriffs der Person, zwar sehr deutliche Optionen erkennen lässt, aber zumindest in der Formulierung doch eher relativistisch bleibt. „Die Anerkennung des Menschen als verantwortlicher Person ist die Mindestvoraussetzung, die eine Sozialordnung aufweisen muss, wenn sie nicht lediglich durch ihre Macht zwingen, sondern als Recht verpflichten will.“<sup>24</sup> – Man beachte das „Wenn“.

Das *dritte* Feld überschneidet sich mit seiner Lehre vom Handlungsbegriff: Warum ist dieser Begriff dem Recht vorgegeben? *Welzel* beruft sich auf die „Sachlogik“<sup>25</sup> des zu Regelnden: „Die Struktur der menschlichen Handlung ist die Möglichkeitsvoraussetzung für Wertungen, die sinnvollerweise nur *Handlungswertungen* sein können (wie Rechtswidrigkeit und Schuld).“<sup>26</sup> Das dürfte in einer „entzauberten Welt“ (*Max Weber*), die auf das Kalkulierbare und Machbare ausgerichtet ist und deshalb nur Leistung oder eben „Pech“, aber kein Schicksal mehr kennt, richtig sein. Doch dieses Weltverständnis, die Entzauberung, wird *gesellschaftlich* präformiert, und deshalb geht es um Gesellschaftslogik, nicht um Sachlogik.

<sup>20</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Auflage, 1962.

<sup>21</sup> Man beachte *Welzels* oben im dritten Absatz des Textes angeführte Dissertation zu *Pufendorf*.

<sup>22</sup> *Welzel* (Fn. 20), S. 241.

<sup>23</sup> *Welzel* (Fn. 20), S. 243.

<sup>24</sup> *Welzel* (Fn. 20), S. 240; *Welzel*, Wahrheit und Grenze des Naturrechts, 1963 (Rektoratsrede), S. 10; Hervorhebung jeweils original.

<sup>25</sup> *Welzel* (Fn. 20), S. 244 Fn. 11; eingehend ders., Naturrecht und Rechtspositivismus, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 275 ff., 285 ff.; zu *Welzels* Verständnis der Sachlogik eingehend *Sticht* (Fn.1), S. 156 ff., 261 ff., 297 ff.

<sup>26</sup> *Welzel* (Fn. 20), S. 244; Hervorhebung original.