

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 154

Chun-Wei Chen

Gefährdungsvorsatz
im modernen Strafrecht

Zugleich unzeitgemäße Überlegungen
über die Wiederbelebung
des Gefährdungsstrafrechts
in der Sicherheitsgesellschaft

Einführung

A. Das moderne Gefährdungsstrafrecht als Forschungsgegenstand

Das Gefährdungsstrafrecht gewinnt innerhalb des Forschungsgebiets des modernen Strafrechts immer mehr an Bedeutung. Es wird dabei im Sinne der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes als ein wichtiges Kennzeichen der Modernisierung des Strafrechts verstanden, welches sowohl die strafrechtlichen Reformen¹ als auch die dogmatische Umstrukturierung des Strafrechtssystems² umfangreich beeinflusst hat. Es ist sicherlich, so *Schroeder*, der „Siegessäule der Gefahr im Strafrecht“.³ Allerdings ist das Gefährdungsstrafrecht auch seit langem nur ein Topos bzw. Schlagwort in der strafrechtlichen und kriminalpolitischen Wissenschaft, ohne dass sein Umfang zugleich wissenschaftlich und systematisch bestimmt wurde.⁴ So bedarf es in dieser Arbeit zuerst einer vorläufigen Bestimmung des Forschungsgegenstands.⁵

Die Deliktsform der Gefährdungsdelikte lag schon im Römischen Strafrecht, in den Reichspolizeiordnungen, sowie in dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten 1794 vor. Später tauchte das Konzept des Gefährdungsstrafrechts während der NS-Zeit auf und erreichte seinen ersten Höhepunkt in der Praxis der Strafgesetzgebung, vor allem in der damaligen sog. Denkschrift des Preußischen Justizministers über ein Nationalsozialistisches Strafrecht 1933.⁶ Damit erweist sich

1 Siehe *Müller-Dietz*, FS-R. *Schmitt*, S. 98 ff.; *Roxin*, AT I, § 11, Rdnr. 146; *MK-Lagodny*, Bd. 5., Einleitung, Rdnr. 9; *Puschke*, Gefährdungsstrafrecht, S. 9 f.

2 *Hassemer*, ZRP 1992, S. 381. Ähnlicherweise vertritt *Müller-Dietz*, „dass das Gefährdungsstrafrecht das Merkmal der Risikogesellschaft ist“. Siehe *Müller-Dietz*, FS-R. *Schmitt*, S. 104.

3 So lautet der Titel von *Schroeder*, FS-*Wolter*, S. 247.

4 Nachweise *Roxin*, AT I, § 2, Rdnr. 68 ff., insbesondere Rdnr. 75; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, passim. und S. 50 ff.; *Müller-Dietz*, FS-R. *Schmitt*, S. 104; *Wohl-ers*, Präventionsstrafrecht, S. 28, 281 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 164 ff.; *Puschke*, Gefährdungsstrafrecht, S. 9 f.

5 Eingehende Bestimmung vgl. 3. Kapitel C.

6 Überblick der Entstehungsgeschichte *Kerrl*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 27; *Schroeder*, FS-*Wolter*, S. 247 ff., insbesondere S. 251. Auch *Metzger*, DJZ 1934, S. 97 ff. Die Gefährdungsdelikte bzw. die abstrakten Gefährdungsdelikte wuchsen bereits spätestens bis der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg bei dem Beginn der Expansion des Nebenstrafrechts im 20. Jahrhundert. Nachweis dazu *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 144. Bekanntlich sprach *Lackner* im Jahr 1967 davon, dass die Deliktsform der Gefährdungsdelikte sich in der Zwischenzeit „wie ein Ölfleck ausgebreitet“ hat und spätestens „nach dem 2. Weltkrieg [...] beinahe zum Lieblingskind des Gesetzgebers“ geworden ist. Dazu *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt, S. 1.

deutlich, dass das Gefährdungsstrafrecht keineswegs ein reines modernes Werk der Strafgesetzgebung ist.⁷ Der Gegenstand dieser Arbeit ist allerdings nicht das Gefährdungsstrafrecht, das vor dem Ende des zweiten Weltkriegs vorlag, weil dieses sich eher als eine reine Entscheidung des Souveräns bzw. der Totalität und nicht als die Reaktion auf die Gesellschaftsbedürfnisse darstellte. Der Gegenstand dieser Arbeit ist hingegen dasjenige Gefährdungsstrafrecht, welches unter bestimmten Bedingungen der gesellschaftlichen Modernität und im Rahmen des verfassungsrechtlich-demokratischen Staates entsteht. Dabei geht es um das Produkt aus den komplexen Systemen von der modernen Gesellschaft und der parlamentarischen Politik, das begrifflich nur schwer exakt zu definieren ist,⁸ wie etwa bei der Forschungsmethode der mit ihm similitären Konzeption des *Risikostrafrechts* gezeitigt wurde.⁹

B. Verhältnis zwischen Risiko- und Gefährdungsstrafrecht

Das Gefährdungsstrafrecht ist aber keineswegs identisch mit dem Risikostrafrecht. Die erste grobe Unterscheidung zwischen den beiden Konzeptionen liegt auf der Hand: Während es bei dem Gefährdungsstrafrecht um Gefahr und Gefährdung als Verbrechensmerkmale geht, geht es bei dem Risikostrafrecht um das Risiko als solches.¹⁰ Innerhalb dieser Unterscheidung vom Risiko- zum Gefährdungsstrafrecht liegt daher ein Paradigmenwechsel, wonach Gefahr sowie Gefährdung als die negative Fortsetzung eines Risikos das Strafrecht dominieren.¹¹

Von diesem Paradigmenwechsel aus scheint das Gefährdungsstrafrecht zwar offensichtlich wie das Risikostrafrecht im Widerspruch zu den traditionellen, liberalen Rechtsstaats- sowie Zurechnungsprinzipien zu stehen,¹² es hinterlässt jedoch mehr Spuren von *Entsubjektivierung* und *Entindividualisierung* bei den Kriterien strafrechtlicher Zurechnung als das Risikostrafrecht: Während der Mensch im Risikostrafrecht als rationaler Entscheider verpflichtet ist,¹³ handelt es sich beim Gefährdungsstrafrecht letztlich um die Niederlage des Menschenbildes, wonach der

7 Das Gefährdungsstrafrecht als „Deliktform der Moderne“ Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, 74 ff.; Puschke, Gefährdungsstrafrecht, S. 9. Dagegen Schünemann, GA 1995, S. 212, vor allem Fn. 37; Wohlers, Präventionsstrafrecht, S. 41 f.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 172.

8 Hinweis zu dieser Schwierigkeit Puschke, Gefährdungsstrafrecht, S. 10.

9 Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 27 ff., 366 f.

10 Der strafrechtliche Risikobegriff Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 29 ff.

11 Eingehende soziologische Perspektive vgl. 1. Kapitel B. III. 1. e. Außerdem Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 50 ff., vor allem S. 55 f.

12 Gesamte kritische Würdigung des Risikostrafrechts Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 364 ff.

13 Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 82 ff., 367.

Mensch im Strafrecht schicksalhaft als „Gefahrenpotenzial“ dargestellt ist.¹⁴ Das Gefährdungsstrafrecht ist insoweit das weitere Pervertierte des Risikostrafrechts, welches nur den Pessimismus für die Lebenslage des Menschen und Diskriminierung des Subjekts besagt und somit die subjektbezogenen Voraussetzungen der Strafbarkeit umformuliert bzw. disqualifiziert.¹⁵ Im Gefährdungsstrafrecht gilt daher der von *Prittowitz* gelieferte Befund des Risikostrafrechts nach wie vor:

„Voraussetzung der Strafbarkeit ist ferner nicht, dass man das Risiko *erkannt* hat, sondern dass man sich für das Risiko *entschieden* hat. Die eigentlichen Probleme liegen insoweit nicht in der Dogmatik, sondern in der Durchführung subjektiver Zurechnung. Es geht weder um die Polarität zwischen Wissen und Wollen noch um die unterschiedlichen Formeln zur Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit, sondern darum, ob es uns ernst ist mit dem Normprogramm, das sich auf eine realistische Rekonstruktion von *ex ante*-Einstellung gegenüber Risiken festgelegt hat“.¹⁶

Dieser Befund weist zum einen auf eine zutreffende Richtung hin, Legitimationsdefizite vom Risiko- bzw. Gefährdungsstrafrecht hinsichtlich der Maßstäbe subjektiver Zurechnung zu mildern, und deutet zum anderen implizit an, dass das moderne Strafrecht die Vorsatzdogmatik nicht auf den rechten Weg bringt.¹⁷ Angesichts der wesentlichen Verschiedenheit zwischen Risiko und Gefahr ist das Problem der Vorsatzdogmatik im Gefährdungsstrafrecht durchaus komplizierter als im Risikostrafrecht. Bei dem Vorsatz hinsichtlich der Gefahr geht es unabhängig vom Risikovorsatz um den sog. *Gefährdungsvorsatz*, welcher seit langem in der Strafrechtswissenschaft vorhanden ist.¹⁸ Die Vorsatzdogmatik im Gefährdungsstrafrecht bezieht sich daher nicht nur auf die Uminterpretationen der einzelnen Vorsatzkomponente wie im Risikostrafrecht, sondern vielmehr noch auf die Entwicklung einer eigenen *Art des Vorsatzes*. Um die Legitimationsdefizite vom modernen Gefährdungsstrafrecht zu

14 *Schroeder, FS-Wolter*, S. 255. Beispiel *Kindhäuser*, Universitas 1992, S. 229: Der Mensch sei ein größter Risiko- und Unsicherheitsfaktor.

15 Analyse vgl. 3. Kapitel C.

16 Als Ergebnis seines Buches *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, S. 386. Detailliert ebenda, S. 374 f.: „Ob jemand in der Lage zu rationalem Risikoverhalten war, wäre nicht wichtig, weil es um die Einübung überlebenswichtiger Maximen der Risikovermeidung ginge. In den Hintergrund würden auch die subjektive Seite des riskanten Verhaltens und die an der Vorwerfbarkeit orientierten Abstufungen treten: Ob jemand die Absicht hatte, fremde Rechtsgüter zu gefährden, ob er immerhin wissend gefährdete, und wie dieses Risikowissen im Einzelfall genau aussah, all das würde keine entscheidende Rolle spielen. Denn Kern des Vorwurfs wäre die bewusste Risikoerhöhung oder das fehlende Bewusstsein der Risikoerhöhung. [...] Die realen Gefahren absichtlicher Gefährdungen fallen demgegenüber nicht ins Gewicht, sodass die Hauptaufgabe des Risikostrafrechts wäre, Risikounwissen zu stigmatisieren und dadurch Risikobewusstsein zu produzieren“.

17 Zur Dogmatik des Risikovorsatzes *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, S. 352 ff.

18 Er war wohl seit den Postglossatoren im 13. Jahrhundert im römischen Recht vorhanden. Mit weiteren Nachweisen *Klee*, *dolus indirectus*, S. 11 ff.

mildern, muss daher zunächst geklärt werden, was der Gefährdungsvorsatz überhaupt ist und im welchen Zusammenhang er mit dem Gefährdungsstrafrecht steht.

C. Bezug des modernen Gefährdungsstrafrechts zum Gefährdungsvorsatz

Obwohl der Terminus *Gefährdungsvorsatz* spätestens seit dem Ende des 19. Jahrhunderts in der deutschen Strafrechtswissenschaft ausdrücklich genannt wird,¹⁹ gehört die Suche nach der Verortung und dem Begriffsinhalt des Gefährdungsvorsatzes in der heutigen Strafdogmatik mit Sicherheit noch zu dem Gebiet, das bisher sowohl am wenigsten erforscht als auch am schwierigsten zu erforschen ist, da es sich hierbei um den Perspektivenwechsel zwischen den zwei ebenso hochkomplizierten Bereichen der Vorsatz- und der Gefährdungsdeliktslehre handelt.²⁰ „Am wenigsten zu erforschen“ bedeutet, dass es vor allem nach dem 2. Weltkrieg selten eine ausschließliche den Begriff Gefährdungsvorsatz systematisch darstellende Untersuchung gibt.²¹ „Am schwierigsten zu erforschen“ besagt dann, dass es bei einer Untersuchung über den Gefährdungsvorsatz bereits am Anfang schwer festzulegen sein mag, von welchem exakten Standpunkt der vorliegenden Vorsatz- oder Gefährdungsdeliktslehre man ausgehen soll, um den Begriff des Gefährdungsvorsatzes zu erklären. Von diesem Zustand der bisherigen Untersuchungen aus gilt der Begriff des Gefährdungsvorsatzes auf den ersten Blick als ein Stiefkind der deutschen Strafrechtswissenschaft. Aber ist es in der Wirklichkeit so?

Sobald der Gefährdungsvorsatz in erster Linie vorläufig als Vorsatz in Bezug auf Gefahr zu umfassen ist, sieht man sofort, dass sich das Gefährdungsstrafrecht auch mithilfe der verfeinerten Bearbeitung desselben gefahrbezogenen Vorsatz dogmatisch durchsetzt, sodass es sich von den Fesseln des liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts lösen könnte. D. h., dass das moderne Gefährdungsstrafrecht erst mithilfe der Umpositionierung und Uminterpretationen des Gefährdungsvorsatzes zu einem objektivierten Gefährlichkeitsstrafrecht werden könnte. Insoweit ist der Gefährdungsvorsatz kein Stiefkind, sondern das Lieblingskind der heutigen Strafrechtswissenschaft, dessen Geltung das eigene Gebiet der Gefährnungsdelikte bereits überschreitet und somit dem Schuldprinzip widerspricht.²² Es benötigt daher dringend einer korrekten dogmatischen Verortung, welche sich angesichts der

19 Exemplarisch *Busch*, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, Leipzig, 1897. Außerdem vgl. 5. und 6. Kapitel.

20 *Radtke*, Brandstiftungsdelikte, S. 305.

21 Im Titel ausdrücklich im Name des Gefährdungsvorsatzes wohl nur *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 758 ff. Die Erklärung des Begriffsinhalts vom Gefährdungsvorsatz belegt sogar allgemein in meisten heutigen strafrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren noch keine eigene Position; es bedeutet wohl die Situation, dass der Gefährdungsvorsatz nach der herrschenden Lehre keine unabhängige Vorsatzart sei.

22 Analyse vgl. 4. Kapitel.

Defizite des Gefährdungsstrafrechts und dessen problematischer Vorsatzdogmatik entwickelt.

D. These und Gang der Untersuchung

I. These

Das Verständnis des Gefährdungsvorsatzes wäre, so meine These, der Kern des Gefährdungsstrafrechts auf einer Seite und die Achillesferse desselben auf der anderen Seite. Zur Wiederbegründung und Limitierung des modernen Gefährdungsstrafrechts müsste der Gefährdungsvorsatz zuerst dogmatisch zutreffend verstanden und verortet werden. Die Vorsatzdogmatik würde von dem Neuverständnis des Gefahrbegriffs profitieren, sodass sie neue Methoden über den neuen Gegenstand *Gefahr* entwickeln könnte. Die subjektbezogenen Voraussetzungen der Strafbarkeit des Verbrechen wären damit wiederum miteinzubeziehen, sodass der Mensch als Subjekt im Gefährdungsstrafrecht anerkannt werden könnte. Auch die Neusystematisierung des modernen Gefährdungsstrafrechts, von einem *Gefährdungs*-Strafrecht in ein *Gefährlichkeits*-Strafrecht umzugestalten, könnte mithin zumindest rückgängig gemacht werden. Die Versöhnung zwischen Gefährdungs- und Schuldstrafrecht ließe sich ebenfalls dadurch wieder ermöglichen.

II. Gang der Untersuchung

Um meine oben genannte These zu verfechten, wird die Arbeit wie nachfolgend durchgeführt:

Im *ersten Teil* handelt es sich um die rechtssoziologische und kriminalpolitische Betrachtung für die Wiederbelebung des modernen Gefährdungsstrafrechts: Zur Untermauerung dieser Wiederbelebung sind die gesellschaftlichen und staatsrechtlichen Fundamente notwendigerweise in den Vordergrund zu stellen, sodass Hintergründe und neue Handlungsstrategien des modernen Gefährdungsstrafrechts sich von der Entstehung des Risikostrafrechts unterscheiden könnten. Das wechselseitige Verhältnis zwischen Einzelnen, Gesellschaft und Staat, welches später stets im modernen Rechtssystem Einfluss ausübt, steht im Zentrum der Betrachtung (1. Kapitel). Demzufolge wird zunächst gezeigt, dass das moderne Recht auch zu einem entscheidenden Teil der sozialen Sicherheitsstrategien gehört, welche in einer Sicherheitsgesellschaft durch den Staat ausgeführt werden (2. Kapitel). Sobald die gesellschaftlichen, staatsrechtlichen und rechtstheoretischen Fundamente festgehalten wurden, muss weiter darauf eingegangen werden, wie das moderne Gefährdungsstrafrecht sich aufgrund dieser Fundamente in concreto darstellt. Hier wird es als Teil der Modernisierung des Strafrechts zunächst in kriminalsoziologischer und strafrechtlicher Hinsicht präsentiert. Anschließend ist der bestimmte Umfang des modernen Gefährdungsstrafrechts hinsichtlich tatbestandlicher und außertatbestandlicher Perspektiven zu verdeutlichen, sodass sein Charakter von Verobjektivierung bzw. Entindividualisierung herausgestellt und kritisch gewürdigt werden kann (3. Kapitel). Schließlich wird

Schritt um Schritt erhellt, wie das Gefährdungsstrafrecht mittels der Umgestaltungen des Gefährdungsvorsatzes die Arbeit der Verobjektivierung bzw. Entindividualisierung im Bereich des subjektiven Tatbestands durchsetzt. Diese Umgestaltungen entfernen den Gefährdungsvorsatz allzu weit von der berechtigten Figur des Vorsatzes und werden deshalb heftig kritisiert (4. Kapitel).

Im *zweiten Teil* handelt es sich um die legitime Interpretation des Gefährdungsvorsatzes, die sich ständig auf die Korrektur des Gefährdungsstrafrechts bzw. dessen Vorsatzdogmatik bezieht: Wie der Gefährdungsvorsatz sich wiederum berechtigt figuriert und somit seine limitierenden bzw. begründenden Funktionen der Strafbarkeit entfaltet, kommt in erster Linie auf die Betrachtung seiner Dogmengeschichte an. In der bisherigen Dogmengeschichte bleibt die Positionierung des Gefährdungsvorsatzes ständig hochumstritten und es fehlt noch an einer einheitlichen Meinung: Während manche Autoren dafür sprechen, dass der Gefährdungsvorsatz unselbstständig sei und zu dem Gebiet des Verletzungsvorsatzes bzw. der bewussten Fahrlässigkeit gehören sollte (5. Kapitel), erhalte er bei den anderen Autoren seinen Eigensinn und seine Selbstständigkeit in Bezug auf den Deliktstyp der konkreten Gefährdungsdelikte (6. Kapitel). Jedoch erscheinen weder die Ansätze gegen die Selbstständigkeit des Gefährdungsvorsatzes noch die Ansätze für sie zutreffend und schon hinreichend begründet zu sein. Es bedarf einer ausführlichen Rekonstruktion des Gefährdungsvorsatzes, wobei sowohl die Legitimation seiner Selbstständigkeit als auch sein dogmatisches Wesen anhand des Charakters des Gefahrbegriffs erneuert erörtert werden (7. Kapitel). Schließlich wird darüber hinaus beleuchtet, ob das hier rekonstruierte Konzept des Gefährdungsvorsatzes bei den abstrakten Gefährdungsdelikten gelten kann. Hier wird der Versuch unternommen, den abstrakten Gefährdungsdelikten analog dem vorsätzlichen Versuch einen Gefährdungsvorsatz abzuverlangen, sodass die uferlose Anwendung der abstrakten Gefährdungsdelikte eingeschränkt ist und somit das System des Gefährdungsstrafrechts sein Schwergewicht wiederum auf die konkrete Gefährdung abstellen könnte (8. Kapitel).